



***ELECCIÓN DE FORO
EN LOS SISTEMAS
DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS.
PERSPECTIVA
LATINOAMERICANA
EN LA NEGOCIACIÓN
HEMISFÉRICA***

“Pericón”

Tesis

Director de tesis: Dr. Marcelo Halperin

Codirectora de tesis: Dra. Susana Zalduendo

Tesista: Clara S. Amzel-Ginzburg

Junio de 2004

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	ASPECTOS METODOLÓGICOS	7
	<i>Enquadre metodológico</i>	8
	<i>Marco teórico</i>	9
	<i>Objetivo del trabajo</i>	11
	<i>Problema</i>	11
	<i>Hipótesis</i>	12
III.	ANTECEDENTES	16
	<i>ALALC / ALADI</i>	16
	A) ALALC	18
	B) ALADI	20
IV.	REGÍMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN	26
	<i>MERCOSUR</i>	26
	<i>COMUNIDAD ANDINA</i>	33
	<i>TLCAN</i>	36
	<i>GRUPO DE LOS TRES</i>	37
V.	ELECCIÓN DE FORO	40
	<i>PROYECTO ALADI de 1999</i>	40
	<i>MERCOSUR</i>	41
	<i>TLCAN</i>	42
	<i>GRUPO DE LOS TRES</i>	44
	<i>COMUNIDAD ANDINA</i>	45
VI.	CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN Y EL MULTILATERALISMO	48
	<i>Acervo regional</i>	48
	<i>OMC: trato diferenciado</i>	50

VII. COEXISTENCIA DE ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN	54
A) Enfoque regional	
<u>ALALC</u>	54
<u>ALADI</u>	55
B) Enfoque hemisférico	
<u>ALCA</u>	56
Ejes de negociación.....	58
1. Ejes generales.....	58
2. Acuerdos básico y plurilaterales.....	60
3. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto.....	62
Proceso de negociación.....	64
Solución de controversias.....	66
<u>Asimetrías</u>	68
<u>Opción de foro</u>	71
VIII. OPCIÓN POR EL FORO (SUB)REGIONAL: REQUISITOS Y JUSTIFICACIÓN	87
A) REQUISITOS	87
B) JUSTIFICACIÓN	87
IX. COMENTARIO FINAL	99
XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
XI. ADDENDA	105

**ELECCIÓN DE FORO EN LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.
PERSPECTIVA LATINOAMERICANA EN LA NEGOCIACIÓN HEMISFÉRICA**

Clara Amzel-Ginzburg

(Junio de 2004)

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro continente se está negociando la conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). A su vez, la mayor parte de los países que participan en la negociación son miembros de diferentes esquemas de integración: área de preferencias económicas, zona de libre comercio, unión aduanera. Por lo general, los respectivos tratados constitutivos, o los protocolos adicionales que están en la misma jerarquía normativa que éstos, prevén sistemas de solución de controversias. El objetivo de tales sistemas es resolver los conflictos derivados de la interpretación, aplicación o incumplimiento de los ordenamientos regulatorios de dichos esquemas. Va de suyo que la superación de los conflictos, de conformidad con las vías y los procedimientos establecidos, contribuye a una marcha más armoniosa del proceso de integración al delimitar –al menos, en cuanto a las cuestiones sometidas a resolución– su sentido y metas.

En el continente, los mecanismos de solución de controversias adoptados en los esquemas de integración son diversos y reseñarlos posee un interés intrínseco. Además, las negociaciones en curso del ALCA suscitan muchos interrogantes. Así, por ejemplo, cuál es la posibilidad de los miembros de los esquemas vigentes de recurrir, en su condición de signatarios de ALCA y en el caso de diferendos en el ámbito de este acuerdo, a sus propios sistemas de solución de controversias, respecto de materias reguladas tanto en los acuerdos (sub)regionales como en el hemisférico. Por estimar a ésta la cuestión básica y para encuadrarla desde la perspectiva latinoamericana se indagará a partir tanto por lo determinado en los esquemas en funcionamiento, como en los principios que orientan la negociación del ALCA. También cabe tomar en cuenta el capítulo sobre solución de controversias de los borradores del ALCA. Estos últimos ofrecen indicaciones de las vías en debate. Como todo el texto que se negocia, este interrogante tiene una relación con una circunstancia que está implícita en la base misma del acuerdo a alcanzar. No

es sólo la pertenencia de casi todos los países latinoamericanos a un esquema de integración, sino también las asimetrías en el nivel de desarrollo de los 34 participantes.

La solución de controversias, no menos que el acceso a los mercados o a las inversiones –por citar a título de ejemplo áreas especialmente conflictivas para conciliar con equidad entre negociadores dispares–, también está sujeta a las contingencias de la diversidad de nivel de desarrollo. Esto atañe en particular a los países latinoamericanos y del Caribe. El citado capítulo de los borradores contiene las propuestas en discusión para concordar el texto definitivo. Hasta el momento (junio de 2004) en lo que respecta a opción de foro, el tercer borrador –el último de ellos– está redactado como sigue:

“Artículo 8. Elección de foro.

‘8.1. Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Capítulo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio [o de otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes,] podrán someterse a uno u otro foro a elección de la Parte demandante.

‘8.2. Una vez que una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo o al Entendimiento [o a un acuerdo regional], dicha Parte no podrá iniciar un procedimiento de solución de controversias en ningún otro foro respecto [de las mismas cuestiones reclamadas] [de la misma medida] [vigente o en proyecto [o] [del mismo asunto.]]”

Lo que merece entonces especial atención desde una posición latinoamericana es lo que señalan los corchetes: el recurso al sistema del acuerdo del ALCA o del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) no está en discusión. El debate persiste para la posibilidad de optar por el foro de [otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes, ...]. De ser eliminada esta última alternativa, implicaría debilitar el acervo regional en materia de solución de controversias. Por ello en el desarrollo del trabajo se investigará en qué se funda la importancia de su mantenimiento.

Este trabajo se limitará a los sistemas de solución de controversias entre Estados. Precedido por lo dispuesto en ALAC/ALADI se considerarán los sistemas adoptados en el MERCOSUR, la Comunidad Andina (CAN), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN; NAFTA, en sus siglas en inglés) y el Grupo de los Tres (G3). La participación en los esquemas del MERCOSUR y la CAN involucra prácticamente a todos los países de América del Sur. El TLCAN comprende a los Estados que constituyen América del Norte. En cuanto al Grupo de los Tres, dos de sus miembros –Colombia y Venezuela– son también miembros de la CAN y México lo es del TLCAN. Geográficamente, todos ellos abarcan una superficie muy considerable. Amén de la dimensión espacial, en lo económico, Estados Unidos y Canadá tienen economías desarrolladas y forman parte del Grupo de los Siete (G-7) que reúne las economías más desarrolladas del mundo. Argentina, Brasil y México se encuentran entre las mayores economías de los países de América Latina. En cuanto a los sistemas de solución de controversias de todos los esquemas citados son diversos y de ellos se destacarán en lo que respecta a diferendos entre Estados, las normas vinculadas con el interrogante formulado. Se lo encuadrará en el marco de lo que expresan al respecto los borradores del capítulo sobre solución de controversias del ALCA, es decir, si se puede recurrir a varios sistemas de solución de controversias. Por cierto, que el texto que en definitiva se convenga para esta zona de libre comercio constituirá la “última palabra” sobre la materia. No es aventurado estimar que la cuestión trasciende la negociación del ALCA porque también queda abierta para ser pactada en la concertación de futuros convenios, por ejemplo, MERCOSUR-Unión Europea, MERCOSUR-Estados Unidos, MERCOSUR-Canadá.

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Encuadre metodológico

El punto de partida de este trabajo son los sistemas de solución de controversias estatuidos en cuatro acuerdos regionales: MERCOSUR, Comunidad Andina, Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Grupo de los Tres. De ellos se considera en especial la solución de controversias entre Estados. De las normas respectivas resultan sus estructuras y características generales. Por la necesidad básica de exponerlos se desemboca en un primer estadio de aplicación del método descriptivo.

En el punto específico a considerar –elección de foro– la comparación de la vía elegida en cada uno de ellos y su contrastación con el contenido de lo negociado hasta el momento en el ALCA al respecto, permitirá investigar la viabilidad de incorporar en el acuerdo de la zona de libre comercio continental la instancia del foro regional propio para resolver controversias entre países que son al mismo tiempo miembros de esquemas (sub)regionales. De este modo se alcanza una aplicación efectiva de la coexistencia de los acuerdos regionales con el hemisférico.

Con este enfoque, el del método comparativo, es evidente que comparar implica “dirimir las cuestiones objeto de comparación respecto de sus analogías y diferencias. De las primeras si se llega a profundizarlas como única alternativa se derivará en comparar, al decir de Duverger ..., sólo lo idéntico y eso es imposible. El sentido de las ‘diferencias’ tampoco hace fácil su comparación, si de ellas no se cuenta con algunos rasgos semejantes que permitan dirigir la investigación con un sentido mínimo de coherencia”.¹

Las analogías que presentan los sistemas de solución de controversias analizados son tangenciales. Esto desbarata cualquier intento de forzar un cotejo de identidad total entre ellos.

¹ Mendicoa, Gloria Edel (1998), pág. 30.

Por su parte, encontrar los rasgos similares que subyacen en las discrepancias requiere innegablemente poner en juego el “sentido mínimo de coherencia” que desde el punto de partida conduce mediante un proceso ilativo –de premisa a consecuente– al de llegada. Sólo al balancear lo rescatable de semejanzas y disparidades es posible delimitar y articular los argumentos que sustentan la opción por los foros regionales en el acuerdo hemisférico.

En los textos –acuerdos MERCOSUR, Comunidad Andina, Grupo de los Tres, TLCAN y borrador del ALCA– están contenidas las variables de este trabajo. Mediante la revisión de los documentos y de las fuentes teóricas se formula la hipótesis y se organizan los argumentos plausibles para sostenerla.

En aplicación de los enfoques metodológicos citados y conforme a las variables enunciadas se dividió el trabajo en las secciones que se enumeran a continuación.

I. Se exponen los rasgos generales del tema. Se consideran sólo las controversias entre Estados miembros de los esquemas de integración. Se parte de la articulación entre ellos y del hecho que permea las relaciones entre los participantes en la negociación hemisférica: las disparidades en sus niveles de desarrollo.

II. Se exponen los aspectos metodológicos. Asimismo se señala el objetivo del trabajo: que la adopción por el ALCA de un sistema de solución de controversias incluya la posibilidad de elección de foro, es decir, de los mecanismos propios de los sistemas regionales. Para ello se plantea el problema y se formula la hipótesis, en relación con uno de los problemas centrales que plantea la integración: distribución de costos y beneficios.

III. Se describen los antecedentes: la consideración de la solución de controversias en la ALALC y su sucesora ALADI.

IV. Esta sección relativa a los regímenes de solución de controversias en los esquemas de integración se centra en el tratamiento de esta cuestión en los que se analizarán en el trabajo: MERCOSUR, Comunidad Andina, Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Grupo de los Tres.

V. Se entra en el punto focal del trabajo: elección de foro, tal como lo tratan los cuatro esquemas mencionados en el punto anterior.

VI. Se ubica el tema en el contexto de la integración y el multilateralismo.

VII. Se vinculan las secciones previas con las vías para encarar la elección de foro desde una perspectiva hemisférica.

VIII. Se señalan los requisitos para ejercer la opción de foro y se reseñan algunas de las razones que justifican la preferencia por el foro regional.

IX. Se resume la cuestión relativa a la opción de foro y se agrega un comentario.

X. Se detallan las referencias bibliográficas.

Marco teórico

En el área de la institucionalización de los esquemas de integración, las normas que regulan la estructura, las funciones y competencias de los órganos encargados de su administración y gobierno ocupan un lugar preponderante. La marcha del esquema está ligada a la debida implementación de esas normas y al desempeño eficaz de dichos órganos. Dentro de ese diseño los mecanismos de solución de controversias son la instancia de superación de diferencias entre los miembros. El apropiado desenvolvimiento del esquema no radica en la inexistencia de conflictos –situación utópica entre países miembros abocados permanentemente a equilibrar sus intereses nacionales con la meta del agrupamiento regional–, sino en la equitativa solución de ineludibles diferencias. Aun considerando a los esquemas de integración individualmente se trata de una materia de atención preferente en la teoría. Si a esto se añade la reciente proliferación de acuerdos bilaterales, subregionales, regionales y entre bloques, se explica el acrecentamiento del interés por el tema. Esta simultánea pertenencia de países y esquemas de integración a varios espacios integrados orienta la investigación hacia la posibilidad de concordar en la elección de foro respecto de la misma materia normada en ordenamientos distintos. Es consecuencia del cariz adquirido por la integración a partir del

decenio de 1990 en respuesta a los cambios políticos y económicos del escenario internacional.

Con referencia al ALCA, por la variedad de acuerdos vigentes en el ámbito continental, “la conformación del ALCA requerirá la ‘convergencia de bloques o espacios regionales’ (*building blocks*) ... dicha ‘convergencia’ debería realizarse bajo el principio del ‘regionalismo abierto’. Siendo éste uno de los campos de mayor trascendencia política y económica en el proceso de construcción del ALCA y elemento central en la estrategia del mercado hemisférico preferencial ... se brinda especial atención a la problemática relacionada con ‘la convergencia de bloques regionales’ o como se la denomina aquí ‘la trama y el urdido de los acuerdos preferenciales’ “. ² En el delimitado aspecto de la solución de controversias en relación con la variedad de acuerdos concertados, la opción de foro se destaca como cuestión puntual.

Por cierto, los países participan en las negociaciones del ALCA acarreado su experiencia en los sistemas de solución de controversias correspondientes a sus propios esquemas. Pero diseñar uno para el ALCA exige algo más que copiar, empastar y ensamblar las disposiciones de los acuerdos ya existentes. El mecanismo apropiado para treinta y cuatro países de distinto nivel de desarrollo será inevitablemente más complejo que el válido para dos, tres o cuatro países. Tampoco se puede calcar al modelo utilizado en la OMC, de la que forman parte casi un centenar y medio de países que no están económicamente integrados entre sí del modo que constituye la meta del ALCA. ³ De ahí que la cuestión específica de la solución de controversias en el texto del acuerdo del ALCA debe contemplar la interrelación entre el acuerdo hemisférico y los ya vigentes acuerdos regionales, con las particulares implicaciones que esto tiene para la elección de foro. ⁴ Esto excede lo que se podría confinar a una faz exclusivamente técnica (de todos modos atendible en sí misma). Por el contrario, esta postura se inserta en el continuo debate que partiendo de la realidad –relaciones entre países económicamente desiguales–

² Garay, Luis Jorge (1997), págs. 85-133.

³ Declaración de Ministros de Comercio, Toronto, 4/11/99; *Relación entre el ALCA y la OMC*, numeral 20.

⁴ Plank-Brumback, Rosine M. (2001), págs. 255-275.

desencadena el análisis especulativo sobre los presupuestos para equilibrar las asimetrías resultantes de dispares niveles de desarrollo.

Objetivo del trabajo

Cabe reconocer que las diferencias que se suscitan entre países vinculadas con la aplicación, interpretación e incumplimiento de un acuerdo de integración –y de la normativa que de él derive– son intrínsecas a su propia ejecución y desenvolvimiento. La previsión de un sistema de solución de diferendos es una de las vías para facilitar su efectiva vigencia. Y el sistema de solución de controversias que se adopte es en la integración otro de los aspectos relacionados con uno de los problemas centrales que ella plantea: la distribución de los costos y beneficios. Esto requiere una especial instrumentación en el caso de agrupamientos en los que participan miembros con economías de tamaños diversos y distintos niveles de desarrollo. La negociación del tratado del ALCA, con sus 34 países intervinientes, es una muestra de partes que presentan evidentes disparidades entre ellos. Zanzar esta heterogeneidad económica del modo más equitativo posible también ocupa un lugar en el ámbito de la solución de controversias.

Establecer un sistema de solución de controversias con esa característica requiere enfocar el problema específico que afecta a los países latinoamericanos en el caso que fuera eliminada una de las posibles opciones de elección de foro.

Problema

Si el acuerdo del ALCA adopta un sistema de solución de controversias orientado en el sentido del Entendimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) –son ejemplo el TLCAN, el Grupo de los Tres y los lineamientos del borrador del acuerdo del ALCA– y en cuanto a la elección del foro sólo concede la posibilidad de recurrir al procedimiento y al mecanismo previstos en el mismo tratado del ALCA o a los de la OMC, los países latinoamericanos quedarán sometidos en esta área a las asimetrías

determinadas por las diferencias de tamaño de sus economías en relación con las economías desarrolladas (Canadá y Estados Unidos).

Tales consecuencias provocarán la subordinación de los países de las economías más débiles a otros de economías consolidadas. Esta situación ya tiene lugar en el ámbito multilateral.

¿Cuál es el supuesto que lo evitaría?

Hipótesis

La respuesta a la pregunta precedente nos lleva a plantear la siguiente hipótesis de trabajo: admitir para los países que forman parte de esquemas de integración (sub)regionales la opción de recurrir a los sistemas de solución de controversias creados en su propio ámbito en relación con las materias reguladas en los acuerdos (sub)regionales y en el ALCA.

Cabe señalar que esta propuesta se refiere a la posibilidad de los países de elegir no sólo el foro del acuerdo del ALCA o de la OMC, sino que cuenten con una tercera opción: someter las disputas al régimen de solución de controversias previsto en su propia institucionalidad en cuanto resulte pertinente, y en los términos que finalmente se convengan.

Esta alternativa tiene su sustentación en que tales países tendrán a su alcance un sistema de solución de controversias en el que contarán a su favor con la experiencia acerca de procedimientos y mecanismos cuya práctica les es familiar por haberlos aplicado. Asimismo, no sujetará a los países latinoamericanos a las disparidades de sistemas de solución de controversias cuyo desenvolvimiento acusa sesgos en función de las economías de los contendientes. Constituirá un medio para facilitar la solución de controversias, y de este modo contribuirá a una buena marcha de todo el esquema.

Si bien esta hipótesis refleja prácticamente uno de los puntos que, conforme al borrador actual se negocia en el ALCA, se la puede estimar como hipótesis a considerar por cuanto no hay consenso para ese punto, y así lo prueban los corchetes que lo encierran.

Ya que en el curso de las negociaciones esta opción puede ser eliminada, en este trabajo se expondrán argumentos para abonar su mantenimiento en el texto del acuerdo del ALCA.

Como la evidencia lo revela, las asimetrías entre los treinta y cuatro países que negocian el ALCA –y en tal sentido son ilustrativos los cuadros 1 y 2 que siguen– sustentan la investigación respecto de la elección de foro para reducir –y si fuera posible, eliminar– las heterogeneidades en esta área.

Este interés por investigar la cuestión se refuerza ya que en el panorama de las próximas décadas se perfila una creciente tendencia de concertación de acuerdos de integración entre esquemas ya constituidos.⁵

⁵ Cfme. Giacalone, Rita (2003), pág. 10.

CUADRO 1. ALCA: PAÍSES PARTICIPANTES EN LA NEGOCIACIÓN

Países	Población Millones (2002)	Superficie miles de km ² (2002)	Producto Bruto Interno miles de millones, dólares (2003)	Producto Bruto Interno per cápita dólares (2003)
Argentina	36	2.780	129,73	3.650
Brasil	174	8.547	492,34	2.710
Paraguay	6	407	5,81	1.100
Uruguay	3	176	11,18	3.790
MERCOSUR	219	11.910	639,06	
Bolivia	9	1.099	8,02	890
Colombia	44	1.139	77,56	1.810
Ecuador	13	284	26,91	1.790
Perú	27	1.285	61,01	2.150
Venezuela	25	912	84,80	3.490
CAN	118	4.719	258,3	
Costa Rica	4	51	17,48	4.280
El Salvador	6	21	14,396	2.200
Guatemala	12	109	24,73	1.910
Honduras	7	112	6,97	970
Nicaragua	5	130	4,10	730
MCCA	24	423	67,676	
Canadá	31	9.971	834,40	23.930
Estados Unidos	288	9.629	10.881,61	37.610
México	101	1.958	626,1	6.230
TLCAN	420	21.558	12.342,11	
Antigua y Barbuda	0,070	0,442	0,757	9.160
Bahamas	0,288	14	5,26	15.110 ^(a)
Barbados	0,265	0,431	2,628	9.270
Belice	0,204	23	0,928	3.190 ^(a)
Dominica	0,076	0,750	0,255	3.360
Granada	0,100	0,345	0,439	3.790
Guyana	0,775	215	0,742	900
Haití	8	28	2,745	380
Jamaica	3	11	7,81	2.760
Saint Kitts y Nevis	0,043	0,269	0,370	6.880
Santa Lucía	0,150	0,616	0,693	4.050
San Vicente y las Granadinas	0,111	0,390	0,371	3.300
Suriname	0,420	164	0,952	1.190 ^(a)
Trinidad y Tobago	1	5	10,20	7.260
CARICOM	14,502	463,243	34,15	
Chile	16	757	72,42	4.390
Panamá	3	76	12,92	4.250
República Dominicana	9	49	15,92	2.070
Otros países	28	882	101,26	
Total ALCA	823,502	39.955,243	13.442,556	

Fuente: Elaboración propia sobre las siguientes bases: 1. Población y superficie: *2003 World Development Indicators*, Washington, The World Bank, 2003; 2. PBI y PBI per cápita: *World Development Indicators database*, Washington, The World Bank, septiembre de 2004; consultado 30/11/2004.

(a) Estimación; datos del 2003 no disponibles.

CUADRO 2: ALCA: ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN PARTICIPANTES

Esquemas de integración	Población millones	Superficie miles de km ²	Producto Bruto Interno miles de millones, dólares (2003)	Producto Bruto Interno per cápita dólares (2003)
MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay)	219 (Brasil: 172)	11.910 (Brasil: 8.547)	639,06 (Brasil: 492.34)	Uruguay: 3.790
CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela)	118 (Colombia: 43)	4.719 (Perú: 1.285)	258,3 (Venezuela: 84,80)	Venezuela: 3.490
MCCA (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua)	24 (Guatemala: 12)	423 (Nicaragua: 130)	67,676 (Guatemala: 24,73)	Costa Rica: 4.280
TLCAN (Canadá, Estados Unidos, México)	420 (Estados Unidos: 285)	21.558 (Canadá: 9.971)	12.342,11 (Estados Unidos: 10.881,61)	Estados Unidos: 37.610
CARICOM (Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago)	14,502 (Haití: 8)	463,243 (Guyana: 215)	34,15 (Trinidad y Tobago: 10,20)	Bahamas: 15.110
Otros países (Chile, Panamá, República Dominicana)	28 (Chile: 16)	882 (Chile: 757)	101,26 (Chile: 72,42)	Chile: 4.390
Total ALCA	823,502	39.955,243	13.442,556	

Fuente: Elaboración propia sobre las siguientes bases: 1. Población y superficie: *2003 World Development Indicators*, Washington, The World Bank, 2003; 2. PBI y PBI per cápita: *World Development Indicators database*, Washington, The World Bank, septiembre de 2004; consultado 30/11/2004.

(a) Estimación; datos del 2003 no disponibles *Nota:* Los países que figuran entre paréntesis ocupan el primer lugar en los respectivos esquemas

III. ANTECEDENTES

ALALC / ALADI

No es carente de interés referirse a los mecanismos adoptados en ALALC y ALADI porque en una y la otra participaron y participan once de los países que negocian el ALCA. Asimismo, las disposiciones previstas en las dos Asociaciones respecto de la solución de controversias no sólo responden al condicionamiento de su respectivo desarrollo, sino también al grado de compromiso integrativo asumido por ellas a la par que por la evolución misma del proceso de integración en general. A su vez, con la única excepción de Chile, los otros miembros de ALADI conforman dos esquemas de integración (sub)regional: CAN y MERCOSUR, y México es miembro del TLCAN.

A) ALALC

El Tratado de Montevideo suscripto el 18 de febrero de 1960 (TM60) creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. Su objetivo consistía en constituir una zona de libre comercio y en el largo plazo un mercado común latinoamericano. Formaron parte de ella once países de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay. El TM60 no contenía un sistema de solución de controversias. Pocos años después de su firma se advirtió la necesidad de establecer un mecanismo a fin de resolver las diferencias que se planteaban entre los miembros. Tal es así que el 8 de diciembre de 1966 mediante la Resolución 165 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores se instituyó un mecanismo provisional de solución de controversias entre las partes contratantes. Sería aplicado hasta la entrada en vigencia del Protocolo para la Solución de Controversias. Dicha Resolución disponía que las Partes “someterán a los procedimientos de solución aplicables de conformidad con la presente resolución las controversias que sobre casos específicos y concretos se susciten entre ellas y que se refieran exclusiva y directamente al Tratado de Montevideo, sus protocolos, resoluciones y decisiones que emanen de los órganos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y demás instrumentos que constituyan su estructura jurídica”(artículo primero). Las Partes en la controversia procurarían resolverlas en primer término mediante negociaciones directas (artículo segundo). Conjunta o separadamente, debían dar cuenta al Comité Ejecutivo Permanente de las gestiones que realizaran durante las negociaciones y del resultado final de ellas (artículo tercero).

De no alcanzar la solución o en caso de una solución parcial, cualquiera de las Partes podía recurrir al Comité Ejecutivo Permanente, y también podían recurrir a ese órgano en caso de incumplimiento del acuerdo alcanzado en las negociaciones directas (artículo cuarto). Le competía al Comité –que no se pronunciaría sobre el fondo de la controversia– asistir a las Partes y esforzarse en lograr un avenimiento aceptable para los contendientes y realizar gestiones para encontrar una solución (artículo quinto).

De estimarlo procedente, el Comité podía constituir una comisión especial de juristas compuesta de tres miembros, cuyo pronunciamiento se referiría exclusivamente a los puntos taxativos que el Comité sometiera a su conocimiento y dictamen. Tanto la constitución de la comisión como la determinación de la materia en controversia se acordarían con el voto afirmativo de los dos tercios de los Representantes y sin que hubiera voto negativo. En caso de voto negativo de alguna de las Partes en la controversia, se entendería que las mismas buscarían una solución por los medios establecidos en los tratados vigentes entre ellas (artículo sexto).

