



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Doctorado en Derecho**

**MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
COMERCIALES DE LATINOAMÉRICA: AVANCES Y
DESAFÍOS HACIA UNA MAYOR JUDICIALIZACIÓN**

Tesista
Juliana Salles Almeida

Directora
Ximena Fuentes

**Santiago, Chile
2009**

Abreviaturas

ALC	América Latina y el Caribe
AD	Antidumping
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCM	Comisión de Comercio del Mercosur
CE	Comunidad Europea
CIE	Comité de Impugnación Extraordinaria del TLCAN
CLC	Comisión de Libre Comercio del TLCAN
EE.UU.	Estados Unidos de América
ESD	Entendimiento de Solución de Diferencias
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo general sobre comercio y aranceles)
GE	Grupo Especial del Órgano de Solución de Diferencias
GMC	Grupo Mercado Común del Mercosur
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MSCs	Mecanismos de Solución de Controversias
OA	Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organización No-Gubernamental
PED	Países en desarrollo
SG	Secretaría General de la Comunidad Andina
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLC EE.UU.-CAN	Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TA	Tribunal Arbitral <i>Ad Hoc</i> del Mercosur
TPR	Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur
UE	Unión Europea

Contenidos

AGRADECIMIENTOS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO I. EL CAMINO HACIA LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN AMÉRICA LATINA.....	21
I. MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).....	24
II. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN).....	30
III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).....	33
1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y MEDIDAS COMPENSATORIAS (CAPÍTULO 19)	35
1.1. Controversia originada de una reforma legislativa.....	36
1.2. Controversia originada de la resolución de la autoridad investigadora nacional.....	36
2. PROCEDIMIENTO GENÉRICO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (CAPÍTULO 20).....	38
CAPITULO II. EVOLUCIÓN DEL MSC MÁS JUDICIALIZADO DE LA ACTUALIDAD Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON LOS MSCs REGIONALES.....	40
I. LA EVOLUCIÓN HACIA LA JUDICIALIZACIÓN.....	41
II. ASIMETRÍAS Y CONVERGENCIAS ENTRE LOS MSCs.....	51
1. ALCANCE Y NATURALEZA DE LAS NORMATIVAS DE INTEGRACIÓN.....	53
2. NATURALEZA DE LOS MSCS.....	53
3. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS.....	55
4. MEDIDAS CAUTELARES O PROVISIONALES.....	56
5. SOPORTE TÉCNICO.....	56
6. PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES.....	57
7. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS Y DE ONGs.....	57
8. POSIBILIDAD DE APELACIÓN.....	60
9. NATURALEZA Y CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES.....	60
CAPITULO III. LA MAYOR CREDIBILIDAD Y EFECTIVIDAD BRINDADA POR LA JUDICIALIZACIÓN DEL MSC DE LA OMC.....	64
I. CRÍTICAS DE POSNER Y YOO A LA INDEPENDENCIA Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.....	65
II. AUMENTO DE LA CREDIBILIDAD DEL OSD	71
1. EL IMPACTO DE LA CONFIABILIDAD DE UN MECANISMO MÁS JUDICIALIZADO EN LA AMPLITUD DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS PAÍSES.....	73
2. CONFIABILIDAD GENERADA POR DECISIONES BASADAS EN REGLAS DE DERECHO.....	83
3. CONFIABILIDAD GENERADA POR LA PREVISIBILIDAD QUE APORTAN LOS PRECEDENTES Y UNA JURISPRUDENCIA UNIFORME.....	86

III. AUMENTO DE LA EFECTIVIDAD DEL OSD.....	88
1. EFECTIVIDAD EN HACER CON QUE LOS PAÍSES DEMANDADOS CUMPLAN LA NORMATIVA MULTILATERAL ACORDADA.....	88
2. PRESIÓN POLÍTICA DE LOS PAÍSES MÁS PODEROSOS <i>VERSUS</i> REGLAS DE DERECHO.....	100
IV. RETOS PARA EL OSD Y PROPUESTAS DE REFORMA.....	103

CAPÍTULO IV. FOROS MÁS JUDICIALIZADOS NO SON LA PRIMERA OPCIÓN DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....109

I. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA OPCIÓN DE FORO.....	110
II. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES.....	114
III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA.....	115
1. MERCOSUR <i>VERSUS</i> OMC.....	116
1.1. El caso del pollo entre Brasil y Argentina.....	116
1.2. El caso de la salvaguardia a los textiles entre Brasil y Argentina.....	118
2. TLCAN <i>versus</i> OMC.....	120
2.1. Restricciones al jarabe de maíz entre México y EE.UU.....	121
2.2. El conflicto sobre tubería para perforación petrolera entre México y los EE.UU.	127
2.3. El conflicto sobre el cemento entre México y los EE.UU.	132
2.4. La controversia de la madera blanda entre Canadá y los EE.UU.	138
IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA OPCIÓN DE FORO.....	143

CAPÍTULO V. LAS DEBILIDADES PROCESALES E INSTITUCIONALES QUE SUBSISTEN EN LOS MSC REGIONALES.....146

I. LA FALTA DE VOLUNTAD POLITICA COMO FACTOR OBSTACULARIZANTE AL DESARROLLO DE LOS MSCs HACIA MECANISMOS MÁS JUDICIALIZADOS.....	147
II. ASPECTOS CLAVES QUE HAN CONDUCIDO A LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA PARA MEJORAR LOS MSCs REGIONALES Y LAS DEBILIDADES PROCESALES E INSTITUCIONALES QUE SUBSISTEN	148
1. MERCOSUR.....	148
1.1. La “tímida” evolución normativa y el permanente carácter precario del MSC.....	148
1.2. Las debilidades procesales e institucionales que subsisten.....	156
2. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).....	173
2.1. Los retos que impiden la utilización del capítulo 20.....	174
2.2. Las fallas que comprometen la eficacia del Capítulo 19 y que conllevan los países a recurrir al OSD en las demandas más complejas.....	177
3. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN).....	181
III. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN DETERMINANDO LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA EN EL AVANCE DE LOS MSCS REGIONALES HACIA FOROS MÁS JUDICIALIZADOS.....	184

CAPITULO VI. IMPACTO DE LAS DEBILIDADES PROCESALES E INSTITUCIONALES.....189

I. MERCOSUR.....	190
1. CONSECUENCIA DEL FAVORITISMO DEL MEDIO DIPLOMÁTICO DE SOLUCIÓN CONTROVERSAS.....	190
2. EL FUERTE PROTAGONISMO DE LOS PAÍSES MÁS FUERTES: BRASIL Y ARGENTINA.....	194
3. PREFERENCIA DE LOS PAÍSES MÁS DÉBILES POR LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES <i>VERSUS</i> PREFERENCIA DE LOS MÁS FUERTES POR MEDIOS DIPLOMÁTICOS.....	195
II. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN).....	197

1. EL EQUILIBRADO PROTAGONISMO DE LOS PAÍSES.....	198
2. IMPACTO DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE UNA INSTANCIA DE APELACIÓN.....	200
III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN).....	202
1. EL PROBLEMA GENERADO POR LA FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LISTADO DE ÁRBITROS DEL CAPITULO 20.....	204

CAPITULO VII. PROPUESTAS INSTITUCIONALES Y PROCESALES PARA MEJORAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DINAMIZAR LA EFICACIA DE LOS MSCs.....208

I. INNECESARIA DUPLICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE ÓRGANOS POLÍTICOS.....	211
II. MAYOR PREVISIBILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES Y SUS REGLAS DE PROCEDIMIENTO.....	211
III. SANCCIONES PARA LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTOS PROCESALES.....	216
IV. AUMENTO DEL ROL DE LAS SECRETARIAS DEL TLCAN Y DEL MERCOSUR.....	219
V. CREACIÓN DE UNA INSTANCIA DE APELACIÓN.....	221
VI. ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL PERMANENTE.....	227
1. CONTRIBUCIÓN PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA CREDIBILIDAD DE LAS NORMAS Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS.....	229
2. CONTRIBUCIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA NORMATIVA Y DE UN CUERPO JURISPRUDENCIAL COHERENTE.....	231
3. IMPEDIMENTO DEL USO DEL RECURSO DILATORIO EN LA SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	235
4. RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA IMPORTANCIA DE LA CREACIÓN DE TRIBUNALES PERMANENTES.....	236
VII. PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES.....	237
VIII. EXISTENCIA DE UN MECANISMO EFECTIVO DE CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS.....	238
1. MAYOR AGILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA RETORSIÓN.....	239
2. CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES.....	244
IX. TRANSPARENCIA.....	245

