

MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS INTERAMERICANOS DE INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO*

José Luis Siqueiros**

SUMARIO I. LOS ESQUEMAS REGIONALES Y SUBREGIONALES DE INTERPRETACIÓN Y LIBRE COMERCIO. II. LOS RÉGIMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. IV. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS ESTABLECIDOS EN EL GATT O EN OTROS ESQUEMAS REGIONALES. V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. QUIÉNES SON PARTES EN EL PROCEDIMIENTO. VI. EL PROCEDIMIENTO. VII. DECISIÓN DE LAS CONTROVERSIAS: 1. DERECHO APLICABLE; 2. DIVERSAS CLASES DE RESOLUCIÓN O PRONUNCIAMIENTO; 3. SU POSIBLE INCUMPLIMIENTO Y EFECTOS. VIII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES DE CARÁCTER PRIVADO. IX. REFLEXIONES FINALES.

I. LOS ESQUEMAS REGIONALES Y SUBREGIONALES DE INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO

A partir del inicio de la segunda mitad del siglo XX, a nivel universal principia una etapa de integración económica y de liberalización comercial. La suscripción del Tratado de Roma en 1957 creando la Comunidad Económica Europea, pocos años después de la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1948,¹ marcó el despegue de una serie de procesos de integración a nivel regional y subregional, que en un mundo cada vez más interdependiente tienden a una economía globalizadora. Sin embargo, para los propósitos de este estudio y dentro del contexto de la problemática concerniente a la solución de controversias dentro de los esquemas de integración y libre comercio, el suscrito concentró su investigación en el ámbito interamericano. A ese efecto, a continuación se hace una sinopsis de los procesos integracionistas y de liberalización comercial en dicha región.

En el hemisferio occidental fue precursora de estos procesos la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que 20 años después devendría en Montevideo, 1980, como la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

A nivel subregional, sin embargo, es justo destacar el anhelo integracionista de Centroamérica, que se manifiesta desde 1958 al suscribirse el Tratado Multilateral de Libre Comercio y que se confirma con el Tratado de Managua (1960) que crea el Mercado Común Centroamericano. El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de los

* Documento presentado a la consideración del Comité Jurídico Interamericano.

** Profesor de la Universidad Iberoamericana.

¹ El GATT originalmente entró en vigor como un Protocolo de aplicación provisional de la Organización Internacional del Comercio, o sea la Carta de La Habana de 1948; es decir, como un mecanismo aduanero de la que sería la OIC. Al frustrarse la consolidación de esta última, sólo sobrevivió el Acuerdo General que gradualmente se convirtió en el instrumento global de los flujos comerciales.

Estados Centroamericanos (ODECA),² en 1992, da un paso más adelante en este proceso y constituye el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

También a nivel subregional, el Acuerdo de Cartagena marca otro hito en el proceso integracionista. Suscrito originalmente en Bogotá en 1969 para formar el grupo regional conocido como Pacto Andino, posteriormente se modifica por el Protocolo de Quito de 1987 (Decisión 217). Previamente en 1979, mediante el Tratado de Cartagena,³ se había creado el Tribunal de Justicia.

Otro instrumento estructural es el Tratado que forma la Comunidad del Caribe (CARICOM), firmado en Trinidad y Tobago el 4 de julio de 1973, que vino a sustituir el anterior instrumento que propugnaba por el libre comercio en la región (CARIFTA). Se trata de un renovado esfuerzo dirigido ahora a la integración caribeña y a la creación de un mercado común.⁴

Los gobiernos de las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron en Asunción, el 26 de marzo de 1991, el Tratado por el cual se crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), también identificado como Tratado de Asunción, que entró en vigor el 29 de noviembre de 1991. Consta de un texto principal y cinco anexos. A fines de 1994 se habría constituido ya como una verdadera unión aduanera, con un arancel externo común para los cuatro países.

En la subregión septentrional se configura el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC; o NAFTA —por su sigla en inglés—), firmado por los Ejecutivos de Canadá, Estados Unidos de América y México, el 17 de diciembre de 1992. Entró en vigor el 1 de marzo de 1994. Sus objetivos fundamentales son, entre otros, eliminar barreras al comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar la inversión y proteger la propiedad intelectual.⁵

Finalmente, en este repaso panorámico debemos recordar la existencia de los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica, bilaterales o plurilaterales. El Tratado de Montevideo (1980) que constituyó ALADI establece que para el cumplimiento de las funciones básicas de la Asociación los países miembros podrán establecer áreas de preferencias económicas, compuestas por una preferencia arancelaria, por acuerdo de carácter regional y por acuerdos de alcance parcial.⁶ Una de las "funciones básicas" de la ALADI es la complementación económica.⁷

² Suscrito por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

³ Art. 23, Secc. E del Acuerdo. Forman parte del Pacto Andino: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

⁴ Son miembros: Antigua, Barbados, Guyana, Jamaica, Trinidad y Tobago, Belice, Dominicana, Grenada, Montserrat, St. Kitts Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent. Bahamas no es miembro del Mercado Común. La población de CARICOM es aproximadamente de 5.5 millones: 4.5 viven en Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago.