A los fines de la constitución de la comisión, todas las Partes contratantes designarían una persona para integrar una lista de juristas, de las cuales se elegirían los miembros de la comisión. Esas personas deberían “reunir las más altas condiciones de independencia, imparcialidad y conocimiento jurídico” (artículo séptimo). La comisión recibiría las alegaciones y pruebas presentadas por las Partes en la controversia y podía disponer todas las medidas que estimara necesarias para el mejor esclarecimiento del diferendo (artículo octavo).

Cumplido todo el procedimiento la comisión emitiría un dictamen conforme a derecho, con el voto de la mayoría de sus miembros. Ese dictamen contendría una exposición de los antecedentes y las consideraciones que fundamentaran sus conclusiones (artículo noveno). El dictamen se presentaría al Comité Ejecutivo Permanente para ser puesto en conocimiento de las Partes contratantes (artículo décimo).

Prevista la aplicación temporaria de la Resolución 165, el 2 de septiembre de 1967 se suscribió en Asunción el Protocolo para la Solución de Controversias. En cuanto al ámbito de aplicación y a las negociaciones directas reproduce prácticamente los artículos primero a cuarto de la Resolución 165 (en los artículos 1, 2, 3 y 5). El Protocolo asigna a los acuerdos alcanzados en las negociaciones directas carácter obligatorio para las Partes en la controversia (artículo 4). El Comité de Representantes resolverá como cuestión previa, por el voto de la mayoría de sus miembros, si la controversia encuadra en el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación. De tal votación quedan excluidas las Partes

en la controversia (artículo 6). Resuelta afirmativamente la cuestión previa, el Comité asistirá a las Partes y se esforzará en lograr su avenimiento, y realizará gestiones tendientes a que las mismas solucionen sus controversias (artículo 7). En cumplimiento de estas funciones el Comité no se puede pronunciar sobre el fondo de la controversia (artículo 8).

De no arribar a la solución de la controversia, por incumplimiento de los acuerdos alcanzados para solucionarla, o por haber decidido las Partes de común acuerdo omitir la intervención del Comité de Representantes, se puede recurrir al procedimiento arbitral. En esta instancia ninguna de las Partes puede invocar las declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avenimiento formuladas por la otra Parte en la etapa anterior (artículos 9 a 11).

Para constituir el Tribunal Arbitral, cada Parte contratante designará una persona – y un suplente para remplazar al titular en caso de imposibilidad, excusación o inhabilidad de éste– para integrar una lista de árbitros. Titular y suplente deberán gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio en su país de las más altas funciones judiciales o ser juristas de reconocida competencia. Los integrantes de la lista de árbitros y sus suplentes serán designados por períodos de ocho años renovables. Todas las designaciones se notificarán al Secretario Ejecutivo del Comité Ejecutivo Permanente, quien formará la lista de árbitros y sus suplentes por orden alfabético de países, y la pondrá en conocimiento de las Partes contratantes (artículos 12 a 15).

Las Partes contratantes reconocen como obligatoria y sin necesidad de convenio especial la jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer y resolver las controversias. El Tribunal se integrará con tres árbitros seleccionados de la lista, nombrados de común acuerdo por las Partes. El Tribunal se reunirá en la sede de la Asociación al menos durante el período probatorio, etapa oral y fallo. Las Partes se pueden hacer representar ante el Tribunal por medio de agentes, y pueden designar consejeros o abogados para la defensa de sus derechos o intereses. El procedimiento arbitral comprenderá una etapa escrita, un término probatorio y una etapa oral. De oficio, el Tribunal puede solicitar a las Partes los medios de prueba y aclaraciones que considere necesarios. El Tribunal resolverá la controversia de conformidad con el Tratado de Montevideo, sus Protocolos, Resoluciones y Decisiones que emanen de los órganos de la Asociación y demás instrumentos que constituyan su estructura jurídica y, subsidiariamente, conforme al

artículo 38, inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁶ (artículos 16, 18 inciso a, 21,22, 23 y 27).

El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de sus miembros. El fallo arbitral será dado por escrito y estará firmado por todos los miembros del Tribunal; decidirá sobre todas las pretensiones sometidas por las Partes y será motivado. El fallo es obligatorio para las Partes en la controversia desde el momento en que les sea notificado y tendrá respecto de ellas fuerza de cosa juzgada. Será de cumplimiento inmediato, a menos que el Tribunal haya fijado un plazo para el cumplimiento. No podrá ser objeto de apelación ni de ningún otro recurso. No obstante cualquiera de las Partes podrá pedir rectificación de los errores materiales del fallo. También en caso de desacuerdo sobre el sentido, alcance o forma de cumplimiento del fallo el Tribunal lo interpretará a pedido de cualquiera de las Partes en la controversia. Asimismo, cualquiera de las Partes puede pedir la revisión del fallo fundada en un hecho preexistente que hubiera podido influir decisivamente en el fallo y siempre que al dictarse hubiese sido desconocido por el Tribunal y por la Parte que solicita la revisión y que el desconocimiento de éste no se deba a su propia negligencia (artículos 31 a 33).

En caso de incumplimiento del fallo arbitral, la Parte o Partes interesadas podrán recurrir a la Conferencia (de las Partes Contratantes) a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute el fallo arbitral. Sin perjuicio de ello, la Parte o Partes contratantes afectadas por el incumplimiento podrán, con la autorización de la Conferencia, limitar o suspender concesiones de su lista nacional o concesiones no extensivas respecto de la Parte remisa (artículo 34).

El Protocolo fue suscripto por los once miembros de ALALC y sólo lo ratificaron siete de ellos: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay. Para dichos miembros entró en vigencia el 5 de mayo de 1971, aunque nunca fue efectivamente aplicado. Al sustituir ALADI a ALALC, a la nueva Asociación le fue conferida una estructura jurídica distinta de la de su predecesora. El Tratado de Montevideo 1980 no reasignó atribuciones del Comité Ejecutivo Permanente y de la Conferencia de las Partes Contratantes a los nuevos órganos. Por lo tanto, la implementación del Protocolo resultó imposible en el marco de ALADI y se concluyó por considerarlo caduco formal y materialmente.

⁶ Este artículo se refiere a: a) convenciones internacionales; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

B) ALADI

Cuando el 12 de agosto de 1980 los once países⁷ citados suscribieron el Tratado de Montevideo (TM80) –para sustituir al TM60–⁸, crearon la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Se trata de un área de preferencias económicas (art. 4) cuyo “objetivo a largo plazo [es] el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano” (art. 1). El TM80 no prevé un sistema de solución de controversias.

De ahí que como lo señala un autor “No es fácil explicar el motivo por el cual los órganos de la ALADI, no han desarrollado hasta el momento, un régimen de aplicación general sobre medios para la solución de controversias. Aparte de otras razones –sin excluir las de naturaleza política– es probable que los órganos de la Asociación hayan sido influidos por la presunción de que, en razón de sus peculiaridades, el ordenamiento jurídico basado en el Tratado de Montevideo 1980 no encierre un gran potencial de conflicto.” Si se hubieran de resumir las razones de la inexistencia de “un régimen global y de alcance regional sobre medios para la solución de controversias reside en la calidad –o la ‘amplitud’ y ‘profundidad’, relativamente limitadas– de los compromisos asumidos para el desarrollo de un programa de integración económica de alcance regional”, en cuanto se estableció un área de preferencias económicas. Por cierto, que esto “no significa que el Tratado de Montevideo 1980, así como otras normas básicas no hubiesen contemplado la posibilidad de la puesta en funcionamiento de algunos procedimientos de ‘control de la legalidad’ y de ‘solución de controversias’ ”.⁹

En cuanto a la solución de controversias, su “régimen” procede de diversas disposiciones. El TM80 en su art.35 literal m) fija que “El Comité (de Representantes) es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:...m) proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de alguna de las normas o principios del presente Tratado;”. Si bien pudiera parecer que la atribución es la de vigilar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros o, si se lo quisiera expresar de otro modo, de un control de legalidad de actos atribuibles a los

⁷ En 1998 se incorporó Cuba, como el duodécimo miembro de la Asociación.

⁸ Preámbulo TM80.

⁹ Alberto Zelada Castedo (1995:16-19) señala que el art. 35 literales n y ñ del TM80, y el art. 5 literal f de la Resolución 2 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores permiten configurar un sistema de control de legalidad en ALADI. Asimismo, en ciertos casos, conforme al art. 38, literales a e i este control también puede ser ejercido por la Secretaría. Como el control de legalidad no se analizará en el presente trabajo, sólo se lo cita como referencia.

Estados, hay que tomar en cuenta lo siguiente. El Comité no se limita a tomar conocimiento de la cuestión planteada sino que también debe proponer fórmulas para resolverla. Y en tal sentido se dictó la Resolución 114 del Comité de Representantes (22-3-90), por la que se establece el “procedimiento para preservar el cumplimiento de las normas del Tratado de Montevideo y de los compromisos contraídos a través de los acuerdos concertados por los países miembros y de las Resoluciones dictadas por los órganos de la Asociación” (art. único, primer párrafo). Son precisamente las normas procesales de la Resolución 114 destinadas al ejercicio de las competencias del Comité que le atribuye el ya citado art.35 inciso m) las que dan pie a considerar más correcto que se trata de un régimen relativo a la solución de controversias entre los Estados miembros.

10

Los medios previstos para arribar a una solución son:

- consultas, que pueden ser solicitadas por un país miembro, exponiendo las razones que la justifican y acompañando los antecedentes que se estimen necesarios; tal solicitud será comunicada al Comité de Representantes (numerales 1 y 2);
- de no haberse logrado una solución satisfactoria en la etapa de consultas, las partes involucradas, pueden plantear el asunto al Comité de Representantes a los efectos del art.35 literal m) del TM80, y el Comité propondrá las formulas que estime más convenientes para resolver la cuestión (numerales 4 y 5).¹¹

Asimismo, con posterioridad, se suscribió el Protocolo Interpretativo del artículo 44 del TM80 (Cartagena de Indias, 13-6-94). Este Protocolo se firmó para permitir a los países miembros suspender ventajas, favores, franquicias, inmunidades o privilegios a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el propio Tratado (TM80) o en el Acuerdo de Cartagena, y que deberían ser extendidos en forma inmediata e incondicional a los restantes miembros de la Asociación (art. 1). Es decir, que los conflictos que se planteen al respecto se resolverán conforme al Protocolo y a la Resolución 44 I-E del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, para zanjar la excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, que contradice el principio de no discriminación intrazona. Esta Resolución (del lugar y fecha precedentemente citados) fija las funciones y atribuciones del grupo especial previsto en el artículo 4 del Protocolo Interpretativo mencionado.

¹⁰ Cfme. Zelada Castedo, Alberto (1995) pág. 19.

¹¹ Zelada Castedo (1995) estima que esta intervención es en calidad de mediador, pág. 20.

Mediante esta normativa se procura reglar las consecuencias de la suscripción por un país miembro de un acuerdo con un país no miembro –que no sea un país de América Latina ni un país en desarrollo–,¹² por la cual el primero puede solicitar la suspensión definitiva o condicional de la obligación de aplicar la cláusula de la nación más favorecida. Sin perjuicio de la plena vigencia de esta última, los países miembros que sean parte de acuerdos con terceros países no previstos en el TM80 podrán solicitar al Comité de Representantes la suspensión temporal de las obligaciones establecidas en el art. 44 del TM80 ¹³(art. 2 del Protocolo Interpretativo). El país que así lo solicite deberá asumir el compromiso de celebrar negociaciones con cualquier otro país miembro que por sentirse afectado se lo requiera. La finalidad será la de “recibir compensaciones sustancialmente equivalentes a la pérdida de comercio en virtud de las preferencias otorgadas en instrumentos no previstos en el Tratado de Montevideo 1980” (art. 3, inc. a del Protocolo Interpretativo). En cuanto a la suspensión, el Comité de Representantes la concederá en forma definitiva por un plazo de cinco años, renovable por un nuevo período no superior a cinco años, siempre que ningún país manifieste su intención de solicitar negociaciones. Si por el contrario algún país las solicita, la suspensión sólo será acordada en forma condicional (arts. 1 a 5 del Protocolo).

Los métodos de solución previstos tanto en el Protocolo como en la Resolución 44 I-E son aplicables a las diferencias relativas al alcance o nivel de las compensaciones ofrecidas por el Estado miembro que solicitó la suspensión de las obligaciones que le impone el art.44 del TM80. En la Resolución 44 I-E los métodos son:

- negociaciones directas entre el país solicitante de la suspensión y el país que se considere afectado;
- intervención del Grupo Especial, por no haberse alcanzado resultados satisfactorios mediante las negociaciones directas (artículo 4, Protocolo Interpretativo y numeral Primero de la Resolución 44 I-E).

El Grupo Especial estará integrado por tres miembros o cinco a petición de los países directamente interesados. Serán seleccionados de una nómina que conforma el Comité a propuesta de los países de la Asociación así como de la lista de panelistas del GATT. Ninguno de dichos miembros podrá ser nacional de los Estados involucrados en la controversia (numerales Segundo y Tercero de la Resolución 44 I-E).

¹² Cfme. Zelada Castedo (1995), pág 21.

¹³ Artículo 44 del TM80: las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente Tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros.

Al Grupo Especial le compete (numeral Séptimo, Resolución 44 I-E, párrafos a y b):

- examinar los puntos de vista expuestos por los países directamente interesados;
- evaluar si la compensación ofrecida al finalizar las negociaciones resulta o no suficiente;
- determinar la compensación que, a su juicio, sea adecuada, en caso de considerar que la ofrecida no fuese suficiente.

La decisión final del Grupo Especial será precedida de una audiencia de conciliación y podrá proponer una solución transaccional. De no ser aceptada, continúan los procedimientos para alcanzar la decisión final (numeral Décimo de la Resolución 44 I-E). El Grupo la adoptará sobre la base de lo previsto en el TM80, los acuerdos celebrados al amparo de éste, en particular el Protocolo Interpretativo del art. 44, y los acuerdos y decisiones adoptados por los órganos políticos de la Asociación¹⁴ (numeral Decimosegundo de la Resolución 44 I-E).

La decisión final tendrá carácter definitivo para los países directamente interesados (numeral Decimotercero de la Resolución 44 I-E). Se la pondrá en conocimiento del Comité de Representantes para que, conforme al Protocolo Interpretativo, se pronuncie sobre la solicitud de suspensión del cumplimiento de las obligaciones del art.44 del TM80 (artículo 5 del Protocolo Interpretativo).

Algunas iniciativas. Las disposiciones comentadas –Resolución 114, y Protocolo Interpretativo y Resolución 44 I-E– no disminuyeron el interés de la Asociación en establecer un régimen general relativo a los medios de solución de controversias. En tal sentido, el Consejo de Ministros [de Relaciones Exteriores] se pronunció en diversas resoluciones¹⁵ respecto del establecimiento de un mecanismo regional para la solución de controversias. En virtud de las directrices del Consejo, tanto el Comité de Representantes como la Secretaría elaboraron trabajos especiales. La “Propuesta para un Régimen de Solución Regional de Controversias para la Asociación Latinoamericana de Integración”¹⁶ de la Secretaría se refiere a las negociaciones directas; en defecto de alcanzarse un acuerdo por esta vía, se encargará al Comité la designación de una Comisión ad hoc que emitirá una recomendación no coercitiva. Si con intervención de dicha Comisión tampoco

¹⁴ Según el art. 28 del TM80 son el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia, y el Comité de Representantes.

¹⁵ Se trata de las Resoluciones 30 (VI), 1-12-91; 32 (VII), 30-11-92; 41 (VIII), 1-2-94; 50 (X), 6-11-98.

¹⁶ Documento ALADI/SEC/Propuesta 144. Rev. 1, 10-11-92

se alcanzara la solución, corresponderá actuar a un grupo arbitral, cuyos laudos serán inapelables y obligatorios.

Recibida la citada propuesta de la Secretaría, el Comité de Representantes resolvió establecer un Grupo de Trabajo que preparó un proyecto,¹⁷ cuyas disposiciones se aplicarían a las controversias surgidas sobre la interpretación, aplicación e incumplimiento de:

- las normas del TM80, Resoluciones, Decisiones o Acuerdos adoptados por los órganos de la Asociación;
- los compromisos contraídos en los Acuerdos concertados en el marco del mismo Tratado.

En este último caso, el régimen general sólo sería aplicable si tales acuerdos no hubieran tenido previsto expresamente otro mecanismo de solución de controversias de resultados inapelables y obligatorios.

Las instancias previstas eran las negociaciones directas, la conciliación a cargo de un grupo ad hoc y el procedimiento arbitral a cargo de un grupo arbitral cuyos laudos serían inapelables y obligatorios.

Proyecto de 1999. En 1999 se elaboró un proyecto de acuerdo sobre el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias para los acuerdos celebrados al amparo del TM80 (ALADI/CR/di 1016, 22 de noviembre de 1999). Al fijar su ámbito de aplicación, se establece que es el siguiente:

- a) las controversias que se susciten sobre interpretación o aplicación de los compromisos asumidos en los acuerdos de alcance regional o parcial celebrados de conformidad con el TM80, siempre que en los mismos no se hubieren previsto otros mecanismos específicos de solución de controversias, cuyas decisiones tuvieren carácter de inapelables y de cumplimiento obligatorio para las Partes;
- b) cuando un país miembro considere que una medida de otro u otros países es o pudiera ser incompatible con las obligaciones de las disposiciones de los acuerdos celebrados de conformidad con el TM80; o
- c) cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga las disposiciones de los acuerdos celebrados de conformidad con el TM80, un país miembro considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber

¹⁷ Documento ALADI/CR/dt/Rev.2., 1/10/93; cfme. Zelada Castedo (1995).

esperado recibir de la aplicación de algunos de los instrumentos mencionados (artículo 2).

Las instancias proyectadas para la solución de los diferendos son las consultas recíprocas, la conciliación y el procedimiento arbitral. Para llevar a cabo este último, el proyecto se refiere a un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, cuya jurisdicción reconocen como obligatoria en los casos en que se constituya con la finalidad de conocer y resolver las controversias suscitadas entre países miembros del acuerdo (artículos 6, 13, 23, 24). El laudo del tribunal arbitral, se adoptará por mayoría y deberá ser fundamentado y suscripto por los miembros del tribunal, quienes no podrán fundamentar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación. Dicho laudo será obligatorio e inapelable para los países miembros del acuerdo involucrados en la controversia desde la fecha de la notificación y pasará en autoridad de cosa juzgada (artículos 30, segunda parte y 31).

Por falta de consenso este proyecto no llegó a ser suscripto como protocolo.

IV. REGÍMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN

De todos los acuerdos bilaterales o plurilaterales concertados en el hemisferio que tienen previsto un sistema de solución de controversias sólo se considerarán el MERCOSUR, la CAN, el Grupo de los Tres y el TLCAN, en los casos de diferendos entre Estados miembros.¹⁸ Como ya se mencionó, y sin menoscabar la importancia de otros sistemas de solución de controversias regionales, esta limitación se basa en la dimensión geográfica y alcance económico de estos cuatro esquemas. También se los estima representativos para individualizar los elementos que pueden constituir puntos de articulación con lo que se negocia en el ALCA.

MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el Tratado de Asunción (TA) a fin de constituir el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). En el Tratado se fijaba un plazo, a cumplirse el 31 de diciembre de 1994, para conformar ese mercado común (art. 1).

Un esquema de la sucesión de instrumentos relacionados con el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR puede ser el siguiente:

1. Etapa de transición (1991-1994)
 - Anexo III del Tratado de Asunción
 - Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Dec. N° 1/91 (17-12-91)
 - Designación de la sede de los Tribunales Ad Hoc, Dec N° 28/94 (13-12-94)
2. Etapa a partir del marco institucional del Protocolo de Ouro Preto (17-12-94)
 - Anexo al Protocolo de Ouro Preto: Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR
 - Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Dec. N° 17/98 (10-12-98)
3. Etapa de relanzamiento del MERCOSUR

¹⁸ Véase el cuadro 3 al final de esta sección.

- Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia, Dec. N° 25/00 (29-6-00)
- Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias, Dec. N° 65/00 (14-12-00)
- Reglamento del Anexo del Protocolo de Ouro Preto: Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR, Dec. N° 18/02 (6-12-02)

El listado precedente –a excepción de la Dec. N° 18/02– es un cuadro de la normativa sobre solución de controversias previa al Protocolo de Olivos.

Para el período de transición (que se extendía desde la entrada en vigor del TA – 29-11-91– hasta el 31-12-94) estaba prevista la adopción de un sistema de solución de controversias descrito en el Anexo III (art. 3 TA). Dicho Anexo indicaba que antes del 31-12-94 los Estados partes adoptarían un sistema permanente de solución de controversias (numeral 3).

En tal sentido, el Protocolo de Brasilia (17-12-91) estableció un mecanismo de solución de controversias para estar vigente hasta la entrada en vigor de un sistema permanente (art. 34). El Protocolo fue reglamentado por Decisión 17/98. Por su parte, el Protocolo de Ouro Preto (17-12-94), sobre la estructura institucional del MERCOSUR, complementó el Protocolo de Brasilia.

Protocolo de Brasilia: los laudos arbitrales

Durante la vigencia del Protocolo de Brasilia se plantearon nueve diferendos resueltos en cada caso por un tribunal arbitral ad hoc.

1. Laudo del 28-04-99. Reclamo de Argentina a Brasil por la aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco. La decisión fue favorable a Argentina. El Tribunal ordenó eliminar las licencias, a excepción de las amparadas en razones de salud y otras que estuvieran admitidas.
2. Laudo del 27-09-99. Reclamo efectuado por Argentina a Brasil por los subsidios acordados por este último país a la producción y exportación de carne de cerdo. En esta ocasión, el Tribunal rechazó el pedido de Argentina respecto de los incentivos y sólo confirmó que estaba prohibido el financiamiento PROEX (Programa de Financiamiento para Exportaciones) aplicado por Brasil.

3. Laudo del 10-03-00. Planteo de Brasil por las medidas de salvaguardia aplicadas por Argentina sobre los productos textiles. El laudo determinó que no se puede aplicar ninguna salvaguardia intra-MERCOSUR, después del 1-1-95, es decir, una vez finalizada la etapa de transición del esquema (1991-1994).
4. Laudo del 21-05-01. Brasil reclamó por las medidas antidumping adoptadas por Argentina contra la exportación de pollos enteros procedentes de Brasil. El Tribunal sostuvo que Argentina aplicó debidamente su ley nacional y no hizo lugar a la solicitud de levantamiento de la medida.¹⁹
5. Laudo del 29-09-01. Presentación de Uruguay a causa de las restricciones al acceso al mercado de Argentina de bicicletas de origen uruguayo. El Tribunal estimó que se cumplía lo dispuesto en el Reglamento de Origen del MERCOSUR y, por lo tanto, admitió el libre acceso de las bicicletas uruguayas al mercado argentino.
6. Laudo del 09-01-02. Reclamo de Uruguay a Brasil por la prohibición impuesta por este país a la importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay. En este caso, el Tribunal estimó incompatible la prohibición brasileña de importar los neumáticos remoldeados por afectar al flujo comercial ya existente.
7. Laudo del 19-04-02. El diferendo se basó en el reclamo de Argentina a Brasil por los obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos a Brasil debido a la no incorporación al ordenamiento jurídico interno brasileño de las Resoluciones del Grupo Mercado Común Nros. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96, 71/98, lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR. La decisión del Tribunal fue que la incorporación de las citadas normas se debe hacer en tiempo razonable y que las razones de salud deben ser excepcionales.
8. Laudo del 21-05-02. La controversia se suscitó entre Paraguay y Uruguay por la aplicación por parte de este último país del Impuesto Específico Interno (IMESI) a la comercialización de cigarrillos. El Tribunal sostuvo que de acuerdo con el Tratado de Asunción no es posible discriminar en la tributación interna a los productos importados de Paraguay.
9. Laudo del 04-04-03. Se resolvió el diferendo entre Argentina y Uruguay sobre la incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay. El Tribunal ordenó a Uruguay eliminar los incentivos a la exportación de

¹⁹ Ante el resultado del laudo, el 7/11/01 Brasil acudió a la OMC (WT/DS241).

productos industrializados de lana, destinados a los demás países del MERCOSUR, por contrariar la Dec. N° 10/94.

El sistema instituido en el Protocolo de Brasilia fue objeto de críticas que lo señalaban entre los aspectos débiles del diseño institucional del esquema. Al elaborarse en el año 2000 la agenda de relanzamiento del MERCOSUR, por Dec. 25 se encargó al Grupo Ad Hoc Aspectos Institucionales realizar un análisis y presentar antes del 10 de diciembre de ese año una propuesta integral relativa al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia. Por Dec. N° 65/00 se estableció un Grupo de Alto Nivel cuya función principal consistió en elaborar una propuesta. El proyecto de protocolo que presentó “se constituyó en la columna vertebral del instrumento finalmente adoptado”. (Rey Caro, Ernesto J.;2003, pág. 11).

El plazo citado fue prorrogado por Dec.7/01 (21-06-01) hasta el 30 de noviembre de 2001. Al cabo de un decenio de vigencia del Protocolo de Brasilia se suscribió el Protocolo de Olivos (18-2-02), vista la conveniencia de realizar modificaciones en el sistema de solución de controversias a fin de consolidar la seguridad jurídica en el ámbito del MERCOSUR.²⁰

A continuación, se reseñan los aspectos principales del Protocolo de Olivos.

Protocolo de Olivos

Ambito de aplicación. Como lo determina el artículo 1, es el de las controversias entre los Estados partes que se plantean sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado constitutivo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM).

Opiniones consultivas. Supeditados a la definición del alcance y los procedimientos que determine el CMC, éste puede establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, al que se hará referencia más adelante (art. 3).

²⁰ Protocolo de Olivos: “Art. 53: Revisión del sistema. Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común...”. Por lo tanto, el sistema previsto en el Protocolo de Olivos también tiene un carácter provisional.

