

# CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO

Profesora Asociada de Derecho Internacional Público  
Universidad Autónoma de Madrid

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVIDAD DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: 1. *¿Un sistema normativa o políticamente orientado?: la legitimidad de las decisiones del OSD.* 2. *Las razones prudenciales para observar el Derecho OMC: la eficacia de las decisiones del OSD.*—III. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DEL OSD DE LA OMC: 1. *Exclusión de la compensación y la suspensión como formas alternativas de cumplimiento.* 2. *Preferencia y no exigencia de cumplimiento.* 3. *Una decantación sistémica por la obligatoriedad.* 4. *Sobre el contenido de las obligaciones secundarias OMC.*—IV. UN SISTEMA ESPECIAL DE DERECHO INTERNACIONAL.—V. EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL OSD POR LA CE.—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Aun cuando se pueda asumir que el grado de cumplimiento voluntario y espontáneo del Derecho internacional es elevado y satisfactorio en términos globales<sup>1</sup> —afirmación a la que subyace el interrogante sobre las razones por las que los Esta-

<sup>1</sup> Es usual la referencia a la formulación de HENKIN, L., *How Nations Behave*, 2.<sup>a</sup> ed., Columbia University Press, Nueva York, 1979, en p. 47, para ilustrar la elevada observancia espontánea del Derecho internacional. Sobre su cumplimiento y ejecución véase, por ejemplo, CHAYES, A., y CHAYES, A., «On Compliance», *IO*, vol. 47, 1993, núm. 2, pp. 175-205; DAMROSCH, L. F., «Enforcing International Law Through Non-forcible Measures», *Recueil des Cours*, 1997, tomo 269, pp. 9-250, en pp. 19 y ss.; FISHER, R., *Improving Compliance with International Law*, University of Virginia Press, Charlottesville, 1981; KEOHANE, R., «Compliance with International Commitments: Politics within a Framework of Law», *ASIL Procedures*, 1992, pp. 176 y ss.; TOMUSCHAT, CH., «Obligations arising for States without or against their will», *Recueil des Cours*, 1993-IV, tomo 241, pp. 195-374, en pp. 353 y ss.; *id.*, «Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *supra* nota 1, pp. 358 y ss.

dos observan el Derecho internacional<sup>2</sup>, las formas y procedimientos a través de los que se produce esta adecuación a la normativa internacional son de índole muy diversa, no se contemplan en el régimen general de Derecho internacional y dependen, en suma, del contenido específico de cada obligación jurídica internacional. Este trabajo tiene como finalidad el análisis del cumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Resulta preciso posicionarse preliminarmente sobre la normatividad<sup>3</sup> del Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC<sup>4</sup> y su eficacia<sup>5</sup>, cuestiones que serán tratadas en el punto II de este estudio. Cuando se afirma la existencia de normas jurídicas<sup>6</sup>, dicha existencia se hace depender de la eficacia del sistema al que

<sup>2</sup> Acerca de las razones por las que los Estados cumplen el Derecho internacional en ausencia de coerción –ligadas aquéllas a la percepción de la norma como legítima por sus destinatarios–, cf., FRANCK, T. «Legitimacy in the International System», *AJIL*, 1982, pp. 705-759. Vide el modelo de CHAYES, A., y CHAYES, A., *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995, en pp. 222-228, y su «managerial approach», es decir, su visión cooperativa como motor persuasivo del cumplimiento de los Estados. Esta óptica es la que se entiende propia de los regímenes internacionales en materia de protección del Medio Ambiente. En este sentido, BROWN WEISS, E., «Strengthening National Compliance with Trade Law: Insights from Environment» en BRONCKERS, M. y QUICK, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2000, pp. 456-471 y cf., BOTHE, M., «The Evaluation of Enforcement Mechanisms in International Environmental Law» en WOLFRUM, R. (ed.), *Enforcing Environmental Standards*, Springer, Berlín, 1996, pp. 13-38. También la construcción de KOH, H. H., «Review Essay: Why Do Nations Obey International Law?», *YJL*, 1997, núm. 106, pp. 2599-2659, responde a ese consensualismo cooperativo de los destinatarios de las normas, que apunta a la obediencia por adhesión a la norma jurídica (internalización de su contenido). Vide, además, REUS-SMIT, CH., «Politics and International Legal Obligation», *EJIR*, vol. 9, 2003, núm. 4, pp. 591-625 y VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports. Interdisciplinary Approaches and New Proposals», *JWT*, vol. 37, 2003, núm. 1, pp. 127-162.

<sup>3</sup> Utilizo el término como sinónimo de juridicidad.

<sup>4</sup> Se ha formulado el problema de la normatividad por medio de la pregunta sobre cómo se sostiene por sí solo un deber jurídico irreductible ni a pura facticidad ni a pura moralidad. Sobre el concepto del Derecho internacional como un orden fundamentalmente normativo con relativa autonomía y discreta apertura a las otras dos dimensiones del fenómeno jurídico, la valorativa y la política –por su configuración en cuanto orden de poder– cf., ESPÓSITO MASSICCI, C., «Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional: ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional», *RJUIPR*, vol. 34, 1999, núm. 1, pp. 1-78; FRANCK, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995; HENKIN, L., «International Law: Politics, Values and Functions», *Recueil des Cours*, 1989-IV, tomo 216; McDONALD, R. ST. J. y JOHNSTON, D. M. (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1983; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *La provincia del Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2004, en especial, pp. 49 y ss.; SCHACHTER, O., «International Law in Theory and Practice», *Recueil des Cours*, 1982-V, tomo 178, curso revisado y publicado con el mismo título por Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, especialmente pp. 1-15; *id.* «Towards a Theory of International Obligation», en SCHWEBEL, S. M. (ed.), *The Effectiveness of International Decisions*, Oceana Publications, Leiden, 1971, pp. 9-31.

<sup>5</sup> Vide, BAYÓN, J. C., «Justicia y Eficiencia» en DÍAZ, E. y COLOMER, J. L., *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002; HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003; NAVARRO, P. E., *La eficacia del Derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Sobre la función promocional del Derecho: un análisis conceptual», *Doxa*, 2000, núm. 23, pp. 665-687; POLINSKY, A. M. y SHAVELL, S., «The Economic Theory of Public Enforcement of Law», *JEL*, 2000, núm. 38, pp. 45-76; KOH, H. H., *supra* nota 2, pp. 2599-2659.

<sup>6</sup> A las que se podrían asimilar las decisiones del OSD por recrear una interpretación de los propios acuerdos OMC.

pertencen<sup>7</sup>, dependiente de los elementos de legitimación o legitimidad que incorpora, así como de las razones prudenciales que motivan el cumplimiento del Derecho y, en supuestos de desviación de la normativa vigente, su ejecución. No tendría sentido reflexionar sobre si existen motivos para ajustarse a las normas secundarias OMC y sus postulados sin antes aclarar la procedencia de tildar como «sistema normativo» a su SSD.

Desde la premisa que hace del SSD un sistema normativo legítimo y eficaz, me detendré en el punto III del trabajo en la determinación de si conforme al Entendimiento para la solución de las diferencias comerciales de la OMC (Entendimiento o ESD)<sup>8</sup> las decisiones del OSD son jurídicamente vinculantes y, siendo esto así, cuál es su contenido obligacional y las formas previstas para asegurar su observancia. A falta de regulación, las partes involucradas en la diferencia comercial dispondrán de un amplio margen de discrecionalidad tanto para cumplir con la normativa comercial multilateral, como para concretar los efectos internos de las resoluciones del OSD en sus ordenamientos.

Antes de avanzar en la práctica desarrollada para dar cumplimiento a las decisiones del OSD –que ejemplifico con la experiencia de la Comunidad Europea– procede contextualizar el SSD de la OMC en el Derecho internacional<sup>9</sup>, intento que se ensaya en el punto IV del trabajo. La cuestión es pertinente desde la perspectiva de la *ejecución* de las obligaciones internacionales que nos ocupan, en el sentido de identificar si fallido su *cumplimiento voluntario* y agotadas las vías previstas en el Entendimiento para forzar su cumplimiento, aun «extemporáneo», es plausible un retorno al Derecho internacional general o si la propia especialización del sistema lo excluye.

Por último, abriré en el punto V del trabajo un lugar para cualificar la observancia de las obligaciones secundarias OMC por parte de la Comunidad Europea<sup>10</sup>. Constatada la tendencia de la Comunidad a ajustarse voluntariamente a los dictados del OSD –aun expirado el «plazo prudencial»<sup>11</sup>–, la cuestión reside en identificar los efectos internos de sus decisiones cuando existe un incumplimiento comunitario del Derecho OMC. Parece que el Tribunal de Justicia sólo llegaría a admitir estas decisiones como parámetro interpretativo del ordenamiento comunitario. Una aplicación tan limitada suscita reservas.

<sup>7</sup> Vide, PARLIN, CH., «WTO Dispute Settlement: Are Sufficient Resources Being Devoted to Enable the System to Function Effectively?», *IL*, vol. 32, 1998, núm. 3, pp. 863-870 y los comentarios de BERNAL, R. L., STEGERD, P., y STOLER, A. L., en el mismo número de esa revista, en pp. 869-870.

<sup>8</sup> El anexo 2 del Acuerdo OMC comprende el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*.

<sup>9</sup> Vide, PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 y SADAT-AKHAVI, S. A., *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2003.

<sup>10</sup> Vide, KUIJPER, P., «WTO Law in the European Court of Justice», *CMLR*, vol. 42, 2005, pp. 1313-1355, en pp. 1313-1342 y SNYDER, F., «The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law», *CMLR*, vol. 40, 2003, núm. 2, pp. 313-367.

<sup>11</sup> Vide, artículo 21.3 ESD.

## II. **NORMATIVIDAD DEL SISTEMA PARA LA SOLUCIÓN DE LAS DIFERENCIAS COMERCIALES**

### 1. **¿Un sistema normativa o políticamente orientado?: la legitimidad de las decisiones del OSD**

El debate sobre la legitimidad de este mecanismo para la resolución de las diferencias comerciales<sup>12</sup> revive la esgrima doctrinal sostenida por quienes han estimado que el Entendimiento articula un sistema de adjudicación, normativamente orientado, de corte netamente jurídico y, en el otro frente, por quienes han presumido en la nueva normativa la consagración y continuación de un sistema impulsado por los principios de la negociación, que predominantemente se encuentra políticamente orientado y cuya inspiración es de naturaleza consensual<sup>13</sup>.

La legitimidad democrática de las decisiones tiene mucho que ver con el establecimiento de un proceso judicial garantista para las partes implicadas –un sistema de adjudicación de obligatorio cumplimiento– y la observancia de procedimientos y disciplinas institucionales, de modo que exista una deliberación anterior a la adopción de la decisión, se dé la oportunidad de confrontar las distintas posturas sobre la diferencia y se articulen algunos medios que permitan la participación de los sujetos potencialmente afectados por la decisión<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Sobre la legitimidad del sistema OMC, muy ligada a sus tintes constitucionales, se pueden consultar, entre otros, los trabajos de CASS, D., «The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade», *EJIL*, vol. 12, 2001, núm. 1, pp. 39-75; HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence» en WEILER, J. H. H. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford University Press, Londres, 2000, pp. 35-69; *id.*, «From Politics to Technocracy and Back Again: The Fate of the Multilateral trading Regime», *AJIL*, vol. 96, 2002: Symposium: The Boundaries of the WTO, pp. 94-117; HUDEC, R., *Essays on the Nature of International Trade Law*, Cameron May, Londres, 1999, en especial capítulo 2: Concepts of Fairness in International Trade Law; MCGINNIS, J. O. Y MOVSESIAN, M. L., «The World Trade Constitution», *HLR*, 2000, núm. 114, pp. 511-531; PETERSMANN, E.-U., «The WTO Constitution and the Millennium Round» en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 2000, pp. 110-133; *id.*, «Constitutionalism and WTO Law: From a state-centered approach towards a human rights approach in international economic law» en KENNEDY, D. L. M. Y SOUTHWICK, J. D. (eds.), *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 32-66; STEIN, E., «International Integration and Democracy: No Love at First Sight», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 489-534; STEGER, D.-P., «The World Trade Organization: A New Constitution for the Trading System» en BRONCKERS, M. Y QUICK, R. (eds.), *New Directions ...*, pp. 135-153; WEILER, J. H. H., «The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement», *JWT*, vol. 35, 2001, núm. 2, pp. 191-207.

<sup>13</sup> Vide, HILF, M., «Power, Rules and Principles—Which Orientation for WTO/GATT Law?», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 111-130 y WAINCYMER, J. M., «GATT Dispute Settlement: An Agenda for Evaluation and Reform», en SWACKER, F. S., REDDEN, K. R. Y WENGER, L. B. (eds.), *World Trade Without Barriers: The WTO and Dispute Resolution*, Lexis Law Pub., Nueva York, 1996, pp. 515-548, sobre el avance de un modelo orientado desde la dimensión del poder hacia un sistema normativo; IWASAWA, Y., «WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 287-305, en cuanto a la concepción del ESD como un mecanismo de supervisión judicial y no sólo de resolución de las diferencias, puesto que se articula un medio de control del cumplimiento de las obligaciones OMC, un sistema *sui generis* de solución de diferencias con elementos propios de la adjudicación judicial y de la conciliación.

<sup>14</sup> Vide, HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence», *supra* nota 12, p. 50. Sería pertinente plantearse si en la

Existen en el sistema de la OMC diferencias notables con el régimen contemplado en el GATT 1947<sup>15</sup>, pero es de interés subrayar ahora aquellas que se refieren a la forma de decir y aplicar el Derecho por el OSD, en cuanto elementos que hablarían de un sistema perfeccionado próximo a los modelos de jurisdicción internacional<sup>16</sup>.

