

# PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN LOS LITIGIOS DE LA OMC

**Pablo Zapatero\***

Sumario: I.1995: UN NUEVO ESCENARIO PROCESAL. II.TODOS CONTRA TODOS ¿HACIA UNA ACTIO POPULARIS?. III.QUIEN (DE)MANDA: ¿PARTENARIADOS PÚBLICO-PRIVADOS?. IV.EL DESAFÍO DE LA TRANSPARENCIA Y LA PARTICIPACIÓN

## **I. 1995: UN NUEVO ESCENARIO PROCESAL**

La globalización de los negocios genera importantes desafíos. El caso de la OMC es un ejemplo paradigmático y, muy en particular su mecanismo de solución de diferencias. Sin duda, es una institución internacional con decisivas repercusiones para nuestra sociedad. Esta innovadora organización se caracteriza por una universalización progresiva, la vocación expansiva de su regulación, su hiper-legalizada estructura institucional y un amplio conjunto de instrumentos multilaterales de carácter obligatorio. Sin embargo, es su mecanismo de solución de diferencias el que destaca con luz propia desde una óptica de diseño institucional. Este “guardian” del derecho de la OMC carece de precedentes en la historia del derecho internacional público: Dispone de una jurisdicción cuasi-universal vinculante para todos los Miembros de la organización (que abarca en la actualidad más de 150 Estados) y tiene competencia para resolver diferencias sobre la aplicación de más de 400 páginas de textos normativos.

Este mecanismo inter-estatal consta de dos instancias (*panels* y Organo de Apelación) y adopta decisiones vinculantes en plazos relativamente cortos de tiempo (12 meses en primera instancia y 15 con apelación). Al tiempo, incentiva el cumplimiento de sus decisiones por medio de la autorización de suspensión de concesiones. De hecho, la literatura especializada ha llegado a denominarlo “los dientes de la OMC”<sup>1</sup>. Y no le falta razón. En este sentido, los índices de cumplimiento de sus decisiones son realmente sorprendentes en comparación con otros mecanismos de solución de diferencias existentes en la sociedad internacional. Al tiempo, su diseño institucional contrasta vivamente con el propio Tribunal Internacional de Justicia; máximo órgano judicial de Naciones Unidas que carece de jurisdicción automática (declaraciones individuales de aceptación de jurisdicción) y, mucho menos, de mecanismos para incentivar el cumplimiento de sus decisiones.

Por todo ello, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC se ha transformado en una institución central del proceso de globalización de los negocios. Así, las

---

\* Profesor de derecho internacional de la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> MONTAÑA I MORA, M. “A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes”, 31 *Columbia Journal of Transnational Law* 1 (1993):103-180.

empresas con actividad internacional cabildean a menudo ante sus Estados de origen y/o a los Estados de recepción de inversión para que presenten demandas contra las medidas de otros Estados en la OMC. El mecanismo ha creado, por tanto, un nuevo nivel de juego para los grandes operadores privados a través de la representación/intermediación estatal. Este fenómeno se ve amplificado por el hecho de que las empresas no puedan hacer efectivo el derecho de la OMC a nivel interno, ya que carece de *efecto directo* (capacidad para alegarlo/aplicarlo en procedimientos internos) en la mayoría de los Estados<sup>2</sup>. Así las cosas, los grandes operadores privados asignan sus recursos a cabildear sobre los funcionarios y políticos de dicho Estado con el objeto de que modifiquen la medida supuestamente incompatible (en ocasiones amenazando con demandas de otros Estados en la OMC) y, en ausencia de reacción, cabildean en ocasiones para que otro Estado presente una reclamación internacional contra dicha medida.

Otra particularidad de los procedimientos (relacionada con lo anterior) es que no exigen el agotamiento de los recursos internos, si bien hubo dudas durante los pasos iniciales de la OMC: Valgan por todas las reflexiones de uno de los primeros Directores del servicio jurídico de la OMC, Peter J. Kuijper, quien antes de asumir el cargo consideraba que no había razón para excluir la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos cuando los derechos alegados ante un *panel* fueran esencialmente los mismos que los derechos alegados en dichos procedimientos (p.e: subvenciones, derechos de propiedad intelectual, etc). No obstante, terminaba aceptando la hipótesis de que pudiera haberse desarrollado una nueva costumbre internacional en este sector dado que las partes iniciaban en la práctica procedimientos internacionales en paralelo a procedimientos (administrativos o judiciales) domésticos<sup>3</sup>.

En este sentido, la práctica del no agotamiento de los recursos internos ha sido discutida y asumida *de facto* dentro de la OMC. Los Miembros de la OMC, por tanto, pueden activar un *panel* de forma directa, una vez que constatan que las preceptivas consultas son infructuosas. El cambio es pues sustancial y altamente beneficioso para la industria que se ve afectada por una medida supuestamente incompatible con el derecho de la OMC pues en un corto plazo de tiempo (12-15 meses) el máximo órgano jurisdiccional del comercio mundial dictará una decisión y ésta será de obligatorio cumplimiento. A partir de ahí, el Miembro infractor tendrá un plazo de 15 meses (plazo común otorgado para cumplir la decisión modificando las preceptivas medidas internas) antes de que su sociedad sufra una suspensión de concesiones comerciales por el monto al que asciende el incumplimiento. Así, la “estructura de intereses” del derecho de la OMC se

---

<sup>2</sup> Véase, p.e, ESPOSITO, C. *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, Dykinson, 1999, EECKHOUT, P. “The domestic legal status of the WTO Agreement: Interconnecting legal systems”, 34 *Common Market Law Review* 11 (1997): 48-58 y COTTIER, T y SCHEFER, K.N “The relationship between World Trade Organization law, national and regional law”, 1 *Journal of International Economic Law* 1 (1998): 83-122.

<sup>3</sup> KUIJPER, P.J. “The Law of GATT as special field of international law.: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law?”, *Netherlands Yearbook of International Law* (1994): 238 y KUIJPER, P.J. “The New WTO Dispute Settlement System. The Impact on the European Community”. *The Uruguay Round Results: A European Lawyer’s Perspective*, Jacques H.J.Burgeois et alia), European Interuniversity Press, 1995, p.108.

desvincula de esta norma consuetudinaria y de las tradicionales instituciones de la protección diplomática<sup>4</sup>.