CAPITULO VIII. CONCLUSIÓN.....249

BIBLIOGRAFÍA.....270

GRAFICOS

Gráfico 1. MSC Mercosur (procedimiento completo).....	28
Gráfico 2. MSC Comunidad Andina.....	33
Gráfico 3. MSC capítulo 19.....	37
Gráfico 4. MSC capítulo 20.....	38
Gráfico 5. MSC de la OMC.....	50
Gráfico 6. Acuerdos multilaterales referidos en cada controversia, 1995-2007.....	72
Gráfico 7. Evolución de las controversias, 1995-2007.....	76
Gráfico 8. Informes Grupo Especial.....	87
Gráfico 9. Informes Órgano de Apelación.....	87
Gráfico 10. Evolución de las Controversias, 1991-2007.....	191
Gráfico 11. Total de controversias/por tema, 1993-2007.....	194
Gráfico 12. Recursos de Reconsideración	201
Gráfico 13. Evolución de las controversias, 1989-2007	203
Gráfico 14. Total de controversias/por tema, 1989-2007.....	204
Gráfico 15. Resultados de los Recursos en la CAN, 1980-2006.....	224

CUADROS

Cuadro 1. Evolución del MSC del MERCOSUR.....	26
Cuadro 2. Evolución del MSC de la CAN.....	31
Cuadro 3. Evolución del MSC del TLCAN.....	34
Cuadro 4- Evolución del MSC de la OMC.....	48
Cuadro 5. Comparación de las fases procesales.....	60
Cuadro 6- Principales países Reclamantes.....	76
Cuadro 7. Principales países Demandados.....	77
Cuadro 8. Participación por región, 1995-2007.....	78
Cuadro 9. Participación de los miembros según ingreso económico, 1995-2007.....	79
Cuadro 10. Participación de ALC como Tercero, 1995-2007.....	80
Cuadro 11. Jurisprudencias citadas en las decisiones del Órgano de Apelación.....	85
Cuadro 12. Informes apelados.....	87
Cuadro 13. Resultado de la actuación del OSD según estimación de Posner y Yoo, 1980-2000.....	89
Cuadro 14. Eficacia en la obtención del cumplimiento de la normativa violada, 1995-2007.....	93
Cuadro 15. Logros en el cumplimiento de la normativa violada, 1995-2007.....	98
Cuadro 16. Eficacia del sistema adjudicatorio en las decisiones falladas en contra de Estados Unidos y las Comunidades Europeas, 1995-2007.....	101
Cuadro 17. Retrasos originados en el TLCAN y demandas llevadas a la OMC.....	134
Cuadro 18. Controversias repetidas en el MSC del capítulo 19 del TLCAN.....	180
Cuadro 19. Participación como reclamante.....	194
Cuadro 20. Participación como demandado.....	195
Cuadro 21. Laudos arbitrales emitidos.....	196
Cuadro 22. Participación como reclamante en la SG.....	198
Cuadro 23. Participación como demandado en la SG.....	199
Cuadro 24. Participación como reclamante en el TJCA.....	200
Cuadro 25. Participación como demandado en el TJCA.....	200
Cuadro 26. Controversias presentadas ante la Secretaría General y dictámenes emitidos.....	201
Cuadro 27. Acciones de incumplimiento presentadas ante el Tribunal de Justicia y sentencias emitidas.....	201
Cuadro 28. Países objeto de retorsión, 1980-2006.....	202
Cuadro 29. Evolución de las controversias / por capítulo.....	205
Cuadro 30. Participación como reclamante.....	205
Cuadro 31. Participación como demandado.....	206
Cuadro 32. Retorsiones aplicadas en el OSD.....	243
Cuadro 33. Comparación esquemática de los MSCs analizados.....	268

A mi familia y a Jeff

por el apoyo incondicional durante esta trayectoria

AGRADECIMIENTOS

La finalización de esta trayectoria, lejos de mi país y familia, ha sido posible gracias al apoyo de amigos y profesores del Programa de Doctorado. En este sentido, me gustaría agradecer a mi tutora, Ximena Fuentes, por el soporte constante durante el desarrollo de esta tesis. Asimismo agradezco a mis compañeros y profesores del doctorado, los cuales han sido piezas esenciales de motivación en este largo camino.

Quiero agradecer a la Secretaria Ejecutiva del Programa, Bárbara Parada, por su constante ternura y por las palabras de apoyo que han sido fundamentales para superar los desafíos inesperados que surgieron en esta trayectoria. Gracias por haber estado tan presente en nuestro día-a-día.

Un especial agradecimiento al profesor y Director Académico del Programa, Pablo Ruiz-Tagle por su comprensión y apoyo durante los momentos más difíciles. Sus palabras de estímulo y confianza fueron vitales.