Es importante, en primer lugar, la creciente relevancia del precedente prestada en los informes de los grupos especiales y, sobre todo, del Órgano de Apelación, que asegura la coherencia en la interpretación de los acuerdos OMC<sup>17</sup>. No es que exista una regla formal de *stare decisis*, aun cuando el Órgano de Apelación ha insistido en la necesidad de tomar debidamente en consideración los informes previamente adoptados en el sentido de definir unas expectativas legítimas sobre el resultado de la diferencia comercial; operaría una suerte de vinculación del grupo especial a la «juris-

actualidad la legitimidad del mecanismo regulado en el ESD debe incorporar otros elementos más acordes con la democracia representativa transnacional que se pretende escenificar en el Derecho internacional económico. Se ha reprobado el cierre del sistema a los particulares como una quiebra del principio democrático que pretendidamente inspira los rudimentos del sistema. Vide, SHELL, G. R., «Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization», *DLJ*, vol. 44, 1995, núm. 5, pp. 829-927 y *cf.*, NICHOLS, P. M., «Participation of Non-Governmental Parties in the World Trade Organization: Extension of Standing in WTO Disputes to Nongovernment Parties», *UPJIEL*, vol. 17, 1996, pp. 295-329, en especial pp. 318-319. También sobre el acceso de los particulares al SSD, véase en *L&PIB*, vol. 31, 2000, núm. 3—Symposium: The First Five Years of the WTO, las contribuciones de RAGOSTA, pp. 739 y ss.; SHIRZAD, pp. 769 y ss.; WALLACH, pp. 773 y ss.; WILSON, pp. 779 y ss.

<sup>15</sup> Son cambios paradigmáticos respecto del régimen anterior la regla del «consenso negativo» —que impide el veto sistémico de las decisiones del OSD—; la obligación a cargo de los grupos especiales de «hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos (...)» (art. 11 ESD); el establecimiento de un Órgano de Apelación (OA) ante el que se puede cuestionar la conformidad con los acuerdos OMC de los informes adoptados por los grupos especiales (art. 17.6 ESD). Hay varios ejemplos significativos sobre la revisión que ha llevado a cabo el OA: la forma en que ha entendido la obligación del grupo especial de hacer una evaluación objetiva del asunto; su decisión relativa al acceso en la fase de apelación —e, incluso ante el grupo especial— de los abogados externos al procedimiento para la solución de las diferencias, al punto de poder presentar las alegaciones en nombre de la parte que representa; la interpretación que ha realizado del artículo 13 ESD sobre el derecho del grupo especial a «recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente» en el sentido de que no es inconsistente la autorización explícita del precepto con el permiso implícito para considerar la información que no haya sido solicitada y que se le someta a su consideración en la forma de alegaciones *amicus curiae*. Para una comprensión global del nuevo SSD véase, MONTAÑA I MORA, M., *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; ORTINO, F. Y PETERSMANN, E.-U., *The WTO Dispute Settlement*, Kluwer, La Haya, 2003; PALMETER, D. Y MAVROIDIS, P., *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, Kluwer Law International, Londres, 1999; PETERSMANN, E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, Londres, 1997; PICONE, P. Y LIGUSTRO, A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Comercio*, CEDAM, Padova, 2002, capítulos XII y XIV.

<sup>16</sup> Sobre la aproximación del sistema a un modelo de jurisdicción internacional vide, SCHNEIDER, A. K., «Getting Along: The Evolution of Dispute Resolution Regimes in International Trade Organizations», *MJIL*, vol. 20, 1999, núm. 4, pp. 697-717; SHELL, G. R., «Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization», *DLJ*, vol. 44, 1995, núm. 5, pp. 829-927; STONE SWEET, A., «Judicialization and the Construction of Governance», *CPS*, vol. 32, 1999, núm. 2, pp. 147-184; REICH, N., «From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations», *NJILB*, 1996, núm. 17, pp. 775-795.

<sup>17</sup> Vide, BHALA, R., «The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy)», *AUILR*, 1999, núm. 14, pp. 845-956; *id.*, «The Precedent Setters: *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)», *JTL&P*, 1999, núm. 9, pp. 1-151; *id.*, «The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)», *GWILR*, 2001, núm. 33, pp. 873-978; CHUA, A., «The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports», *LJIL*, vol. 11, 1998, núm. 1, pp. 45-61; NICHOLS, P. M., «GATT Doctrine», *VJIL*, vol. 36, 1996, pp. 379-466.

prudencia» sentada previamente, al menos que justificara suficientemente una separación de esta doctrina jurisprudencial («*overruling*») <sup>18</sup>.

En segundo lugar, el Órgano de Apelación, artífice de la interpretación evolutiva del Entendimiento <sup>19</sup>, ha paliado en gran medida la debilidad que se podía detectar en el análisis jurídico realizado por los grupos especiales, al enfatizar su obligación de atenerse al texto de los acuerdos OMC, al tiempo que ha recordado cómo la interpretación que realicen debe guiarse por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados <sup>20</sup>.

En cuanto a la exigencia de atenerse al tenor de la norma, es preciso preguntarse por el aspecto «creador del Derecho» incluido intersticialmente en los informes del OSD <sup>21</sup>. La existencia de márgenes para la creación judicial del Derecho en el SSD depende de que se pueda asumir que resulta conceptualmente necesario y, por tanto, empíricamente inevitable, que el juez o el órgano de adjudicación correspondiente en el ejercicio de su actividad judicial o de adjudicación cree Derecho (la inevitable creatividad de toda decisión judicial). Esto sólo ocurre en los casos difíciles, en los que la pregunta por el estatuto normativo de una acción o por la calificación jurídica de una situación no encuentra en principio respuesta explícita en el Derecho identificado mediante los criterios que suministra el sistema de fuentes. Si la respuesta no está en ninguno de los arsenales de pautas del derecho preestablecido, entonces el juez se ve forzado, por la obligación de fallar, a «crear» Derecho *ex novo* <sup>22</sup>.

Es al menos cuestionable la magnitud del poder decisorio atribuido a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. Estimo que no se puede considerar el SSD como un mecanismo cuya finalidad sea la «aplicación neutral» del Derecho, sino como un mecanismo en sí de carácter legislativo y de gobierno <sup>23</sup>, aspecto que puede incidir en

<sup>18</sup> Vide el informe del OA conforme al artículo 21.5 ESD de 22 de octubre de 2001 en el asunto *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (WT/DS58/AB/RW), párrafo 109 y en la doctrina BEHBOODI, R., «Legal Reasoning and the International Law of Trade-The First Steps of the Appellate Body of the WTO», *JWT*, vol. 32, 1998, núm. 4, pp. 55-75; PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, *supra* nota 15, pp. 40-42.

<sup>19</sup> DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international,» *Recueil des Cours*, 2002, tomo 297, pp. 9-490, en p. 458. Cf., BEHBOODI, R., *supra* nota 18, pp. 55-75.

<sup>20</sup> Cf., KUIJPER, P., «The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969», *LIEI*, vol. 25, 1998, núm. 1, pp. 4-24.

<sup>21</sup> Vide, LAPORTA, F., «La creación judicial del Derecho y el concepto de Derecho implícito», *RJUAM*, 2002, núm. 6, pp. 133-151.

<sup>22</sup> Significa esta noción que aunque se carezca en un caso difícil de una solución jurídica explícita, se puede acudir a una serie de normas y prácticas que conforman el material jurídico subyacente e inferir desde su seno una regla que no estaba prevista en él. Así, existen reglas implicadas formalmente en otras reglas explícitas, reglas implicadas conceptualmente en otras reglas y reglas que son producto de enunciados interpretativos. Por lo demás, en la aplicación judicial del Derecho OMC la cuestión del *non-liquet* es relativamente sencilla y casi implantable debido a que la jurisdicción de los grupos especiales y del OA se limita a decidir sobre la existencia de una violación de los «acuerdos abarcados». Si no existe una norma de estos acuerdos aplicable al caso, tampoco existe una diferencia y, en consecuencia, ni siquiera jurisdicción para declarar el *non-liquet*. El único supuesto excepcional es el del conflicto de normas aplicables al caso, supuesto que retrata PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, pp. 419-422.

<sup>23</sup> Vide, TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *HILJ*, vol. 40, 1999, núm. 2, pp. 333-377, en p. 336 y *cf.*, informes del OA de 25 de abril de 1997 y de 24 de febrero de 2000, respectivamente, en los asuntos *Estados Unidos-Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (WT/DS33/AB/R), párrafo 19 y *Estados Unidos-*

la consideración sobre los efectos en los ordenamientos internos de las decisiones del OSD.

Por lo que se refiere a la consideración del Derecho internacional como parámetro interpretativo, el artículo 3 del Entendimiento<sup>24</sup> prevé que el SSD sirve no sólo para preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los «acuerdos abarcados»<sup>25</sup>, sino también para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público, lo que verifica la sujeción en la interpretación del Derecho OMC a las reglas de la Convención de Viena.

La referencia al Derecho internacional público legitima el procedimiento de solución de diferencias de la OMC en la medida en que estas normas internacionales son observadas con carácter general, pero además porque se introducen otras variables como, por ejemplo, el hecho de que, a la hora de interpretar un tratado, «por mor» del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena, el contexto comprenderá «toda norma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Esto obliga a considerar otras normas jurídicas ajenas al Derecho OMC en su interpretación, reglas jurídicas que tal vez pueden llegar a priorizar unos valores distintos a la liberalización del comercio<sup>26</sup>.

Aun cuando la legalización del SSD no se ha hecho acompañar con un fortalecimiento equiparable de las vías de ejecución del Derecho OMC y en él aparecen elementos propios de un enfoque político de las diferencias comerciales –como, por ejemplo, las complicaciones que suscita la ejecución de las decisiones adoptadas por el OSD (aunque esto es común a la generalidad de las sentencias internacionales y, en breve, vuelvo sobre este particular)–, el sistema está presidido por la idea de adjudicación bilateral y se ha desligado, en parte, de la técnica de la negociación y del recurso unilateral a las «repesalias». El razonamiento y la argumentación jurídica, así como

---

*Trato fiscal aplicado a las «empresas de ventas en el extranjero»* (WT/DS108/AB/R), nota a pie de p. 127, donde el OA distingue entre las interpretaciones realizadas por la Conferencia Ministerial (Consejo General) conforme al artículo IX del Acuerdo OMC y las del OSD en el contexto de un litigio concreto.

<sup>24</sup> Conforme a este precepto: «(...) Los Miembros reconocen que ese sistema [procedimiento de solución de diferencias] sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados».

<sup>25</sup> Sobre la interpretación que merece el artículo 3.2 ESD se ha fundamentado el enfrentamiento del Consejo de la Unión y la Comisión Europea acerca de si la decisión de apertura del procedimiento previsto en el ESD es un acto que deba adoptarse *ex* artículo 133 TCE. La posición de la Comisión entiende que la decisión de acudir al SSD no se puede considerar como la celebración de un acuerdo ni como la aprobación de un acto autónomo, en el sentido del artículo 133 TCE, pues se enmarca en un procedimiento dirigido a clarificar los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC (y *no a crear nuevos derechos*). Vide, JANSEN, B., «El papel de la Unión Europea en la solución de las diferencias comerciales en la OMC», en Remiro Brotóns, A. y Espósito Massicci, C. (eds.), *La OMC y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 143-158 y *cf.* TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *supra* nota 23.

<sup>26</sup> Vide, GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 3, pp. 441-472; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *AJIL*, vol. 94, 2000, núm. 2, pp. 335-347.

la adopción de decisiones «judicializadas», son características sobresalientes de este sistema<sup>27</sup>.

En este sentido, se puede sostener la legitimidad del sistema debido primordialmente a la presencia de valores propios de un ordenamiento presidido por el principio del Estado de Derecho o imperio de la ley<sup>28</sup> y la articulación de un mecanismo eficaz, de naturaleza cuasi-jurisdiccional para el arreglo de las diferencias comerciales entre los miembros de la nueva Organización<sup>29</sup>.

## 2. Las razones prudenciales para observar el Derecho OMC: la eficacia de las decisiones del OSD

La eficacia es un valor que se puede anudar a variables diversas. Me he ocupado hasta el momento de la modalidad de la obediencia al sistema normativo por la legitimidad de los valores que incorpora<sup>30</sup>. Por otra parte, se ha buscado una conexión directa entre la eficacia del sistema normativo y su aptitud para desarrollar una función promocional de la observancia del Derecho. Y parpadea tras este discurso la idea de la coerción en el Derecho, esto es, de la obediencia del Derecho por temor a la sanción, que se ha considerado como el motivo más típico de cumplimiento prudencial del Derecho en general<sup>31</sup> y del Derecho internacional en particular<sup>32</sup>.

Se plantea cuáles son las razones prudenciales o de utilidad que pueden explicar por qué se cumplen las normas OMC y esto en la idea de que no existe una obligación general de obediencia al Derecho *prima facie*, sino que existen diversas razones para cumplir un determinado acto individual exigido por el Derecho<sup>33</sup> –en la obe-

<sup>27</sup> Incide REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *GJCE*, 1996, D-26, pp. 7-82, p. 24, en este aspecto: «Al final, lo *pragmático* ha sido, en orden a la solución de diferencias, lo *jurídico*».

<sup>28</sup> Cf., WEILER, J. H. H., «The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement», *supra* nota 12.

<sup>29</sup> Cf., HOWSE, R., «Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence», *supra* nota 12, p. 37; *id.*, «From Politics to Technocracy and Back Again: The Fate of the Multilateral trading Regime», *supra* nota 12, p. 107.

<sup>30</sup> Para HIERRO, L., *supra* nota 5, p. 121, la legitimación no es en sí misma una condición necesaria, ni suficiente del cumplimiento.

<sup>31</sup> Sobre la obediencia de las normas por temor a la sanción como motivo más típico de cumplimiento prudencial y lo incompleto de su análisis desde un esquema coste/beneficio véase, FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, para considerar otras variables como el carácter de la amenaza o promesa, del destinatario y de la conducta.

<sup>32</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 307-329. Su premisa de análisis se encarna en el adagio latino *ubi ius, ibi remedium*, es decir, la necesaria correspondencia entre las normas y las sanciones.

