

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**“LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EN EL DERECHO
INTERNACIONAL: ANALISIS COMPARADO ENTRE EL SISTEMA DE
LA OMC Y MERCOSUR”**

**Memoria de Prueba para optar
al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Memoristas : Carolina Díaz Cortés
Victoria Hurtado Larraín
Profesor Guía: María Teresa Infante Caffi**

Enero de 1998

A nuestros padres.

INDICE DE MATERIAS

INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I “LOS MEDIOS PACÍFICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”	
I. LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	5
1. Concepto	7
2. Medios de Solución de las Controversias Internacionales	7
2.1 Clasificación	7
2.1.1 Medios Pacíficos y no pacíficos	7
2.1.2 Medios diplomáticos y jurídicos	7
2.2. Estudios particular de los medios de solución de controversias	10
2.2.1 Medios diplomáticos o no jurisdiccionales	10
a) Negociaciones diplomáticas	10
b) Buenos oficios y la mediación	11
c) Investigación internacional	12
d) Conciliación internacional	13
2.2.2 Medios Jurisdiccionales	14
a) Arbitraje internacional	15
b) Arreglo judicial	18
CAPITULO II “LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS O EN EL MERCOSUR”	
I. GENERALIDADES	21
II. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EN EL TRABAJO DE ASUNCIÓN	22
III. EL PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS	25
1. Antecedentes	25
2. Vigencia	26
3. Ámbito de Aplicación	27
3.1 Personal	27
3.2 Material	27
4. Características Generales del Sistema Contemplado en el PBSC	28
5. Procedimiento	28
5.1 Procedimiento entre Estados	28
5.1.1 Negociación directa entre las partes involucradas	28
5.1.2 Intervención del Órgano Grupo Mercado Común	29
5.1.3 Etapa jurisdiccional, el Arbitraje	31
5.2 Procedimiento de Reclamo entre Particulares	35
5.2.2 Características	36
5.2.3 Procedimiento	37
5.2.4 Críticas	38

3. Mecanismos de solución de las Controversias que se contemplan	74
4. Recursos que se Contemplan	81
5. Facultad de Imperio, Mecanismos de Hacer Cumplir lo Juzgado	82

CAPITULO V
“REFERENCIA A OTROS SISTEMAS DE SOLUCION DE
CONTROVERSIAS”

I. NAFTA	84
----------	----

II. CHILE - MERCOSUR	87
----------------------	----

CONCLUSIONES	94
---------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	96
---------------------	----

APENDICE

I. ANEXO N°1 Normas y Procedimientos Especiales o Adicionales Contenidos en los acuerdos Abarcados	102
--	-----

II. ANEXO N°2 Diagrama del Procedimiento de Solución de Diferencias de la OMC	104
---	-----

Existen para aplicar los principios anteriores ciertos aspectos económicos que el Entendimiento se encarga de mencionar para lograr el equilibrio en estas medidas:

La parte tendrá en cuenta el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que se haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo y la importancia que para ella tenga ese comercio. Además considerará los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

El Entendimiento establece un principio de equilibrio al establecer que “el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.”

A su vez, se establece un procedimiento de autorización de las represalias: Será el OSD quien, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones o denegará las represalias propuestas en un plazo que no excederá de treinta días siguientes a la expiración del período prudencial para la puesta en conformidad, a menos que se decida por consenso desestimar la petición

Si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, será objeto de un arbitraje vinculante llevado a cabo por el propio panel que entendió del caso o, en su defecto, de un árbitro que puede ser una persona o un grupo de personas, nombrada por el Director General. El árbitro no examinará la naturaleza de las concesiones y otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Además podrá determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones esta permitida en virtud del acuerdo abarcado. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje.

El Entendimiento señala que las represalias serán siempre temporales y solo se aplicarán hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajás, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

INTRODUCCION

Hemos escogido como tema de nuestra Memoria de Título el de "La Solución de las Controversias en el Derecho Internacional: Análisis Comparado entre el Sistema de la OMC y MERCOSUR" como respuesta al fenómeno de globalización que se ha ido desarrollando en este siglo, en dos etapas claves: la primera después de la Segunda Guerra Mundial, para consolidar la paz lograda, y la segunda con posterioridad a la caída del Muro de Berlín, para cooperar con la integración económica posterior a la Guerra Fría.

Sin embargo para Latinoamérica la globalización ha sido un fenómeno más bien reciente, esto obedece a la historia política de la región que se ha visto invadida de guerrillas y dictaduras que impidieron la apertura de esta al resto del mundo. Este escenario ha mejorado notablemente. Junto con la vuelta a la democracia de varias de estas naciones, ha habido un notable desarrollo comercial y un interés de los demás países de asociarse con una región que tiene un gran mercado y que esta en proceso de organización.

Chile ha sido parte importante de este fenómeno en la región, pese a que no tiene un gran mercado como el brasileño o el argentino, ha alcanzado un nivel de madurez económica y política que lo hacen atractivo para los demás países como puerta de entrada a Latinoamérica. Desde la década de los noventa Chile ha desarrollado una estrategia comercial de negociaciones bilaterales y regionales, suscribiendo diversos acuerdos de libre comercio y de complementación económica bilateral con: Argentina, México, Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela y Canadá. Además culminaron exitosamente las negociaciones de asociación con la APEC, la Unión Europea y el Mercosur, también ha participado activamente en la OMC, y tiene una intensa agenda en temas internacionales.

¿Cuales son las ventajas de firmar un acuerdo internacional si bastaría con que la legislación de cada país permitiera el comercio internacional sin aranceles o el acceso a mercado y el trato nacional?

Precisamente además de razones netamente económicas, es la seguridad jurídica la verdadera razón de este afán globalizador. El beneficio concreto de un acuerdo comercial es obtener un sistema de solución de las controversias, internacionalmente reconocido y que asegure el principio PACTA SUNT SERVANDA. Así como hay diversos niveles de intensidad en los acuerdos internacionales, hay también distintos sistemas de solución de controversias para estos con importantes diferencias, unos muy efectivos y otros mas precarios.

CAPITULO IV: "COMPARACION DEL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE LA OMC CON EL MERCOSUR."

1.- AMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE LA OMC EN COMPARACION CON EL MERCOSUR.

El art. 43 del Protocolo de Ouro Preto establece que el campo de aplicación será el de todas las controversias que surjan entre los Estados Partes del MERCOSUR sobre la interpretación, aplicación, o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción y a los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directrices de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Respecto a este tema, la OMC señala a todas las disputas que surjan bajo cualquier acuerdo de comercio multilateral de los enumerados en el apéndice N°1 a los cuales se les llama Acuerdos Cubiertos, dentro de estos incluye:

El acuerdo de la OMC

El GATT de 1994

Otros dos acuerdos multilaterales relativos al comercio de bienes

El Acuerdo General de Servicios GATS

EL acuerdo de comercio relativo a aspectos de propiedad intelectual.

El Entendimiento de solución de controversias.

Cualquier disputa que surja de los acuerdos Plurilaterales de Comercio en que las partes hayan acordado la aplicación del Entendimiento de Solución de Controversias, dentro de los cuales se encuentran:

- Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles
- Acuerdo sobre Contratación Pública
- Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos
- Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

El Entendimiento se aplica solamente a las nuevas solicitudes para consultas que se hagan a partir de que el Entendimiento haya entrado en vigor, por tanto este sistema no tendrá efecto retroactivo.

De lo anterior se desprende que los ámbitos de aplicación de la OMC y el MERCOSUR, son distintos, no hay ningún ámbito común, por tanto, nunca existirá dudas de que sistema se aplica en que situación puntual, debido a que los acuerdos son muy claros al

Es en este contexto de globalización, donde lo que más se puede obtener es seguridad jurídica emanada de los sistemas para solucionar eventuales conflictos de los acuerdos, en donde hemos decidido enmarcar este estudio. Básicamente hemos escogido dos importantes foros para Chile: la Organización Mundial de Comercio (OMC), y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El sistema de la OMC es de interés debido a que a partir de 1994 sufrió modificaciones trascendentales en la Ronda Uruguay, y su sistema de solución de disputas ha servido de base para muchos otros foros. La OMC tiene un sistema sumamente sólido si se considera la cantidad de países que la conforman. Su sistema ha sido numerosamente probado y efectivo.

El sistema del MERCOSUR nos interesa porque la política exterior de Chile se orienta prioritariamente hacia Latinoamérica y sin duda que este foro es el más importante de la región. Además los países donde Chile invierte más son los de Sudamérica y existe la intención de los países del Atlántico sudamericano en acceder a la cuenca del Pacífico a través de nuestro país. Sin embargo, este acuerdo de unión aduanera data de 1991, y su actual sistema de solución de controversias, pese a haberse realizado con carácter transitorio, sigue vigente, siendo esta una de las razones por las cuales su sistema es aun muy débil.

Nuestro estudio compara los sistemas de solución de disputas de la OMC y el MERCOSUR, para aportar a la escasa literatura que hay sobre la materia y también porque la comparación es un excelente ejercicio intelectual para identificar las carencias y virtudes de dichos sistemas.

Nos ha parecido adecuado incluir en este estudio una referencia al sistema de solución de disputas del NAFTA por su importancia para América en general y una mención al sistema de solución de controversias existentes entre Chile y el MERCOSUR, ya que Chile por no ser parte integrante de dicho acuerdo, no le rige el Protocolo de Brasilia y ha adoptado un sistema especialísimo recientemente.

Por último, el presente trabajo pretende contribuir de alguna u otra forma a este interesante tema que sin dudas será de gran interés para la discusión económico-jurídica del próximo milenio.

respecto. Por ejemplo, puede suceder que Brasil tenga disputas con Argentina bajo el marco del MERCOSUR y los tenga también por violación a acuerdos de la OMC en cada caso las soluciones las dará el acuerdo puntual que haya sido sobrepasado.

Ahora bien, en estos sistemas de solución de controversias hay una diferencia que en teoría pareciera crucial, pero que en la práctica no lo es. Esto es lo relativo al ámbito personal. Mientras en la OMC las disputas se solucionan a nivel de Estados partes del acuerdo, en el MERCOSUR existe además la posibilidad de que los particulares hagan valer sus derechos, eso sí, con procedimientos diferentes a los establecidos para los Estados. Sin embargo, tal como ya se señaló en el capítulo del MERCOSUR, en la práctica los particulares solo pueden formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del país del particular, afectado, la cual deberá canalizar el reclamo. De esta manera este órgano y el estado del particular son quienes decidirán la suerte que va a correr este reclamo. Y si profundizamos en esta materia, pese a que el sistema de la OMC no incluye formalmente a los particulares, éstos sí tienen un rol fundamental en la práctica, ya que basta que un grupo de productores se organicen y hagan el lobby adecuado para que su petición sea acogida por el Estado y llevada ante la OMC. En este sentido son múltiples los casos que han terminado en paneles en la OMC y que han protegido derechos de particulares cuyos productos han sido perjudicados por decisiones tomadas por otros Estados en contra de estos.

2.- ORGANOS QUE INTERFIEREN EN EL MECANISMO DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS.

Los órganos que interfieren en el mecanismo de solución de las controversias que establece la OMC y el MERCOSUR se describieron en detalle en los capítulos pertinentes. Sin embargo, para comparar ambos sistemas ha sido necesario hacer una breve reseña de estos.

El Entendimiento de Solución de las Controversias de la OMC incluye los siguientes órganos:

1. Organismo de Solución de Diferencias:

Es una de las calidades que adopta el Consejo General de la OMC y que tiene por fin administrar las normas y procedimientos del Entendimiento y las disposiciones en

CAPITULO I: "LOS MEDIOS PACIFICOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS"

I. LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

1. Concepto:

Es una realidad que las relaciones entre los Estados no siempre resultan ser armónicas, sino que muy por el contrario muchas veces atraviesan por etapas o estados de conflicto como consecuencia de un serie de circunstancias que provocan discrepancias entre los sujetos del Derecho Internacional.

El concepto de conflicto internacional no resulta fácil de definir. Para que estemos frente a un conflicto internacional deben cumplirse o darse ciertos supuestos. Distintos puntos de vista respecto de un hecho no significa necesariamente que exista un conflicto internacional. Es así que tanto la jurisprudencia como la doctrina internacionales han considerado que éste es un término de carácter técnico.

Es así como muchas veces la Corte Internacional de Justicia ha tenido que rechazar casos que han sido presentados ante ella simplemente por el hecho de no ser considerados como constitutivos de un conflicto internacional.

De acuerdo a la opinión del profesor Riduejo, "los conflictos adoptan a veces la forma de controversia internacional, noción esta que sí es asimilable por el Derecho Internacional y adquiere en él perfiles propios, hasta el punto que existe toda una construcción sobre la solución de controversias internacionales".¹

Para definir la controversia internacional y para la debida comprensión del Derecho Internacional es necesario una consideración interdisciplinaria de este concepto. Al respecto nos hemos inclinado por la clasificación del profesor Riduejo quien estima necesario hacerlo desde dos puntos de vista:

¹ Pastor Riduejo, J.A. "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", Madrid, Editorial Tencos S.A., S/F, pág. 554.

materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, salvo disposiciones en contrario de uno de ellos.

2. Grupo Especial o paneles:

Este órgano conforma el mas importante sistema de solución de diferencias que contempla la OMC. Los paneles estarán formados por personas muy competentes. Los paneles estarán formados por tres integrantes a menos que dentro del plazo de 10 días contados a partir del establecimiento de éste, las partes en la diferencia convengan en que sean cinco.

3. Grupo Consultivo de Expertos:

Este órgano trabaja directamente con el grupo especial, prestando asesoría técnica en temas mas específicos que se tengan que enfrentar.

4. Organo Permanente de Apelación:

Este órgano será quien entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los paneles y estará integrado por siete personas de las cuales actuarán tres en cada caso, lo que se determinará por el turno que señale el procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación.

El MERCOSUR tiene menos órganos que el sistema OMC incluyendo:

1. Consejo del Mercado Común (CMC)

Es el órgano superior al cual le corresponde la conducción política del MERCOSUR tomando las decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos en el acuerdo. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes. Este es el órgano que tiene mayor jerarquía en el MERCOSUR, y que tiene un rol importante en la solución de las controversias ya que si no se alcanza ninguna solución en el ámbito del GMC la controversia se eleva ante este organismo para que adopte las recomendaciones pertinentes.

2. Grupo Mercado Común (GMC)

- Punto de vista técnico jurídico.
- Punto de vista sociológico político.

a) Desde una perspectiva técnico jurídica, en sentencia dictada por el Tribunal de La Haya en el asunto sobre las concesiones *Mavrommatis* en Palestina se señaló: "Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre las personas".²

Respecto de la anterior definición hay que tener en cuenta los siguientes aspectos :

- Cuando se refiere a personas, éstas tienen que ser sujetos de Derecho Internacional, si bien la generalidad de las controversias se producen entre Estados, también pueden existir diferencias entre un Estado y una Organización Internacional, o entre dos Organizaciones Internacionales, etc.

Lo anterior no impide que un particular también pueda ser parte en una controversia internacional, lo que con el correr del tiempo se ha hecho cada más frecuente. Creemos que debido a la globalización del mundo en todo tipo de campos particularmente en el comercial, la participación de los particulares en las controversias internacionales es y será cada vez de mayor importancia.

- Para que exista controversia debe haber una discrepancia entre las partes que puede referirse no sólo a cuestiones propiamente jurídicas sino que también sobre cuestiones de hecho y,
- Las partes involucradas tienen que haber delimitado el contenido de la diferencia que se ha producido entre ellas, de tal manera que ésta sea objetivamente identificable.

En opinión de la doctrina, la definición dada por la jurisprudencia internacional es demasiado amplia. Es así como el autor M. Díez de Velasco prefiere definirla atendiendo al momento en que se crea o aparece la controversia internacional y conforme a esto señala: "Esta surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la parte a la que va dirigida la rechaza."³

² Idem cita anterior.

³ Díez de Velasco Vallejo, M. "Instituciones de Derecho Internacional Público", Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1985, pág. 620.

El GMC es el órgano ejecutivo del Mercado Común y sus funciones son las de:

- Velar por el cumplimiento del tratado.
- Tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones del Consejo.
- Proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del programa de liberación comercial, coordinación de políticas macroeconómicas, y negociación del acuerdo frente a terceros.
- Fijación de programas de trabajo para asegurar el avance hacia la constitución del Mercado Común.

El GMC actúa a través de mediación, buenos oficios, conciliación, informes y recomendaciones. Cuando lo considere necesario puede recurrir a la asesoría de expertos.

3. Sección Nacional del GMC.

Es el órgano que interviene en el mecanismo de solución de controversias establecido para los particulares. En efecto, es ante esta institución donde los particulares afectados deben formular sus reclamos aportando todos los elementos pertinentes para que esta verifique la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio para que una vez que admita el reclamo ésta opte ya sea por entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC del país reclamado o eleve directamente y sin más trámite, el reclamo ante el GMC.

4. Grupo de Expertos.

El GMC es el único órgano que puede recurrir al asesoramiento de un grupo de expertos los cuales deben ser seleccionados de una lista de 24 especialistas destacados en las cuestiones que pueden ser objeto de la controversia.

b) Desde una perspectiva sociológico-política el profesor Ridruejo recurre a la opinión de don Charles Vissher para quien la controversia internacional es un desacuerdo entre Estados sobre un objeto lo suficientemente circunscrito como para prestarse a pretensiones claras, susceptibles de un examen racional. Por lo tanto podemos desprender que el elemento característico de la controversia internacional a juicio del profesor Vissher son las pretensiones claras.

En las controversias coexisten con diferente matiz tanto aspectos políticos como jurídicos. “Lo que acontece es que ante determinadas controversias los Estados adoptan un actitud política, en el sentido de que intenta resolverlas por medios políticos, es decir mediante procedimientos en que los Estados conservan soberanamente en todo momento su libertad de acción decisión. Sin embargo ante otras controversias la disposición de los Estados es jurídica, porque enuncian a esa libertad soberana de acción y decisión, y en uso de su soberanía consienten en que la controversia sea dirimida por medios jurídicos o, mejor jurisdiccionales, es decir, por un tercero imparcial que dicta sobre la base del Derecho Internacional, una sentencia obligatoria.”⁴

2. Medios de Solución de las Controversias Internacionales:

2.1 Clasificación:

2.1.1 En un comienzo el Derecho Internacional distinguía entre los medios de solución de controversias *pacíficos* y los *no pacíficos*, esto debido a que el uso de la fuerza llegaba a considerarse como un medio lícito de solución de los conflictos.

La obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos recién vino a quedar configurada en el siglo XX. Es así como la Carta de las Naciones Unidas dispone:

“Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”⁵.

2.1.2 La segunda clasificación distingue entre los medios *diplomáticos* y los medios *jurídicos* de solución de controversias:

⁴ Supra, cita N° 1, pág. 556.

⁵ Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, N° 3.

3.- MECANISMOS DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS QUE SE CONTEMPLAN.

El sistema del MERCOSUR, contempla los siguientes mecanismos de solución de controversias :

- Negociaciones Directas
- Actuación del Grupo Mercado Común a través de:
 - Mediación
 - Conciliación
 - Buenos Oficios
 - Informes y recomendaciones
 - Arbitraje

A su vez, el sistema de la OMC contiene los siguientes mecanismos de solución de controversias :

- Buenos Oficios
- Conciliación o Mediación.
- Consultas
- Arbitraje
- Grupos Especiales o Paneles

Para desarrollar con propiedad éste tema hemos optado por analizar en conjunto aquellos mecanismos de solución de controversias que sean asimilables en el MERCOSUR con los de la OMC.

1.- Negociaciones Directas - Consultas

Tanto en el MERCOSUR como la OMC aparece un primer sistema de solución de controversias muy similar en ambos casos, que es el de las Negociaciones Directas en el primero y las Consultas en el segundo. Ambos sistemas tienen en común que son preliminares, vale decir, debe recurrirse a ellos antes de cualquier otro mecanismo que se establezca en los respectivos sistemas. Además en ambos sistemas participan solamente las

- Diplomáticos: En estos medios intervienen los órganos normales de las relaciones internacionales, es decir, agentes diplomáticos, ministros de relaciones exteriores, etc. De ahí que dentro de ellos nos encontremos con los conceptos de negociaciones diplomáticas, buenos oficios y mediación, comisiones de investigación y de conciliación.

Lo que caracteriza a estos medios de solución es que ellos son como una antesala o un camino preparatorio para que las partes en un conflicto internacional puedan llegar a un entendimiento respecto de la solución de este que sea aceptable para ambas, lo cual generalmente quedará plasmado en un acuerdo el cual puede o no, tener el carácter de solemne.

Algunos autores le llaman a estos medios de solución de conflictos medios políticos o no jurisdiccionales.

- Jurídicos o jurisdiccionales: Dentro de ellos encontramos al arbitraje y al arreglo judicial. Estos suponen que las partes pueden someterse de manera voluntaria ya sea a un órgano judicial especialmente creado para el caso lo cual ocurre en materia de arbitraje, o a un órgano preexistente lo cual tiene lugar en el arreglo judicial. En ambos casos la solución dará lugar a una sentencia que contendrá la solución de la controversia y que tendrá un carácter vinculante para las partes.

En este punto resulta importante hacer presente que en el derecho internacional rige el principio de "libertad de elección de medio". En efecto, el párrafo primero del artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas dispone: " Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

Sin embargo, no han faltado esfuerzos por parte de la sociedad internacional para imponer a los Estados el recurso obligatorio a los medios jurídicos o jurisdiccionales.