Etapas de la solución. En primera instancia, los Estados involucrados en la controversia “procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas” (art. 4). Si éstas fracasan o la solución es sólo parcial, se puede iniciar el procedimiento arbitral. Sin perjuicio de ello, y de común acuerdo, las partes pueden dar intervención al GMC. El Grupo evalúa la situación conforme a lo expuesto por las partes al fijar sus respectivas posiciones. Si lo estima necesario requiere el asesoramiento de expertos para formular por último sus recomendaciones. Cuando la controversia se lleva a consideración del GMC a pedido de un Estado que no sea parte en la controversia, entonces el GMC puede efectuar comentarios o recomendaciones (arts. 6 y 7).

No solucionado el diferendo en las dos etapas anteriores, cualquiera de los Estados partes en el conflicto comunicará a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) su decisión de recurrir al procedimiento arbitral (art. 9). Este se sustancia ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc compuesto por tres miembros. Dos árbitros son designados por cada una de las partes en la controversia y el tercero de común acuerdo entre ellas. El tercer árbitro presidirá el Tribunal y no podrá ser nacional de las partes en disputa. De no existir acuerdo para su designación, compete a la SAM, a pedido de cualquiera de los Estados partes, designarlo por sorteo de una lista consolidada del modo dispuesto por el mismo protocolo (art. 10). Para formar la lista de árbitros cada Estado parte designará doce árbitros. La lista respectiva quedará registrada en la SAM. La designación de los árbitros, junto con el curriculum vitae de cada uno de ellos, será notificada simultáneamente a los demás Estados partes y a la SAM. Asimismo cada Estado parte propondrá cuatro candidatos para integrar la lista de terceros árbitros y al menos uno de ellos no será nacional de ninguno de los Estados partes del MERCOSUR. La lista será notificada a los demás Estados partes a través de la Presidencia Pro Tempore. Una vez consolidada, esta lista de terceros árbitros, acompañada del curriculum vitae de los mismos, será comunicada por la Presidencia Pro Tempore a la SAM que la registrará y notificará a los Estados partes (art.11) .

Asimismo, los Estados partes pueden designar representantes ante el Tribunal Ad Hoc y también asesores para la defensa de sus derechos. Esta autorizada la unificación de la representación ante el Tribunal para el caso en que dos o más Estados partes sostengan la misma posición, lo que implica que deberán designar un solo árbitro de común acuerdo (arts. 12 y 13).

Objeto de la controversia. Queda determinado por los escritos de presentación y respuesta –basados en las cuestiones consideradas en las etapas previas, previstas en el Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto²¹ presentados al Tribunal, al punto que no puede ser ampliado con posterioridad. En dichos escritos, además de informar sobre las instancias cumplidas con anterioridad, las partes expondrán los fundamentos de hecho y de derecho en los que asientan sus posiciones (art. 14).

Procedimiento de revisión. Se trata de un aspecto innovador que no estaba incorporado en el sistema anterior. Autoriza la interposición del recurso de revisión contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Para ello, se crea una nueva instancia: el Tribunal Permanente de Revisión. El recurso se limita a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas efectuadas en el laudo del Tribunal Ad Hoc. Si éste hubiera pronunciado su laudo sobre la base del principio ex aequo et bono, dicho laudo no puede ser objeto de revisión (art. 17).

El Tribunal Permanente de Revisión está integrado por cinco árbitros. Cada uno de los Estados partes designa uno y su suplente, por un período de dos años, renovable por otros dos consecutivos. El quinto lo designan por unanimidad los Estados partes, por un período de tres años no renovable. De no alcanzarse la unanimidad será designado por sorteo, entre los que conforman una lista de ocho árbitros –cada Estado parte propone a dos de ellos– nacionales de los países miembros del MERCOSUR. Por aceptar su designación, los integrantes del Tribunal de Revisión deben estar disponibles de modo permanente para desempeñarse cada vez que se los convoque (arts. 18 y 19).

Si la controversia se plantea entre dos Estados miembros, el Tribunal estará integrado por tres árbitros. En cambio, si involucra a más de dos Estados partes, el Tribunal se constituirá con cinco árbitros. El pronunciamiento del Tribunal de Revisión puede confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc. El laudo de Tribunal Permanente de Revisión es definitivo y prevalece sobre el laudo del Tribunal Ad Hoc. Nada obsta a que las partes acuerden expresamente someterse al Tribunal Permanente de modo directo como instancia única una vez que estén agotadas las negociaciones directas sin haberse alcanzado la solución de la controversia. El Tribunal de Revisión tendrá entonces las competencias del Tribunal Arbitral Ad Hoc. El laudo dictado en tales circunstancias es obligatorio para las partes, no puede ser objeto del recurso de revisión y tiene fuerza de cosa juzgada (arts. 20, 22 y 23).

²¹ Este Anexo contiene el procedimiento general para reclamar ante la CCM.

Laudos arbitrales. Ya sean del Tribunal Ad Hoc o del Permanente de Revisión deben ser adoptados por mayoría, fundados y suscriptos por todos los integrantes del Tribunal. Los árbitros no pueden fundar votos en disidencia y se debe mantener la confidencialidad de la votación, lo que es aplicable también a las deliberaciones (art. 25).

Los laudos de los Tribunales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia y tienen para ellos fuerza de cosa juzgada una vez vencido el plazo para interponer el recurso de revisión. Los del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios y constituyen cosa juzgada. Deben ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. Tal es así, que las medidas compensatorias previstas en el Protocolo (arts. 31 y 32) para el caso de incumplimiento total o parcial del laudo, no eximen al Estado parte de su obligación de cumplirlo (arts. 26 y 27).

Está previsto un recurso de aclaratoria tanto ante el Tribunal Ad Hoc como ante el Permanente, ya sea respecto del mismo laudo como sobre la forma de cumplirlo (art. 28).

Disposiciones comunes a ambos Tribunales. En lo que se refiere a la jurisdicción de los Tribunales Ad Hoc y del Permanente de Revisión, los Estados partes declaran reconocerla ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial. El derecho que aplicarán ambos Tribunales para decidir la controversia es el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos concertados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC, las Directivas de la CCM, así como los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia. Este marco normativo en el que deben encuadrar su pronunciamiento no impide a los Tribunales Ad Hoc o al Permanente de Revisión cuando actúa en instancia directa y única (art. 23) decidir la controversia ex aequo et bono, si así lo acuerdan las partes (arts. 33 y 34).

Para poder formar parte de uno u otro Tribunal, los árbitros deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y conocer todo el conjunto normativo del MERCOSUR. Deberán actuar con imparcialidad e independencia de los Estados partes y carecer de intereses en la controversia. Se designarán en consideración a su objetividad, confiabilidad y buen juicio. (art. 35).

Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc se pueden reunir en cualquier ciudad de los Estados Parte. En cambio el Tribunal Permanente de Revisión tiene su sede en la ciudad

de Asunción, aunque por razones fundadas se podrá reunir excepcionalmente en otras ciudades del MERCOSUR (art. 38).

El Protocolo de Olivos fue reglamentado por Dec. 37/03 (15-12-03).

COMUNIDAD ANDINA

El Grupo Andino se constituyó en 1969 como esquema subregional en el marco de la ALALC, mediante la suscripción del Acuerdo de Cartagena. En su art. 23 el Acuerdo ponía a cargo de la Comisión –uno de sus órganos– la solución de controversias. A ella le competían llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación en los casos de discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del citado acuerdo, o de las Decisiones de la propia Comisión. De no alcanzarse el avenimiento, los países miembros se debían someter a los procedimientos establecidos en el Protocolo para la solución de controversias de la ALALC (Asunción, 2-9-67).²² Pero tiempo después los cinco miembros del Grupo Andino –Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela– instituyeron un sistema jurisdiccional de solución de controversias al crear el Tribunal de Justicia (Tratado de Cartagena, 29-5-79 en vigencia a partir de 1983).

El Protocolo de Quito (19-5-87) modificó el Acuerdo de Cartagena. Por su parte, en la década de 1990, el Grupo Andino fue objeto de una reestructuración por medio del Protocolo de Trujillo (10-3-96) y el Protocolo de Sucre (25-6-97). Quedó creada la Comunidad Andina. Está integrada por “los Estados soberanos” de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Entre los órganos se cuenta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (art. 6).²³ El tratado originario de creación del Tribunal también se modificó mediante el Protocolo de Cochabamba (28-5-96).

Ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico de la CAN comprende: “a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e instrumentos adicionales; b) el presente Tratado

²² Lo que era coherente con la caracterización del Grupo Andino como esquema subregional encuadrado en el marco de ALALC. Esto constituye un ejemplo en el que se concilian la pertenencia a dos esquemas.

²³ El art. 6 señala que el Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones: Consejo Presidencial Andino; Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; Comisión de la Comunidad Andina; Secretaría General de la CAN; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Parlamento Andino; Consejo Consultivo Laboral; Corporación Andina de Fomento; Fondo Latinoamericano de Reserva; Convenio Simón Rodríguez; Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; Universidad Andina Simón Bolívar; Consejos Consultivos que establezca la Comisión y demás órganos o instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

y sus Protocolos modificatorios; c) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría de la Comunidad Andina; e) los convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andino” (art. 1, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia).

Competencias. En cuanto a las competencias del Tribunal están contenidas en el capítulo III del tratado constitutivo del Tribunal.²⁴ En relación con lo que se procura indagar en este trabajo el caso más evidente de controversias entre Estados partes está expuesto en el art. 24 dentro de la sección segunda correspondiente a la acción de incumplimiento: “Cuando un país miembro considere que otro país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que forman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento... la Secretaría General ... emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado”. “Si el dictamen fuera de incumplimiento y el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto de reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los 60 días de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.” “Si la Secretaría General no emitiera un dictamen dentro de los 65 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal”. Las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal a petición de partes, fundada en algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiera sido desconocido en la fecha de emisión de la sentencia para quien solicita la revisión. El pronunciamiento de revisión se deberá presentar dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho nuevo y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia (art. 29).

Las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas en sus derechos por el incumplimiento del país miembro, también pueden acudir a la Secretaría General y al Tribunal para interponer la acción por incumplimiento (art. 25).

²⁴ Sección primera: acción de nulidad; sección segunda: acción de incumplimiento; sección tercera: interpretación prejudicial; sección cuarta: recurso por omisión o inactividad; sección quinta: función arbitral; sección sexta: jurisdicción laboral.

Un país miembro –tanto como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas– puede intentar ante el Tribunal la acción de nulidad respecto de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la CAN, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los convenios de complementación industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina (art. 17). Pero sólo podrán intentar esta acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo (art. 18).

El recurso por omisión o inactividad puede ser interpuesto cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la CAN o la Secretaría General “... se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CAN”. Lo pueden interponer los órganos mencionados, los países miembros o las personas naturales o jurídicas, que mediante este recurso podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones. Admitido el recurso, al cabo del procedimiento respectivo el Tribunal emitirá una providencia en la que señalará “la forma, modalidad y plazo en la que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación” (art.37).

El Tribunal también es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros –que podrían ser alguno o algunos de los países miembros–²⁵ cuando las partes así lo acuerden. “A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro” (art. 38).

Como disposición de orden general el Tratado establece que para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal no requerirán homologación o exequátur en ninguno de los países miembros (art. 41).

²⁵ La situación podría tener lugar en el caso de algún acuerdo de sede: el Tribunal de Justicia la tiene en Quito (art. 5 del Tratado del Tribunal), la Secretaría General en Lima (art. 31 del Acuerdo de Cartagena) y el Parlamento Andino en Bogotá (art. 42 del Acuerdo de Cartagena), o bien en relación con el “Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Corporación Andina de Fomento, Fondo Latinoamericano de Reservas, Convenio Simón Rodríguez, los convenios sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; la Universidad Andina Simón Bolívar, los consejos consultivos que establezca la Comisión y los demás órganos o instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina” (art. 6 del Acuerdo de Cartagena).

Mediante el sistema adoptado, la CAN creó un órgano jurisdiccional (art. 6 del Acuerdo de Cartagena). A él se deben someter obligatoriamente los países miembros, en el marco de las competencias fijadas en el Tratado de constitución del Tribunal. Lo que es consecuencia de un ordenamiento jurídico –enumerado en el art. 1 del Tratado de la Creación del Tribunal de Justicia– cuyas normas son directamente aplicables por los países miembros, salvo cuando se indique expresamente que deben ser incorporadas al derecho interno de cada miembro (art. 3 de este último Tratado).

TLCAN

El TLCAN suscripto por Canadá, Estados Unidos y México vincula a estos países desde 1994. Se trata de socios con distinto grado de desarrollo económico, como es el caso de los dos primeros –con amplia ventaja para Estados Unidos– respecto del tercero, un país en desarrollo. Asimismo, existen diferencias en sus sistemas jurídicos nacionales. Por una parte, esa diferencia está presente en los de Canadá y Estados Unidos, y es más marcada entre éstos y el sistema jurídico mexicano.²⁶

El TLCAN fija entre sus objetivos “crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias” (art. 102.e). El régimen general de la solución de controversias está contemplado en el Cap. XX. Compete de manera exclusiva a los Estados partes recurrir a los procedimientos de resolución de controversias de este capítulo para prevenir y solucionar los diferendos relativos a la interpretación y aplicación del acuerdo, “o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo según el sentido del Anexo 2004” (art. 2004). Esta exclusiva potestad estatal concuerda con la negativa a que alguna de las partes pueda “otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con este Tratado” (art. 2021).²⁷

Amén de este régimen general –el único que se considerará en este trabajo–, los capítulos XI sobre inversiones, XIV sobre servicios financieros, XIX en materia

²⁶ Se trae a colación por el escollo que puede constituir en materia de antidumping y cuotas compensatorias, regida por el Cap. XIX. En esta área tienen vigencia las disposiciones jurídicas internas del país importador, pero la aplicación de los derechos antidumping y compensatorios queda sujeta a revisión de paneles binacionales. Para un análisis de esta cuestión se puede ver Alonso García, Ricardo (1997), págs. 19 y ss.

²⁷ Respecto de lo que Alonso García (1997) llama “matización” y “auténtica excepción” del régimen general, véase pág. 19 (antidumping) y págs. 47 y ss. (inversiones) en cuanto a derechos de los particulares.

antidumping y cuotas compensatorias y los Acuerdos Complementarios de Cooperación Laboral y Ambiental prevén procedimientos especiales de solución de diferencias.

El principio que gobierna el régimen general es el de cooperación ya que las partes deben procurar llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Tratado “y, mediante la cooperación y consultas” también procurarán alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier cuestión que pueda afectar su funcionamiento (art. 2003). Si fracasan las consultas, cualquier parte puede solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio, que procurará –y que en caso de estimarlo necesario podrá convocar a asesores técnicos, crear grupos de trabajo o de expertos– recurriendo a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o mediante recomendaciones apoyar a las partes para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria (art. 2007). El fracaso de esta etapa autoriza a cualquiera de las partes consultantes a solicitar la formación de un panel arbitral, que será establecido por la Comisión (art. 2008). Al panel arbitral le compete presentar un informe preliminar que se fundará en los argumentos y las comunicaciones presentadas por las partes y la información de expertos. A este informe preliminar las partes le pueden formular observaciones, lo que puede llevar al panel a su reconsideración (art. 2016). Por último, el panel presenta su informe final (art. 2017). A partir de él, las partes convendrán la solución de la controversia, que por lo regular se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel (art. 2018).

GRUPO DE LOS TRES

Lo constituyen Colombia, México y Venezuela, que suscribieron el 13-6-94 un Tratado de Libre Comercio. El Cap. XIX determina el régimen de solución de controversias cuyas líneas generales son semejantes a las del TLCAN. Impone a las partes que procuren siempre, mediante la cooperación y las consultas, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del Tratado y que se esfuercen por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier cuestión que pueda afectar su funcionamiento (art. 19-01).

El Tratado es aplicable, salvo disposición en contrario, a la prevención o solución de controversias respecto de su aplicación o interpretación, o bien cuando una parte considera que una medida de otra parte es incompatible con las obligaciones del Tratado o puede causar anulación o menoscabo (art. 19-02).

En primer lugar, cualquiera de las partes puede solicitar la realización de consultas respecto de cualquier medida u otro asunto que estime pueda afectar el funcionamiento del tratado (art. 19-05 numeral 1).

Si fracasan las consultas, cualquier parte consultante puede solicitar que se reúna la Comisión Administradora. Dicha Comisión, con el objeto de lograr una solución mutuamente satisfactoria podrá –si lo estima necesario– convocar asesores técnicos, o crear grupos de trabajo o de expertos. Asimismo, podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o bien formular recomendaciones (art. 19-06).

Si pese a la intervención de la Comisión no se arribara a la solución del conflicto, cualquier de las partes puede solicitar la constitución de un tribunal arbitral (art. 19-07).

Cumplido el procedimiento, el tribunal presenta a las partes una decisión preliminar. Ella contendrá las conclusiones de hecho, la determinación sobre si la medida cuestionada es incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado, o es causa de anulación o menoscabo, así como un proyecto de parte resolutive. Las partes contendientes pueden formular observaciones por escrito. En tal caso, el tribunal arbitral examina las observaciones escritas y puede –de oficio o a petición de parte– realizar las diligencias que considere apropiadas, solicitar las observaciones de cualquier parte contendiente y reconsiderar su decisión preliminar (art. 19-14). Por último, presentará a la Comisión una decisión final (art. 19-15 numeral 1), que es obligatoria para las partes (art. 19-16 numeral 1).

ESQUEMA	MERCOSUR <i>unión aduanera</i>	CAN <i>unión aduanera</i>	TLCAN <i>zona de libre comercio</i>	Grupo de los Tres (G3) <i>zona de libre comercio</i>
Normativa	Protocolo de Olivos (PO)	Protocolo de Cochabamba	TLCAN Cap. XX	Tratado G3 Cap. XIX
Ámbito de aplicación	Art. 1: Interpretación, aplicación o incumplimiento de disposiciones del TA, Protocolo de Ouro Preto, acuerdos celebrados en el marco del TA; Dec. del CMC; Resol. del GMC y Directivas del CCM (Art. 1 # 1).	Art. 1. El orden jurídico de CAN: a) Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos y acuerdos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos modificatorios; c) Las Dec. del Consejo Andino de Ministros de RR.EE. (CAMRE) y Comisión de CAN (CCAN); d) Las resoluc. de Secretaría Gral. de CAN (SGCAN); d) Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andina. (véase arts. 2, 3, 4, párr.2º).	Art. 2001, 2.c: La Comisión de Libre Comercio deberá.... c) resolver las controversias que puedan surgir respecto de la interpretación o aplicación del Tratado. Art. 2004: El capítulo es aplicable a la prevención o SC relativas a la aplicación o interpretación del Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004.	Art. 19-02 a) Prevención o solución de controversias entre Partes relativas a la aplicación o interpretación del Tratado. b) Cuando una parte considere que una medida de otra Parte es incompatible con las obligaciones del Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo en el sentido del anexo del artículo.
Instancias	<ul style="list-style-type: none"> - Opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión conforme a los mecanismos que establezca el CMC (art. 3) - Negociaciones directas (art. 4) - Procedimiento optativo ante el GMC (art. 6) - Procedimiento arbitral ad hoc (art. 9) - Procedimiento de revisión (Tribunal Permanente de Revisión) (art. 17) 	<p>Art. 5. <u>Competencia</u> del Tribunal de Justicia, órgano jurisdiccional de CAN.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acción de nulidad (arts. 18- 22) - Acción de incumplimiento (arts. 23-31). - Interpretación prejudicial (arts. 32-36). - Recurso por omisión o inactividad (art. 37) - Función Arbitral (arts. 38-39) - Jurisdicción laboral (art. 40) 	<p>Art. 2003: Cooperación y consultas entre las partes para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del Tratado.</p> <p>Art. 2006: Consultas.</p> <p>Art. 2007: Comisión: buenos oficios, conciliación y mediación, recomendaciones.</p> <p>Art. 2008: Panel arbitral.</p>	<p>Art. 1901: Las Partes procurarán llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación de este Tratado mediante la cooperación y consultas y se esforzarán por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria en cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.</p> <p>Art. 1905: Consultas.</p> <p>Art. 1906: Intervención de la Comisión: buenos oficios, conciliación, mediación, recomendaciones</p> <p>Art. 1907: Tribunal arbitral.</p>

V. ELECCIÓN DE FORO

Esbozados de manera sumaria los sistemas de solución de controversias de los esquemas considerados, cabe enfocar ahora un tema especial. Es el del punto de articulación en el que se origina la posibilidad de someter una controversia a uno u otro sistema de solución. Se trata de la elección del foro, facultad acordada a los contendientes respecto de una materia regulada en ordenamientos distintos, pero igualmente obligatorios para los disputantes.²⁸ Sería el caso de pertenencia simultánea a un esquema de integración subregional y a la vez a otro regional, hemisférico, o bien al sistema multilateral de regulación del comercio.

PROYECTO ALADI de 1999

Dada la referencia al Proyecto ALADI de 1999 sobre solución de controversias (sección III B de este trabajo), cabe indicar el modo en que la elección de foro fue encarada en ese documento de ALADI. En tal sentido, las controversias que surgen en relación con lo dispuesto en el Proyecto de Acuerdo, que también se pueden someter al “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” que forma parte del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante. Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al procedimiento arbitral (previsto en el art. 22 del Proyecto) o bien el establecido en el Acuerdo de la OMC, el foro elegido será excluyente del otro. Se considera iniciado el procedimiento del Acuerdo de la OMC, cuando una parte solicita la integración del grupo especial conforme al artículo 6 del Entendimiento sobre solución de controversias (art. 5).

²⁸ Las respectivas disposiciones sobre elección de foro de los cuatro esquemas de integración considerados son: MERCOSUR: art. 1 párrafo 2, Protocolo de Olivos; TLCAN: art. 2005; Grupo de los Tres: arts. 19.03 y 19.04, y Comunidad Andina: art. 42, Protocolo de Cochabamba, que no admite la opción de foro.

Como ya se aclaró, por falta de consenso este proyecto no superó su condición de tal. Se lo cita como uno más de los pasos dados por la Asociación en materia de solución de diferendos.

MERCOSUR

El principio básico de sometimiento de las controversias al procedimiento del Protocolo de Olivos admite un matiz no contemplado en el derogado Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias: la posibilidad de optar por otro foro. Así se puede recurrir, no sólo al sistema instituido en el Protocolo, sino también al sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o al de otros esquemas preferenciales de comercio en los que participen individualmente los Estados partes del MERCOSUR. Esta opción le es acordada a la parte demandante, sin perjuicio de lo que decidan de común acuerdo los contendientes. Por cierto, que iniciado el procedimiento en cualquiera de los sentidos indicados, queda excluido para ambas partes el recurso a otro foro respecto del mismo objeto de la controversia.²⁹ Los alcances de la elección del foro están sujetos a la reglamentación del CMC (art. 1).

El Reglamento del Protocolo de Olivos –Dec. N° 37/03– dispuso respecto de la opción de foro lo siguiente:

“Artículo 1. Opción de foro (art. 1.2. PO)

‘1. Si un Estado Parte decidiera someter una controversia a un sistema de solución de controversias distinto al establecido en el Protocolo de Olivos, deberá informar al otro Estado Parte el foro elegido. Si en el plazo de quince (15) días, contados a partir de dicha notificación, las partes no acordaran someter la controversia a otro foro, la parte demandante podrá ejercer su opción, comunicando esa decisión a la parte demandada y al Grupo Mercado Común (en adelante GMC).

²⁹ La inclusión de la opción de foro con carácter excluyente, amén de ser corriente en los acuerdos sobre solución de controversias, puede ser vista a la luz de lo acaecido respecto del cuarto laudo arbitral del MERCOSUR (véase Protocolo de Brasilia: los laudos arbitrales en la sección IV de esta trabajo).

'2. La opción de foro debe plantearse antes del inicio del procedimiento previsto en los artículos 4 y 41 del Protocolo de Olivos.³⁰

'3. Se entiende que un Estado Parte optó por el sistema de solución de controversias del Protocolo de Olivos al solicitar el inicio de los procedimientos previstos en sus artículos 4 y 41.

'4. A los efectos de este artículo, se considerará iniciado un procedimiento bajo el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuando la parte demandante solicite la conformación de un Grupo Especial en los términos del artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias.³¹

'5. El Consejo del Mercado Común reglamentará oportunamente la aplicación del presente artículo con relación a los sistemas de solución de controversias de otros esquemas preferenciales de comercio."

TLCAN

En el caso de controversias planteadas entre los Estados partes, el TLCAN amén de su propio sistema autoriza también a recurrir al de solución de controversias del GATT/OMC si se alegan fundamentos sustancialmente equivalentes a los que se pueden invocar conforme al TLCAN. Para ello el diferendo se debe originar en relación con lo dispuesto en el TLCAN y en el

³⁰ Los citados artículos del Protocolo de Olivos se refieren: el 4 a las negociaciones directas; el artículo 41 trata del procedimiento a seguir por la Sección Nacional del Grupo Mercado Común en caso de admitir el reclamo de un particular con motivo de la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Partes de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, de sus protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, y las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, a menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo con los capítulos IV (negociaciones directas), V (intervención del Grupo Mercado Común, procedimiento optativo), VI (procedimiento arbitral ad hoc) y VII (procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión) del Protocolo de Olivos.

³¹ El art. 6 del citado Entendimiento al cual remite el numeral 4 del art. 1 del Reglamento del Protocolo de Olivos prevé lo relativo al establecimiento de grupos especiales. El establecimiento de estos grupos tiene lugar a pedido de la parte reclamante.

GATT, en los convenios negociados de conformidad con éste o en cualquier otro acuerdo sucesor del GATT,³² lo que permite resolverlo en uno u otro foro a elección de la parte reclamante. Aunque la controversia esté planteada entre dos Estados, el reclamante que elige el foro del GATT notificará a la tercera parte su intención de acudir al foro del organismo multilateral. Esta última puede manifestar su oposición y en tal caso las partes se consultarán para convenir en un foro único. De no llegarse a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará conforme a los lineamientos de TLCAN. El foro seleccionado –TLCAN o GATT– es excluyente del otro (art. 2005 numerales 1, 2 y 6).