<sup>33</sup> Es la tesis de BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 691-710. Así, se distinguiría entre: (i) las razones dependientes del contenido de la norma (estas normas jurídicas justas encontrarían su fundamento en la moral y el Derecho resultaría redundante, superfluo); (ii) las razones independientes del contenido de la norma –al margen del contenido de la norma su fundamento procede de que el Derecho lo exige, algo que tendría que ver con la obediencia por respeto al orden jurídico–; (iii) además pueden existir supuestos en los que la razón para cumplir no provenga del Derecho. En los dos últimos casos se plantea si son útiles las teorías del juego limpio; conforme a ellas las razones para cumplir las normas tienen que ver con las renunciaciones voluntarias para el logro cooperativo de las finalidades insitas en la mera existencia de la sociedad internacional.

diencia por un Estado de la norma puede subyacer un problema moral, jurídico o político<sup>34</sup>.

El grado de cumplimiento de las normas, primarias y secundarias, de este sistema normativo quedaría directamente asociado a la previsión de instrumentos jurídicos aptos para desarrollar dos tipos de funciones<sup>35</sup>: una función promocional de la observancia espontánea de las normas que operaría *ex ante*, al implicar una amenaza creíble y probable que desincentivaría la desobediencia de la norma (o promovería una solución positiva de la diferencia), y una función reparadora de ejecución que se desarrollaría *ex post*, a través de medios de corrección de la infracción de la norma tendentes a restituir el equilibrio pactado entre las concesiones mutuas<sup>36</sup>. Parece indiscutible que «Medios eficaces de solución de diferencias son una baza decisiva para la *credibilidad* de obligaciones numerosas, objetivamente complejas y traducidas en conceptos jurídicamente indeterminados insuflados, además, de consideraciones económicas»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Vide, por ejemplo, VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2.

<sup>35</sup> El tema ha interesado a la doctrina. Vide, entre la abundante bibliografía, ANDERSON, K., «Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement», *WTR*, vol. 1, 2002, pp. 123-134; BISHOP, A. S., «The Second Legal Revolution in International Trade Law: Ecuador Goes Ape in Banana Trade War with European Union», *ILP*, vol. 12, 2002, pp. 1-35; BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations», *MJGT*, 2001, núm. 10, pp. 133-168; CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *AJIL*, vol. 95, 2001, núm. 4, pp. 792-832; *id.*, «The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance», *Aussenwirtschaft*, vol. IV, 2002, núm. 57, pp. 409-439; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions» en Kennedy, D. L. M. y Southwick, J. D. (eds.); *The Political Economy of International Trade Law. Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 602-635; GRAY, C., «Types of Remedies in ICJ Cases: Lessons for the WTO?», en WEISS, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, Londres, 2000, pp. 401-415; HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P. C., «WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance», *ThWE*, vol. 23, 2000, núm. 4, pp. 527-542; HORLICK, G. N., «Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process», en KENNEDY, D. L. M. y SOUTHWICK, J. D., *The Political Economy ...*, *supra*, pp. 636-645; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *EJIL*, vol. 11, 2001, núm. 4, pp. 763-814; MCGIVERN, B. P., «Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives», *ThLL*, vol. 36, 2002, núm. 1, pp. 141-157; PALMETER, D. y ALEXANDROV, S. A., «"Inducing compliance" in WTO dispute settlement», en KENNEDY, D. y SOUTHWICK, J. D., *The Political Economy ...*, *supra*, pp. 646-666; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules –Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, pp. 335-347; STEINBERG, R. H., «In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO», *IO*, vol. 56, 2002, núm. 2, pp. 339-374; SYKES, A. O., «The Remedy for Breach of Obligation under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?», en BRONCKERS, M. y QUICK, R., *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, pp. 346-357; VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2.

<sup>36</sup> Vide, en especial, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35; *id.*, «The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance», *supra* nota 35; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35. Es muy exhaustivo el estudio de MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35; e igualmente el trabajo de HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P., «WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance», *supra* nota 35.

<sup>37</sup> Vide, REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, p. 25. Igualmente, JACKSON, J. H., «The Legal Meaning of a GATT Dispute

El instrumento previsto en el Entendimiento que mejor responde al régimen de las contramedidas en el Derecho internacional general sería la suspensión de concesiones u otras obligaciones, medidas llamadas de «represalia» que se conciben como la *ultima ratio* del sistema desde de la perspectiva de la ejecución de las decisiones del OSD. Existe un cierto consenso sobre las desventajas de las «represalias» contempladas en el SSD<sup>38</sup>. En todo caso, su fuerza persuasiva *ex ante* y correctiva *ex post* dependerán en gran medida del contenido de la «sanción» y de la probabilidad de su imposición, en el sentido de que su coste sea efectivamente superior al beneficio de incumplir la norma.

No es evidente que estas medidas puedan cumplimentar eficientemente estos fines ni preventivamente ni en los supuestos de desviación de la legalidad vigente, porque la necesidad de asegurar la equivalencia entre el nivel de la suspensión y de la «anulación o menoscabo»<sup>39</sup>, por una parte, y el modelo descentralizado de ejecución de las obligaciones primarias y secundarias de la OMC, carente de un mecanismo para represaliar colectiva o multilateralmente, por otra parte, apuntan a un coste inferior al beneficio de mantener el incumplimiento de la norma. Su finalidad parece más bien de perfil reparador<sup>40</sup>.

---

Settlement Report: Some Reflection», en Blokker, N. y Muller, S. (eds.), *Towards More Effective Supervision by International Organisations. Essays in honour of H. Schermers*, vol. I, Kluwer, Dordrecht, pp. 149-164, en p. 153.

<sup>38</sup> Vide, BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations», *supra* nota 35, crítica con la experiencia «sancionatoria» en el seno de la OMC; CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35, p. 823; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35, sobre la ineficacia de las «represalias», que no aseguran la «igualdad de armas» sino que subrayan las asimetrías en la arena comercial de los distintos miembros de la OMC y, en esta misma línea, PALMETER, D., «The WTO as a legal system», *FILJ*, 2000, pp. 444-480, en pp. 472 y 473, sobre la desigualdad entre los distintos sujetos de Derecho internacional que limita la capacidad del SSD para operar como un sistema coercitivo organizado; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules –Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 338: «The «legalization» of disputes under the WTO stops, in effect, roughly where noncompliance stars»; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 129-144, en p. 143, en cuanto a su efecto restrictivo del comercio.

<sup>39</sup> Vide, PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26 y MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35.

<sup>40</sup> Para ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 142: «The provision –art. 22.4 ESD– seems to be based on the idea of restoring the balance of concessions rupture by the measure found to be inconsistent with a covered agreement and there is thus no room for punitive sanctions. Nor is it a question of countermeasures (reprisals) under general international law». Secundo la lectura que realiza Rosas. Sin embargo, en ocasiones se ha asemejado la utilidad de la «suspensión de concesiones u otras obligaciones» a la que desempeñan las sanciones, aun sin designarlas de esta manera. Vide el asunto *Brasil-Aeronaves* (grupo especial *ex art. 22 ESD*) y el asunto *Comunidades Europeas –Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos (WT/DS/165–* grupo especial de «represalias»), donde directamente se recurre al término. *Cf.* el sistema de Derecho internacional general donde las represalias han de ser proporcionales a la violación originaria de la norma de Derecho internacional tanto en su gravedad, como en sus efectos, pero esta proporcionalidad no es idéntica a la equivalencia que reclama el Entendimiento. Sobre el particular, por ejemplo, CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, 2003.

Es una evidencia la mejora cualitativa del Entendimiento<sup>41</sup>, pendiente de una reforma que se dilata en el tiempo<sup>42</sup>; sin embargo, el SSD sale fortalecido en la comparación con el Derecho internacional general<sup>43</sup> si se atiende a elementos como, por ejemplo, el propio hecho de que encara y se preocupa de regular los medios concretos para promover el cumplimiento de las obligaciones secundarias y, en su caso, forzar su ejecución, medidas que se autorizan y controlan multilateralmente<sup>44</sup>.

### III. OBLIGATORIEDAD DE LAS DECISIONES DEL OSD DE LA OMC

Afirmar el carácter jurídicamente obligatorio de las decisiones del OSD –aspecto sobre el que ya se polemizó cuando el referente normativo era el GATT 1947<sup>45</sup>– se

<sup>41</sup> Como medidas alternativas para promover de forma efectiva el cumplimiento se han propuesto (i) el reconocimiento de efecto directo a las normas OMC; (ii) la imposición de multas pecuniarias a los gobiernos infractores, un sistema de compensación obligatoria e indemnización de los daños causados, sanciones colectivas o, incluso, «daños punitivos»; (iii) sanciones que afecten a los derechos de membresía; (iv) el recurso a la dialéctica del asentimiento de las normas, la transparencia en la información. Vide, BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 1, pp. 41-65, en p. 62; informe de marzo de 2000 [International Financial Institution Advisory Committee <http://www.house.gov/jec/imf/meltzer.htm>]; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, en p. 336; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35, ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 144; VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2, en especial pp. 154-161.

<sup>42</sup> Vide, Díez-Hochleitner, J., «La Unión Europea ante la reforma del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», en de Faramiñán Gilbert, J. M. (coord.), *Globalización y Comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI, BOE, Madrid, 2005, pp. 61-88 y MERCURIO, B., «Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review – Making it Work?», *JWT*, vol. 38, 2004, núm. 5, pp. 795-854.

<sup>43</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, p. 307: «(...) WTO dispute settlement's obligatory character and the duty to conform (...) appear to do what for so long has been elusive in international law: they enforce». Cf., VAN DEN BROEK, N., «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports...», *supra* nota 2, p. 140. Recuerda que aunque el mecanismo de la OMC es considerado como el sistema de solución de diferencias internacionales más efectivo, debido en gran medida al fortalecimiento de las vías para forzar el cumplimiento del Derecho OMC, es igualmente cierto que es un sistema intergubernamental que carece de la competencia para imponer coactivamente el cumplimiento de las resoluciones del OSD y, así, éste depende en gran medida de la voluntad de las partes.

<sup>44</sup> Vide, SPIERER, C., «Dispute Settlement Understanding: Developing a Firm Foundation for Implementation of the WTO», *STLR*, vol. 62, 1998, pp. 63-107, p. 103. Cf., el cuasi-inexistente sistema de ejecución de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, que ocasiona el mantenimiento de la infracción del Derecho internacional y propicia el recurso a medidas unilaterales de represalia que no quedan sometidas a ningún mecanismo de control y supervisión ulterior y al respecto, por ejemplo, el comentario de OELLERS, K. al artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas en Zimmermann, A., Oellers-Frahm, K. y Tomuschat, Ch. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

<sup>45</sup> Se ha entendido que conforme al GATT 1947, una vez adoptado el informe, su valor jurídico podía traducirse en una recomendación, en una obligación de comportamiento con fuerza prospectiva, en la imposición de una obligación conforme a Derecho que vinculaba jurídicamente a las partes en la diferencia, en una interpretación auténtica y originalista de las disposiciones del GATT o, por último, en un elemento de prueba de la práctica desarrollada conforme al acuerdo, según lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Quizá la posibilidad de que los informes tradujeran una obligación jurídica internacional de carácter vinculante sólo para las partes en la diferencia daba una

puede entender como una presunción *iuris tantum* que encuentra respaldo en el propio Entendimiento<sup>46</sup>. Si se presenta en estos términos el debate es porque tampoco existe en el sistema actual ninguna disposición que expresamente encare esta cuestión<sup>47</sup>.

La cuestión que se suscita, enlazada con el preámbulo histórico anterior, es si a raíz del establecimiento de la OMC el fortalecimiento de las obligaciones jurídicas sobre las que descansaba el GATT 1947 es predicable igualmente de las decisiones adoptadas por el OSD<sup>48</sup>. En la doctrina se encuentran representantes significativos tanto de la posición que defiende el valor jurídicamente vinculante de estas decisiones y, en este sentido, ven en ellas el endoso de la obligación internacional de actuar conforme a lo estipulado en el informe, como de la postura que contesta su naturaleza de obligaciones internacionales<sup>49</sup>.

respuesta que debía de los fundamentos del Derecho internacional, al tiempo que resultaba fiel a la intención de las partes. Éste es el planteamiento de JACKSON, J. H., «The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflection», *supra* nota 37, en un estudio donde ya se planteaba el autor tímidamente la cuestión relativa a la eficacia directa de las decisiones adoptadas por los grupos especiales.

<sup>46</sup> Sobre un buen número de disposiciones del ESD se puede apoyar el valor jurídicamente vinculante de las decisiones del OSD. Vide, por ejemplo, artículo 1 ESD (adjudicación obligatoria), artículo 16.4 ESD (adopción automática del informe del grupo especial salvo que una parte en la diferencia decida apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe), artículo 17.14 ESD (adopción automática de los informes del OA) y artículo 23 ESD (recurso obligatorio al ESD para la resolución de las diferencias comerciales OMC). Me voy a referir siempre –en el marco del GATT 1947 y del GATT 1994– al caso de las denuncias con infracción. En las hipótesis de las denuncias sin infracción no existiría la obligación jurídica de seguir las conclusiones del grupo especial, pero sí se generaría la obligación de negociar entre las partes en la diferencia una compensación.

<sup>47</sup> El artículo XXIII GATT 1947 no decía expresamente que existía la obligación internacional de observar los resultados del procedimiento para la solución de las diferencias. Es más, el artículo en cuestión ni siquiera regulaba este procedimiento, sino que se limitaba a prever la remisión del asunto a las «PARTES CONTRATANTES», si bien es cierto que se desarrolló un procedimiento bastante elaborado. Vide, MONTAÑÁ I MORA, M., *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT*, *supra* nota 15. Sobre la cuestión en el SSD de la OMC véase, JACKSON, J. H., *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2.ª ed., The MIT Press, Mass., p. 126; *id.*, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, 1998, pp. 81 y ss.