Estos intentos vienen desde el Derecho Internacional Clásico pero sólo en la Primera Conferencia de la Paz de la Haya se presentó un proyecto el cual pretendía la instauración del arbitraje obligatorio. El Derecho Internacional contemporáneo tampoco ha conseguido la instauración del arreglo jurídico con el carácter de obligatorio.

Si bien es cierto que la Carta de las Naciones Unidas crea el Tribunal Internacional de Justicia, no resulta menos cierto como ya lo dijimos anteriormente, que en dicho documento

partes, aunque en el caso del MERCOSUR hay que informar al Grupo Mercado Común a través de la Secretaría Administrativa acerca de las gestiones que se realizan durante las negociaciones y el resultado de las mismas. En la OMC en tanto, hay que notificar al Órgano de Solución de Controversias la petición de consulta por escrito dando los fundamentos para el requerimiento de las consultas, incluyendo la identificación de las medidas en cuestión y la base legal para el requerimiento, todo esto para garantizar la transparencia de éstas.

Tanto las Negociaciones Directas del MERCOSUR como las Consultas de la OMC establecen un plazo mínimo dentro del cual deben desarrollarse. Es así como el Protocolo de Brasilia señala que las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes, exceder del plazo de 15 días contados desde la fecha en que uno de los Estados Partes plantee la controversia. En caso que se exceda éste plazo sin acuerdo de las partes, la controversia podrá ser sometida al grupo del mercado común. El Entendimiento de la OMC, en tanto, señala breves plazos para que esta se lleve a cabo dando un plazo de 10 días para aceptar la consulta, 10 días para aceptar participar en la consulta desde la notificación al OSD, 20 días para resolver la cuestión en consulta y 60 días, ó 10 en caso de productos perecederos, tras terminar la consulta, para pedir el procedimiento de panel.

2.- Buenos Oficios, Conciliación o Mediación.

En el primer capítulo de éste estudio, se clasificaron estos mecanismos de solución de controversias dentro de los medios diplomáticos o no jurisdiccionales. Señalamos asimismo, que estos medios no son de aplicación muy frecuente. Es por esto que la OMC se refiere brevemente a ellos, y el Protocolo de Brasilia ni siquiera los menciona expresamente, siendo la doctrina quien se encarga de señalar que los Buenos Oficios, Conciliación y Mediación son mecanismos que se aplican en el MERCOSUR a través de la intervención del Grupo Mercado Común.

El Entendimiento de la OMC en su artículo 5 se refiere a estos métodos de solución de las controversias, señalando en primer término que son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes, teniendo carácter confidencial. Estos mecanismos pueden ser requeridos por cualquiera de las partes en cualquier momento pudiendo darse término a ellos en cualquier instante.

Estos sistemas pueden ser sustitutivos o previos al panel, o bien desarrollarse en paralelo y, al mismo tiempo, que aquel procedimiento.

también se establece o más bien sienta el principio de la libertad de medio en la elección del mecanismo para la solución pacífica de las controversias.

El tema de la solución de las controversias y específicamente el recurso a la jurisdicción obligatoria ha sido abordado por las Naciones Unidas. En general los países de Occidente se han mostrado partidarios de este tipo de recurso mientras que los países orientales han sido reticentes a él. En virtud de lo anterior, han surgido distintos mecanismos de incorporación de éste, dentro de los cuales destacan los siguientes:

- Casos en que las disposiciones de solución de controversias se han dissociado claramente de las reglas sustantivas y se han tratado en protocolos separados de las convenciones y de aceptación independiente de aquellas. Dentro de este tipo podemos citar a modo meramente ejemplar la Convención de Ginebra Sobre el Derecho del Mar y la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares.

- Casos en que las disposiciones sobre solución de controversias no se han dissociado de la convención. Sin embargo, dentro de esta categoría se pueden distinguir aquellos casos en que las convenciones derechamente no establecen el recurso obligatorio a medios jurisdiccionales y aquellos casos en que las convenciones contienen verdaderos supuestos de jurisdicción obligatoria.

En el ámbito interamericano es necesario referirse al Pacto de Bogotá sobre solución pacífica de las controversias, el cual estableció la jurisdicción obligatoria del Tribunal de Justicia para las controversias jurídicas, y también para las restantes, siempre que respecto de éstas últimas hubiese fracasado la conciliación y los Estados partes no hubieran decidido recurrir al arbitraje.

En el Derecho Internacional contemporáneo y tal como lo afirma José Antonio Pastor Ridruejo: “La jurisdicción obligatoria tiene un carácter eminentemente sectorial y restringido; es decir, circunscrito a categorías específicas de controversias y a círculos limitados de Estados. Para la mayor parte de las controversias, sin embargo, la mayoría de los Estados no consienten la solución jurisdiccional”.⁹

Resulta evidente la gran desventaja que representa sobre todo para los Estados más débiles el hecho de que la jurisdicción obligatoria tenga una aplicación tan restringida. En efecto al utilizarse los medios diplomáticos o no jurisdiccionales para la solución de las controversias

⁹ Supra, cita N° 1, pág. 569.

Normalmente el Director General de la OMC actúa como mediador, esto porque el Entendimiento le permite que actuando de oficio pueda ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia. Sin embargo las partes podrán nombrar a quien estimen conveniente para que actúe como mediador.

3.- Arbitraje - Grupos Especiales o Paneles

Si bien en ambos sistemas de solución de controversias se menciona el arbitraje, no cabe duda que el carácter del sistema de arbitraje del Protocolo de Brasilia es comparable al Grupo Especial o panel de la OMC. El liderazgo que estas instituciones mantienen dentro de los sistemas de solución de diferencias a los que pertenecen, nos han llevado a hacer esta comparación. De ahí que tanto el arbitraje en el MERCOSUR como los paneles en la OMC sean los sistemas que se utilizan con más frecuencia, que tienen un mayor desarrollo en los textos legales y cuyos órganos involucrados son los más relevantes en cada sistema.

No hay que olvidar que el sistema de la OMC también incluye el arbitraje, sin embargo por las razones antes esgrimidas, hemos decidido no compararlo con el arbitraje del MERCOSUR y hacer a continuación una reseña de sus principales características :

El arbitraje que se menciona en el art. 25 del Entendimiento de la OMC es una novedad, ya que se incorporó junto con el Entendimiento en 1994. Este sistema sería sustitutivo a los paneles y se pensó para ser aplicado en aquellos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes. El recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes las cuales convendrán el procedimiento a seguir. Es un procedimiento voluntario que en caso de adoptarse sustituye al sistema de los paneles o grupos especiales. El laudo arbitral tendrá carácter vinculante para las partes y se notificará al Organismo de Solución de Controversias. Las normas relativas a las medidas compensatorias se aplicaran *mutatis mutandi* al laudo arbitral.

Tal como lo señaláramos al comienzo de éste numeral y por las razones allí indicadas, la comparación susceptible de llevarse a cabo es el sistema de arbitraje del Protocolo de Brasilia junto con el mecanismo de los Grupos Especiales o Paneles de la OMC.

internacionales. se corre el peligro de que la desigualdad existente entre los Estados influya de tal manera que el Estado más poderoso obtenga una solución favorable de la controversia y que el Estado más débil se vea obligado a aceptarla viéndose evidentemente perjudicado por esta solución. de esta manera vemos violado el principio básico de la igualdad en el Derecho.

2.2 Estudio particular de los medios de solución de controversias:

2.2.1 Medios diplomáticos o no jurisdiccionales:

Dentro de los medios diplomáticos o no jurisdiccionales encontramos los siguientes: las negociaciones diplomáticas, los buenos oficios y la mediación, la investigación internacional, y la conciliación internacional.

Características comunes:

- Una vez elegido de mutuo acuerdo el procedimiento, los Estados partes en la controversia conservan su libertad de acción y decisión en cuanto a la solución final de aquella, pudiendo de este modo quedar sin arreglo.
- De llegarse a una solución de la controversia ésta queda incorporada en un acuerdo internacional de carácter obligatorio.
- La solución no tiene por que basarse exclusivamente en el Derecho Internacional, sino que puede tener en cuenta ya sea de manera total o no elementos de carácter político.

a. Las Negociaciones Diplomáticas:

Este es uno de los métodos que con mayor frecuencia se utiliza en la solución de las controversias internacionales. No hay duda alguna que vivimos en la era de las "negociaciones", las cuales se aplican en todos los campos y no sólo en la solución de controversias.

Este método consiste básicamente, como la ha señalado Velasco Vallejo, en el entendimiento directo de las partes en una diferencia, para llegar a un acuerdo entre las mismas.

Dicha comparación puede realizarse desde las siguientes perspectivas:

- Constitución:

El tribunal arbitral en el Protocolo de Brasilia está integrado por tres miembros los cuales son elegidos de una lista de cuarenta juristas especializados o de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversias. Cada Estado Parte de la controversia podrá elegir un árbitro libremente dentro de los de la lista, el tercer árbitro, quien presidirá el tribunal arbitral, deberá ser elegido de común acuerdo por las partes con la restricción de que no podrá ser un nacional de ellos. El Grupo Especial de la OMC en tanto, estará formado por tres miembros o cinco si las partes así lo acuerdan, serán elegidos de una lista indicativa formada por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no quienes no necesariamente tienen que tener la calidad de juristas, y quienes serán propuestos por La Secretaría y las partes no se opondrán a ellos sino por razones imperiosas. Los miembros del panel no podrán ser ciudadanos de los gobiernos de los Estados partes de la controversia a menos que las partes en la diferencia aprueben lo contrario.

- Plazos:

Mientras el Protocolo de Brasilia señala el plazo de 90 días contados desde que se designa presidente del tribunal arbitral para emitir su laudo, la OMC señala un plazo para realizar el informe de seis meses desde la fecha en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia.

Oportunidad en que surge la intervención de los órganos involucrados :

En el procedimiento del MERCOSUR el tribunal arbitral procederá cuando la controversia no ha podido ser solucionada ni por las negociaciones directas ni por la intervención del Grupo Mercado Común o en el caso en que el Estado reclamado no diera cumplimiento a las medidas establecidas por la Comisión de Comercio del MERCOSUR dentro de los plazos establecidos.

La OMC, en cambio, establece el procedimiento de paneles si las consultas han fracasado dentro de un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas. La Mediación, Buenos oficios y Conciliación, podrán

Las negociaciones diplomáticas se llevan a cabo a través de los métodos normales de la diplomacia: conversaciones directas, intercambio de notas diplomáticas, propuestas, etc., que finalizan en declaraciones comunes o en acuerdo entre las partes.

Es muy frecuente que este medio de solución se encuentre previsto en los tratados como un medio previo a cualquier otro medio de solución como pudiera ser el arbitraje o la vía judicial, de esta manera las negociaciones diplomáticas son de gran utilidad para definir tanto el objeto de la controversia como sus términos generales.

Este medio es el más importante desde un punto de vista cuantitativo y de gran rapidez en la solución de los conflictos, resulta de gran discreción y no requiere grandes formalidades. Pero sin embargo, presenta una serie de inconvenientes a saber:

- No es adecuado para determinar de modo objetivo e imparcial hechos controvertidos.
- Los negociadores sustentan pretensiones lo más alejadas posibles, en un proceso de regateo, con independencia del fundamento jurídico o de cualquier otro fundamento.
- La desigualdad de poder de los Estados y la posibilidad de que el Estado poderoso imponga su voluntad frente al más débil.
- La posibilidad de que una parte se declare incapaz de ceder o no decida ceder.

Agregamos dentro de los inconvenientes de las negociaciones diplomáticas el hecho de que si bien se puede establecer la obligación de negociar en la generalidad de los casos, esto no implica la obligación de llegar a un acuerdo. La obligación es sólo la de hacer lo mejor para tratar de llegar un acuerdo.

b. Los Buenos Oficios y la Mediación:

La característica principal y común tanto a los buenos oficios como a la mediación es la intervención de un tercero imparcial (generalmente un Estado).

Lo que diferencia a los buenos oficios de la mediación es que en los primeros, el tercero se limita a ser un simple intermediario que induce a las partes negociar sin formular ninguna solución. En la mediación en cambio, "el mediador interviene no sólo intentando poner de

ser sustitutos o previos al panel, o bien desarrollarse en paralelo y, al mismo tiempo, que aquel procedimiento. Si las partes han optado por someter el asunto a arbitraje, no podrán requerir la intervención de los paneles.

- Marco legal de actuación del tribunal arbitral y del grupo especial.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 8vo del Protocolo de Brasilia: "Los Estados Partes declaran como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituye para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo"⁵⁷.

El Tribunal Arbitral que se constituya para la solución de una controversia entre Estados Partes deberá decidir la misma sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo de las decisiones del Consejo del Mercado Común de las resoluciones del Grupo Mercado Común, de las directivas de la Comisión de Comercio así también como, de los principios y disposiciones del derecho internacional que resulten aplicables a la materia objeto de la controversia.

Lo anterior no restringe la facultad con que cuenta el Tribunal Arbitral para decidir la controversia *ex aequo et bono* (de acuerdo a los principios de justicia y equidad) si es que las partes así lo convinieran.

Por su parte el Entendimiento de la OMC en su artículo 7 señala un mandato que regirá a los grupos especiales a menos que dentro de los 20 días a partir de la fecha del establecimiento del grupo especial las partes en la diferencia acuerden otra cosa. El que se dará para examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento...y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).

El OSD cuando se establezca un grupo especial puede autorizar a su presidente a redactar el mandato del grupo especial en consulta con las partes de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior. Una vez redactado éste mandato se distribuirá a todos los miembros.

Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.

⁵⁷ Protocolo de Brasilia, Artículo 8vo.

acuerdo a las partes sino también proponiéndoles una solución”.⁷ Por lo tanto, en la mediación el tercero toma parte en las negociaciones.

Otra característica importante de estos medios de solución de controversias es la señalada en el artículo sexto del Convenio de la Haya para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, el que refiriéndose a los buenos oficios y a la mediación dispone: “tienen exclusivamente el carácter de consejo y nunca fuerza obligatoria”.

Los caso de buenos oficios como los de mediación no son de aplicación muy frecuente sin embargo, podemos destacar el Tratado de Paz entre los gobiernos de Chile y Argentina como resultado de la mediación de la Santa Sede frente a la disputa de dichos países por el Canal del Beagle.

c. La Investigación Internacional:

Este medio de solución de controversias funciona por medio de Comisiones de Investigación cuyo objetivo es investigar y establecer los hechos ocurridos, origen del conflicto. Los resultados de la investigación se materializan en un informe, el que no resulta vinculante para las partes. De ahí que las partes son libres para decidir que efecto si es que alguno han de otorgar a dicho informe.

El Convenio de la Haya del año 1907 establece las reglas de funcionamiento de las referidas comisiones las que a continuación sintetizamos:

- La investigación tendrá carácter contradictorio.

- Las comisiones pueden realizar investigaciones en aquellos sitios en los cuales estime necesario recurrir como medio de información.

- Las comisiones puede solicitar a las partes involucradas las explicaciones e informes que estimen necesarios para su investigación.

- Las deliberaciones de las comisiones serán secretas y su informe será firmado por todos sus miembros.

⁷Supra, cita N°3, pág. 623.

- Ambito Jurisdiccional

Mientras el Protocolo de Brasilia, se encarga de detallar el procedimiento arbitral, como se verá más adelante, no reglamenta con igual celo las atribuciones del tribunal arbitral.

Sin embargo el Entendimiento de la OMC es tajante al respecto y en los artículos 11 y 13 detalla la función y los derechos de los grupos especiales para recabar información. Es así como señalando dentro de sus funciones, ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados, hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria”

Según lo establece el art. 13 del Entendimiento, cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad o de cualquier fuente pertinente y podrá consultar expertos quienes le otorgarán su opinión sobre determinados puntos de la materia de la controversia.

- Procedimientos propiamente tales:

El Protocolo de Brasilia establece que el Tribunal Arbitral deberá fijar su sede en alguno de los Estados Partes de la controversia y que las reglas del procedimiento serán adoptadas por el propio tribunal arbitral. Sin embargo éstas deberán garantizar a.- que cada una de las partes tenga plena oportunidad de ser escuchado. b.- oportunidad para presentar pruebas y argumentos y c.- que los procesos se realicen en forma expedita.

Además se establece en el protocolo que los Estados Partes en la controversia deberán informar al Tribunal Arbitral de las instancias que se hayan llevado a cabo previo a esta fase y además deberán presentar una exposición con los fundamentos de hecho y de derecho de sus posiciones.

Los Estados Partes de la controversia están facultados para designar un representante y asesores para la defensa de sus derechos ante el tribunal arbitral.

El Entendimiento de la OMC trata el procedimiento de los grupos especiales en el art. 12, estableciéndose en primer término que los grupos especiales deberán seguir los Procedimientos de Trabajo establecidos en el Apéndice tercero del mismo, a menos que tras consultar a las partes se acuerde otra cosa. La flexibilidad deberá imperar de manera que se

- El informe estará limitado a la comprobación de los hechos y no tendrá el carácter de sentencia arbitral.

“ Este medio de solución fue utilizado con un buen resultado en la controversia “Dogger Bank” entre Gran Bretaña y Rusia”.⁸

d. La Conciliación Internacional:

Dentro de los medios diplomáticos o no jurisdiccionales de solución de controversias, la conciliación es el más moderno. Se caracteriza al igual que los buenos oficios y la mediación por la intervención de un tercero imparcial.

La conciliación ha sido definida: “Como la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un órgano sin autoridad política propia que, gozando de la confianza de las partes en litigio, está encargado de examinar todos los aspectos del litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes”.⁹

De ahí que como veremos más adelante, la diferencia principal entre la conciliación y el arbitraje sea que en la conciliación los términos del acuerdo son meramente propuestos y no impuestos a los Estados partes de la controversia.

A juicio del profesor Diez de Velasco, las comisiones de conciliación tienen un triple objetivo:

- Determinación de los puntos de hecho.
- Fijación de los puntos de derecho, y
- Informe de la comisión con una propuesta de solución para la diferencia.

Si bien la conciliación es un medio de solución de controversias que aún se aplica en el Derecho Internacional contemporáneo, sin duda alguna es un procedimiento que se encuentra en decadencia. Especialmente, como lo ha señalado por el profesor Diez de Velasco en el ámbito de la Organizaciones Internacionales en que la mediación se adapta mucho mejor a sus características orgánicas y funcionales.

⁸ Henkin, Louis y otros, “International Law Cases and Materials”, St. Paul, West Publishing Co., 1993, pág. 781.

⁹ Supra, cita N°3, pág. 624.

logre tener un procedimiento ágil. Se fijará un calendario de trabajo el cual será comunicado a las partes de manera tal que puedan preparar sus comunicaciones las cuales deberán ser presentadas en plazos establecidos que deberán ser respetados. Para asegurar una mayor transparencia el Entendimiento señala que las comunicaciones tendrán que ser por escrito y que cada parte en la diferencia depositará en la Secretaría sus comunicaciones escritas.

Si las partes no llegan a un acuerdo el grupo especial presentará sus conclusiones por escrito ante el OSD.

Respecto a los recursos que se contemplan, cabe destacar que contra el laudo arbitral solo se podría pedir la aclaración y la interpretación del fallo, quedando excluida la posibilidad de apelar en su contra, lo que no sucede en el Entendimiento de la OMC donde la apelación está contemplada como se señaló anteriormente.

- Confidencialidad de las deliberaciones.

Tanto el procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia como los grupos especiales que contempla el Entendimiento de la OMC, suscriben el principio de confidencialidad en sus deliberaciones. Es así como al reglamentar la forma de votación en el tribunal arbitral para adoptar el laudo se establece que éste deberá hacerlo por mayoría y fundamentado. Sin embargo, en el caso de disidencia de alguno de los miembros del tribunal no se puede dar a conocer la fundamentación del voto y se deberá mantener la confidencialidad en la votación.

En el Entendimiento de la OMC se señala que las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales esto se reitera en el apéndice tercero del Entendimiento.

Además, al momento de redactar los informes de los grupos especiales, las partes en la controversia no podrán estar presentes. Finalmente, las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste, serán anónimas.

- Terceras partes.

El Protocolo de Brasilia no contempla provisiones que protejan el derecho de terceras partes que pudieran verse eventualmente afectadas por la controversia. Por el contrario, el Entendimiento de la OMC dedica un artículo completo a éste tema, estableciendo que en el procedimiento de los grupos especiales los intereses de los demás miembros en el marco de un acuerdo abarcado deberán ser plenamente tomados en cuenta. Por tanto, todo

2.2.2 Los Medios Jurisdiccionales de Solución de Controversias:

Los medios jurisdiccionales de solución de controversias son sólo dos: el arbitraje y el arreglo judicial.

Características comunes:

- Intervención de un tercero imparcial.
- Fundamento de la competencia del órgano en la voluntad de las partes.
- Naturaleza contradictoria del procedimiento.
- Examen del caso y apoyo de la solución en el Derecho Internacional.
- Carácter obligatorio de la decisión, que adopta la forma de sentencia.

Diferencias fundamentales:

El órgano arbitral se crea para resolver una controversia específica y desaparece cuando ésta es solucionada. El órgano judicial en cambio preexiste y subsiste a la controversia.

En el arbitraje el grado de libertad de los Estados es mayor, porque pueden elegir al árbitro o a los componentes del órgano arbitral según sea el caso. En el arreglo judicial en cambio, los Estados se encuentran frente a un órgano permanente constituido.

En el arbitraje los Estados pueden conformar a su gusto y de mutuo acuerdo el procedimiento a seguir. En el arreglo judicial en cambio, el procedimiento ya está establecido de antemano en el reglamento del tribunal en cuestión.

