

**LAS COMUNICACIONES *AMICUS CURIAE* EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO: EL
ASUNTO *AMIANTO***

LORELLA DE LA CRUZ IGLESIAS^{*}**

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de la adopción de los acuerdos de la Ronda Uruguay y de la creación de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC), el sistema multilateral de comercio ha despertado un interés en la sociedad civil y, en particular, en las organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG), desconocido por su predecesor, el GATT. Entre los factores que han motivado esta creciente atención pública al sistema multilateral de comercio, podemos mencionar la extensión del alcance de sus acuerdos a políticas nacionales fundadas en intereses tan legítimos como la protección del medio ambiente o la salud (véase el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o el Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio), y la instauración de un sistema de solución de diferencias vinculante, cuyas decisiones son adoptadas automáticamente por los Estados Miembros (regla del consenso negativo¹), y que, en última instancia, puede conducir a la adopción de duras

* Doctoranda en Derecho Internacional Público por la U.A.M. y funcionaria de la Comisión Europea, Dirección General de Comercio, Unidad E 3 (Acceso a Mercados). El tema objeto de investigación de la doctoranda, del cual la cuestión sobre la que versa este artículo constituye una parte fundamental, es "La transparencia y el control democrático de la Organización Mundial de Comercio". Quiero expresar mi agradecimiento a mis compañeros del Área de Derecho Internacional Público de la U.A.M. y, en particular, a mi Director de tesis, D. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, y a D. Carlos Espósito Massicci, por sus comentarios y correcciones a una versión previa de este artículo. Asimismo, agradezco la inestimable aportación de Alan Rosas, Bernard Jansen y Theofanis Christophorou a la concepción de este artículo, durante mi estancia de investigación en el Servicio Jurídico de la Comisión en los meses de noviembre y diciembre de 2000.

© Lorella de la Cruz Iglesias. Todos los derechos reservados.

¹ V. art. 16.4 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC: "el informe (del grupo especial) se adoptará en una reunión del Órgano de Solución de Diferencias, a menos que ...el Órgano de Solución de Diferencias decida por consenso no adoptar el informe". V. , asimismo, el art. 17.14 (sobre la adopción de los informes del Órgano de Apelación). En definitiva, la necesidad del consentimiento de la parte "vencedora" en el procedimiento de solución de diferencias para evitar la

sanciones comerciales². En definitiva, el impacto de los pronunciamientos del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en regulaciones nacionales que inciden en áreas de particular interés para la sociedad civil (como el medio ambiente o la salud pública)³, está motivando una creciente insatisfacción pública hacia el sistema multilateral de comercio.

Como resultado, muchas ONG han denunciado que los derechos e intereses de los ciudadanos y la sociedad civil no se ven adecuadamente reflejados en las decisiones de la OMC. Este escepticismo se ve agudizado por el carácter confidencial del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante, MSD), que alimenta las especulaciones sobre cómo se desarrollan sus procedimientos⁴. En este contexto, ONG de diversa naturaleza han reclamado su derecho a presentar alegaciones ante los Grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC en calidad de *amicus curiae*.

La figura del *amicus curiae* o “amigo de la Corte”, procede del Derecho anglosajón (*Common Law*) y es una práctica consolidada en países como Estados Unidos o Canadá⁵. En términos generales, el *amicus curiae* puede definirse como aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva.

La aceptación de las alegaciones de *amici curiae* (en adelante, “comunicaciones *amicus curiae*”) no es tampoco una práctica desconocida en el Derecho

adopción de un informe, situación improbable, implica en la práctica la adopción automática de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

² V. artículo 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias. A modo de ejemplo, cabría señalar que en el asunto *Plátanos* se autorizó la suspensión por EE.UU. de concesiones respecto a la CE por un valor de 191.4 millones de dólares anuales (Decisión arbitral- artículo 22.6 del ESD- de 9 de abril de 1999; WT/DS27/ARB), así como la suspensión de concesiones por Ecuador respecto a la CE por un valor de 201.6 millones de dólares (Decisión arbitral- artículo 22.6 del ESD- de 24 de marzo de 2000; WT/DS27/ARB/EQU). Finalmente, el pasado mes de abril, la CE alcanzaba sendos acuerdos con EE.UU. y Ecuador, que implicarían la suspensión y posterior cesación de las mencionadas sanciones (v. notificación de 2 de julio de 2001; WT/DS27/58).

³ Entre los casos relativos a cuestiones medioambientales y de salud pública, destacan los asuntos conocidos como *Hormonas* y *Camarones*.

⁴ V., por ejemplo, el art. 17.10 del ESD, que establece el carácter confidencial de las actuaciones del Órgano de Apelación y el artículo 18.2 del ESD, que consagra el carácter confidencial de las comunicaciones de las partes en el procedimiento. Para una interpretación de estas disposiciones por el Órgano de Apelación, v. as. *Canadá- Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* (WT/DS70/AB/R), de 2 de agosto de 1999, párr. 145.

⁵ V. Regla 37 de las Reglas del Tribunal Supremo de EE.UU., en www.secure.law.cornell.edu/rules/supct/37.html (sitio visitado el 11.04.2001); y regla 18 de las Reglas del Tribunal Supremo de Canadá, en www.scc-csc.gc.ca/actandrules/rules/index_e.html (sitio visitado el 22.05.2001) (cabe subrayar que estas reglas no mencionan al *amicus curiae* como tal sino que se refieren al concepto más amplio de "Intervention"). Por último, cabe referirse al artículo 38(d) de la Constitución Sudafricana y a la Parte V de las Reglas del Tribunal Constitucional de Sudáfrica (sobre "Amicus curiae submissions"), en www.concourt.gov.za/rules.html (sitio visitado el 22.05.2001).

Internacional⁶. En este sentido, cabe destacar el reconocimiento de esta figura por los Tribunales internacionales y regionales que se ocupan de la protección de los Derechos Humanos, como los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda⁷, la futura Corte Penal Internacional⁸, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹. Incluso la Corte Internacional de Justicia, a pesar de no contar en su Estatuto con ninguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido en alguna ocasión su potestad de tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae* en el ejercicio de su jurisdicción consultiva¹⁰. Por último, en el ámbito de las organizaciones internacionales y regionales de carácter económico, cabe destacar la previsión de las comunicaciones *amicus curiae* en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹¹ y ante el Grupo de Inspección del Banco Mundial¹².

⁶ V. Dinah SHELTON, "The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, Vol. 88, No. 4, October 1994, págs. 611-642; Gabrielle MARCEAU y Matthew STILWELL, "Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before Adjudicating Bodies", *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 1 (March 2001), págs. 155-187.

⁷ V. art. 74 de las Reglas del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, titulado precisamente "Amicus Curiae".

⁸ V. art. 103 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Penal Internacional.

⁹ El artículo 36(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos, tal y como ha quedado tras su reforma por el Protocolo 11, señala que cualquier persona distinta del demandante puede ser invitada por el Presidente del Tribunal a presentar alegaciones escritas y participar en las audiencias, siempre que dicha persona física o jurídica tenga un interés en el resultado del caso (parece que esta forma de participación es más amplia que la que correspondería a un *amicus curiae* y se aproximaría más a una verdadera intervención).

¹⁰ V. Carlos ESPÓSITO, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw-Hill, 1996, págs. 108-110, y SHELTON, *supra* 6, págs. 619-628. El artículo 66.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) permite a las "organizaciones internacionales" que puedan suministrar información relativa a la cuestión objeto del procedimiento, presentar exposiciones escritas o incluso orales. Esta disposición omite la calificación de "públicas" de las organizaciones internacionales facultadas para realizar aportaciones al procedimiento, a diferencia del artículo 34.2 del mismo Estatuto (relativo a la jurisdicción contenciosa). Parece, en cualquier caso, que tal diferencia de tenor no obsta para que el artículo 66.2 fuese concebido para organizaciones interestatales. No obstante, en el asunto sobre el *Estatuto internacional del Suroeste africano* (Opinión consultiva de 11 de julio de 1950, *ICJ Reports* 1950, pág. 128), la CIJ permitió que la Liga Internacional para los Derechos Humanos, una ONG, presentara una exposición escrita, derecho que finalmente no ejerció. Por otro lado, cabe señalar que en la Opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado*, de 8 de julio de 1996 (*ICJ Reports* 1996, pág. 92, párr. 9) y la Opinión consultiva *sobre la legalidad de la amenaza y el uso de armas nucleares* (*ICJ Reports* 1996, párr. 308-312), a pesar del rechazo por la CIJ de la participación de las ONG en el procedimiento, los jueces de la Corte, en sus opiniones particulares, mencionan las comunicaciones *amicus curiae* de diversas ONG [v. MARCEAU y STILWELL, *supra* 6, págs. 165-168]. En cualquier caso, la consideración de las comunicaciones *amicus curiae* no constituye una práctica bien definida de la CIJ.

¹¹ De conformidad con el art. 37 del Estatuto del TJCE, cualquier persona que muestre un interés en el resultado de un asunto entre un particular y una institución comunitaria sometido al TJCE puede intervenir.

¹² V. art. 50 de los Procedimientos operacionales del Grupo de Inspección: "En el curso de una investigación...cualquier miembro del público podrá proporcionarles, ya sea directamente o por medio del Secretario Ejecutivo, la información adicional que consideren pertinente para la evaluación de la

Sin embargo, a pesar de la consolidada práctica tanto nacional como internacional al respecto, la aceptación de la figura del *amicus curiae* en el contexto de la OMC es aún hoy fuente de una intensa controversia entre sus Estados Miembros. Recientemente, la adopción por el Órgano de Apelación de la OMC, en el marco de la disputa entre Francia y Canadá por la prohibición del amianto¹³, de unas reglas para la administración de las comunicaciones *amicus curiae*, motivó una reunión extraordinaria del Consejo General de la OMC en la que la práctica totalidad de los Miembros, con la excepción de EE.UU., manifestaron su oposición a la iniciativa del Órgano de Apelación, llegándose incluso a proponer por algunos de los Miembros exigir al Órgano de Apelación que se retractase¹⁴. Finalmente, todo ha quedado en una mera llamada de atención del Consejo General al Órgano de Apelación, indicándole que en el futuro proceda con “extremada cautela” sobre estas cuestiones¹⁵.