⁵ Después de haberse firmado el Tratado en 1992, fue necesario negociar dos acuerdos laterales o paralelos en materia de cooperación ambiental y laboral, que se signaron en septiembre de 1993. Además de ellos, se firmó otro Acuerdo adicional que prevé la constitución de un fondo para el financiamiento de proyectos de infraestructura ambiental en la región fronteriza de México y los Estados Unidos de América.

⁶ Art. 4 del Tratado de Montevideo 1980.

⁷ Arts. 2, 8 y 11 del mismo Tratado.

Con este sustento los países integrantes de la Asociación han venido celebrando desde 1991 diversos Acuerdos de Complementación Económica, que propenden a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional mediante su progresiva multilateralización. Así, con esta denominación, se han suscrito entre otros los siguientes Acuerdos:

Argentina-Chile (1991);⁸ Chile-México (1991); Colombia-Venezuela (1992); Chile-Venezuela (1993); Bolivia-Chile (1993); Colombia-Chile (1993), el Acuerdo Trilateral Colombia-México-Venezuela (1994). Durante el año de 1994 continuaban avanzando las negociaciones para la suscripción de acuerdos bilaterales de este tipo entre Bolivia-Perú y Bolivia-México.

México y Costa Rica celebraron en abril de 1994 un tratado de libre comercio, fuera del contexto de ALADI.

II. LOS REGÍMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO

Todos los instrumentos que suscintamente se describieron en el apartado anterior contienen en su texto (o en un protocolo adicional) un capítulo dedicado a la solución de controversias. En dicho capítulo o protocolo, las Partes contratantes prevén los mecanismos para dirimir los diferendos que puedan surgir en la instrumentación del convenio. Los métodos utilizados para resolver las divergencias pueden variar dependiendo de la naturaleza del esquema y su ámbito de cobertura. Asimismo, en la materia del diferendo, común denominador en el arreglo pacífico de las controversias, las vertientes pueden incidir en la "solución mutuamente satisfactoria",⁹ mediante la amigable concertación, hasta la emisión de una sentencia por un tribunal supranacional dentro de un sistema de integración regional. Tal es el caso de SICA (Centroamérica)¹⁰ y de la Comunidad Andina,¹¹ sistemas en que prevalece un derecho comunitario.

Por lo que atañe a MERCOSUR, si bien es cierto que según su ordenamiento constitutivo pudo en teoría haberse creado un Tribunal de Justicia permanente, al entrar en vigencia el Protocolo de Brasilia "que permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción",¹² tal posibilidad se canceló en aras de un mecanismo más pragmático, al menos en lo que dure el periodo de transición.

⁸ Además existe un Protocolo Adicional (1992) para desarrollar los mecanismos aplicables a la solución de controversias.

⁹ Véase Art. 2003 del TLCAN o NAFTA.

¹⁰ Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, Arts. 22 y 35.

¹¹ Acuerdo de Cartagena, Secc. E. Art. 23 y Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo. Ver Cap. III y especialmente Art. 33 del Cap. IV de este último.

¹² Véase Art. 34 del Protocolo de Brasilia.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como previamente se expresó, el ámbito de aplicación del régimen de solución de controversias contemplado en los diferentes esquemas vigentes en el sistema interamericano, es distinto según sea el contenido del texto principal.

Así en el TLCAN (o NAFTA), las divergencias pueden incidir sobre un capítulo genérico dirigido sobre **"la interpretación y aplicación"** del Tratado,¹³ así como en **"antidumping o cuotas compensatorias" (prácticas desleales de comercio)**¹⁴ y en **materia de inversiones** realizadas por un inversionista de una Parte en el Estado receptor de las mismas.¹⁵

En otros esquemas, como en el de MERCOSUR, así como en la mayor parte de los Acuerdos de Complementación Económica suscritos como de "alcance parcial" conforme al Convenio de Montevideo 1980, el ámbito se refiere a la **"interpretación, aplicación e incumplimiento"** de las normas de los respectivos instrumentos, así como de otros acuerdos y protocolos celebrados en el marco de los mismos o de resoluciones adoptadas por los órganos competentes.¹⁶

El Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela (G3),¹⁷ al igual que NAFTA,¹⁸ dispone que en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida de otra Parte es incompatible con las obligaciones del Tratado, o pudiera causar "anulación o menoscabo" de los beneficios razonablemente esperados, se aplicarán los mecanismos genéricos que regulan la solución de controversias.

En los esquemas integracionistas en los que rige un derecho comunitario, los ámbitos de competencia de la Corte Centroamericana o del Tribunal Andino están referidos, en el primer caso, a la salvaguarda de los propósitos y principios del Sistema de Integración Centroamericana,¹⁹ y en el segundo, a la acción de nulidad (control de legalidad), a la acción de incumplimiento y a la interpretación prejudicial.²⁰

IV. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS ESTABLECIDOS EN EL GATT O EN OTROS ESQUEMAS REGIONALES

En los esquemas regionales y subregionales de libre comercio, inspirados en cierto grado por los Arts. XXIII y XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, notablemente en el TLCAN (o NAFTA), se otorga a las Partes la opción de resolver las

¹³ Cap. XX, Secc. B. Igual acotamiento hace el Tratado que crea CARICOM (Art. 19).

¹⁴ Cap. XIX de NAFTA. También se advierte en el Cap. VI del Acuerdo de Complementación Económica Chile-México y con más detalle procedimental en el Cap. VIII del Tratado de Libre Comercio México-Costa Rica.