El arreglo judicial presenta una garantía respecto del cumplimiento de las sentencias con la cual el arbitraje no cuenta. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas dispone que si una de las partes en un litigio dejare de cumplir con la obligación impuesta por un fallo del Tribunal Internacional de Justicia, la otra parte podrá acudir al Consejo de Seguridad, el cual podrá si lo estima necesario, hacer recomendaciones o ejecutar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

A juicio del profesor José Antonio Pastor Ridruejo a pesar de las diferencias que presentan ambos medios de solución de controversias, en la práctica pesan mucho más sus similitudes y rasgos en común. Aún más, hay entre ellos un continuo transvase no sólo personal, sino también jurisprudencial.

miembro que tenga un interés sustancial en el asunto, tendrá oportunidad de ser oído y de presentar comunicaciones por escrito al grupo especial.

De acuerdo a lo que se prescribe en la OMC, solamente las partes podrán recurrir de apelación y a los terceros que hayan notificado al OSD un interés sustancial en el asunto, de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, podrán presentar comunicaciones por escrito al Organo de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos.

Si un 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 Entendimiento.

4. RECURSOS QUE SE CONTEMPLAN

Se ha estudiado anteriormente que en el sistema de la OMC cabe la posibilidad de recurrir de apelación ante el Organo Permanente de Apelación, quien será el órgano encargado de recibir los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los paneles.

Como bien señala el art. 6to del Entendimiento, la apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

A diferencia de la OMC el Protocolo de Brasilia no contempla un recurso de apelación. Sin embargo, en el procedimiento de arbitraje se contemplan dos recursos contra el laudo arbitral :

- Recurso de aclaración
- Recurso de interpretación

No se contemplan recursos en las etapas seguidas ante el Grupo Mercado Común ni ante el Consejo Mercado Común ya que estos órganos solo están habilitados para pronunciar meras recomendaciones a los estados partes de la controversia de ahí que mal se podría entablar recursos contra sus actuaciones.

El profesor Ridruejo agrega que al contrario de lo que ocurre en los Derechos Internos, en que el arbitraje tiene una posición claramente subordinada al proceso judicial, en el Derecho Internacional el arbitraje y el arreglo judicial sirven para las mismas categorías de controversias y figuran en pie de igualdad.

a. El Arbitraje Internacional:

Concepto:

“El Arbitraje Internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto al Derecho.

El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”.¹⁰

Análisis de M. Díez de Velasco:

- Se trata de buscar una solución basada en el Derecho Internacional.
- Los jueces son elegidos por las partes del litigio, pero no sujetos a sus instrucciones.
- La esencia del arbitraje es arreglar definitivamente la diferencia a través de una sentencia obligatoria para las partes.

El arbitraje se diferencia de la conciliación, en que el primero conlleva a un acuerdo vinculante para las partes en litigio sobre la base del derecho. En cambio y tal como lo veremos más adelante, lo que lo diferencia del arreglo judicial, es que las partes en la controversia tienen como regla competencia para designar a los árbitros, determinar el procedimiento y en cierta medida, indicar la ley aplicable.

¹⁰ Convenio de la Haya Sobre Arreglo Pacífico De Controversias, Art. 37.

5. FACULTAD DE IMPERIO. MECANISMOS DE HACER CUMPLIR LO JUZGADO.

En el derecho internacional la facultad de imperio se ha caracterizado por ser débil. Esto debido a que no hay organizaciones supranacionales que sirvan de mecanismo de coacción ya que por muy desarrollado que éste el derecho internacional, es indiscutible que los Estados son las instituciones que adolecen de mayor poder y soberanía en el mundo y pueden, si así lo estiman conveniente, no cumplir con un dictamen de un órgano internacional, siendo la máxima sanción el repudio de sus pares.

Los acuerdos internacionales son cautos en este tema. Es así que tanto el Entendimiento de la OMC, como el Protocolo de Brasilia, tienen disposiciones relativas a la materia. Sin embargo la OMC tiene un desarrollo mucho más acabado en este rubro. De esta materia contempla medidas temporales en el caso de que las recomendaciones y las decisiones, no se implementen.

Resulta sorprendente que en el Protocolo de Brasilia, el único mecanismo de solución de las controversias que utiliza medidas compensatorias sea el arbitraje. Esto llama la atención debido a que el sistema de la OMC abarca las recomendaciones o resoluciones del órgano de apelación, también las que establezcan los paneles y se aplican a su vez las mismas normas a los laudos arbitrales. Al respecto cabe señalar que el Entendimiento dedica dos extensos artículos para indicar cual será el orden a seguir en esta materia. El Protocolo de Brasilia, en cambio, sólo dedica un breve artículo a esta materia que, como se indico con anterioridad, se encuentra dentro del capítulo del arbitraje.

Nos parece que el Protocolo de Brasilia no tuvo la necesidad de referirse a los mecanismos de compensación en los otros mecanismos de solución de controversias que establece, ya que tanto en las negociaciones directas como en las recomendaciones emitidas por el Grupo Mercado Común y por el Consejo Mercado Común, según sea el caso, estas carecen de carácter vinculante para las partes no siendo obligatorio su cumplimiento. De ahí que resulte infructuoso señalar mecanismos de compensaciones obligatorios a decisiones que no tienen ese carácter para las partes. El artículo que contempla esta materia en el mencionado Protocolo establece las medidas compensatorias temporarias y cita como ejemplo la suspensión de concesiones sin entrar a diseñar una jerarquía de compensaciones y suspensiones que se pueden adoptar como lo hace el sistema de la OMC.

El Entendimiento de la OMC es sumamente exhaustivo en esta materia y propone un mecanismo para asegurar que efectivamente se cumplan las recomendaciones. En

Competencia:

La competencia del órgano arbitral se basa en el consentimiento de los Estados partes en la controversia. Según lo señala el profesor Ridruejo este consentimiento puede manifestarse por distintas vías:

- Después de la aparición de la controversia y exclusivamente para su solución en particular y,

- Con anterioridad al nacimiento de la controversia, pudiendo adoptar dos modalidades: cláusula compromisoria o un tratado de arbitraje en vigor entre las partes.

“Resulta necesario enunciar ciertos problemas persistentes relacionados con acuerdos de arbitraje internacional:

- La rigurosidad de la cláusula arbitral contenida en un contrato o tratado.
- El reclamo de una denegación de justicia por negarse a arbitrar.
- La autoridad que tiene un tribunal arbitral truncado.

Estos problemas sobrevienen el arbitraje internacional público ya sea entre un Estado y un particular y en el arbitraje internacional comercial entre particulares”.¹¹

Sumisión al arbitraje:

Resulta claro e importante destacar que el arbitraje debe ser voluntario entre las partes. En este sentido la jurisprudencia ha señalado: “Ningún Estado puede considerarse obligado a someter sus diferencias con otros Estados, sea a la mediación, sea al arbitraje o a cualquier otro procedimiento de solución pacífica sin su consentimiento”.¹²

Designación de los árbitros:

Es uno de los derechos más importantes con que cuentan las partes en el Arbitraje. Normalmente cada parte nombra uno o dos árbitros y el presidente es nombrado por un tercer Estado.

Existen tres tipos de Organos Arbitrales:

¹¹Supra, cita N°8, pág. 793.

¹² Supra, cita N° 3, pág. 631.

principio, se llegará a la conclusión que una medida es o no compatible con las obligaciones que se suscribieron en el acuerdo concreto.

Si es incompatible, se fijara un plazo de tiempo para que la parte que vulnere el acuerdo se ponga en conformidad con éste.

En caso que no se aplique en un plazo prudencial las recomendaciones o resoluciones adoptadas, podrá procederse a la compensación, que es una medida temporal voluntaria y en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados.

Por lo tanto, el Miembro afectado entablará negociaciones con el fin de negociar unas compensaciones mutuamente aceptables que sustituyan a la puesta en conformidad de las medidas recurridas. Para lograr el acuerdo de compensación, existe un plazo máximo de veinte días.

Si dentro de los veinte días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones, no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquiera de las partes podrá suspender la aplicación de concesiones y otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados al Miembro afectado, previa autorización del OSD.

Al respecto el Entendimiento señala un orden jerárquico según el tipo de acuerdo abarcado, para hacer las suspensiones.

La regla general es que la retorsión se va a aplicar en el mismo sector en que el grupo especial o el Organo de Apelación en su caso, haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo.

Si no fuera posible suspender obligaciones en el propio sector, porque la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector, se podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo.

Si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado.

- Arbitro Unico, normalmente es un Jefe de Estado.

- Comisiones Mixtas. los comisarios son designados por las partes entre sus nacionales.

- Tribunal Arbitral, generalmente compuesto por tres Miembros, uno designado por cada parte y el tercero de común acuerdo entre ellos y buscado entre nacionales de terceros países.

Fases del procedimiento arbitral:

El procedimiento arbitral consta generalmente de una fase escrita (memoria, contramemoria, réplica, duplica y piezas o documentos invocados en la causa) y de una fase oral (debates ante el órgano arbitral en que se exponen las razones alegadas por las partes ante el tribunal).

La sentencia arbitral:

Si el órgano es de carácter colegiado, la sentencia se adopta por mayoría. La sentencia es redactada por escrito y contiene una parte con los motivos de hecho y jurídicos y una parte dispositiva.

El valor jurídico de la sentencia es obligatorio para las partes. Produce entre las partes el efecto de cosa juzgada, y obliga a los Estados partes a ejecutarla de buena fe adoptando los medios necesarios para asegurar sus efectos.

La sentencia arbitral tiene el carácter de definitiva en el sentido que no cabe recurso de apelación ni de casación, puesto que no existe un órgano superior.

Sin embargo, caben tres tipos de recursos:

Aclaración: En caso de desacuerdo de las partes sobre el verdadero sentido de la sentencia.

Reforma: En el supuesto que el árbitro se haya excedido en el poder resultante del compromiso.

Revisión: Si después de pronunciada la sentencia surge un hecho nuevo que, de haberse conocido antes hubiese influido de manera sustancial en la misma.

CAPITULO V: “REFERENCIA A OTROS SISTEMAS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS”

- **NAFTA**

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN o NAFTA como se le conoce en inglés, comenzó a regir el 1 de enero de 1994 y convoca a los Estados Unidos, Canadá y México.

El texto del NAFTA en su Séptima Parte titulada "Disposiciones Administrativas Institucionales" trata el tema de las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias dentro del Capítulo XX .

El acuerdo menciona a la consulta como el primer método que debiera aplicarse para resolver un conflicto. en este sentido señala que cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a las otras la realización de consultas respecto de cualquiera medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del NAFTA. El gobierno del país perjudicado podrá solicitar consultas a los otros gobiernos involucrados. los que deberán atender con prontitud dicha solicitud. La Parte solicitante entregará la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes.

Se incorpora la posibilidad de que participen terceras partes quienes cuando consideren tener un interés sustancial en el asunto, estarán legitimadas para participar en las consultas mediante entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las otras Partes. A menos que la Comisión disponga otra cosa en sus reglas y procedimientos establecidos conforme al Artículo 2001 (4).

Mediante las consultas o cualesquiera otras disposiciones consultivas del Tratado, las Partes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución satisfactoria de cualquier asunto.

Si dentro de un plazo de 30 a 45 días las consultas no resuelven la controversia, cualquier país podrá convocar a la Comisión de Comercio a una reunión plenaria. Esta procurará una solución pronta mediante el uso de buenos oficios, mediación, conciliación u otros medios alternativos que diriman litigios.

b. El Arreglo Judicial:

Concepto:

El profesor Ridruejo define el arreglo judicial de la siguiente manera:

Se trata de la solución de controversias entre Estados por un tercero imparcial mutuamente consentido, que es un órgano permanente, además de colectivo, el cual dicta sentencia obligatoria fundada en el Derecho Internacional después de un proceso contradictorio regulado por un procedimiento preestablecido.

Si bien, la declaración de las Naciones Unidas reconoce a la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal, cabe señalar que en la actualidad, el número de tribunales encargados del arreglo judicial de las controversias ha crecido considerablemente. Lo anterior se debe al crecimiento que han sufrido las áreas de conflicto, cuya resolución los Estados han situado en otros tribunales.

A modo ejemplar podemos señalar dentro de los más importantes y recurridos dentro de la comunidad internacional: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), La Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo) y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

A continuación enunciaremos las principales características de estos tribunales que si bien son los principales no son los únicos existentes en la actualidad dentro de la comunidad internacional.

- La Corte Internacional de Justicia, es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas cuya sede se encuentra en la ciudad de la Haya

Se trata de un órgano colectivo de carácter judicial compuesto por un cuerpo de jueces y de un secretario y organizado de manera tal que pueda funcionar de manera permanente.

Tanto los abogados expertos en Derecho Internacional como los estudiosos de relaciones internacionales han recalcado y deplorado el hecho de que los Estados no eligen someter la mayoría de sus controversias a la Corte Internacional de Justicia.

Cuando la Comisión se haya reunido en los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, avocándose sin demora a la solución de la controversias, y ese asunto no se hubiere resuelto dentro de:

a) Los 30 días posteriores a la reunión:

b) Los 30 días siguientes a aquel en que la Comisión se haya reunido para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos conforme al Artículo 2007 (6); o

c) Cualquier otro período que las Partes consultantes acuerden, cualquiera de éstas podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral.

A la entrega de la solicitud, la Comisión establecerá un panel arbitral.

Si después de la intervención de la Comisión de Comercio no se logra una resolución mutuamente satisfactoria, cualquier país involucrado podrá solicitar el establecimiento de un tribunal que considere la controversia.

El acuerdo del NAFTA a diferencia del Entedimiento de la OMC, se refiere expresamente al caso en que exista una concurrencia de sistemas y se refiere al caso puntual del GATT señalando en caso de que una controversia pueda someterse tanto al sistema previstos por el GATT como al que instituye el NAFTA, que el país demandante podrá elegir entre cualquiera de los dos foros. En el caso que el tercer país desee someter el asunto ante un foro distinto, los dos países que actúen como demandantes en la controversia consultarán para llegar a un acuerdo sobre un foro único. Si estos países no llegaran a un arreglo, normalmente el procedimiento de solución de controversias se llevará a cabo ante un tribunal arbitral establecido según las disposiciones del Tratado. Cuando se seleccione el foro que conocerá del asunto, se excluirá el otro foro.

En caso que el o los países reclamantes decidan que se conozca el asunto a través del procedimiento del NAFTA, puede solicitar que se establezca un tribunal arbitral. Los tribunales podrán presentar conclusiones de hechos y determinar si la acción impugnada es incompatible con las obligaciones derivadas del NAFTA y hacer las recomendaciones pertinentes para la solución de la controversia.

Habrá una lista acordada trilateralmente, integrada por expertos, en materia jurídica y comercial y otras áreas relevantes, originarios de cualquier país, inclusive de un

Las razones alegadas por los Estados para justificar su reticencia a llevar las controversias ante la Corte son principalmente:

- El hecho que todo litigio es incierto.
- El tiempo que se consume es demasiado.
- Los oficiales políticos no quieren perder el control de un caso que podrían resolver a través de negociaciones o presiones políticas. Los diplomáticos por naturaleza prefieren la diplomacia.

La Corte tiene dos tipos de competencia:

- Contenciosa.
 - Consultiva (Facultad de emitir dictámenes respecto de cualquier "cuestión jurídica").
- Sólo los Estados pueden ser partes en un caso contencioso. Los particulares y las Organizaciones Internacionales no tiene acceso al tribunal en la vía contenciosa.

La competencia de la Corte en los casos contenciosos se basa en el consentimiento de las partes ya sea expreso o tácito. El consentimiento puede ser dado ad-hoc o previo acuerdo en un tratado o aceptando jurisdicción obligatoria.

Una importante característica de este tribunal resulta quizás el hecho de que "su competencia en razón de las personas es universal, porque estando abierto el Tribunal a todos los Estados partes en su Estatuto (art. 35-1 de dicho Estatuto), todos los miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en él y un Estado no miembro puede llegar a ser parte en el Estatuto. La universalidad de las Naciones Unidas determina pues, la universalidad del Tribunal. Y su competencia *ratione materiae* o poder para resolver controversias entre Estados es general porque alcanza a todos los litigios que las partes sometan".¹³

El artículo segundo de su estatuto establece que los jueces deben ser elegidos entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional.

¹³ Supra, cita N° 1, pág. 589.

país no miembro del TLC. De esa lista se elegirán cinco miembros. En el caso que existan controversias en el tema de servicios financieros, el tratado prevé una lista especial de expertos.

El NAFTA establece un sistema bastante peculiar y distinto a la OMC para efectos de elegir a los miembros del tribunal con el objeto de asegurar la imparcialidad de éste. Es por esto que los miembros que lo integren se seleccionarán mediante un proceso de "selección inversa": el presidente será seleccionado primeramente, por acuerdo entre los países contendientes y, a falta de acuerdo, por un lado de la controversia, elegido por sorteo. El presidente no podrá ser ciudadano del lado que realice la selección, pero podrá ser ciudadano de un país no miembro del TLC. Luego, cada lado deberá seleccionar dos integrantes adicionales que sean ciudadanos del otro país o países del lado contrario. Cuando una persona que no esté incluida en la lista de miembros trilateralmente acordada sea seleccionada para integrar un tribunal, cualquier país contendiente podrá ejercer una recusación sin expresión de causa contra tal persona. Este sistema es bastante *sui generis* y obliga al elegido a mantener la mayor parcialidad posible sin dejarse influir por los intereses del país de su nacionalidad.

Si bien el NAFTA presenta una serie de reglas procesales específicas, no es la intención en este estudio caer en tanto detalle, sin embargo es interesante destacar que se permitirá presentar comunicaciones escritas y réplicas, y otorgar el derecho a, cuando menos, una audiencia. Con el objeto de acelerar el proceso, las reglas procesales establecen plazos fatales. Un procedimiento especial permitirá que comités de revisión científica apoyen a los tribunales sobre cuestiones de hecho relativas al medio ambiente, normas técnicas y otros asuntos científicos pertinentes.

Dentro de un plazo de 90 días a partir de la selección de sus miembros, el tribunal deberá presentar un informe preliminar con carácter confidencial a los países contendientes, salvo que los países en conflicto acuerden otra cosa. Estos, a su vez, tendrán 14 días para comunicar al tribunal sus comentarios respecto del informe. El tribunal presentará el informe final a los países contendientes en un plazo de 30 días a partir de la fecha en que se presentó el informe preliminar, y será presentado a la Comisión, la que generalmente lo publicará.

Una vez que se haya recibido el informe del tribunal, los países partes en el proceso deberán acordar la solución de la controversia, la cual normalmente seguirá las recomendaciones del tribunal. Si el tribunal determina que el país demandado ha actuado de manera incompatible con sus obligaciones conforme al NAFTA y las partes no llegan a un acuerdo dentro de los 30 días u otro plazo mutuamente acordado luego de la recomendación,

- El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos conoce de los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Europea sobre salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales”.¹⁴

Lo anterior es claramente una especialidad en cuanto a la materia de los asuntos tratados por este tribunal. En cuanto a las personas sólo pueden ser partes en los procedimientos de este tribunal: la Comisión y los Estados partes en la Convención.

- El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene como principal cometido el de: “Asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados comunitarios, y ello explica que su ámbito de actuación se circunscriba a los Estados miembros, tanto en sus relaciones entre ellos y con los órganos de las comunidades como en el interior de sus ordenamientos.”¹⁵
- El tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena es el órgano judicial principal en el marco del proceso de integración económica del Grupo Subregional Andino. Este tribunal ejerce algunas de las funciones que señalábamos respecto del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas, tales como: control de legalidad, acciones por incumplimiento y consultas prejudiciales.

¹⁴ Idem , pág.590.

¹⁵ Idem cita anterior.

el país demandante podrá suspender la aplicación de ventajas equivalentes hasta que se resuelva el asunto. Cualquier país que considere excesiva la represalia tendrá el derecho de someter el asunto a un tribunal para obtener una resolución.

Respecto del sistema previsto en el NAFTA que es más predecible, aún cuando pueda ser considerado amplio y complejo. Los métodos de solución son de diferente naturaleza, tipo y nivel, adecuado a un esquema altamente descriptivo como lo es el NAFTA, y que actúa por medio de remisiones específicas. Es calificado como un método indirecto en la medida que el NAFTA no establece de forma directa cual debe ser el mecanismo de solución a una controversia sino que se remite a diversos acuerdos internacionales que tienen ellos mismos su propio sistema de solución.

- **CHILE-MERCOSUR**

GENERALIDADES:

Como ya lo señalaremos en el capítulo correspondiente a la solución de las controversias dentro del MERCOSUR, éste fue creado mediante el Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991 entre Argentina, Brasil Uruguay y Paraguay. Más tarde, mediante el Acuerdo de Complementación Económica número 35, Chile se asoció a MERCOSUR, siguiendo de esta manera nuestro país su política de apertura económica, tendencia que es de carácter generalizada en todo el mundo, siendo el mayor y gran ejemplo la Comunidad Económica Europea. De esta manera Chile se incorporó a las instancias políticas del MERCOSUR en diciembre de 1997.

El régimen de solución de controversias que rige entre Chile y el MERCOSUR se encuentra regulado en el anexo número 14 del Acuerdo de Complementación Económica número 35 celebrado entre dichas partes. Cabe señalar que el procedimiento allí contemplado no es más que una mezcla entre el procedimiento de solución de controversias del MERCOSUR contemplado en el Protocolo de Brasilia y el sistema de solución de controversias contemplado en diversos acuerdos de libre comercio y de complementación económica bilateral suscritos por Chile, como por ejemplo el acuerdo bilateral con México.