De esta forma, los procedimientos de solución de diferencias han transformado al mecanismo en una institución cualificada para resolver grandes controversias comerciales de nuestro tiempo. Prueba de ello es que, a 1 de enero de 2008 se habían presentado 369 reclamaciones ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC<sup>5</sup>. En este sentido, la importancia del mecanismo y su jurisprudencia va en ascenso, como muestra por otro lado el volumen y extensión de su producción jurisprudencial. De hecho, las decisiones de los *panels* del GATT entre 1986 y 1995 ascendían a 855 páginas (86 al año), mientras que entre 1996 y 1999 alcanzan las 1509 páginas (377 al año) con una cifra de 693 para 1999<sup>6</sup>. Es más, el comité consultivo designado por el anterior Director General (Supachai Panitchakdi) para analizar los desafíos de la OMC calculaba que los primeros 81 casos (agregando informes adoptados y pendientes) alcanzaba más de 27.000 páginas de jurisprudencia<sup>7</sup>.

## II. TODOS CONTRA TODOS ¿HACIA UNA ACTIO POPULARIS?

El comercio internacional es una práctica inter-empresarial llevada a cabo entre operadores privados, excepto en los casos de comercio de Estado<sup>8</sup>. Sin embargo, hoy por hoy, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es netamente intergubernamental y no hay indicio alguno de que esta característica del mecanismo vaya a cambiar a corto ni medio plazo: El artículo 14 del Entendimiento de solución de diferencias determina que son éstos quienes puede activar y participar en el proceso. Hoy por hoy, por tanto, sólo tienen legitimación activa los más de 150 Miembros de la OMC. Así, el Entendimiento atribuye a los Miembros un derecho automático a la constitución de un *panel*. Como estipula el artículo 6.1, “si la parte reclamante así lo pide”, se establecerá un *panel* a menos que el OSD decida en contra por consenso.

Por consiguiente, existe un establecimiento automático de *panel*: Al fin y al cabo, el propio solicitante puede evitar, de forma incontestable, la formación de dicho consenso negativo. Es verdad que en la etapa del GATT algunos autores ya defendían la existencia de este derecho y, en cualquier caso, las solicitudes de establecimiento de un *panel* no solían ser rechazadas. Sin embargo, técnicamente no era así dado que siempre era factible que una de las partes bloqueara la constitución o posterior decisión de un

---

<sup>4</sup> PETERSMANN, E-U. “The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948”, 31 *Common Market Law Review* (1991): 1240.

<sup>5</sup> LESTER, S. “WTO Dispute Settlement 1995-2007: A Statistical Analysis” 11 *Journal of International Economic Law* 1 (2008): 179-192.

<sup>6</sup> Véase DAVEY, W. *The WTO Dispute Settlement Mechanism*, Illinois Public Research Paper No.03-08 (25 de junio de 2003), p.32.

<sup>7</sup> Véase *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization, 2004.

<sup>8</sup> COTTIER, Th y MAVROIDIS, P. *State-Trading in the Twenty-First Century*, University of Michigan Press, 1998.

*panel*<sup>9</sup>. Ahora ya, tras la Ronda de Uruguay, esta activación ha quedado libre de cualquier bloqueo, en contraposición con la anterior etapa del GATT del 47.

El mecanismo se ha transformado con rapidez en una institución capital para gobernar la globalización económica gracias a estas características institucionales. Esta centralidad es reforzada por la amplia interpretación que otorga a la legitimación activa, que se acerca a una forma de *actio popularis*. En esencia, cualquier Estado puede demandar a otro en los procedimientos de solución de diferencias con independencia de que le afecte o no una infracción estatal particularmente considerada. El caso *Comunidades Europeas-Bananos* muestra con claridad esta línea jurisprudencial. Así, subraya que el artículo 4.11 del Entendimiento exige que aquel Miembro que desee ser asociado a las consultas tenga un "interés comercial sustancial" y pone énfasis en que el artículo 10.2 del Entendimiento exige que los *terceros* tengan un "interés sustancial" en el asunto sometido al mecanismo. Añade, ahora bien, que ninguna de las disposiciones del derecho de la OMC "puede servir de base para sostener que las *partes* en la diferencia han de cumplir una prescripción similar"<sup>10</sup>.

Esta orientación era cuestionada por las Comunidades Europeas que sostenían que el ejercicio de una acción requiere la existencia "un interés protegido jurídicamente", y para ello alegaban jurisprudencia del TIJ (Tribunal Internacional de Justicia) y el TPJI (Tribunal Permanente de Justicia Internacional). Sin embargo, para el Organo de Apelación, ninguna sentencia de aquel alto tribunal establece la "norma general" de que la parte reclamante ha de tener un "*interés protegido jurídicamente* para poder presentar una reclamación" en "todo litigio internacional": Al tiempo, subraya que tales sentencias no niegan la necesidad de remitirse a "los términos en un tratado multilateral" para examinar la legitimación<sup>11</sup>. Por ello, remite al artículo XXIII.1 del GATT de 1994, que estipula la posibilidad de presentar reclamación "[e]n caso de que [un Miembro] *considerare que* una ventaja resultante para [él] directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido"<sup>12</sup>.

Esta línea jurisprudencial deja claro que los Miembros de la OMC "tienen un *amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no* una reclamación contra otro Miembro" al amparo del Entendimiento<sup>13</sup>. Así, el Organo de Apelación subraya que "en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la "utilidad" de presentar una reclamación" conforme al artículo XXIII.1 del GATT y el artículo 3.7 del anterior instrumento<sup>14</sup>. La argumentación se cierra con la transcripción de este indicativo párrafo del informe del *panel* "": "[c]on el aumento de la interdependencia de la economía

<sup>9</sup> Véase, pe, JACKSON, J.H. *Restructuring the GATT System*, Chatham House Papers, 1990, p.65 y OSTRIHANSKY, R. "Settlement of Interstate Trade Disputes-The role of law and legal procedures", *Netherlands Yearbook of International Law* (1991):191.

<sup>10</sup> Doc WT/DS27/AB/R, *Comunidades Europeas-Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos* (9 de septiembre), párrafo 132.

<sup>11</sup> Párrafo 133.

<sup>12</sup> Párrafo 134 (énfasis añadido).

<sup>13</sup> Párrafo 135.

<sup>14</sup> Idem.

mundial ... los Miembros tienen un interés mayor en la observancia de las normas de la OMC que en el pasado, ya que toda alteración de un equilibrio negociado de derechos y obligaciones los afectará probablemente más que nunca, *directa o indirectamente*”<sup>15</sup>.