¹⁵ Cap. XI, Secc. B, de NAFTA. La influencia de estas disposiciones se reflejan en el TLCG3.

¹⁶ Cap. I, Art. 1 del Tratado de Asunción.

¹⁷ Art. 1902 (1) (b).

¹⁸ Art. 2004.

¹⁹ Art. 5 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

²⁰ Cap. III, Secciones Primera, Segunda y Tercera del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

controversias en el esquema previsto en el GATT o en el contexto del instrumento subregional, a elección de la Parte reclamante.

Sujeto a ciertas modalidades, las Partes consultarán entre sí a efecto de convenir en un foro único. Una vez iniciado el procedimiento conforme al sistema de NAFTA o del GATT, la Parte que lo haya iniciado no podrá recurrir al otro foro respecto del mismo asunto.²¹

En virtud de que prácticamente todos los países del sistema interamericano son miembros del GATT, no es infrecuente, principalmente en casos de presuntas prácticas desleales de comercio, que se acuda al procedimiento de paneles establecido en el Acuerdo General.²²

Muy interesante y especial, en cuanto a reglas de competencia, es el TLCG3. Este instrumento dispone que de conformidad con la regla general establecida en el Acuerdo de Cartagena, los procedimientos previstos en el último se aplicarán a las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela (en aquellas materias reguladas por el ordenamiento andino). En materias exclusivamente normadas por el TLCG3 (por ejemplo, inversión) así como en todas las disputas que surjan entre Colombia o Venezuela (o ambos) y México, prevalecerá el Tratado trilateral.²³

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. QUIÉNES SON PARTES DEL PROCEDIMIENTO

Como norma general la controversia se plantea entre los Estados Parte que suscribieron el acuerdo o tratado de integración o libre comercio. Empero, dependiendo del ámbito o contenido del instrumento, los particulares también pueden ser parte en la disputa.

El caso más típico son las controversias que surgen con motivo de inversiones realizadas por un inversionista (inversor) de una Parte, en el territorio del Estado receptor de aquélla, cuando a juicio de la reclamante se han incumplido las normas que el mismo instrumento otorga a los inversionistas, entre otras, las de trato igual a los nacionales, de trato de nación más favorecida, de transferencia libre de divisas, de compensación justa, pronta y líquida en caso de expropiación. Vale decir, aquellos derechos que ya contienen los muy numerosos tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones.

El inversionista puede ser una persona física o jurídica nacional de una de las Partes, o una sociedad de la nacionalidad del Estado receptor que esté bajo el control del inversionista.²⁴

²¹ El TLCG3 (Colombia-México-Venezuela) contiene en su Cap. XIX, Art. 1903 una normatividad semejante; asimismo, el Cap. XVII (Art. 1703) del TLC México-Costa Rica.

²² Los procedimientos relativos a la notificación, consulta, solución de disputas y vigilancia fueron codificados por el GATT en 1973.

²³ Véase. Art. 1904 (1) y (2).

²⁴ Véase Cap. XI, Seccs. A y B de NAFTA. En igual sentido el TLCG3.

El inversionista afectado puede optar entre recurrir a los tribunales del Estado receptor o acceder al arbitraje internacional. Una vez hecha la elección, ésta será definitiva. Con objeto de tramitar el arbitraje internacional, NAFTA y el TLCG3 contemplan la posibilidad de acceder a:

- a. El Convenio del CIADI (Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) entre Estados y nacionales de otros Estados;²⁵
- b. El Mecanismo Complementario del CIADI, o
- c. Las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

Es interesante advertir que el Tratado de Asunción, que creó MERCOSUR, no contiene en su texto disposiciones sobre este tipo de controversias. Sin embargo mediante el **Protocolo** aprobado en la Resolución 39/94 del Grupo Mercado Común, sobre **Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR**, las controversias que surjan en esta área, que no sean resueltas en la vía diplomática, cuando el inversor es nacional de un Estado Parte o nacional de un tercer Estado no Parte, en caso de no optar por la competencia de los tribunales internos, se resolverán mediante arbitraje internacional. Éste podrá ser ante un tribunal *ad hoc* o una institución internacional permanente. Las sentencias serán definitivas y obligatorias para las partes en litigio y se ejecutarán de conformidad con la legislación aplicable en el foro competente.²⁶

A excepción de las controversias suscitadas por **inversiones**, el único otro caso en que los particulares pueden intervenir como coadyuvantes de las Partes (excluyendo la competencia de los Tribunales de Justicia de derecho comunitario), es en el área de **prácticas desleales de comercio**. Los particulares no tienen *ius standi*. Sin embargo, con el carácter de "parte interesada", pueden tener derecho de comparecer y ser representados por abogados en procedimientos ante los paneles de arbitraje, así como de solicitar información, y presentar pruebas y alegatos en las audiencias.²⁷ Cabe decir, en carácter de "*amicus curiae*".

En el Protocolo de Brasilia se contiene un capítulo²⁸ titulado "Reclamos de los Particulares", que regula el procedimiento que aplica a las reclamaciones efectuadas por particulares (personas físicas o jurídicas), con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivos, discriminatorias o de competencia desleal. Los afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Dicha Sección Nacional entablará consultas con la Sección homóloga del Estado a quien se atribuye la violación; y de no obtenerse una solución inmediata, turnará el asunto al Grupo Mercado Común (GMC). Éste último evaluará los fundamentos y podrá solicitar la opinión de expertos, quienes, después de escuchar argumentos del particular y del Estado

²⁵ Suscrito en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965, bajos los auspicios del Banco Mundial.