2. LAS COMUNICACIONES *AMICUS CURIAE* EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

La cuestión de la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* en la solución multilateral de controversias comerciales se planteó ya en el contexto del GATT. No obstante, la práctica de los grupos especiales durante la vigencia del GATT era clara:

solicitud”, en www.wbln0018.worldbank.org/ipn/ipnweb.nsf (visitado el 12.4.2001). Cabe subrayar que el Grupo de Inspección se ocupa de realizar investigaciones independientes sobre la base de reclamaciones de personas afectadas de forma directa por proyectos financiados por el Banco Mundial. Por otro lado, cabe añadir que, el pasado 16 de enero de 2001, un tribunal arbitral establecido de conformidad con el Capítulo XI del NAFTA (solución de diferencias en materia de inversiones) en el marco del as. Methanex c. EE.UU., proclamó su facultad de aceptar comunicaciones *amicus curiae*.

¹³ V. informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas- Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* (WT/DS135/AB/R), en adelante asunto *Amianto*, de 12 de marzo de 2001, párrs. 50-57. Para un comentario más detallado de este asunto, v. artículo de Rosa María Fernández en este mismo número de la REEI (www.reei.org/reei3/FdezEgea).

¹⁴ V. “WTO General Council Slaps Appellate Body on Amicus Briefs”, *ICTSD Bridges Weekly Trade News Digest*, Vol. 4, No. 45 (28 November 2000). En esta reunión, la Comunidad Europea advirtió del peligro que suponía sentar un precedente de intromisión en los trabajos del Mecanismo de Solución de Diferencias. En el momento de redacción de este artículo, las actas de la reunión especial del Consejo General de la OMC, no se habían hecho aún públicas.

¹⁵ Ésta no es la primera ocasión en que los Miembros de la OMC manifiestan su insatisfacción con la posición adoptada por el Órgano de Apelación en relación con las comunicaciones *amicus curiae*. En la reunión del Órgano de Solución de Diferencias de 6 de noviembre de 1998, los países en desarrollo mostraron su oposición al pronunciamiento del Órgano de Apelación al respecto en el asunto *Camarones*. V. WWF, “Reform of the WTO’s Dispute Settlement Mechanism for Sustainable Development” 3 (1999), pág. 11. La cuestión de las comunicaciones *amicus curiae* también se planteó en el marco de la revisión del ESD, donde tampoco alcanzó el consenso necesario para su reconocimiento.

los argumentos de terceros sólo se podían tomar en consideración si eran formalmente adoptados por una de las partes en la diferencia¹⁶.

Sin embargo, la adopción del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante, ESD) imprime en el sistema de solución de diferencias comerciales ciertas características que lo acercan a un modelo judicial. En este sentido, destacan dos aspectos novedosos del ESD: la adopción automática de los informes de los grupos especiales¹⁷, y la creación del Órgano de Apelación como un órgano independiente. Por otro lado, no ha de olvidarse que el nuevo Acuerdo de la OMC, en su artículo V.2, prevé la adopción por el Consejo General de las disposiciones apropiadas para la celebración de consultas y la cooperación con las ONG. En este nuevo contexto, resurge la cuestión de la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* por los Grupos especiales y, desde el ESD, por el Órgano de Apelaciones. Dada la distinta problemática planteada por las comunicaciones *amicus curiae* en uno y otro caso, vamos a analizar separadamente esta cuestión en relación con los grupos especiales y al Órgano de Apelación, respectivamente.

2.1. Las comunicaciones “amicus curiae” en el procedimiento ante los grupos especiales

El artículo 13 del ESD, que consagra el derecho de los grupos especiales a recabar información, ha sido objeto de una interpretación muy amplia por el Órgano de Apelación¹⁸. De acuerdo con tal interpretación, los grupos especiales disponen de la facultad discrecional de solicitar información de cualquier fuente relevante¹⁹ y el ejercicio de tal facultad no está sometido a ninguna condición²⁰. Esta generosa

¹⁶ V. informe del Grupo Especial en el as. *Semiconductores*, BISD, párrs. 4-5.

¹⁷ V. *supra* 1.

¹⁸ V. W. SHOYER y Eric M. SOLOVY, “The Process and Procedure of Litigating at the World Trade Organization: A Review of the Work of the Appellate Body”, *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3 (2000), pág. 683.

¹⁹ V. informe del Órgano de Apelación en el as. *Argentina- Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* (WT/DS56/AB/R), de 27 de marzo de 1998, párrs. 84-86. De acuerdo con la interpretación dada a este artículo por el Órgano de Apelación en este asunto, el artículo 13 del ESD faculta a los grupos especiales a "recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión".

²⁰ V. informe del Órgano de Apelación en el as. *Canadá- Aeronaves*, *supra* 4, párrs. 185 y 192. En este asunto, el Órgano de Apelación llega a declarar que los grupos especiales tienen una "facultad discrecional amplia para determinar cuándo necesitan información para solucionar una diferencia y qué información necesitan".

interpretación de la facultad de los grupos especiales de recabar información se ha aplicado asimismo a las comunicaciones *amicus curiae*.

En efecto, el párrafo segundo del citado artículo 13, al reconocer a los grupos especiales la autoridad para “*recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos*”, permite claramente la contribución técnica de las ONG, a *solicitud* de los grupos especiales. Pero esta disposición deja abierta la cuestión de la admisibilidad de contribuciones de ONG cuando éstas no han sido requeridas por los grupos especiales.

En los primeros asuntos en los que se plantea esta cuestión, los asuntos *Gasolina y Hormonas*²¹, las alegaciones no solicitadas presentadas ante sendos grupos especiales fueron rechazadas, respetando, de este modo, la práctica del GATT. No obstante, en el asunto *Camarones* el Órgano de Apelación va a invertir esta práctica, otorgando al artículo 13.2. del ESD un alcance mayor del puramente literal²².

En este asunto, dos grupos de ONG medioambientales presentaron sendas comunicaciones ante el Grupo Especial²³, argumentando que éste órgano tenía la facultad de recibir tales comunicaciones de acuerdo con el artículo 13.2 del ESD, ya citado. El Grupo Especial, no obstante, rechazó las comunicaciones presentadas por las ONG, basando esta decisión en el hecho de que las mismas no habían sido “recabadas” por el Grupo Especial, tal y como lo requiere dicha disposición. Sin embargo, señaló la posibilidad de que cualquiera de las partes incorporara dichos documentos, en parte o en su totalidad, a sus alegaciones, lo que hizo EE.UU.²⁴.

El informe del Grupo Especial fue apelado y finalmente revocado por el Órgano de Apelación. Con relación a la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae*, el Órgano de Apelación subrayó que los grupos especiales tienen la facultad discrecional (que no la obligación, como en el caso de las alegaciones de las partes

²¹ V. MARCEAU y STILLWELL, *supra* 6, pág. 158.

²² Informe del Órgano de Apelación *EE.UU.- Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* (WT/DS58/AB/R), de 12 de octubre de 1998 (en adelante, as. *Camarones*).

²³ Una de las alegaciones fue presentada de forma conjunta por el “Center of International Environmental Law” (CIEL), el “Center for Marine Conservation”, la “Environmental Foundation Ltd.”, el “Philippine Ecological Network” y la “Red Nacional de Acción Ecológica”. La segunda de las alegaciones fue presentada por el “World Wide Fund for Nature, International” (Foro Mundial para la Naturaleza) y la “Foundation for International Environmental Law and Development”.

²⁴ Cabe destacar que, dado que alguna de las argumentaciones jurídicas de las ONG diferían de las presentadas por EE.UU., la delegación estadounidense señaló que “Los Estados Unidos concuerdan con los argumentos jurídicos expuestos en las comunicaciones de las organizaciones no gubernamentales en la medida en que tales argumentos están en consonancia con los argumentos que exponemos en nuestra comunicación principal” (énfasis añadido) (párr. 86 del informe del Órgano de Apelación en el as. *Camarones*, *supra* 22). La cuestión de las comunicaciones *amicus curiae* incorporadas a las alegaciones de las partes se examina en el apdo. 3.2 de este artículo.

principales y terceras partes en la disputa) de aceptar y considerar la información a él presentada, *con independencia de que la hayan solicitado o no*²⁵.

Desde el asunto *Camarones*, se han presentado comunicaciones *amicus curiae* ante el Grupo Especial correspondiente en cinco ocasiones: en el asunto *Acero británico*, en el asunto relativo a la *Aplicación del informe sobre el Salmón (artículo 21.5 ESD)*, en el asunto *Artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor de EE.UU.*, en el asunto *Ropa de cama*, en el asunto *Amianto* y en el asunto *Aplicación del informe sobre los Camarones (artículo 21.5 ESD)*²⁶. A continuación, expondré brevemente cuál fue la posición adoptada por el Grupo Especial correspondiente en cada asunto.

En el primero de los asuntos mencionados, *Acero británico*, dos ONG empresariales enviaron sendas comunicaciones al Grupo Especial tras su segunda reunión. Estas comunicaciones fueron finalmente rechazadas por su presentación tardía²⁷. Por el contrario, en el asunto relativo a la *Aplicación del informe sobre el Salmón*, el Grupo Especial aceptó tomar en consideración una carta de una ONG australiana recibida en la primera reunión del Grupo Especial, por su relevancia en el caso²⁸. En el tercer asunto mencionado, relativo al *Artículo 110 de la Ley de Derecho de Autor de EE.UU.*, el Grupo Especial aceptó la presentación a examen de una copia de una carta de un despacho de abogados que representaba a una sociedad americana de compositores, autores y editores, que ni siquiera iba dirigida al Grupo Especial sino al Representante de EE.UU. para el Comercio (USTR). No obstante, finalmente no tomó en consideración los argumentos que contenía en su informe definitivo, por suponer un mero duplicado de los ya presentados por las partes²⁹.

En el asunto *Ropa de Cama*, el Grupo Especial recibió una comunicación *amicus curiae* de una organización empresarial que apoyaba la posición de la India, antes de su primera reunión. Estas alegaciones fueron distribuidas entre las partes en la controversia, que fueron asimismo invitadas a presentar observaciones. No obstante,

²⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Camarones*, *supra* 22, párrs. 108-110.

²⁶ V. MARCEAU y STILLWELL, *supra* 6, págs. 158-16. Posteriormente a la publicación de este trabajo, se adoptó el informe que respondía al recurso de Malasia al artículo 21.5 ESD en relación con el asunto *Camarones* (WT/DS58/RW), de 17 de junio de 2001.

²⁷ V. informe del Grupo Especial en el asunto *EE.UU. -Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido* (en adelante, as. *Acero Británico*) (WT/DS138/R) de 23 de diciembre de 1999, párr. 6.3. Las ONG solicitantes eran el “American Iron and Steel Institute” y la “Specialty Steel Industry of North America”. Como tendremos ocasión de ver a continuación, este informe fue apelado y el Órgano de Apelación se pronunció sobre la cuestión de las comunicaciones *amicus curiae*.