La decisión sienta una línea jurisprudencial que interpreta con gran laxitud los criterios para presentar demandas en la OMC. Es claro, por tanto, que el Órgano de Apelación da forma a un híbrido procesal cercano a la *actio popularis*; un fenómeno que, como recuerda la literatura especializada, comenzaba ya a tomar forma en las últimas etapas del GATT del 47<sup>16</sup>. Tras el impulso de la Ronda de Uruguay, este estado de cosas se ha consolidado de modo definitivo por vía jurisprudencial. El entorno jurisdiccional resultante es pues complejo ya permite que se presenten reclamaciones en “interés del sistema” así como una sorprendente abundancia de reclamaciones cruzadas entre Miembros de la OMC, aderezada con grupos de terceras partes intervinientes en los procesos<sup>17</sup>. El panorama se caracteriza, en consecuencia, por una intensa actividad procesal a diversas bandas.

Este esquema procesal y jurisprudencial tiene algunos puntos oscuros y zonas de penumbra. La discrecionalidad de los Miembros de la OMC a la hora de decidir presentar reclamaciones en nombre de unos u otros particulares se convierte en un caldo de cultivo, en muchos casos, para derivar en la defensa preferente de grandes intereses corporativos afectados por un eventual incumplimiento del derecho de la OMC. Por supuesto, las legislaciones internas de algunos países regulan procedimientos para que las empresas soliciten a sus respectivos gobiernos que defiendan sus intereses presentando reclamaciones internacionales. Así, Estados Unidos dispone desde tiempo atrás de la conocida Sección 301 de la *Trade Act* del 74, que formaliza procedimientos de colaboración público-privada para que la USTR (United States Trade Representative) litigue, por ejemplo, en el sistema multilateral de comercio<sup>18</sup>. Por su parte, la Unión Europea contó a partir de la segunda mitad de los años 80 con el Reglamento 2641/84 (17 de septiembre de 1984) –denominado Nuevo Instrumento de Política Comercial– que fue reformado (tras la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC) por el Reglamento 3286/94 (22 de diciembre de 1994)<sup>19</sup>. Ni que decir tiene que la aproximación de la Unión Europea replica el modelo procesal originariamente ideado para la USTR si bien

---

<sup>15</sup> Véase párrafo 136 (citando párrafo 7.50 del *panel*).

<sup>16</sup> KUIJPER, P. “The Law of GATT as Special Field of International Law ...op.cit.pp.239-241.

<sup>17</sup> Un buen botón de muestra de la complejidad generada es, por citar un ejemplo, el caso *Estados Unidos-Carne refrigerada*: Estados Unidos como *Apelante/Apelado*, Australia como *Apelante/Apelado*, Nueva Zelandia como *Apelante/Apelado* y las Comunidades Europeas como *Tercero participante*. Véase Doc WT/DS177/AB/R y WT/DS178/AB/R, *Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia de las Importaciones de Carne de Cordero Fresca, Refrigerada o Congelada Procedentes de Nueva Zelandia y Australia* (1 de Mayo de 2001).

<sup>18</sup> SYKES, A. “Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limited case for Section 301”, 23 *Law and Policy in International Business* (1992): 263-332 (estudiando las primeras 90 reclamaciones realizadas sobre la base de la Sección 301 entre 1975 y 1991).

<sup>19</sup> Véase *DOCE*, nº L 349 de 31 de diciembre de 1994, pp.71-94.

matizado por las complejas relaciones entre Estados Miembros-Comisión Europea en materia de política comercial y exterior<sup>20</sup>.

Por lo general, la solicitud formal (Reglamento/Sección 301) y/o el cabildeo informal (lobby) de sectores empresariales domésticos son el punto de partida para cualquier proceso de decisión política sobre la conveniencia o no de activar el mecanismo: Como es evidente, esto coloca en una situación de desventaja comparativa frente a las grandes empresas a los pequeños operadores privados, por lo general peor conectados con las élites políticas y/o administrativas de sus países. Sin duda, el cabildeo y la capacidad de presión tienen peso a la hora de inclinar la balanza y transformar la queja o solicitud de un “particular” en una demanda estatal ante el mecanismo de solución de diferencias. Por lo general, las administraciones tienden a dar prioridad a los intereses de aquellos con mayor “capacidad” para hacerse oír; en este caso, organizaciones con mayores recursos para el cabildeo. Este sesgo institucional se ve amplificado por dos razones: Muchos Miembros de la OMC no disponen de procedimientos internos equivalentes al Reglamento y, por tanto, sus decisiones de activar el mecanismo tienen mayores márgenes para la arbitrariedad. Al tiempo, cuando existen estos procedimientos domésticos, mantienen generosos márgenes de discrecionalidad en la decisión sobre la presentación de demandas.

Así, los procesos de adopción de decisiones en esta área (presentación de demandas inter-estatales en foro internacional) pueden ser capturados por grupos de interés especial. Este problema es cada vez más relevante con el aumento y concentración de poder privado en nuestros Estados que, gracias a la globalización de los negocios, desarrolla grandes conglomerados empresariales con actividad multi-jurisdiccional: Por citar ejemplos cercanos, es obvio que los particulares que integran los consejos de administración del *Banco Santander* o *Telefónica* disponen de mejores ‘palancas’ para que se active el mecanismo de solución de diferencias en favor de sus corporaciones que el autónomo que decide exportar desde su local en una calle de Vallecas. Por tanto, se suscitan algunas dudas en términos de *igualdad* (acceso al poder público en igualdad de condiciones) entre unos y otros operadores privados (grandes empresas *versus* PYMES). Un hecho es patente. El peso relativo de aquellos es capital a la hora de conseguir que los poderes públicos tutelen sus intereses en el marco de estos procesos jurisdiccionales que gobiernan el comercio internacional: Lo macro devora a lo micro.

A esto se añade, por último, que los gobiernos carecen de capacidad real para evaluar empíricamente cómo queda el interés público en el caso concreto si presentan una reclamación: La interdependencia de las transacciones económicas globales dificulta el análisis objetivo en un escenario en que una parte creciente de la industria nacional se globaliza con celeridad<sup>21</sup>. En este sentido, la globalización de los negocios impide

<sup>20</sup> SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships in WTO litigation*. Brookings, 2003 (en especial capítulos 4 y 5).

<sup>21</sup> El primer Director General de la OMC, Renato Ruggiero, mostraba el desafío de la cuestión con esta pregunta: “¿Cuál es la nacionalidad de un software empaquetado en Delhi para una empresa de Seattle y que es descargable por internet desde Beijing?”. RUGGIERO, R. “Whither the Trade

circunscribir los intereses de las grandes empresas al espacio territorial sobre el que el Estado ejerce su jurisdicción. Ante este estado de cosas, a menudo, la correlación o confluencia entre el *interés estatal* y el *interés empresarial* se diluye y difumina. Así, no siempre es fácil evaluar cómo queda el interés general activando o no un procedimiento en el sistema multilateral de comercio. Por ello, el criterio con que las autoridades públicas nacionales evaluarán la conveniencia de presentar una demanda tendrá más que ver con quien y cómo le presenta los datos, en la práctica, que con (difíciles) consideraciones de interés público.