La opción acordada para recurrir a uno u otro foro tiene sus excepciones señalando una preferencia por el sistema de solución de controversias del TLCAN. Así a la del numeral 2 del artículo 2005 en los casos de falta de consenso para elegir el foro único, se agregan otras. Este artículo aclara en su numeral 3 que cuando la parte demandada alegue que su acción está sujeta al art. 104 “Relación con tratados en materia ambiental y de conservación” y solicite que el asunto se examine en los términos de este tratado, la parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias del TLCAN.

Por su parte, el numeral 4, dispone que las controversias que surjan conforme al capítulo VII “Sector Agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias”, o en relación con el Capítulo IX ‘Medidas relativas a normalización’ [pueden tener lugar las siguientes situaciones]:

- ‘a) sobre una medida que una parte adopte o mantenga para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente; y
- ‘b) que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas,

³² Cabe recordar que el TLCAN se suscribió en diciembre de 1992 cuando se llevaban a cabo las negociaciones de la Ronda Uruguay, lo que explica la referencia a cualquier acuerdo sucesor del GATT.

‘cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme a este Tratado, la parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo y respecto de ese asunto al procedimiento de solución de controversias de este Tratado”, es decir, del TLCAN.

GRUPO DE LOS TRES

El Tratado del Grupo de los Tres contiene provisiones semejantes en cuanto a la posibilidad de recurrir al sistema del propio Tratado o al GATT, si se alegan motivos sustancialmente equivalentes a los que se pueden invocar conforme al Tratado del Grupo de los Tres. Un foro es excluyente del otro (art. 19-03 numerales 1, 2 y 3).

Antes de que la parte reclamante inicie un procedimiento conforme al GATT comunicará su intención del iniciar el procedimiento a la parte o partes distintas de la parte contra la cual pretende iniciar el procedimiento; y si una o más de las partes que hubiera recibido la respectiva comunicación desean recurrir respecto del mismo asunto al procedimiento de solución de controversias de este capítulo 19, éstas y la reclamante procurarán convenir en un foro único.

Amén de este principio general de opción de foro –Tratado del Grupo de los Tres o GATT/OMC– , lo que el Tratado del Grupo de los Tres contempla en el caso de solución de controversias resulta de la composición del esquema con dos países miembros que pertenecen a la CAN: Colombia y Venezuela. En tal sentido, dispone que las controversias que surjan entre ellos se sujetarán a las siguientes reglas de competencia:

- las controversias entre Colombia y Venezuela en relación con lo dispuesto en el Tratado del Grupo de los Tres y en el Acuerdo de Cartagena se someterán a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena;

- las controversias entre Colombia y Venezuela respecto de los compromisos adquiridos exclusivamente en el Tratado del Grupo de los Tres serán resueltas conforme a éste (art. 19-04, numeral 1, párrafos a y b).

En cambio,

- las controversias entre México y cualquiera de las otras partes en relación con lo dispuesto en el Tratado del Grupo de los Tres se resolverán conforme a éste;
- las controversias que surjan entre las tres partes en relación a lo dispuesto en el Tratado del Grupo de los Tres se solucionarán según este último (Art. 19-04, numeral 1, párrafos c y d).

Queda hecha la salvedad de que el sometimiento de una controversia entre Colombia y Venezuela a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena, no afectará los derechos que México pueda tener bajo el Tratado del Grupo de los Tres (art. 19-04 numeral 2).

COMUNIDAD ANDINA

Este enfoque del Tratado del Grupo de los Tres respecto de Colombia y Venezuela, miembros de dos esquemas –CAN y Grupo de los Tres– nos remite a la normativa del esquema subregional. El Acuerdo de Cartagena (1969), en su Cap. II, Sección D reglaba en el art. 23 lo relativo la solución de controversias. Disponía que era atribución de la Comisión “llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios cuando se presenten discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del presente Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión”. El Grupo Andino se creó en el marco de ALALC y ésta admitió que el esquema regional era compatible con el suyo propio.³³ De ahí que la relación que vinculaba a ambos esquemas quedara reflejada en el segundo párrafo del art. 23: para el caso de no lograrse avenimiento mediante las vías enumeradas, “los Países Miembros se sujetarán a los procedimientos establecidos en el

³³ Véase en la sección VII de este trabajo ALALC.

‘Protocolo para la solución de controversias’ suscrito en Asunción el 2 de setiembre de 1967 por las Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo”.

Al suscribirse en 1979 el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, su artículo 33 en la primera parte, imponía a los países miembros no someter ninguna controversia que surgiera con motivo de la aplicación de las normas que conformaban el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena³⁴ a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el mismo tratado de creación del Tribunal. Asimismo, en la segunda parte, contenía la siguiente previsión: los países miembros convenían en hacer uso del procedimiento establecido en el art. 23 del Acuerdo de Cartagena sólo respecto de las controversias surgidas entre alguno de ellos y otra parte contratante del TM60 que no fuera miembro del Acuerdo de Cartagena. Quedaba así clara la delimitación: el Tribunal de Justicia era el foro excluyente en caso de miembros del Acuerdo de Cartagena, y la posibilidad de recurrir al Protocolo de ALALC se restringía a los conflictos entre miembros del Grupo Andino y miembros de ALALC que no lo fueran a su vez del esquema subregional. Cabe recordar que al ser sustituida la ALALC por la ALADI en 1980, caducaron el TM60 y el Protocolo de Solución de Controversias de 1967 (que nunca fue efectivamente aplicado; véase en la sección III de este trabajo A) ALALC), lo que en la práctica eliminó esta última posibilidad.

Al modificarse el Acuerdo de Cartagena mediante el Protocolo de Quito (19-5-87), el texto del art. 23 quedó redactado así: “La solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del presente acuerdo se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. Es legítimo considerar entonces que, conforme a esta disposición y al art. 33 de creación del Tribunal (primera parte)

³⁴ A partir de la firma del Acuerdo de Creación del Tribunal se afirmó la separación entre Grupo Andino y ALALC. El artículo primero, relativo al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, dispone que comprende “a) el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; b) el presente Tratado; c) las Decisiones de la Comisión, y d) las Resoluciones de la Junta”. Esto marca una diferencia con el Acuerdo de Cartagena que contenía varias referencias al TM60.

los miembros del Grupo Andino no tenían otro foro para dirimir sus controversias que el órgano jurisdiccional. En este marco normativo Colombia y Venezuela ingresan al Grupo de los Tres y cabe estimar cuán decisivo es el mencionado artículo 33 en la redacción del art. 19-04 ya citado.

La reestructuración del Grupo Andino que deviene Comunidad Andina ocurre en la segunda mitad del decenio de 1990 mediante los Protocolos de Trujillo (10-3-96) y Sucre (25-6-97), uno de cuyos órganos –el jurisdiccional– es el Tribunal. También el Acuerdo originario de creación del Tribunal fue modificado por el Protocolo de Cochabamba (28-5-96). El actual art. 42 reproduce la primera parte del anterior art. 33 ya mencionado. En cuanto a la segunda parte de este último, es reemplazada por otra de contenido novedoso: “Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración..., en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado”. Esta apertura posibilita, a nuestro entender, a los países miembros de la CAN, en sus relaciones con terceros países considerados individualmente o grupalmente –¿y en este último caso también esquemas de integración?– someter sus diferendos al órgano jurisdiccional de la CAN. Iría de suyo que para ello, el o los “foráneos” deberán consentir o aceptar ese foro.

Si esta interpretación es plausible ofrece interesantes perspectivas en especial en el ámbito latinoamericano y aun en el de la integración hemisférica.

El seguimiento descripto revela el modo en que evolucionó en el grupo subregional el tema de la solución de controversias entre miembros y no miembros de la CAN. La apertura delineada toma en cuenta la multiplicidad de vínculos –con su influencia en las diferencias que requieren ser resueltas– propios de nuestros días.

VI. CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN Y EL MULTILATERALISMO

Acervo regional

La experiencia integracionista se inició en la región en la década de 1960. Al promediar el decenio de 1980, se impusieron nuevas tendencias económicas que determinaron cambios de las políticas nacionales. A consecuencia de ellos en los años de los noventa se originó un punto de inflexión para los esquemas de integración. Así algunos se reestructuraron y se configuraron otros, en uno y otro caso de conformidad con los paradigmas imperantes: políticas liberales y metas de inserción en mercados internacionales. La adopción y adaptación a las nuevas reglas de juego implicó ejercitarse para afirmar los propios intereses en el contexto que se impuso. Tal práctica constituye un patrimonio a mantener. Por ello, la concertación de un acuerdo de libre comercio continental requiere de términos de articulación entre éste y los esquemas de integración, para evitar que se dilapide el acervo regional, del que también forman parte los sistemas de solución de controversias.

Específicamente, en relación con la elección de foro, las disposiciones del MERCOSUR, la CAN y el Grupo de los Tres indican alternativas diversas al respecto.

En el MERCOSUR, el Protocolo de Brasilia sobre solución de diferencias no contenía ninguna previsión sobre este tema. El Protocolo de Olivos la contempla en su art.1 numeral 2. Amén de la posibilidad de someter las diferencias comprendidas en su ámbito de aplicación al sistema de solución de controversias de la OMC agrega a “otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados partes del MERCOSUR...”. Cabe señalar que el Reglamento del Protocolo de Olivos (Dec. 37/03) acuerda al Consejo del Mercado Común las facultades de reglamentar oportunamente

esta última opción referida a los sistemas de solución de controversias de otros esquemas preferenciales de comercio. La opción de recurrir a otros esquemas preferenciales de comercio de los que sean parte individualmente los miembros del MERCOSUR se puede considerar incorporada en vista de la próxima participación de los socios en el acuerdo hemisférico, ya que estos formarán parte del ALCA a título individual. La posibilidad acordada es el reconocimiento de la pertenencia de los socios a diversos esquemas de integración. Esta “generosa” apertura del Protocolo de Olivos, que introduce una tercera alternativa, es merecedora de su correlato en reconocer a los sistemas de solución de controversias subregionales en el acuerdo hemisférico.

El régimen adoptado por la CAN está claramente orientado a que sus integrantes resuelvan sus diferencias conforme a su propio sistema de solución de controversias. En tal sentido, respecto de cuestiones regidas por el acuerdo andino como por el hemisférico, los Estados partes parecerían estar encarrilados a alcanzar la solución dentro el ámbito subregional. Consecuencia de este encuadre es la disposición del acuerdo del Grupo de los Tres que somete las diferencias entre Colombia y Venezuela a la decisión del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

En cuanto al TLCAN, las vías contempladas son dos: el sistema de solución de diferendos previsto en el mismo Tratado y el de la OMC.

Cabe estimar que el acervo regional en la cuestión de elección de foro está dado por un ejemplo muy claro: lo que establece el acuerdo del Grupo de los Tres. El “vínculo asociativo” que une a los miembros de la CAN es de suficiente fortaleza como para acordar preferencia al foro de su Tribunal de Justicia para resolver las diferencias en el caso de sus dos integrantes –Colombia y Venezuela– que suscribieron un acuerdo con un tercer país –México– ajeno a aquel esquema.

El Grupo Andino-CAN cuenta desde 1979 con un tribunal cuya institucionalidad se adaptó a los cambios experimentados por el esquema en la década de 1990, en un necesario ejercicio de continuidad.

El MERCOSUR, existente desde 1991, también contó desde sus inicios con provisiones para dirimir las diferencias entre sus miembros. Con todas las observaciones que el sistema merezca, desde el Anexo III del Tratado de Asunción, pasando por el Protocolo de Brasilia hasta el Protocolo de Olivos, lo cierto es que en la marcha del proceso se han dado pasos para afinar y mejorar el sistema puesto en práctica. El mismo artículo 53 del Protocolo de Olivos, al disponer la revisión del sistema antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, es también una prueba de la voluntad de perfeccionar lo relativo a la superación de los diferendos.

Lo que queda en evidencia en cuanto a los acuerdos (sub)regionales no es sólo un prolongado ejercicio en el tiempo en materia de solución de controversias. También hace palpable el vínculo asociativo que liga a los países miembros de los esquemas. Es precisamente este vínculo un valioso elemento del acervo regional que no puede ser dilapidado o desechado sin otorgar el lugar que le corresponde a los sistemas de solución de controversias de los acuerdos (sub)regionales entre las opciones de foro. En tal sentido, la alternativa de incluir el recurso a los foros (sub)regionales debería obtener su reconocimiento en la normativa ALCA. Sería un elemento coadyuvante para impedir que los esquemas (sub)regionales se desdibujaran en el acuerdo continental y perdieran cohesión.

OMC: trato diferenciado

§ Enunciado general

El Acuerdo de Marrakech (15/4/94), que dio nacimiento a la OMC, tiene repetidas referencias al trato especial y diferenciado que merecen los países en desarrollo y los países menos desarrollados. Esta estipulación general también tiene cabida en el ámbito de la solución de diferencias.

En cuanto al alcance efectivo, “Acerca del trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo (PED) y países menos adelantados (PMA), como consecuencia de los acuerdos de la Ronda Uruguay fueron erosionadas muchas de las conquistas trabajosamente obtenidas por estos países a lo largo de décadas de negociación en la UNCTAD y en el propio GATT. Quedaron en pie modalidades de ayuda que son crecientemente motivo de objeción por varios motivos y en especial por su carácter discriminatorio...”³⁵

En el ámbito multilateral, la OMC existente a partir de 1995, no sólo se constituyó en un ámbito de regulación del comercio internacional sino también en plataforma de debate sobre los términos de la liberalización del comercio. Los intereses contrapuestos de los países desarrollados y en desarrollo resultan difíciles de conciliar, como lo revelan los pobres resultados de las instancias de negociación: las rondas del organismo. La brecha que los separa está lejos de reducirse. Las prácticas proteccionistas de los países desarrollados no conciben con su prédica de apertura de mercados. Así, al plantearse conflictos, se recurre a los procedimientos de solución de controversias para superarlos a fin de dismantelar medidas proteccionistas que contrarían la retórica de la liberalización.

§ Entendimiento sobre solución de diferencias

En la OMC, las disputas entre los miembros se resuelven conforme al “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”. Es sabido que uno de los principios básicos de este organismo es la no discriminación. No obstante, diversas disposiciones del citado Acuerdo se refieren a las medidas a favor de los países en desarrollo y de los países menos desarrollados. En consecuencia, así también sucede en el citado Entendimiento sobre solución de diferencias en sus artículos 3 inc. 12, 4 inc. 10, 12 incs. 10 y 11, 21 incs. 7 y 8, 24 y 27 inc. 2. El contenido de estos artículos se

³⁵ Halperin, M. (2004), pág. 119.

refiere de modo general a la especial atención que se debe prestar a los problemas e intereses particulares de los países miembros en desarrollo y al derecho de estos para optar por procedimientos más rápidos, solicitar plazos más largos, o pedir asistencia jurídica adicional. Lo que pone de manifiesto que las asimetrías entre los países miembros se tratan de equilibrar con reglas distintas a las del procedimiento general de solución de controversias. Este elemento puede asumir una forma propia si se lo traslada al espacio hemisférico. Acordar la posibilidad de optar también por el sistema de solución de controversias de los procesos de integración regional se constituye en su equivalente. Cabría estimarlo así porque los contendientes se desempeñarían conforme a reglas conocidas como medio de acotar la incertidumbre de actuar en otros foros.

Si se ha de abonar con otro argumento la preferencia por los foros (sub)regionales, cabe citar que respecto del procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC "... el sistema legal de la OMC otorga a todos los países los mismos derechos y deberes sin distinción de tamaño o poder, pero el derecho de tomar represalias es proporcional a la viabilidad económica de cada país".³⁶ La eficacia de las represalias en la OMC forma parte del debate sobre la modernización del Órgano de Solución de Diferencias. "Los países en desarrollo también estaban cansados de no tener la protección multilateral del Estado de derecho que esperaban. Varios países se volvieron blanco de acciones *antidumping* por parte de Estados Unidos, mientras que la OMC no evitó que las medidas estadounidenses los acosaran unilateralmente en lo que se refiere a la protección inadecuada de la propiedad intelectual. Cuando estos costos se comparan con los exiguos beneficios

³⁶ Ventura-Dias, Vivianne (2003) cita el caso en el que los representantes de Brasil se sorprendieron cuando el órgano de solución de diferencias (OSD) de la OMC "no aceptó su reclamación de que por ser originario de un país en desarrollo, los jets Embraer enfrentaban un diferencial sobre las tasas de interés del mercado considerablemente mayor que el fabricante canadiense Bombardier. Por otro lado, cuando un país en desarrollo recibía un fallo favorable del OSD, como en la reclamación ecuatoriana contra la asignación de la distribución azucarera de la Unión Europea, la capacidad para aplicar la decisión del OSD se veía obstaculizada por su modesta condición económica. Ecuador tenía derecho a tomar represalias, pero no poder efectivo para ejercer ese derecho." (pág. 184).

derivados de los acuerdos de la Ronda Uruguay, los resultados netos parecen desproporcionados.”³⁷

Aunque un diferendo se plantee entre países en desarrollo que sean miembros del ALCA y que recurran al foro de la OMC, por carecer de la opción de someterlo a su propio sistema de solución de controversias, cabe citar la afirmación de Félix Peña. Este autor destaca lo que distintos especialistas recuerdan: con su sistema de solución de disputas “ahora la OMC ‘tiene dientes’ “. Asimismo aclara: “El problema es que ganar un caso [en la OMC] requiere de buenos argumentos y experiencia en la utilización de un sistema que es sofisticado. Eso es caro.”. [Peña, Félix (2004)].

³⁷ Ventura-Dias, Vivianne (2003). La autora también destaca: “Aunque el sistema de votación de la OMC asigna un voto a cada país independientemente de sus dimensiones económicas y las decisiones se toman por consenso, no se soslaya el poder de los diez a diecisiete países que concentran casi el sesenta por ciento del comercio mundial” (pág. 182).

VII. COEXISTENCIA DE ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN

A) Enfoque regional

ALALC

Al enfoque hemisférico parece acertado precederlo con la evolución de ALALC/ALADI respecto de la coexistencia de esquemas de integración. En el decenio de 1960, cuando se constituyó la ALALC como acuerdo para llegar a una zona de libre comercio con once integrantes, transcurrido algo más de un lustro de su funcionamiento, los países andinos –unos de menor desarrollo económico relativo y otros países intermedios– decidieron conformar un esquema subregional: el Grupo Andino. El Acuerdo de Cartagena que lo instituyó expresaba en distintas disposiciones el vínculo que lo ligaba con el TM60. Asimismo, dos artículos (correspondientes al Cap. I, Objetivos y mecanismos) reflejaban lo que puede ser considerado el fundamento de este agrupamiento subregional. “El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo...” (art. 1). “El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre Países Miembros de modo de reducir las diferencias entre ellos...” (art. 2). Fundamentalmente, se trataba de encontrar un reparto más equilibrado de los beneficios de integrarse que los socios andinos no habían visto satisfecho con su exclusiva pertenencia a la

ALALC.

A fin de consolidar un estatus que conciliara la doble pertenencia y la relación asociación regional-agrupamiento subregional, ya durante el curso de las negociaciones entre los países andinos, ALALC emitió en 1967 dos Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores: 202 (CM II / IV E, 2-9-67), Principios para los acuerdos subregionales, y 203 (CM II / IV E, 2-9-67), Bases de un acuerdo subregional entre Bolivia, Colombia, Chile,

Ecuador y Perú; y la Resolución de la Conferencia de las Partes Contratantes 222 (VII, 17-12-67), Normas para los acuerdos subregionales. De este modo se sentaron las bases para una adecuada articulación entre la Asociación y el futuro esquema andino.

Por último, cuando en mayo de 1969 se suscribió el Acuerdo de Cartagena, el Comité Ejecutivo Permanente de ALALC declaró la compatibilidad del acuerdo de integración subregional con el TM60, mediante Resolución 179 (9-6-69).³⁸

ALADI

Al sustituir ALADI a ALALC el Tratado de Montevideo 1980 admitió la suscripción de acuerdos en los que no participaran necesariamente todos los miembros de la Asociación. Es decir que el texto autorizó a celebrar convenios que sólo vincularan a algunos de los signatarios. Esto constituía la aplicación del principio de flexibilidad al que el instrumento caracteriza como “la capacidad para permitir la concertación de acuerdos de alcance parcial, regulada en forma compatible con la consecución progresiva de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de la integración” (art. 3 c). Se instituyen así los acuerdos de alcance parcial, a los que está dedicada la sección tercera del Cap. II del Tratado. Están definidos como “... aquellos en cuya celebración no participan la totalidad de los Países Miembros y propenderán a crear las condiciones necesarias para profundizar el proceso de integración regional... mediante su progresiva multilateralización. Los derechos y obligaciones que se establezcan en los acuerdos de alcance parcial regirán exclusivamente para los Países Miembros que los suscribieron o que a ellos adhieran” (art. 7). Estos acuerdos pueden encuadrar en distintas modalidades: comerciales, de complementación económica, agropecuario, de promoción el comercio (arts. 8, 10, 11, 12, 13), de cooperación científica y tecnológica, promoción del turismo y preservación del medio ambiente (art. 14). Asimismo, se establecieron en el

³⁸ Chile se retiró del Grupo Andino en 1976 y Venezuela adhirió al Acuerdo de Cartagena en 1973.

Tratado las normas generales aplicables a esos acuerdos (art. 9).³⁹ Sobre la base de estas previsiones se suscribieron en el marco del TM80 un considerable número de acuerdos de alcance parcial.⁴⁰

B) Enfoque hemisférico

ALCA

Las transformaciones acaecidas en el escenario internacional en el decenio de 1980 –auge de la globalización y el liberalismo– provocaron giros de adaptación en las políticas nacionales e influyeron a su vez en el panorama de la integración regional. Las políticas de apertura, iniciadas unilateralmente por los países en el ámbito interno, incidieron en los esquemas de integración de los que formaban parte. En ese marco, la inserción en el sistema económico mundial se constituyó en el objetivo preponderante de países y esquemas.

En el decenio de 1990 se inició una nueva etapa en el proceso de integración americana. En tal sentido, fueron determinantes los cambios que tuvieron lugar en los planos nacional, regional y mundial, y la consecuente interacción entre ellos.

En esa década los esquemas de integración existentes se reestructuraron. Así sucedió en el Mercado Común Centroamericano, la Comunidad del Caribe, y el Pacto Andino devino Comunidad Andina. Asimismo se configuraron, conforme a los nuevos paradigmas, el MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; 1991), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, NAFTA en sus siglas en inglés; Canadá, Estados Unidos, México; 1994) y el Grupo de los Tres (Colombia, México, Venezuela; 1994). Por su parte, la OMC (Organización Mundial de Comercio) inició en 1995 su actuación como foro de debate de las relaciones multilaterales. En cuanto a la CEPAL, elaboró el concepto de regionalismo abierto en 1994.

³⁹ Por su parte, la Resolución 2 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores (CM-Resolución 2, 12-8-80) fija las normas básicas y de procedimiento que regulan la celebración de los acuerdos de alcance parcial.

⁴⁰ El Tratado de Asunción, que dio origen al MERCOSUR, fue inscripto en ALADI como acuerdo de alcance parcial de complementación económica con el N° 18.

Con alcance continental, la propuesta de constituir una zona de libre comercio de Alaska a Tierra del Fuego la efectuó en Washington en junio de 1990 el entonces presidente George Bush, que la denominó Iniciativa para las Américas. En ella estaban expuestas metas y sólo esbozos de acción con una referencia genérica a la integración. El plan se asentaba en tres pilares: acuerdos de libre comercio, aumento de las inversiones y alivio de la carga de la deuda. Se anunciaba que Estados Unidos estaba preparado para entrar en acuerdos de libre comercio con otros mercados de América Latina y el Caribe. Se señalaba que el objetivo último era un sistema de libre comercio que vinculara a América del Norte, Central y del Sur y el establecimiento en el continente, con socios iguales, de una zona de libre comercio. La oferta estadounidense, en cuanto a su alcance continental, no superó esa condición ya que no se encararon medidas tendientes a concretarla.

Cuatro años después, el presidente Bill Clinton retomó la idea expuesta por su antecesor en el cargo. A tal fin convocó en diciembre de 1994 a una reunión cumbre en Miami.⁴¹ En ese momento, el pensamiento único y el sistema económico único ya están impuestos. La proclama es que el mercado y el comercio son los impulsores del crecimiento. Concomitantemente, Estados retraídos son los espectadores de una omnipresente globalización. Es en este marco que se celebra la cumbre de Miami.

⁴¹ Asistieron los Jefes de Estado y de Gobierno de Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, países todos miembros de la OEA. Cuba, aunque miembro de la OEA, por resolución de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1962) ha sido suspendida de participar en las actividades de esta Organización. Por tal motivo tampoco toma parte en las negociaciones del ALCA.

Ejes de negociación

Al seguir el curso de las negociaciones⁴² resulta evidente que se desenvuelven en torno a determinados ejes. Dichos ejes –marco de las tratativas– constituyen el sustrato determinante de las características del acuerdo que finalmente se suscriba.

A continuación se enumeran algunos de ellos, para seguir con el cambio que significó la Octava Reunión Ministerial (Miami, 20/11/2003) respecto del compromiso único y comentar los tres especialmente vinculados con las interrelaciones propias del ámbito de la integración.

1. Ejes generales

- *Consenso*. Se lo establece como el principio fundamental de la toma de decisiones en el proceso del ALCA y el logro de un acuerdo equilibrado y comprensivo.

- *Nivel de desarrollo y tamaño de las economías*. Por cierto que entre los 34 países que negocian el ALCA las asimetrías son evidentes. La propuesta de una zona de libre comercio partió de Estados Unidos, una potencia económica mundial. En un *ranking* de grandes trazos, a cierta distancia, el segundo lugar le corresponde a Canadá;⁴³ luego se ubican algunos países latinoamericanos –Brasil, México y Argentina– seguidos de otros sudamericanos de menor desarrollo económico y, por último, los centroamericanos y caribeños (véase al final de la sección II de este trabajo el cuadro 1).

⁴² En cuanto a la cronología y la estructura de las negociaciones, véase al final de esta sección los cuadros 4 y 5.