²⁸ V. informe del Grupo Especial (artículo 21.5 del ESD) en el as. *Australia- Medidas que afectan a la importación del salmón* (WT/DS18/RW), de 17 de abril de 2000. La carta en cuestión procedía de la ONG “Concerned Fishermen and Processors in South Australia”.

²⁹ V. informe del Grupo Especial en el as. *EE.UU.- Artículo 110 (5) de la Ley de Autor de EE.UU.* (WT/DS160/R) de 15 de junio de 2000, párrs. 6.3-6.8.

finalmente, el Grupo Especial estimó innecesaria la consideración de estas alegaciones en el informe definitivo³⁰.

En el asunto *Amianto*, el Grupo Especial recibió comunicaciones *amicus curiae* de cuatro ONG³¹. Dos de estas comunicaciones fueron incorporadas por la Comunidad Europea a sus propias alegaciones. El Grupo Especial decidió tomar en consideración estas comunicaciones y rechazar las no incorporadas a las alegaciones de la CE, sin ofrecer ninguna justificación al respecto. Por último, el Grupo Especial rechazó una nueva comunicación *amicus curiae* presentada tras la adopción del “informe provisional”, por haberse presentado en un estadio demasiado avanzado del procedimiento.

Finalmente, en el reciente asunto de la *Aplicación del informe Camarones*³², adoptado con posterioridad a la ya anteriormente mencionada reunión especial del Consejo General, se volvió a plantear la cuestión de la aceptación por los Grupos Especiales de las comunicaciones *amicus curiae*. En esta ocasión, el Grupo Especial recibió dos comunicaciones de sendas ONG³³. Estas comunicaciones fueron transmitidas a las partes, invitándolas a realizar comentarios sobre su admisibilidad y relevancia en sus respectivas alegaciones³⁴. En su informe definitivo, el Grupo Especial decidió rechazar una de las comunicaciones y aceptar la otra, comunicación esta última que había sido incorporada por EE.UU. a sus alegaciones.

2.2. Las comunicaciones “amicus curiae” en el procedimiento de apelación

Una cuestión muy distinta es la de la aceptación de comunicaciones de “amicus curiae” por el propio Órgano de Apelación. El Entendimiento de Solución de Diferencias no contiene una disposición análoga al artículo 13.2 en relación a este

³⁰ Esta comunicación procedía, en concreto, de la “Asociación de Comercio Exterior”. V. informe del Grupo Especial en el as. *CE- Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India* (WT/DS141/R), de 30 de octubre de 2000, párr. 6.1 y pie de página nº 10.

³¹ V. informe del Grupo Especial en el as. *Amianto* (WT/DS135/R), de 18 de septiembre de 2000, párrs. 6.2 y 6.3. La primera comunicación procedía del “Collegium Ramazzini” y fue presentada antes de la primera reunión del Grupo Especial. Tras dicha reunión, se presentaron otras tres comunicaciones *amicus curiae* del “Ban Asbestos Network”, el “Instituto Mexicano de Fibro-Industrias AC” y la “American Federation of Labor” y el “Congress of Industrial Associations”.

³² V. *supra* 26, párrs. 3.5 a 3.15 y 5.14 a 5.16.

³³ Las comunicaciones procedían del “Earth Justice Legal Defense Fund” y de la “National Wildlife Federation”, respectivamente.

³⁴ Malasia, remitiéndose en particular a las conclusiones del Consejo General de 22 de noviembre de 2000 sobre la iniciativa del Órgano de Apelación en el as. *Amianto*, expresó una vez más su oposición a la facultad del Grupo Especial de aceptar y considerar comunicaciones de no Miembros. Por el contrario, EE.UU. defendió dicha facultad y estimó asimismo que una de las comunicaciones (la perteneciente a la “National Wildlife Federation”) era de interés y relevancia directos y debía ser tomada en consideración por el Grupo Especial. Para asegurarse de que sería así, EE.UU. decidió incorporar dicha comunicación a sus alegaciones.

órgano. Esta circunstancia ha llevado a algunos expertos y Miembros de la OMC, como la CE, a argumentar que el derecho a obtener información se limita a las constataciones de hecho y al asesoramiento técnico y no incluye, por tanto, argumentos ni interpretaciones jurídicas, que son los únicos objeto de examen en apelación³⁵. Por el contrario, la ausencia de una disposición que reconozca expresamente su potestad para recabar información, no ha impedido al Órgano de Apelación afirmar su competencia para aceptar comunicaciones “amicus curiae”.

En efecto, en el asunto *Camarones* ya descrito, el Órgano de Apelación decidió aceptar a examen cuatro comunicaciones *amicus curiae*, tres de las cuales habían sido incorporadas a las alegaciones de EE.UU. Si bien la aceptación de estas tres últimas contribuciones estaba justificada (de hecho, impuesta) por formar parte de las alegaciones de una de las partes de la controversia, el Órgano de Apelación no aclaró el fundamento jurídico de la aceptación de la cuarta comunicación, no incorporada por ninguna de las partes a sus alegaciones³⁶, a pesar de haberse comprometido a hacerlo en su informe definitivo³⁷.

No fue hasta su informe en el asunto *Acero Británico* cuando el Órgano de Apelación justificó su posición respecto a las comunicaciones *amicus curiae* no incorporadas. A este respecto, la CE argumentaba que tales comunicaciones eran inadmisibles y que el pronunciamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Camarones* era inaplicable en este caso porque se basaba en el artículo 13 del ESD, que no se aplica a dicho órgano y que se limita a los hechos, no abarcando, de este modo, los argumentos ni las interpretaciones jurídicas aportadas por los no Miembros. La CE también fundamentaba su posición en el hecho de que el artículo 17.4 del ESD, y las reglas 21, 22 y 28.1 de los Procedimientos de Trabajo del Órgano de Apelación restringían la participación en la fase de apelación a las partes y terceras partes en la fase ante el Grupo Especial, y que el art. 17.10 del ESD establece la confidencialidad de los procedimientos ante el Órgano de Apelación. Tanto Brasil como México coincidieron con la CE en que el Órgano de Apelación no disponía de la potestad para aceptar comunicaciones *amicus curiae*³⁸. Por el contrario, EE.UU. alegaba que la potestad del Órgano de Apelación para aceptar comunicaciones *amicus curiae* se podía deducir del Art. 17.9 del ESD, que le autorizaba a adoptar sus propios procedimientos de trabajo, y la Regla 16(1) de sus Procedimientos de Trabajo, que permitían a una División del Órgano de Apelación crear un procedimiento apropiado cuando la cuestión procesal correspondiente no estuviera cubierta por los Procedimientos de Trabajo. De acuerdo con la posición de EE.UU., estas disposiciones conceden al Órgano de Apelación, al igual que los artículos 12 y 13 del ESD lo hacen respecto de

³⁵ V. art. 17.6 del ESD: “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”.

³⁶ Se trataba de una versión revisada de la contribución presentada por el *Centre of International Environmental Law* (CIEL).

³⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Camarones*, *supra* 22, párrs. 83-91.

³⁸ V. informe del Órgano de Apelación en el as. *Acero Británico* (WT/DS138/AB/R), de 10 de mayo de 2000, párrs. 36 y 37.

los Grupos especiales, “facultades amplias y extensas para emprender y controlar el proceso mediante el cual recaban información tanto sobre los hechos pertinentes de la diferencia como sobre las normas y principios jurídicos aplicables a tales hechos”³⁹.

El Órgano de Apelación finalmente confirma su potestad discrecional para aceptar comunicaciones *amicus curiae* sobre la base de la amplia autoridad que el reconoce el artículo 17.9 del ESD para adoptar aquellas reglas procedimentales que no entren en conflicto con otras reglas o procedimientos previstos en el ESD u otros acuerdos cubiertos por el mismo⁴⁰. Este argumento se refuerza con la mención, a pie de página, de la Regla 16(1) de los Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación⁴¹. En cualquier caso, el Órgano de Apelación decidió finalmente no tomar en consideración las comunicaciones *amicus curiae* que le habían sido presentadas⁴².

Por último, en el asunto *Amianto*, el Órgano de Apelación da un paso más. En efecto, en una carta de 27 de octubre de 2000, el Órgano de Apelación confirma su disposición a recibir comunicaciones *amicus curiae*. En esa misma carta, considerando que la adopción de un procedimiento para la administración de tales comunicaciones facilitaría la tramitación equitativa y ordenada de la apelación, el Órgano de Apelación invita a las partes y a los terceros en la diferencia a realizar observaciones al respecto. En respuesta a esta invitación, Canadá, las Comunidades Europeas y Brasil declararon al Órgano de Apelación que las cuestiones concernientes a cualquier procedimiento de esa índole debían ser resueltas por los propios Miembros de la OMC. Por el contrario, Estados Unidos manifestó su beneplácito respecto a la adopción de semejante procedimiento, y Zimbabwe no mostró objeción alguna al respecto⁴³.

Finalmente, el Órgano de Apelación adopta una comunicación en la que establece un procedimiento *ad hoc* para la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* (en adelante, "procedimiento adicional")⁴⁴. Este procedimiento adicional se establece únicamente para este asunto concreto y no ya sobre la base del artículo 17.9 del ESD, sino, en particular, de la Regla 16.1 de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación⁴⁵.

³⁹ V. informe del Órgano de Apelación en el asunto *Camarones*, *supra* 22, párr. 106.

⁴⁰ El artículo 17.9 del ESD señala que “El Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información”.

⁴¹ V. nota a pie número 33 del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Acero Británico*, *supra* 38, y WT/AB/WP/3, en www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab3_s.htm, (sitio visitado el 9.3.2001).

⁴² Los autores de tales comunicaciones eran las mismas organizaciones responsables de las comunicaciones rechazadas por el Grupo Especial.

⁴³ V. *supra* 38, párr. 50.

⁴⁴ V. la Comunicación del Presidente del Órgano de Apelación al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias de 8 de noviembre de 2000 (WT/DS135/9), reproducida en el informe del Órgano de Apelación en el as. *Amianto*, *supra* 13, párr. 52.

⁴⁵ El examen de las reglas concretas que rigen este procedimiento se realiza en el capítulo 4 de este artículo.

Como ya se mencionaba al inicio de este artículo, esta iniciativa del Órgano de Apelación despertó una intensa controversia entre los Miembros de la OMC y motivó una reunión extraordinaria del Consejo General de la OMC el 22 de noviembre de 2000. En el contexto de esta reunión, la inmensa mayoría de los Miembros de la OMC coincidieron en que el establecimiento de un procedimiento para la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* por el Órgano de Apelación es una cuestión que debe ser abordada por los Miembros de la OMC en el Consejo General y no, en el contexto de un asunto concreto, por el Órgano de Apelación, ya que afecta a los derechos de los Miembros de la OMC⁴⁶.