### III. QUIEN (DE)MANDA: ¿PARTENARIADOS PÚBLICO-PRIVADOS?

En términos técnicos y formales, los procesos del mecanismo de solución de diferencias son inter-estatales: Son los Estados quienes deciden sobre qué se demanda y cómo se defiende el interés general en el marco de los procedimientos. Tras las reglas generales, no obstante, se producen importantes fenómenos de participación indirecta no estatal, con diferente peso a la hora de orientar la “voluntad autónoma estatal”: En esencia, la práctica muestra que hay actores sociales con mayor peso informal sobre la decisión estatal de activar o no los procedimientos. Ya se ha enfatizado que la capacidad de presión de los grandes operadores privados es mayor que la de las pequeñas y medianas empresas: De forma inevitable, las empresas multinacionales son actores privilegiados a la hora de ejercer influencia *informal* (cabildeo) o *formal* (procedimientos internos) para activar litigios en la OMC. A fin de cuentas, los dos extremos de la transacción comercial internacional se desarrollan en el marco de sus redes corporativas. De hecho, una parte importante del comercio global es intra-firma (filiales y matrices).

Así por ejemplo, centrándonos en el comercio de mercancías, las exportaciones intra-firma en las unidades de manufactura bajo control extranjero alcanzan entre el 15 y el 60% del comercio de los países de la OCDE<sup>22</sup>. Este comercio intra-firma abarca en esencia la exportación e importación de productos semiacabados para filiales así como, de forma creciente, la exportación e importación entre filiales extranjeras que manufacturan productos intermedios. En este esquema de producción y distribución multi-jurisdiccional, por tanto, una parte cada vez más importante de las transacciones se producen en el marco de redes empresariales con nodos en diferentes Estados. Por tanto, es previsible que estas redes aumenten la colaboración entre operadores privados y públicos, ahora ya transnacional, en el marco de los procedimientos.

Por ello, una de las grandes cuestiones a las que debe responder el sistema multilateral de comercio es la adecuada participación pública/privada en estos procesos que

---

System Next?”, *The Uruguay Round and Beyond. Essays in Honour of Arthur Dunkel*. Jagdish Bhagwati and Mathias Hirsch (eds), Springer, 1998, p.129.

<sup>22</sup> OECD, *Staying Competitive in the Global Economy: Moving up the Value Chain*, OECD, Paris, 2007.

conectan lo global y lo local<sup>23</sup>. Que el acceso a un procedimiento inter-estatal esté cerrado a los particulares no implica, como se ha apuntado, que todos ellos carezcan de peso e influencia. En este punto, el mecanismo de solución de diferencias opera como un segundo nivel de juego en el que unos actores sociales tienen mayor peso informal que otros en asuntos que afectan de modo directo a nuestras sociedades. Es decir, es evidente que las grandes empresas tienen una mayor incidencia sobre los procedimientos que las PYMES y por supuesto que las entidades de la sociedad civil<sup>24</sup>.

Al tiempo, hay cambios importantes en los propios operadores que actúan en los procedimientos: Las estrategias, defensas y posicionamientos de los Miembros de la OMC en los litigios ante los *panels* y Organo de Apelación incorporan cada vez más servicios legales de grandes firmas de abogados. Así, hoy en día, no sólo las empresas multinacionales son usuarias indirectas del mecanismo sino que también son operarias del sistema prestando servicios legales especializados para Estados (por delegación de funcionarios públicos: falta de formación técnica). En este sentido, es indudable que los despachos de abogados tienen un creciente peso en los procedimientos. Así, la mayoría de las firmas con equipos de práctica legal OMC (King & Spaldin, Willkie Farr & Gallagher, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr...) son multinacionales sin vínculos con los Estados a los que representan o en los que están radicadas<sup>25</sup>. Este fenómeno, sin embargo, fue originariamente discutido: De hecho, uno de los primeros actos de los *panels* tras la constitución de la OMC exigió una subsanación a este respecto por parte del propio Organo de Apelación.

Aquí, un *panel* impidió en sus procedimientos la presencia de abogados privados representando a Santa Lucía, que participaba como tercero en el caso *CE-Bananos*<sup>26</sup>. El hecho causó cierta inquietud en la comunidad GATT/OMC, dado que no existe base jurídica para imponer dicho gravamen a las partes en el derecho de la OMC (Acuerdo de la OMC, Decisión relativa a las reglas y procedimientos para las sesiones de las Partes Contratantes<sup>27</sup>, Decisión de 4 de junio de 1960 que constituye el Consejo de Representantes<sup>28</sup>, etc) ni en la propia Convención de Viena del 75 sobre representación de Estados ante organizaciones internacionales<sup>29</sup>. Al tiempo, existe un principio

<sup>23</sup> Para una brillante monografía sobre los partenariados público-privados en este campo véase SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships ...op.cit.*

<sup>24</sup> Para el primer trabajo de referencia sobre esta cuestión véase ESTY, D. "Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition or Exclusion", 1 *Journal of International Economic Law* (1998): 123-147. Para una aproximación al tema elaborada desde la propia División legal de la OMC (Gabrielle Marceau) consúltese MARCEAU, G y PEDERSEN, P.N. "Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation", 33 *Journal of World Trade* 1 (1999): 5-49.

<sup>25</sup> Véase BOWN, C. "WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector", 8 *Journal of International Economic Law* 4 (2005): 861-890.

<sup>26</sup> Doc WT/DS27/AB/R, *Comunidades Europeas-Regimen para la Importacion, Venta y Distribucion de Bananos* (9 de septiembre).

<sup>27</sup> Doc BISD 12S/10-16.

<sup>28</sup> Doc BISD 9S/8-9.

<sup>29</sup> RUTSEL SILVESTRE, M. "Representation of Parties in World Trade Disputes", 31 *Journal of World Trade* 2 (1997): 96.



sólidamente asentado de libertad de elección de los integrantes de las representaciones estatales en foros internacionales. No había razón para que fuera de otro modo en el seno de la OMC<sup>30</sup>. Por tanto, el acto hubo de ser subsanado en apelación. Con posterioridad, el *panel* del caso *Indonesia-Automóviles* siguió ya esta orientación jurisprudencial y autorizó que asesores jurídicos privados asistieran a sus audiencias como componentes de delegación<sup>31</sup>.