²⁶ Protocolo, Secc. G (1 al 5).

²⁷ Cap. XIX del NAFTA y Cap. VIII del TLC México-Costa Rica.

²⁸ Cap. v. Arts. 25 al 32.

contra el que se endereza el reclamo, emitirán un dictamen que se elevará al GMC. Si dicho dictamen verificara la procedencia del reclamo, el Estado Parte que auspició el reclamo particular podrá requerir al Estado Parte presuntamente incumplido la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. De no prosperar tal requerimiento el Estado requirente recurrirá al procedimiento arbitral. Existe, tácitamente, una "subrogación" en los derechos del particular.

VI. EL PROCEDIMIENTO

Con las salvedades hechas en el apartado anterior, todos los esquemas analizados coinciden en aceptar que sólo los Estados Parte suscriptores del Acuerdo pueden ser las Partes legitimadas como actores y demandados. Estamos colocados en un procedimiento entre entes soberanos, si bien la materia no es necesariamente de *jure imperii*; de esta premisa se deducen conclusiones importantes. Una de ellas es que los Estados Parte son recelosos en ceder su soberanía jurisdiccional en favor de órganos supranacionales, a menos que se trate de un esquema de derecho comunitario y que por medio de tratado internacional se constituya una Corte o Tribunal de Justicia. Éste último tendría competencia para declarar el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo, así como interpretarlo uniformemente.

En esa virtud, excluyendo el Acuerdo de Cartagena y el SICA Centroamericano, los demás esquemas materia de este estudio sólo contemplan mecanismos de solución de controversias que en último análisis conducen al arbitraje como método de última instancia.

Antes de llegar al arbitraje mismo, ante un tribunal *ad hoc*, los Estados Parte han iniciado una serie de mecanismos alternativos tendentes a evitar la confrontación litigiosa. Dichos mecanismos se inician con consultas recíprocas, continúan con los buenos oficios del órgano administrador del tratado (llámese comisión, consejo, secretaría general), que propondrá la conciliación, la mediación u otros métodos alternativos de solución, solicitando en algunos casos la intervención de expertos.

Si todos estos intentos no prosperasen, el órgano administrador o la Parte reclamante podrán solicitar la integración del cuerpo arbitral.²⁹ En la generalidad de los convenios del sistema interamericano el tribunal arbitral es único: Es decir, cuando se recurre al arbitraje se forma un grupo de árbitros que conocerá de la controversia que haya surgido por la aplicación, interpretación o incumplimiento del instrumento: o por la anulación o menoscabo de los beneficios razonablemente esperados y presumiblemente frustrados como consecuencia de una medida tomada en contravención. Solamente en el caso del TLCAN (o NAFTA),³⁰ encontramos *diversos tipos* de paneles. Si la materia en disputa son **servicios**

²⁹ En algunos esquemas se les denomina "paneles", en otros "tribunal arbitral", "grupo arbitral" o "grupo especial".

³⁰ Esta diversidad de paneles, según la especialidad del capítulo del Tratado en el que se aleguen las violaciones (servicios financieros, inversión, prácticas desleales de comercio, genéricas) se refleja también en aquellos TLCs que recibieron la influencia de NAFTA, como es el TLCG y el TLC Costa Rica-México.

financieros se conforma un grupo de árbitros con experiencia y pericia en esta área;³¹ si la reclamación es en materia de **inversión**, ya se ha indicado que el arbitraje se llevará a cabo conforme a las Reglas del CIADI o la UNCITRAL.³² Tratándose de *antidumping* y *cuotas compensatorias*, el panel se integrará de una lista de árbitros especialistas en comercio exterior.³³ Por último, **todas las demás controversias** que no estén incluidas en capítulos especiales se dilucidarán en el tipo de panel que establece el Cap. XX.

Una vez conformado el tribunal arbitral, o el panel, que normalmente se integra con un número impar de árbitros designados por las Partes en litigio, las mismas designan al presidente del tribunal, preferiblemente de una nacionalidad distinta. De no existir consenso en su nombramiento, la designación se hace por sorteo. Generalmente los árbitros son seleccionados de las listas formadas por cada Estado Parte, aunque en ciertas instancias pueden nombrarse también a personas no incluidas en dichas nóminas, si bien otorgando a la otra Parte contendiente el derecho a recusarlos.³⁴

No es frecuente que los esquemas de solución de controversias contengan reglas de procedimiento. La mayoría de ellos se reduce a disponer que las Partes tendrán la garantía de audiencia y oportunidad de presentar alegatos y réplicas. Asimismo se prevé que las deliberaciones y comunicaciones deberán ser confidenciales. Sería aconsejable que los Estados Parte convinieran en un Reglamento Modelo³⁵ en cada esquema.

Una consideración análoga podría hacerse en relación con los códigos de conducta que deben normar la ética de los árbitros. El TLCAN (o NAFTA) hace alusión a dicho código que sería establecido por la Comisión Administradora del Tratado.³⁶ Hasta ahora (que sea del conocimiento de los relatores), dicho código no ha sido emitido en ningún esquema.