CAPITULO II: "LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS EN EL MERCOSUR"

I. GENERALIDADES:

La integración es un proceso fundamental y muy importante en el logro del desarrollo tanto económico como social de nuestra región. El proceso de integración regional que hacía tiempo estaban viviendo Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, quedó definitivamente materializado en un tratado para la constitución de un Mercado Común al cual se le denominó: "TRATADO DE ASUNCIÓN".

Este tratado fue aprobado por sus cuatro países miembros el año 1991, entrando en vigor en noviembre del mismo año. El referido instrumento fue la respuesta necesaria a la ampliación comercial tanto interna como externa que estaba y está teniendo América Latina en general y los países miembros del MERCOSUR en especial.

A fin de alcanzar la tan anhelada integración el tratado dispone como punto de partida la supresión entre los países miembros de éste, de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias, de manera de conformar lo que se conoce como una "Unión Aduanera". De esta manera se pretende en definitiva lograr la libre circulación de los bienes, servicios y factores productivos entre los países que forman parte del Tratado de Asunción.

Además, se debe tener presente que este tratado es una muestra objetiva y tangible de los crecientes esfuerzos que se han estado llevando a cabo en nuestro continente para la integración de América Latina, obedeciendo de esta manera al objetivo primordial del Tratado de Montevideo del año 1980.

No podemos negar que el esquema adoptado por MERCOSUR ha demostrado solidez y evolución, incluso se puede sostener con propiedad, que éste se ha constituido en el mayor expectativa ha generado en los últimos tiempos.

No obstante, se ha señalado persistentemente como el principal déficit, la falta de un sistema adecuado de solución controversias que garantice, en especial a los Estados Partes y a los particulares, la solución justa a las diferencias o conflictos que pudieran suscitarse como consecuencia de la normativa integracionista.

1. Vigencia:

El artículo número trece del anexo catorce establece que el régimen de solución de controversias contemplado en el documento en cuestión se aplicará por un período que no puede superar los tres años contados desde la entrada en vigencia del Acuerdo de Complementación Económica N° 35, en adelante “el Acuerdo”.

Una vez que el término anteriormente mencionado haya vencido, las partes deberán acordar un nuevo régimen de solución de controversias el cual necesariamente deberá incluir un procedimiento arbitral, a ser aplicado el cual deberá comenzar a regir a partir del cuarto año de vigencia del Acuerdo.

En caso de que en el plazo señalado anteriormente no se llegara a un acuerdo o las negociaciones al respecto estuvieran aun pendientes, las partes deberán adoptar el procedimiento arbitral contemplado en el Protocolo de Brasilia, el cual ya ha sido analizado en el capítulo tercero del presente trabajo.

2. Objeto y ámbito de aplicación:

El Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y el MERCOSUR (ACE) contempla en su título VIII el tema de Solución de Controversias. En efecto, el artículo número 22 inciso 1° señala:

“Las controversias que surjan sobre la interpretación, la aplicación o el incumplimiento del presente Acuerdo y de los Protocolos celebrados en el marco del mismo, serán dirimidas de conformidad con el Régimen de Solución de Controversias contenido en el Anexo 14.”⁵⁸

En efecto, el artículo 1° del anexo catorce establece:

“Las controversias que surjan entre las Partes Contratantes con relación a la interpretación, aplicación, o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica MERCOSUR- Chile, y en los instrumentos y Protocolos suscritos o que se suscriban en el marco del mismo, serán sometidas al procedimiento de Solución de Controversias establecido en el presente Anexo, el cual forma parte del Acuerdo.”⁵⁹

⁵⁸ Artículo 22 Acuerdo Complementación Económica Chile- Mercosur.

⁵⁹ Acuerdo de Complementación Económica N°35, Anexo 14, Artículo 1ero.

El Tratado de Asunción, estableció una organización transitoria que duraría hasta el 31 de diciembre de 1994, mientras tanto, los Estados Partes adoptaron una estructura institucional de los órganos de administración que son el Consejo Mercado Común (CMC) y el Grupo Mercado Común (GMC), adoptaron también un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia.

II. LA SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS EN EL TRATADODE ASUNCION:

I. Procedimiento contemplado:

El tratado de Asunción trató el tema de la Solución de las Controversias en un anexo a dicho documento, específicamente en el anexo III.

El referido anexo se compone de tres numerales, estableciendo el primero de ellos los procedimientos para la solución de las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes, que son de acuerdo al profesor Zeballos "cronológicamente sucesivos". Los procedimientos contemplados son los siguientes:

- Negociaciones Directas entre las partes involucradas:

De esta manera se sigue la tendencia general a establecer este medio de solución de controversias como un requisito previo para recurrir a otros medios de arreglos pacíficos de controversias. Cabe destacar que no se establece aquí un plazo para la terminación del proceso de negociación, para que una vez cumplido este se pase al siguiente medio contemplado.

A nuestro parecer lo anterior constituye una falencia de este procedimiento, ya que se puede estar estancado por mucho tiempo en esta etapa sin avanzar hacia una verdadera solución del conflicto y provocar perjuicios innecesarios a las partes involucradas en el conflicto.

- Consideración del Grupo Mercado Común:

En el artículo primero del anexo, establece que en el caso de no lograr una solución por medio de las negociaciones directas, los Estados Partes someterán la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común. Sin embargo, en el documento no se aclara si los Estados partes en la controversia deben actuar conjunta o indistintamente para estos efectos.

De la lectura de las disposiciones anteriores podemos concluir que los ámbitos de aplicación son los siguientes:

a) Personal:

El artículo primero del anexo catorce del ACEN° 3 anteriormente citado establece que el régimen de solución de controversias allí contemplado sólo se aplicará a las controversias que surjan entre las "Partes Contratantes", de ahí que necesariamente debemos concluir que las controversias que surjan entre particulares o entre particulares y alguna de las partes contratantes no quedan amparadas por éste régimen. El sistema de solución de controversias contemplado en este documento sólo se aplicará a las controversias que puedan eventualmente surgir entre Chile y el MERCOSUR.

b) Material:

En cuanto al ámbito de aplicación material del anexo catorce, el mecanismo de solución de controversias se aplicará con respecto de: i) Las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 35 y , ii) de los instrumentos y Protocolos suscritos o que se suscriban en el marco de dicho Acuerdo.

De esta manera podemos señalar que el objetivo del anexo catorce será la solución de las controversias que digan relación con:

- Interpretación
- Aplicación
- Incumplimiento del ACEN° 35
- Incumplimiento de los instrumentos y protocolos suscritos dentro del marco del ACEN°35.

3. Mecanismos de solución de controversias contemplados:

El Capítulo II, artículos segundo, tercero y cuarto del Anexo 14 contempla:

- a. Las consultas recíprocas
- b. Las negociaciones directas

En esta etapa, el Grupo Mercado Común actuará a través de los mecanismos de la mediación y los buenos oficios para lograr una solución del conflicto. Al mismo tiempo se dispone que una vez evaluada la situación por parte de este órgano. Este deberá formular recomendaciones a las partes para la solución del diferendo, pudiendo el GMC recurrir a informes de paneles o grupos de peritos con el objeto de contar con el asesoramiento técnico.

A diferencia de la etapa de negociaciones directas, aquí el Tratado de Asunción si establece un plazo para que el GMC formule las recomendaciones que estime pertinentes, el cual es de 60 días.

- Consideración del Consejo del Mercado Común:

Asimismo el tratado dispone que: "Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzará un solución, se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común, para que adopte las recomendaciones pertinentes." Al igual que en las negociaciones, en esta tercera etapa, resulta importante destacar la inexistencia de un plazo dentro de cual el CMC adopte las recomendaciones pertinentes. Lo anterior acarreará las mismas consecuencias señaladas anteriormente: atrasos y perjuicios innecesarios para las partes involucradas en el conflicto.

A juicio de Don Carlos Zeballos, de Uruguay, Ministro Consejero: "Este anexo, seguramente producto de la falta de tiempo y de acuerdos sobre esquemas más compromisorios, poco agrega a lo ya existente en materia de solución de controversias"¹⁰.

Críticas al sistema de solución de controversias establecidos en el Tratado de Asunción:

- La técnica de solución de controversias establecida es demasiado elemental y primaria, falta un desarrollo más profundo y acabado de la materia.
- El plazo de 60 días que se le concede al Grupo Mercado Común para efectuar sus recomendaciones, es algo extenso.
- El carácter no obligatorio tanto de las recomendaciones efectuadas por el GMC como por el CMC constituyen obviamente una desventaja, ya que deja al arbitrio de las partes involucradas el tomarlas o no en consideración. Los dos órganos involucrados ejercen

¹⁰ Zeballos, Carlos, "El Protocolo de Brasilia", Revista Integración Latinoamericana, Buenos Aires, Dic. 1992, pág. 51.

En nuestro parecer, el Capítulo III del anexo 14 a través de la intervención de la Comisión Administradora y del Grupo Especial, contempla los siguientes mecanismos:

- a. Conciliación
- b. Buenos oficios
- c. Mediación

4. Procedimiento:

El anexo catorce siguiendo la regla general en materia de regímenes de solución de controversias establece como primer paso a seguir para procurar resolver una controversia, los mecanismos de consultas y de negociaciones.

- Consultas recíprocas y negociaciones directas:

El artículo 2° del anexo declara que las partes procurarán resolver las controversias que pudiesen surgir entre ellas mediante la realización de “consultas recíprocas” y “negociaciones directas” con el fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

Respecto de estos mecanismos resulta necesario destacar que:

- Cualquiera de las partes le puede dar inicio.
- La parte que desee iniciar consultas o negociaciones debe presentar al respecto, una solicitud por escrito a la otra parte de la controversia. Además deberá comunicar el hecho a la Comisión Administradora del Acuerdo, en adelante “la Comisión”. Dicha comisión se encuentra integrada por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR (GMC) y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, el cual actúa a través de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON).
- La información aportada por las partes para el análisis del asunto materia de la controversia es de carácter confidencial.

funciones conciliatorias pero no tienen atribuciones para dictar decisiones de carácter vinculante para las partes.

- Las recomendaciones sólo pueden lograrse si existe el consenso entre todos los Estados Partes de dichos órganos. De manera tal que la oposición de cualquiera de ellos inclusive de aquellos involucrados en la controversia, constituye un veto que impide que el GMC o el CMC tomen una decisión.

- En cuanto al ámbito de aplicación personal el anexo sólo se refiere a los Estados como sujetos de controversias. No contempla el caso en que los sujetos de la controversia sean particulares (sean éstos personas naturales o jurídicas), lo cual constituye un importante falencia sobretodo en la actualidad, en que el comercio internacional entre particulares se encuentra en pleno desarrollo y auge.

- En cuanto a su ámbito de aplicación material, se circunscribe a las controversias que pudieren surgir como consecuencia de la aplicación del Tratado. Como podemos observar, se trata de una regulación incompleta e inconsistente, que ni siquiera aborda problemas de interpretación o incumplimiento del mismo.

- Sólo contempla una solución política de la controversia que dependerá de los intereses que defiendan cada uno de los Estados.

El numeral segundo del anexo establece que en el plazo de 120 días contados desde la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común deberá elevar a los gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias para que rija durante el período de transición.

El numeral tercero establece que los Estados partes del tratado deberán adoptar un Sistema Permanente de Solución de Controversias antes del 31 de diciembre de 1994.

A este respecto, podemos señalar que de acuerdo y dando cumplimiento a lo establecido por el segundo numeral del anexo tercero, los días 4 y 6 de noviembre de 1991 se reunió en Montevideo el grupo *ad-hoc* integrado por los cuatro países miembros del Mercosur para elaborar una propuesta de Sistema de Solución de Controversias. Es así como este grupo elaboró un Proyecto de Protocolo que establecía el Sistema para la Solución de Controversias a ser implementado. Este proyecto fue sometido ante el GMC y adoptado por el mismo en su IV reunión, la que tuvo lugar entre los días 13 y 17 de diciembre de 1991, recomendando al CMC su aprobación. El mismo año el Consejo reunido en Brasilia le otorgó

- Se establece un plazo de 30 días contados desde la recepción de la solicitud de iniciación de consultas para la realización de las correspondientes negociaciones. Dicho plazo puede ser prorrogado por mutuo acuerdo de las partes involucradas por un máximo de 30 días más.

- Intervención de la Comisión Administradora:

Si dentro del plazo al cual nos referíamos en el párrafo anterior, las partes no fuesen capaces de llegar a una solución o si la controversia se resolviera sólo parcialmente, cualquiera de la partes podrá solicitar que la Comisión Administradora se reúna para efectos de dirimir la controversia.

En esta etapa hay que tener en consideración que:

- La solicitud anteriormente señalada debe ser hecha a la Comisión Administradora por *escrito* por la parte interesada y debe cumplir con ciertos requisitos mínimos cuales son: a) La exposición dentro del petitorio de los motivos que la fundamentan y, b) Debe indicar las disposiciones del Acuerdo, instrumentos o Protocolos adicionales que considere aplicables a la controversia.

- La Comisión deberá reunirse dentro del plazo de 15 días contados desde la fecha de recepción de la referida solicitud.

- En la evaluación de la controversia a resolver, la Comisión deberá dar oportunidad a las partes para que expongan sus posiciones y de ser necesario se encuentra además facultada para requerir informaciones técnicas respecto del caso.

- Al igual que en el caso de las negociaciones y consultas, el artículo sexto del anexo establece un plazo improrrogable dentro del cual la Comisión debe llevar a cabo el procedimiento que le corresponde efectuar. Este plazo es de 45 días corridos, contados a partir de la fecha en que se reunió la Comisión.

Sin embargo, cabe destacar que bajo nuestro entender y dada la redacción del citado precepto, los referidos plazos pueden ser prolongados por acuerdo mutuo de las partes, lo cual obviamente si bien pudiese resultar en una dilatación del procedimiento le entrega una mayor flexibilidad a éste.

la aprobación definitiva denominándolo "Protocolo de Brasilia para la Solución de las Controversias" al cual nos referiremos en el numeral siguiente.

III. EL PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS:

I. Antecedentes:

Tal como lo señaláramos en el numeral II precedente, en el Tratado de Asunción se pueden distinguir claramente dos períodos: un período de transición, que terminó el 31 de diciembre de 1994 y otro de concreción del mismo, a partir del 1º de enero de 1995, en que los Estados partes deberán adoptar un sistema permanente de solución de controversias.

Dando cumplimiento a lo establecido en el Anexo III del Tratado de Asunción, se creó un grupo técnico *ad-hoc* el cual tuvo como misión la elaboración de un proyecto de Régimen de Solución de Controversias que debería regir durante el período de transición.

Resulta importante tener en consideración que dentro de las fuentes que se tuvieron en cuenta para elaborar el Proyecto de Solución de Controversias de Brasilia están las siguientes:

- Tratado Constitutivo de la Zona de Libre Comercio entre U.S.A y Canadá.
- Acuerdo de Complementación Económica celebrado entre Chile y México.
- La Carta de Las Naciones Unidas.
- Los Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito por Argentina.
- Mecanismo de Solución de Controversias de la ALADI.
- Mecanismo de Solución de Controversias del GATT (Motivo de un capítulo especial dentro del presente trabajo).
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena

El proyecto resultante se materializó en un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción, el cual fue aprobado por el Consejo del Mercado Común el 17 de diciembre de

No debemos olvidar que las partes en la controversia son las únicas interesadas en llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio lo antes posible, y debido a que sólo bajo el mutuo acuerdo de éstas el plazo puede ser alterado, será casi improbable que se den dilataciones que pudieren perjudicara alguna de ellas.

Al mismo tiempo, nos surge la pregunta respecto de si los plazos también pudieran ser disminuidos, si bien la ley no es clara al respecto, nos inclinamos por la respuesta afirmativa ya que si es que las partes llegasen a un acuerdo en tal sentido no visualizamos ningún problema en que los plazos sean más cortos, sin embargo, en la práctica estimamos poco probable que ello ocurra.

- Intervención del Grupo de Expertos:

En caso que la Comisión Administradora no pudiese resolver la controversia correspondiente, dicho organismo deberá conformar un Grupo de Expertos *ad-hoc* el cual estará integrado por tres personas elegidas de la lista de expertos conformada por 16 personas de "reconocida competencia en cuestiones comerciales y de otra naturaleza, que pudieren eventualmente llegar a ser motivo de controversia en el marco del Acuerdo."⁶⁰

En cuanto a la conformación del Grupo de Expertos, cabe señalar y destacar que nuevamente el anexo 14 se preocupa de establecer un plazo, el cual es de 10 días contados desde la fecha de comunicación de la decisión de la Comisión Administradora en tal sentido.

Dentro del término de diez días, cada una de la partes sujetos de la controversia tiene derecho a designar un experto titular y a uno suplente, el tercero del grupo deberá ser nombrado de mutuo acuerdo entre ellas nuevamente en el plazo de diez días pero esta vez contados desde la designación del último de los expertos que corresponde a cada Estado nombrar. En caso alguno este tercer miembro del grupo quien además tiene la responsabilidad de presidirlo, podrá ser un nacional de alguno de los Estados en conflicto, de esta manera creemos que se logra asegurar la imparcialidad del órgano.

En caso que dentro del plazo de diez días los Estados no hayan designado a su experto o si no hubiese acuerdo en la designación del tercero de ellos, la Comisión deberá designarlos por sorteo, a efectuarse dentro de la lista de expertos.

⁶⁰ Artículo 8 inc.1 Anexo 14

1991 y que entró en vigencia el 24 de abril de 1993, fecha en que fue ratificado por los cuatro países miembros del MERCOSUR. El referido documento fue bautizado oficialmente con el nombre de "Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias" (P.B.S.C).

Al entrar en vigor, el Protocolo de Brasilia pasó a formar parte del Tratado de Asunción y, en consecuencia la adhesión al tratado, de un Estado diferente al de sus integrantes originarios, implicará la aceptación por parte de éste al Protocolo también.

2. Vigencia:

El Protocolo de Brasilia tendría el carácter de transitorio, sin perjuicio de que si resultaba eficiente podría ser mantenido de manera definitiva. También "dispuso que continuaría vigente aún con posterioridad al 31 de diciembre de 1994 en caso que en esa fecha no se hubiere aprobado un Sistema de Solución de Controversias definitivo."

Es así, como en su artículo 43 el Protocolo de Ouro Preto ha prolongado la vigencia del Sistema de Solución de Controversias de Brasilia. El referido artículo dispone:

"Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991"¹⁷.

A continuación el artículo 44 del mismo instrumento expresa:

"Antes de culminar el proceso de convergencia del arancel Externo Común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo 3 del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia."¹⁸

¹⁷ Protocolo de Ouro Preto, Art. 43.

¹⁸ Idem anterior, Art. 44.

Al igual que en el caso de la intervención de la Comisión Administradora, el Grupo de Expertos deberá fundamentalmente considerar la controversia en base a :

- a) Las disposiciones del Acuerdo y sus instrumentos y Protocolos adicionales.
- b) Las informaciones suministradas por las partes.
- c) Exposición de las respectivas posiciones de las partes.

El procedimiento que ha de seguir el Grupo de Expertos será fijado por el propio órgano dentro de los cinco días desde su constitución. Este deberá al menos garantizar:

- a) Que las partes sean escuchadas.
- b) Que el procedimiento sea expedito.

Se establece un plazo de treinta días para que el Grupo de Expertos formule sus conclusiones las cuales deberán ser sometidas a la apreciación de la Comisión Administradora.

Basándose en las conclusiones que le sean presentadas y dentro de un plazo de 15 días, la Comisión deberá emitir recomendaciones a las partes sujetos de la controversia. En relación con este punto volvemos a destacar que las recomendaciones son tal como la propia palabra lo dice meras recomendaciones que se les hacen a las partes y no tienen ninguna fuerza obligatoria para éstas. En relación a este punto el artículo 13 en su parte final establece: "la Comisión velará por el cumplimiento de sus recomendaciones"⁶¹, al respecto no podemos sino destacar la vaguedad y amplitud de la redacción de dicha frase ya que no se establece ni qué tipo de medidas puede adoptar la Comisión, ni cómo puede adoptarlas, ni en qué momento o bajo qué supuestos puede hacerlo.

Si bien el sistema de solución de controversias antes descrito resulta demasiado amplio y tal vez algo ambiguo, se debe tener claro que en la actualidad existe en sistema de solución de controversias vigente entre Chile y MERCOSUR el cual puede ser aplicado para dar solución a eventuales futuros conflictos que pudieren surgir entre nuestro país y dicho bloque.

⁶¹ Artículo 13 Anexo 14

3. Ambito de Aplicación:

3.1 Personal:

El protocolo se aplica tanto a las controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes en el Tratado, como las que surjan eventualmente entre particulares.

Se contemplan procedimientos diferentes en uno y otro caso, los cuales serán analizados separadamente en otro punto de este capítulo.

3.2 Material:

El procedimiento establecido en el protocolo se aplica respecto de la interpretación, aplicación, o incumplimiento tanto de, las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo Mercado Común y de las resoluciones del grupo Mercado Común. De ahí que el objetivo del Protocolo sea como lo señala el profesor Eve I. Rimoldi¹⁹, la solución de controversias que digan relación con:

- Interpretación.
- Aplicación.
- Incumplimiento del Tratado de Asunción.
- Incumplimiento de los Acuerdos celebrados dentro del marco del Mismo.
- Incumplimiento de las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la Comisión de Comercio incorporadas por el Protocolo de Ouro Preto.