<sup>48</sup> *Cf.*, la postura del OA sobre el valor de las decisiones de los grupos especiales en el asunto *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, párrafo 14, donde se señala que el valor de los informes de los grupos especiales no es distinto en el nuevo marco normativo de la OMC: «They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute» y el informe del grupo especial de 24 de agosto de 1998, párrafo 7.30, en el asunto *India-Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (WT/DS79/R)*.

<sup>49</sup> Se puede considerar la corriente mayoritaria la primera, representada por JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation», *AJIL*, vol. 91, 1997, pp. 60-64 y «International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'?», *AJIL*, vol. 98, 2004, núm. 1, pp. 109-125. En la línea de Jackson se sitúan también BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *supra* nota 41, pp. 60-63; COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *CMLR*, vol. 35, 1998, pp. 325-378, en pp. 369-375; EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *CMLR*, vol. 34, 1997, núm. 1, pp. 11-58, en pp. 51-54; GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 4, pp. 755-772; GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, pp. 441-472; HILF, M., «Power, Rules and Principles—Which Orientation for WTO/GATT Law?», *supra* nota 13, pp. 114-115; LAVRANOS, N., «The Communitarization of WTO Dispute Settlement Reports: An Exception to the Rule of Law», *CMLR*, vol. 42, 2005, núm. 10, pp. 313-338;

Las dos tesis doctrinales en liza se centran en el análisis de las disposiciones del Entendimiento que ofrecen a la parte reclamada recurrir a medios de cumplimiento provisional<sup>50</sup>, que exacerban los problemas para actuar por vía ejecutiva<sup>51</sup>, dificultad común, por otra parte, al conjunto de las sentencias internacionales. Sólo si se pudiera afirmar que la compensación o la suspensión de concesiones son vías alternativas al cumplimiento definitivo del informe adoptado por el OSD no sería defendible su poder de obligar conforme a Derecho<sup>52</sup>.

### 1. Exclusión de la compensación y la suspensión como formas alternativas de cumplimiento

Según la primera corriente doctrinal, una interpretación sistemática del Entendimiento –artículos 3.4, 3.5, 3.7, 11, 19.1, 21.1, 21.6, 22.1, 22.2 y 22.8 Entendimiento–<sup>53</sup>, avalaría la incondicionalidad del valor jurídicamente vinculante de las decisiones del OSD. O dicho de otra forma, la compensación y la eventual suspensión de concesiones se conciben sólo como medidas de carácter temporal, que no son alternativas plausibles al cumplimiento final de estas decisiones<sup>54</sup>.

PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 336; PEERS, S., «Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order», *EFAR*, vol. 4, 1999, núm. 2, pp. 195-214; VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order», *JIEL*, vol. 4, 2001, núm. 2, pp. 411-440; *id.*, «Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports. Interdisciplinary Approaches and New Proposals», *supra* nota 2; ZONNEKEYN, G. A., «The Legal Status of WTO Panels in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case», *JIEL*, vol. 2, 1999, núm. 4, pp. 713-722 y «The Status of Adopted Panel and Appellate Body Reports in the European Court of Justice and the European Court of First Instance: the Banana Experience», *JWT*, vol. 34, 2000, núm. 2, pp. 93-108.

La segunda corriente minoritaria tiene como valedor más sobresaliente a SYKES, A. O., «The Remedy for Breach of Obligation under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?», *supra* nota 35. Junto a Sykes, BELLO, J., «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More», *AJIL*, vol. 90, 1996, pp. 416-418, si bien más tarde matiza su postura en «Book Review: J. H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 984 y ss.; REIF, T. M. Y FLORESTAL, M., «Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding», *ThIL*, vol. 32, 1998, núm. 3, pp. 755-788.

<sup>50</sup> Vide, artículos 21 y 22 ESD.

<sup>51</sup> Y es que incluso si se entiende que las decisiones del OSD obligan en el orden internacional, hay que convenir con REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, en que el enfoque político de la diferencia reaparece en la fase de ejecución.

<sup>52</sup> Cf., PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 336.

<sup>53</sup> De los autores que defienden esta tesis, ponen especial énfasis en este estudio integrado del ESD JACKSON, J. H., *supra* nota 47; EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54 y ss.; GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union. Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Councils*», *supra* nota 26, pp. 451 y ss. Una formulación meridiana de esta primera tesis en PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, pp. 341 y ss.

<sup>54</sup> Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, en pp. 762 y 763, sobre la incompatibilidad con el ESD del recurso a estas alternativas como medio para la impunidad. Son medidas a las que únicamente se puede recurrir si no resulta posible cumplir de forma inmediata (o dentro del plazo prudencial previsto) y, además, sólo en el caso de que la parte demandante así lo solicite al miembro cuya normativa se declaró contraria a los acuerdos OMC. Vide, artículo 22.2 ESD: «Si el Miembro afectado no

En este sentido, la existencia de un plazo prudencial permite posponer el cumplimiento de la obligación (obligación suspensiva), pero es un instrumento precisamente para facilitar y garantizar el cumplimiento adecuado de los informes y en modo alguno su evicción<sup>55</sup>. Por otra parte, la finalidad de las medidas temporales sería promover el cumplimiento del informe y, en modo alguno, ofrecer una vía de escape o de salida que consolide la inobservancia del Derecho OMC<sup>56</sup>. De hecho se ha entendido que el recurso a estas medidas presupone que la parte reclamada acepta implícitamente la fuerza jurídicamente vinculante de la decisión del OSD en cuanto reconoce que su sistema normativo contradice los acuerdos OMC<sup>57</sup>.

Y es que, en todo caso<sup>58</sup>, el propio Entendimiento<sup>59</sup> entroniza la supresión de las medidas incompatibles como mejor opción. La compensación es, pues, subsidiaria y únicamente válida como medida provisional hasta la supresión definitiva de las medidas incompatibles con el Derecho OMC. Finalmente y como medida de último recurso se ofrece al miembro reclamante la posibilidad de suspender de manera discriminatoria la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los «acuerdos abarcados», siempre que medie la autorización del OSD. Se ha entendido que de la regulación conjunta en un mismo párrafo de la compensación y la adopción de medidas de «represalias» (en su caso «cruzadas») se debe deducir que la negociación de una compensación es una alternativa a las represalias, pero no al cumplimiento del informe<sup>60</sup>.

pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible (...), ese Miembro, *si así se le pide*, (...)» (la cursiva es mía).

<sup>55</sup> Alude GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, a la *ratio* de esta disposición del ESD consistente en garantizar el tiempo suficiente para asegurar que el informe se cumpla correctamente, pero no en atemperar la fuerza obligatoria de las decisiones del OSD. *Cf.*, MONNIER, P., «The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling – Promptness with Reason», *JWT*, vol. 35, 2001, pp. 825-845, sobre las dificultades prácticas que suscita el artículo 21.3 ESD y véase, sobre el particular, el asunto *Comunidades Europeas – Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos*. Arbitraje conforme al artículo 21.3.c) ESD de 29 de mayo de 1998 [(WT/DS26/15) y (WT/DS48/13)], párrafo 26.

<sup>56</sup> Sobre su finalidad «inductora del cumplimiento» véase el asunto *Comunidades Europeas – Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*, recurso por las Comunidades Europeas al arbitraje del artículo 22.6 ESD, decisión de 9 de abril de 1999 (WT/DS27/ARB), párrafo 6.3. Igualmente en el asunto WT/DS46/ARB, 28 agosto de 2000, párrafo 3.44, se insiste en esta finalidad promocional de las medidas temporales. Vide, PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules –Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 338; VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy ...», *supra* nota 49, p. 433.

<sup>57</sup> Vide, ZONNEKEYN, G. A., «The Legal Status of WTO Panels in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case» y «The latests on indirect effect of WTO law in the EC legal order the Nakajima case law misjudged?», ambos citados *supra* nota 49. Se ha entendido que en su aplicación práctica se podrían concibir como medidas punitivas o sancionadoras. GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, se expresa así (p. 763): «(...) they are nowadays perceived in practice as sanctions or punitive measures for failure to comply with the adopted recommendations of the DSB. At best, they are considered means to induce compliance» (la cursiva es mía). *Cf.* TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the ‘Scope for Manoeuvre’?», *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 933-961, en p. 956; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 142.

<sup>58</sup> También se ha considerado que el hecho de que el artículo 26.1.b) Entendimiento no prevea en los casos de violaciones sin infracción la obligación de eliminar la medida, invita a defender que, en sentido contrario, éste es el caso en las violaciones con infracción.

<sup>59</sup> Vide, artículo 3.7 ESD.

<sup>60</sup> GRILLER, S., «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, *Portugal v. Council*», *supra* nota 26, pp. 452-453, lo interpreta así.

La temporalidad de estos recursos y, por tanto, la exclusión de su consideración como una forma plausible de resolver de modo definitivo la infracción del Derecho OMC<sup>61</sup>, que perdería claramente frente a la preferencia del Entendimiento por volver al *status quo ante*, lleva a rechazar el argumento de que sea una posibilidad abierta para el miembro afectado elegir libremente entre cumplir o no hacerlo<sup>62</sup>.

## 2. Preferencia y no exigencia de cumplimiento

La segunda corriente doctrinal<sup>63</sup> considera que, aunque no se puede negar que el Entendimiento muestra una cierta preferencia por la cesación del incumplimiento de la normativa OMC, es decir, por la «puesta en conformidad» con los acuerdos OMC de las medidas declaradas incompatibles, también deja abierta la opción de la compensación como una vía jurídicamente alternativa.

Serían básicamente cuatro las disposiciones del Entendimiento que permitirían una lectura claramente inversa a la que se ha expuesto anteriormente: los artículos 3.7, 19.1, 21.1 y 22.1<sup>64</sup>.

Resultaría contestable, en primer lugar, que el artículo 3.7 del Entendimiento, al disponer que el primer objetivo del Entendimiento será «en general» conseguir la supresión de las medidas incompatibles, esté realizando una afirmación evaluativa que prefiera el cumplimiento necesario del informe; parecería más bien que ésa es una de las alternativas en el contexto de un sistema de «perform or pay»<sup>65</sup>.

Tampoco sería evidente que cuando el artículo 19.1 del Entendimiento prevé que el OSD *recomendará* la puesta en conformidad con el Derecho OMC de las medidas incompatibles, sea con la finalidad de sugerir que las recomendaciones son vinculantes y preferibles a la compensación o la suspensión.

<sup>61</sup> Vide, a favor de esta tesis, en especial, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic «Last Resort» Against Noncompliance», *supra* nota 36, p. 418; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35, p. 614.

<sup>62</sup> Vide, EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54-55. Es más, se ha observado que opera una presunción *de iure* conforme a la cual los miembros de la OMC siempre podrán estar en la situación de adoptar medidas correctivas reparadoras y que el hecho de que lleguen a ofrecer una compensación no invalida, ni invierte, esta presunción. Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, en p. 762.

<sup>63</sup> Señalaba antes que es en el trabajo de SYKES, A. O., *supra* nota 35, donde se puede encontrar la línea de pensamiento más sólida y elaborada y a partir de ella voy a ir encajando los argumentos de este contra-tesis.

<sup>64</sup> También se ha fundamentado esta tesis en los artículos 22.8 y 26.1.b) ESD. A mi modo de ver, la primera disposición es un complemento evidente del artículo 22.1 ESD, en el que también se hace alusión al carácter temporal de la compensación y de las «represalias». Por otra parte, entiendo que el artículo 26.1.b) sobre las reclamaciones sin infracción –que no implican la obligación de revocar la medida que ocasionó consecuencias jurídicas lesivas– favorece un razonamiento en sentido inverso que lleva a la conclusión de que en los casos de reclamaciones con infracción sí existe, por el contrario, la obligación jurídica de anular el comportamiento ilícito, esto es, de eliminar la medida declarada incompatible con la normativa OMC.

<sup>65</sup> SYKES, A. O., *supra* nota 35, en p. 348, cita el trabajo de HOLMES, O. W., «The Path of the Law», *CLP*, 1920, pp. 167 y ss., en p. 175, donde se hace alusión al contenido de un contrato privado en términos de una promesa de cumplimiento de lo acordado o, en su defecto, de lo que constituiría una reparación por equivalencia, esto es, una indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

Ni siquiera el artículo 21.1 del Entendimiento, sobre el carácter esencial del pronto cumplimiento de las decisiones del OSD, sería concluyente para, por sí solo, descartar la posibilidad de que las consecuencias jurídicas del ilícito comercial puedan ser eliminadas a través de una indemnización.

Además, el hecho de que según el artículo 22.1 de Entendimiento la compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas *temporales* y la insistencia en este mismo artículo en que ni una ni otra vía son preferibles a la aplicación plena de la decisión del OSD, simplemente constatarían que las medidas compensatorias y las represalias llegarían a su término una vez reparado el incumplimiento<sup>66</sup>. Por lo que se refiere a su carácter «no preferente», subrayaría este precepto la tendencia del Entendimiento a promover la cesación del ilícito como primera y mejor opción, pero en modo alguno cuestionaría la legalidad de recurrir a la indemnización de los daños y perjuicios como medio para restablecer el equilibrio contractual entre las partes enfrentadas en la diferencia comercial<sup>67</sup>.

### 3. Una decantación sistémica por la obligatoriedad

Me parece que los artículos 3.7, 21.1 y 22.1 del Entendimiento ofrecen elementos suficientes para defender la fuerza obligatoria de las decisiones del OSD. Existiría, además, otro argumento importante que apoyaría esta lectura, que reside en la interpretación teleológica y contextual que admite el Entendimiento desde el presupuesto sentado en su artículo 23, relativo al fortalecimiento del SSD<sup>68</sup>. Este precepto, clave de bóveda de todo el sistema, no puede apuntar sino a la eficacia jurídica vinculante de las decisiones adoptadas en una lógica multilateral. De lo contrario el fortalecimiento del sistema sería una falacia. El elemento que de forma más contundente es exponente de la judicialización del sistema es su obligatoriedad que connive y culmina un modelo perfeccionado, aun cuando perfectible, de resolver las diferencias comerciales desde una lógica respetuosa del Derecho.