⁴³ Canadá y Estados Unidos forman parte del G-7 (Grupo de los Siete) que reúne a los países más desarrollados del mundo.

El diferente nivel de desarrollo y tamaño de las economías es otro factor en consideración en el curso de las negociaciones repetidamente mencionado en los documentos respectivos.

El Grupo Consultivo sobre Economías Más Pequeñas forma parte de la estructura de las negociaciones como una de sus entidades. El compromiso de crear oportunidades para ellas y elevar su nivel de desarrollo se concretó en la aprobación del Programa de Cooperación Hemisférica (Séptima Reunión de Ministros de Comercio, Quito, 1-11-2002). De este modo se procura asegurar la plena participación de esas economías en la construcción y los beneficios resultantes del futuro acuerdo.

Si el reconocimiento de la diferencia de niveles de desarrollo y tamaño de las economías –evidencia insoslayable–, la labor del Grupo y la aplicación del Programa cumplirán con el propósito de reducir heterogeneidades, y en tal sentido constituyen un soporte suficiente que trasciende el plano retórico para producir efectos en el real, es un interrogante con mucho asidero. Alcanzar un punto de equilibrio –no de imposible igualdad entre notoriamente desiguales, en especial en relación con el principal actor económico– depende en última instancia del tratamiento que el acuerdo dé a cuestiones como el acceso a mercados, subsidios, inversiones, servicios, compras gubernamentales, entre otras, y también la de solución de diferendos.

- *Transparencia*. En el Plan de Acción de la primera Reunión Cumbre se promueve el fortalecimiento de la sociedad y la participación comunitaria. Se aclara que la sociedad civil significa la inclusión del sector privado, el sector laboral, los partidos políticos, los académicos y otros actores y organizaciones no gubernamentales que “infunden profundidad y permanencia a la democracia”.

Sobre esta participación y la difusión de las fases del proceso se asienta la transparencia. En tal sentido, el concepto de transparencia se repite en los

documentos que consignan el avance de las negociaciones. Además, integra la estructura de las negociaciones el Comité de Representantes Gubernamentales sobre Participación de la Sociedad Civil. Otra contribución es la difusión de los tres borradores del acuerdo, al ser puestos a disposición del público en el sitio oficial del ALCA: el primer borrador el 3 de julio de 2001, después de la Reunión Cumbre de Québec; el segundo el 1º de noviembre de 2002, cuando concluyó la Reunión Ministerial de Quito, y el tercero el 20 de noviembre de 2003, al terminar el encuentro de Ministros de Comercio, en Miami.

- *Conclusión de las negociaciones.* Ya en la Primera Reunión Cumbre (Miami, 11/12/94) se estableció que “Resolvemos concluir las negociaciones del ‘Area de Libre Comercio de las Américas’ a más tardar en el año 2005...”. Tal plazo se reiteró en reuniones –cumbres y ministeriales– posteriores. A partir de la Tercera Reunión Cumbre (Québec, 22/04/2001) se precisó que enero de 2005 sería la fecha de finalización de las negociaciones y diciembre de 2005 como plazo para la entrada en vigencia del Acuerdo que se suscribiera. A partir de entonces, en que se determinaron las fechas precedentemente citadas, Venezuela reitera su reserva respecto de la entrada en vigor del ALCA (véase al final de esta sección el recuadro).

2. Acuerdos básico y plurilaterales

Del compromiso único... Respecto de este eje de negociación, resulta de interés señalar el desdoblamiento que sufrió la idea primigenia de asumir un compromiso único. En todas las reuniones –cumbres y ministeriales– se propiciaba alcanzar como resultado de las negociaciones un compromiso único comprensivo de todos los derechos y las obligaciones que acuerden mutuamente los países miembros.

... a la flexibilidad. En la declaración aprobada en la Octava Reunión de Ministros de Comercio (Miami, 20-11-2003) se expresa que “el objetivo de las negociaciones debe ser un acuerdo equilibrado que aborde la cuestión de las diferencias de niveles de desarrollo y tamaño de las economías del Hemisferio mediante varias disposiciones y mecanismos”. Esto implica incorporar la requerida “flexibilidad para tomar en cuenta las necesidades y sensibilidades de todos los socios del ALCA”. Por ello se admite que los países pueden asumir diferentes niveles de compromiso. Por cierto, la pauta del compromiso único ha sido abandonada.

Ahora, el núcleo consistirá en establecer un conjunto común de derechos y obligaciones, aplicables a todos los países respecto de las nueve áreas de negociación a cargo de los Grupos respectivos. Los países que así lo decidan pueden acordar beneficios y obligaciones adicionales mediante la indicada como posible línea de acción: efectuar negociaciones plurilaterales para definir en cada área el desarrollo de disciplinas de liberalización adicionales.

Este formato es similar al adoptado por el OMC. El Acuerdo de Marrakech –suscripto el 15 de abril de 1994, por el que se establece la OMC– reconoce los acuerdos comerciales multilaterales, vinculantes para todos sus miembros, y los plurilaterales (incorporados como Anexo 4 al acuerdo madre), sólo obligatorios para los que los hayan aceptado (art. II). Estos últimos regulan materias totalmente diferentes de los primeros.⁴⁴

Conforme al nuevo criterio adoptado en la negociación del ALCA, es condición *sine qua non* aceptar el conjunto de obligaciones comunes para adquirir la calidad de miembro de la zona de libre comercio. La otra instancia de mayor compromiso está reservada a los países dispuestos a concertar convenios plurilaterales (e inclusive bilaterales) para asumir obligaciones y obtener beneficios adicionales. Tales negociaciones han de tener lugar en el ámbito del

⁴⁴ Se trata del Acuerdo sobre Contratación Pública, el Acuerdo sobre Comercio de Aeronaves Civiles, el Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino; estos dos últimos ya no se encuentran en vigor.

ALCA. Lo que requiere ser definido es el punto de articulación entre ambos niveles de compromiso.

Sin duda sólo un cuidadoso ejercicio de evaluación y una destacable aptitud negociadora ayudarán a los países a determinar en qué áreas y con qué socios los favorecerá contraer obligaciones más estrictas para conseguir beneficios complementarios.

3. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto

El ámbito en que se desenvuelven las negociaciones del ALCA guarda vinculación también con otros tres ejes que interactúan en el complejo escenario de la integración.⁴⁵

- *Congruencia con las reglas y disciplinas de la OMC.* Esto es coherente con la condición de miembros de ese organismo –uno de los principales foros en los que se debate la liberalización del comercio– de los países participantes en la negociación del ALCA. Por supuesto, es un precepto elemental del derecho cumplir los compromisos asumidos (*pacta sunt servanda*). Pero esta membresía simultánea también permite un juego táctico: apostar a la OMC o al ALCA, según sea la previsibilidad de obtener los mayores logros.

Cabe señalar que en Toronto la Declaración Ministerial respectiva (4/11/1999) delimita los alcances de la relación OMC-ALCA al reconocer que ambos procesos están vinculados, pero “insistimos que la negociación del ALCA tiene una meta diferente, que es la creación de un Área de Libre Comercio de una manera que sea consistente con las disposiciones relevantes de la OMC” (numeral 20).

- *Coexistencia de acuerdos bilaterales y subregionales con el ALCA.* La convivencia es posible en cuanto los derechos y las obligaciones de tales

⁴⁵ Véase al final de esta sección el cuadro 6.

acuerdos no están cubiertos o excedan los derechos y las obligaciones del ALCA. Para negociar y aceptar las obligaciones del ALCA, los países podrán negociar individualmente o como miembros de grupos de integración subregional que negocien como una unidad.

El criterio adoptado, cuyo verdadero alcance es aún impreciso, es una fórmula conciliatoria para avenirse a la realidad. Amén de la multiplicidad de acuerdos bilaterales en el continente existen diversos esquemas de integración.⁴⁶ Ellos son: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México, 1994); el Grupo de los Tres (Colombia, México y Venezuela, 1994); el Mercado Común Centroamericano (constituido por los cinco países de América Central; Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; 1960); la Comunidad del Caribe (integrada por los países insulares del Caribe a los que se suman Belice, Guyana y Suriname; 1973); la Comunidad Andina (nueva configuración adquirida en 1996 por el reestructurado Pacto Andino –1969–, de la que forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela); el MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 1991). Todos los países que forman parte de estos esquemas están negociando el ALCA.

Esta resumida mención de acuerdos ⁴⁷ es de todos modos indicativa de la complejidad para alcanzar una coexistencia armoniosa, sobre la base de reglas suficientemente claras para sustentarla.

- *Adhesión al principio de regionalismo abierto.*⁴⁸ Con ello se procura que la conformación del espacio económico ampliado no constituya una fortaleza que imponga barreras al comercio con otros países y que adopte políticas o

⁴⁶ La enumeración que sigue se refiere a zonas de libre comercio y uniones aduaneras, aunque imperfectas. En cuanto a ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), zona de preferencias económicas, está ubicada en el nivel más laxo de compromiso integrativo.

⁴⁷ El entramado de acuerdos bilaterales, (sub)regionales e interregionales ha recibido la gráfica denominación de *spaghetti bowl*.

⁴⁸ El concepto de regionalismo abierto está expuesto en CEPAL, *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración al servicio de la transformación productiva con equidad*; Santiago de Chile, CEPAL, 1994, págs. 7-19.

medidas que afecten adversamente el comercio y la inversión en el continente. De otro modo también se malograría la posibilidad de convertir al bloque en plataforma de inserción en el comercio mundial.

El principio elaborado por la CEPAL de regionalismo abierto también está incorporado en las negociaciones en sus dos vertientes: acuerdos preferenciales de integración y apertura comercial. Se trata de conseguir un área de libre comercio de “economías más abiertas” y para “contribuir a la expansión del comercio mundial... [sin] imponer barreras comerciales adicionales a otros países fuera del hemisferio”. Además, se evitará “en la medida de lo posible la adopción de políticas que afecten negativamente el comercio del hemisferio”.⁴⁹

Esta base, en la que se fundamenta el bloque continental que se constituirá, conjuga las tendencias imperantes en el escenario internacional. Es decir, se alinea con la idea de bloques que, si bien conceden preferencias a sus miembros, no se erigen en agrupamientos cerrados sobre sí mismos. Por el contrario, es una de las metas de este sistema de integración la inserción en los mercados y la articulación con ellos.

Proceso de negociación

En diciembre de 1994, cuando se realizó en Miami la reunión cumbre a la que fueron convocados 34 países del hemisferio para negociar la constitución de una zona de libre comercio del continente, como ya se aclaró, gran número de ellos formaban parte de diversos esquemas de integración. Además de los cuatro considerados en este trabajo también estaban vigentes el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y la Comunidad del Caribe (Caribbean Community), y se habían suscripto diversos acuerdos comerciales bilaterales. Se planteaba entonces la posibilidad de su supervivencia en el

⁴⁹ Los entrecomillados se refieren a citas textuales que se repiten en los documentos que se emiten al finalizar las reuniones cumbres y ministeriales del ALCA.

marco del acuerdo hemisférico. La cuestión a dilucidar era los términos de coexistencia o bien el reconocimiento de la futura absorción o dilución de los esquemas subregionales o regionales.⁵⁰

No cabría considerar a ésta una cuestión menor y ya en la Tercera Reunión de Ministros de Comercio (Belo Horizonte, 16-5-97) se fijaron principios generales al respecto. La Declaración Conjunta emitida en la ocasión señalaba que “El ALCA puede coexistir con acuerdos bilaterales y subregionales, en la medida que los derechos y obligaciones bajo tales acuerdos no estén cubiertos o excedan los derechos y obligaciones del ALCA”. En cuanto a negociar, así como para adherir al ALCA⁵¹, se acordaba que los países podían hacerlo en forma individual o como miembros de los grupos de integración subregionales que negocien como una unidad (punto 5, literales b y d).⁵² Estos principios fueron reiterados en la Declaración correspondiente a la

⁵⁰ En tal sentido, Víctor Rico Frontaura (2004) con especial referencia al caso andino señala: “... el objetivo principal del ALCA es alcanzar una ZLC sin excepciones. En consecuencia, la ZLC andina será absorbida por la ZLC hemisférica. Probablemente este no sea el caso del comercio de servicios o de las compras gubernamentales, y algunos esquemas subregionales, como el andino, tengan un nivel mayor de compromiso internamente”(pág. 19).

⁵¹ Los términos “adherir al ALCA” empleados en esta Declaración fueron sustituidos por “aceptar las obligaciones del ALCA” en San José de Costa Rica. En cuanto a la posibilidad de coexistencia de los acuerdos bilaterales y subregionales, el párrafo entrecomillado se reiteró en las Declaraciones emitidas al finalizar la Sexta, Séptima y Octava Reuniones de Ministros de Comercio del Hemisferio: Buenos Aires, 7-4-2001; Quito, 1-11-2002 y Miami, 20-11-2003, respectivamente.

⁵² Rico Frontaura (2004) en el caso específico de la CAN explica: “En los tiempos de apertura, los fundamentos de la coordinación de posiciones y de negociación conjunta son los siguientes: aumentar la capacidad negociadora y no afectar negativamente los flujos de comercio intrazona que podrían disminuir –o incluso desaparecer– en caso de la rápida apertura a la competencia de terceros países. (...) Estas razones han tenido su expresión política en distintos niveles y en diversas oportunidades en las que ... [se ha] coincidido en la necesidad de participar conjuntamente y con vocería única en el ALCA, y de coordinar posiciones en la OMC (...) En el caso de la negociación del ALCA, además de las dos razones antes señaladas, existe una tercera que tiene que ver más con el interés que genera el proceso y que además determina que los países, al menos casi todos, le otorgan una amplia prioridad: la participación de Estados Unidos, el principal socio comercial de la CAN.” (pág. 21). El autor agrega que el interés compartido es una primera condición para iniciar un proceso de negociación conjunta en la CAN y que existió al principio en el caso del ALCA, ya que en los últimos años uno de los países miembros ha manifestado sus reparos respecto del plazo fijado para su conformación, incluido el alcance del proceso. Esta situación ha generado una dificultad adicional en la coordinación y concertación andina (pág. 22). El país no mencionado por el autor es Venezuela, que desde la Reunión Cumbre de Québec (22/04/2001) hace reserva respecto a la fecha de conclusión de las negociaciones y de entrada en vigencia del Acuerdo ALCA (enero y diciembre de 2005, respectivamente). Asimismo, en la Reunión Cumbre Extraordinaria de la

Cuarta Reunión de Ministros de Comercio (San José de Costa Rica, 19-3-98, Anexo I, Principios Generales, literales f y g). Cabe señalar la importancia de este último encuentro y de la correspondiente declaración ministerial que sirvió de base para la puesta en marcha de las negociaciones. Así los Jefes de Estado y de Gobierno de los 34 países participantes en la Segunda Reunión Cumbre de las Américas (Santiago de Chile, 18/19-4-98) instruyeron a los Ministros de Comercio a dar inicio a las negociaciones de acuerdo con la citada Declaración Ministerial.⁵³

La posibilidad de la coexistencia de los acuerdos bilaterales y regionales con el ALCA está incluida en todas las declaraciones emitidas al finalizar las reuniones cumbres y ministeriales

Solución de controversias

El Anexo II de la Declaración de Belo Horizonte contenía los términos de referencia para el Grupo de Trabajo sobre Solución de Diferencias. En tal sentido, disponía preparar un inventario sobre los procedimientos y mecanismos de solución de diferencias establecidos por los acuerdos, tratados y arreglos de integración existentes en el hemisferio y los de la OMC. Tal inventario sería la base para identificar las áreas de convergencia y divergencia entre los sistemas de solución de diferendos en el hemisferio, inclusive con respecto al grado en que dichos sistemas fueron empleados (numerales 1 y 2). Por su parte, la Declaración de San José de Costa Rica, en su Anexo II –Objetivos por área temática–, para la solución de diferencias señalaba establecer un mecanismo justo, transparente y eficaz para la solución de controversias entre los países del ALCA, tomando en cuenta, entre otros, el

OEA en Monterrey (12-13/01/04) Venezuela expresó su reserva “por motivos principistas y diferencias profundas acerca del concepto y la filosofía contenidas en el modelo propuesto” (véase el recuadro al final de esta sección).

⁵³ Declaración de Santiago, Segunda Cumbre de las Américas, 19-4-98.

Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias en la OMC.⁵⁴

En la Sexta Reunión de Ministros de Comercio (Buenos Aires, 7-4-2001), el Anexo I –Instrucciones a los Grupos de Negociación– de la Declaración respectiva contiene (literal h, Solución de Controversias) la siguiente directiva: “1. Instruimos al Grupo de Negociación de Solución de Controversias a presentar al Comité Técnico de Asuntos Institucionales sus ideas preliminares sobre las instituciones necesarias para implementar adecuadamente el mecanismo de solución de controversias previsto en el ALCA.”

En esta última reunión se presentó el primer borrador de un Acuerdo ALCA. Tiene un capítulo dedicado a la solución de controversias. El gran número de corchetes es revelador de la tarea que quedaba por delante para convenir un texto, como asimismo resulta de los dos borradores posteriores. De los tres borradores de este capítulo, glosaremos las partes pertinentes dedicadas a la elección del foro por considerarlas la adecuada referencia para sustentar un enfoque latinoamericano de la solución de controversias en el ámbito del ALCA.

Desde la primera Reunión Cumbre de las Américas (Miami, 9/11-12-94) y en las sucesivas (Santiago de Chile, 19-4-98; Québec, 22-4-01) así como en la ocho reuniones de Ministros de Comercio del hemisferio (Denver, 30-6-95; Cartagena, 21-3-96; Belo Horizonte, 16-5-97; San José de Costa Rica 18/19-3-98; Toronto, 7-11-99; Buenos Aires, 7-4-01; Quito, 1-11-02; Miami, 20-11-03), las respectivas declaraciones emitidas al finalizar esos encuentros se pronuncian respecto del logro de un acuerdo al ALCA congruente con las reglas y disciplinas de la OMC, así como con las obligaciones de los Estados negociadores en el marco de esa organización multilateral. Conteste con este principio no es de extrañar entonces que en los términos de referencia para las

⁵⁴ A partir de la Reunión de San José de Costa Rica los doce grupos de trabajo encargados de preparar los diversos aspectos del Acuerdo, se transformaron en nueve Grupos de Negociación sobre acceso a mercados, agricultura, compras del sector público, inversiones, política de competencia, propiedad intelectual, servicios, solución de controversias; subsidios, antidumping y derechos compensatorios.

actividades del Grupo de Trabajo sobre solución de diferencias (Belo Horizonte) se haga remisión al Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias en la OMC; inventariar los procedimientos y mecanismos de solución de controversias de los acuerdos, tratados y arreglos de integración existentes en el hemisferio y los de la OMC; sobre la base del inventario, identificar las áreas de convergencia y divergencia entre los sistemas de solución de diferencias en el hemisferio y su grado de utilización; recomendar métodos que promuevan la comprensión del citado Entendimiento; intercambiar puntos de vista sobre posibles enfoques para la solución de diferencias según ese Entendimiento (Anexo II, numerales 1, 2, 3, 4 y 5). Este mandato, como se apuntó más arriba, se repitió para el devenido, desde San José de Costa Rica, Grupo de Negociación de Solución de Diferencias, en el sentido de establecer un mecanismo justo, transparente y eficaz, tomando en cuenta, entre otros, el tantas veces mencionado Entendimiento (Anexo II, Objetivos por Áreas Temáticas, literal a). Consecuencia directa de estos lineamientos es el modelo del sistema de solución de controversias que contienen los borradores de marcadas semejanzas con el de la OMC.

Asimetrías

Es una situación fáctica –heterogeneidades entre los países que negocian el acuerdo ALCA– la que se constituye en uno de los ejes generales precedentemente citados, en torno al cual giran las negociaciones: distinto nivel de desarrollo y tamaño de las economías. Esta circunstancia también tiene su expresión en los borradores del Acuerdo en el respectivo capítulo de solución de controversias.

De modo general, en los tres borradores se admite la necesidad de aplicar un tratamiento distinto en los casos pertinentes: “[En la solución de controversias que surjan entre los Estados Miembros además de los principios de derecho internacional se aplicarán los de ... acceso efectivo, trato especial y diferenciado, al igual que el de mantenimiento del equilibrio entre derechos y

obligaciones de las partes]” (primer borrador: [Artículo 3. Principios, punto 24; segundo borrador: Artículo 4. Disposiciones generales, punto 24; tercer borrador: Artículo 6. Diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías. Punto 6.1).

Corresponde considerar el desarrollo de este principio en los tres borradores.

- Primer borrador. En el “Artículo 3 *Principios*, punto 24: [Las Partes deberán prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo miembros. En este sentido, cuando en un proceso de solución de controversias, una de las partes sea un país en desarrollo, se incluirán medidas tales como:

a) establecer plazos más largos o diferenciales en las distintas etapas del procedimiento de solución de controversias, así como para el cumplimiento de las obligaciones;

b) prestar asesoramiento y asistencia jurídica necesaria a fin de una mejor y eficaz participación dentro del proceso de solución de controversias.]”

- Segundo borrador. La redacción es la siguiente:

Punto “30. [Artículo 5: Trato diferenciado]

Punto ‘31. Repite el párrafo introductorio y el inciso a) precedentemente transcrito, y agrega:

‘b) prestar asesoramiento y asistencia jurídica necesaria, a fin de asegurar un acceso efectivo y real al sistema de solución de controversias del ALCA,

‘c) garantizar en todas las etapas del procedimiento su derecho a comunicarse en cualquiera de los idiomas del ALCA.]”

- Tercer borrador. Da a este tema el siguiente tratamiento.

“Artículo 6. Diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías

‘6.1. [En todas las etapas de un procedimiento de solución de controversias en el que intervenga como Parte [contendiente] al menos un País en desarrollo, las Partes y los órganos competentes, según corresponda, deberán prestar particular consideración a su nivel de desarrollo.]’

“[Artículo 7. Acceso efectivo

‘7.1. Se deberá asegurar el acceso efectivo de todas las Partes de este Acuerdo al sistema de solución de controversias previsto en el presente Capítulo. Con este propósito, la Secretaría del ALCA prestará asesoría y asistencia jurídica en relación con la solución de controversias a los Países en desarrollo miembros. A tal efecto, la Secretaría del ALCA pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo miembro que los solicite un experto jurídico competente que lo ayudará de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría del ALCA. Igualmente, la Secretaría del ALCA organizará permanentemente cursos especiales de formación sobre la solución de diferencias a fin de que los expertos de los miembros puedan estar mejor informados en esta materia.

‘7.2. Adicionalmente, la Secretaría del ALCA presentará anualmente un informe de la utilización del mecanismo de solución de controversias durante el año anterior, al igual que el presupuesto de recursos propios o de cooperación técnica de diversas fuentes, entre las que se podrían incluir los organismos multilaterales. Dicho informe deberá contener además las actividades a través de las cuales se buscaría una participación efectiva especialmente de los países en desarrollo.]’

Los corchetes que encierran todos los textos transcritos son una indicación de la dispar suerte que su inclusión puede correr en el texto definitivo del capítulo sobre solución de controversias.

Opción de foro

El aspecto específico desde el que se puede ubicar la perspectiva latinoamericana es el de la elección de foro.⁵⁵ Reviste especial interés para considerar un enfoque latinoamericano respecto del sistema de solución de controversias y nos limitaremos a comentar los acápites de los borradores dedicados al tema.

- Primer borrador. Acuerda la posibilidad de que en cualquier controversia originada en virtud de “lo dispuesto en el Acuerdo del ALCA [o en los instrumentos, decisiones o protocolos suscritos o que se suscriban en el marco del mismo que implique asimismo una violación de las obligaciones asumidas conforme al] [y] Acuerdo sobre la OMC [o en otros acuerdos regionales⁵⁶ del que sean parte las Partes contendientes,] podrán resolverse en uno u otro foro a elección de la parte reclamante” (punto 41, con llamada 4, sobre la que volveremos).

En el punto precedentemente transcrito del primer borrador ya consta la opción de recurrir al foro (sub)regional, si bien entre corchetes. Ello implica que está en debate el mantenimiento de los sistemas de solución de controversias propios de los sistemas integradores. En principio, los términos para ejercitar esta opción son: “[Las controversias que surjan entre partes de un acuerdo de integración subregional sobre materias reguladas en dicho acuerdo y en el presente Acuerdo del ALCA se someterán al sistema de solución de controversias del acuerdo de integración subregional del que forman parte]” (punto 42). Pero en caso de controversias entre esas partes respecto de materias reguladas exclusivamente en el Acuerdo del ALCA deberán ser resueltas conforme a lo dispuesto en el acuerdo hemisférico (punto 43). El acuerdo hemisférico es asimismo aplicable a los diferendos entre una o más partes de un acuerdo de integración subregional y otra u otras partes no pertenecientes a dicho acuerdo subregional (punto 44). Para los casos admitidos, hecha la elección de foro e iniciado el procedimiento de solución de

⁵⁵ Véase en el cuadro 7 al final de esta sección.

⁵⁶ “[Acuerdo regional: un acuerdo comercial celebrado entre dos o más partes]” (punto 5 del primer y segundo borradores; punto 1.1. del tercer borrador).

controversias previsto –para lo que nos interesa– en un acuerdo subregional, este foro será excluyente de cualquier otro. Lo que no es aplicable cuando, respecto del mismo asunto, una parte invoque un fundamento distinto conforme al ... acuerdo regional, al que puede invocar según el Acuerdo del ALCA (punto 45).

Otro punto incluido en el primer borrador es el siguiente: “[Si las Partes en una controversia con respecto a la interpretación o aplicación del Acuerdo del ALCA, o en cualquier otra controversia que se plantee en virtud del presente Capítulo hubieren convenido, mediante un acuerdo regional o bilateral, que dicha controversia se someterá previa solicitud de cualquier parte en la controversia, a un procedimiento que suponga una decisión vinculante, ese procedimiento reemplazará a los procedimientos previstos en este Capítulo, salvo que las partes en la controversia convengan lo contrario]” (punto 49; el dos veces mencionado Capítulo es el de Solución de Controversias).