Podemos entonces concluir que en cuanto al ámbito de aplicación el protocolo implica un avance significativo en relación con el Anexo III del Tratado de Asunción, ya que el ámbito de competencia tanto personal como material es mucho más extensa. Además entra a funcionar no sólo cuando se trate de un incumplimiento, sino que también por aplicación o

¹⁹ Rimoldi de Ladmann, Eve, "Sistemas de Solución de Conflictos en los Procesos de Integración", Integración y Sociedad en el Conosur, las relaciones con el Mercosur y Chile, Buenos Aires, Eapacio Editorial 1995, pág. 188.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se han analizado los sistemas de solución de disputas de la OMC en comparación con el del MERCOSUR, haciendo una breve reseña al sistema del NAFTA y al de Chile con el MERCOSUR.

Del estudio anterior han derivado las siguientes conclusiones:

Sin duda alguna el sistema de solución de disputas de la OMC es el que ofrece mayor seguridad jurídica dentro de los sistemas aquí estudiados. Una de las principales razones es el sistema de compensaciones y suspensión de concesiones que adopta el Entendimiento en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Por otra parte no podemos olvidar el efecto que la cantidad de países involucrados en la OMC produce. Esto puede tener ventajas y desventajas. La ventaja es que tiene un alto prestigio el ser parte de este sistema y no obedecerlo indudablemente trae una sanción social aparejada. La desventaja es que por existir tantas culturas de tan distintas idiosincrasias y tradiciones jurídicas, se haga imposible obtener un sistema más profundo porque lo que se puede comprometer en un acuerdo multilateral indudablemente es menor a lo que se puede lograr en un acuerdo regional o bilateral. Sin embargo y pese a la magnitud de la OMC, su sistema de solución de disputas ha servido como modelo para mucho de los sistemas actualmente vigentes en otros foros.

Por el contrario el Protocolo de Brasilia para la solución de las controversias, que rige el sistema de solución de disputas del MERCOSUR es menos detallado y reglamentado que el sistema OMC, esto debido a que este sistema fue diseñado para regir durante el periodo de transición que comprendía en principio desde el año 1991 hasta 1994, sin embargo, la aplicación de este sistema se ha prolongado hasta el día de hoy ya que el sistema de solución de controversias definitivo del MERCOSUR aun no está vigente. Respecto al cumplimiento del fallo arbitral, el Protocolo de Brasilia solo señala que existe la posibilidad de adoptar medidas compensatorias, sin entrar a establecer un sistema para llevarlas a cabo como lo hace la OMC. Sin duda esta carencia debilita al sistema del MERCOSUR al hacer más difícil el cumplir con los juzgado.

A nivel del MERCOSUR la mayoría de los autores postulan que el sistema se perfeccionaría enormemente con la existencia de un tribunal permanente para resolver las controversias. Pero, la madurez jurídica y económica del MERCOSUR, ha hecho difícil implementar esta idea. Incluso se ha dicho que los tribunales permanentes serían una gran contribución a la integración regional del MERCOSUR. Tal es el caso de la UNION

meras interpretaciones que puedan no estar acordes con el amplio marco jurídico recién detallado.

4. Características generales del sistema contemplado en el Protocolo de Brasilia para la Solución de las Controversias:

De acuerdo a lo señalado por la profesora Adriana Dreyzin de Klor²⁰, las características generales del sistema de solución de controversias contemplado por el Protocolo son las siguientes:

- Flexibilidad: Se admiten distintas vías de solución a las que podrán recurrir las partes.
- Celeridad: Por la brevedad de los términos previstos y la sencillez de los procedimientos.
- Obligatoriedad: Las partes quedan obligadas a seguir su procedimiento en todos los casos. Es decir, hay un pacto arbitral ya convenido por una cláusula compromisoria, acordada por las naciones para los fines de la resolución de controversias de esta manera.
- Carácter no permanente: El tribunal debe constituirse *ad-hoc* para cada caso planteado, lo cual guarda relación con la naturaleza provisoria del mecanismo y evita incurrir en mayores gastos a los Estados Partes.

5. Procedimiento:

Como ya lo dijéramos anteriormente, el Protocolo contempla procedimientos diferentes a seguir dependiendo si la controversia ha surgido entre los Estados Partes en el Tratado o entre Particulares (sean éstos personas naturales o personas jurídicas).

5.1 Procedimiento entre Estados:

Al respecto el Protocolo de Brasilia, respeta las tres etapas clásicas del procedimiento de solución de controversias, cada una de las cuales es presupuesto necesario y obligatorio de la siguiente:

5.1.1 Negociación directa entre las partes involucradas:

²⁰ Dreyzin de Klor, Adriana, "Sistema de Solución de Controversias en el Mercosur", Mercosur Balance y Perspectivas, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pág. 89.

EUROPEA que es considerado el sistema más integrado que existe en la actualidad y que cuenta con la existencia de un tribunal permanente. Sin embargo, los tribunales permanentes son menos ágiles que un sistema arbitral. "El tribunal de justicia de las comunidades europeas con sede en Luxemburgo mantiene un promedio de dos años y medio para la resolución de un litigio, sin duda que el sistema arbitral es más ágil, pero un tribunal permanente favorece la seguridad jurídica y la conformación de un sistema comunitario."⁶²

"Finalmente, entendemos que el establecimiento de un tribunal único de carácter permanente no tiene por qué excluir las posibilidades de que los particulares recurran a formas flexibles de solución de controversias, tales como arbitrajes, conciliaciones y mediaciones, siempre que se encuadren dentro del marco del derecho comunitario."⁶³

Sin duda alguna, en cualquier proceso de integración el mecanismo de solución de controversias que se decida adoptar será de gran trascendencia. La realidad ha demostrado que constantemente surgen discrepancias y conflictos entre los países que forman parte de los acuerdos de integración económica, cada uno de ellos vela por sus propios intereses y bienestar. Debido a lo anterior, el contar con un buen sistema de solución de controversias, ágil, expedito y claro, resultará de gran ayuda en los procesos de integración.

⁶² Dalla Via, Alberto R. "MERCOSUR, Perspectivas desde el Derecho Privado", , Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993, pág. 231

⁶³ Idem cita anterior.

Este mecanismo está contemplado en el capítulo segundo, artículos dos y tres del Protocolo, los cuales establecen:

“2. Los Estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas.

3.1 Los Estados Partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común a través de la Secretaría Administrativa sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y resultados de la mismas.

2. Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las Partes exceder un plazo de quince días a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes plantee la controversia.”

Respecto de este mecanismo de solución resultan dables de destacar dos cosas:

- La existencia de un plazo (15 días) para que las negociaciones se lleven a cabo.
- La obligación de información al GMC sobre las gestiones realizadas durante las negociaciones y los resultados de las mismas, a través de la Secretaría Administrativa.

Esta situación coloca a los Estados en situación de arribar a soluciones compromisorias que en realidad pueden implicar la tolerancia de ciertas prácticas o la persistencia de actos no precisamente ajustados al Tratado y sus normas derivadas, pero que son el fruto de la conveniencia para la solución del diferendo, desnudando la ineficiencia del sistema.

5.1.2 Intervención del órgano Grupo Mercado Común (GMC):

Este mecanismo de solución de las controversias está contemplado en el Capítulo Tercero artículos cuarto, quinto y sexto:

“4.1. Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común.

El Grupo Mercado Común evaluará la situación, dando oportunidad a las Partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones y requiriendo, cuando lo

BIBLIOGRAFIA

I. DOCUMENTOS

1- ACUERDO DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA CHILE-MERCOSUR

Ministerio de Relaciones Exteriores

25 de junio de 1996

2- CON EL COMERCIO HACIA EL FUTURO: OMC, LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.

Munich, Alemania

1995

3- DISPOSICIONES SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS EN LOS ACUERDOS DE COMERCIOS E INTEGRACIÓN

Organización de los Estados Americanos, Unidad de Comercio

Internet

4- DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS IN REGIONAL AND SUB-REGIONAL TRADE AND INTEGRATION ARRANGEMENTS

Organización de Estados Americanos

Río de Janeiro , Brasil

Abril 9, 1997

5- GATT, INDICE ANALÍTICO: GUÍA DE LAS NORMAS Y USOS DEL GATT Organización Mundial de Comercio

6a Edición actualizada,

1995.

6- LA RONDA URUGUAY DEL GATT

Boletín Información Comercial Española Económico

Publicación del Ministerio de Comercio y Turismo

Numero Extraordinario

s/f

considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que hace referencia en el artículo 30 del presente Protocolo.

Los gastos que demande ese asesoramiento serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia en la proporción que determine el Grupo Mercado Común.”

Tal como lo señala el artículo precedente, en el evento de que a través de la negociaciones diplomáticas no se haya llegado a un acuerdo respecto de la solución de la controversia o si éste fuera sólo de alcance parcial, habrá una especie de segunda instancia, frente al GMC, pudiendo cualquiera de los Estados partes solicitar su intervención.

La intervención del Grupo Mercado Común se lleva a cabo a través de mediación, buenos oficios, conciliación, informes y recomendaciones.

El GMC designa discrecionalmente cuando lo considere necesario el asesoramiento de expertos. Los selecciona de una lista de 24 miembros que han propuesto los cuatro países miembros del MERCOSUR (6 por cada uno), debiendo ser especialistas destacados en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia.

Se ha apuntado que en las negociaciones del grupo *Ad-Hoc* que elaboró el proyecto del Protocolo de Brasilia se evaluó la dificultad que implica el sistema de consenso que rige el Procedimiento del Grupo Mercado Común, introduciendo así la figura de los expertos y eludiendo por este medio la obligatoriedad del consenso, pero sin eliminar la dificultad del modo de proposición donde la injerencia estatal desnaturaliza el procedimiento.

El Grupo Mercado Común al no ser concebido como un órgano jurisdiccional, al finalizar su labor tendrá que formular “recomendaciones”, se trata pues como lo señala la profesora Dreysin de Klor de una instancia de carácter institucional.

Las recomendaciones carecen de obligatoriedad jurídica lo cual sin duda alguna constituye una gran falencia del sistema y una crítica hacia éste.

En efecto, el artículo quinto del protocolo dispone:

“5. Al término de este procedimiento el Grupo Mercado Común formulará recomendaciones (énfasis añadido) a los Estados Partes en la controversia tendientes a la solución del diferendo.”

7- LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC:

RECOPIACIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS.

Ginebra, Suiza,

1995

8- LOS RESULTADOS DE LA RONDA URUGUAY

Organización Mundial del Comercio

Anexo 2. Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

s/f

9- LOS RESULTADOS DE LA RONDA URUGUAY DE NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES: ACCESO DE BIENES Y SERVICIOS A LOS MERCADOS: VISIÓN GENERAL DE LOS RESULTADOS.

Ginebra, Suiza,

1996.

10- MANUAL SOBRE EL ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS

Oficina de Asuntos Jurídicos, División de Codificación

Publicación de las Naciones Unidas

Nueva York

1992

11- MERCOSUR: PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Integración Latinoamericana N° 175, año 17.

Enero-febrero 1992.

12- REGIMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Secretaría General ALADI

20 de noviembre 1996

Podemos formular las siguientes críticas a esta etapa del procedimiento:

- Falta de obligatoriedad de las recomendaciones acordadas por el GMC.
- El hecho de que las recomendaciones sólo pueden ser tomadas con el acuerdo total del GMC por lo que es muy fácil que resulten vetados.
- Posibilidad de demoras, a pesar de que se establezca un plazo máximo de treinta días para el procedimiento.

A estas críticas se puede sumar el hecho que debido a la integración del Grupo Mercado Común, éste no está compuesto por personas independientes y, llegado el caso de un conflicto, sus miembros serán también parte, de alguna manera en el mismo. Con este órgano pierde objetividad e independencia, ambas claves para una buena y justa solución del conflicto.

5.1.3 Etapa jurisdiccional, El Arbitraje:

La etapa jurisdiccional, en teoría puede ser obligatoria o no, su resolución también puede ser obligatoria o no, y tiene dos vertientes: el órgano de tipo permanente de tipo judicial (Tribunal de Justicia) u órganos especialmente integrados para cada caso, según criterios de integración a acordarse o prefijados (arbitraje).

El Protocolo de Brasilia se inclinó por el arbitraje obligatorio como etapa final del procedimiento de solución de controversias y por un laudo arbitral o fallo también obligatorio.

La incorporación de este mecanismo de solución de controversias es sin duda alguna el gran aporte del Protocolo de Brasilia. Constituye además un aporte al importantísimo factor "seguridad jurídica".

A juicio del profesor Carlos Zeballos, el que el Protocolo de Brasilia se haya inclinado por el sistema del arbitraje tiene su justificación en el hecho de que el mecanismo establecido es de carácter provisorio, establecido para el periodo de transición. De ahí que el establecimiento de un tribunal no se habría justificado mayormente.

13- TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

SECOFI Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Miguel Angel Porrua, Grupo editorial

s/f

II. OBRAS

1- ALONSO, JOSE ANTONIO

“Del GATT a la OMC: la Nueva Ordenación del Comercio Internacional.”

Meridiando Ceri

Marzo, 1995, pág. 20-23

2- ARMAS BAREA, CALIXTO A .

“Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR”

Mercosur Balance y Perspectivas: IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur. .

El Desarrollo de la Integración hacia el Siglo XXI

Montevideo

Fundación de Cultura Universitaria

1996, pág. 72-81

3- BEKERMAN, MARTA; ROFMAN, ALEJANDRO

Integración y sociedad en el Cono Sur: Las relaciones con el MERCOSUR y Chile.

Buenos Aires,

Espacio Editorial

1995.

4- BORBA CASELLA, PAULO

"Solución de Controversias y Marco Institucional: Perspectivas para los Actores Privados en el MERCOSUR"

Ponencias preparadas para el Seminario Taller: Estrategias de Articulación y Reforzamiento de las Capacidades de Gestión de una Unión Aduanera: Opciones para el MERCOSUR

Organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR),

Montevideo, Uruguay,

8-9 de julio de 1996, pág. 189-197

El arbitraje se encuentra regulado en el Capítulo Cuarto del Protocolo artículos séptimo y siguientes.

c.1) Características:

- Se trata de un arbitraje institucional: los árbitros que serán designados surgen de una lista de diez que cada país debe presentar ante la Secretaría Administrativa del GMC. Además el procedimiento arbitral es de jurisdicción obligatoria para los Estados signatarios con respecto a todas las controversias a las cuales se refiere el Protocolo.

- Flexibilidad.

- Celeridad.

- No permanente: su constitución se realizará en cada caso.

c.2) Constitución del tribunal ad-hoc :

El tribunal arbitral es integrado por tres miembros los que son elegidos de una lista de 40 juristas especializados en las materias que puedan ser objeto de la controversia y de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de ésta, cuyo registro lleva la Secretaría Administrativa. "Queda descartada la posibilidad de designar simplemente "expertos" en calidad de árbitros; éstos deben ser hombres de derecho (el arbitraje es un mecanismo jurisdiccional)."

Cada Estado Parte elegirá un árbitro y además un suplente dentro del plazo de quince días desde que hayan sido notificados. Una vez transcurrido este plazo la designación antedicha deberá hacerla la Secretaría Administrativa de acuerdo al orden establecido en la lista respectiva.

El tercer miembro del tribunal debe ser elegido de común acuerdo entre los Estados Partes en la controversia no pudiendo ser un nacional de ellos, éste tercero será quien tendrá a su cargo la presidencia del Tribunal Arbitral. En caso que los Estados no llegaran a un acuerdo respecto del tercer miembro del cuerpo arbitral, éste será designado por la Secretaría Administrativa de una lista de 16 especialistas (8 nacionales de los Estados Parte y 8 de terceros países) confeccionada por el GMC.

5- DIAZ MIER, MIGUEL ANGEL

Del GATT a la Organización Mundial de Comercio

Madrid.

Editorial Síntesis S.A.

6- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M

Instituciones de Derecho Internacional Publico

Tomo I, Séptima edición,

Editorial Tecnos.

1985

7- DREYSIN DE KLOR , ADRIANA

Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR.

Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

MERCOSUR balance y perspectivas: IV Encuentro Internacional de derecho para América del Sur. El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI.

8- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA

Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional

Fuentes Convencionales

(Sistematizadas por las autoras)

9- GHERSY, CARLOS ALBERTO

MERCOSUR Perspectivas desde el Derecho Privado

Buenos Aires

Editorial Universidad S.R.L.,

1993

10- GONZALEZ, FLORENCIA

“Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del MERCOSUR y la CEE”

Integración Latinoamericana N° 185 año 17.

1992 diciembre.

En el caso de que dos o más Estados sostuvieran la misma posición respecto de la controversia que ha de ser sometida ante el Tribunal Arbitral, éstos deben de común acuerdo unificar la representación en un integrante del Tribunal para lo cual cuentan con un plazo de quince días también.

De acuerdo a la opinión del profesor Ruiz Díaz Labrano, el hecho de que el tribunal arbitral sea constituido *ad-hoc* para cada caso en particular, es el problema más importante del procedimiento contemplado en el Protocolo de Brasilia ya que por esta razón "está impedido de constituir una jurisprudencia en forma regular."

c.3) Procedimiento Arbitral:

Las reglas de procedimiento serán adoptadas por el propio Tribunal Arbitral, las cuales deberán garantizar principalmente y tal como lo señala el Protocolo en su parte pertinente: a) el que cada parte tenga plena oportunidad de ser escuchada; b) oportunidad de presentar pruebas y argumentos; y c) procesos se realicen en forma expedita.

Los Estados Partes en la controversia quedan facultados para designar un representante y asesores para la defensa de sus derechos. Asimismo se les faculta para solicitar al Tribunal la dictación de medidas provisionales, siempre y cuando demuestren que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables. Corresponderá al tribunal disponer las medidas que considere apropiadas, las que deberán ser cumplidas por las partes inmediatamente o en el plazo fijado por el mismo Tribunal y durarán hasta que se dicte el laudo arbitral.

El tribunal se expedirá por escrito en un plazo máximo de 90 días (60 días prorrogables por 30 más) a contar de la designación de presidente. El laudo arbitral deberá fundarse "sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia." Las dos últimas fuentes de derecho a aplicar no figuran dentro de la enumeración del artículo 19 del Protocolo, el cual se refiere a la materia, sin embargo, su aplicación ha sido admitida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina vigentes.

El laudo arbitral deberá ser adoptado por mayoría, deberá ser fundamentado y deberá ser firmado por el presidente y los demás árbitros. En caso de disidencia no se puede dar a

11- GROSS ESPIELL, HECTOR

“Hacia nuevas formas de cooperación económica en el Cono Sur de América Latina: análisis del tratado constitutivo de MERCOSUR.” (Serie de Conferencias, 1991)

Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales

5 de junio de 1991.

12-HALPERIN, MARCELO

"Los particulares y el MERCOSUR: EL protocolo de Brasilia para la solución de controversias."

Integración Latinoamericana. N°178, año 17,

1992 mayo

13- HALPERIN, MARCELO

"Mecanismo de Solución de Controversias: Enfoques Alternativos"

Ponencias preparadas para el Seminario Taller: "Estrategias de Articulación y Reforzamiento de las Capacidades de Gestión de una Unión Aduanera: Opciones para el MERCOSUR"

Montevideo, Uruguay

Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR),

8-9 de julio de 1996

14- HENKIN, LOUIS; CRAWFORD, RICHARD; SCHACHTER, OSCAR; SMIT, HANZ

International Law Cases and Materials

Saint Paul, MINN,

Editorial West Publishing. CO

3ra edición

1993

15-LEIVA, PATRICIO

La Ronda Uruguay y el Desarrollo de América Latina.

Santiago,

1994.

conocer la fundamentación del voto, siguiendo en este aspecto el criterio del Tribunal Europeo y el Andino que se funda en la mayor independencia que se otorga a los jueces.

El artículo 19 inciso segundo establece que en caso que las partes lo convengan, el tribunal puede decidir la controversia *ex aequo et bono*, es decir de manera razonable y equitativa.

El laudo arbitral tiene carácter inapelable, es obligatorio para los Estados Partes y tiene fuerza de cosa juzgada. Por regla general, los fallos del tribunal arbitral deben ser cumplidos en el plazo de 15 días a contar de su notificación.

Resulta en este punto muy importante detenerse en el carácter "obligatorio" del laudo arbitral. A nuestro juicio éste es absolutamente relativo y su cumplimiento queda entregado a la voluntad del Estado afectado por éste. Al respecto y refiriéndose a las decisiones del tribunal arbitral, el profesor Alberto R. Dalla Vía señala: "Resulta oportuno aclarar que en los casos de tribunales supranacionales como este al que nos estamos refiriendo, el tribunal no dicta en forma directa una decisión obligatoria para los países."²¹

A juicio del profesor Ruiz Díaz Labrano²² opinión la cual compartimos, el mayor problema del sistema contemplado se da en caso de que el laudo arbitral no sea cumplido, momento en cual se visualizarán las dificultades que contienen el sistema.

En el caso de que el fallo no fuera cumplido dentro del plazo de 30 días, el o los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, (v.g., suspensión de concesiones) tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

A juicio del profesor Ruiz Díaz Labrano: "el procedimiento es altamente insuficiente porque conduce directamente a otros conflictos respecto del alcance o las condiciones en que deben ser aplicadas estas medidas y, naturalmente, no asegura que cese el incumplimiento o la persistencia en medidas como las que diera objeto al procedimiento."²³

²¹ Dalla Vía, Alberto, "Soluciones de Controversias", Mercosur Perspectivas desde el Derecho Privado, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1993, pág. 225

²² Ruiz Díaz, Roberto, "Mecanismos de Solución de Controversias: Enfoques Alternativos", Ponencias preparadas para el seminario taller: Estrategias de Articulación y reforzamiento de las capacidades de Gestión de una Unión Aduanera: Opciones para el MERCOSUR, Montevideo, 1996, pág. 201.