Al MECESUP que me otorgó una beca para realizar mis estudios de doctorado.

Finalmente a mi familia, en especial mi querida madre, mi padre y a Jeff, por ser el soporte fundamental de mi vida, y a Santa Rita de Casia que sigue iluminando mis pasos.

Gracias a todos por ayudarme a lograrlo.

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de solución de controversias (abreviados en este estudio con la sigla MSC) representan el foro que decide las demandas comerciales interpuestas por los Gobiernos (y en algunos casos los privados) que se ven perjudicados por el incumplimiento de la normativa jurídica comercial acordada entre un grupo de países. Estos foros congregan métodos no jurisdiccionales (negociaciones) y jurisdiccionales (arbitraje, tribunales) de solución de controversias¹. Los MSC son vitales para persuadir a los países a cumplir la normativa de integración acordada y, por esto, para conferir estabilidad a los bloques de integración; además de llenar los vacíos de esta normativa y solucionar ambigüedades jurídicas.² Cumplen una función clave ya que posibilitan que los Gobiernos recurran a una tercera instancia imparcial que resuelva las diferencias contribuyendo, de esta forma, a evitar que un conflicto comercial se politice y se vea afectado por otras consideraciones no comerciales que pueden eventualmente agravar la disputa. .

Existen dos grandes tipos de mecanismos de solución de controversias: “judicial” (“*rule-oriented*” en inglés) y “diplomático” (o “*power-oriented*”). El sistema “judicial” se refiere a un modelo de solución de controversias destinado sobre todo a garantizar el cumplimiento de las normas de integración. Posee una estructura más desarrollada bajo el punto de vista institucional y procesal. Implica un mecanismo adjudicatorio de

¹ La negociación es el arreglo directo de Estado a Estado por las vías diplomáticas comunes. Representa el método más antiguo y comúnmente utilizado. El arbitraje es un método jurisdiccional para prevenir y solucionar definitivamente y de forma idónea los conflictos que se susciten en las transacciones de comercio internacional. Por este procedimiento las partes someten una controversia a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales. Para más detalles sobre los métodos de solución de controversias en el derecho internacional ver Collier y Lowe, 1999; Connerty, 2006.

² Interesante citar las palabras de algunos estudiosos del tema. Alter puntea el rol de los foros para conferir mayor credibilidad a la normativa o compromiso acordado: “States delegate to increase the credibility of a commitment (...) Delegation to courts may be a good way to signal a commitment to an agreement” Alter, 2003: 59-63. Por su parte Özden señala que “Countries are more likely to make larger commitments in the initial negotiations if they know there is an efficient and credible dispute resolution mechanism” Özden, 2003:6.

toma de decisión y un procedimiento formal para el procesamiento de la controversia y el cumplimiento del fallo.

El modelo más “diplomático”, en cambio, hace referencia a un procedimiento más flexible, diseñado principalmente para facilitar las negociaciones entre las partes. En un sistema diplomático, las decisiones se toman por consenso y el procedimiento para el cumplimiento de los fallos se destina mayormente a favorecer la celebración de nuevas negociaciones en lugar de obligar a las partes a cumplir el fallo.³ En última instancia, en el primero prima un mecanismo basado en la mejor interpretación de la ley y en el segundo, un mecanismo basado en negociaciones dentro de un ambiente de diplomacia entre los gobiernos.

Varios factores han contribuido para un desarrollo continuo de los MSC hacia una mayor judicialización de su aspecto institucional y procesal. La profundización de los compromisos de integración y el aumento de la complejidad de los acuerdos comerciales han generado la necesidad de contar con MSC más sofisticados, que garantizaran el cumplimiento de la normativa de integración. También el aumento de las relaciones comerciales bilaterales, regionales y multilaterales, el fortalecimiento de la capacidad de litigar, la influencia de las negociaciones de la Ronda Uruguay, en la cual se creó el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), han dado más visibilidad a los MSCs. De hecho, la arquitectura diseñada para este foro multilateral fue lentamente creando el ambiente propicio para el cuestionamiento de la arquitectura dada a los MSC de América Latina (del Mercosur, Comunidad Andina, TLCAN, CARICOM y Mercado Común Centroamericano)⁴.

En América Latina los grandes propulsores del desarrollo de este tipo de institución han sido el grado de integración deseado y la asimetría de poder económico dentro de

³ Esta es la clasificación más conocida aunque no represente la única. Para más detalles véase Huntington, 1993.