En cualquier caso, el Órgano de Apelaciones decidió rechazar todas las solicitudes presentadas: en unos casos, por no respetar el plazo previsto en el procedimiento⁴⁷; en los demás, el Órgano de Apelación se limitó a dirigir a las ONG interesadas una carta estándar en la que no se especificaban las razones del rechazo⁴⁸. Esta absoluta falta de motivación hizo que la aplicación del procedimiento adoptado por el Órgano de Apelación en el asunto *Amianto* fuera calificada de plenamente insatisfactoria.

Por último, en el reciente informe del asunto *Hierro/Acero de Polonia*, el Órgano de Apelación rechazó la comunicación presentada por una coalición de empresas de EE.UU.⁴⁹. No obstante, el informe del Órgano de Apelación no esclarece del todo las dudas sobre si el motivo de tal rechazo fue el acceso por la mencionada coalición a la comunicación de Tailandia, en violación del principio de confidencialidad consagrado en los artículos 17.10 y 18.2 del ESD.

⁴⁶ Los Miembros de la OMC también criticaron la actitud de la Secretaría General al respecto, al publicar el procedimiento especial adoptado por el Órgano de Apelación en el sitio de internet de la OMC y enviar una copia a las organizaciones suscritas al Boletín de la Secretaría para las ONG que mantienen relaciones regulares con la OMC, lo que fue interpretado por los Miembros como una invitación abierta a las ONG para que presentasen comunicaciones al Órgano de Apelación.

⁴⁷ A este respecto, podría criticarse la falta de consideración de la distancia como factor a tener en cuenta a la hora de determinar el plazo de presentación de la solicitud.

⁴⁸ V. "A Court Without Friends? One Year After Seattle, The WTO Slams the Door on NGOs", *Press Release 22 November 2000*, en www.ciel.org/asbstospr.html (sitio visitado el 12.04.2001). En esta nota de prensa se cita textualmente la declaración de la portavoz del Fondo Mundial para la Naturaleza: "What the WTO gave with one hand, it took with the other. We were encouraged by the WTO's invitation as a sign that it might have finally got the message about the importance of civil society participation. To then be summarily refused without reasons shows gross indifference to the interests of our constituencies and lack of due process".

⁴⁹ V. informe del Grupo Especial en el as. *Hierro/Acero de Polonia* de 12 de marzo de 2001 (WT/DS/22/AB/R), párrs. 62 a 78. En este informe se plantea la cuestión de la transparencia del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y, en particular, la confidencialidad de las comunicaciones de las partes en una controversia. Sobre esta cuestión, véase Capítulo 4 de este artículo.

3. ¿QUÉ LUGAR PARA LA FIGURA DEL *AMICUS CURIAE* EN EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC?: LA AMBIGÜEDAD DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL

El reconocimiento de la figura del *amicus curiae* en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC es en la actualidad una realidad ineludible, a pesar de las reticencias manifestadas por la mayoría de los Miembros de la OMC. Esta circunstancia se ha debido a la deficiente regulación del procedimiento de solución de diferencias en el ESD y se ha visto precipitada por la automaticidad de la adopción de los informes de los Grupos especiales y del Órgano de Apelación por el Órgano de Solución de Diferencias⁵⁰. No obstante, la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* sigue planteando en la actualidad diversas cuestiones problemáticas, algunas de las cuales trataré de analizar a continuación.

3.1. La escasa aceptación de la figura del *amicus curiae* entre los Miembros de la OMC

Dejando a un lado las dificultades de orden procedimental planteadas por la aceptación de la figura del *amicus curiae* en el MSD de la OMC, el particular rechazo inspirado por esta figura entre los países en desarrollo responde a la resistencia de estos países a toda presencia no gubernamental en la OMC. Esta actitud se defiende esencialmente desde dos tipos de argumentos: la naturaleza intergubernamental de la OMC y de su Mecanismo de Solución de Diferencias; y el eventual reforzamiento del desequilibrio del sistema en perjuicio de los intereses de los países en desarrollo⁵¹.

Respecto al primer argumento, cabe señalar que la supuesta naturaleza intergubernamental de la resolución de diferencias comerciales en el seno de la OMC no deja de ser cuestionable. Es una realidad innegable que la mayoría de las controversias comerciales que los Miembros llevan hasta el MSD de la OMC son en realidad conflictos entre operadores económicos concretos y que estas empresas participan activamente en la preparación y defensa de la posición del Estado que las representa. Esta circunstancia se refleja claramente en el asunto del *Material fotográfico* que, de forma significativa, también se conoce como asunto *Kodak c. Fuji*⁵².

⁵⁰ V. Arthur E. APPLETON, " *Amicus Curiae* Submissions in the *Carbon Steel* Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?", *Journal of International Economic Law* Vol. 3, No. 4 (December 2000), pág. 699.

⁵¹ Por supuesto, no hay que descartar que, detrás de la actitud de muchos gobiernos de países en desarrollo, poco familiarizados en sus respectivos Estados con el fenómeno de las ONG, esté la simple resistencia a que su política sea objeto de escrutinio público.

⁵² V. informe del Grupo Especial en el as. *Japón- Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo* (WT/DS44/R), de 31 de marzo de 1998. V., asimismo, el estudio de Carlos Espósito, *La OMC y los particulares*, Madrid, 1999.

Por otro lado, cabría plantearse si la supuesta naturaleza intergubernamental del MSD de la OMC se ve realmente amenazada por el acceso por los Grupos especiales (o el Órgano de Apelación, en su caso) a información relevante procedente de fuentes no gubernamentales: ¿no constituye acaso tal acceso una consecuencia lógica de la obligación de los Grupos especiales y del Órgano de Apelación, consagrada en el artículo 11 del ESD, de alcanzar una solución a la controversia basada en criterios objetivos⁵³?

En esa misma línea, algunos Miembros de la OMC alegan que la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* constituye una violación de los artículos 3.2 y 19.2 del ESD, porque modifica los derechos y obligaciones de los Miembros señalados en los Acuerdos OMC. En particular, supone el reconocimiento de derechos a no Miembros que exceden de los reconocidos a los propios Miembros de la OMC en los artículos 10.2 y 17.4 del ESD⁵⁴. No obstante, tal y como ha señalado reiteradamente el Órgano de Apelación de la OMC⁵⁵, ni los Grupos especiales ni el Órgano de Apelación tiene ninguna obligación jurídica de aceptar o tomar en consideración las alegaciones no requeridas presentadas por los *amici curiae*. Por el contrario, sí tienen el deber de aceptar y tomar en consideración las alegaciones procedentes de los Miembros de la OMC que sean parte principal o tercero en una disputa.

Por último, la facultad de aceptar comunicaciones *amicus curiae* en el marco del MSD genera una serie de dudas acerca de los derechos de los Miembros que no son partes ni terceros en una controversia: ¿debe entenderse que estos Miembros pueden también presentar comunicaciones espontáneas en calidad de *amici curiae* que, eventualmente puedan ser aceptadas y examinadas por los grupos especiales o el Órgano de Apelación?⁵⁶ Marceau y Stillwell respaldan esta posibilidad, señalando que las comunicaciones *amicus curiae* podrían constituir una vía adicional de participación de los Miembros en el procedimiento ante el MSD. En definitiva, si los Grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen la potestad de aceptar información de cualquier fuente, ¿por qué no de otros Miembros de la OMC que no

⁵³ El artículo 11 del ESD dispone que "...cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva e los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos..." (énfasis añadido).

⁵⁴ El artículo 10.2 del ESD señala que "Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al Órgano de Solución de Diferencias (llamado en el presente entendimiento "tercero") tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito...". Por otro lado, el artículo 17.4 establece que "Los terceros que hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias un interés sustancial en el asunto de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos".

⁵⁵ V. informe del Órgano de Apelación en el as. *Acero Británico*, *supra* 38, párr. 41.

⁵⁶ V. los argumentos de Argentina en la sesión de 22 de noviembre de 2000 del Consejo General sobre las comunicaciones *amicus curiae*, en http://www3.itu.int/missions/argentin/EOIES_DISCURSOS_AMICUS.htm (sitio visitado el 10.04.2001).

sean parte del procedimiento?⁵⁷. No obstante, si bien podría presumirse un interés "no sustancial"⁵⁸ de estos Miembros en el asunto, en la medida en que el Órgano de Solución de Diferencias adopta una interpretación de las disposiciones correspondientes de los Acuerdos OMC que podría ser aplicada en otros asuntos en el futuro (precedente *de facto*), la aceptación de sus comunicaciones, a diferencia de las comunicaciones presentadas por aquellos Miembros que se han constituido en terceros, está sometida a la discrecionalidad del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Por otro lado, hoy por hoy, estos Miembros no dispondrían de la posibilidad de exponer oralmente sus alegaciones.

Por otro lado, los países en desarrollo alegan que la aceptación de la figura del *amicus curiae* en el MSD de la OMC les es, por definición, desfavorable, ya que sólo las ONG de países ricos y desarrollados disponen de los recursos necesarios para participar adecuadamente.

A este respecto, cabe señalar que la escasez de recursos por parte de los países en desarrollo constituye un problema más global en el MSD, relacionado con la necesidad de garantizar el derecho a una representación efectiva por esos Estados⁵⁹. En opinión de Ragosta⁶⁰, en el momento en el que los países en desarrollo están adecuadamente representados en el MSD, la cuestión de la participación de las ONG de países desarrollados pasará a un segundo plano. En este sentido, cabe albergar la esperanza de que la reciente creación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC contribuya a mejorar la capacidad de los países en desarrollo de defender sus posiciones de manera efectiva en el marco del MSD⁶¹.

Dicho esto, no puede negarse la legitimidad del temor de los países en desarrollo de verse "desbordados" por un gran número de comunicaciones procedentes de entidades que disponen de importantes recursos y que pueden ejercer una influencia

⁵⁷ V. MARCEAU y STILWELL, *supra* 6 pág.163, pie de página n° 28.

⁵⁸ "No sustancial" en el sentido del artículo 10.2 del ESD, que define las condiciones para intervenir en el procedimiento ante el Grupo Especial como tercera parte.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, v. John A. RAGOSTA, "Unmasking the WTO-Access to the DSB System: Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"?", *Law and Policy in International Business*, Vol. 31, No. 3 (2000), págs. 758 a 760.

⁶⁰ *Idem*, pie de pág. n° 69, pág. 756.