Es también aconsejable la participación de expertos y de comités de revisión científica que puedan emitir dictámenes sobre cuestiones de hecho, relativas a aspectos sobre el medio ambiente, la salud, la seguridad y otros aspectos científicos, cuando las Partes contendientes o el grupo arbitral requirieran de dicha pericia.³⁷ Los árbitros, generalmente juristas, altamente calificados en la ciencia del Derecho, pueden desconocer aspectos técnicos en los que necesitarían contar con la opinión de especialistas.

³¹ Arts. 1414 y 1415 del Cap. XIV.

³² Cap. XI, Secc. B.

³³ Cap. XIX y anexos relativos.

³⁴ En el Cap. XX de NAFTA se inserta un sistema novel e ingenioso para asegurar la neutralidad de los árbitros; según el mismo, el Estado contendiente "A" tiene que nombrar sus dos árbitros de la lista conformada por el Estado contendiente "B" y viceversa. A este sistema se le conoce como proceso de "selección cruzada".

³⁵ El Art. 2012 del NAFTA establece que la Comisión (de Libre Comercio) establecerá las Reglas Modelo de Procedimiento, conforme a los principios que precisa en los literales (a) y (b) del mismo dispositivo. El mismo artículo establece (siguiendo la influencia de las Reglas de Procedimiento de la Corte de Arbitraje de la CCI en París), que el panel y las partes deberán convenir en una "Acta de misión" o sea el mandato que se le confiere para resolver el litigio arbitral.

³⁶ Véase Art. 2009, literal 2, letra c. En el TLCG3, Art. 1912, las Reglas de Procedimiento incluirán, entre otras, las disposiciones respecto al Código de Conducta.

³⁷ NAFTA contempla las funciones de tales expertos y comités. Véase Arts. 2014 y 2015.

VII. DECISIÓN DE LAS CONTROVERSIAS

1. Derecho aplicable

Prácticamente todos los esquemas de solución de controversias establecen que el órgano de decisión, ya sea el tribunal arbitral *ad hoc*, la Corte Centroamericana o el Tribunal Andino, actuando estos últimos como órganos de jurisdicción supranacional, deberán resolver el diferendo conforme a Derecho. Es decir, *stricto juris*.

El Derecho aplicable al fondo de la disputa es normalmente la normatividad del instrumento mismo (el Tratado de Asunción, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el CARICOM, el Acuerdo de Cartagena, el Protocolo de Tegucigalpa, ALADI, etc.) En ciertos casos, el ordenamiento jurídico subyacente está complementado con los acuerdos celebrados en el marco del mismo, y con las decisiones o resoluciones del órgano administrador o ejecutivo (Comisión, Junta, Comité, etc.)³⁸

Respecto a diferendos surgidos en relación con inversiones el Derecho aplicable al fondo será el Tratado mismo y las reglas aplicables del Derecho internacional.³⁹

Ahora bien, es factible que si las Partes así lo convienen, el Tribunal pueda decidir en equidad (*ex aequo et bono*) la controversia. Esta facultad la tiene el tribunal arbitral en el MERCOSUR⁴⁰ y se contiene en el Reglamento de Arbitraje del Acuerdo de Complementación Económica Chile-México.⁴¹ También la encontramos en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, que al establecer sus competencias incluye la "de conocer y fallar, si así lo decide como árbitro de los asuntos que las Partes lo hubieren solicitado como tribunal competente; también podrá decidir, conocer y resolver un litigio *ex aequo et bono*, si los interesados lo convinieran".⁴²

2. Diversas clases de resolución o pronunciamiento

El tipo de pronunciamiento que deberá dictar el tribunal arbitral u órgano decisorio, no es uniforme. En algunos instrumentos (NAFTA,⁴³ TLCG3,⁴⁴ TLC Costa-Rica México)⁴⁵ se le denomina "determinación final" o "decisión final". En el MERCOSUR es un "laudo"⁴⁶ y los acuerdos bilaterales de complementación económica se refieren indistintamente a "fallo" o "resolución".⁴⁷ La característica común a todas estas resoluciones finales es su

³⁸ MERCOSUR, Art. 19(1). Acuerdo de Cartagena (Tribunal de Justicia, 1979), Art. 1, (a), (b), (c), (d). NAFTA, Art. 212 (3).

³⁹ NAFTA. Art. 1131(1).

⁴⁰ Tratado de Asunción, Art. 19 (2).

⁴¹ Facultades del Grupo Arbitral (5) . . . II. El Grupo Arbitral resolverá sobre la controversia con base en las disposiciones del Acuerdo, las normas, costumbres y principios propios del Derecho internacional, especialmente el de la buena fe, *sin perjuicio de que pueda dictar su resolución en conciencia*.

⁴² Estatuto, Art. 22, literal (ch).

⁴³ Art. 2017.

⁴⁴ Art. 1905.

⁴⁵ Art. 1714.

⁴⁶ Art. 20(2) del Protocolo de Brasilia.

definitividad: por lo mismo, no son apelables. Con terminología no consistente, pero inequívoca, todos los esquemas coinciden en la obligatoriedad del fallo. De los textos examinados, el de TLC es el menos categórico en este sentido. Su Art. 2018 dispone que una vez recibida la determinación final del panel, las Partes contendientes "convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel.

Con esta posible excepción, los demás textos no dejan duda sobre los efectos vinculantes de la decisión final.