⁴ Consideramos como MSC de América Latina aquellos foros que existen en los bloques de integración del Continente Americano y que poseen a lo menos un miembro de América Latina o del Caribe.

los bloques de integración. Este último hecho ha puesto de relieve la importancia de contar con mecanismos que solucionen controversias en base a reglas de derecho, y no solamente en negociaciones diplomáticas, ya que en estas los países más débiles tienen menos capacidad de influir. Los MSCs latinoamericanos han evolucionado asimétricamente desde mecanismos “*power-oriented*” (basados en negociaciones) hasta mecanismos “*rule-oriented*” (basados en reglas de derecho). Esta mayor judicialización ha conferido mayor credibilidad a estos mecanismos y estabilidad al ordenamiento jurídico que regula las relaciones comerciales dentro de los bloques de integración.

Sin embargo, en los casos en que existe la opción de foro, curiosamente los países latinoamericanos han preferido los MSC menos desarrollados bajo el punto de vista jurídico. En este sentido, han preferido utilizar los foros regionales (menos sofisticados) en lugar del multilateral (considerado el más desarrollado en cuanto a los aspectos procesales e institucionales).

Los cuatro principales factores que explican esta preferencia residen en: i) la influencia política de los países más poderosos del bloque en el foro regional (en el ámbito multilateral esta fuerza se diluye frente a la presencia de varios otros miembros más poderosos), ii) la tradición de los países latinoamericanos de arreglar sus conflictos de forma diplomática, iii) la ventaja ofrecida a los países más fuertes por los foros que favorecen el arreglo de los conflictos comerciales por medio de negociaciones diplomáticas en lugar del procedimiento formal basado en las reglas de derecho; iv) la menor atención pública que despierta una demanda iniciada en el foro regional. En el caso del TLCAN, otros factores, como la mayor profundidad de la legislación nacional, la mayor libertad para la participación de los privados y los efectos generados por los fallos regionales también juegan un rol importante.

Por otro lado, un arreglo político suele ser más difícil cuando se trata de demandas complejas. Consideramos **demandas complejas** aquellas que involucran partes muy asimétricas en términos de poder político-económico, se refieren a productos sensibles para la economía del país y/o cuestionan una normativa comercial de gran repercusión para un importante sector económico nacional. La dificultad de solucionar

eficazmente estas demandas en los foros regionales pone en evidencia la debilidad institucional y de las reglas del procedimiento jurisdiccional de estos foros.

En estas situaciones, los países latinoamericanos han echado mano del foro más judicializado de la OMC considerando que este cuenta con un mecanismo adjudicatorio más formal, una etapa jurisdiccional más sofisticada y su procedimiento está basado en reglas procesales más claras y bien definidas que contribuyen a evitar retrasos intencionales, factores que son importantes para vencer la resistencia de los países a cumplir la normativa violada. Además, en este foro pueden contar con el soporte de otros países que generalmente se asocian como terceros interesados.

De esta forma, se hace evidente que, no obstante los desarrollos alcanzados por los MSC regionales, todavía subsisten debilidades procesales e institucionales que han puesto en entredicho la capacidad de estos mecanismos de solucionar adecuadamente todos los conflictos comerciales que se le presentan, especialmente las demandas más complejas.

Tras la creación del OSD de la OMC, la comunidad internacional ha prestado poca atención a los MSCs regionales latinoamericanos. Si bien es cierto que el OSD ha causado una importante revolución al señalar la importancia de contar con un foro jurisdiccional dotado de instituciones y reglas de procedimiento más sofisticadas, también es cierto que los foros regionales cobran una importancia fundamental para garantizar el cumplimiento de la normativa regional de integración. Esta tesis demuestra que los foros regionales merecen ser estudiados en detalle porque, además de representar la primera opción de foro para los países latinoamericanos, cuentan con reglas de procedimiento que presentan debilidades que deberían ser puestas en evidencia por la comunidad internacional para fomentar el debate sobre la necesidad de cambios.

Problemas a investigar

El primer problema reside en la identificación de debilidades procesales e institucionales que han puesto en entredicho la capacidad de los MSC regionales para solucionar las demandas más complejas. El segundo problema se refiere a la crítica que ha sido realizada en contra de la mayor judicialización de los mecanismos de solución de controversias (MSC). En los años recientes algunos países y autores (Posner y Yoo) han comenzado a cuestionar cuánto realmente ha contribuido la mayor judicialización del OSD a la eficacia de este foro en la solución de las demandas comerciales. Estados Unidos ha propuesto la regresión de los avances hacia la mayor judicialización logrados hasta ahora por el OSD de forma de limitar su rol al de un sencillo foro facilitador de negociaciones⁵.