Es cierto en cualquier caso que la participación de despachos privados en los procedimientos puede generar complejos conflictos de intereses. Sin embargo, este asunto no es tan relevante los intereses que, por lo general, deciden defender los Estados en el marco de los procedimientos. Y aquí hay un problema de procedimientos internos. En esencia, no todos los Miembros de la OMC disponen de procedimientos administrativos para que los operadores privados soliciten la activación de un litigio en la OMC. Al tiempo, estos procedimientos no tienen carácter jurisdiccional y plenamente revisable en los Estados Miembros que cuentan con ellos. Los ejemplos más avanzados a este respecto ya se han apuntado: EEUU y la Unión Europea. En este sentido, tanto la Sección 301 como el Reglamento comunitario instauran procedimientos domésticos en el marco de procesos informales más amplios de coordinación público-privada<sup>32</sup>.

En este contexto de claros márgenes de arbitrariedad (sin procedimientos) o discrecionalidad (con procedimientos) el tamaño de las empresas y sus volúmenes de comercio involucrado será a menudo determinante para activar un litigio. Las dos relaciones desequilibradas aquí son, por un lado, la relación PYME-gran empresa y, por otro, la relación particular-empresa. Y aquí, el actual *statu quo* discrimina al extremo más débil de estas relaciones (particulares y PYMES). De hecho, los Estados tienden a operar a menudo en la práctica como apoderados (*proxies*) de la gran industria en el marco de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Un botón de muestra profusamente citado por colectivos críticos de la sociedad civil son las demandas en la OMC contra las preferencias comerciales del Convenio de Lomé (un régimen preferencial para los pequeños productores de países ACP: África, Caribe y Pacífico) y en favor de la producción agrícola de latifundio de empresas estadounidenses en Centroamérica<sup>33</sup>.

Las prácticas empresariales destinadas a activar procedimientos son realmente diversas y cada vez más sofisticadas. De hecho, se producen fenómenos de colaboración de empresas de diferentes Estados (colaboración inter-empresarial) con el objeto de influir en la activación o evolución de litigios de la OMC. Así, por ejemplo, las firmas privadas estadounidenses y europeas ya están coordinando esfuerzos a escala trasatlántica frente

---

<sup>30</sup> Los despachos de abogados se movilizaron en su momento para que se aclarase positivamente este punto. Véase, por ejemplo, la posición de la *American Bar Association* sobre esta cuestión y la documentación que la acompaña: “American Bar Association Section of International Law and Practice. Recommendation and Report”, *Journal of International Economic Law* (1998): 163-181.

<sup>31</sup> Doc DS54, DS55, DS59, DS64 *Indonesia-Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*.

<sup>32</sup> SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships...* op.cit.p.19-20.

<sup>33</sup> Véase Doc WT/DS27/R/USA (2 de mayo de 1997) así como el resto de actos de este largo y complejo procedimiento.

a las barreras comerciales de terceros Estados así como frente a las propias medidas domésticas de EEUU y la Unión Europea<sup>34</sup>. En este escenario, los grandes operadores privados (empresas multinacionales) pueden llegar a bloquear, derogar, modificar o promover leyes y medidas internas de forma indirecta si consiguen que un Estado presente una demanda ante la OMC.

Y aquí, lo micro tiene difícil cabida en los procedimientos. Es la denominada “ciudadanía corporativa” y no la sociedad o los ciudadanos individualmente considerados quienes tienen influencia real en estos procedimientos formalmente inter-estatales. En este sentido, si la sociedad civil pudiera influir sobre sus gobiernos para que estos presentaran también reclamaciones en su nombre, es probable que el sistema multilateral de comercio tuviera menos detractores. En esencia, por ejemplo, esto permitiría aclarar algunas controvertidas reglas del juego. El asunto es relevante por la siguiente razón: El argumento “No se puede adoptar esa medida porque es contraria al sistema GATT/OMC” está presente en el juego político doméstico. Este argumento es de hecho un “comodín” en las relaciones de (1) los ministerios de economía con los ministerios “no económicos”, (2) la industria con los ministerios “no económicos” y, por último, (3) los ministerios de economía y la industria con las organizaciones de la sociedad civil en general. Por ello, es necesario que el Órgano de Apelación se pronuncie con claridad sobre la legalidad/ilegalidad de determinadas políticas públicas que, en la actualidad, son inhibidas por algunos grupos de interés especial y representantes ministeriales.

Es cierto que la USTR estadounidense y la Dirección General de Comercio de la Unión Europea no podrían recabar la ingente información necesaria para defender los casos en que operan como demandados, demandantes o terceras partes sin la ayuda de la industria. Los gobiernos necesitan la información que les proveen los operadores del mercado. Por ello, todos los litigios en la OMC son producto de la colaboración entre instituciones públicas y actores privados (y sus equipos de abogados). De esta forma, se produce un alineamiento de intereses entre el sector privado (que ofrece información y recursos) y las autoridades públicas (que deciden qué casos tienen prioridad y los defienden). En este contexto, los poderes públicos ejercen sus funciones bajo la influencia y asistencia de los actores del sector privado en cualquier litigio (caso *Hormonas*, caso *Foreign Sales Corporation*, caso *Kodak-Fuji*, etc). Shaffer explica con claridad estos fenómenos de colaboración pública y privada *dentro y a la sombra* del sistema de solución de diferencias de la OMC: “La creciente interacción entre empresas privadas, sus abogados y funcionarios estadounidenses y europeos para crear puentes en la mayoría de las demandas comerciales refleja un desplazamiento desde la adopción de decisiones predominantemente intergubernamental hacia *estrategias privadas de litigación multi-nivel* que abarcan intercambios público-privados directos a escala tanto nacional como internacional”<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships...* op.cit (capítulo 6).

<sup>35</sup> SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships...* op.cit.p.4.

#### IV. EL DESAFÍO DE LA TRANSPARENCIA Y LA PARTICIPACIÓN

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC opera por tanto bajo la influencia de estas sofisticadas estrategias *privadas* multi-nivel en muchos casos. Al tiempo, se da la paradoja de que las demandas que promueven las empresas tienen como objetivo la retirada de leyes y medidas administrativas que han sido adoptadas también, a menudo, bajo un creciente influjo del cabildeo empresarial (por ejemplo medidas proteccionistas en favor de la industria doméstica). Este complejo juego político entre empresas transnacionalizadas y funcionarios/políticos profesionales de la países desarrollados sorteas de forma evidente a la ciudadanía. Por ello son tan importantes las cuestiones de participación pública (versus *privada*) en estos procedimientos; para evitar que los Estados operen como meros apoderados (o *proxies*) de los tenedores de capital organizados tras la forma corporativa transnacional.