Por otra parte, las obligaciones OMC encuentran su fundamento en un tratado internacional y, en este sentido, resulta aplicable el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Se recoge en este precepto el principio de *pacta sunt servanda*<sup>69</sup>. Que estas normas sean observadas y ejecutadas, circunstancia que se refiere a la eficacia del sistema, es un problema concatenado a este principio básico, pero distinto a él. El hecho de que si la cesación del ilícito no se produce de forma automática la parte lesionada puede recurrir a la «suspensión de las concesiones u otras obligaciones» no altera el carácter jurídicamente vinculante de las obliga-

<sup>66</sup> Vide, PALMETER, D. y ALEXANDROV, S. A., «“Inducing compliance” in WTO dispute settlement», *supra* nota 35.

<sup>67</sup> Además, sostiene esta tesis, si la anulación del comportamiento ilícito (o bien la «puesta en conformidad» de la medida declarada incompatible) fuera realmente el objetivo del SSD, el régimen de «represalias» previsto en el artículo 22.4 ESD no contemplaría el límite de su equivalencia con los daños repercutidos, que las hace ineficaces en la persuasión para corregir el incumplimiento.

<sup>68</sup> Vide, SCHEDE, CH., «The Strengthening of the Multilateral System. Article 23 of the WTO Dispute Settlement Understanding: Dismantling Unilateral Retaliation under Section 301 of the 1974 Trade Act?», *WCL&ER*, vol. 20, 1996, núm. 1, pp. 109-138, en pp. 117-122.

<sup>69</sup> Vide, LAVRANOS, N., «The Communitarization of WTO Dispute Settlement Reports: An Exception to the Rule of Law», *supra* nota 49, en pp. 333-336.

ciones primarias OMC, como tampoco cuestiona la fuerza vinculante de las obligaciones secundarias. Aunque la lógica de las obligaciones secundarias es distinta a la que rige para las obligaciones primarias, las decisiones definitivas del OSD son decisiones *judicializadas* que obligan a las partes en la diferencia.

Es innegable que persisten elementos políticos en la fase de ejecución de las decisiones del OSD. Pero estimo que estos elementos precarizan y dilatan el tiempo que ha de transcurrir para que las decisiones obliguen conforme a Derecho, pero en modo alguno diluyen la obligatoriedad de las decisiones.

#### 4. Sobre el contenido de las obligaciones secundarias OMC

El SSD se enfrenta en la actualidad a una tensión creciente entre la protección del equilibrio de intereses y concesiones pactadas bilateralmente entre las partes y la ejecución y perfeccionamiento de las reglas multilaterales. Las obligaciones internacionales recogidas en los acuerdos OMC son en esencia de naturaleza bilateral debido a la propia concepción del sistema como un foro para la negociación de ventajas comerciales mutuas<sup>70</sup>. Quienes se han pronunciado sobre la naturaleza de estas obligaciones<sup>71</sup>, parecen coincidir en asignarles un carácter bilateral (sinalagmático o recíproco), frente a las obligaciones multilaterales (integrales, colectivas o *erga omnes partes*)<sup>72</sup>. Se trataría de obligaciones que se proyectan en las relaciones bilaterales

<sup>70</sup> Han sido calificadas como obligaciones «dinámicas» por CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, pp. 328-329 e igualmente por KEARNS, J. y CHARNOVITZ, S., «Adjudicating Compliance in the WTO: A Review of DSU Article 21.5», *JIEL*, vol. 5, 2002, núm. 2, pp. 331-352, en alusión a la implicación de las partes en la progresiva definición de su contenido.

<sup>71</sup> Vide, CHARNOVITZ, S., «Rethinking WTO Trade Sanctions», *supra* nota 35; *id.* «The WTO's Problematic «Last Resort» Against Noncompliance», *supra* nota 36; HUDEC, R., «Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement», en Weiss, F. (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, Londres, 2000, pp. 369-400; MCNELIS, N., «What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports?», *JWT*, vol. 37, 2003, núm. 3, pp. 647-672; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 339; *id.*, *Conflicts of Norms in Public International Law, Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, pp. 52-88; *id.*, «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Collective or Bilateral in Nature?», *EJIL*, vol. 14, 2003, pp. 907-951; TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'», *supra* nota 57, en pp. 959 y ss.

<sup>72</sup> La distinción entre obligaciones recíprocas e integrales (interdependientes) se debe a FITZMAURICE (Relator Especial. CDI – Derecho de los Tratados. Segundo Informe. NU doc. A/CN.4/107, *YBILC*, 1957, vol. 2, p. 16). No encontré esta clasificación reflejo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si bien el tercer informe de Crawford presentado a la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado [Tercer Informe. NU doc. A/CN.4/507 (2000)] sí distingue entre obligaciones bilaterales y multilaterales con consecuencias claras en la legitimación para invocar la responsabilidad internacional del Estado infractor. Dentro de las obligaciones multilaterales separa las obligaciones *erga omnes* [párrafo 106 (a)] de las *erga omnes partes* (párrafo 92). Las primeras son «owed to the international community as a whole» según el artículo 48.1.b) de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, adoptado por la CDI en su 53 sesión, 2001. Las segundas son «owed to a group of States (...) and established for the protection of a collective interest of the group» conforme al artículo 48.1.a) de los Artículos de la CDI de 2001. Son obligaciones que no incumben a todos los Estados, sino únicamente a aquéllos que son parte de un régimen particular. *Cf.* la resolución del IDI adoptada en su sesión de Cracovia de 2005: «Les obligations et les droits *erga omnes* en droit international»; sobre la dimensión multilateral de algunas obligaciones, véase los trabajos en *EJIL*, vol. 13, 2002, núm. 5, de DUPUY, P.-M., «A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility», pp. 1053-1081 y

entre dos Estados, sin ser un inconveniente para esto que –como resulta ser el caso de los acuerdos OMC– aparezcan insertadas en acuerdos multilaterales o puedan tener repercusiones sobre los intereses de los operadores económicos privados.

En la misma línea, las vías ejecutivas previstas en el Entendimiento para hacer cumplir las obligaciones dimanantes del Derecho OMC responden claramente a una estrategia bilateral, donde el protagonismo es de las partes enfrentadas en la diferencia comercial, pues se persigue la recuperación del equilibrio de concesiones comerciales mutuamente beneficioso y reparar la «anulación o menoscabo» de los intereses de la parte agraviada por el incumplimiento de la normativa comercial. Un incumplimiento de las reglas OMC relativas a la liberalización comercial puede tener repercusiones sobre más de uno de los miembros de la OMC, pero esto no es lo mismo que asumir que dicho incumplimiento afecta a los derechos del resto de los miembros. Es cierto, sin embargo, que esta interacción de intereses reclama la inclusión de nuevos procedimientos colectivos de ejecución de las obligaciones primarias y secundarias del Derecho OMC, próximos a la noción de obligaciones *erga omnes ex parte*, pero en la actualidad son inexistentes<sup>73</sup>.

Las medidas del Entendimiento responden en mayor medida a una métrica promotora, inductora o motivadora del cumplimiento separada de la vertiente reparadora de los daños infringidos a la parte lesionada por el incumplimiento<sup>74</sup>. El primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es la *supresión* de las *medidas* declaradas por el OSD *incompatibles* con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados<sup>75</sup>. El artículo 19.1 del Entendimiento prevé que el contenido del

---

SPINEDI, M., «From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», pp. 1099-1125. Sobre la clasificación de los tratados de acuerdo con las categorías de Fitzmaurice véase, DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *Recueil des Cours*, 2002, tomo 297, pp. 9-490, en pp. 135 y ss.

<sup>73</sup> Es interesante la apreciación de TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the “Scope for Manoeuvre”?», *supra* nota 57, en pp. 933, 960 y 961, asociada a la naturaleza bilateral y dispositiva de las obligaciones OMC: «(...) then it is possible to contract out of these obligations without affecting the individual or collective rights of the other WTO parties»; «(...), WTO rules, which are legally binding, but capable of being derogated by agreement, and therefore a source of rights and obligations that are disposable in nature».

<sup>74</sup> Vide, BRONCKERS, M., «More Power to the WTO?», *supra* nota 41, p. 59; EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 54-55. En el régimen de responsabilidad propio del Derecho internacional general la obligación de reparar los daños ocasionados con el incumplimiento de las obligaciones de Derecho internacional no es una alternativa al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Tiene la cesación carácter prospectivo, mientras que la reparación es de naturaleza retrospectiva. Operan de modo concurrente, pero sirven intereses diferentes. Son regímenes separados el que se fija en la corrección del incumplimiento (cesación y reparación) y el que atiende a la finalidad promotora del cumplimiento a través de medidas sancionadoras. El régimen de las contramedidas en Derecho internacional se fija en el Estado infractor y en los medios precisos para que éste adecúe su comportamiento con la normativa internacional. Vide, artículos 49-54 de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de la CDI y, sobre el particular, CRAWFORD, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado*, *supra* nota 40; DUPUY, P.-M., «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan», *RGDIP*, vol. 17, 2003, núm. 2, pp. 305 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional. Las consecuencias del hecho ilícito*, Diego Marín, Murcia, 2005; ZOLLER, E., *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Transnational Publishers, Nueva York, 1984.

<sup>75</sup> Vide, artículo 3.7 ESD. Sobre el debate acerca de la naturaleza de las medidas ejecutivas previstas en el ESD y la interpretación del término «supresión» en el artículo 3.7, véase el informe del grupo especial *ex artículo 21.5 ESD* en el asunto *Australia-Subsidios para productores y exportadores de cuero*

informe del OSD consiste en *recomendar* que se *ponga en conformidad* con los «acuerdos abarcados» la medida declarada incompatible. Se puede entender que de esta forma el remedio de la cesación se confirma explícitamente en el sistema OMC.

Son procedentes dos consideraciones, la primera acerca de la inicial contradicción que subyace en esta dual manera de formular el objetivo prioritario que persigue el Entendimiento –la restitución a la situación previa al incumplimiento<sup>76</sup>– y la segunda sobre las posibles medidas que garantizan la conformidad con las decisiones del OSD.

Consiste la antítesis indicada en que la *puesta en conformidad* de la medida declarada incompatible parece englobar actuaciones distintas a la de su anulación o derogación, únicos recursos estos dos abarcados en la noción de *supresión*. Se prevé la posibilidad de una revisión o reforma de la medida que pueda restablecer al reclamante en una situación de conformidad. Por otra parte, aparecen escarchados o velados los significados que pueden admitir los términos de *recomendación* y *conformidad*. El primero incorpora un ingrediente coercitivo menor que otros usos como requerimiento, obligación, pero comporta algo más que una simple observación. El segundo implicaría la prohibición del mantenimiento o restitución de la medida declarada incompatible por el OSD, pero no impediría la adopción de medidas de efecto equivalente, siempre que estas últimas fueran puestas en práctica de modo consistente con los acuerdos OMC. La explicación a este formalismo ambiguo se ha buscado precisamente en el hecho de que el sistema normativo de la OMC se interesa por la estimulación del cumplimiento y se despreocupa de la reparación de los daños infringidos<sup>77</sup>, no contempla esta posibilidad de justicia retrospectiva correctiva, sino que opera *ex nunc*. La noción de Derecho internacional de restitución por equivalencia no tendría aplicación y los elementos básicos de la *restitutio in integrum* no se retienen de forma completa bajo el Derecho OMC<sup>78</sup>. En este sentido, se ajustarían las

*para automóviles* (WT/DS126/RW, adoptado el 11 de febrero de 2000), donde el grupo especial otorgó efectos retroactivos a su recomendación a través de la interpretación que ensayó sobre el artículo 4.7 del Acuerdo sobre subvenciones.

<sup>76</sup> Según PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules—Toward a More Collective Approach», *supra* nota 26, p. 337: «(...) the first and last objective of compliance in the WTO (...) can be seen as the equivalent of the international law obligation of cessation of wrongful conduct» y en p. 340 –por lo que se refiere al debate principal que nos ocupa «cumplimiento-reparación»: «(...) rebalancing the scales is, within the WTO, stated to be only a temporary solution (the ultimate goal being compliance)».

<sup>77</sup> Vide, CARMODY, C., «Remedies and Conformity under the WTO Agreement», *supra* nota 32, p. 316.

<sup>78</sup> Vide, GRANÉ, P., «Remedies under WTO Law», *supra* nota 49, quien insiste (p. 760) en que el ESD no persigue la eliminación de las consecuencias del acto ilegal, que es uno de los componentes retrospectivos de la restitución; REMIRO BROTONS, A., «Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC», *supra* nota 27, señala que «(L)a *restitutio in integrum* –aunque es preferida sobre cualquier otra solución– no puede imponerse coactivamente, ni caben las sanciones colectivas para servirla, como sería el deseo lógico de los menos desarrollados y más débiles»; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *supra* nota 38, p. 140: «(T)he WTO is considered to be about market opportunities rather than liability and damages in the tort law sense, or reparation in the public international law sense» y entiende que los artículos 31 y 35-40 de los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado no resultan aplicables al Derecho OMC debido a su naturaleza residual, tal y como evidencia el artículo 56, que excluye su aplicación cuando las condiciones sobre la existencia de un hecho ilícito internacional y sus consecuencias vienen determinados por reglas especiales de Derecho internacional; para VAN DEN BROEK, N., «Power Para-

represalias<sup>79</sup>, más bien, al régimen de las contramedidas previsto en el Derecho internacional general como medidas legítimas de autotutela encaminadas a restablecer el equilibrio quebrado por el incumplimiento<sup>80</sup>.

Esta inconsistencia presente en la regulación del Entendimiento no cuestiona que sea el restablecimiento de una situación conforme al Derecho OMC su objetivo esencial, que no supone la depuración del ordenamiento internacional de todas las consecuencias del acto ilegal.