- Segundo borrador. La cuestión queda planteada del modo siguiente:

“32. Artículo 6. Elección del foro

‘33. Cualquier controversia que surja entre las Partes en relación con lo dispuesto en el Acuerdo del ALCA [que implique asimismo una violación de las obligaciones asumidas conforme al] [y] Acuerdo sobre la OMC [o en otros acuerdos regionales del que sean parte las Partes contendientes,] podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante (llamada 3).

‘34. [Las controversias que surjan entre las Partes de un acuerdo de integración subregional sobre materias reguladas en dicho acuerdo [y en el presente Acuerdo del ALCA] se someterán al sistema de solución de controversias del acuerdo de integración subregional del que forman parte.]

‘35. Una vez que una parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Acuerdo del ALCA o al Entendimiento [o a un acuerdo regional,] el foro seleccionado será excluyente de cualquier otro. [Este

literal no se aplicará cuando, respecto del mismo asunto, una Parte invoque un fundamento distinto conforme al Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo regional, al que pudiera invocar conforme al Acuerdo del ALCA.]”

- Tercer borrador. Encara la elección de foro del modo que sigue:⁵⁷

“Artículo 8. Elección del foro

‘8.1. Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Capítulo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio [o de otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes,] podrán someterse a uno u otro foro a elección de la Parte demandante.

‘8.2. Una vez que una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo o al Entendimiento [o a un acuerdo regional], dicha Parte no podrá iniciar un procedimiento de solución de controversias en ningún otro foro respecto [de las mismas cuestiones reclamadas] [de la misma medida] [vigente o en proyecto [o] del mismo asunto.]

‘8.3. [Antes de que una Parte inicie un procedimiento de solución de controversias conforme al Acuerdo de la OMC [u otro acuerdo regional del que sean parte las Partes en la controversias] contra otra Parte, [por un asunto que también pudiere ser interpuesto conforme al procedimiento de solución de controversias del ALCA,] se aplicarán las siguientes reglas:

‘a) La Parte demandante comunicará a las Partes de este Acuerdo su intención de hacerlo; y

‘[b) si hubiere pluralidad de reclamantes respecto de un mismo asunto, éstos procurarán convenir un foro único].]

Repasados los textos que estimamos de fondo respecto de la elección de foro, se diría que la posibilidad de elegir el de los acuerdos (sub)regionales está presente.

Cabe insistir sobre el texto del tercer borrador, pues prosiguen los debates al respecto y de ahí los corchetes que lo encierran. No pocas veces la

⁵⁷ Véase al final de esta sección el cuadro 7.

práctica enseña que lo consignado en un borrador o proyecto es, al cabo de la negociación, eliminado del tratado que finalmente se suscribe. Quizá la mejor señal de ello, radique en la advertencia que representaba la llamada 4 del punto 41 del primer borrador y que se corresponde con la llamada 3 del punto 33 del segundo borrador. Las notas respectivas⁵⁸ indican lo que cabe prever: una preferencia por el procedimiento de solución de controversias del Acuerdo del ALCA. En él no estaría excluida la opción de recurrir al foro de la OMC. Pero ¿quedaría también en pie la opción por los foros (sub)regionales?

La pregunta parece válida aún cuando en el tercer borrador no existe ninguna llamada de este tenor. Bien puede haberla tornado inoperante que sólo haya quedado entre corchetes la opción de recurrir al foro de un acuerdo regional del que sean parte los contendientes. Respecto del foro del ALCA o de la OMC no existe ninguna divergencia en cuanto a que la opción entre ellos es pertinente.

Admitir la opción de elegir los foros (sub)regionales está en concordancia con los principios que se enuncian como fundamento de la construcción del ALCA. Tal es así que se afirma: “En tal sentido, consideramos importante el fortalecimiento de los procesos de integración en marcha, los cuales pueden facilitar el logro de una integración hemisférica plena” (Declaración de los Ministros de Comercio, Buenos Aires, 7-4-01). Asimismo se acepta que “Debemos enfrentar los retos inherentes a las diferencias de tamaño y de niveles de desarrollo social, económico e institucional en nuestros países y en nuestra región... Otorgamos gran importancia a que el diseño del Acuerdo tenga en cuenta las diferencias en tamaño y niveles de desarrollo de las economías participantes” (Declaración Final de la Tercera Reunión Cumbre de las Américas; Quebec, 21-4-01).

⁵⁸ “[A medida que avanzan las negociaciones sustantivas surgirán otras cuestiones relativas a la elección del foro que deberán plantearse. Por ejemplo, cuando se haya avanzado más en las reglas sustantivas del Acuerdo del ALCA que en las reglas comparables en otros foros, el acuerdo podrá expresar una preferencia por el procedimiento de solución de controversias del Acuerdo del ALCA.]”

Tales conceptos –en cuanto a coexistencia del ALCA con los acuerdos regionales y la consideración de las diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías– han sido reiterados en las Reuniones de Ministros de Comercio de Quito (1/11/02) y Miami (20/11/03).

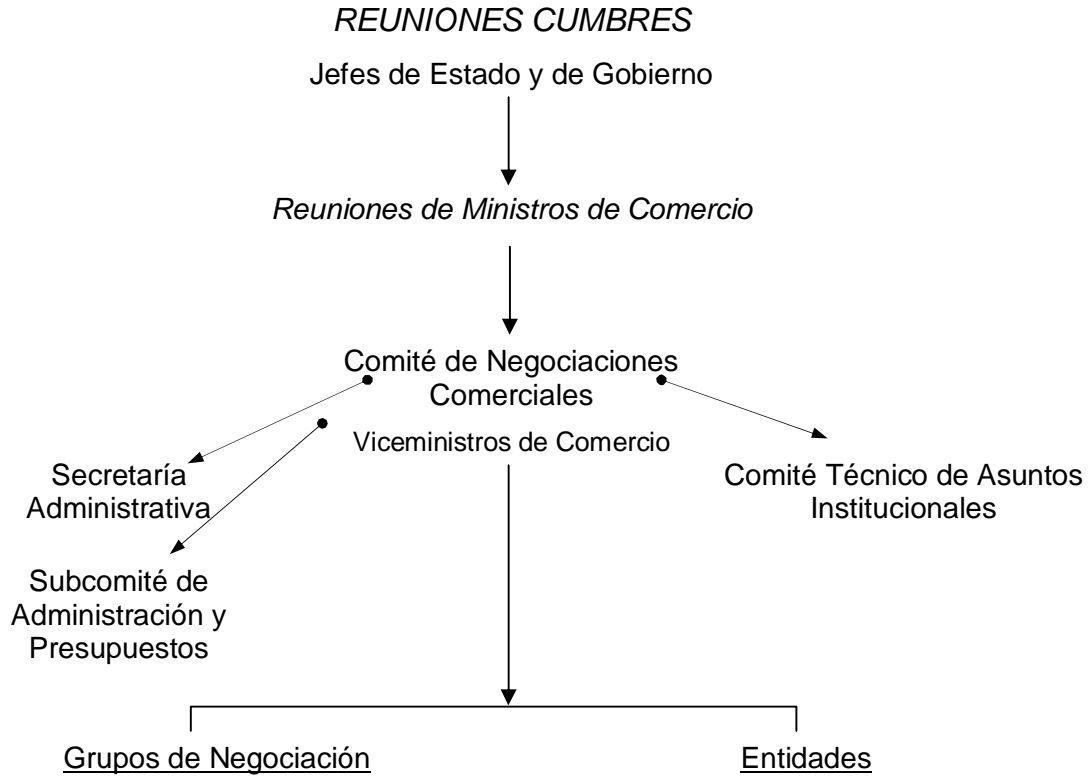
Por lo tanto, si las manifestaciones transcritas han de tener algo más que valor declarativo, la elección del foro (sub)regional ha de ser incorporada como una opción al alcance de los contendientes. El desafío de afrontar las disparidades de desarrollo social, económico e institucional no se refiere a compartimentos estancos sino a áreas interdependientes que se refuerzan mutuamente. La solución de controversias, correspondiente a lo institucional, no escapa entonces a esta premisa y la elección del foro (sub)regional introduce en el diseño del Acuerdo del ALCA una consideración por las diferencias del nivel de desarrollo. La práctica en los foros entre contendientes económicamente desiguales es otra de las facetas de la hegemonización del proceso en favor de la economía más desarrollada. Si la configuración del sistema de solución de controversias incorpora la elección del foro (sub)regional amenguaría el riesgo siempre presente de relaciones inequitativas a causa de las asimetrías entre los participantes.

Cuadro 4. ALCA: cronología de las negociaciones

1. ETAPA PREPARATORIA <ul style="list-style-type: none"> • PRIMERA REUNIÓN CUMBRE Miami, 9-11 de diciembre de 1994	Lanzamiento del proyecto ALCA - Declaración de Principios - Plan de Acción - Agenda de Acción Inmediata
<i>Primera Reunión Ministerial</i> Denver, 30 de junio de 1995	Se presenta un programa inicial de trabajo. Se establecen siete Grupos de Trabajo; se solicita la asistencia del Comité Tripartito (BID-OEA-CEPAL)
<i>Segunda Reunión Ministerial</i> Cartagena, 21 de marzo de 1996	Se establecen otros cuatro Grupos de Trabajo
<i>Tercera Reunión Ministerial</i> Belo Horizonte, 19 de mayo de 1997	Se encarga a los Grupos de Trabajo terminar su labor para la siguiente reunión ministerial; se establece un Grupo de Trabajo más
<i>Cuarta Reunión Ministerial</i>	Se recomienda el lanzamiento de las negociaciones y se

San José de Costa Rica, 19 de marzo de 1998	dan los lineamientos de su organización y estructura
2. LANZAMIENTO DE LAS NEGOCIACIONES <ul style="list-style-type: none"> • SEGUNDA REUNIÓN CUMBRE Santiago de Chile, 18-19 de abril de 1998	Se lanzan las negociaciones conforme a la recomendación ministerial de San José de Costa Rica: se establecen el Comité de Negociaciones Comerciales, los nueve Grupos de Negociación, dos Comités y un Grupo Consultivo
3. CURSO DE LAS NEGOCIACIONES <i>Quinta Reunión Ministerial</i> Toronto, 4 de noviembre de 1999	Se aprueban medidas de facilitación del comercio. Se instruye a los Grupos de Negociación para que redacten un borrador del texto del acuerdo
<i>Sexta Reunión Ministerial</i> Buenos Aires, 7 de abril de 2001	Se crea el Comité Técnico de Asuntos Institucionales. Se recomienda la difusión del borrador del acuerdo
<ul style="list-style-type: none"> • TERCERA REUNIÓN CUMBRE Québec, 22 de abril de 2001	Se fija como fecha de conclusión de las negociaciones enero de 2005 y de entrada en vigencia del Acuerdo diciembre de 2005. Se da a conocer el primer borrador del acuerdo en el sitio oficial (julio de 2001)
<i>Séptima Reunión Ministerial</i> Quito, 1 de noviembre de 2002	Se fijan directivas para la próxima etapa de las negociaciones. Se establece el Plan de Cooperación Hemisférica. Se indica difundir el segundo borrador del acuerdo
<i>Octava Reunión Ministerial</i> Miami, 20 de noviembre de 2003	Se determina la concertación de un acuerdo básico de derechos y obligaciones para todos los participantes, y la de acuerdos plurilaterales para los participantes dispuestos a asumir obligaciones y beneficios adicionales Se indica difundir el tercer borrador del acuerdo

Cuadro 5. ALCA: estructura de las negociaciones



- Acceso a Mercados
 - Inversión
 - Servicios
 - Compras del Sector Público
 - Agricultura
 - Derechos de Propiedad Intelectual
 - Subsidios, Antidumping y Derechos Compensatorios
 - Políticas de Competencia
 - Solución de Controversias
- Grupo Consultivo sobre Economías Más Pequeñas
 - Comité de Representantes Gubernamentales de las Sociedad Civil
 - Comité de Expertos del Sector Público y Privado sobre Comercio Electrónico^a

Comité Tripartito
 BID – OEA – CEPAL

^a En la Séptima Reunión de Ministros de Comercio (Quito, 1-1-2002) se decidió la suspensión temporaria de sus actividades.

Cuadro 6. ALCA: ejes de negociación. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto (continuación)

<u>REUNIÓN</u>	RELACIÓN ALCA – OMC	ACUERDOS SUBREGIONALES	ENCUADRAMIENTO DEL ALCA EN EL REGIONALISMO ABIERTO
<u>Antecedente</u>			
<p>Iniciativa para las Américas (Washington, junio 1990) Expone metas y esbozos de acción.</p> <p>Pilares del plan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdos de libre comercio - Aumento de las inversiones - Alivio de la carga de la deuda 	<p>Cooperar con las naciones del hemisferio para que la Ronda Uruguay (RU) concluya con éxito, como el medio más eficaz de promover el crecimiento del comercio en América Latina y la integración de las naciones latinoamericanas en el sistema de comercio mundial.</p>	<p>Referencias genéricas a la integración</p> <p>Estados Unidos está preparado para entrar en acuerdos de libre comercio con otros mercados de América Latina y el Caribe.</p> <p>Objetivo último:</p> <ul style="list-style-type: none"> - sistema de libre comercio que vincule América del Norte, Central y del Sur. - establecer en el hemisferio, con socios iguales, una zona de libre comercio desde Alaska a Tierra del Fuego. 	
			<p><u>Concepto de regionalismo abierto</u> (CEPAL 1994)</p> <p><i>Se origina en una interacción entre acuerdos preferenciales de integración y políticas aplicadas en un contexto de apertura y desregulación, a fin de aumentar la competitividad de los países de la región y coadyuvar a cimentar una economía internacional más abierta y transparente.</i></p>

Cuadro 6. ALCA: ejes de negociación. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto (continuación)

<u>REUNIÓN</u>	RELACIÓN ALCA - OMC	ACUERDOS SUBREGIONALES	ENCUADRAMIENTO DEL ALCA EN EL REGIONALISMO ABIERTO
<p><u>I. Reunión Cumbre de las Américas</u></p> <p>Miami, 11/12/94 Plan de Acción y objetivos generales de la Declaración de Principios</p> <p>Procurar Reafirmar el compromiso con</p> <p>Agenda de Acción Inmediata</p>	<p>Libre comercio</p> <p>Reglas y disciplinas multilaterales Plena e inmediata instrumentación RU Activas negociaciones multilaterales de OMC.</p>	<p>Integración económica</p> <p>Acuerdos bilaterales y subregionales compatibles con GATT/OMC (1)</p> <p>Instruir a ministros de Comercio para solicitar a Comité Tripartito (OEA-BID-CEPAL): Estudio y sistematización de acuerdos de integración económica del hemisferio: - descripciones comparativas de las obligaciones contenidas en cada uno de los acuerdos - determinación de las áreas de divergencia.</p>	<p>Otras obligaciones internacionales (uso pacífico de la energía nuclear, reglas sobre medioambiente, normativa de la OIT y OMS).</p>
<p><i>1ª Reunión de Ministros de Comercio Denver, 3/6/95</i></p>	<p>Igual que I Reunión Cumbre Se guardará convergencia plena con la OMC.</p>	<p>a) Igual que I Reunión Cumbre: (1) b) Creación del ALCA se basará en los acuerdos subregionales y bilaterales existentes para ampliar y profundizar la integración hemisférica y hacer los acuerdos más parecidos.</p>	<p>Se tenderá a maximizar la apertura de los mercados.</p>

Cuadro 6. ALCA: ejes de negociación. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto (continuación)

<u>REUNIÓN</u>	RELACIÓN ALCA - OMC	ACUERDOS SUBREGIONALES	ENCUADRAMIENTO DEL ALCA EN EL REGIONALISMO ABIERTO
2ª Reunión de Ministros de Comercio Cartagena, 21/3/96	Además de congruencia con la OMC, se hace referencia al art. XXIV del GATT y a su Entendimiento en la RU (ZLC, UA), así como al art. V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS).	Igual b) Reunión anterior (Se presentó la versión preliminar del Compendio Analítico de acuerdos de comercio de integración del hemisferio. Será actualizado periódicamente para asegurar su exactitud permanente. Instrumento para entender y comparar los acuerdos regionales de comercio)	Interdicción de imponer barreras a otros países.
3ª Reunión de Ministros de Comercio Belo Horizonte, 16/5/97	Congruencia con los acuerdos de la OMC en la promoción del libre comercio y con las obligaciones sobre ZLC y UA (art. XXIV del GATT 1994, su Entendimiento en la RU) y el art. V del AGCS.	<ul style="list-style-type: none"> - Construcción del ALCA sobre la base de acuerdos bilaterales y subregionales existentes. - Coexistencia con acuerdos bilaterales y subregionales en la medida en que los derechos y obligaciones de tales acuerdos no estén cubiertos o excedan los derechos y obligaciones del ALCA. - Negociación y <i>adhesión</i>: para negociar y adherir al ALCA, los países podrán negociar individualmente o como grupos de integración regional. 	<ul style="list-style-type: none"> - Construir el ALCA no significará imponer barreras a otros países. - Evitar la adopción de políticas que pudieran afectar el comercio del hemisferio en forma adversa.
4ª Reunión de Ministros de Comercio San José de Costa Rica, 19/3/98	<ul style="list-style-type: none"> - Congruencia con las reglas y disciplina de las OMC - Incorporación de <u>mejoras</u> respecto de reglas y disciplina de la OMC en cuanto sea posible y apropiado (OMC Plus), tomando en cuenta las plenas implicaciones de los derechos y obligaciones de los países como miembros de la OMC. 	<ul style="list-style-type: none"> - Coexistencia = Belo Horizonte - Negociación y <i>aceptación</i> de las obligaciones del ALCA se puede efectuar de modo individual o como miembros del grupo de integración subregional que negocien como unidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - No imponer barreras adicionales a otros países. - Evitar la adopción de políticas que afecten negativamente el libre comercio del hemisferio.

Cuadro 6. ALCA: ejes de negociación. OMC, acuerdos (sub)regionales y regionalismo abierto (continuación)

<u>REUNIÓN</u>	RELACIÓN ALCA - OMC	ACUERDOS SUBREGIONALES	ENCUADRAMIENTO DEL ALCA EN EL REGIONALISMO ABIERTO
<u>II. Reunión Cumbre de las Américas</u> Santiago, 19/4/98	Inicio de las negociaciones del ALCA conforme a la Declaración de San José de Costa Rica.		
<i>5ª Reunión de Ministros de Comercio</i> Toronto, 1/11/99	Reconocimiento de la vinculación entre ambos procesos; insistir que la negociación del ALCA tiene una meta diferente: crear una ZLC congruente con las disposiciones de la OMC	Se mantienen los principios anteriormente enunciados.	Se mantienen los principios anteriormente enunciados.
<i>6ª Reunión de Ministros de Comercio</i> Buenos Aires, 7/4/01	Se mantienen los principios anteriormente enunciados.		
<u>III. Reunión Cumbre de las Américas</u> Québec, 22/4/01	Se mantienen los principios anteriormente enunciados.		
<i>7ª Reunión de Ministros de Comercio</i> Quito, 1/11/02	Se mantienen los principios anteriormente enunciados.		
<i>8ª Reunión de Ministros de Comercio</i> Miami, 20/11/03	Incorporación de la flexibilidad requerida para tomar en cuenta las necesidades y sensibilidades de los socios del ALCA. Se acepta la concertación de un acuerdo básico de derechos y obligaciones para todos los participantes y de acuerdos plurilaterales para los participantes que asuman obligaciones y beneficios adicionales. Se mantienen los otros principios anteriormente enunciados.		

Cuadro 7. Elección de foro

MERCOSUR <i>unión aduanera</i>	CAN <i>unión aduanera</i>	TLCAN <i>zona de libre comercio</i>	GRUPO DE LOS TRES (G3) <i>zona de libre comercio</i>	ALCA <i>zona de libre comercio</i>
Protocolo de Olivos	Protocolo de Cochabamba	Tratado Constitutivo	Tratado Constitutivo	Tercer Borrador
• Foro excluyente				
	<p>- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distintos de los contemplados en el presente Tratado.</p> <p>- Los países miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente tratado. (art. 42)</p>			

<ul style="list-style-type: none"> Opciones 	-----	<ul style="list-style-type: none"> - Foro instituido en el Tratado - Sistema de solución de controversias del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (art. 2005, # 1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Foro instituido en el Tratado - GATT (art. 19-03, # 1) 	<ul style="list-style-type: none"> - Foro del futuro Acuerdo - OMC - [otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes] (art. 8, # 8.1)
<ul style="list-style-type: none"> - Foro instituido en el Protocolo - Sistema de solución de controversias de la OMC - Sistema de solución de controversia de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean partes individualmente los Estados Partes del MERCOSUR (art. 1, # 2) 				

Cuadro 7. Elección de foro (continuación)

MERCOSUR <i>unión aduanera</i>	CAN <i>unión aduanera</i>	TLCAN <i>zona de libre comercio</i>	GRUPO DE LOS TRES (G3) <i>zona de libre comercio</i>	ALCA <i>zona de libre comercio</i>
Protocolo de Olivos	Protocolo de Cochabamba	Tratado Constitutivo	Tratado Constitutivo	Tercer Borrador
<ul style="list-style-type: none"> Carácter de la opción 	-----			
Excluyente del otro respecto del mismo objeto. (art. 1, # 2)		Excluyente del otro (art. 2005, # 6)	Excluyente del otro respecto del mismo asunto (art. 19-03, # 3)	Excluyente de cualquier otro foro respecto [de las mismas cuestiones reclamadas] [de la misma medida] [vigente o en proyecto [o] [del mismo asunto.] (art. 8, # 8.2)
<ul style="list-style-type: none"> Condiciones 	-----			
- Controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo, que <u>también</u> puedan ser sometidas al sistema de la OMC o al de otros sistemas preferenciales de comercio (art. 1, # 2)		- Controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el TLCAN y en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT) (art. 2005, # 1)	- Controversia que surja en relación con lo dispuesto en el Tratado del Grupo de los Tres como en el GATT y en los convenios negociados de conformidad con el mismo (art. 19-03, # 1)	- Controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado que también puedan ser sometidas al sistema de solución de controversias de la OMC [o de otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes] (art. 8, # 8.1)

Cuadro 7. Elección de foro (continuación)

MERCOSUR <i>unión aduanera</i>	CAN <i>unión aduanera</i>	TLCAN <i>zona de libre comercio</i>	GRUPO DE LOS TRES (G3) <i>zona de libre comercio</i>	ALCA <i>zona de libre comercio</i>
<ul style="list-style-type: none"> Acuerdo s/foro único 				
Se puede convenir de común acuerdo el foro único. (art. 1, # 2)	-----	Se puede convenir de común acuerdo el foro único. (art. 2005, # 2)	Se procurará convenir en un foro único (art. 19-03, # 2 b)	[Se procurará convenir un foro único en caso de pluralidad de reclamantes respecto de un mismo asunto] (art. 8, # 8.3.b)
<ul style="list-style-type: none"> Preferencia de foro 				
-----	-----	De no llegarse a un acuerdo de foro único, la controversia <u>normalmente</u> se solucionará según los lineamientos del TLCAN (art. 2005, # 2)	Controversias entre Colombia y Venezuela en relación con los compromisos adquiridos exclusivamente en el Tratado del Grupo de los Tres se resolverán conforme al sistema de este Tratado. (art. 19-04, # 1 d)	-----
<ul style="list-style-type: none"> Imposición de foro 				
-----	-----	A solicitud de la parte demandada, el reclamante <u>sólo</u> puede recurrir al procedimiento de TLCAN en controversias sobre: <ul style="list-style-type: none"> - materia ambiental y de conservación - medidas sanitarias y fitosanitarias - normalización (art. 2005 # 3 y 4)	Controversias entre Colombia y Venezuela en relación con lo dispuesto tanto en este Tratado como en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena se someterán a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena. (art. 19-04, # 1 a)	-----

Cuadro 8. Proceso de negociación del ALCA

Capítulo de solución de controversias

Primer borrador	Segundo borrador	Tercer borrador
<p>♦ Asimetrías: distinto nivel de desarrollo y tamaño de las economías</p>		
<p>Art. 3. Principios Intervención en el proceso de SC de un país en desarrollo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - establecer plazos más largos o diferenciales. - prestar asesoramiento o asistencia jurídica. 	<p>Art. 5. Trato diferenciado</p> <ul style="list-style-type: none"> - establecer plazos más largos o diferenciales - prestar asesoramiento y asistencia jurídica para un acceso efectivo y real al SSC. - garantizar el derecho a comunicarse en cualquiera de los idiomas del ALCA. 	<p>Art. 5. garantizar el derecho a comunicarse en cualquiera de los idiomas del ALCA.</p> <p>Art. 6. Diferencias en los niveles de desarrollo y tamaño de las economías.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deben ser consideradas. <p>Art. 7. Acceso efectivo.</p> <ul style="list-style-type: none"> - asesoría y asistencia jurídica de la Secretaría - poner a disposición un experto jurídico competente - organizar cursos especiales de formación s/ SC
<p>♦ Opción de foro</p>		
<p>Controversias originadas conforme a lo dispuesto en</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdo del ALCA - Acuerdo de la OMC - otros acuerdos regionales de los que sean parte los contendientes <p>resolverse en uno u otro foro a elección del reclamante (llamada 4) *</p> <p>materias reguladas</p> <ul style="list-style-type: none"> - por ALCA o acuerdo subregional se someterán al SSC del acuerdo subregional - por ALCA <u>exclusivamente</u> al SSC ALCA <p>Foro elegido es excluyente Excepción: respecto del mismo asunto se alegue un <u>fundamento</u> distinto.</p>	<p>Controversias originadas conforme a lo dispuesto en</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acuerdo del ALCA - Acuerdo de la OMC - Otros acuerdos regionales de los que sean parte los contendientes <p>resolverse en uno u otro foro a elección del reclamante (llamada 3) *</p> <ul style="list-style-type: none"> - materias reguladas por ALCA o acuerdo subregional se someterán al SSC del acuerdo subregional <p>Foro elegido es excluyente Excepción: respecto del mismo asunto se invoque un <u>fundamento</u> distinto.</p>	<p>Controversias que puedan ser sometidas al</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sistema del ALCA - OMC - [otro acuerdo regional de que sean miembros las Partes contendientes] <p>a elección de la parte demandante</p> <p>Foro elegido es excluyente</p>

* "... cuando se haya avanzado más en las reglas sustantivas del Acuerdo del ALCA ... el Acuerdo podrá expresar una preferencia por el procedimiento de solución de controversias del ALCA."