Y aquí existe una disfunción que afecta a los propios usuarios formales del mecanismo: Los Estados. Hasta la fecha, los países en desarrollo tienen una escasa participación en el sistema de solución de diferencias. En un importante número de casos, Estados Unidos y la Unión Europea son partes o terceras partes en los procedimientos<sup>36</sup>. Así, en los primeros 10 años de la OMC, han sido reclamantes en el 45% de los casos y demandados en el 47%<sup>37</sup>. Al tiempo, tienden con frecuencia a incorporarse como terceras partes en el resto de los casos para asegurar sus “intereses sistémicos” en la evolución de la jurisprudencia GATT/OMC. De esta forma, durante la primera década, EEUU y la Unión Europea han sido terceras partes en un 94% y 64% de los casos respectivamente<sup>38</sup>.

El desequilibrio en la participación norte-sur es por tanto un problema adicional. En este sentido, la decisión de activar un caso por parte de un país en desarrollo está constreñida tanto por consideraciones políticas y económicas como por la simple escasez de recursos para la litigación internacional. Chad Bown alude a un “sesgo institucional implícito” en detrimento de la participación de los países en desarrollo en el mecanismo: Así, entre los determinantes para participar y demandar destacarían (1) el volumen de las exportaciones, (2) la capacidad de retorsión comercial, (3) la capacidad legal así como (4) otros condicionantes políticos/económicos (p.e: ayuda bilateral, etc)<sup>39</sup>. Al tiempo, en palabras de Shaffer: “Los amplios recursos desplegados en la litigación ante la OMC por las redes publico-privadas en Estados Unidos y Europa exacerba las asimetrías de poder en el empleo del sistema legal de la OMC en detrimento de los países en desarrollo y sus representados. El sistema legal de la OMC

---

<sup>36</sup> Véase Doc WT/DS/OV/33, *Situación de las diferencias en la OMC-Actualización-Novedades desde la última actualización (del 22 de enero al 30 de mayo de 2008)*.

<sup>37</sup> LEITNER, K y LESTER, S. “WTO Dispute Settlement 1995-2004: A Statistical Analysis”, 8 *Journal of international economic law* 1 (2005): 231 y 234.

<sup>38</sup> SMITH, J. “Inequality in International Trade? Developing Countries and WTO Dispute Settlement”, 11 *Review of International Political Economy* 3 (2004): 542 y 561.

<sup>39</sup> Véase BOWN, Ch. “Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, interested parties, and Free Riders”, 19 *The World Bank Economic Review* 2 (2005):287-310.

es cada vez más costoso y favorece a las redes público-privadas legalmente astutas con amplios recursos”<sup>40</sup>

En este punto, existen escasos recursos de asistencia legal para países en desarrollo. Destaca de forma excepcional el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC<sup>41</sup>, cuyas funciones son proveer de asistencia legal a bajo coste o libre de costes a países en desarrollo y Miembros con economías en transición. Por el momento, no existen organizaciones de interés público especializadas en asistir técnicamente a países en desarrollo en la defensa de sus intereses en el marco del sistema. En este sentido, hay todo un campo nuevo para la litigación desde la abogacía de interés público y la actividad *pro bono* de despachos de abogados así como de organizaciones de la sociedad civil especializadas en cuestiones legales de comercio internacional (p.e: ICTSD o iLEAP).

El desarrollo de servicios de asistencia legal para países en desarrollo puede tener un enorme potencial. De hecho, ya existen algunos casos que muestran la utilidad de estos esquemas de colaboración entre sociedad civil especializada y equipos legales de los países en desarrollo en el marco de litigios ante la OMC. Uno de los casos más definitorios de estas potencialidades es *Comunidades Europeas—Sardinias*. Aquí, Perú ganó al poderoso equipo legal de la Unión Europea gracias entre otros al Centro de Asesoría Legal, que asistió a las autoridades peruanas facturando sus servicios legales con minutas de 100 euros/hora. Al tiempo, la poderosa asociación de consumidores del Reino Unido, en colaboración con el despacho de abogados Clyde & co, que trabajó *pro bono*, redactaron una carta de 10 páginas que contenía una investigación sobre un Reglamento comunitario diseñado para favorecer a la industria europea y que afectaba a los consumidores europeos.

Perú adjuntó esta carta en sus comunicaciones y el *panel* la empleó y citó expresamente en su decisión<sup>42</sup>. Tanto el *panel* como el Órgano de Apelación determinaron que la Unión Europea había incumplido el artículo 2.4 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al no basar sus reglamentos técnicos (que impedían a Perú vender sus sardinias en territorio comunitario) en el estándar 94 del *Codex Alimentarius*. La Unión Europea cuestionó frontalmente el empleo de la carta como evidencia pero el Órgano de Apelación desestimó sus alegaciones. Es más, admitió asimismo dos *amicus curiae*, si bien indicando que sus contenidos no le asistían al decidir en apelación<sup>43</sup>. El caso, por tanto, es un botón de muestra de las posibilidades que se abren a la colaboración entre sociedad civil y países en desarrollo en el marco de los litigios de la OMC. En esta ocasión, el Centro de Asesoría Legal colgó información sobre las posiciones de Perú en su página web y facilitó así la interacción con los grupos de sociedad civil europeos. El

<sup>40</sup> SHAFFER, G. *Defending interests: Public-private partnerships...* op.cit.p.148.

<sup>41</sup> ACWL (Advisory Centre on WTO Law).

<sup>42</sup> Doc WT/DS231/R, *Comunidades Europeas-Denominación comercial de sardinias* (29 de mayo de 2002), párrafos 7.131-7 y 6.13-15

<sup>43</sup> Doc WT/DS231/AB/R, *Comunidades Europeas-Denominación comercial de sardinias* (26 de septiembre de 2002), párrafos 153-170 y 335.

efecto de la transparencia es que las organizaciones de la sociedad pueden asistir a los países en desarrollo con información y apoyo técnico durante los litigios.