En cuanto a la segunda precisión anunciada sobre las medidas concretas que pueden asegurar la conformidad con los acuerdos OMC, la ausencia de regulación en el Entendimiento las permite polisémicas<sup>81</sup>, pues albergan varias alternativas de adecuación a la normativa OMC, fin último del sistema. La obligación incorporada en las decisiones del OSD sería de resultado. Sería plausible el acuerdo de una solución

doxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlements Reports», *supra* nota 2, p. 139, esta *restitutio in integrum* incompleta junto a otros factores confirman la preferencia del SSD de la OMC por el cumplimiento específico de los informes y esto avala su fuerza vinculante en el orden internacional.

<sup>79</sup> Vide, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance», *supra* nota 36, p. 421. Con carácter general se ha rechazado la connotación punitiva de estas medidas y si se mira al Derecho internacional general, la lectura que se ha hecho de las sanciones las ha desposeído de esta pretensión punitiva y las ha potenciado como instrumentos para favorecer el cumplimiento de la normativa internacional.

<sup>80</sup> El artículo 50 de los Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de la CDI establece que la adopción de contramedidas se limita a la suspensión de la ejecución de obligaciones internacionales contra el Estado infractor como mecanismo para incentivar el cumplimiento, por lo que el ESD se ajustaría igualmente a este fin y también al medio. El artículo 52 introduce el elemento de la proporcionalidad entre la medida y el daño. Vide, CHARNOVITZ, S., «The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance», *supra* nota 35, p. 418; *id.*, «Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions», *supra* nota 35, p. 614.

<sup>81</sup> Vide, *Estados Unidos–Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, informe del grupo especial de 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.24:

«(...) Al evaluar la conformidad de la legislación nacional con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, hay que tener en cuenta la gran diversidad de los ordenamientos jurídicos de los Miembros. *La conformidad se puede lograr de diferentes maneras en los distintos ordenamientos jurídicos*. Lo que cuenta es el *resultado final*, no la forma en que se consiga ese resultado. Sólo comprendiendo y respetando las especificidades del ordenamiento jurídico de cada Miembro se puede hacer una evaluación correcta de la conformidad» (el énfasis es mío).

En particular sobre el artículo 19.1 ESD véase, *Guatemala – Investigación Anti-Dumping sobre el Cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/R, informe del grupo especial de 19 de junio de 1998, párrafo 8.3:

Así pues, un grupo especial, cuando en una controversia que llegue a la conclusión de que un Miembro ha infringido las disposiciones del Acuerdo Antidumping, está obligado, por la redacción del párrafo 1 del artículo 19, a recomendar que ese Miembro ponga sus actos o su medida, según el caso, en conformidad con las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Además, el grupo especial podría, **a lo sumo**, sugerir la forma en que a su juicio el Miembro podría adecuadamente aplicar esa recomendación. No obstante, las modalidades de aplicación de la recomendación de un grupo especial o del Órgano de Apelación han de ser determinadas ante todo por el Miembro afectado. Así lo confirma la redacción del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, que dispone lo siguiente (...). A nuestro juicio, con esa redacción se establece claramente una distinción entre la **recomendación** de un grupo especial y el **medio** de aplicar esa recomendación. La primera se rige por el párrafo 1 del artículo 19 y se limita a una forma particular. La segunda puede ser sugerida por un grupo especial, pero la elección de los medios incumbe, en primer lugar, al Miembro afectado. Desde luego, es posible que el Miembro ganador de la diferencia no quede satisfecho de la aplicación que de la recomendación haga el otro Miembro. El ESD reconoce esta posibilidad y dispone que se recurra a los procedimientos de solución de diferencias para resolver tales desacuerdos.

consistente con los acuerdos<sup>82</sup>, la retirada de la medida contraria a los mismos y sólo con carácter temporal –precisamente para forzar el cumplimiento–, en primer lugar, la compensación a la parte lesionada y, en segundo lugar, la suspensión de concesiones u otras obligaciones frente al Estado infractor. La forma *principal* de dar cumplimiento al informe del OSD conforme al Entendimiento es un remedio *prospectivo*. Además, el artículo 19.1 del Entendimiento estipula que el OSD puede indicar la forma en que la parte reclamada podría aplicar sus decisiones<sup>83</sup>, sugerencia meramente recomendatoria e inusual en la práctica de la OMC, cuyo desuso ha propiciado el recurso por las partes en la diferencia a acuerdos entre bastidores no previstos en el ESD sobre los medios necesarios para dar cumplimiento a las decisiones del OSD<sup>84</sup>.

#### IV. UN SISTEMA ESPECIAL DE DERECHO INTERNACIONAL

Es polémica la calificación del sistema normativo de la OMC como autónomo, autocontenido, cerrado o especial en el Derecho internacional y las dificultades se asocian desde un primer momento a la propia definición de un régimen así concebido<sup>85</sup>. Su entendimiento como un sistema separable o desligado del Derecho internacional general es inaceptable porque resulta contrario al propio principio de *pacta sunt servanda*. De hecho, para que tenga algún sentido el artículo 3.2 del Entendimiento, en el que se impone a los grupos especiales y al Órgano de Apelación la obligación de interpretar las disposiciones de los «acuerdos abarcados» de conformidad con las normas usuales del Derecho internacional público, estas disposiciones (interpretables) deben ser normas de Derecho internacional. En este sentido, se pretende evitar la creación de circuitos cerrados en los que evadir las obligaciones asumidas por los Estados en otros foros nacionales o internacionales. En esta concepción, el Derecho OMC no es un sistema cerrado en sí mismo, sino un subsistema de Derecho internacional que se interrelaciona con el sistema general de Derecho internacional y otros subsistemas de Derecho internacional<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Vide, artículo 3.5 ESD sobre la compatibilidad de las soluciones acordadas con los acuerdos OMC.

<sup>83</sup> Y en este supuesto comparto la opinión de HOEKMAN, B. M. y MAVROIDIS, P. C., «Policy Externalities and High-Tech Rivalry: Competition and Multilateral Cooperation Beyond the WTO», *LJIL*, vol. 9, 1996, pp. 273-318: se debe presumir que la actuación de la parte reclamada conforme a la sugerencia del OSD supone el cumplimiento de la decisión del OSD.

<sup>84</sup> Vide, TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the “Scope for Manoeuvre”?», *supra* nota 57, en pp. 951-953.

<sup>85</sup> Sobre este concepto véase, BARNHOORN, L. A. N. M. y WELLENS, K. C., *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, Nijhoff Publishers, La Haya, 1995; MARSCHIK, A., «Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity and Efficacy of the International System», *EJIL*, vol. 9, 1998, núm. 1, pp. 210-239; SIMMA, B., «Self Contained Regimes», *NYIL*, 1985, núm. 16, pp. 111-136; *id.*, «From bilateralism and Community Interest in International Law», *Recueil des Cours*, 1994, pp. 219-384, tomo 250, en p. 253; SORENSEN, M., «Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order», *ICLQ*, 1983, núm. 32, pp. 559-576; WELLENS, K. C., «Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflections on Current Trends», *NYIL*, 1994, pp. 3-37; ZAPATERO MIGUEL, P., «Sistemas jurídicos especiales», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, pp. 187-207.

<sup>86</sup> Esta cuestión en el ámbito del Derecho OMC ha sido tratada por DUPUY, P.-M., «L'unité de l'ordre juridique international», *supra* nota 19, en pp. 450 y ss.; FERNÁNDEZ PONS, X., «Self-help and the WTO» en Mengozzi, P. (ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade*

Cuestión distinta es que la confluencia de regímenes suscite problemas de acomodación normativa en el proceso de diversificación y fragmentación del Derecho internacional<sup>87</sup>, sobre todo «(c)uando las normas generales no la han afrontado (...) e términos de jerarquía y las particulares suelen moverse a menudo en el marco de procedimientos autónomos (...)»<sup>88</sup>. Pero resulta evidente que del Derecho OMC no se puede hacer una lectura que lo aisle del Derecho internacional general, que, además, resulta relevante y aplicable en el contexto de la OMC<sup>89</sup>.

Pueden presentarse problemas de confluencia de normas o de conflicto de normas. En el supuesto de confluencia normativa, el retorno al Derecho internacional general se presenta bajo dos técnicas diferentes. La primera es de naturaleza interpretativa y procede cuando al ser las normas del subsistema ambiguas se ha de hacer de ellas una lectura conforme al artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el

*System*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 55-112, en un estudio muy ilustrativo sobre los puentes que se tienden desde el subsistema de la OMC al régimen del Derecho internacional general; KUIJPER, P., «The Law of GATT as a Special Field of International Law. Ignorance, further refinement or self-contained system of international Law?», *NYIL*, vol. XXV, 1994, pp. 227-257; LINDROOS, A. y MEHLING, M., «Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes”», *International Law and the WTO*, *EJIL*, vol. 16, 2005, núm. 5, pp. 857-877; MARCEAU, G., «A Call for Coherence In International Law Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement», *JWT*, vol. 33, 1999, núm. 5, pp. 87-152; MAVROIDIS, P. C., «Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place», *supra* nota 35; MCRAE, D. M., «The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier», *JIEL*, vol. 3, 2000, núm. 1, pp. 27-41; PAUWELYN, J., «The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?», *AJIL*, vol. 95, 2001, núm. 3, pp. 535-578; TARULLO, D. K., «The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements» en Bronckers, M. y Quick, R. (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, *supra* nota 2, pp. 155-173, sobre los problemas constitucionales que suscita la incorporación en el sistema OMC de obligaciones procedentes de otros acuerdos internacionales. Vide también, entre otros, el primer informe del OA de 29 de abril de 1996 en el asunto *Estados Unidos–Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (WT/DS2/AB/R), donde en el párrafo 17 señaló que el Derecho OMC no se podía interpretar sin tener en cuenta el Derecho internacional público. El OA ha avanzado significativamente en la definición del Derecho OMC como un régimen relativamente autónomo [asunto *Estados Unidos–Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos* (WT/DS58/AB/R)].

<sup>87</sup> Sobre la fragmentación del Derecho internacional en coda de ruptura de su unidad y autoridad o, simplemente, como muestra de una especialización frente a las demandas de regulación de una sociedad internacional globalizada *cf.*, por ejemplo, CASANOVAS Y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público», *CEBDI*, vol. II, pp. 35-267; DUPUY, P.-M., «L’unité de l’ordre juridique international», *supra* nota 19; RIQUELME CORTADO, R., *Derecho internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 301-320; VALTICOS, N., «Pluralité des ordres internationaux et unité du droit international» en Makarczyk, J. (ed.), *Theory of International Law at the threshold of the 21<sup>st</sup> Century: Essays in honour of K. Skubiszewski*, La Haya, 1996, pp. 301-322. El tema figura en la agenda de la CDI desde 2002 bajo el título «Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades resultantes de la diversificación y expansión del Derecho internacional»; véase el Informe preliminar del Grupo de Estudio presidido por KOSKENNIEMI y presentado a la CDI en 2004 [Estudio sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los regímenes autónomos, Doc. NU A/59/10 de 2004]. La cuestión se ha seguido discutiendo en la sesión de 2005, véase Doc. NU A/60/10 de 2005.

<sup>88</sup> Vide, REMIRO BROTONS, A., «Límites del libre comercio: aspectos sociales» en Esteve García, F., (coord.) *La Unión Europea y el comercio internacional: límites al libre comercio*, Universitat de Girona, Girona, 2001, pp. 39-60.

<sup>89</sup> Vide, BARTELS, L., «Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings», *JWT*, vol. 35, 2001, núm. 3, pp. 499-519; PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., «The WTO Legal System: Sources of Law», *AJIL*, vol. 92, 1998, pp. 398-413; PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9; TRACHTMAN, J. P., «The Domain of WTO Dispute Resolution», *supra* nota 23, p. 342, entiende que los artículos 3.2 y 7 ESD «(...) cannot be taken as making the WTO dispute settlement system a court of general international law jurisdiction».

Derecho de los Tratados<sup>90</sup>. La segunda técnica es de corte aplicativo y es relevante cuando la falta de regulación por el subsistema exige una aplicación integrada de sus normas con las del régimen general<sup>91</sup>.

Inquisiciones distintas suscita la exclusión por las reglas del subsistema del régimen del Derecho internacional general. Existiría en estos supuestos un conflicto de normas y la regla del subsistema operaría como ley especial. Este desplazamiento sólo es admisible si se ha articulado de modo concreto, bien porque la derogación del régimen general sea explícita, bien porque se regule la materia de manera diferente a como se contempla en el Derecho internacional general. Pero también puede producirse de manera implícita si así se deduce del contexto, objeto y finalidad del propio tratado.

La especialización del SSD es de interés en este trabajo sólo para perfilar si, a partir de la concepción de un régimen provisto de un mecanismo propio, exhaustivo y completo de normas para sanar el incumplimiento de sus normas y forzar su ejecución –fallido el cumplimiento espontáneo–, resultaría viable en última instancia –agotadas estas vías sistémicas– acudir a las reglas sobre responsabilidad concebidas en el Derecho internacional general para dar ejecución a las obligaciones OMC<sup>92</sup>.

El artículo 22 del Entendimiento contempla la posibilidad de ofrecer una compensación<sup>93</sup>. No consiste en la reparación monetaria de los daños ocasionados, sino que implica la renegociación de nuevas concesiones arancelarias que avalan, en cierta medida, el mantenimiento del incumplimiento, y precisa, en todo caso, el acuerdo de las partes. Tiene, como se expuso, carácter temporal, voluntario y debe respetar los «acuerdos abarcados». No equivale esta compensación a la indemnización que se contempla en el Derecho internacional, que es una consecuencia inmediata de la responsabilidad internacional, anudada a ella, que no precisa ni la renegociación del

<sup>90</sup> Y esto dentro de los límites intrínsecos a la interpretación, que se encuentran en el respeto de la voluntad contractual de las partes y en la interpretación *contra legem*. Se ha recurrido, por ejemplo, al principio de buena fe en cuanto principio general del Derecho internacional [informe del OA en el asunto *Estados Unidos–Camarones*, párr. 158 (en el que hizo alusión al art. 31.3.c) en la nota a pie de página 157]; informe del OA en el asunto *Estados Unidos–Empresas de venta en el extranjero*, párr. 166], al principio de equidad [informe del OA en el asunto *Comunidades Europeas–LAN*, párr. 70; informe del OA en el asunto *Comunidades Europeas–Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos*, párr. 133] o al principio de proporcionalidad de las contramedidas (informe de los árbitros conforme al artículo 22.6 en el asunto, *Comunidades Europeas–Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*, párr. 6.16).