⁶¹ El Centro de Asesoría Legal en Asuntos OMC (CAL) fue establecido formalmente el pasado 17 de julio de 2001, transcurridos más de dos años desde la primera iniciativa en este sentido. El CAL inició sus operaciones después de que Kenia se convirtiese en el vigésimo país en ratificar el acuerdo por el que se establece el Centro. Este Centro ayudará a los países en desarrollo y las economías en transición a preparar y defender asuntos en el marco del MSD. Las actividades de este Centro comenzarán de manera inmediata, asistiendo en dos controversias que se han llevado recientemente al MSD de la OMC: la reclamación de Perú contra un reglamento de 1989 de la CE que supuestamente constituye una barrera a las exportaciones de sardinas a la CE [CE- *Descripción comercial de las sardinas*, WT/DS231]; y la reclamación de Pakistán contra las restricciones impuestas por EE.UU. a las importaciones de hilo de algodón. V. *International Trade Reporter (ITR)*, Vol. 18, No. 30, July 26, 2001.

excesiva sobre los órganos de solución de diferencias de la OMC⁶². Sin embargo, no puede asumirse que los *amici curiae* vayan a actuar por regla general contra los intereses de los países en desarrollo⁶³. Además, se puede anticipar una mayor participación de ONG del mundo en desarrollo o, al menos, de aquellas que pretenden promover sus intereses⁶⁴.

En cualquier caso, esta cuestión podía abordarse mediante un escrupuloso cumplimiento por los grupos especiales y el Órgano de Apelación de su obligación de ser objetivos a la hora de analizar la información que se les presenta. Esta obligación podría traducirse, en particular, en la exigencia de que los órganos de solución de diferencias de la OMC garanticen, a la hora de aceptar las comunicaciones de entidades que no son parte en la controversia, la representación de todos los intereses y perspectivas afectados por la disputa⁶⁵.

3.2. El estatuto jurídico de las comunicaciones amicus curiae incorporadas formalmente a las alegaciones de las partes

Como ya hemos mencionado anteriormente, el Órgano de Apelación, en el asunto *Camarones*, confirma la posibilidad de que las partes incorporen ciertas comunicaciones *amicus curiae* a sus propias alegaciones. No obstante, en opinión de Appleton⁶⁶, la argumentación del Órgano de Apelación a este respecto no deja de ser ambigua.

En el asunto *Camarones*, EE.UU. decidió incorporar como anexos a sus propias alegaciones, tres comunicaciones *amicus curiae*. El Órgano de Apelación señaló que tal incorporación convierte tal material, al menos *prima facie*, en parte integrante de las alegaciones de la partes⁶⁷, lo que significa que ese órgano está obligado a tomarlo

⁶² A título ilustrativo, cabe señalar que una ONG como el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF-International) dispone de un presupuesto tres veces superior al de la Secretaría General de la OMC. V. la intervención de Mike Moore en el seminario organizado por el Parlamento Europeo “Trade, development and democracy: the need for reform of the WTO” (10 de abril de 2001), en www.wto.org/spanish/news_s/spmm_s/spmm57_s.htm (sitio visitado el 20.04.2001). Por otro lado, no debemos olvidar que las partes en una controversia cuentan con un período limitado de tiempo para responder a las alegaciones presentadas, incluidas las de los *amici curiae*.

⁶³ De hecho, algunas entidades no gubernamentales, como CIEL (Center for International Environmental Law) o el ICTSD, asisten incluso a los países en desarrollo en la defensa de sus posiciones en el marco de la OMC.

⁶⁴ En este sentido, nótese el gran número de comunicaciones *amicus curiae* procedentes de entidades con sede en países en desarrollo presentadas en el asunto *Amianto*, entre las que podríamos destacar la comunicación de ONE (“Only Nature Endures”), establecida en la India, presentada tanto ante el Grupo Especial como en la fase de apelación. V. informe del Órgano de Apelación, *supra* 14, párr. 6.4.

⁶⁵ V. discusión sobre los criterios para el ejercicio de la potestad discrecional de admisión de comunicaciones *amicus curiae* en el Capítulo 4 de este artículo.

⁶⁶ V. Arthur E. APPLETON, “Shrimp/Turtle: Untangling the Nets”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, Issue 3 (1999), págs. 488-489.

⁶⁷ V. informe del Órgano de Apelación en el asunto *Camarones*, *supra* 22, párr. 89.

en consideración. El Órgano de Apelación añadió que, si bien una parte tiene el derecho de determinar qué información incluir en sus alegaciones, esa parte "asume la responsabilidad de su contenido, con inclusión de cualquier anexo u otro material que se adjunte". EE.UU. eligió no adoptar la posición *amici curiae*, salvo en la medida en que los argumentos de las ONG coincidieran con la posición defendida por las alegaciones principales de EE.UU.⁶⁸. De este modo, EE.UU. rehusó a aceptar la responsabilidad por las alegaciones de las ONG y, aparentemente, como resultado, el Órgano de Apelación decidió que sólo se analizarían los argumentos jurídicos señalados en las alegaciones principales de EE.UU. y no nuevos argumentos invocados en las comunicaciones *amicus curiae* incorporadas.

En cualquier caso, el alcance real de esta decisión del Órgano de Apelación es incierta. La incorporación "cualificada" de las comunicaciones *amicus curiae* a las alegaciones de EE.UU. resultó en la ausencia de toda referencia a los argumentos de tales comunicaciones en el informe final del Órgano de Apelación. De este modo, se desconoce si este órgano llegó en realidad a tomar en consideración las comunicaciones *amicus curiae* incorporadas por EE.UU. y si asumió alguno de los argumentos que no coincidían totalmente con la posición de EE.UU.⁶⁹.

Recientemente, en el asunto de la *Aplicación del informe "Camarones"*, EE.UU. decidió asimismo incorporar la comunicación de la *National Wildlife Federation* a sus alegaciones, para garantizar, de este modo, "que el Grupo Especial tenga en su poder un documento pertinente e informativo, independientemente de que opte o no por ejercer su facultad discrecional de aceptar directamente de los comunicantes esa comunicación"⁷⁰. No obstante, los EE.UU. señalan que dicha comunicación "incluía determinadas defensas sustantivas y de procedimiento no planteadas en la comunicación de los Estados Unidos, *por lo que no puede considerarse que esas defensas hayan sido sometidas al Grupo Especial*" (énfasis añadido)⁷¹. A este respecto, el Grupo Especial se limita a tomar nota "del hecho de que los Estados Unidos no respaldan algunos de los argumentos jurídicos que figuran en la comunicación" y confirman que tal comunicación "forma parte del expediente"⁷², sin precisar si lo es en toda su integridad o sólo en lo coincidente con los argumentos de EE.UU.

⁶⁸ V. *supra* 24.

⁶⁹ V. SHOYER y SOLOVY, *supra* 18, pág. 685. V. asimismo, el párr. 91 del informe del Órgano de Apelación en el as. *Camarones*, *supra* 22, en el que dicho órgano señala que "...considerando que los Estados Unidos, por su parte, sólo han aceptado dichos alegatos (los de las ONG incorporados a sus alegaciones) de forma provisional y condicionada, nos centramos...en los argumentos jurídicos contenidos en la comunicación principal del apelante presentada por dicho país". Por otro lado, cabe subrayar que en el as. *Amianto*, la Comunidad Europea decidió también incorporar dos comunicaciones *amicus curiae* a sus propias alegaciones, en la medida en que respaldaban sus argumentos científicos y jurídicos en esta controversia (v. párrs. 6.2 y ss. del informe del Grupo Especial en el as. *Amianto*- WT/DS135/R- de 18 de septiembre de 2000).

⁷⁰ V. *supra* 26, párr. 3.12.

⁷¹ *Idem* párr. 3.13.

⁷² *Idem*, párrs. 5.15 y 5.16.

En definitiva, en los supuestos en los que la comunicación *amicus curiae* incorporada a las alegaciones de una de las partes no coincida íntegramente con los argumentos reflejados en las mismas, es difícil determinar qué argumentos del *amicus curiae* van a ser tomados en consideración por el Grupo Especial o, en su caso, el Órgano de Apelación. Por un lado, esta circunstancia constituye un riesgo que bien puede decidir asumir la parte correspondiente. No obstante, por otro lado, esta ambigüedad podría dificultar la definición de la estrategia de la otra parte y de los terceros en la disputa, que desconocen en qué medida deben responder a las alegaciones del *amicus curiae*⁷³.

3.3. La cuestionada potestad de aceptar comunicaciones amicus curiae del Órgano de Apelación

Al analizar el pronunciamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Acero Británico*, veíamos cómo este órgano fundamenta su potestad para aceptar comunicaciones *amicus curiae* en la amplia facultad que le otorga el artículo 17.9 del ESD para adoptar sus propias reglas de procedimiento, siempre que no entren en conflicto con otras reglas o procedimientos previstos en el ESD u otros Acuerdos cubiertos por el mismo. No obstante, esta disposición señala que el establecimiento de tales reglas se realizará “en consulta con el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y con el Director General” y que se dará posteriormente traslado de los procedimientos de trabajo adoptados a los Miembros para su información.

El Órgano de Apelación ejerció esa competencia mediante su adopción, el 28 de febrero de 1997, de los *Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación*⁷⁴. Estos procedimientos, al igual que el ESD, no mencionan las comunicaciones *amicus curiae*. No obstante, su regla 16(1), de marcado carácter residual, permite al Órgano de Apelación, en el marco de un asunto concreto, adoptar el procedimiento correspondiente cuando una cuestión procedimental no esté regulada en los Procedimientos de Trabajo. Esta regla es precisamente la invocada por ese órgano en el asunto *Amianto* para adoptar el procedimiento especial y *ad hoc* ya mencionado anteriormente.

No obstante, se nos plantea la cuestión de la definición de la naturaleza de la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae*: ¿se trata de una cuestión meramente procedimental, como parece defender el Órgano de Apelación?; ¿o se trata, por el contrario, de una cuestión sustantiva que debe decidirse por los propios Miembros de la OMC en el seno del Consejo, como defiende la inmensa mayoría de los Miembros de la OMC?

⁷³ V. los argumentos de los apelados colectivos en el asunto *Camarones* (párrs. 80 y 81 del informe del Órgano de Apelación, *supra* 22), en el sentido de que el mayor alcance de las afirmaciones de hecho y de derecho contenidas en los documentos de prueba respecto de la posición adoptada por EE.UU., crea una confusión respecto de la naturaleza y del vínculo exactos del escrito de apelación y de las tres comunicaciones *amicus curiae*.

⁷⁴ V. *supra* 41.