Por ello, además de aumentar el empleo del sistema por los países en desarrollo debe proveerse de canales de asistencia y colaboración para la sociedad civil. De hecho, sería muy positivo dar voz directa a los colectivos de la sociedad civil tanto de países en desarrollo como de países desarrollados en los procedimientos. En esencia, hay que “democratizar” los procedimientos de adopción de decisiones internacionales en este y otros campos. No es razonable que estos procedimientos inter-estatales privilegien a los (grandes) operadores privados y no a la sociedad civil. Esta última es plenamente consciente del problema. Ante este estado de cosas, las redes domésticas y transnacionales de la sociedad civil se están coordinando con intensidad para jugar la carta de (1) la transparencia y (2) la participación. El objetivo declarado es dar voz a las posiciones a menudo alternativas de los grupos de interés general para compensar el creciente peso indirecto (a través de los Estados ) de los grupos de interés especial. Así, múltiples campañas de la sociedad civil se han concentrado en obtener una mayor transparencia de los procedimientos así como han promovido que *panels* y Organo de Apelación acepten y consideren comunicaciones externas que contengan información complementaria y/o alternativa para decidir los casos: Los denominados *amicus curiae*.

Este ha sido y es un tema especialmente controvertido en la comunidad GATT/OMC. La contienda sobre los *amicus* se explicita, de hecho, en uno de los primeros casos de la OMC: El caso *Camarones*<sup>44</sup>. En este sentido, los datos e información de las organizaciones de la sociedad civil están obteniendo cierto reconocimiento *de facto* en los procedimientos a través de esta institución. En este caso, organizaciones sociales especializadas de EEUU (CIEL: Center for International Environmental Law/CMC:Center for Marine Conservation) trataron de participar sin éxito presentando datos para que el *panel* adoptara una decisión informada. Así las cosas, el Organo de Apelación analizó la legalidad de la aceptación de *amicus* y determinó que la aceptación de información no solicitada era conforme con el mandato de determinación de los hechos contenido en el Entendimiento. Al tiempo, se reservó el grado de atribución de relevancia que daría a estos datos en el caso concreto<sup>45</sup>. Por tanto, el Organo de Apelación confirma que cabe examinar comunicaciones de *amicus curiae* siempre y cuando estos vayan adjuntos a la comunicación de una parte. De esta forma, dicho material se convierte, al menos *prima facie*, en parte integrante de los actos procesales de esa parte. Así, los *panels* "tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, bien para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, con independencia de que lo hayan solicitado o no" con arreglo a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 del ESD”.

<sup>44</sup> Doc WT/DS58/AB/R, *Estados Unidos-Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón* (12 de octubre de 1998). Sobre *amicus curiae* tanto ante al *panel* como el Organo de Apelación véase asimismo Doc WT/DS138, *Estados Unidos-Plomo y Bismuto II* así como Doc WT/DS257, *Estados Unidos-Madera Blanca IV* y Doc WT/DS308, *México-Refrescos y otras bebidas* y Doc WT/DS122, *Tailandia-Vigas Doble T*.

<sup>45</sup> Sobre adopción de procedimientos adicionales sobre el tratamiento de las comunicaciones *amicus curiae* (artículo 11 del Entendimiento y artículo XX.b del GATT) véase Doc WT/DS135, *CE-Amianto*.

Esta es la primera concesión a la participación pública en los procedimientos. En esencia, la decisión determina que nada impide que los Estados adjunten *amicus* a sus actos durante el procedimiento; cosa que Estados Unidos hizo a continuación<sup>46</sup>. No obstante, el asunto siguió siendo discutido hasta el caso *Asbestos* en que las Comunidades Europeas adjuntaron varios *amicus*<sup>47</sup>. Aquí, se produjo un interesante desenlace en la apelación: El Organo de Apelación elaboró una comunicación general que requería a las organizaciones de la sociedad civil que desearan presentar *amicus* indicar su interés en el caso, identificar si habían sido financiadas por las partes y explicar porqué su información ayudaría al Organo de Apelación a decidir<sup>48</sup>. La decisión generó un notable revuelo entre los Miembros de la OMC, algunos de los cuales consideraban que se estaba llegando muy lejos al ofrecer este cauce de comunicación directa con el máximo órgano jurisdiccional de la OMC. A resultas de la tensión, incluso se convocó una reunión especial del Consejo General para discutir el asunto.

En dicha reunión, el presidente del Consejo General concluye que será necesario regular el asunto y que, hasta entonces, el Organo de Apelación “debe actuar con suma prudencia en casos futuros”<sup>49</sup>. En consecuencia, de momento, los *panels* y Organo de Apelación sólo tienen en cuenta la información de *amicus* adjuntada por las partes (filtro). En palabras de Dunoff, la sociedad civil sólo es relevante en los procedimientos cuando hace “eco” de los argumentos de las partes<sup>50</sup>. Dicho esto, en cualquier caso, hoy en día no sabemos en qué medida influyen o no los *amicus* en las decisiones del organo de Apelación<sup>51</sup>.

Ahora bien, más allá de los *amicus*, es evidente que el acceso de los particulares y la sociedad civil a los procedimientos sigue cerrado. Para el propio Renato Ruggiero, ex Director General de la OMC, el sistema multilateral de comercio se enfrenta aquí a una cuestión a la que habrá que dar respuesta en el futuro: *si y cómo* los particulares deben acceder a este mecanismo reservado por ahora al juego inter-gubernamental<sup>52</sup>. No obstante, es evidente que el asunto no entusiasma a las delegaciones, dado que reduce su control sobre los procedimientos y, por tanto, sobre el contenido y orientación de las

---

<sup>46</sup> WT/DS58/AB/R (12 de octubre 1998). Para unos útiles comentarios sobre la decisión véase CHARNOVITZ, S. “WTO Cosmopolitics”, 34 *New York University Journal of International Law and Politics* (2002): 299-354 y CHARNOVITZ, S. “Opening the WTO to Nongovernmental Interests”, 24 *Fordham International Law Journal* (2000): 173-216.

<sup>47</sup> WT/DS135/R, *Comunidades Europeas-Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* (18 de septiembre de 2000).

<sup>48</sup> WT/DS135/9, *Comunicación del Organo de Apelación* (8 de noviembre de 2000).

<sup>49</sup> WT/GC/M/60, 120, *WTO General Council, Minutes* (22 de noviembre 2000).

<sup>50</sup> DUNOFF, J. “Public participation in the Trade Regime: Of litigation, frustration, agitation and legitimation”, 56 *Rutgers Law Review* 4 (2003-2004): 965.

<sup>51</sup> De hecho, como sostiene Charnovitz, debería ser más transparente sobre lo que realmente aprende de los *amicus* que recibe. Véase CHARNOVITZ, S. “Transparency and participation in the World Trade Organization”, 56 *Rutgers Law Review* 4 (2003-2004): 957.

<sup>52</sup> RUGGIERO, R. “Whither the Trade System Next?...op.cit.p.137.

decisiones<sup>53</sup>. Por ello, es difícil que el mecanismo se reforme para seguir la estela de los modernos tratados bilaterales de inversiones, que permiten a los particulares demandar en foro internacional a los Estados<sup>54</sup>.