²³ Idem cita anterior, pág. 201

16- MAZUERA, DANIEL Y OTROS

Colombia ante la Organización Mundial de Comercio

Colombia

Ministerio de Comercio Exterior

1995

17- PASTOR RIDRUEJO JOSE ANTONIO

Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales

Tercera edición

Editorial Tecnos.

18-PETERSMANN, ERNST-ULRICH:

The GATT/WTO Dispute Settlement System

Kluwer Law International Ltd.,

1997

19.-RUIZ DIAZ LABRANO, ROBERTO

"Mecanismo de Solución de Controversias: Enfoques Alternativos"

Ponencias preparadas para el Seminario Taller: Estrategias de Articulación y Reforzamiento de las Capacidades de Gestión de una Unión Aduanera: Opciones para el MERCOSUR

Montevideo. Uruguay,

Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR),

8-9 de julio de 1996

20-TAMAMES, RAMON.

Estructura Económica Internacional.

Madrid,

Alianza Editorial.

1995.

21- ZEBALLOS, CARLOS

"El Protocolo de Brasilia"

Revista Integración Latinoamericana, N 185

Diciembre 1992

c.4) Recursos contra el laudo arbitral:

Recursos contra el laudo arbitral: el protocolo de Brasilia sólo contempla dos recursos contra laudo arbitral:

- Recurso de aclaración.

- Recurso de interpretación.

Se contempla un plazo de quince días desde la notificación del laudo para la interposición de cualesquiera de estos recursos.

Finalmente, el artículo 24 dispone que los Estados partes en la controversia sufragarán los gastos y la compensación pecuniaria a los miembros del tribunal.

5.2 Procedimiento de reclamo de particulares:

El Capítulo Quinto del Protocolo de Brasilia contempla el procedimiento a seguir cuando particulares, sean éstos personas naturales o jurídicas estimen procedente reclamar ante medidas o prácticas estatales que les ocasionen un perjuicio.

Sin duda alguna, la existencia de este procedimiento dentro del Protocolo refuerza de manera considerable el proceso de integración económica pretendido por el MERCOSUR, pero en ningún caso resulta suficiente, siendo un procedimiento bastante débil.

En primer término, cabe tener presente como veremos cuando describamos este procedimiento, que no se trata de un procedimiento de acción directa por parte de los particulares, ya que éstos sólo pueden formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común respectiva, la que deberá canalizar el reclamo. Por lo tanto, será este órgano y el Estado correspondiente quienes decidirán el impulso que en definitiva se le dará al reclamo del particular.

Al igual que en el procedimiento contemplado para la solución de controversias entre Estados, el procedimiento de reclamo de los particulares fue establecido para el período de transición. Sin embargo, en el Protocolo de Ouro Preto se prorrogó el plazo para alcanzar el sistema permanente, de ahí que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia seguirá rigiendo "hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de

APÉNDICE

ANEXO N°1

NORMAS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES O ADICIONALES CONTENIDOS EN LOS ACUERDOS ABARCADOS.

Acuerdo	Normas y Procedimientos
Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias	11.2
Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido	2.14, 2.21, 4.4, 5.2, 5.4, 5.6, 6.9, 6.10, 6.11, 8.1, a 8.12
Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio	14.2 a 14.4, Anexo 2
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994	17.4, 17.7
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del de 1994	19.3, 19.5, Anexo II.2 f) GATT f) 3, 9, 21
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias	4.2 a 4.12, 6.6, 7.2 a 7.10, 8.5 nota 35, 24.4, 27.7, anexo V
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	XXII.3, XXIII.3
Anexo sobre Servicios Financieros	4.1
Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo	4
Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS	1 a 5

Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción.”

La principal fuente del procedimiento de reclamo de particulares contemplado en el Protocolo de Brasilia es el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica de fecha 2 de Enero de 1988.

5.2.2 Características:

Los particulares pueden invocar una amplia gama de causales de perjuicios: medidas (legales o administrativas), o bien prácticas estatales que sean de efecto restrictivo, discriminatorias o que importen competencia desleal.

- Podrán someterse al procedimiento contemplado, tanto las medidas o prácticas estatales que constituyan una violación al Tratado de Asunción, a los acuerdos celebrados dentro del marco del mismo, a las decisiones del Consejo o a las resoluciones del Grupo Mercado Común.

- El procedimiento establecido es de carácter indirecto.

- Se prevé en el caso de injerencia de los Estados en el procedimiento de una notable abreviación de éste. Pues habiendo ya verificado el panel de expertos la ilicitud denunciada por particulares, y si no prosperan dentro los quince días el requerimiento de medidas correctivas o de anulación de las medidas cuestionadas, por parte de cualquier otro Estado Parte, una consecuente presentación estatal por el mismo objeto dará lugar a la intervención del Tribunal Arbitral.

5.2.3 Procedimiento:

b.1) Los particulares afectados, formalizarán sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC, aportando a dicho organismo, todos los elementos que le permitan determinar la verosimilitud de la violación y de la existencia o amenaza de un perjuicio. La sección Nacional deberá ser aquella del Estado Parte en el cual los particulares tengan su residencia habitual, o la sede de sus negocios.

La presentación efectuada por los particulares será objeto de un doble control de admisibilidad: a) Sección Nacional del GMC; y b) GMC (integrado por los representantes de los cuatro Estados miembros del Mercosur).

En el caso de las disposiciones comprendidas, en la lista de normas y procedimientos que figura en el presente Apéndice, puede suceder que sólo sea pertinente en este contexto una parte de la correspondiente disposición.

Las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al OSD.

b.2) La Sección Nacional correspondiente deberá verificar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de perjuicio y una vez admitido el reclamo, la Sección Nacional del GMC de la residencia habitual del particular o de la sede de sus negocios, en consulta con el afectado, puede optar por:

- Establecer contactos directos con la Sección Nacional del GMC del país reclamado, es decir, al que se le imputa haber cometido el hecho que da lugar a la presentación, a fin de intentar una solución rápida al problema planteado o,

- Elevar el reclamo directamente y sin más trámite al GMC.

b.3) Podría suceder que La Sección Nacional del Grupo Mercado Común considere improcedente el reclamo del particular, en cuyo caso tendrá abierta la vía judicial nacional de acuerdo con el derecho vigente en su respectivo país y con las limitaciones que la misma pueda implicar.

En caso de no llegar a una solución dentro del plazo de quince días contados desde la comunicación del reclamo y si el particular lo solicitare, la Sección Nacional del GMC que efectuó el reclamo, podrá elevarlo al GMC, el que al recibirlo evaluará también su procedencia.

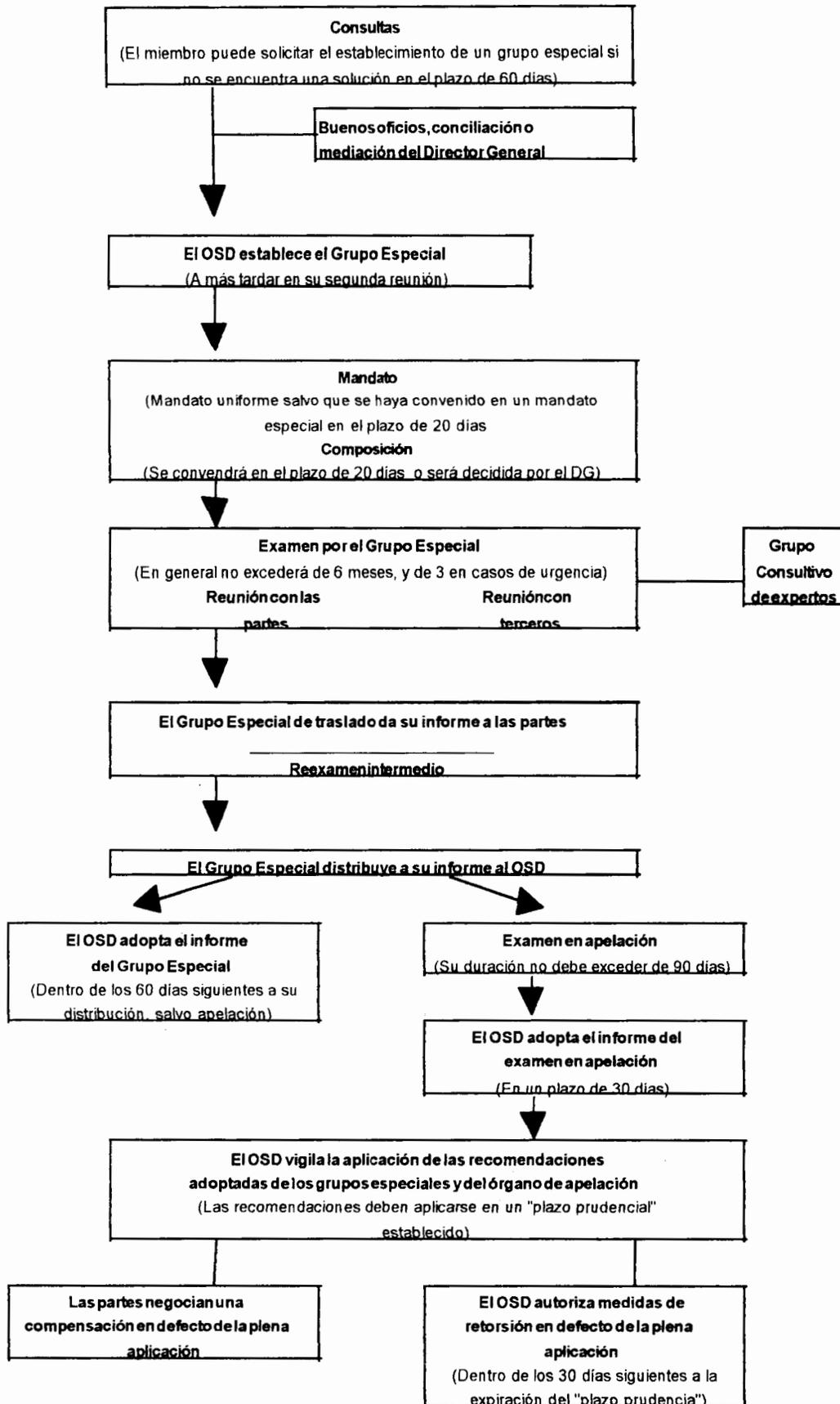
El GMC puede optar por rechazar el reclamo por no reunir con los requisitos exigidos, o puede optar por aceptar lo convocando inmediatamente a un "grupo de expertos".

El Grupo de Expertos cuenta con un plazo de 30 días fatales para emitir un dictamen, dentro de lo cuales debe dar tanto a la parte reclamante como a la parte reclamada la oportunidad de ser escuchadas.

La lista de expertos esta conformada por 24 personas de reconocida competencia en las cuestiones que pudieren ser objeto de conflicto. A fin de conformar la lista anteriormente mencionada cada Estado debe elevar ante la Secretaria Administrativa el nombre de seis especialistas.

El Grupo de Expertos estará conformado por 3 personas, designadas por el GMC y si éste no lograse un acuerdo respecto del nombramiento, serán elegidos por votación, que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro expertos.

Diagrama del procedimiento de solución de diferencias de la OMC



b.4) El Grupo de Expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. En caso que el Grupo de Expertos estimara la procedencia del reclamo de los particulares, cualquiera de los Estados Partes podrá requerir la adopción de medidas correctivas o la anulación de la medida cuestionada, al Estado en contra del cual se efectuó el reclamo. A juicio del profesor Rimoldi de "la redacción de este artículo se desprende que el requerimiento puede provenir del Estado del particular que efectuó el reclamo o de cualquier otro Estado."

b.5) Se establece un plazo de quince días para dar cumplimiento a lo solicitado por el Estado correspondiente, de no ser así este país puede recurrir directamente al procedimiento arbitral contemplado en el capítulo IV del Protocolo.

De ahí que en definitiva el procedimiento de reclamo de particulares, el mecanismo del arbitraje como solución de las controversias puede ser utilizado en dos momentos diferentes:

- Al comienzo de la cuestión. En tal caso y al comienzo del conflicto, el Estado parte al cual pertenece el particular afectado ha hecho suyo el conflicto y lo lleva adelante pudiendo llegar a la vía arbitral si el mismo no es solucionado por negociaciones directas o luego por medio de la conciliación ante el Grupo Mercado Común.

- Una vez que el Grupo de Expertos haya elevado su dictamen al Grupo Mercado Común y cuando el mismo haya considerado el reclamo procedente. En ese caso, no sólo el Estado parte del particular afectado, sino cualquier otro puede intentar la vía arbitral.

5.2.4. Críticas:

c.1) En el procedimiento de reclamos de particulares establecido en el Protocolo de Brasilia hay ciertos temas que hubiesen requerido un tratamiento algo más detallado. A juicio del profesor Marcelo Halperin existen tres cuestiones que revisten especial importancia:

"a. La elaboración de criterios para determinar la existencia de la infracción y la magnitud del perjuicio invocado, a fin de justificar la procedencia del reclamo;

b. El tiempo y modo en que los particulares podrán alegar ante el grupo de expertos, y

c. La utilización del recurso por empresarios medianos y pequeños, que sólo estará debidamente asegurada si se fija una pauta para poder determinar el monto y la distribución del gasto derivado de la actuación del grupo de expertos constituido en cada caso".²⁴

c.2) En tanto y cuanto un Estado no haga suya la posición del particular, aún cuando hayan demostrado la ilegalidad de la medida y la existencia o posibilidad del perjuicio que la norma les cause, la acción del mismo termina en un dictamen técnico sin valor obligatorio.

c.3) En los hechos, es difícil imaginar al Grupo Mercado Común, que debe tomar decisiones por consenso, convocando al grupo de expertos, ya que el Grupo Mercado Común no está integrado por miembros independientes, sino que funcionarios estatales de los Estados partes y por lo tanto dependientes jerárquicamente de los ministros en cuyos ámbitos se aplicaron las sanciones ahora controvertidas.

A pesar de lo criticable que pueda resultar el sistema contemplado por el Protocolo, se ha considerado que este procedimiento instado por los particulares podría abreviar el camino de las instancias previas que deben recorrer los Estados Partes, negociación, mediación del GMC y procedimiento arbitral, porque implicaría arribar más rápido a éste último procedimiento, acelerando de este modo los trámites.

IV. EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL PROTOCOLO DE OURO PRETO

1. Antecedentes:

En el afán de concretizar la creación de un mercado común, los cuatro países miembros del Mercosur programaron una reunión cumbre extraordinaria la cual de acuerdo al artículo 18 del Tratado de Asunción debía tener "el objeto de determinar la estructura insitucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y sus sistemas de adopción de decisiones."

Es así como los días 16 y 17 de diciembre de 1994, en la ciudad de Ouro Preto, Brasil, se llevó a cabo la antedicha reunión en la cual se aprobó "El Protocolo Adicional al Tratado de

²⁴ Halperin, Marcelo, "Los Particulares y el MERCOSUR: El Protocolo de Brasilia para la solución de las Controversias" Revista Integración Latinoamericana N° 178, Buenos Aires, Mayo 1992,

Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur” más conocido con el nombre de “Protocolo de Ouro Preto”(POP).

En líneas generales, puede decirse que en este nuevo Protocolo se sigue el esquema creado en 1991, no sólo en lo que hace a la estructura, sino también a las funciones y competencias de los órganos resultantes.

2. Procedimiento:

Respecto del tema objeto de nuestro trabajo las disposiciones referentes al Sistema de Solución de Controversias, se encuentran en el Capítulo VI del Protocolo. En general, no es mucho lo que se avanza con respecto al sistema contemplado en el Protocolo de Brasilia. El Sistema de Solución de Controversias consagrado por el POP sigue siendo el mismo que el establecido por el Protocolo de Brasilia.

El Protocolo de Ouro Preto reconoce también el carácter de transitoriedad de su mecanismo de solución de controversias, al respecto el artículo 44 del referido documento señala: “Antes de culminar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refiere el ítem 3 del anexo 3 del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia.”

La única y gran novedad establecida en el POP, la constituye quizá una nueva vía establecida a través de la Comisión de Comercio.

En efecto, además de las atribuciones y funciones que le son propias por el artículo 21 se establece que a dicho órgano le corresponderá la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio de MERCOSUR, bien sean originadas por los Estados Parte o bien por demandas particulares.

La Comisión de Comercio del MERCOSUR fue creada en la decisión N° 9 del año 1994 del Consejo del Mercado Común, como un órgano de carácter intergubernamental encargado de asistir al órgano ejecutivo del MERCOSUR, de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la Unión Aduanera y de efectuar el seguimiento y revisión de los temas y materias relacionadas con las políticas comerciales, comunes, el comercio intra-Mercosur y con terceros países. Su coordinación está a cargo de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Partes, estando subordinada jerárquicamente al Grupo Mercado Común (GMC). Se pronuncia mediante

directivas y propuestas, adoptadas por consenso con la presencia de representantes de todos los Estados Partes.²⁵

El Protocolo de Ouro Preto reconoce a las Directivas emanadas de la Comisión de Comercio el carácter de fuentes jurídicas del MERCOSUR, poniéndolas en pie de igualdad con las Decisiones del CMC y las Resoluciones del GMC. Sin embargo, a juicio de la profesora De Klor además de esta modificación, reviste gran importancia el carácter legislativo que se le reconoce a los órganos relacionados.

La antes mencionada Comisión de Comercio resulta jerarquizada en el Protocolo, en efecto el artículo 21 de dicho instrumento establece: "Corresponderá a la Comisión de Comercio del MERCOSUR la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares, personas físicas o jurídicas, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1º o 25º del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia."

Las reclamaciones se deberán sujetar a un procedimiento especial el cual se trata en un anexo del POP: "Procedimiento General Para Reclamaciones Ante La Comisión Del MERCOSUR."

A continuación haremos una breve descripción del referido procedimiento:

- a) Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), pueden originarse en los Estados Partes o en particulares (personas naturales o jurídicas).
- b) El Estado parte reclamante deberá presentar su reclamación ante la Presidencia Pro-Tempore de la CCM, debiendo ésta tomar las medidas necesarias para que el tema sea tratado en la primera reunión siguiente de la misma.
- c) En caso que en la reunión no se adoptare una decisión, la CCM deberá sin más trámite remitir los antecedentes a un Comité Técnico.
- d) El referido Comité tiene un plazo de 30 días para elevar a la CCM un dictámen en el caso de unanimidad entre los expertos, o en el caso de no haber unanimidad simplemente las

²⁵ Supra cita N° 20, pág. 93.

conclusiones a las que hayan llegado. Cualquiera sea el caso, deberán tomarse en consideración al momento de decidir la reclamación.

e) La CCM deberá decidir sobre la cuestión en la primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen o de las conclusiones de los expertos según sea el caso, incluso puede convocar a una reunión extraordinaria al respecto.

f) Si la CCM no lograre consenso en la primera reunión, deberá elevar ante el GMC las distintas alternativas, las conclusiones de los expertos o el dictamen de éstos si lo hubiere. El GMC contará con un plazo de 30 días corridos para emitir su pronunciamiento.

g) En caso de lograrse consenso respecto de la reclamación, ya sea en la CCM o en el GMC, uno u otro órgano deberá determinar un plazo razonable para que el Estado reclamado adopte las medidas aprobadas. Si el Estado reclamado no diera cumplimiento a las medidas en el plazo establecido, el Estado reclamante podrá recurrir al arbitraje establecido en el Protocolo de Brasilia.

h) En el caso de no lograrse consenso en el CCM o en GMC o si el Estado reclamado no diera cumplimiento a las medidas adoptadas dentro del plazo que se le hubiere otorgado, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia.

CAPITULO III: "SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS EN LA OMC"

I.- RESEÑA HISTORICA Y COMPARACION CON EL GATT.

La Organización Mundial de Comercio, OMC, tiene como su predecesor al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, o en inglés General Agreement on Trade and Tariffs, en adelante GATT, que fue establecido provisionalmente después de la segunda Guerra Mundial, a raíz del movimiento de reconstrucción económica para impulsar la liberación del comercio y comenzar a disminuir las enormes medidas proteccionistas que seguían en vigor desde los años 30. Este impulso dio pie al desarrollo de nuevas instituciones multilaterales dedicadas a la cooperación económica internacional como las instituciones de "Bretton Woods", que se reflejan en los actuales Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional.

En 1946 las 23 partes contratantes fundadoras del GATT, entablaron negociaciones arancelarias, las que se radicaron en el GATT, el que entró en vigor en enero de 1948.

A partir de sus orígenes, el GATT ha tenido una serie de complementaciones y adiciones en forma de acuerdos plurilaterales, esfuerzos e intenciones continuas para bajar los aranceles, lo que se fue logrando con una serie de negociaciones multilaterales, o rondas de negociaciones, la última de ellas y más trascendente para efectos de este estudio, fue la Ronda Uruguay, la que comenzó en 1986. Era el mandato de mayor envergadura jamás acordado en materia de negociación comercial, tanto por la extensión de las materias, como por la importancia de éstas. Las negociaciones oscilaron permanentemente entre el éxito y el fracaso, finalmente el 15 de abril de 1994, la mayoría de los 125 gobiernos participantes firmaron el acuerdo de Marrakech, en una reunión que se llevó a cabo en Marruecos.