3. Su posible incumplimiento y efectos

Ante la hipótesis de un posible incumplimiento de la resolución final, debe tenerse presente que la Parte en mora o desacato es un estado soberano. De ahí que algunos instrumentos (TLC,⁴⁸ por ejemplo) se refieran a la posibilidad de que la Parte demandada llegue a un acuerdo con la Parte reclamante sobre "una solución mutuamente satisfactoria" dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la determinación final.

En todos los demás casos (incluyendo a TLC), es decir, cuando la Parte "condenada" no deroga la medida disconforme con el Tratado o deja de ejecutar la medida que ha ocasionado la anulación o menoscabo de los derechos de la contraparte, la última podrá suspenderle la aplicación de beneficios de efecto equivalente.⁴⁹

La suspensión de beneficios a la Parte incumplida es, pragmáticamente, una medida de represalia. Ésta puede hacerse efectiva dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, pero de no ser factible o eficaz, podrá dirigirse a otros sectores. Si el nivel de beneficios suspendido a consecuencia de la retorsión fuera excesivo, NAFTA, el TLCG3 y el TLC Costa Rica-México, prevén la instalación de un tribunal arbitral que determinará si existe onerosidad excesiva.

Algunos de los esquemas analizados contemplan la posibilidad de que si el incumplimiento por la demanda fuese reiterativo, el mismo podría ser una justificación para la denuncia del Acuerdo.

En los llamados acuerdos paralelos del TLC, es decir el Acuerdo de Cooperación Ambiental y el Acuerdo de Cooperación Laboral, se negociaron esquemas peculiares en caso de incumplimiento (por la Parte demandada) de los informes finales de los paneles. Si en uno y otro Acuerdo se detectara que ha habido una "pauta persistente de omisiones", las Partes acordarán un plan de acción para remediarla. Dicho plan se ajustará a las recomendaciones del panel.⁵⁰

⁴⁷ Acuerdo Bolivia-Chile, Art. 31.

⁴⁸ Art. 2019(1).

⁴⁹ NAFTA Art. 2019(1) y TLC, G3, Art. 1917.

⁵⁰ Art. 34 del Acuerdo.

Si la Parte afectada estima que la Parte contraria no está cumpliendo debidamente el plan de acción, se convocará nuevamente al panel. Si éste considera que el incumplimiento continúa, impondrá a la Parte renuente una contribución monetaria (multa) que puede ascender a 20 millones de dólares (Estados Unidos de América). Si el plan de acción no se sigue, el panel podría reunirse por segunda vez y si lo estima procedente se impondría una nueva sanción monetaria, cuyo monto no sería superior al 0.007 por ciento del comercio total de bienes entre las Partes en controversia.

Si la Parte demandada no pagara la "multa" en un plazo de 180 días, la Parte afectada podrá (en el caso de México y de Estados Unidos de América) suspenderle beneficios hasta por un monto equivalente a la contribución monetaria.⁵¹ En el caso de Canadá, la determinación del panel se convierte en un "mandato judicial" y puede ser presentada ante cualquier tribunal canadiense competente y ser ejecutada. El procedimiento es sumario y no está sujeto a revisión.⁵² Canadá no aceptó las represalias comerciales.

VIII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES DE CARÁCTER PRIVADO

Sólo en el NAFTA⁵³ y en algunos de los tratados que han recibido su influencia,⁵⁴ se establecen métodos alternativos para la solución de controversias entre particulares. En dichos instrumentos se establece que en la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y otros medios alternativos (consultas, mediación, conciliación, buenos oficios) para la resolución de controversias que se susciten entre particulares en negocios de naturaleza privada.

Se indica que se considerará que las Partes cumplen con este propósito si son parte y se ajustan a las disposiciones de las Convenciones de Nueva York (1958) o de Panamá (1975) sobre arbitraje comercial internacional. A tal efecto la Comisión establecerá un comité consultivo asesor que presentará informes y recomendaciones a fin de asegurar la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos.

IX. REFLEXIONES FINALES A LA LUZ DE LA JUNTA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, CELEBRADA EN MIAMI (09-11 DE DICIEMBRE DE 1994)

El proceso de integración económica en el sistema interamericano ha seguido un curso multiforme. La diversidad geográfica, las asimetrías en el desarrollo y las políticas macroeconómicas de los gobiernos de la región, mutables en el tiempo y en el espacio, han impreso su huella en el diagrama.

⁵¹ Las "multas" se depositan en un fondo establecido a nombre de la Comisión para la Mejoría del Medio Ambiente.

⁵² Véase Anexo 36A y Art. 36(2) del Acuerdo

⁵³ Cap. XX, Secc. C. Arts. 2020, 2021, 2022.

⁵⁴ Véase. TLCG3. Cap. XIX, Art. 1919 y TLC Costa Rica-México, Cap. XVII, Art. 1718.