Recuadro. De Miami a Monterrey

Del 12 al 13 de enero de 2004 se llevó a cabo en Monterrey, capital del estado de Nuevo León, México, la reunión cumbre extraordinaria convocada por la OEA. Conforme a la Declaración de Nuevo León, suscripta al finalizar el encuentro por los Jefes de Estado y de Gobierno del continente, los temas considerados fueron el crecimiento económico con equidad, el desarrollo social y la gobernabilidad democrática.

¿Cuál es la relación de la Cumbre de Monterrey con las negociaciones del ALCA?

En primer lugar, esta reunión se llevó a cabo en el marco de la OEA, institución que forma parte el Comité Tripartito, entidad que presta apoyo analítico, técnico y financiero en las negociaciones del ALCA. Asimismo, los mandatarios participantes representan a los países embarcados en el proyecto ALCA. Por otra parte, es inmediatamente posterior a la Reunión Ministerial de Miami (20/11/2003), en la que la idea de compromiso único sustentada hasta entonces fue reemplazada por la doble vía de concertar dos niveles de compromiso: el de un acuerdo básico, obligatorio para todos los miembros, y el de los acuerdos plurilaterales, sólo vinculantes para los países dispuestos a sujetarse a obligaciones más estrictas a cambio de beneficios adicionales.

La otra cuestión ríspida se vincula con la finalización de las negociaciones. En la Reunión Cumbre de Québec se fijó que las negociaciones concluirían en enero de 2005 y la entrada de vigencia del acuerdo en diciembre de ese mismo año. Fue repetida en todo documento relativo a los avances del proceso. Ante la inminencia del cumplimiento del plazo se vuelve más relevante la reserva explícita de Venezuela formulada desde Québec, y se afirman las dudas de otros países de poder concertar un acuerdo en los términos más convenientes en los meses que quedan por delante.

La Reunión de Monterrey recogió de modo limitado dos posiciones diferentes. La declaración de Nuevo León contiene una vaga mención respecto del ALCA. Se atiene a expresar el apoyo de los Jefes de Estado y de Gobierno a la declaración emitida al finalizar la reunión de Miami en noviembre de 2003. Tal apoyo se refiere a la estructura, calendario y conclusión de las negociaciones en los plazos previstos, sin siquiera consignar una sola fecha. El temperamento adoptado resulta de una actitud conciliatoria. Algunos países latinoamericanos –en especial Brasil y Venezuela– se oponían a cualquier mención del ALCA por estimarla una cuestión meramente comercial ajena al encuentro de Monterrey. Estados Unidos consideraba crucial dejar asentadas las fechas precedentemente mencionadas, repetidas con persistencia en el curso de las negociaciones del ALCA. Si bien como fórmula de compromiso y con las restricciones indicadas el párrafo relativo al ALCA logró su inclusión, es de interés transcribir lo expresado por Venezuela. “Venezuela se reserva el párrafo relativo al ALCA, por motivos principistas y diferencias profundas acerca del concepto y la filosofía contenidas en el modelo propuesto, así como por el tratamiento dado a las materias específicas y a los plazos establecidos. Ratificamos nuestro compromiso con la consolidación de un bloque regional y de comercio justo, como base para fortalecer los niveles de integración. Este proceso debe considerar las especificidades culturales, sociales, políticas de cada país; la soberanía y constitucionalidad; el nivel y tamaño de sus economías para garantizar un trato justo.”

Si bien esta reserva corresponde solamente a Venezuela, bien puede expresar la posición de más de un país de América Latina.

VIII. OPCIÓN POR EL FORO (SUB)REGIONAL: REQUISITOS Y JUSTIFICACIÓN

A) REQUISITOS

Como ya se indicó previamente en este trabajo, optar por el foro (sub)regional para solucionar una diferencia –en lugar de recurrir al sistema de solución de controversias del ALCA o de la OMC– se encuadra en el siguiente marco, cuyos parámetros ya están determinados en los acuerdos que admiten la alternativa.

1. Se debe tratar de una controversia entre Estados, en la que las partes son miembros del mismo esquema de integración. Este requisito concuerda con el sentido de lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, art. 1, # 2, párr. 1. Para la alternativa TLCAN u OMC, o G3 u OMC, así lo indican los artículos 2005, # 1 y 19-03, # 1, respectivamente.
2. El conflicto se debe plantear para una cuestión normada tanto en el acuerdo (sub)regional como en el ALCA o la OMC (los mismos artículos citados en 1.).
3. La opción de foro es de carácter excluyente (Protocolo de Olivos, art. 1, # 2, párr. 2; TLCAN, art. 2005, # 6 y G3, art. 19-03, # 3), para imposibilitar que el Estado disconforme con la solución a la que se arribe en un foro, recurra a otro foro. Es decir que la finalidad es “impedir que un mismo asunto sea juzgado dos veces, salvaguardando así principios generales del derecho; y, además, evitar acciones de ‘forum shopping’”.^{59 60}

B) JUSTIFICACIÓN

En general, la opción de foro se plantea entre el del acuerdo en consideración y la OMC. En el caso del ALCA se propone en este trabajo incluir además de dos posibilidades una tercera: el foro (sub)regional. Cabe tener en cuenta que las observaciones que se formulen al sistema de solución de controversias de la OMC son también aplicables, tal como surge de los borradores, al del ALCA, pues el mecanismo delineado en el acuerdo hemisférico no diferirá del de la Organización. “Este examen... del sistema [de solución de controversias del borrador del ALCA] demuestra que, al quitar los corchetes, nos encontramos con una copia del sistema de la OMC”.⁶¹

El sistema de solución de controversias de la OMC ha merecido la siguiente apreciación: “El primer aspecto se relaciona con la asimetría que lleva a que el desarrollo

⁵⁹ Czar de Zalduendo, Susana (2004), pág. 176. En cuanto a “la posibilidad y conveniencia de establecer un *orden de jerarquía* entre los distintos compromisos de integración a que está obligado un país o un grupo de países, se estima que habría que dar prioridad al sistema de solución de controversias del esquema que implique mayor grado de compromiso”. También se refiere al “forum shopping” Pimentel, Luiz Otávio y Dreyzin de Klor, Adriana; “O sistema de Solução de Controversias do Mercosul”, pág. 177, en Dreyzin de Klor A. y otros (2004).

⁶⁰ Véase la nota 19 sobre el cuarto laudo arbitral del MERCOSUR y la nota 29.

⁶¹ Baptista, Luiz Olavo (2004), pág. 234.

de un país quede caracterizado en términos de más o menos rico o de más grande o más pequeño. Cuando esta asimetría no se compensa ni corrige produce en ciertos países la imposibilidad práctica de recurrir a los mecanismos de solución de diferencias establecidos por la OMC. En segundo lugar, las sanciones pierden su efecto cuando son aplicadas por países con menor poder económico y comercial que aquellos que son sancionados”.⁶²

1. Enfoque general

§ Consideraciones sobre el ESD

El entendimiento relativo a las normas y procedimientos que rigen la solución de diferencias (ESD) en la OMC consta en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech de 1994.

Se señala al sistema actual como un avance respecto al aplicado conforme al GATT 1947. Entre otras razones porque excluye la posibilidad de recurrir a instrumentos nacionales de defensa comercial,⁶³ que no sean consistentes con las disposiciones de la OMC. Tales medidas unilaterales justificadas por “razones de Estado” –conforme a un encuadre “power oriented”– carecerían de cabida a partir de la vigencia del Entendimiento –mecanismo “rule oriented”– según cabe deducir de su art. 23 sobre fortalecimiento del sistema multilateral, en cuanto “al sentido y el objeto de los compromisos asumidos en la OMC”.⁶⁴

El cambio introducido por el Entendimiento no impide que el art. 3 # 1 del mismo disponga: “Los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los art. XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento”. Por cierto, el Entendimiento reafirma el contenido del art. XVI # 1 del Acuerdo de Marrakech: “... la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las Partes Contratantes del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo”.

Parece acertado entonces que “lejos de haber sido derogada la experiencia previa en materia de decisiones relacionadas a la solución de diferencias, continúa siendo parte central de la normativa del ESD y fundamento de cualquier práctica futura.”⁶⁵

Además de lo indicado respecto de cambios, pero también de lo que permanece, es de interés referirse a ciertos aspectos relativos a interpretación. Le compete a la

⁶² *Ibíd*em, pág. 232.

⁶³ Es el caso de la Sección 301 y Súper 301 de las leyes estadounidenses de comercio de 1974 y 1988, respectivamente. En cuanto a la Comunidad Europea, cumplía el mismo cometido el Nuevo Instrumento de Política Comercial, Reglamento 2641/84, reemplazado por el Reglamento 3286/94.

⁶⁴ Villamarín, J. J. (2004), pág. 13.

⁶⁵ *Ibíd*em, pág. 14.

Conferencia Ministerial y al Consejo General –ambos integrados por representantes de todos los miembros y el Consejo encargado de desempeñar las funciones del Organo de Solución de Diferencias– la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del Acuerdo de Marrakech y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales (art. IX # 2 del Acuerdo de la OMC).

Por su parte, en el sistema de solución de controversias, los paneles y el Organo Permanente de Apelación (OPA) también realizan una tarea interpretativa que vuelcan en los informes. Tal tarea es evaluada como una de las principales fuentes de derecho de la OMC a la que sólo superan en primacía los Acuerdos de la Organización.⁶⁶

Asimismo, los paneles y el OPA consideran a los informes como “decisiones judiciales”, es decir, una verdadera “fuente subsidiaria”. Asimismo, en un caso relativo al impuesto sobre bebidas alcohólicas en el que el país reclamado fue Japón (WT/DS8AB/R; WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, reclamos presentados por la Comunidad Europea – 29/06/1995–, Estados Unidos–17/07/1995– y Canadá –17/07/1995–), se hace una clara referencia a la experiencia jurídica adquirida en el GATT de 1947: “..los informes adoptados de los paneles son una parte importante del acervo de GATT. Los paneles posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas de los miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio”.⁶⁷

Se señala que los paneles siguen las decisiones del OPA del mismo modo que los tribunales inferiores siguen las decisiones de los superiores, y también se atienen a los informes de otros paneles. En cuanto al OPA, toma en especial consideración sus propias decisiones previas, lo que parece sustentarse en su carácter de “permanente” mientras que los paneles son constituidos ad hoc. Ello no obsta a que el OPA considere informes adoptados por paneles anteriores. Así resulta del mencionado caso de Japón.

Si bien los informes no adoptados de los paneles no poseen valor normativo en el sistema de la OMC, como tampoco lo tenían en el GATT, ello no impide que un grupo especial podría “encontrar orientaciones útiles en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que se examinaba”,⁶⁸ criterio también expuesto en el caso Japón.

§ Justificación genérica

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 21.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 22, cita transcripta de Doc. WT/DS8AB/R; WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 22.

En general, varios son los problemas que se señalan como desventajas que afectan a los países en desarrollo al recurrir al mecanismo de la OMC. Es corriente citar los siguientes:

- costos elevados;⁶⁹
- falta de recursos humanos debidamente calificados para intervenir en el proceso;⁷⁰
- imposición, como “sanción normal”, de la obligación de adecuar las normas internas del Estado infractor a la normativa de la OMC. Usualmente tal adecuación requiere un tiempo (hasta 30 meses según un autor),⁷¹ que es un lapso prolongado para países dependientes de un número restringido de productos exportables a mercados limitados;
- dificultad de utilizar las disposiciones del Entendimiento sobre trato especial y diferenciados a favor de los países en desarrollo.. “Esto se debe a que las mencionadas disposiciones son por lo general declarativas –no contienen modalidades expresas de implementación–, y además al hecho de que los países en desarrollo no logran usufructuarlas adecuadamente, ora por la ausencia de recursos humanos propios (...), ora por la imposibilidad económica de contratar expertos”.⁷²

A estas referencias genéricas se podría agregar en el caso específico del MERCOSUR la posibilidad de que el diferendo se resuelva, si las partes así lo acuerdan, ex aequo et bono, principio al que pueden atenerse tanto un tribunal arbitral ad hoc como el Tribunal Permanente de Revisión actuando en instancia directa y única (Protocolo de Olivos, art. 34 # 2).

⁶⁹ Véase Petersmann, E-U. (2004): “Los P[áises] M[enos] A[delantados] suelen carecer de los recursos jurídicos, económicos y profesionales necesarios para los costosos y prolongados litigios en el marco de la OMC...”, pág. 285. Otro elemento que puede tornar más complejo alcanzar una solución del diferendo radica en los potenciales participantes. “Por ejemplo, en el procedimiento del Grupo Especial sustanciado en 1996/1997 contra las restricciones de las CE a la importación de banano, hubo cinco partes reclamantes, ocho miembros de la OMC que intervinieron en respaldo de esa ‘pluralidad de partes reclamantes’ y doce países miembros de la OMC que intervinieron en respaldo de las CE en su calidad de parte demandada (los quince Estados miembros de las CE participaron en la diferencia como integrantes de una delegación de las CE sin un estatus formal de ‘codemandados’ ni de ‘terceros’); Petersmann, E-U. (2004), pág. 283.

⁷⁰ El modelo de la OMC es afín al sistema del *common law* al que son ajenos los países de la región. Halperin, M. (2004): afirma que “el derecho internacional económico está moldeado en el sistema angloamericano con respecto al papel asignado a las normas escritas en relación a sus aplicaciones judiciales...” (pág. 114). Es significativo el Memorandum de Entendimiento BID-OMC (Memorandum of Understanding Between the Secretariat of the World Trade Organization and the Inter-American Development Bank, Washington, 27 de febrero de 2002), suscripto con el fin de profundizar la cooperación entre ambos organismos para brindar a los países de América Latina asistencia técnica sobre negociaciones comerciales y los procedimientos de solución de controversias y prácticas de la OMC. Se puede estimar a esta iniciativa como un reconocimiento de la falta de calificación de los países latinoamericanos para utilizar el mecanismo de solución de controversias en la OMC.

⁷¹ Conforme Villamarín, José Javier (2004), págs. 24-25.

⁷² Idem, págs. 26-27.

Asimismo, las partes pueden acordar de modo expreso someterse directamente y en instancia única al Tribunal Permanente de Revisión (Protocolo de Olivos, art. 23 # 1). En tal caso, aun si se aplica el derecho del MERCOSUR y el Tribunal Permanente de Revisión no actúa en equidad, la diferencia se resuelve en un plazo más corto con el consiguiente ahorro de tiempo y costos.

2. Solución de controversia en un área de intereses divergentes y derivación

En el ámbito de las regulaciones de la OMC se introdujeron los denominados nuevos temas –de los que citaremos el comercio de servicios, los derechos de propiedad intelectual y las inversiones relacionadas con el comercio– y sus consiguientes disciplinas.

Respecto del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS en sus siglas en inglés) se señala que impone para la protección de los derechos de propiedad intelectual estándares que son mínimos pero relativamente altos. La negociación del Acuerdo se debió a una iniciativa de los países desarrollados, en particular de Estados Unidos.

El instrumento es de extensa cobertura temática⁷³ y su aplicación es prácticamente universal.⁷⁴

La importancia de la protección de la propiedad intelectual se justifica por sí misma en una época en la que se habla de la sociedad del conocimiento. No son precisamente los países latinoamericanos los que ocupan el lugar más relevante en ella y son notorias las asimetrías que los separan de los países desarrollados en esta área.⁷⁵ En consecuencia, los intereses de unos y otros son divergentes en cuanto al alcance y límites de la protección de los derechos de propiedad intelectual.⁷⁶ Los países desarrollados procuran la vigencia de estándares amplios y estrictos. Para los países en desarrollo, los altos niveles de tal protección pueden afectar sus intereses respecto de, entre otros, la

⁷³ Abarca los derechos de autor y conexos, las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las patentes, los circuitos integrados, la protección de la información no divulgada, el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.

⁷⁴ Conforme Correa, Carlos (1996) *Acuerdo TRIPs. Régimen internacional de la propiedad intelectual*; Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, pág. 31.

⁷⁵ “[...] [these authors] argue that there is a strong positive relation –i.e. market expansion– between the manufacturing exports of Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) countries and the strength of patent right in large and small developing countries... [he considers] that weak patent rights are a barrier to US exports”; Vivas-Eugui, D. (2003), pág. 5.

⁷⁶ “Developing countries have, as any other sovereign state, the right to agree or to ‘exchange’ all the concessions they consider adequate for their own interests. Nevertheless, the TRIPS Agreement was accepted in the Uruguay Round without assessing the impacts on development through a clear benefit/cost analysis by developing countries. Concessions under the WTO Agreement on Agriculture have proven to be ineffective and insufficient to allow a substantive increase in developing country exports.”; Vivas-Eugui, D. (2003), pág. 14.

agricultura, la educación, la seguridad alimentaria, la salud, la transferencia de tecnología, la biodiversidad.⁷⁷

La cuestión de los derechos de propiedad intelectual también fue considerada en acuerdos regionales. Por su inclusión en la normativa de esquemas de integración⁷⁸ y por ser materia en las que los países desarrollados y en desarrollo ponen en juego intereses tan diferentes es ilustrativo referirse al caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la CAN respecto de una solicitud de patente de segundo uso, obtenida por los laboratorios Pfizer en Perú.⁷⁹ La concesión de la patente originó la interposición de la acción de incumplimiento contra el país concedente.

La empresa Pfizer Research & Development CO, N.V./S.A. de Irlanda había solicitado en 1990 en Gran Bretaña y la Oficina Europea de Patentes, patente para el sildenafil, cuyo uso original era el tratamiento de afecciones cardiovasculares.

En Perú, Pfizer pidió que se patentara una segunda aplicación del producto, ya que había sido indicado como terapéutico para el tratamiento de la impotencia. Perú hizo lugar a este pedido y otorgó dicha patente el 29 de enero de 1999. Tal otorgamiento motivó que el 12 de octubre de 2000 fuera interpuesta contra Perú la acción de incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal, 16 de la Decisión 344 de la Comisión sobre propiedad industrial y la Resolución 406 de la Secretaría General. Por dicho artículo 4 “Los Países Miembros está obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación”.

La Decisión 344 sobre Régimen Común de la Propiedad Industrial dispone en el art. 16 la no patentabilidad de los productos y de los procedimientos ya patentados, cuando se les atribuye un uso distinto al originalmente acordado en la patente inicial.

La Resolución 406 de la Secretaría General dictaminó el incumplimiento del gobierno peruano de lo dispuesto en el art. 16 de la Decisión 344.

La sentencia del Tribunal del 28 de setiembre de 2001 declaró que Perú había incurrido en el incumplimiento que había motivado la acción respectiva al conceder la

⁷⁷ Vivas-Eugui, D. (2003), pág. 3.

⁷⁸ Así es en la Comunidad Andina, el Grupo de los Tres, el Mercado Común Centroamericano, el MERCOSUR y el TLCAN, si bien en cada uno de ellos con distinto alcance. Véase Vivas-Eugui, D. (2003), pág. 6.

⁷⁹ Proceso 89-AI-2000, “Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Perú, alegando incumplimiento de los arts. 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión; así como de la Resolución 406 de la Secretaría General”.

referida patente (acápite 4.1.4). Por ello exhortaba a Perú a realizar las acciones conducentes para hacer cesar el incumplimiento y dejar sin efecto la patente concedida.

Para dictar la sentencia el Tribunal desestimó los argumentos de la demandada (acápite 4.1.3) de que algún miembro de la CAN pueda emitir disposiciones de derecho interno “so pretexto de que éstas viabilizan la aplicación en su territorio de normas comunitarias”. Agregó que los países miembros carecen de aptitud “para operar sobre el artículo 16 de la Decisión 344 de la Comisión así sea para interpretarlo de manera que consulte los principios de ADPIC, ni las disposiciones del Acuerdo tienen la virtualidad de imponerse sobre la norma comunitaria”.

Por cierto, los argumentos expuestos por las partes ante el Tribunal y las consideraciones de éste son todos de interés. Pero de ellas cabe destacar en cuanto atañe a las industrias farmacéuticas, perjudicadas económicamente con la concesión de la patente de segundo uso, que éstas vieron afectados “sus derechos de comercializar libremente sus productos, tanto en el mercado interno como en el de exportación; particularmente en el de los países de la Comunidad Andina” (acápite 1.3.1 de la sentencia).

Este es un caso típico de colisión entre la protección de derechos patrimoniales y el acceso a los mercados: “el tipo de conflicto más notorio es el que se plantea a propósito de la extensión de los derechos ejercidos por los Estados en el reconocimiento de derechos de propiedad industrial. Esta controvertida vinculación define una de las ambivalencias fundamentales del sistema económico internacional, porque: (a) en aras del libre acceso a mercados pueden llegar a invalidarse derechos de propiedad industrial; o bien (b) en aras de la protección de los derechos de propiedad industrial puede reducirse o anularse el libre acceso a mercados”.⁸⁰

3. Diferendo en el foro multilateral

El caso reseñado se plantea contra un Estado que en materia de patentes está sujeto a la normativa de la CAN y de la OMC, por ser miembro del esquema de integración andina y de la organización multilateral.

Aunque resuelto en el Tribunal de Justicia de la CAN, no es ocioso hacer un ejercicio para ubicar el diferendo en el ámbito de la OMC y su Entendimiento sobre solución de disputas. A partir de este ejercicio es muy dudoso inferir que en la OMC la solución de la controversia hubiera sido dejar de lado la concesión de la patente. Ello en consideración al posible planteo del caso en la OMC.

⁸⁰ Halperin, M. (2004), pág. 91.

El país A, miembro de la OMC, presenta un reclamo contra el país miembro B porque este último deniega la concesión de patentes de segundo uso, basado en su normativa que no las reconoce.

El país A alega que el art. 27 # 1 del ADPIC establece que “las patentes podrán obtenerse por todas las inversiones, sean de productos o de procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”. Y agrega: “... las patentes se podrán obtener y los derechos de patentes se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país”.

Asimismo, al denegar las patentes de segundo uso, en la práctica está concediendo una patente no voluntaria u obligatoria. Ello porque los productos no protegidos pueden ser comercializados libremente con el consiguiente perjuicio para el titular de la patente primigenia, cuyo derecho a obtener la patente de segundo uso está siendo vulnerado. Importa, por lo tanto, una verdadera carta blanca para incumplir el art. 31 del ADPIC por parte del país B. Dicho artículo, relativo a otros usos sin autorización del titular de los derechos, está sujeto, entre otros a los siguientes requisitos:

1. obtener, previo al uso, la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables, obligación de la que un país miembro sólo puede ser eximido en caso de emergencia nacional o en cualquier circunstancia de extrema urgencia (literal b);
2. acordar al titular de los derechos una remuneración adecuada (literal h);
3. dar lugar a la determinación de la validez jurídica de la autorización de segundo uso a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente del mismo país miembro (literal i).

Dado que el país B no cumplió con ninguna de estas exigencias y en especial no lo es dable invocar emergencia nacional o circunstancia de extrema urgencia en ninguno de los casos de denegatoria de patentes de segundo uso solicitadas para especialidades farmacéuticas, deberá modificar su legislación que no las reconoce. Esta será la vía para hacer cesar por su parte la violación de los arts. 27 # 1 y 31, literales b, h e i del ADPIC.

Por su parte, el país miembro B alega que no incumplió con ninguna de las disposiciones mencionadas del ADPIC, por cuanto en los casos de denegatoria de dicha patente de segundo uso, este segundo uso no encuadra en la exigencia del artículo 27 # 1 en cuanto a inversiones respecto de productos que sean nuevos y entrañen una

actividad inventiva. Por el contrario, el segundo uso derivó de una observación simplemente empírica de aquellos pacientes afectados por una enfermedad coronaria y que al mismo tiempo sufrían de diabetes. El suministro de la especialidad en cuestión no sólo los favoreció para la primera dolencia sino que también estabilizó algunos síntomas de la segunda. Este efecto colateral no se originó en una nueva investigación –y en la inversión necesaria para llevarla a cabo– sino que se percibió de modo casual su beneficio para los enfermos diabéticos. De ahí que es imposible aducir la novedad o actividad inventiva en relación con el segundo uso. De este modo, excluida la condición de novedad prescrita por el art. 27 # 1 del ADPIC, queda desestimada la pretensión de que se trata de un producto a cuyo segundo uso le asiste un derecho a ser patentado. Asimismo, es a todas luces inconsistente el argumento de que una denegatoria de patente de segundo uso encuadre por sí misma en los lineamientos del art. 31 relativo a otros usos sin autorización del titular de los derechos, es decir, que sea asimilable a una patente no voluntaria.

Planteado el diferendo en estos términos, cabe considerar un elemento de mucho peso: la participación de terceros países miembros que no siendo partes en el diferendo tengan “un interés sustancial en el asunto sometido a un grupo especial y así lo hayan notificado al OSD”. Si este tercero “considera que una medida que haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de cualquier acuerdo abarcado, ese miembro podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias establecidos en el presente Entendimiento” (art. 10 del ESD, numerales 2 y 4, respectivamente).

En este ejercicio relativo a especialidades medicinales es prácticamente incontrastable que un país desarrollado no estime tener un interés sustancial en el asunto sometido a solución, o no considere anuladas o menoscabadas ventajas resultantes de un acuerdo abarcado, en este caso el ADPIC. No parece aventurado evaluarlo así porque “en todos los países la cantidad de patentes extranjeras es superior a la de las patentes nacionales, pero en todos los países en desarrollo esta superioridad es aplastante ya que la tasa de patentes extranjeras alcanza más del 95 % en la mayor parte de los mismos” (Remiche, Bernard y Desterbecq, Hélène, “Las patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT”, en Bercovitz, Alberto y otros, *Propiedad Intelectual en el GATT*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pág. 251).