Para algunos autores, la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* por el Órgano de Apelación es sólo una faceta de la facultad inherente a todo órgano de adjudicación de acceder a toda información potencialmente relevante, y la lógica subyacente al artículo 13 del ESD es, por tanto, también aplicable al Órgano de Apelación⁷⁵. En línea con esta posición, la administración de esta facultad quedaría limitada a una mera cuestión procedimental que podría abordarse mediante la adopción *ad hoc* de un procedimiento basado en la regla 16(1) de los Procedimientos de Trabajo del Órgano de Apelación, o mediante la introducción de tal procedimiento en los Procedimientos de Trabajo, respetando las condiciones de consulta y notificación previstas en el artículo 17.9 del ESD⁷⁶.

No obstante, la mayoría de los Miembros de la OMC, entre ellos, la Comunidad Europea, consideran que, a falta de previsión alguna en el ESD de la facultad del Órgano de Apelación de aceptar las comunicaciones de entidades que no son parte en la controversia, la consagración de tal facultad es competencia exclusiva de los Miembros, en tanto afecta a los derechos de los Miembros en el MSD de la OMC⁷⁷.

Sea cual sea la postura que adoptemos, es innegable que la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* plantea una serie de cuestiones sistemáticas y prácticas fundamentales que hacen deseable que esta cuestión sea abordada por los propios Miembros de la OMC. Tal aceptación inevitablemente afecta, aunque sea de forma indirecta, a los derechos y obligaciones de las partes en una controversia, que se ven obligadas a responder, además de a las alegaciones de las demás partes, a las alegaciones de un número indeterminado de *amici curiae* en un período de tiempo muy limitado⁷⁸. Esta circunstancia, unida a la especial naturaleza del procedimiento de apelación, que por definición sólo debe versar sobre cuestiones e interpretaciones jurídicas, y, en particular, la reiteradamente demostrada sensibilidad política de la cuestión de la aceptación por el Órgano de Apelación de comunicaciones *amicus curiae*, hace deseable que esta cuestión sea objeto de negociación por los Miembros

⁷⁵ V. RAGOSTA, *supra* 59, pié de pág. 66, pág. 755; SHELTON, *supra* 6, pág. 617; "Issues of *Amicus Curiae* Submissions: Note by the Editors", *Journal of International Economic Law*, Vol. 3, No. 4 (December 2000), págs. 705-706; y MARCEAU Y STILWELL, *supra* 6, pág. 177. Según estos últimos autores, la facultad del Órgano de Apelación de aceptar argumentos jurídicos de entidades que no son parte en el procedimiento, vendría avalada por el artículo 38.1 d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que considera fuente auxiliar de Derecho internacional "...las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones...".

⁷⁶ V. APPLETON, *supra* 50, pág. 698; y Dénise PRÉVOST, "WTO Subsidies Agreement and Privatised Companies: Appellate Body *Amicus Curiae* Briefs", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 27, No. 3 (2000), pág. 287.

⁷⁷ Como fundamento para la exclusividad de la competencia del Consejo General, los Miembros invocan diversos artículos del Acuerdo OMC: artículos V(2) (adopción de disposiciones para la cooperación con las ONG), X(8) (enmiendas a los Acuerdos) y IX(2) (adopción de interpretaciones de los Acuerdos).

⁷⁸ En relación a los plazos impuestos por el ESD para la adopción de informes, véase apartado 4.2 de este artículo.

en el seno del Consejo General. En mi opinión, en estas circunstancias, no puede considerarse esta cuestión como un tema procedimental “residual” que pueda abordarse caso por caso mediante el recurso a la regla 16(1) de los Procedimientos de Trabajo del Examen en Apelación. A falta de consenso entre los Miembros de la OMC, lo que parece previsible a medio plazo (salvo que la cuestión de las comunicaciones *amicus curiae* se introduzca en la agenda de una ronda de negociaciones global), el Órgano de Apelación debe modificar sus Procedimientos de Trabajo, respetando las exigencias del artículo 17.9 del ESD de consulta al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y al Director General de la OMC y de notificación a los Miembros, para introducir una regulación expresa y general de la figura del *amicus curiae* en el procedimiento de apelación.

3.4. La ausencia de criterios uniformes para la aceptación y consideración de las comunicaciones amicus curiae en el marco del Mecanismo de Solución de Diferencias

Como señalan Marceau y Stilwell⁷⁹, de la práctica esencialmente *ad hoc* de los Grupos especiales y del Órgano de Apelación no pueden desprenderse criterios uniformes en cuanto a la aceptación de comunicaciones *amicus curiae*⁸⁰. Hasta el momento, sólo existe la garantía de la consideración de una comunicación *amicus curiae* cuando ésta es incorporada a las alegaciones de una de las partes, con las matizaciones ya mencionadas en un anterior apartado⁸¹. Como resultado, los Miembros de la OMC carecen de pautas en cuanto a cuál va a ser la práctica que cabe esperar al respecto en el futuro y, por otro lado, las ONG no disponen de ninguna garantía de la adecuada consideración de sus alegaciones por los órganos de solución de diferencias de la OMC⁸². Ni siquiera la iniciativa del Órgano de Apelación en el

⁷⁹ V. MARCEAU y STILWELL, *supra* 6, pág. 163.

⁸⁰ V. informe del Órgano de Apelación en el as. *Camarones*, *supra* 22, párr. 104, en el que dicho órgano identifica de forma muy genérica y ambigua algunos de los factores relevantes a la hora de que el Grupo Especial ejerza su facultad discrecional de aceptar o no una comunicación *amicus curiae*: "la competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar *la necesidad de información y asesoramiento* en el caso concreto, de establecer *la aceptabilidad y pertinencia* de la información o del asesoramiento recibidos y de decidir *qué peso atribuir a tal información o asesoramiento* o concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido".

⁸¹ Cabe destacar que algunos autores han señalado que, el hecho de que la consideración de una comunicación *amicus curiae* esté sujeta a la discrecionalidad del Grupo Especial o del Órgano de Apelación salvo que la información que contenga sea incorporada por una de las partes a sus propias alegaciones, puede incrementar la presión de ciertas organizaciones privadas sobre los Miembros de la OMC implicados en una disputa para que adopten expresamente sus puntos de vista. Además, estas organizaciones pueden asimismo concentrar sus energías en otros Miembros de la OMC para convencerlos de que participen en una disputa como tercera parte, de manera que puedan representar los argumentos de tales organizaciones. V. Michael LAIDHOLD, "Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Give Private Organizations a Voice in the WTO?", *Transnational Lawyer*, Vol. 12, No. 2 (Fall 1999), pág. 443.

⁸² V. Denise PRÉVOST, *supra* 76, pág. 287.

asunto *Amianto* de adoptar un procedimiento para la administración de las comunicaciones *amicus curiae*, que ha venido a arrojar alguna luz sobre esta cuestión, proporciona pautas definitivas al respecto. En primer lugar, se trata de un procedimiento *ad hoc* adoptado para el caso concreto. Además, su eventual consideración como precedente *de facto* en futuros casos parece improbable, dada la reacción despertada en los Miembros de la OMC. En segundo lugar, la ya apuntada falta de motivación en la aplicación efectiva de ese procedimiento lo ha convertido, en cierto modo, en letra muerta.

En definitiva, es deseable el establecimiento de unas reglas uniformes en relación con la aceptación y la consideración de las comunicaciones *amicus curiae* por los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Una vez más, en una situación ideal, la adopción de tales reglas debería efectuarse por los Miembros de la OMC⁸³. En su defecto, los Grupos especiales podrían adoptar las reglas correspondientes de conformidad con el artículo 12.2. del ESD durante la reunión dedicada a las cuestiones de organización del procedimiento⁸⁴. En el caso del Órgano de Apelación, sería deseable una modificación de los Procedimientos de Trabajo del Examen en Apelación en este sentido, de acuerdo con el artículo 17.9 del ESD.

4. ALGUNAS REFLEXIONES EN CUANTO AL CONTENIDO DE UNAS EVENTUALES REGLAS EN MATERIA DE ACEPTACIÓN DE COMUNICACIONES *AMICUS CURIAE*

En lo que se refiere al contenido concreto de las eventuales reglas para la aceptación de comunicaciones *amicus curiae*, éstas tendrían que ser elaboradas teniendo en cuenta varios tipos de consideraciones. Desde el punto de vista sustantivo, los criterios de administración de las comunicaciones *amicus curiae* deberían atender a la naturaleza y objetivos de esta figura en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC. En opinión de Marceau y Stilwell⁸⁵, del tenor de los artículos 11 y 13 del ESD se desprende que la principal función de la figura del *amicus curiae* en el

⁸³ V. MARCEAU y STILWELL, *supra* 6, págs. 176-177. Estos autores sugieren, para la adopción por los Miembros de la OMC de tales reglas, las siguientes posibilidades: considerar una decisión del OSD o del Consejo General como una pauta para la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* por los grupos especiales y el Órgano de Apelación (art. IX Acuerdo OMC); acordar una interpretación de los artículos 13 y 17.9 del ESD (art. IX:2 Acuerdo OMC); modificar el ESD (art. X:8 Acuerdo OMC), o alcanzar un acuerdo informal entre los Miembros que se aplicase de forma *ad hoc* en cada caso.

⁸⁴ El artículo 12.2 del ESD dispone que "En el procedimiento de los grupos especiales deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales". El artículo 12.1, por su parte, señala que "los grupos especiales seguirán los Procedimientos de Trabajo que se recogen en el Apéndice 3, a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia". Cabe subrayar que nada se dice en el Apéndice 3 sobre las comunicaciones *amicus curiae*. Se trataría, precisamente, de establecer una norma de procedimiento adicional.

⁸⁵ V. MARCEAU Y STILWELL, *supra* 6, pág. 178.

Mecanismo de solución de Diferencias de la OMC es la de asistir a los grupos especiales en el desempeño de sus obligaciones, facilitándoles fuentes adicionales de información objetiva y contribuyendo, de este modo, a la integridad y legitimidad de sus informes. Además de las disposiciones mencionadas, cabría remitirse, como parámetro general, a los objetivos generales de la OMC mencionados en el preámbulo del Acuerdo de la OMC, en particular, en lo que se refiere al "desarrollo sostenible"⁸⁶ y al "tratamiento diferencial" de los países en desarrollo. Precisamente, en muchos casos, el valor de las comunicaciones *amicus curiae* será precisamente aportar información sobre las implicaciones más amplias de los eventuales informes de los órganos de solución de diferencias sobre cuestiones como el desarrollo, la salud, el medio ambiente, u otras facetas del bienestar general.

Desde el punto de vista del procedimiento, las reglas sobre la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* deben, por un lado, garantizar las debidas garantías procesales, en particular el derecho de las partes en la diferencia a conocer tales alegaciones y realizar las observaciones oportunas (véase artículos 10.2 y 12.6 del ESD). Por otro lado, tal y como señala el artículo 12.2 del ESD, debe establecerse un equilibrio entre la flexibilidad necesaria para garantizar la calidad de los informes y la necesidad de no retrasar indebidamente el procedimiento.