<sup>91</sup> En cuanto el subsistema es parte integrante del régimen general que se presume de aplicación en ausencia de su exclusión. Vide el informe del OA en el asunto *Comunidad Europea–Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos* (WT/DS27). El OA ensayó este retorno aplicativo al Derecho internacional general para afirmar que no existe ninguna regla de Derecho internacional general que prescriba la necesidad de que la parte reclamante tenga un interés jurídico en el asunto (párr. 133), así como para estimar que nada impide que los miembros de la OMC decidan la composición de su delegación en los procedimientos ante el OA (párr. 10) o para considerar aplicable el principio general de Derecho internacional sobre la irretroactividad de los tratados (párr. 235)

<sup>92</sup> Vide, PIERROS, P. X. y MACIEJEWSKI, M., «Specific Performance or Compensation and Countermeasures – Are These Alternative Means of Compliance Under the WTO Dispute Settlement System?», *ITLR*, 2001, núm. 6, pp. 167-187.

<sup>93</sup> Como se ha indicado, de los artículos 3.7 y 22.1 ESD se desprende que la compensación sólo resulta aplicable cuando de forma inmediata y en el plazo prudencial no se puede poner en práctica la eliminación de la medida declarada contraria al Derecho OMC.

acuerdo, ni la conformidad de las partes. Sin embargo, se podría admitir que el Derecho OMC no ha excluido el recurso a la reparación<sup>94</sup>.

Por otra parte, el artículo 22 del Entendimiento también regula la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Aunque es dudoso, como ya se ha explicado<sup>95</sup>, que esta previsión responda completamente a las contramedidas del Derecho internacional, el carácter temporal de la suspensión y la ineludible obligación de «puesta en conformidad» haría difícil estimar en ella algo distinto a las contramedidas que pretenden promover el cumplimiento del Derecho. La característica singular de la suspensión sujeta al criterio de la equivalencia<sup>96</sup> hace de este remedio una ley especial de las contramedidas del Derecho internacional, lo que excluiría, al menos en cierta medida, el régimen general<sup>97</sup>. Su fundamento no se encuentra en la normativa sobre la responsabilidad internacional del Estado, sino en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que permite la suspensión de la aplicación del tratado en el supuesto de que se produzcan daños materiales<sup>98</sup>.

La respuesta al interrogante sobre la aplicabilidad de las contramedidas del régimen general parece que ha de ser negativa. No es de recibo el salto unilateral fuera del sistema, al margen de lo acordado entre las partes, por motivos de eficiencia<sup>99</sup>. Por lo demás, no es descartable el retorno interpretativo en el sentido, por ejemplo, de leer el requisito de la equivalencia a la luz de la proporcionalidad aplicable a las contramedidas internacionales.

## V. EL CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL OSD POR LA CE

Las decisiones firmes del OSD imponen, según la tesis que se ha defendido, una obligación de resultado a la Comunidad Europea, que es responsable de la completa ejecución de los compromisos que ha contraído y le corresponde determinar las medi-

<sup>94</sup> La reparación adicional se podría contemplar en el sistema de varias formas. Por ejemplo: (i) después de recomendar la «puesta en conformidad» de la medida *ex* artículo 19.1 ESD (algo que implica la mera cesación en el ilícito), a través de la adopción de otra recomendación en la que se previera expresamente; (ii) con la inclusión en la misma recomendación de «puesta en conformidad» de la obligación de conceder además una reparación en la línea de lo previsto en el artículo 19.2 ESD que permite sugerir la forma de subsanar la incompatibilidad.

<sup>95</sup> Vide el epígrafe 4 del punto anterior.

<sup>96</sup> Este elemento apoya la lectura de que las «contramedidas» previstas en el Derecho OMC son simplemente «(a) *tit for tat* (one breach made good by another) and not an effective tool to induce compliance (as countermeasures are supposed to be under general international law)». Vide, PAUWELYN, J., *Conflicts of Norms in Public International Law*, *supra* nota 9, p. 219.

<sup>97</sup> Vide, FERNÁNDEZ PONS, X., «Self-help and the WTO», *supra* nota 86, en p. 63.

<sup>98</sup> Además, el hecho de que se deba observar para su aprobación el procedimiento previsto en el artículo 23 ESD y que su adopción sólo se puede bloquear por medio del «consenso negativo», parece que subrayan el carácter singular de este mecanismo de ejecución de las obligaciones OMC.

<sup>99</sup> Ahora bien, como quiera que la exclusión del régimen general sólo se ha realizado en relación con las contramedidas adoptadas en respuesta del incumplimiento del Derecho OMC, cabe preguntarse si el retorno a las contramedidas internacionales sería plausible para contestar la vulneración de normas de otros subsistemas de Derecho internacional (por ejemplo, normas medioambientales), siempre que fueran dirigidas a miembros de esos subsistemas. Esta posibilidad debe, sin embargo, rechazarse porque existe una obligación de recurrir a las reglas y procedimientos del Entendimiento para obtener la aprobación multilateral de las contramedidas.

das adecuadas en su ordenamiento jurídico para alcanzar el fin del pleno cumplimiento<sup>100</sup>. Ahora bien, si persiste en la inobservancia de sus obligaciones, y por ser una Comunidad de Derecho, deberían existir garantías judiciales internas del cumplimiento de estas decisiones.

La práctica de la Comunidad en el SSD se traduce en un cumplimiento voluntario generalizado de las decisiones del OSD, aun fuera del «plazo prudencial»<sup>101</sup>, pero el protagonismo que se ha arrogado en algunas diferencias comerciales<sup>102</sup>, cuestionadoras de la propia credibilidad del sistema, ha debilitado este balance iniciáticamente positivo sobre el grado de adhesión a sus compromisos internacionales, a lo que se suma una, a mi juicio, deficiente incorporación jurisprudencial de estas obligaciones secundarias en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>103</sup>.

Sobre la doctrina sentada en el asunto *Portugal c. Consejo*<sup>104</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, imbuida por el carácter flexible del Entendimiento, no ha reconocido expresamente la eficacia directa de estas decisiones<sup>105</sup>, ni tampoco su justiciabilidad

<sup>100</sup> Vide, STJCE de 26.10.1982, as. *Kupferberg* (104/81), Rec. p. 3641, cdo. 18.

<sup>101</sup> Vide, TANCREDI, A., «EC Practice in the WTO: How Wide is the “Scope for Manoeuvre”?, *supra* nota 57, y PRINCEN, S., «EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics», *EJIL*, vol. 15, 2004, pp. 555-574. Sobre las soluciones mutuamente convenidas alcanzadas en la fase de consultas, BARONCCINI, E., «The WTO Dispute Settlement Understanding as a promoter of transparent, rule-oriented, mutually agreed solutions—A study on the value of DSU consultations and their positive conclusions» en Mengozzi, P. (ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 153-302 y acerca de la participación en el SSD de la Comunidad y los Estados miembros, Ní CHATÁIN, C., «The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?», *ELJ*, vol. 5, 1999, núm. 4, pp. 461-478.

<sup>102</sup> *Comunidades Europeas—Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos* (WT/DS27) y *Comunidades Europeas—Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos* (WT/DS26) y (WT/DS48). Sobre la primera diferencia véase, por ejemplo, EVERLING, U., «Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts», *CMLR*, vol. 33, 1996, pp. 401-437; TRACHTMAN, J. P., «Bananas, Direct Effect and Compliance», *EJIL*, vol. 10, 1999, núm. 4, pp. 655-6768; READ, R., «The “Banana Split”: the EU-US Banana Trade Dispute and the Effects of EU Market Liberalisation», en PERDIKIS, N. y READ, R. (eds.), *The WTO and the Regulation of International Trade*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2005, pp. 109-134. En cuanto al asunto *Hormonas*, KERR, W. A. y HOBBS, J. E., «Consumers, cows and Carousels: Why the Dispute Over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value», en PERDIKIS, N. y READ, R., *ibid.*, pp. 191-214. En ambos casos, BRILMEYER, B. L., «Bananas, Beef, and Compliance in the World Trade Organization: The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance from Superpower Nations», *supra* nota 35. En otros casos se ha declarado igualmente el incumplimiento comunitario de los acuerdos OMC: *Comunidades Europeas—Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas* (WT/DS69); *Comunidades Europeas—Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India* (WT/DS141); *Comunidades Europeas—Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil* (WT/DS219); *Comunidades Europeas—Denominación comercial de sardinas* (WT/DS231); *Comunidades Europeas—Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (WT/DS246).

<sup>103</sup> Analizaré estas cuestiones en los supuestos «comunitarios», en los que sólo la Comunidad es responsable del cumplimiento de las decisiones del OSD por afectar a ámbitos de su competencia exclusiva (GATT 1994). Los supuestos «mixtos» (AGCS y ADPIC) suscitan otro tipo de problemas. Estudio ambas situaciones en mi libro *Integración europea y diferencias comerciales en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006 (en prensa).

<sup>104</sup> STJCE de 23.11.1999, as. *Portugal c. Consejo* (C-149/96), Rec. p. I-8395, cdo. 40. El argumento jurídico presente en la conclusión del Tribunal de Justicia es el respeto del equilibrio constitucional de poderes y la *ratio* política reside en el mantenimiento y protección de la posición negociadora de la Comunidad a escala internacional basados en el principio de reciprocidad.

<sup>105</sup> Vide, STPI de 12.7.2001, as. *Comafrika* (T-230/97), Rec. p. II-1975; STPI de 28.9.1999, as. *Chemnitz* (T-254/97), Rec. p. II-2743; STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta* (104/97), Rec. p. I-6983.

y aptitud para controlar la actuación de las instituciones comunitarias<sup>106</sup> y ha rechazado que su infracción pueda comprometer la responsabilidad extracontractual de la Comunidad<sup>107</sup>. La jurisprudencia ha limitado el ámbito de aplicación de estas decisiones a situaciones de excepción, esto es, se sujeta su invocabilidad a los supuestos en los que pueda operar el principio de implementación (excepción *Nakajima*<sup>108</sup>) o el principio de referencia (excepción *Fediol*<sup>109</sup>). Por otra parte, no parece descartable que puedan llegar a tenerse en cuenta como parámetro interpretativo del Derecho comunitario<sup>110</sup>.

El análisis de esta política judicial sobre la recepción y posterior aplicación en la Comunidad de las obligaciones OMC, la justificación o la crítica de esta decantación jurisprudencial hacia una aproximación dualista en la materia<sup>111</sup>, precisan un desarrollo que supera la pretensión de este trabajo. Sólo realizaré una reflexión sobre la eficacia directa de las decisiones del OSD, asociada a la potencialidad de la interpretación conforme como técnica jurídica garante del cumplimiento comunitario de las decisiones del OSD, interpretación que puede, sin embargo, evidenciarse limitada frente a los particulares<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> Vide, SSTPI de 20.3.2001, as. *Cordis* (T-18/99), Rec. p. II-913; as. *Bocchi* (T-30/99), Rec. p. II-943 y as. *T. Port* (T-52/99), Rec. p. II-981; SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* (T-2/99), Rec. p. II-2093 y as. *Banatrading* (T-3/99), Rec. p. II-2113; Auto del TJCE de 2.5.2001, as. *OGT* (C-307/99), Rec. p. I-3159; SSTPI de 11.1.2002, as. *Biret International/Consejo* (T-174/00), Rec. p. II-17 y as. *Établissements Biret/Consejo* (T-210/00), Rec. p. II-47; SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* (C-93/02), Rec. p. I-10497 y as. *Établissements Biret et Cie SA* (C-94/02), Rec. p. I-10565.

<sup>107</sup> STPI de 11.12.1996, as. *Atlanta* (T-521/93), Rec. p. II-1707 y STJCE de 14.10.1999, as. *Atlanta*, *supra* nota 105; SSTPI de 20.3.2001, as. *Cordis*, *Bocchi* y *T. Port*, *supra* nota 106; SSTPI de 12.7.2001, as. *T. Port* y *Banatrading*, *supra* nota 106; SSTPI de 11.1.2002 y SSTJCE de 30.9.2003, as. *Biret International SA* y as. *Établissements Biret et Cie SA*, *supra* nota 106; STPI de 3.2.2005, as. *Chiquita c. Comisión* (T-19/01); STJCE de 1.3.2005, as. *Van Parys* (C-377/02); SSTPI de 14.12.2005, as. *FIAMM* (T-69/00); as. *Laboratoire du Bain* (T-151/00); as. *Groupe Frémaux et Palais Royal* (T-301/00); as. *Cartondruck* (T-320/00); as. *Beamglow* (T-383/00) y as. *Giorgio Fedom* (T-135/01), pendientes de publicación.

<sup>108</sup> Vide, STJCE de 7.5.1991, as. *Nakajima* (C-69/89), Rec. I-2069.

<sup>109</sup> Vide, STJCE de 22.6.1989, as. *Fediol* (70/87), Rec. p. 1781.

<sup>110</sup> Este efecto indirecto sí ha sido reconocido a los propios acuerdos OMC. Vide, STPI de 15.12.1999, as. *Petrotub* (T-33/98 y T-34/98), Rec. p. II-3837; STPI de 29.6.1999, as. *Medici Grimm* (T-7/99), Rec. p. II-2671; STPI de 29.11.2000, as. *Eurocoton* (T-213/97), Rec. p. II-1609; STPI de 27.1.2000, as. *BEUC* (T-256/97), Rec. p. II-169; STPI, as. *Acme* (T-48/96), Rec. p. II-3089; STPI, as. *Eurocoton* (T-213/97), Rec. p. II-1609; STJCE de 10.9.1996, as. *Comisión c. Alemania (Acuerdo internacional sobre los productos lácteos)*, (C-61/94), Rec. p. I-3989; STJCE de 30.5.2002, as. *Expo Casa Manta* (C-296/00), Rec. p. I-4657; STJCE, as. *Italia c. Consejo* (C-352/96), Rec. p. I-6937.