El concepto mismo no se insertó en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) hasta el Protocolo de Reformas suscrito en Cartagena de Indias en 1985, cuando los Estados Miembros reconocen que la integración de los países en desarrollo del continente es uno de los objetivos del sistema interamericano... con miras al logro, en el más corto plazo, de un **mercado común latinoamericano**.⁵⁵ Los Estados miembros se comprometen, asimismo, a estimular a las instituciones económicas y financieras del sistema para que continúen dando amplio respaldo a los programas de integración regional.⁵⁶

Los motivos apuntados en el primer párrafo de estas reflexiones han obstaculizado una programación sistemática y coherente. La "integración económica", en su sentido más amplio, se ha producido como una fenomenología en toda la región en forma dispersa y con diversos niveles de cohesión. En lugar de orientarse hacia una comunidad regional, en forma programática y multilateral, ha proliferado en acuerdos subregionales, trilaterales y bilaterales. Lo que se imaginó como un mercado común latinoamericano o regional, se ha fragmentado en esquemas parciales en las distintas áreas del continente.

Debemos priorizar, como acertadamente apunta el Emb. Gaviria Trujillo, Secretario General de la OEA, una estrategia multilateral que contemple tanto la convergencia de los 23 acuerdos de integración que hoy existen en el hemisferio, como la incorporación de otros países en los acuerdos existentes. Debería también intentarse una normatividad tendente a lograr una mayor homogeneidad en la liberación continental del comercio.

Tal vez esta dispersión no sea singular para el hemisferio occidental, con la excepción de la CCE, ahora Unión Europea, la misma fenomenología puede apreciarse en otros continentes y probablemente los entes subregionales actuales lleguen en el futuro a consolidar sus estructuras y lograr una integración más globalizada, siguiendo la estela de los acuerdos obtenidos en Marrakesh al culminar la Ronda Uruguay y aprobarse la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). La realidad actual, empero, es un vasto número de esquemas, con una regulación jurídica diversa y con un régimen propio para resolver las controversias que se susciten en su entorno.

Debemos aceptar, entonces, la existencia de un mosaico de distintos mecanismos con analogías y discrepancias. Cada subregión ha estructurado su proceso integracionista con un enfoque particular, yendo desde acuerdos de libre comercio con simples desgravaciones arancelarias, hasta tratados que establecen un verdadero mercado común regulado por un derecho comunitario. Obviamente los mecanismos para resolver los diferendos que surgen en cada uno de estos esquemas deben tener parámetros propios. En tanto que para unos el arbitraje constituye la instancia superior, en otros el órgano decisorio será un tribunal de justicia permanente.

Esta diversidad de enfoques, concebida en un marco de bilateralismo, debe orientarse a un esquema más multilateral, hacia una convergencia que conduzca a la armonización

⁵⁵ Art. 41 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

⁵⁶ Art. 42 de la misma Carta.

de lo disperso. En esta dirección deben interpretarse la **Declaración de Principios** y el **Plan de Acción** aprobados en la Cumbre de las Américas celebrada en Miami, Florida, E.U.A., del 9 de noviembre de 1994, con la asistencia de 34 Jefes de Estado, miembros todos de la Organización de Estados Americanos.

Uno de los Principios está inspirado en la promoción de la prosperidad, a través de la apertura de mercados, la integración hemisférica y el desarrollo sostenido. La integración económica se vincula con el libre comercio, entendido como aquel que se alienta eliminando barreras arancelarias y no-arancelarias, los subsidios y las prácticas desleales. Se resuelve iniciar la creación de un Área de Libre Comercio en las Américas, cuya negociación culminaría antes del año 2005. En la consecución de dicho objetivo los gobiernos **"construirían sobre los acuerdos bilaterales y subregionales ya existentes, a fin de ampliar y profundizar la integración hemisférica, consolidando así dichos acuerdos"**.

De conformidad con dicho objetivo, los jefes de gobierno fortalecen su compromiso en el acatamiento de reglas y disciplinas multilaterales, en la instrumentación de los acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay, en su participación activa en la OMC, así como en los acuerdos que favorezcan el libre comercio y que sean consistentes con las metas del GATT/OMC. A logro de estas finalidades los líderes continentales instruirán a sus Ministros de Comercio para actuar de consuno en foros que promoverán el comercio y la inversión. En dichos foros se detectarán aquellas áreas en que existen denominadores comunes y posibles divergencias.

Visualizados con transparencia y claro entendimiento, los acuerdos bilaterales y subregionales existentes entre los países del hemisferio, tendrán una importancia primordial en la búsqueda de una integración continental. A dicho propósito la Comisión Especial de Comercio (CEC), con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (ECLAC), así como de otras organizaciones especializadas regionales y subregionales, coadyuvarán en la sistematización de la información pertinente, incluyendo breves descripciones comparativas referidas a los compromisos contraídos en los esquemas integracionistas ya en vigor. La CEC deberá preparar un informe del trabajo realizado en el mes de junio de 1995, para su análisis por el Consejo de Ministros.

La Secretaría General de la OEA ha enviado ya cuestionarios a los gobiernos de los Estados miembros, como primer paso en la compilación de esta información. Dichos cuestionarios, muy detallados, incluyen preguntas relacionadas con los mecanismos de solución de controversias contemplados en los esquemas bilaterales, trilaterales o subregionales. Del resultado de esta encuesta y con la asistencia de la propia OEA, del BID, ECLAC y del CJI, la Comisión Especial de Comercio estará en condiciones de rendir el informe inicial que se le ha pedido.