Es precisamente esta posibilidad acordada a los terceros países la que abre un nuevo frente a defender por parte del reclamado y presta apoyo adicional al reclamante. Y si este tercero es un país desarrollado, cobran vigencia las asimetrías en relación con los

países en desarrollo. Por lo tanto, si los diferendos se resuelven en el ámbito de un foro (sub)regional, las desigualdades existentes entre los contendientes no alcanzarán niveles de disparidad tan acusados. Lo antedicho sobre el ADPIC no sería menos aplicable, por ejemplo, al AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios).

Para resumir, la preferencia por el foro (sub)regional y la consecuencia sobre la solución del diferendo radica en el planteamiento de una controversia y su resolución entre pares, que recurren a su propio sistema. Esta situación no resultaría alterada ni siquiera cuando otro miembro del acuerdo (sub)regional tuviera un interés sustancial en la cuestión o alegara anulación o menoscabo, porque excluiría la intervención de un tercero con asimetrías a su favor (véase en esta misma sección la segunda parte de la nota 69).

4. Recapitulación

También se deben considerar algunos de los rasgos del sistema de solución de controversias en relación con el ejercicio precedente, que inclinan la preferencia por el foro (sub)regional respecto del de la OMC.

- Composición del Órgano de Solución de Diferencias (OSD). En la OMC, representantes de los países miembros desarrollados y en desarrollo, con intereses contrapuestos. Los primeros lideran la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica. Para ellos, las inversiones que les insumen merecen una adecuada compensación.⁸¹ Los segundos se atienen a los estándares del ADPIC, cuya aplicación no debe revertir en barreras al comercio legítimo ni tampoco constituir una protección “excesiva o discriminatoria”.⁸²
- Representación. Los integrantes del OSD son representantes de sus respectivos países. En cambio, un tribunal arbitral se integra con terceros independientes.⁸³
- Norma aplicable e interpretación. Como principio general, la elección del foro conlleva la aplicación de la norma vigente en él. Respecto de la interpretación en la OMC, la competencia exclusiva para ello es de la Conferencia Ministerial y del Consejo General

⁸¹ Correa, Carlos M. (1997), en *Temas de propiedad intelectual*, Buenos Aires, Centro de Estudios Avanzados – UBA, señala que la Sección 301 de la Ley de Comercio estadounidense de 1988 autorizó expresamente al presidente de Estados Unidos a aplicar sanciones comerciales en casos en que una deficiente protección de la propiedad intelectual afectara el comercio de empresas estadounidenses e impulsó la iniciativa de ese país a negociar estos temas en la Ronda Uruguay del GATT (pág. 14). El mismo autor indica que el 56,7% de las exportaciones de los países del G-7 están constituidos por bienes de media y alta tecnología, mientras que el grado de especialización de América Latina en esos bienes es de 26,5%; *ibídem*, pág. 20.

⁸² *Ibídem*, págs. 16 y 17.

⁸³ Zelada Castedo, A. “El régimen sobre medios para la solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio”, en *Revista de la Academia Diplomática Boliviana*, N° 3, La Paz, s/f, citado por Villamarín J.J. (2004), pág. 20. En tal sentido, véase el art. 19 # 1 del Protocolo de Olivos y lo dispuesto en el art. 6 párr. 2 del Acuerdo del Tribunal de Justicia de la CAN respecto de sus jueces.

(art. 9 # 2, Acuerdo OMC), ambos integrados por representantes de todos los países miembros. El valor de los informes de los paneles adoptados por el OSD crean una especie de “precedente” acorde con la regulación respectiva.

- Conexión entre los acuerdos OMC abarcados.⁸⁴ Se debe evaluar también la relación que existe entre los diversos acuerdos regulados en la OMC: “un elemento a considerar por los países en desarrollo y menos adelantados cada vez que ponderan la posible utilización del sistema de solución de diferencias, es la evaluación de los riesgos inmanentes a un pronunciamiento desfavorable, dada la interdependencia económica con los países desarrollados en una variedad de frentes (comercio de bienes, comercio de servicios, propiedad intelectual, inversiones vinculadas al comercio...).”⁸⁵

La elección de foro comporta la de sus normas y procedimientos, determinantes para la resolución del diferendo. La solución de una diferencia sometida a la normativa y el mecanismo de un marco multilateral ha de diferir de la que se adopte en un esquema de integración.⁸⁶ Ello porque en el contexto de este último se procura “buscar e identificar la reglas jurídicas aplicables guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento de ordenamiento que las Partes conforman para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración...”, ya que “Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción” (primer laudo arbitral del MERCOSUR, puntos 51 y 58, respectivamente).

Por cierto, los fines y objetivos no han de ser coincidentes desde la óptica multilateral y la regional. Por el carácter de “sensible” de la protección de la propiedad intelectual –lo que es trasladable por ejemplo, al área de los servicios– no resulta difícil advertir la importancia de la elección del foro para solucionar una controversia que los involucre. Las negociaciones del ALCA, inclusive después de la Octava Reunión Ministerial de Miami, diciembre de 2003, que admitió la distinción entre acuerdos básico y plurilaterales, no autoriza a olvidar que el acuerdo hemisférico revela una pretensión a ser

⁸⁴ Los acuerdos abarcados por el Entendimiento son: A) Acuerdo por el que se establece la OMC; B) Acuerdos comerciales multilaterales: sobre el comercio de mercancías, de servicios, derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y el ESD; C) Acuerdos comerciales plurilaterales; tal como consta en el apéndice 1 del ESD.

⁸⁵ Halperin, M. (2004), pág. 22.

⁸⁶ Halperin, M. (2004) se refiere a la unidad sistémica que anuda el multilateralismo con el regionalismo, y señala respecto de los “conflictos suscitados por la superposición o colisión de principios de derecho internacional económico deben resolverse, de ser posible, dentro de los propios acuerdos de integración” (págs. 73-74).

OMC-plus para propiedad intelectual,⁸⁷ servicios e inversiones relacionadas con el comercio.

En los párrafos anteriores, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la CAN sobre la protección de la propiedad industrial, se ha señalado la relación que tienen entre sí estos temas nuevos. De ahí que del caso considerado se puedan extraer lecciones aplicables a las otras áreas. Esto presta, inclusive, un apoyo adicional a la opción por el foro (sub)regional.

⁸⁷ Vivas-Eugui, D. (2003) señala la relación entre inversión y protección de la propiedad intelectual en diversos acuerdos (págs. 5 y ss.). Además, indica “The TRIPS Agreement has almost become a universal set of minimum I[n]tellectual P[roperty] R[ights] standards at international level. TRIPS together with the availability of a dispute settlement system that allows cross-sectoral trade retaliatory measures is becoming an anvil upon which to craft legislation on IPRs in developing countries. R[egional] T[rade] A[greements] and bilaterals are then used as the hammer and the anvil for shaping their legislation at will. The TRIPS Agreement has, in reality, created a suitable environment for pushing deeper IPRs standards in many parallel negotiations...” (pág. 14).

IX. COMENTARIO FINAL

Se examinó el tratamiento dado a la opción de foro en cuatro esquemas de integración y en el proyecto ALCA. Al respecto, cabe comentar que la alternativa acordada se funda en la pertenencia simultánea a un organismo multilateral –la OMC– y a más de un esquema de integración. En este último caso, esa pertenencia simultánea ha sido denominada “membresía múltiple”,⁸⁸ con los consiguientes efectos en la elección de foro.

- MERCOSUR. El Protocolo de Brasilia no contenía ninguna disposición relativa a opción de foro, que sí fue incorporada en el Protocolo de Olivos. Éste contempla el foro propio, el de la OMC y el de los sistemas de solución de controversias de otros “esquemas preferenciales de comercio de los que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR”. Es decir, que el Protocolo de Olivos se plegó a la práctica de acordar alternativas a los contendientes. Es más, amplió la opción –sistema propio y de la OMC– para agregar una tercera. Esta previsión encara la inevitable complejidad derivada de la membresía múltiple.

- CAN. En este esquema su estructura institucional ha determinado que la opción de foro haya quedado excluida al establecer un tribunal al que compete de modo exclusivo la solución de controversias entre sus miembros. Se ha eliminado la posibilidad de optar por algún otro foro que no sea el de su órgano jurisdiccional.

- TLCAN. La posibilidad que acuerda el tratado de esta zona de libre comercio es la de recurrir a su propio sistema de solución de controversias o al de la OMC. A pesar de este principio de carácter general, el Tratado confiere preferencia al sistema instituido en el mismo TLCAN en los casos específicamente previstos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2005 (falta de consenso para convenir en el foro único; materia ambiental y de conservación considerado en el artículo 104; sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias, que corresponden a la sección B del capítulo VII, y medidas relativas a normalización contenidas en el capítulo IX).

- GRUPO DE LOS TRES. En este caso de pertenencia simultánea a más de un esquema de integración, se admitió la opción de foro con rasgos especiales. A la posibilidad de elegir el sistema del Grupo de los Tres o el de la OMC, se agregó una tercera vía aplicable a Colombia y Venezuela. Ello se debe a la condición de miembros de la CAN de

⁸⁸ Cfme. Hummer, Waldemar y Prager, Dietmar (1998). Estos autores afirman que un Estado que pertenece a más de un esquema de integración está incluido en esta categoría de “membresía múltiple”, al que estiman “un fenómeno esencialmente latinoamericano” (págs.35-36).

estos dos países, que los constriñe a recurrir en sus diferendos al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

El sistema adoptado en el TLCAN –en cuanto a conceder preferencia al procedimiento propio de solución de controversias– y en el Grupo de los Tres –limitar las vías de opción de foro para Colombia y Venezuela cuando el diferendo se plantea entre ellos– privilegia el vínculo asociativo que se crea entre las partes de un esquema de integración.

Por su parte, el MERCOSUR abre el espectro de posibilidades respecto de la elección de foro en cuanto habilita también el acceso al foro de otros esquemas preferenciales del comercio del que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR.

En América Latina, la pertenencia a más de un esquema de integración requirió la articulación ALALC-Grupo Andino, tuvo una respuesta flexible en ALADI y en esta última dio lugar al Protocolo Interpretativo del art. 44 ante la incorporación de México al TLCAN – del que son miembros asimismo dos países no pertenecientes a la Asociación–, y también tiene su expresión en el Grupo de los Tres.

En la negociación del ALCA hay una situación fáctica: gran parte de los países que negocian pertenecen a esquemas de integración regionales, y por ello esta situación recibe un reconocimiento a priori. Debería tener su correlato en la elección de foro. Los procesos de integración regionales establecen su sistema de solución de controversias, lo aplican y por ello adquieren experiencia respecto a su operatividad, y esta experiencia coadyuva a una resolución más ágil y rápida de los conflictos.

Un sistema de solución de controversias más accesible evita el atajo de recurrir a las vías políticas, por lo general coyunturales. En contraposición a estas vías, un sistema de solución de controversias está encuadrado en un marco normativo y por ser parte de la estructura institucional ofrece mayor seguridad.

El recurso al foro (sub)regional es una forma de descentralización que, al desagregar la solución de controversias en los mecanismos de los acuerdos subregionales, facilitaría el funcionamiento del acuerdo hemisférico al trasladar la resolución de situaciones de conflictividad a sus propios sistemas. Si no se los preserva, por cierto que a causa de la interdependencia creada por las características del sistema económico internacional, el resultado será la internalización del modelo de la OMC que a su vez seguirá el ALCA. Evidentemente, no se trata sólo de una cuestión de procedimiento sino –lo que es crucial– del enfoque para alcanzar la solución de los diferendos. En el caso de excluir el foro (sub)regional, se habrán de enajenar los sistemas de solución de controversias adoptados en los acuerdos (sub)regionales en cuestiones

que bien pueden ser resueltas conforme a mecanismos propios y del modo que consulte los fines y objetivos de los procesos de integración.

En el plano teórico se puede estimar que el análisis efectuado en este trabajo en cuanto a elección de foro no se agota en la negociación del ALCA. Por cierto, “el ALCA ha cumplido una misión importante en el hemisferio porque ha obligado a [los] gobiernos... a discutir cuestiones básicas de las relaciones intra y extrarregionales...”⁸⁹. Si el proceso de negociación del ALCA constituye uno de los disparadores de esta investigación respecto de la elección del foro –en atención al número y rasgos diferenciales de los participantes–⁹⁰ es previsible que el estudio y análisis de la misma cuestión se amplíe para abarcar otros acuerdos de integración. Tal previsión se asienta en el fenómeno de celebrar “acuerdos de integración comercial entre esquemas de integración preexistentes [que] parece responder a una tendencia de la historia económica destinada a seguir desarrollándose en los primeros años del siglo XXI.”

Si en el futuro próximo se avizora la suscripción de nuevos acuerdos para conformar espacios económicos ampliados, en el capítulo de solución de controversias el tema de la elección de foro estará presente. Y si América Latina procura que no se pierda el terreno ya ganado por los distintos esquemas de integración existentes, convenir la opción de sus propios sistemas de solución de controversias será una contribución al respecto. En tal sentido, es ineludible que se constituya en objeto de nuevas investigaciones.

⁸⁹ Cfme. Giacalone, Rita (2003), pág. 10.

⁹⁰ “Las asimetrías entre los países del ALCA son, por cierto, inmensas. El primer y principal ejemplo está dado por la asimetría demográfica y económica que coloca a los Estados Unidos a la cabeza de la lista, muy por encima de los restantes países, no sólo en términos de población sino también de riqueza. En un segundo grupo de países encontramos a Canadá, México, Brasil y la Argentina, que también se diferencian notablemente de los restantes miembros. Por último, hay un tercer y cuarto bloque donde se ubican países con diferentes grados de desarrollo, extensión territorial y población, donde algunos países pequeños están muy poco desarrollados y otros tienen una pobreza tan abyecta que se cuentan entre los más pobres del mundo. Es necesario encontrar un sistema [de solución de controversias] en el que todos los países puedan ejercer sus derechos como iguales, en un contexto de igualdad de oportunidades.”; Baptista, L. O. (2004), pág. 236.

X. Referencias bibliográficas

Alonso García, Ricardo (1997); *Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*; Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España.

Arceo, Enrique; "Comercio Internacional. El ALCA, acuerdos, confrontaciones y proyectos de sociedad", en *Realidad Económica*, N° 200, www.iade.org.ar/RE/ artículos, versión electrónica publicada en enero de 2004.

Basaldúa, Ricardo Xavier (1999); *MERCOSUR y Derecho de la integración*; Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Baptista, Luiz Olavo (2004), "El Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA): un sistema de solución de controversias incierto en una era colmada de incertidumbres", en Lacarte, Julio y Granados, Jaime, editores *Solución de controversias comerciales inter-gubernamentales. Enfoques multilaterales y regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires.

Blanco M. Herminio y Zabudovsky K, Jaime; Alcances y límites de la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, Documento de Trabajo – IECI-01; Buenos Aires, BID-INTAL, abril de 2003.

Bouzas, Roberto y Soltz, Hernán (2001); "La formación de instituciones regionales en el MERCOSUR"; en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, coordinadores, *El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del MERCOSUR en su primera década*; Madrid, Siglo Veintiuno de Argentina Editores, págs. 181-204.

Bouzas, Roberto y Da Motta Veiga, Pedro; "El ALCA tras Miami. Una convergencia y todavía muchas incertidumbres", en *Serie MERCOSUR*, N° 23; Barcelona, Observatorio de la Globalización – Universidad de Barcelona, versión electrónica publicada el 5 de diciembre de 2003.

Bulmer-Thomas, Víctor; "El área de libre comercio de las Américas" en *Revista de la CEPAL*, número extraordinario, Santiago, CEPAL, octubre de 1998, págs. 243-258.

Calceglia, Inés M. (1995); *La resolución de controversias en esquemas de integración*; Buenos Aires, La Ley.

Chacon de Albuquerque, Roberto (2003): "A OMC como uma alternativa à ALCA", en *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*; N° 4; Buenos Aires, La Ley, agosto, págs. 7-21.

Chahin Lizcano, Guillermo (2000); "El nuevo tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones", en *Revista de Derecho del MERCOSUR*, N° 5, octubre, págs. 240-244.

Comunidad Andina - Secretaría General (1997); *28 años de integración andina. Un recuento histórico*; Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, noviembre.

Czar de Zalduendo, Susana (1996); "La integración económica y la interpretación uniforme del derecho", en *El Derecho*, N° 9017. Buenos Aires, 23 de julio.

_____ (2004); "Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?", en Blasetti, Roxana y otros, *Derecho del Comercio Internacional. Acuerdos regionales y OMC*. Buenos Aires, Ciudad Argentina.

Devlin, Robert y Estevadeordal, Antoni (2001); *What's New in the New Regionalism in the Americas?*; Buenos Aires, IDB-INTAL, Working Paper 6.

Dreyzin de Klor, Adriana y otros (2004); *Solução de controvérsias. OMC, União Européia e Mercosul*; Río de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais – Konrad Adenauer Stiftung.

Estevadeordal, Antoni et al. (2000); *The New Regionalism in the Americas. The Case of MERCOSUR*; Buenos Aires, IDB-INTAL, Working Paper 5.

Ferreira Simões, Antonio José; *A ALCA no limiar do século XXI, Brasil e EUA na negociação comercial hemisférica*, Documento de Trabajo 9; Buenos Aires, BID-INTAL, mayo de 2002.

Garay, Luis Jorge (1997); "Regionalismo abierto e integración en las Américas", en Bouzas, Roberto, compilador, *Regionalización e integración económica. Instituciones y procesos comparados*; Buenos Aires, ISEN (Instituto del Servicio Exterior de la Nación) - Grupo Editor Latinoamericano.

Giacalone, Rita, editora (2003); *CAN-MERCOSUR a la sombra del ALCA*; Mérida, Editora Venezolana C.A.

- González, Flavio Floreal (2002); "MERCOSUR: una mejor justicia para una mejor política. Ideas para perfeccionar el Protocolo de Brasilia", en *La Ley Actualidad*, 12 de febrero, págs. 1-3.
- Granados, Jaime; *El ALCA y la OMC. Especulaciones en torno a su interacción*; Documento de Trabajo 4; Buenos Aires, BID-INTAL, 1999.
- Halperin, Marcelo (1985); "Hacia el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en ALADI", en *Integración Latinoamericana*, N° 106, octubre, págs. 21-31.
- _____ (2004); *Principios jurídicos del multilateralismo económico. Situación de los países en desarrollo*; Buenos Aires, Colección Aroha, Altuna Impresores.
- Horlick, Gary N. y Palmer, Claire R.; "La negociación de un Area de Libre Comercio de las Américas", en *Integración y Comercio*, N° 13, año 5; Buenos Aires, BID-INTAL, enero-abril de 2001.
- Hummer, Waldemar y Prager, Dietmar (1998); *GATT, ALADI y NAFTA. Pertenencia simultánea a diferentes sistemas de integración*; Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Jara, Alejandro (2001); "Aspectos institucionales y económicos en las negociaciones comerciales de Chile. Parte I: Aspectos institucionales"; en Estevadeordal, Antoni y Robert, Carolyn, *Las Américas sin barreras. Negociaciones comerciales de acceso a mercados*; Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo, págs. 187-199.
- Lipovetzky, Daniel (2001); "Solución de controversias en el MERCOSUR", en *Archivos del Presente*, Año 7, N° 26, octubre-diciembre, págs. 161-172.
- Maldonado Lira, Héctor (1999); *Treinta años de integración andina. Balance y perspectivas*; Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Mendicoa, Gloria Edel, compiladora (1998); *Manual teórico-práctico de investigación social (Apuntes preliminares)*; Buenos Aires, Espacio Editorial.
- Peña, Félix (1972); *La solución de conflictos en la integración latinoamericana*; Buenos Aires, BID-INTAL.
- _____ (2004); "Los dientes de la OMC", en *La Nación*, sección 5ª, Comercio Exterior; Buenos Aires, 15 de junio; pág. 12.
- Perotti, Alejandro D. (1998) "Los tribunales comunitarios en el proceso de integración. El caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina" en *Revista de Derecho del MERCOSUR*, N° 5, octubre, págs. 57-93.
- Petersmann, Ernst-Ulrich (2004) "La proliferación y fragmentación de los mecanismos de solución de controversias en el comercio internacional: los procedimientos de solución de diferencias en la OMC y los mecanismos de solución alternativa de controversias", en Lacarte, Julio y Granados, Jaime, editores *Solución de controversias comerciales inter-gubernamentales. Enfoques multilaterales y regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires.
- Plank-Brumback, Rosine M. (2001); "Dispute Settlement", en Salazar-Xirinach, José M. y Robert, Maryse, coordinadores, *Toward Free Trade in the Americas*; Washington DC, Organization of American States – Brookings Institution.
- Rey Caro, Ernesto J. (2003); *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*; Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Rico Frontaura, Víctor (2004); *La coordinación y negociación conjunta de los países de la Comunidad Andina en el marco del ALCA y la OMC*; Documento de Divulgación –IECI– 01; Buenos Aires, BID-INTAL.
- Rodríguez Giavarini, Adalberto; *Estudio sobre las condiciones y posibilidades políticas de la integración hemisférica*; Buenos Aires, BID-INTAL, 2003.
- Sáchica, Luis Carlos et al. (1985); *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*; Montevideo, BID-INTAL.
- Salazar-Xirinachs, José M. y Robert, Marise (compiladores); *Toward Free Trade in the Americas*; Washington, Organization of American States – Brookings Institution Press, 2001.

Saraiva Guerrero, Ramiro et al.; *Dimensión jurídica de la integración. Estudio de los métodos de solución de controversias en los esquemas regionales y subregionales de integración o libre comercio en el hemisferio*; Buenos Aires, Organización de Estados Americanos - UADE.

Vacchino, Juan Mario (1983); *Integración Latinoamericana. De la ALALC a la ALADI*; Buenos Aires, Ediciones Depalma.

—————(2001) “La Cumbre Sudamericana y el desarrollo de una utopía”, en *Capítulos*, Nº 61; Caracas, SELA, enero-abril.

Ventura-Dias, Vivianne (2003); “Reglas multilaterales e intereses nacionales en América Latina: nota de investigación”, en *Perfiles Latinoamericanos*, Nº 23; México, FLACSO, diciembre.

Vigil Toledo, Ricardo (2004) “La solución de controversias en el Derecho Comunitario Andino”, en Lacarte, Julio y Granados, Jaime, editores *Solución de controversias comerciales inter-gubernamentales. Enfoques multilaterales y regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires.

Villamarín, José Javier (2004); *El mecanismo de solución de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo*; Comunidad Andina, Secretaría General. Biblioteca Digital Andina.

Vivas-Eugui, David (2003); *Regional and bilateral agreements and a TRIPS-plus world: the Free Trade Area of the Americas (FTAA)*; Ginebra, QUNO-ICTSD.

Weston, Ann y Delich, Valentina (2000); *Settling Trade Disputes after the Uruguay Round. Options for the Western Hemisphere*; Buenos Aires, LATN (Latin American Trade Network) – FLACSO.

Zelada Castedo, Alberto (1986); *Derecho de la Integración Económica Regional*, Tomo I y Tomo II (lecturas seleccionadas); Buenos Aires, BID-INTAL.

————— (1995); *Necesidad y conveniencia del desarrollo de un régimen general de alcance regional sobre medios para la solución de controversias en el ámbito de la ALADI*; Montevideo, ALADI/sec/Estudio 33, 6 de marzo.

————— (1996); SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EN EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL; *SUCRE, UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR*.

DOCUMENTOS

Tratados, Protocolos y normas derivadas y conexas.

Declaraciones de las Reuniones Cumbres y Reuniones de Ministros de Comercio; borradores del ALCA.

Adenda

Este trabajo se basó en una investigación finalizada en junio de 2004.

El curso de las negociaciones del ALCA autorizaba a prever la firma del acuerdo respectivo a fines de 2005 y su entrada en vigor en enero de 2006. Es decir, las fechas establecidas en la Tercera Reunión Cumbre de Québec, de abril de 2001 (véase el cuadro 4).

El compromiso único constituyó un punto de partida de las negociaciones. Discrepancias entre los países negociadores en aspectos esenciales, derivadas de las asimetrías que los caracterizan, motivó la introducción de la requerida flexibilidad para admitir la conclusión de un acuerdo básico y acuerdos plurilaterales (véase en el punto VII los ejes de negociación). Se procuró así reactivar la posibilidad de alcanzar el acuerdo. No obstante, las tratativas se estancaron. En noviembre de 2005, en la Reunión Cumbre de Mar del Plata, las diferencias entre grupos de Estados se revelaron irreconciliables conforme a las condiciones planteadas y resultaron, por lo tanto, insuperables.

En lo inmediato no es fácil prever un próximo paso para proseguir el proceso iniciado una década atrás. Persista el actual estancamiento o se retomen las negociaciones del ALCA sobre otras bases, la perspectiva latinoamericana respecto de la solución de controversias –tema central de este trabajo– es por cierto una cuestión relevante, independientemente del acuerdo hemisférico. Como se explicó, el sistema que adoptaría el ALCA sería el de la OMC. Por ser los países latinoamericanos miembros de la OMC, la opción de foro en sus sistemas de solución de controversias les ofrecen la alternativa del mecanismo de su propio esquema o el de la Organización. Así se estableció en el Protocolo de Olivos para el MERCOSUR y en el Tratado del Grupo de los Tres, para limitarnos a los convenios concertados entre países latinoamericanos considerados en la tesis.

Se expusieron el sentido de las ventajas que representan para los miembros de esos agrupamientos (sub)regionales recurrir al sistema instituido en su ordenamiento (véase el punto VIII). El interés de analizar el tema de la elección de foro persiste respecto de los esquemas existentes y además por la futura concertación de acuerdos (sub)regionales e interregionales. Autorizar, y hasta dar preferencia, al mecanismo instaurado en el propio esquema de integración fortalece el vínculo asociativo que liga a los participantes, a la vez que los sustrae de someterse a un foro en el que las heterogeneidades de los países desarrollados y en desarrollo aún conservan su peso. Lo que es válido inclusive si el diferendo se plantea en la OMC entre estos últimos, por la posible participación de los primeros, si alegan poseer “un interés sustancial” en el conflicto (véase nota 69 y punto VIII, 2 y 3).

Se puede estimar que este es el meollo del interés que suscita el tema de la opción de foro y razón para continuar y profundizar su análisis.