Por ello, un desarrollo plausible para compensar la presencia del interés especial frente al interés general en los procedimientos es el desarrollo de medidas de acceso a la información y transparencia. Las políticas de “luz y taquígrafos” son positivas a este respecto. En este punto, se han producido algunos avances significativos. Así, en octubre de 2006, se autoriza la inscripción para asistir a audiencia pública de los asuntos *Estados Unidos—Mantenimiento de la suspensión del caso Hormonas*<sup>55</sup> y *Canadá—Mantenimiento de la suspensión del caso Hormonas*<sup>56</sup> a petición de las partes en las diferencias. De esta forma, los *panels* encargados de abordar estas demandas acuerdan que las reuniones que celebrarán con las partes y los expertos podrán ser observadas por el público mediante una transmisión de televisión de circuito cerrado en una sala separada en la sede de la OMC (Edificio William Rappard de Ginebra). A estos efectos, se asignan 200 plazas bajo un sistema de reservas con recepción de formulario (acceso a sala de retransmisión), sin autorización de grabación de audio o vídeo.

Del mismo modo, a solicitud de las partes en la diferencia *CE—Banano* el *panel* sobre cuestiones de cumplimiento acordó que la reunión con las partes y los terceros (noviembre de 2007) podría ser observada por el público en sesión pública<sup>57</sup>. Así, las reducidas plazas reservadas para el público en la galería situada sobre la sala de reuniones se asignaron nuevamente según el orden de registro (sistema de registro *online*) ante cualquiera de las partes (Estados Unidos o las Comunidades Europeas). Un año después, por petición de las partes en la diferencia *Estados Unidos—Metodología reducción a cero*<sup>58</sup>, el *panel* acordó iniciar ya la reunión con las partes con una sesión abierta al público (29 de enero de 2008). Esta sesión pública también se retransmitió en directo por circuito cerrado de televisión. Del mismo modo, el *panel* inicia la sesión destinada a terceros abriendo una parte de la misma al público (30 de enero de 2008). En conclusión, por tanto, *panels* y Organo de Apelación hacen depender el acceso a las sesiones de una decisión *ad hoc* de las partes en litigio: “Los terceros que deseen formular sus declaraciones orales en una sesión pública lo harán en ese momento”...

---

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, las reflexiones de Jackson sobre el interés del funcionariado por mantener sus cuotas de control y poder sobre el procedimiento. JACKSON, J.H. “Dispute Settlement Techniques Between Nations Concerning Economic Relations-With Special Emphasis on GATT”, *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium*, Thomas E. Carbonneau (ed), University Press of Virginia, 1984, p.72

<sup>54</sup> Véase, p.e. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2004.

<sup>55</sup> Doc WT/DS320, *Estados Unidos—Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE-Hormonas*.

<sup>56</sup> Doc WT/DS321, *Canadá—Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CD- Hormonas*.

<sup>57</sup> Doc WT/DS27, *Comunidades Europeas—Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*.

<sup>58</sup> Doc WT/DS350, *Estados Unidos—Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*.

Por tanto, se están produciendo algunos leves cambios en la forma en que opera el mecanismo; pero no son suficientemente relevantes. El pensamiento convencional imperante entre los Miembros de la OMC sigue asumiendo que el debate comercial, como apunta Charnovitz, debe canalizar sólo “puntos de vista” de los gobiernos y que, por tanto, la OMC no debería atender puntos de vista pronunciados por otros actores<sup>59</sup>. Esta parece ser la postura imperante respecto al sistema GATT/OMC en su conjunto y ello, inevitablemente, tiene un reflejo directo en las prácticas y evolución de su jurisdicción multilateral.

Sin embargo, esta actitud institucional (propia de una aproximación tecnocrática) es un error estructural: El sistema GATT/OMC no puede continuar manteniendo como modelo de gestión el *modelo de club*<sup>60</sup>. En palabras del medioambientalista Daniel Esty: “El *business as usual* en la OMC no es ya aceptable. Los días de los grandes acuerdos ultimados en hoteles de Ginebra por expertos comerciales operando fuera del radar del ojo público se han ido para siempre”<sup>61</sup>. Por ello, sería útil transplantar principios de derecho administrativo a la OMC en materia de participación pública<sup>62</sup>. En conclusión, el desafío a corto y medio plazo es, hoy por hoy, desarrollar *normas internacionales sobre transparencia y participación pública*. De hecho, la apertura y transparencia no sólo contribuirían al funcionamiento de los procedimientos. Al tiempo, mejorarían la negativa percepción que sobre la OMC se ha formado una parte de la sociedad civil.

Sin duda, el aumento de la transparencia y la participación mitigarían las sempiternas críticas de la sociedad civil a los “burócratas sin rostro ginebrinos”(sic)<sup>63</sup>. En suma, hay que abrir el sistema GATT/OMC más allá de la comunidad profesional que lo gestiona. Esta aproximación es absolutamente necesaria dada la importancia de las cuestiones sociales reguladas y decididas en el marco de esta institución. Y aquí, tiene razón Charnovitz cuando subraya que las propias *Recomendaciones sobre relaciones con ONGs* de la OMC son un buen botón de muestra de la actitud de la institución en materia de participación pública y transparencia. Replican en esencia el *modelo de club*<sup>64</sup>. Por ello es necesario cambiar las reglas. En conclusión, los técnicos y responsables políticos de los ministerios de economía y comercio de los Estados Miembros no deberían mantener por mucho tiempo reservado el derecho de admisión, por el propio bien del sistema GATT/OMC.

<sup>59</sup> CHARNOVITZ, S. “Transparency and participation...op.cit.p.p.951.

<sup>60</sup> Véase KEOHANE, R y NYE, J. “Between centralization and fragmentation: The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy”, *KSG Working Paper No.01-004*, 2001.

<sup>61</sup> ESTY, D. “Non-Governmental Organizations ...op.cit.p.p.141.

<sup>62</sup> Véase ESTY, D. “Linkages and Governance: NGOs at the World Trade Organization”, 19 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 3 (1998): 728 y CHARNOVITZ, S. “Transparency and participation ...op.cit.p.951.

<sup>63</sup> Para la opinión del presidente del Grupo de Negociación sobre solución de diferencias de la Ronda de Uruguay véase LACARTE, J.A. “Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: A WTO Perspective”, 7 *Journal of International Economic Law* 3 (2000): 683-686.

<sup>64</sup> CHARNOVITZ, S. “Transparency and participation...op.cit.p.p.951 y Doc WT/L/162 (23 de julio de 1996).