Por último, obviamente las reglas relativas a la aceptación de comunicaciones *amicus curiae* por el Órgano de Apelación deben restringir dichas comunicaciones a argumentos e interpretaciones jurídicas.

A continuación, analizaré, sin ninguna pretensión de exhaustividad, cómo podrían traducirse los principios mencionados en ideas concretas sobre las reglas para la aceptación de comunicaciones *amicus curiae*⁸⁷. Al hilo de dicho análisis, introduciré alguna reflexión sobre el procedimiento adicional propuesto por el Órgano de Apelación en el asunto *Amianto*⁸⁸.

4.1. *Criterios sustantivos*

A. La naturaleza del "amicus curiae"

⁸⁶ V., a este respecto, la importancia reconocida a la participación pública en la adopción de decisiones para alcanzar un desarrollo sostenible, en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 14 de junio de 1992, UN Doc A/CONF.151/5/Rev. 1 (1992) y los capítulos 23 y 27 de la Agenda 21, UN Doc A/CONF.151/26/Rev. 1 (1992).

⁸⁷ Para una reflexión más detallada de las reglas que deberían regir el procedimiento de administración de las comunicaciones *amicus curiae*, v. MARCEAU y STILWELL, *supra* 6, págs. 178-185. A este respecto, cabe señalar que un borrador de este artículo estuvo a disposición del Órgano de Apelación en el momento de elaborar el procedimiento adicional adoptado en el asunto del *Amianto*, por lo que no debe sorprender que este procedimiento siga, de algún modo, la línea propuesta por sus autores.

⁸⁸ V. *supra* 42.

Una de las cuestiones más controvertidas planteadas en relación a la figura del *amicus curiae* en el MSD de la OMC es la de la conveniencia o no de limitar tal condición a organizaciones de interés público o sin ánimo de lucro⁸⁹, excluyendo, de este modo, las alegaciones de empresas particulares afectadas. Como señala Prévost⁹⁰, gran parte de la indignación despertada por el carácter cerrado de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC se basa en el hecho de que los puntos de vista empresariales están a menudo reflejados en las alegaciones de las partes en una disputa, mientras que la posición de otros grupos de interés, como los grupos medioambientales o de protección de los consumidores, son mantenidos al margen.

No obstante, la práctica de los órganos de solución de diferencias de la OMC muestra el uso extensivo por empresas y organizaciones empresariales de la oportunidad que ofrece la figura del *amicus curiae* para presentar sus argumentos⁹¹. Esta circunstancia preocupa a muchos Miembros de la OMC, que consideran que la participación de los *amici curiae* acentuará aún más el desequilibrio en favor de los países desarrollados y, en particular, de sus corporaciones multinacionales⁹². Otros Miembros han subrayado que la posibilidad de la participación de las empresas como *amici* en el MSD significa abrir las puertas a una "inundación" del procedimiento por innumerables alegaciones, a menudo paralelas a las de las partes en la diferencia, y que aumentan el trabajo de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, en su caso, sin aportar demasiado a la calidad de las decisiones. Todas estas circunstancias parecen exigir que el eventual *amicus curiae* no tenga en ningún caso un interés económico directo en el resultado de la controversia.

En relación con esta cuestión, cabe subrayar que el párrafo 2 del procedimiento adicional adoptado por el Órgano de Apelación en el asunto *Amianto* permite solicitar la presentación de comunicaciones *amicus curiae* a "cualquier persona, física o jurídica, que no sea parte o tercero en la presente diferencia". De este modo, se ha optado por una insatisfactoria definición "omnicomprensiva" de *amicus curiae*, que abre esta vía de participación en el MSD a ONG, empresas, personalidades del mundo académico, etc.

⁸⁹ La noción de organización de interés público o sin ánimo de lucro no excluye necesariamente a las organizaciones empresariales y profesionales, siempre que defiendan los intereses de todo un sector de empresas y no de una empresa en particular. Esta noción coincide con la definición "oficiosa" de ONG de la Secretaría General de la OMC.

⁹⁰ V. PRÉVOST, *supra* 76, pág. 288. V. asimismo, WWF, *supra* 15, pág. 15.

⁹¹ Sobre la diversidad de entidades que recurren a este tipo de comunicaciones para presentar sus argumentos, es ilustrativo el asunto *Amianto* [v. notas a pie n° 30 a 32 del Informe del Órgano de Apelaciones *supra* 13].

⁹² V. el comentario de la India con ocasión de la adopción del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Acero Británico* (Actas del OSD en el as. *Acero Británico*, de 7 de julio de 2000; WT/DSB/M/83), según el cual la interpretación del Órgano de Apelación "...was resulting in a situation in which not only non-governmental voluntary organizations, but also powerful business associations, like in this dispute, would be able to intervene in the dispute settlement process", en MARCEAU y STILWELL, *supra* 6, pág. 180, pié de página n° 84.

Al margen de la definición de las categorías de organizaciones que pueden aspirar a convertirse en *amicus curiae*, se plantea la cuestión de la legitimidad y representatividad de tales organizaciones. Según Marceau y Stilwell, uno de los factores a considerar a la hora de autorizar a un *amicus curiae* a presentar sus alegaciones sería el de la representación por la ONG en cuestión de puntos de vista compartidos por grandes sectores de la población o de la responsabilidad de dicha ONG ante un amplio sector de la sociedad. Para estos autores, la participación de tales organizaciones puede ayudar a reforzar la legitimidad de las decisiones adoptadas en el marco del MSD. Otro factor determinante para los mismos autores, es la competencia, experiencia y conocimientos demostrados en un determinado ámbito. En este sentido, las ONG disponen en algunos casos de una experiencia fáctica y/o jurídica que puede ayudar a los grupos especiales, o al Órgano de Apelación, a realizar una evaluación más objetiva del asunto y adoptar informes de gran calidad⁹³.

En el procedimiento adicional adoptado en el asunto *Amianto*., no se aborda expresamente la espinosa cuestión de la legitimidad y representatividad del *amicus curiae*. No obstante, el contenido exigido en la solicitud de presentación de comunicaciones *amicus curiae*, en particular tal y como viene descrito en los párrafos 3(c), (d) y (f) (descripción de la organización -membresía, estatuto jurídico, objetivos generales, naturaleza de sus actividades y fuentes de financiación de las mismas-, la naturaleza de su interés en la diferencia, la necesidad de su contribución al procedimiento), permitirían al Órgano de Apelación realizar ese tipo de consideraciones.

Por último, la regla 3(g) del procedimiento adicional exige al *amicus* la presentación de una declaración sobre su eventual relación, directa o indirecta, con cualquiera de las partes, principales o terceros, en la diferencia, exigencia que debe ser bienvenida como garantía de la neutralidad de sus observaciones⁹⁴.

B. La naturaleza, calidad y relevancia de la comunicación "amicus curiae"

En segundo lugar, la comunicación del *amicus curiae* debe contener información directamente relevante al caso⁹⁵ y que signifique la aportación de argumentos o

⁹³ *Idem*, págs. 180-181.

⁹⁴ El tenor de dicha regla es el siguiente: "La solicitud de autorización para presentar una comunicación por escrito de esta índole...(g) contendrá una declaración que revele si el solicitante tiene alguna relación, directa o indirecta, con cualquier parte o con cualquier tercero en la presente diferencia, así como si ha recibido o recibirá alguna asistencia, financiera o de otra índole, de una parte o de un tercero en esta diferencia en la preparación de su solicitud de autorización o en su comunicación por escrito".

⁹⁵ V. el informe del grupo especial en as. *Aplicación del Informe sobre el Salmón*, *supra* 28, párr. 7.9.

pruebas que no hayan ya sido facilitados por las partes⁹⁶. Esta condición se ve expresada en la regla 3(f) del procedimiento adicional. No obstante, el cumplimiento de esta exigencia por los *amici* se ve seriamente obstaculizado por el carácter confidencial de las alegaciones de las partes en una controversia⁹⁷. En la actualidad, sólo algunos Miembros de la OMC hacen públicas sus comunicaciones (EE.UU. y Canadá)⁹⁸. De este modo, las ONG no tienen modo de conocer las alegaciones de las partes, por lo que les sería difícilmente exigible que "aportaran algo nuevo" a lo ya expresado en tales alegaciones. Como medio de salvar esta dificultad, autores como Marceau y Stillwell sugieren la celebración de una audiencia preliminar donde las partes en la diferencia y los *amici curiae* expongan sumariamente sus posiciones⁹⁹. En definitiva, todo esto demuestra que la participación de ONG en el procedimiento de solución de diferencias va irremediabilmente unida a la cuestión de la transparencia de tal procedimiento y del acceso a los documentos presentados en dicho marco¹⁰⁰.

C. Las circunstancias del caso

En relación con las circunstancias concretas del caso examinado, a la hora de estimar la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* pueden tomarse en consideración varios factores. En primer lugar, y en relación a la propia naturaleza de la diferencia que se pretende resolver, parece evidente la necesidad de que los grupos especiales o,

⁹⁶ V. el informe del Grupo Especial en el as. *Artículo 110(5) de la Ley de Copyright*, *supra* 29, en el que rechaza una comunicación *amicus curiae* porque sencillamente "duplicaba" la información aportada por las partes en la disputa.

⁹⁷ V. regla 3 de los Procedimientos de Trabajo de los Grupos especiales (Apéndice 3 del ESD) y artículo 18.2 del ESD (sobre la fase en apelación).

⁹⁸ El artículo 127 de la *Uruguay Round Agreements Act* de 8 de diciembre de 1994 (Pub. L. 103-465, 108 Stat. 4809, 4973) exige que en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC en los que se vea involucrado EE.UU., el Representante Comercial de EE.UU. (USTR) actúe de forma transparente. De este modo, las alegaciones de EE.UU. ante los grupos especiales o el Órgano de Apelación se publican de acuerdo con la *Freedom of Information Act*. En el as. *Public Citizen v. Office of the US Trade Representative* (804 F. Supp., 385, 387; D.D.C. 1992, dicha ONG había impugnado ya con éxito, en base a la mencionada legislación, la política del USTR de mantener en secreto las alegaciones presentadas por EE.UU. ante el MSD del GATT. V., por otro lado, la comunicación de Canadá de octubre de 2000 sobre la transparencia externa (WT/GC/W/415), en el que Canadá invita a los demás Miembros a que hagan públicas sus posiciones.