Los efectos de esta última Ronda de negociaciones fueron, entre otros, el nacimiento de la OMC, que a diferencia del GATT es una organización permanente con su propia secretaría y con sede en Ginebra, Suiza. Además, el GATT es un acuerdo relativo solamente al comercio de bienes, en cambio, la OMC nace con muchas más ambiciones, incluyendo el comercio de servicios, lo que se regula en el acuerdo GATS, y los aspectos de la propiedad intelectual.

El GATT, pese a haber estado más de 40 años funcionando, se aplicó siempre con carácter provisorio, en tanto la OMC nace con un carácter permanente y como compromiso multilateral en el que todos sus miembros contratantes asumieron un compromiso.

Por último, una de las áreas en que se ha denotado un interesante cambio, ha sido precisamente el tema de la solución de las diferencias. En el Acta Final de la Ronda Uruguay se creó un "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias", en adelante; el Entendimiento, texto base de solución de los conflictos suscitados en el marco jurídico y dentro de los compromisos adoptados en la OMC.

El Entendimiento tiene una gran semejanza con el sistema de solución de controversias del GATT, sin embargo, por ampliarse los temas a tratar en la OMC, el ámbito de aplicación deja de ser solamente el relativo al comercio de bienes para transformarse en el sistema común o base para solucionar los conflictos de todos los acuerdos que se negociaron en la OMC, sin perjuicio de los sistemas especiales que fue necesario establecer por la especificidad de ciertas materias.

Los arts. XXII y XXIII del GATT como fueron redactados en 1947, fueron para ese entonces, un gran adelanto en lo que a materia internacional se refería. Se estaba estableciendo uno de los sistemas que abarcaba más países para solucionar las controversias, en una época en que UNION EUROPEA, MERCOSUR, PACTO ANDINO, NAFTA y ALCA sencillamente habían sido temas que tal vez soñaron Napoleones, Bolívars o Carlomagno del pasado, pero que la postguerra y la tensa guerra fría hacían muy difíciles de realizar.

El autor Andrés Espinosa define el sistema de solución de diferencias del GATT como "un híbrido entre el derecho internacional y la diplomacia comercial, habida cuenta de su carácter cuasijudicial y diplomático. El sistema al ser administrado en la práctica por las partes contratantes del GATT, tiene una naturaleza política, en razón a que éstas representan, tomadas individualmente, a estados soberanos"²⁶

²⁶Espinosa, Andrés, "Colombia ante la Organización Mundial de Comercio", Ministerio de Comercio Exterior, 1995, pag. 146

Espinosa continúa diciendo que las características principales del GATT son que “no existe un procedimiento único de solución de diferencias, en razón a que el GATT como tratado internacional se fragmentó por medio de los códigos de la Ronda Tokio en 1979. Es más, el proceso definido en los artículos XXII y XXIII es impreciso e incompleto, el cual ha sido ampliado e interpretado gradualmente desde 1958 mediante decisiones de las partes contratantes por mandatos ministeriales de los gobiernos miembros”²⁷

El Artículo XXII del GATT señala lo siguiente :

“Consultas

1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.
2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.”

Las consultas que describe el art. XXII tienen según Espinosa dos instancias procesales:

- En la primera (Artículo XXII : 1) la parte que sea objeto del reclamo deberá examinar el asunto en disputa, cualquiera que sea y que tenga relación con la aplicación del Acuerdo General
- La segunda (artículo XXII :2) se presenta en los casos en que no hubiere sido posible una solución en la etapa anterior, y deja en manos de las partes contratantes mediante un grupo de trabajo la realización de más consultas, o por intermedio del consejo de representantes del GATT, que es el depositario de las partes contratantes.

Complementando el anterior artículo, las Partes Contratantes, adoptaron una serie de documentos jurídicos que en este estudio solamente se van a nombrar :

²⁷ Idem pág anterior

- Mediante decisión de 10 de noviembre de 1958 adoptaron un Procedimiento para las consultas celebradas de conformidad con el artículo XXII acerca de cuestiones relacionadas con los intereses de cierto número de partes contratantes.
- Entendimiento de 1979 relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia.
- Decisión de 1989 sobre las mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT

Por su parte el Artículo XXIII del GATS señala lo siguiente :

“Anulación o menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de :
 - a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo ; o
 - b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo ; o
 - c) que exista otra situación,

dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.”²⁸

Respecto a este numero 1 citado precedentemente, se ha señalado que es práctica GATT “que la violación del articulado del Acuerdo General constituye un caso de anulación o menoscabo de sus ventajas y que en consecuencia la carga de la prueba de que ello no sea así recae en la parte objeto del reclamo.”²⁹

²⁸ GATS Artículo XXIII

²⁹ Supra, cita N° 26, pág. 149

El artículo XXIII en su número 2, señala :

“Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las Partes Contratantes. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las Partes Contratantes podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo de las Partes Contratantes que es su propósito denunciar el Acuerdo General ; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquel en que el Secretario Ejecutivo de las Partes Contratantes haya recibido dicha notificación.”³⁰

En este caso por no haber violación del Acuerdo General se concluye que “la carga de la prueba se invierte y le corresponde por tanto a la parte reclamante probar que la medida objeto del reclamo es la causante de anulación o menoscabo de las ventajas derivadas del mencionado Acuerdo.”³¹

En el citado artículo XXIII del GATT, no se mencionan el mecanismo de los paneles o grupos especiales que se utilizaba desde 1958 para estudiar la cuestión en disputa y recomendarle a las partes contratantes los mecanismos a adoptar. “Y pese a que los paneles no se mencionan en el GATT, constituyen el desarrollo práctico más poderoso del sistema de solución de diferencias, sobre el cual pesa enorme responsabilidad comercial y política, habida cuenta que sus conclusiones y recomendaciones pasan a ser ley-GATT una vez que el consejo de representantes las adopta por consenso, esencia misma de toda decisión en el GATT.”³²

³⁰ GATS, Artículo XXIII N°2

³¹ Supra, cita N° 26, pág 149

³² Idem cita anterior.

Básicamente, lo que se regulaba en los citados artículos XXII y XXIII del GATT era que en caso de diferencias en la interpretación de los derechos y deberes asumidos al ser parte contratante del GATT debía someterse a consulta entre las partes en desacuerdo, si tras esta no llegaban a acuerdo, se podía acudir a solicitar la constitución de un grupo de partes que estudiarían el caso y propondrían a las partes contratantes, como órgano supremo del GATT, una solución que generalmente adoptaba la forma de acuerdo. Para ello, era necesario que alguna de las víctimas probase que se le había "anulado o menoscabado" algún derecho que detentaba en base al Acuerdo General.

Este sistema fue recibiendo algunos cambios con el tiempo. Desde 1955, se disminuye el uso de grupos de trabajo en que podían participar todas las partes contratantes para solucionar conflictos y se tiende cada vez más a la utilización de grupos especiales o paneles en los que, pocas partes contratantes, o cada vez más, expertos independientes presentan un informe a las partes contratantes para que decidan la diferencia.

A partir de 1979, se define mejor la causal por la cual un país puede demandar un panel, ya no habrá que demostrar la "anulación o menoscabo" de un derecho que se detenta en virtud del GATT que es una formulación ambigua y sujeta a interpretaciones, sino que bastará con demostrar que la medida adoptada por la otra parte vulnera alguna disposición del GATT, algún precepto, para que se considere, en principio, que se han anulado o menoscabado derechos del demandante.

Sin embargo, incluso en 1993, existían importantes matices políticos a las decisiones de las controversias. Así por ejemplo, no bastaba la solución presentada por un panel en su informe, sino que dicho informe tenía que ser aprobado por las partes contratantes del GATT, que lo hacían utilizando el consenso.

Las fallas del sistema del GATT fueron apareciendo con el paso del tiempo, y fueron la causal de modificar este sistema y crear junto con la OMC un sistema más acabado que resolviera algunos de los problemas que fueron dándose a luz a lo largo de los más de 250 casos que el sistema GATT solucionó.

Sin embargo, como se ha señalado, "había informes en que la parte condenada se negaba a que fuera adoptado por las partes contratantes, proponiendo como alternativa que este alto órgano "tomara nota" del informe con lo que no se resucitaba el caso, a cambio de adoptarse el informe o dejando que pasara el tiempo sin que fuera posible la adopción. Hubo también informes que se adoptaron por consenso pero en los cuales la parte condenada

impuso un condicionamiento o un término tan largo al prestar su consenso que en la práctica anulaba la fuerza coercitiva de las recomendaciones del informe. Por último, hubo informes adoptados por consenso pero cuyas recomendaciones no se cumplían por las partes condenadas, y ello pese a crearse en 1988 un procedimiento de examen periódico del seguimiento de las recomendaciones que debían efectuar las Partes Contratantes.”³³

El sistema de solución de diferencias del GATT gradual y permanentemente se ha ido complementando y perfeccionando, a fines de la Ronda Uruguay se perfeccionaría la Decisión de Montreal de 1989, la que es la base del nuevo Entendimiento de Solución de Diferencias, la cual se prorrogaba hasta el establecimiento efectivo de la OMC. El Entendimiento presenta grandes adelantos en lo que a solución de controversias se refiere, siendo un procedimiento ágil y rápido, el cual pese a no contar con el establecimiento de un tribunal internacional formado por jueces como el que existe en la Unión Europea o el ambicioso proyecto del Pacto Andino, si demuestra mayor madurez jurídica considerando el número de países y las diversas economías e idiosincrasias que conforman la OMC y demuestra un nivel amplio de aplicabilidad al incorporar no solo bienes como en el GATT, sino también propiedad intelectual y servicios.

II.- AMBITO DE APLICACION DEL SISTEMA DE SOLUCION DE DIFERENCIAS QUE PROPONE EL ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCION DE LAS DIFERENCIAS EN LA OMC

El mecanismo de solución de controversias que establece la OMC tiene un ámbito de aplicación que se puede analizar desde dos perspectivas: sujetos a los cuales afecta este mecanismo y materias que son objeto de solucionarse por esta vía.

1.- Desde el punto de vista del sujeto

El Entendimiento de Solución de las Diferencias de la OMC solamente rige a los Estados partes de la OMC quedando excluidos los particulares. sin embargo la experiencia ha demostrado que hay países en los cuales el canal de comunicación entre el sector privado y el gobierno es tan intenso que aunque formalmente aparezca el Estado utilizando el sistema de solución de controversias, este lo hace por petición expresa de algún grupo de interés.

³³ Castillo Urrutia, Juan Antonio, , “La Ronda Uruguay del GATT”, El Sistema Integrado de Solución de Diferencias” Boletín Económico ICE Información Comercial Española, Búmeros Extraordinarios, s/f página 117.

2. Desde el punto de vista del ámbito material .

El ámbito de aplicación material esta establecido en el Art. 1 del Entendimiento, el que señala que “ las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de las diferencias de los enumerados en el Apéndice N°1 del presente Entendimiento...”³⁴

En dicho Apéndice se señalan los siguientes acuerdos, que son los abarcados por el Entendimiento:

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas de procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles

Acuerdo sobre Contratación Pública

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

Estos cuatro acuerdos plurilaterales constituyen una excepción a la tendencia universalista de la OMC, ya que en el caso de los acuerdos plurilaterales su alcance se limita a los Miembros firmantes de los mismos. En este caso, la aplicabilidad del Entendimiento, dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión en el Apéndice 2 del Entendimiento, que se hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias.

A su vez, el Entendimiento también prevé la situación de que se produzcan consultas y solución de diferencias entre los miembros de la OMC relativas a derechos y

³⁴ “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias”

obligaciones dimanantes de las disposiciones del acuerdo por el que se establece la OMC y del propio Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados. En estos casos el sistema aplicable será también el establecido por el Entendimiento.

El Apéndice N°2 (ver anexo) del Entendimiento enumera las Normas y Procedimientos Especiales o Adicionales Contenidos en los Acuerdos Abarcados.

Debido a que en la OMC en materia de solución de controversias, existe un Entendimiento base y varios específicos que contienen los propios acuerdos abarcados por el Entendimiento, podría pensarse que pueden existir conflictos entre éstos en cuanto a determinar qué sistema de solución de las controversias prima. El Entendimiento en su art. 1 N° 2, prevé esta situación y establece un sistema para determinar su aplicación. Básicamente lo que indica es que prima el acuerdo especial sobre el general, por lo tanto, primarían los acuerdos especiales o adicionales para solucionar las controversias señalados en el apéndice 2 del Entendimiento al propio Entendimiento, en todo lo que sea contrario a éste. Pero puede suceder que puedan existir diferencia de normas y procedimientos entre dos o más acuerdos abarcados igualmente específicos, y existan conflictos a raíz de esto. En este caso, si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre las normas y procedimientos especiales o adicionales que regirán el conflicto dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del panel o grupo especial, el Presidente del Organo de Solución de Diferencias en consulta con las partes determinará las normas y procedimientos a seguir, en un plazo de 10 días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro miembro.

El principio general que debe seguir el Presidente del Organo de Solución de Diferencias en su caso, es que cuando sea posible, se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y se seguirán las normas del Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas.

Habiéndose descrito los acuerdos susceptibles de solucionar los conflictos a través del Entendimiento, cabe profundizar algo más el tema y preguntarse en qué caso se puede acudir a este sistema, o con que tipo de actos se entiende que hay una "diferencia".

El párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento establece en su parte pertinente:

“Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las *medidas* concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad...”³⁵

Aunque nos estamos adelantando a un tema que se analizará posteriormente, lo interesante de analizar aquí es que las medidas son las susceptibles de litigarse. Para esto, habría que averiguar qué dicen los acuerdos abarcados al respecto.

Por ejemplo, el texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994, en adelante GATT de 1994, que se basa en el texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio original, denominado GATT de 1947 se refiere al término “medidas” en su Artículo XX y XIX, sin embargo, nunca define lo que se entiende por éstas. El texto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en adelante GATS, en su Artículo I señala: “El presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios.”³⁶ y luego en su Artículo XXVIII define que para los efectos del GATS se entiende medidas como “cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.”³⁷

Siguiendo con la deducción, sabemos que en un acuerdo (el GATS) se define las “medidas” que realizan los miembros y que serían eventualmente susceptibles de ser sometidas a la decisión de un panel por ser una “diferencia” de los acuerdos abarcados por el Entendimiento, y en otros acuerdos (GATT de 1947-1994) no se define dicho término. Lo que tendríamos que saber es si las definiciones de los textos jurídicos de la OMC son o no transferibles. Por el principio de especialidad quedaría saldada la duda en el caso que dos textos definan un mismo término, aplicándosele la definición respectiva a cada acuerdo.

El problema se presenta cuando se hace una definición amplia en un acuerdo que podría aplicarse a otro. Si el acuerdo no es lo suficientemente expreso y no indica que no le serán aplicables otros acuerdos en forma complementaria, nosotras estimamos que es perfectamente posible aplicar la regla de la analogía en las interpretaciones entre los acuerdos. Por tanto, se entendería por medidas susceptibles de ser sujetas al sistema de solución de disputas de la OMC, . . . “cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento,

³⁵ Supra, cita N°34, Artículo 6 párrafo 2.

³⁶ GATS, Artículo I

³⁷ GATS Artículo XXVIII

regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.”³⁸, como lo indica el art. XXVIII del GATS e incluyendo aquí no solo las acciones sino que también las omisiones que se realicen.

III.- ORGANOS QUE INTERFIEREN EN EL MECANISMO DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS QUE ESTABLECE LA OMC

Antes de entrar a estudiar los mecanismos de solución de controversias propiamente tales y para efectos de hacer más ágil su posterior lectura, hemos estimado necesario hacer una pequeña descripción de los órganos y personajes que tienen relación con el tema y que el Entendimiento menciona.

I. Organismo de Solución de Diferencias

En la estructura de la OMC ³⁹ existe como máxima autoridad la Conferencia Ministerial, órgano compuesto por representantes de todos los Miembros de la OMC que debe reunirse, por lo menos, cada dos años y que puede adoptar decisiones sobre todas las cuestiones que surjan respecto de los acuerdos multilaterales.

Sin embargo, la labor cotidiana de la OMC está a cargo de órganos subsidiarios, principalmente el Consejo General, compuesto también por todos los Miembros de la OMC, que debe rendir informe a la Conferencia Ministerial.

El Consejo General se reúne a su vez bajo dos formas particulares: como Órgano de Solución de Diferencias, para supervisar el procedimiento de solución de diferencia y como Órgano de Examen de Políticas Comerciales

Por tanto, el Consejo General puede adoptar la forma de Órgano de Solución de Diferencias, en adelante OSD, y es en ese sentido que tiene importancia para este estudio.

El Entendimiento en su art. 2 señala dentro del título "Administración" que "En virtud del presente Entendimiento se establece el Organismo de Diferencias para administrar las presentes normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de

³⁸ Idem anterior.

diferencias de los acuerdos abarcados salvo disposición en contrario de uno de ellos. En consecuencia, el OSD estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de grupos especiales o paneles y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.”

A su vez el OSD informará a los correspondientes Consejos y Comités de la OMC sobre lo que acontezca en las diferencias relacionadas con disposiciones de los respectivos acuerdos abarcados.

La frecuencia con que se reunirá el OSD será la necesaria para el desempeño de sus funciones dentro de los marcos temporales establecidos en el Entendimiento

Toda vez que el OSD deba tomar una decisión se procederá por consenso, este es el llamado "consenso negativo", vale decir, "se considerará que se ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella."⁴⁰

El rol del OSD es fundamental en uno de los sistemas de solución de controversias que presenta el Entendimiento que sin duda es el que tiene mayor importancia y el más utilizado, es el sistema en que se hace uso de un "grupo especial o panel". Este panel estudia el caso y propone una respuesta al OSD.

Es el OSD, a diferencia de lo que muchos piensan, el órgano encargado de aprobar o no la propuesta del panel, el órgano que finalmente toma la decisión, pudiendo incluso rechazar la propuesta de los paneles por medio de consenso negativo.

2. Grupo Especial o panel

El grupo especial o panel, como se le conoce en la jerga internacional, ocupa un importante rol en uno de los mecanismos de solución que propone el Entendimiento que sin duda es el más relevante y se conformará si las partes así lo piden por escrito, "...a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que la petición haya figurado por

³⁹ Ver Apéndice, Anexo N°2, "Esquema Organizacional de la OMC"

⁴⁰ "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" OMC Artículo 2, Nota al pie de página.

primera vez como punto en el orden del día del OSD, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial.”⁴¹

Los paneles estarán formados por las personas que el art. 8 del Entendimiento señala, siendo estas personas “...muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial, o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representante en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro.”⁴² Esta lista amplia pero taxativa pretende resguardar la honorabilidad y capacidad técnica de quienes deberán estudiar los conflictos y proponer soluciones.

El artículo 8 en su número 2 continua diciendo que los miembros de los paneles “...deberán ser elegidos de manera que queden aseguradas la independencia de los miembros y la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos. Quedarán excluidos de esta lista los nacionales o terceros que tengan un interés sustancial en el asunto, salvo que las partes en la diferencia acuerden lo contrario.” El Entendimiento incluso prevé la situación de que los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos, sean parte en la diferencia quieran participar en el grupo especial, y en este sentido es tajante al decir que “...no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario.”⁴³ Se entiende extendida esta norma en el caso de una unión aduanera o un mercado común a los nacionales de todos los países miembros de la unión aduanera o el mercado común.

Para facilitar la elección de los integrantes de los paneles, la Secretaría mantendrá una lista indicativa de personas que reúna las condiciones necesarias de la cual podrán elegirse los integrantes de los paneles según proceda. La Secretaría propondrá a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del panel los que podrán ser rechazados solo por razones imperiosas.

⁴¹ “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” OMC, Artículo 6 n° 1

⁴² “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” OMC, Artículo 8

⁴³ “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” OMC, Artículo 8 N°2.

En caso que no se llegue a acuerdo sobre los integrantes del panel dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualquiera de las partes, el Director General en consulta con el Presidente del OSD y el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá la composición del grupo especial, nombrando a quienes el director General considere más idóneos.

Los integrantes de los grupos especiales actuarán a título personal y no en representación de un gobierno o de una organización. Por tanto los miembros se abstendrán de darles instrucciones y de ejercer sobre ellos cualquier clase de influencia con respecto a los asuntos en cuestión.

Los paneles estarán formados por tres integrantes a menos que dentro del plazo de diez días contados a partir del establecimiento de éste, las partes en la diferencia convengan en que sean cinco.

Es interesante ver como el acuerdo establece una norma de protección a los países en desarrollo en este tema estableciendo en el caso en que se presente un conflicto entre un país en desarrollo y un país miembro, la posibilidad de que pueda participar en el panel si así lo solicita el país en desarrollo miembro, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo miembro.

3. Grupo Consultivo de Expertos.

El art. 13 del Entendimiento consagra el "Derecho a recabar información" que tendrán los paneles de cualquier persona o entidad que estime conveniente. Dentro de este derecho se establece la facultad de solicitar el aporte que un grupo consultivo de expertos pueda otorgar en algún caso en particular.

Este grupo "...emitirá un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia..."⁴⁴. El apéndice 4 del Entendimiento se refiere al grupo de expertos, el que estará bajo la autoridad de los paneles y seguirán el mandato y los detalles del procedimiento de trabajo que ellos les asignen. Los grupos de expertos rendirán un informe a los paneles, el que tendrá un carácter meramente consultivo.

⁴⁴ "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" OMC, Artículo 13 N°2.

4. Órgano Permanente de Apelación.