El Comité Jurídico Interamericano, en este marco de referencia, puede colaborar estrechamente con la CEC y esta última tomar en cuenta las conclusiones del Comité en el área de solución de controversias. Entre ellas podríanse incluir las siguientes:

- a. La evolución de los procesos de integración estará vinculada a las necesidades y circunstancias propias a cada subregión. Es natural que existan diferentes ritmos en estos procesos, siendo importante que las experiencias adquiridas en cada una sea ponderada por los otros. El objetivo final sería la búsqueda de una más extensa integración a nivel continental. Más aún, en muchos casos, si no en todos, la negociación con bloques económicos extracontinentales, tanto en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, como bilateralmente (de bloque a bloque), sería altamente saludable para los diversos esquemas latinoamericanos y del Caribe. Las semejanzas en las prácticas comerciales del hemisferio y la propia tendencia de apertura e internacionalista —signo de nuestra época— nos conducirá gradualmente hacia la convergencia.
- b. Los mecanismos y los procedimientos para la solución de controversias deben diseñarse para responder a las obligaciones de cada esquema. Un sistema adoptado para resolver diferencias en materia de comercio de bienes en países fronterizos, no sería apropiado para un acuerdo integracionista más amplio y comprensivo (por ejemplo, deben contrastarse los mecanismos entre un sencillo esquema de disciplinas orientadas a la liberación comercial, con aquellos que requerirían una Unión Aduanera o un Mercado Común). Dicho en otras palabras, un régimen de solución de controversias no puede crearse en abstracto; debe de diseñarse para hacer efectivas las disciplinas pactadas en el esquema.
- c. El mecanismo seleccionado para el acuerdo integracionista debe estar claramente estructurado. Vale decir, desglosado diáfananamente. El capítulo correspondiente abarcaría entre otras materias, su ámbito de aplicación; los procedimientos de conciliación, mediación, buenos oficios y arbitraje; la participación de cuerpos consultivos (expertos) y de órganos en revisión extraordinaria; la ley aplicable al fondo de la controversia; si la anulación o menoscabo de beneficios son de considerarse como incumplimiento del instrumento; obligatoriedad del laudo o decisión; medios para hacerla eficaz (compensación económica, suspensión de beneficios, multas, denuncia del acuerdo, etc.)
- d. En todos los esquemas sería también aconsejable reflexionar el permitir una mayor participación o acceso a los particulares afectados por las medidas violatorias a efecto de otorgarles legitimación activa en el proceso; ello independientemente de aquellos derechos que la legislación interna les otorga para impugnar la constitucionalidad de la resolución definitiva dictada por la autoridad nacional responsable, en acatamiento del fallo supranacional.

La anterior acotación incide en el delicado problema de la llamada "revisión judicial" interna, sustituida por el procedimiento previsto para resolución de los "panelistas". Como se dispone el Cap. XIX del NAFTA y en los TLCs que recibieron influencia, los miembros del panel analizan y aplican el derecho interno del país de importación de las mercancías, a instancia de los particulares afectados. Si alguna de la Partes en el tratado considera que

la decisión del panel estuvo viciada por alguna irregularidad, podrá acudir a un procedimiento de impugnación extraordinaria.

- e. Los instrumentos que establezcan mecanismos de solución de controversias deben precisar si los mismos son opcionales **vis a vis** aquellos establecidos en el GATT/OMC, o si siendo alternativos, ejercida una vía la otra queda automáticamente excluida. Es recomendable hacer un cuidadoso estudio del **Anexo 2** del Acuerdo de Marrakesh por el cual se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), denominado **Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Controversias**, a efecto de precisar si las Partes en el esquema integracionista hemisférico (que lo son también del GATT/OMC), eligen los procedimientos contemplados en el instrumento regional o aquellos previstos en el Acuerdo mundial.
- f. Dentro de la hipótesis indicada en la conclusión anterior es factible que se planteara una controversias entre un país miembro de un esquema regional o subregional y otro país que no es miembro del mismo. ¿Ante qué foro se resolvería? ¿Qué ley sería aplicable? Estas interrogantes y otras análogas que no han previsto los instrumentos vigentes son dignas de ser consideradas en un esquema futuro de convergencia.
- g. Cuando el tratado integracionista incluya un capítulo de inversión, o dicha hipótesis se contemple en un Protocolo Anexo, las controversias que se susciten entre el inversionista (persona física o jurídica) y el estado receptor, deberán resolverse ante un tribunal supranacional, que puede ser el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión (CIADI), de conformidad con las Reglas del mismo, de su Mecanismo Complementario, o aquellas de UNCITRAL. El derecho aplicable sería el mismo tratado y las normas del Derecho internacional.
- h. Sería, por último, muy útil, que la CEC en coordinación con el CJI, hiciera una revisión periódica de las controversias planteadas y resueltas mediante los mecanismos instaurados en cada esquema bilateral, trilateral, subregional y regional. Dicha revisión no debería concretarse a un simple inventario o estadística, sino incluir la efectividad del mecanismo intentado, la incidencia de violaciones a determinadas materias del Acuerdo y el cumplimiento de las decisiones o laudos por las Partes involucradas, entre otros ámbitos.

Dentro de las limitaciones que corresponden al objetivo de esta nota introductoria, los miembros del Comité Jurídico Interamericano, cuyos trabajos se anexan, así como los demás integrantes de dicho órgano, desean dejar constancia de su disposición para continuar colaborando en los diversos aspectos de la dimensión jurídica de la integración, así como su anuencia para coordinar nuestros esfuerzos con los que realiza la Comisión Especial de Comercio en el contexto de sus atribuciones.