⁹⁹ Opinión expresada durante una entrevista personal. V., asimismo, la propuesta del Foro Mundial para la Naturaleza (WWF, *supra* 15, pág. 16). Esta ONG sugiere que se reserve un día durante el procedimiento, para la presentación oral de alegaciones por las ONG, con una duración de 15 minutos cada una.

¹⁰⁰ V. el informe del Órgano de Apelación en el as. *Hierro/Acero de Polonia*, *supra* 49. En este asunto, Tailandia denunció que el contenido de la comunicación presentada por una asociación empresarial (CITAC, o Coalición Comercial de Industrias del Consumo) mostraba que tal organización había tenido acceso a la comunicación de ese país al Órgano de Apelación, en violación de la exigencia de confidencialidad de los artículos 17.10 y 18.2 del ESD. EE.UU. aprovechó esta ocasión para insistir en la necesidad de mejorar la transparencia de la solución de diferencias en la OMC (v. párr. 73 del informe).

en su caso, el Órgano de Apelación, adopten un enfoque más flexible en los asuntos que planteen cuestiones de una especial sensibilidad política e importancia socioeconómica, como pueden ser aquellos relacionados con las medidas de protección del medio ambiente o de la salud pública. De hecho, la cuestión de las comunicaciones *amicus curiae* se ha planteado con mayor vigor en este tipo de casos (véase, por ejemplo, el asunto *Amianto*). Asimismo, parece igualmente conveniente la adopción de una actitud abierta a las contribuciones de *amici curiae* en asuntos en los que se requieran el asesoramiento de expertos en materias concretas en las que los miembros de los grupos especiales o del Órgano de Apelación no dispongan de formación suficiente. Por último, y desde un punto de vista más general, los grupos especiales o el Órgano de Apelación pueden tener en cuenta si un grupo de interés no ha tenido representación en las alegaciones de las partes en la diferencia, de manera que se garantice que todos los puntos de vista son escuchados y que puede realizarse una evaluación objetiva del caso¹⁰¹.

4.2. *Criterios procesales*

Las reglas sobre administración de las comunicaciones *amicus curiae*, a la hora de proponer un procedimiento concreto, deben tratar de garantizar que tales comunicaciones aporten información relevante y puntual, sin retrasar innecesariamente el procedimiento. En este sentido, cabe recordar que el ESD establece unos plazos muy estrictos para el desarrollo del procedimiento, tanto ante el grupo especial (artículo 12.8 y 9 del ESD¹⁰²), como ante el Órgano de Apelación (artículo 20 del ESD¹⁰³).

Por otro lado, el respeto de los plazos prescritos por el propio ESD debe conciliarse con la necesidad de garantizar que las partes en la diferencia dispongan del tiempo suficiente para conocer las comunicaciones *amicus curiae* y para responder a las

¹⁰¹ En este sentido, en el asunto *Artículo 110(5) de la Ley de Copyright* (v. *supra* 29), el Grupo Especial examinó la información proporcionada por la "American Society of Composers, Authors and Publishers", ya que el Derecho de EE.UU. en cuestión parecía proteger los intereses de otro grupo de interés (los bares y restaurantes que utilizaban los trabajos de dichos autores y compositores).

¹⁰² Según el art. 12.8 del ESD, "...el plazo en que el grupo especial llevará a cabo su examen, desde la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia, no excederá, por regla general, de los seis meses. En casos de urgencia, ...el grupo especial procurará dar traslado de su informe a las partes en la diferencia dentro de un plazo de tres meses". El párr. 9 del mismo artículo dispone que "...En ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses".

¹⁰³ De conformidad con el art. 20 del ESD, "A menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa, el período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial por el OSD y la fecha en que el OSD examine el informe del grupo especial o el informe del examen en apelación no excederá, por regla general, de nueve meses cuando no se haya interpuesto apelación contra el informe del grupo especial o de doce cuando se haya interpuesto...".

mismas adecuadamente. Esta es precisamente una de las cuestiones que plantea más dificultades en relación a la figura del *amicus curiae* en el MSD de la OMC¹⁰⁴.

En la línea de la propuesta de Marceau y Stilwell¹⁰⁵, el procedimiento adicional prevé la administración de las comunicaciones *amicus curiae* en dos fases: una admisión *prima facie* de las alegaciones, y la consideración sustantiva de su contenido. De este modo, se exige a aquellas personas físicas o jurídicas que deseen realizar una comunicación escrita ante el órgano correspondiente, que presenten una solicitud, de reducida extensión, en la que se proporcione toda la información necesaria en relación con los requisitos sustantivos ya estudiados (descripción de la entidad, de su interés en el asunto, de su eventual contribución al procedimiento, etc.) y un resumen de los argumentos presentados, de tal manera que el Grupo Especial, o el Órgano de Apelación, en su caso, pueda evaluar rápidamente el valor de la eventual contribución del *amicus curiae* y determinar si debe autorizar la presentación de una comunicación por el mismo para su consideración.

Por otro lado, el párrafo 2 del procedimiento adicional señala un plazo para la presentación de las solicitudes de los *amici curiae*. A este respecto, cabría acaso objetar la falta de consideración del factor distancia. Este plazo es además considerado por algunos como insuficiente. No obstante, hay que tener en cuenta que el mismo se encuentra supeditado a los estrictos plazos del ESD. De este modo, no parece haber más que dos opciones: aumentar los plazos generales (modificación del ESD), o prever una audiencia preliminar en la que también participen los *amici curiae*, como sugieren autores como Marceau o Stilwell¹⁰⁶.

En relación al derecho de las partes a presentar sus observaciones, tal derecho queda garantizado por el tenor de los párrafos 8 y 9 del procedimiento adicional. En particular, el párrafo 8 exige al *amicus curiae* que envíe simultáneamente su comunicación a las partes en la disputa (principales y terceros) y al Órgano de Apelación.¹⁰⁷

5. CONCLUSIONES

¹⁰⁴ En este sentido, parece contradictoria la postura de EE.UU. que, por un lado defiende la participación de actores no estatales en el MSD, y por otro pretende que se reduzca aún más el plazo de adopción de los informes del OSD.

¹⁰⁵ V. *supra* 6, págs. 183-184.

¹⁰⁶ V. *supra* 99.

¹⁰⁷ Cabría examinarse si, en aras a una mayor transparencia del MSD, sería conveniente, tal y como sugieren Marceau y Stilwell, que las comunicaciones *amicus curiae* admitidas a examen del Grupo Especial o del Órgano de Apelación, en su caso, estuvieran igualmente a disposición de todos los Miembros que los solicitasen (v. *supra* 6, pág. 182). V., asimismo, artículo 18 del ESD, en relación con los resúmenes no confidenciales de las alegaciones de las partes.

La creciente incidencia de las reglas multilaterales de comercio y, por ende, de las decisiones del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, en políticas nacionales de una peculiar sensibilidad y que sólo incidentalmente tienen como efecto la obstaculización del comercio, ha despertado la atención de la sociedad civil sobre los procedimientos de adopción de tales reglas y decisiones, percibidos como procedimientos dominados por perspectivas puramente comerciales, y ha motivado la demanda de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en los mismos.

En el contexto del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, la presión de la sociedad civil por una mayor participación y transparencia se ha traducido en una interpretación flexible de la potestad de los órganos de solución de diferencias (grupos especiales y Órgano de Apelación) de aceptar información que no proceda de las partes o terceros en la diferencia concreta. Esta posición ha conducido, en particular, a la consagración de la figura del *amicus curiae* en el Mecanismo de Solución de Diferencias, a pesar de la oposición de la mayoría de los Miembros de la OMC, en especial de los países en desarrollo. Esta situación paradójica constituye un ejemplo más de las consecuencias del tenor ambiguo del ESD, combinado con el carácter automático de la adopción de los informes por el Órgano de Solución de Diferencias, que, en esta ocasión, han hecho de la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* por los grupos especiales y el Órgano de Apelación un "fait accompli".

Sobre la necesidad de la figura del *amicus curiae* en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, esta autora no alberga dudas. La aportación de información adicional a la presentada por las partes principales y terceros permite garantizar la representación de intereses y perspectivas afectados por la disputa que a menudo no están representados por los gobiernos de los Estados implicados. Asimismo, la información aportada por los *amici curiae* invita a los órganos de solución de diferencias a tomar en consideración las implicaciones más amplias de sus decisiones, en particular sobre el desarrollo sostenible, objetivo consagrado en el mismo preámbulo del Acuerdo de la OMC. Todo ello redundará, sin duda, en favor de la objetividad y legitimidad de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, en cumplimiento del mandato reflejado en el artículo 11 del ESD, particularmente en aquellos asuntos que implican cuestiones fundamentales de carácter no comercial, como la protección de la salud o del medio ambiente.

No obstante, tampoco plantea duda alguna la necesidad del establecimiento de unas reglas uniformes sobre la aceptación y consideración de las comunicaciones *amicus curiae* para evitar efectos perversos tales como la eventual saturación del procedimiento de solución de diferencias por una genuina "inundación" de alegaciones que inclinen, además, la balanza aún en mayor detrimento de los países en desarrollo. La responsabilidad de la adopción de la mencionada regulación recae, en primer lugar, en los Miembros de la OMC. No obstante, dada la incapacidad de los Miembros de asumir este reto, los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden verse forzados a suplir esa carencia de voluntad política y a adoptar las reglas necesarias para la correcta administración de las comunicaciones *amicus curiae*, tal y

como ha demostrado la poco afortunada iniciativa del Órgano de Apelación en el asunto *Amianto*.

En cuanto al contenido concreto de las reglas a adoptar en relación a las comunicaciones *amicus curiae*, este artículo ha pretendido lanzar algunas ideas al respecto. A modo de recapitulación, podemos realizar una serie de observaciones. En primer lugar, es necesaria una delimitación más clara de la naturaleza del *amicus curiae*, frente al enfoque omnicomprendido del procedimiento adicional sugerido por el Órgano de Apelación, excluyéndose, en cualquier caso, a aquellas entidades con un interés económico directo en la solución de la diferencia correspondiente. En segundo lugar, la aceptación de la figura del *amicus curiae* parece no poder desvincularse de una mayor apertura y transparencia del Mecanismo de Solución de Diferencias. Por último, cabe subrayar la dificultad que entraña conciliar la adecuada consideración de las comunicaciones *amicus curiae*, con el ejercicio por las partes en la diferencia de su derecho a presentar las observaciones pertinentes dentro de los estrictos plazos establecidos por el ESD. En definitiva, las reglas sobre la administración de las comunicaciones *amicus curiae* tienen que establecer un equilibrio entre el acceso por los grupos especiales y el Órgano de Apelación a diferentes perspectivas y su capacidad para resolver eficaz y puntualmente las diferencias que se les plantean.