El Artículo 17 del Entendimiento se refiere al Órgano de Apelación, estableciendo que será un órgano permanente, quien entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los paneles y estará integrado por siete personas de las cuales actuarán tres en cada caso, lo que se determinará por el turno que señale el procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación.

El OSD nombrará por un periodo de cuatro años a las personas que formen parte del Órgano de Apelación y podrá renovar una vez el mandato de cada una de ellas.

El citado artículo señala que serán integrantes del Órgano de Apelación aquellas personas con "...prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno."⁴⁵

Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros, una vez transcurrido ese plazo sin que ningún miembro del OSD se pronuncie en contra de la apelación, se entenderá que el fallo está firme y ejecutoriado.

IV.- MECANISMOS DE SOLUCION DE LAS CONTROVERSIAS QUE CONTEMPLA LA OMC (enumeración, características, procedimientos.)

El Entendimiento se refiere a la Consulta, el Arbitraje, la Mediación los Buenos Oficios, la Conciliación y los Grupos Especiales o Paneles como se les conoce en la jerga legal internacional, como mecanismo de solución de controversias.

En principio no existe un sistema por el que se establece un orden de prioridad preestablecido de aplicación de los mecanismos de solución de controversias, a diferencia de lo que sucede con el MERCOSUR donde se indican cuales mecanismos se aplican antes. Es así como se aprecia el carácter flexible que tiene en este sentido la OMC

⁴⁵ "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" OMC, Artículo 17.

Antes de profundizar en este tema es fundamental recordar que el objetivo del mecanismo de Solución de controversias de la OMC es "hallar una solución positiva de las diferencias" por lo tanto las partes deben empeñarse en solucionar el problema como primera prioridad, se busca una solución mutuamente aceptable a los problemas que estén a la vez en conformidad con las disposiciones de la OMC, esto puede lograrse mediante consultas bilaterales entre los gobiernos interesados.

Es así como la primera etapa de la solución de diferencias requiere de la celebración de esas consultas.

1.- Procedimientos de Solución de Controversias Distinto al de Paneles

1.1.Consultas

La etapa de consultas prevista en el artículo 4 del Entendimiento, constituye la piedra angular del sistema, tanto en los casos en que sea posible llegar a una solución mutuamente convenida (como es el caso de un gran número de disputas), como en aquellos en que la diferencia pase a una fase posterior por ausencia de la misma.

La primera actitud que debiera adoptar un Miembro respecto a las representaciones que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento del acuerdo abarcado será "examinar con comprensión" y "brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones". Estas frases que se indican en el art. 4 número 2 del Entendimiento denotan el espíritu que debiera tener la solución de las controversias en la OMC tratando de imponer el criterio de la razón y comprensión antes de la fuerza y dando una clara opción de solución de los conflictos cuando están comenzando, fomentando el acercamiento de las partes.

Siempre deben celebrarse consultas bilaterales entre los miembros partes en una solución de diferencias antes de acudir a otros procedimientos. Este es el primer medio previsto de solución de diferencias.

Las consultas se caracterizan por ser transparentes ya que debe ser notificada al OSD la petición de consultas, la celebración de estas y la posible asociación de terceros miembros interesados en la consulta, esto a fin de que las partes que tengan un interés comercial sustancial, puedan unirse a ellas. Además el Entendimiento señala breves plazos

para que esta se lleve a cabo dando un plazo de 10 días para aceptar la consulta, 10 días para aceptar participar en la consulta desde la notificación al OSD, 20 días para resolver la cuestión en consulta y 60 días, ó 10 en caso de productos perecederos, tras terminar la consulta, para pedir el procedimiento de panel.

Durante las consultas, los Miembros deberán tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas en el presente Entendimiento.

1.2.- Buenos Oficios, Conciliación o Mediación.

Estos sistemas estaban previstos en el procedimiento señalado en 1966 para países en desarrollo.

A diferencia de la consulta que es prácticamente obligatoria, los buenos oficios, conciliación o mediación deben ser aceptados por todos los Miembros que mantienen la diferencia, y la propuesta de los mediadores, que normalmente es el Director General de la OMC, no son de obligatoria aceptación.

Normalmente el Director General de la OMC actúa como mediador, esto porque el Entendimiento le permite que actuando de oficio pueda ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia.

Además estos sistemas pueden ser sustitutivos o previos al panel, o bien desarrollarse en paralelo y, al mismo tiempo, que aquel procedimiento.

Deben solicitarse antes del panel, en el plazo de 60 días siguientes a las consultas e interrumpen la posibilidad de constituir un panel hasta que terminen o transcurra el plazo de 60 días ya citado. Posteriormente, pueden proseguir aunque se constituya un panel.

El aceptar o no este medio de solución de diferencias es voluntario.

1.3.- El arbitraje

La inclusión del arbitraje es una de las novedades que introduce el Entendimiento que ha sido poco utilizada en el pasado quizás por el hecho de exigir de antemano el acatamiento del laudo en cuestión, y los miembros que lo aceptan se comprometen a aceptar y cumplir el laudo que se dicte, es por esto que se considera que sustituye al panel. El laudo

arbitral resultante será notificado al OSD y al Consejo o Comités correspondientes para su vigilancia.

Es un procedimiento voluntario que en caso de adoptarse sustituye al sistema de los paneles o grupos especiales.

2.- Grupos especiales o paneles⁴⁶

Es el mecanismo más usado dentro del sistema de la OMC, una vez que no han fructificado las consultas el siguiente paso será que los miembros de la OMC reunidos como OSD confíen el estudio y preparación de una solución al conflicto a un grupo pequeño de personas llamado Grupo especial o panel.

Anteriormente al referirnos a los órganos que interfieren en el mecanismo de solución de las controversias que establece la OMC, hicimos una amplia reseña a quienes formaban el grupo especial en número de miembros que este tendrá y las características de estos miembros.

“El Entendimiento reglamenta detalladamente todos los aspectos y normas procesales a seguir por los paneles buscando la independencia de criterios de los mismos, la celeridad en su actuación y la uniformidad dentro de lo posible de los procedimientos. Por último y es la importante novedad frente al sistema precedente que existía en el GATT, se prevé que el OSD adopte o rechace con cierta celeridad los informes de los paneles.”⁴⁷

El sistema de los paneles constituye el tema al cual el Entendimiento le dedica más artículos. Su normativa incurre en una serie de detalles sobre todo respecto a los plazos, que hacen de este una lectura compleja.

En materia de plazos lo que se propone es lograr un procedimiento ágil, con la existencia de plazos fatales que pretenden fijar una duración máxima al procedimiento de forma que no deban transcurrir nueve meses entre la fecha de establecimiento del panel y la distribución de su informe final

Siguiendo el orden del autor Juan Antonio Castillo Urrutia, la normatividad procesal que presenta el Entendimiento podría definirse en los siguientes temas:

2.1. Establecimiento del panel:

⁴⁶ El Apéndice 2 de este estudio muestra un esquema relativo al procedimiento del panel:

⁴⁷ Castillo Urrutia, Juan Antonio, “El sistema integrado de solución de diferencias, , La ronda Uruguay y el GATT Boletín Información Comercial Española, Número Extraordinario, s/f, pág. 119.

El artículo 6 del Entendimiento indica que "Si la parte reclamante así lo pide, se establecerá un grupo especial a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD..."⁴⁸ la petición de establecimiento de panel se formulará por escrito indicando si se han celebrado consultas previas, identificando las medidas concretas en litigio y haciendo una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. Este requisito es fundamental, debe ser concreta la medida en litigio. Recibida la petición y examinada por el OSD, este aprobará el establecimiento de un panel, lo más tarde en la segunda sesión del órgano en que esta cuestión figura como punto del orden del día, estando previsto se celebren varias a lo largo del año.

2.2.- Mandato:

El artículo 7 ha impuesto como fórmula general un mandato tipo que se explicita en: "Examinar a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia) , el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)"⁴⁹. También podrán formularse otros mandatos siempre que así lo convengan las partes en la diferencia.

2.3.- Procedimiento en caso de pluralidad de reclamantes:

El principio que se establece es que se buscará que un solo panel entienda del mismo problema planteado por varias partes, esto es, cuando haya un mismo asunto que esté siendo conocido por sendos grupos especiales, se establecerá un grupo especial único para examinar tales reclamaciones. Si no fuera posible, se establecerán varios grupos, pero siempre que se pueda con los mismos miembros componentes o panelistas, y con armonización de calendarios.

Se prevé también la situación de que hayan terceros que tengan interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD, éste tendrá derecho a ser oído por el panel, y de presentar a éste comunicaciones por escrito., las que se

⁴⁸ "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" OMC, Artículo 6.

⁴⁹ "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" OMC, Artículo 7.

facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial. También se les dará traslado a los terceros de las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas al grupo especial en su primera reunión. Si el tercero plantea su interés sustancial por haberle sido anulada o menoscabada una ventaja por una medida que ya ha sido objeto de un informe de un panel tendrá derecho a la formación de otro grupo con la misma composición, si es posible, que el inicial.

2.4.- Procedimientos de funcionamiento de los paneles:

“Como en el GATT 1947, existe una gran flexibilidad en los procedimientos de trabajo de los paneles pero en el Entendimiento se fijan los plazos más estrictos para que el panel pueda presentar su informe en un plazo máximo de seis meses, o incluso de tres meses si se trata de una mercancía perecedera o de un caso en que el OSD haya convenido que deba aplicarse el procedimiento de urgencia.”⁵⁰

Los grupos especiales seguirán los Procedimientos de Trabajo señalados en el Apéndice 3 del Entendimiento a menos que el panel acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia. Previa consulta con las partes y lo más pronto posible, esto es, dentro de una semana después de que se haya convenido en la composición y el mandato del grupo especial, los integrantes del grupo especial fijarán el calendario para sus trabajos.

“El procedimiento se inicia con un alegato escrito de la parte demandante seguido luego de otro de la parte demandada que se intercambiarán. Una vez iniciado el período procesal habrá dos sesiones orales: una para oír a las partes en la discordia y otra para oír a los terceros. Todos los alegatos hechos en las sesiones orales deberán llevar copia escrita, que será distribuida.”⁵¹

El grupo especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes ya sea aquellas en la diferencia o interesadas, sólo podrán estar presentes en las reuniones cuando aquél las el panel las invite a comparecer.

Puede suceder que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, en dicho caso el panel presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD exponiendo las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones.

⁵⁰ Castillo Urrutia, Juan Antonio, El sistema integrado de solución de diferencias, , La ronda Uruguay y el GATT, Boletín Información Comercial Española, Número Extraordinario, s/f, pág. 120.

⁵¹ Idem cita anterior.

También el Entendimiento prevé la situación de que se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las partes, a un avenimiento, en dicho caso, el panel se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución.

El informe que realice el panel se dará a conocer previamente a las partes. para que si es posible lleguen a un acuerdo , con lo que finalizaría el procedimiento.

Existe un trato especial y diferencial que se otorga al caso de que exista un país en desarrollo que sea parte, el que deberá explicitarse en el informe. Además a dichos países además se les concede mayor flexibilidad en los plazos para presentar sus alegatos. Todos los datos facilitados a los grupos especiales tendrán carácter confidencial.

Los paneles tienen el derecho a recabar información y asesoramiento técnico y pueden consultar, pedir información y asesoramiento técnico a cualquier entidad o persona que estime pertinente y caso que fuera nacional de un miembro de la OMC, deberá notificarse tal petición al miembro. Además podrán constituir Grupos de Expertos, entidad que fue descrita con anterioridad en este estudio.

Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales y las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste serán anónimas.

Luego de considerar los escritos de réplica y las alegaciones orales, el grupo especial dará traslado de los capítulos en que se exponen los hechos y argumentaciones a las partes quienes podrán pedir una etapa intermedia de reexamen de alguna de las secciones del mismo, lo que se hará en una nueva reunión, teniendo presente que el informe final debe llegar al OSD en el plazo de seis meses, o, excepcionalmente, de tres meses.

2.5.- Adopción del informe:

Como se indicara con anterioridad, los miembros tienen derecho a conocer el informe del panel antes incluso que el OSD, para ello tendrán el plazo de veinte días, y si se opone a la adopción que el OSD pueda hacer de dicho informe deberá formular sus razones por escrito diez días antes de la sesión de la OSD.

El informe se adoptará obligatoriamente por el OSD dentro del plazo de sesenta días tras su distribución, ésta es una de las importantes innovaciones del Entendimiento respecto al sistema del GATT de 1947 ya que se establece un plazo fatal obligatorio para que

se acepte el informe del panel. Sin embargo se establecen dos excepciones por las cuales no se va a adoptar el informe aunque transcurra el plazo señalado:

- Que el OSD por consenso, rechace el informe.
- Que una de las partes decida interponer una apelación ante el órgano creado a tal efecto, y la notifique formalmente con lo cual interrumpe el plazo para la adopción del informe.

VI. RECURSOS QUE CONTEMPLA LA OMC

El único recurso que contempla la OMC es la Apelación. Esta fue otra de las novedades que introdujo el nuevo sistema.

El Entendimiento consagra claramente la oportunidad en que se puede interponer una apelación y además crea el Organismo Permanente de Apelación cuyas características se señalaron en el capítulo anterior.

Como bien se señalara anteriormente, una vez que el panel distribuya su informe, y dentro del plazo de sesenta días que se otorga para rechazarlo por consenso, las partes podrán recurrir en apelación para evitar que a través de la nueva interpretación se aumenten o se reduzcan los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos en cuestión. Esto se explica porque al adoptarse los informes de los paneles por las partes se crea jurisprudencia interpretativa, se crea derecho, y pueden quedar lesionados menoscabados o anulados derechos que una de las partes tenía antes de esta nueva interpretación. Por esta razón se permite recurrir en apelación para evitar que a través de la nueva interpretación se aumenten o se reduzcan los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos en cuestión.

Solamente pueden apelar las partes en la diferencia contra el informe de un grupo especial, los terceros sólo podrán presentar comunicaciones y ser oídos.

La apelación tendrá únicamente por objeto cuestiones de derecho tratadas en el informe de los paneles y las interpretaciones jurídicas que estos formulen.

El plazo para que el órgano de apelación presente su informe es de sesenta días, ampliable excepcionalmente a noventa.

El órgano de apelación en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, será quien fije en cada caso el procedimiento a seguir.

Las actuaciones del Organo de Apelación tendrán carácter de confidencial y las opiniones expresadas en su informe por los distintos integrantes de éste serán anónimas. El informe que redacte, sea confirmativo o modificativo del informe del panel, pasará al OSD directamente y sin conocimiento previo de las partes.

El Entendimiento señala que “El órgano de apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.”

El informe del Organo de Apelación será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las partes a no ser que el OSD decida por consenso no adoptar el informe por un plazo de 30 días contado a partir de su distribución a los Miembros.

VI.- FACULTAD DE IMPERIO, MECANISMOS PARA HACER CUMPLIR LO JUZGADO.

En la OMC, las decisiones que hagan los paneles que no hayan sido rechazadas por el OSD dentro de plazo, y las decisiones del órgano de apelación que no sean rechazadas por el OSD en el plazo de 30 días, pasarán a ser recomendaciones que las partes que se sometieron al sistema deberán obedecer.

Es importante tener presente que el derecho internacional es mucho menos desarrollado que un derecho particular de un país, esto por la cantidad y diferencia de los actores interesados y por la falta de voluntad política que ha existido de crear órganos internacionales supranacionales con facultad de imperio. En efecto, el sistema para hacer cumplir lo juzgado tiene muchos menos mecanismos de coerción que en un país. Sin embargo, debido a los roces políticos que desgraciadamente hasta hoy existen entre algunas naciones, habría que ser ciego para no ver a la guerra como un mecanismo de coerción y de solución no pacífica de las controversias, aunque actualmente hay un rechazo político internacional a aquellas naciones que no cumplan con las disposiciones a las que se sometieron.

1. Recomendaciones de los Paneles y Organo de Apelación.

El Entendimiento propone un mecanismo para asegurar que efectivamente se cumplan las recomendaciones. En principio, se llegará a la conclusión que una medida es o no compatible con las obligaciones que se suscribieron en el acuerdo concreto.

Si la medida es compatible con las obligaciones del acuerdo, no hay problema con esta y podrá continuarse. Si es incompatible con el acuerdo abarcado recomendarán que el Miembro afectado, es decir, la parte en la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del grupo especial o del Organo de Apelación, se fijara un plazo de tiempo para que la parte que vulnera el acuerdo se ponga en conformidad con éste. Además el grupo especial o el Organo de apelación podrá sugerir en que forma pueden aplicarse las medidas.

Las recomendaciones y constataciones del grupo especial u Organo de Apelación en su caso, tienen un límite, no podrán aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Se realizará una reunión en la que el Miembro afectado informará al OSD de su propósito de aplicar las recomendaciones y resoluciones. Si es que no es posible cumplir con prontitud las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo, el que propondrá el Miembro a condición de que sea aprobado por el OSD, o un plazo fijado de común acuerdo por las partes y en su defecto el plazo se fijará por medio de un arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones. Sin embargo, este plazo fijado por el arbitro en ningún caso excederá los 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial u Organo de Apelación, salvo que las partes acuerden otra cosa, apreciándose aquí el principio de celeridad en los procesos que el nuevo sistema de solución de diferencias de la OMC promueve. Si se sacan los cálculos, y salvo excepciones muy específicas, todo el procedimiento de solución de diferencias no debe rebasar de treinta meses para obtener la puesta en conformidad de una medida contraria a un acuerdo tutelado por la OMC.

Puede suceder que exista un desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, dicho desacuerdo se resolverá conforme al propio Entendimiento.

El OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas. La vigilancia se iniciará a los seis meses de haberse agotado el período prudencial para la puesta en conformidad y el afectado presentará al OSD por escrito

en las reuniones pertinentes, un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones.

2. Compensaciones

El Entendimiento señala que la compensación es una medida temporal a la que se puede recurrir en caso de que no se aplique en un plazo prudencial las recomendaciones o resoluciones adoptadas. La compensación es voluntaria y en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados.

Aunque lo preferible es el cumplimiento pleno de las recomendaciones o resoluciones del OSD, si esto fuere imposible, como señala el Entendimiento, ya sea “porque el afectado no pone en conformidad con el acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado”⁵² ese Miembro si se le pide, entablará negociaciones con el fin de negociar unas compensaciones mutuamente aceptables que sustituyan a la puesta en conformidad de las medidas recurridas. Para lograr el acuerdo de compensación, existe un plazo máximo de veinte días.

3. Represalia o Suspensión de Concesiones

Al igual que la compensación, el Entedimiento señala que la represalia o suspensión de concesiones, es una medida temporal a la que se puede recurrir en caso de que no se aplique en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas, y en caso de no ofrecerse una compensación aceptada. Si dentro de los veinte días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones, no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquiera de las partes podrá suspender la aplicación de concesiones y otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados al Miembro afectado, previa autorización del OSD.

Sin embargo, habrá que deteminar qué tipo de concesiones y otras obligaciones de los acuerdos abarcados se van a suspender. Al respecto el Entendimiento señala un orden jerárquico según el tipo de acuerdo abarcado, para hacer las suspensiones.

⁵² Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias” OMC, Artículo 22 N°2.

La regla general es que la retorsión se va a aplicar en el mismo sector⁵³ en que el grupo especial o el Organismo de Apelación en su caso, haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo. "Entendiéndose por sector en " bienes" todo el comercio de bienes, en servicios cada uno de éstos constituye un sector tal como está enumerado en el GATS y en propiedad intelectual el propio Acuerdo ADPIC fija los distintos sectores de propiedad intelectual que contempla, constituyendo cada uno un sector."⁵⁴

Si no fuera posible suspender obligaciones en el propio sector, porque la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector, se podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo.⁵⁵

Por último, el Entendimiento señala que "si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado" La retorsión no se toma directamente sino que hay que solicitar al OSD que autorice tal retorsión indicando en la solicitud las razones en las que se funde.

El autor Castillo Urrutia señala que "esto se denomina en la OMC el principio de "retorsiones cruzadas" formulado no en su forma más brutal, derecho de acudir a la retorsión cruzada directamente, sino en la formulación más moderada debiendo iniciarse por el propio sector, para pasar luego al Acuerdo, y si no al conjunto de acuerdos bajo la OMC como último recurso."⁵⁶

⁵³ El Entendimiento señala que se entiende por "sector":

- i) en lo que concierne a bienes, todos los bienes
- ii) en lo que concierne a servicios, un sector principal de los que figuran en la versión actual de la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios" en la que se identifican esos sectores.
- iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, cualquiera de las categorías de derechos de propiedad intelectual comprendidas en la sección 1, la sección 2, la sección 3, la sección 4, la sección 5, la sección 6, la sección 7 de la Parte II, o las obligaciones dimanantes de la Parte III o la Parte IV del Acuerdo sobre los ADPIC

⁵⁴ Castillo Urrutia Juan Antonio, El sistema integrado de solución de diferencias, Boletín Información Comercial Española, La ronda Uruguay y el GATT, pág. 121

⁵⁵ El Entendimiento señala que para estos efectos se entiende por "acuerdo":

- y) en lo que concierne a bienes, los acuerdos enumerados en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, tomados en conjunto, así como los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en la medida en que las partes en el diferencia de que se trate sean partes en esos Acuerdos;
- ii) en lo que concierne a servicios, el AGCS
- iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC.

⁵⁶ Castillo Urrutia, Juan Antonio, El sistema integrado de solución de diferencias, , La ronda Uruguay y el GATT, Boletín Información Comercial Española, Número Extraordinario, s/f, pág. 121-122.