<sup>111</sup> Vide, ECKHOUT, P., *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004, pp. 302 y ss.; KUIJPER, P., *supra* nota 10, pp. 1317-1323, aborda las razones valorales que justifican la reconsideración actual de la jurisprudencia *Kupferberg* (104/81). Sobre el valor del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico comunitario véase, DíEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998. Una crítica al «proteccionismo judicial» de la jurisprudencia comunitaria se encuentra en la obra de PETERSMANN, E.-U., «European and International Constitutional Law: Time for Promoting “Cosmopolitan Democracy” in the WTO» en De Búrca, G. y Scott, J. (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pp. 81-110. En su opinión (p. 83), el rechazo de la plena eficacia de las decisiones jurídicamente vinculantes del Órgano de Solución de Diferencias que declaran la ilegalidad de las restricciones comunitarias a las libertades individuales, «(i)s clearly inconsistent with the Court’s mandate to ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed (Article 220 EC)». Igualmente, PETERSMANN, E.-U., «Constitutionalism and WTO Law: From a state-centered approach towards a human rights approach in international economic law», *supra* nota 12, en pp. 60-61 y nota 59.

<sup>112</sup> He analizado la cuestionable negativa de la jurisprudencia comunitaria a indemnizar a los particulares como consecuencia del incumplimiento de las decisiones del OSD en dos trabajos: «Sobre la res-

La eficacia directa de las decisiones del OSD<sup>113</sup> sólo se podría predicar de aquellas decisiones definitivas o firmes<sup>114</sup>. Si se atiende a la fuerza jurídicamente vinculante *inter partes* de las decisiones del OSD, decaería uno de los impedimentos «fuerzas» que se han identificado para el reconocimiento de la eficacia directa, a saber, que su aceptación unilateral situaría a los operadores económicos comunitarios en una situación de desventaja frente a los operadores de los terceros Estados<sup>115</sup>. Por otra parte y a la luz de las conclusiones que se alcanzaron sobre la naturaleza del SSD, es plausible ver en sus decisiones actos de creación de derechos (para los particulares) o, al menos, de redefinición de una norma que en sí misma carecía de esta virtualidad; esos derechos deberían ser justiciables.

Si la Comunidad opta por la vía de poner en conformidad su legislación a la luz de las recomendaciones del OSD, una vez transcurrido el plazo prudencial las medidas de implementación comunitarias se deberían interpretar a la luz de la normativa OMC y del informe del OSD, pero no procedería su invocación directa<sup>116</sup>. Por el contrario, en los casos de ausencia de cumplimiento (porque la Comunidad ignora el

---

ponsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por el incumplimiento de las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC», *REDE*, 2005, núm. 15, pp. 345-374 y «Represalias comerciales y responsabilidad extracontractual objetiva de la Comunidad Europea en el contexto de la OMC. Comentario a las sentencias del TPI de 14.12.2005, as. FIAMM (T-69/00); as. Laboratoire du Bain (T-151/00); as. Groupe Frémaux et Palais Royal (T-301/00); as. Cartondruck (T-320/00); as. Beamglow (T-383/00) y as. Giorgio Fedom (T-135/01)», *RGDE-Iustel*, 2006, núm. 10.

<sup>113</sup> Tanto entre los autores que justifican la jurisprudencia actual del Tribunal que rechaza la eficacia directa de los acuerdos OMC, como entre los que reclaman un giro jurisprudencial en la materia, hay quienes entienden que se debe reconocer eficacia directa a las disposiciones de los acuerdos OMC al menos en los casos en que el OSD haya adoptado una resolución en la que se declarara la incompatibilidad de una medida comunitaria con la normativa OMC. *Cf.*, respectivamente, EECKHOUT, P., «The Domestic Legal Status of the WTO: Interconnecting Legal Systems», *supra* nota 49, en pp. 51-55; *id.*, «Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union. Some Further Reflections», *JIEL*, vol. 5, 2002, pp. 91-110 y COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *supra* nota 49, en pp. 369-375, en un planteamiento más matizado que atiende al grado de cumplimiento del informe del OSD y al estadio de la diferencias comercial conforme al Entendimiento.

<sup>114</sup> Consecuentemente, sólo podría predicarse en uno de los siguientes momentos: i) adoptado un informe por un grupo especial, no apelado, transcurrido el plazo prudencial, no adoptadas medidas de ejecución, no iniciadas o fracasadas las negociaciones para acordar una compensación mutuamente satisfactoria, no iniciado un procedimiento por el que se impugna la inexistencia de medidas adoptadas para ejecutar la decisión del OSD o la falta de adecuación de estas medidas a la citada decisión; ii) en el momento i), pero iniciado el citado procedimiento de adecuación y concluido éste con una constatación de la inexistencia de medidas comunitarias de implementación o de su incompatibilidad con el Derecho OMC. Vide, PEERS, S., «Banana Split: WTO Law and Preferential Agreements in the EC Legal Order», *supra* nota 49; *id.*, «Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice» en De Búrca, G. y Scott, J. (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, pp. 111-130.

<sup>115</sup> Claro que quizá puede quebrar el principio de no discriminación y es presumible que si la contraparte es uno de los socios comerciales más relevantes de la Comunidad el desequilibrio sería igualmente perturbador y significativo.

<sup>116</sup> Para VAN DEN BROEK, N., «Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy...», *supra* nota 49, el efecto indirecto interpretativo se muestra como una solución de fácil acogida, al menos en los ordenamientos jurídicos estadounidenses y comunitario, así como con gran proyección fáctica; en la misma línea, KUIJPER, P., *supra* nota 10, pp. 1313-1342, quien entiende que, a diferencia de la eficacia directa, la interpretación conforme no subvierte el reparto interno del poder público, pues es una prerrogativa de los órganos judiciales interpretar el Derecho interno a la luz de los compromisos internacionales, de modo que no se conculque la responsabilidad internacional del Estado (vg. Comunidad Europea).

informe en todo punto y no adopta ningún tipo de medida de cara a su implementación) o de incorrecta ejecución de la decisión del OSD, sí resultaría plausible su efecto directo. Se debería entonces entrar a valorar la precisión e incondicionalidad del derecho endosado en el informe del OSD. En este escenario también las decisiones del OSD pueden servir como criterio interpretativo no sólo de la legislación comunitaria inadecuada para la implementación correcta, sino incluso en ausencia de ésta. Otra cosa es que el resultado que permite alcanzar esta aplicación interpretativa sea suficientemente tuitivo de los derechos del particular.

Habría que considerar a estos efectos si se puede estimar que existe una decisión firme del OSD en los casos en que la parte agraviada solicita la adopción de medidas de «represalia», de forma que ulteriormente comience el procedimiento del artículo 22.6 del Entendimiento para determinar el nivel de la «anulación o menoscabo». La misma duda se suscita en el supuesto en que las partes convengan una compensación mutuamente aceptable. Quizá el objetivo primario del Entendimiento, que prioriza la eliminación de las medidas declaradas incompatibles, puede avalar que también en estos supuestos el particular no se puede ver desprotegido cuando a su favor cuenta con el reconocimiento explícito de que la normativa comercial le reconoce un derecho preciso e incondicional.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho internacional prescribe el cumplimiento de las obligaciones cuyo contenido resulta jurídicamente vinculante y es normalmente dispositivo en relación con las medidas necesarias para atenerse a estos compromisos, así como en lo que respecta a su ejecución en los ordenamientos internos, cuestión esta última estrechamente vinculada a la observancia de las obligaciones internacionales, pero distinta a ella<sup>117</sup>.

El Entendimiento no difiere de esta tendencia general —«obligación de resultado-discreción en los medios»— y, como el régimen general de Derecho internacional, contempla mecanismos de utilidad preventivos que motivan el cumplimiento voluntario de las decisiones del OSD, que se tornan en medidas de ejecución para forzar la corrección de su infracción. Además, como es el caso de algunos tratados internacionales, se estipulan mecanismos centralizados de supervisión o monitorización del cumplimiento, que funcionan, igualmente, *ex ante* al eventual incumplimiento<sup>118</sup> y *ex*

<sup>117</sup> TOMUSCHAT, CH., «Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century», *supra* nota 1, p. 360, apunta que conforme a una norma general de Derecho internacional, y en ausencia de una previsión especial, cada Estado dispone de plena discrecionalidad en la elección de los medios de cumplimiento de la normativa internacional. *Cf.*, CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 162 y ss., sobre la inexistencia de un principio general de Derecho internacional que establezca la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento a las obligaciones internacionales.

<sup>118</sup> En el anexo 3 del acuerdo OMC se recoge el *Mecanismo de examen de las Políticas comerciales*, cuya finalidad [punto A.i)] «es coadyuvar a una mayor adhesión de todos los Miembros a las normas y disciplinas de los Acuerdos Comerciales (...) y a los compromisos contraídos en su marco, y, por ende, a un mejor funcionamiento del sistema multilateral de comercio, mediante la consecución de una mayor transparencia en las políticas y prácticas comerciales de los Miembros y una mejor comprensión de las mismas. En consecuencia, el mecanismo de examen permite hacer regularmente una apreciación y evalua-

*post* verificada la vulneración de las decisiones del OSD<sup>119</sup>. Sin embargo, permanece silente respecto de las medidas pertinentes de ejecución de estas decisiones e igualmente sobre su forma de incorporación en los ordenamientos internos.

La membresía de la Comunidad en la OMC ha comportado el establecimiento de una tutela externa del cumplimiento del Derecho OMC en la Comunidad y los Estados miembros<sup>120</sup>, pero se debe admitir que la existencia de un mecanismo de control externo es independiente del valor de las decisiones de sus órganos de adjudicación en el ordenamiento jurídico comunitario, que, *prima facie*, no se debe concatenar al reconocimiento de su eficacia directa. El escenario es sustancialmente distinto cuando la observancia de estas decisiones es manifiesta y en esa contingencia el Tribunal de Justicia podría estar llamado a ejercer una justicia correctiva.

#### ABSTRACT

International obligations must be complied with according to international law. However, the necessary measures of enforcement of those obligations are not usually determined by general international law itself, nor are the ways in which these compromises should be incorporated into national legal orders –an issue closely related to, but different from, the compliance with international obligations-. The present article studies these general issues on compliance applied to the WTO Dispute Settlement System. In particular, the article analyses both the measures to create incentives for the compliance with the decisions of the Dispute Settlement Body and the specific measures of execution of those decisions and their incorporation into domestic legal orders, using the example of the practice developed by the European Community. In order to achieve these goals, the author presents her views on the normative character, efficacy and autonomy of the WTO Dispute Settlement System and also on the binding character of the decisions of Dispute Settlement Body.

#### RÉSUMÉ

Le Droit international demande l'observance des obligations internationales et normalement reste dispositif en ce qui concerne les mesures relatives à son application et à son incorporation dans l'ordre

ción colectiva de toda la gama de políticas y prácticas comerciales de los distintos Miembros y de su repercusión en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. No tiene, sin embargo, por finalidad servir de base ni para hacer cumplir obligaciones específicas contraídas en el marco de los Acuerdos, ni para los procedimientos de solución de diferencias, ni tampoco para imponer a los Miembros nuevos compromisos en materia de políticas».

<sup>119</sup> Vide, artículo 21.3 ESD sobre la notificación al OSD por la parte reclamada de su propósito en cuanto a la aplicación de los informes. Esta previsión puede ser de poca utilidad a falta de una regulación en el ESD sobre cómo de detallado debe ser el informe de cumplimiento, así como sobre la definición de las medidas concretas de ejecución. Vide para ilustrar estas deficiencias, *Comunidades Europeas – Régimen comunitario para la importación, venta y distribución de plátanos*. Informe de cumplimiento presentado por las Comunidades Europeas de 13 de julio de 1998 (WT/DS27/17) y *Comunidades Europeas – Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos* (Hormonas). Informes de cumplimiento presentados por las Comunidades Europeas de 14 de enero de 1999 [(WT/DS26/17) y (WT/DS48/15)]; de 5 de febrero de 1999 [(WT/DS26/17/Add.1) y (WT/DS48/15/Add.1)]; de 9 de marzo de 1999 [(WT/DS26/17/Add.1) y (WT/DS48/15/Add.1)] y de 16 de abril de 1999 [(WT/DS26/17/Add.3) y (WT/DS48/15/Add.3)].

<sup>120</sup> La cuestión apunta a la interrelación entre regímenes internacionales y sus órganos jurisdiccionales. Vide, Editorial, *CMLR*, vol. 42, 2005, núm. 3, pp. 581-585 y, recientemente, Delas, O., Côté, R., Crépeau, F. y Leuprecht, P. (dirs.), *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruylant, Bruselas, 2005 y SHANY, Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, en especial pp. 53 y ss.

juridique des États. Cette dernière question est étroitement liée, mais ne se confond pas, avec la question du respect du Droit international. Ce travail analyse si le Système de Règlement des Différends de l'OMC suit cette tendance générale. L'étude considère d'une part les mécanismes qui servent comme incitatifs pour mettre en oeuvre les recommandations contenues dans les rapports de l'Organe de Règlement des Différends, et d'autre part les mesures spécifiques prévues pour les exécuter, ainsi que pour les incorporer dans les ordres juridiques internes. Pour trancher la question de l'observance de ces décisions, on doit s'interroger au préalable sur la normativité, l'efficacité et l'autonomie du Système de Règlement des Différends et aussi sur le caractère véritablement juridique des décisions de l'Organe de Règlement des Différends. L'expérience de la Communauté Européenne est utilisée pour exemplifier la pratique développée pour exécuter les décisions de l'Organe de Règlement des Différends.