Este estudio comprueba una tesis opuesta, es decir, que la mayor judicialización ha conferido mayor credibilidad y eficacia a los MSC, lo que no significa que estos factores sean decisivos para los países latinoamericanos en el momento de elección del foro. En este contexto, tres son las preguntas que nos hacemos en este estudio: 1) ¿cuán eficaz ha sido el MSC más judicializado (el OSD de la OMC)?; 2) ¿cómo se posicionan los países latinoamericanos en el momento de elegir el foro? 3) ¿cuáles han sido los factores que han influido en esta decisión?

Hipótesis

Esta investigación está guiada por la siguiente hipótesis de trabajo:

A pesar de que la mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias de la OMC ha contribuido a la credibilidad de este foro y a la efectividad para lograr el cumplimiento de la normativa jurídica de integración, estos factores no han sido determinantes para los países latinoamericanos en el momento de la elección del foro. La prioridad ha sido dada a los foros regionales y solamente en las demandas más complejas se ha preferido un foro más judicializado. Esta constatación indica que, pese a los avances procesales e institucionales logrados en los foros de solución de

⁵ Propuesta llevada a la OMC por medio del documento TN/DS/W/28, 23 December 2002.

controversias de América Latina, la persistencia de ciertas debilidades ha puesto en entredicho su capacidad de solucionar las demandas más complejas.

Comprobación

En el desarrollo de la tesis se comprobará cada una de las siguientes afirmaciones que se infieren de la hipótesis:

- 1) los MSCs han evolucionado hacia una mayor judicialización (capítulos I y II);
- 2) la mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias de la OMC ha contribuido a la credibilidad y efectividad en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en cuanto a la normativa jurídica de integración (capítulo III);
- 3) los países latinoamericanos, cuando existe opción de foro, han priorizado los MSCs regionales y solamente en las demandas más complejas han preferido un foro más judicializado (capítulo IV);
- 4) subsisten debilidades procesales e institucionales de los foros regionales, las cuales han puesto en entredicho su capacidad de solucionar las demandas más complejas, lo que ha generado la preferencia, en estos casos, por llevar el conflicto al foro multilateral (capítulo V);

Esta tesis se divide en ocho capítulos. **Los capítulos I y II** demuestran que los MSCs han evolucionado hacia una mayor judicialización y brindan un análisis comparativo entre estos foros, resaltando las semejanzas y asimetrías que ponen en evidencia los distintos grados de judicialización existentes entre ellos. Esta parte introductoria de la tesis es importante para mostrar los avances procesales e institucionales que han ocurrido en los MSCs, lo que servirá de fundamento para apuntar dónde se localizan las debilidades.

El capítulo III comprueba la hipótesis de que la judicialización del OSD de la OMC ha contribuido a la mayor credibilidad del foro y efectividad del cumplimiento de las normas de integración. La credibilidad generada por el mecanismo más judicializado es comprobada por medio de tres aspectos: i) mayor amplitud de la participación de los países, ii) aumento de la confiabilidad generada por decisiones basadas en reglas de derecho, iii) fortalecimiento de la previsibilidad generada por la creación de un

cuerpo de precedentes y de una jurisprudencia uniforme. Estos tres aspectos nos inducen a la conclusión de que la confiabilidad generada por decisiones basadas en reglas de derecho, seguida del aumento del cuerpo jurisprudencial y de precedentes cada día más sólidos bajo el punto de vista jurídico, han contribuido a la mayor credibilidad de este foro y han influido positivamente en la disposición de los países en accionar el OSD.

Para comprobar la efectividad del OSD, este capítulo demuestra que este foro ha logrado hacer que la parte demandada cumpla la normativa violada en el 56% de las demandas y se estima que este valor puede llegar a 73% si se consideran las demandas que quedaron inactivas. Se verifica que este resultado positivo ha sido logrado tanto por países desarrollados como por países en desarrollo, es decir este foro ha hecho prevalecer las reglas de Derecho (ordenamiento jurídico multilateral), sobre las voluntades políticas de los países, independientemente de su poder económico. En este contexto, se demuestra, por ejemplo, que los países asiáticos y latinoamericanos han sido más exitosos que las Comunidades Europeas en sus demandas en este foro.

Además, se hace un análisis específico de cuán efectivo ha sido el OSD en relación a las demandas que han involucrado a los dos países más poderosos del sistema multilateral, los EE.UU y la CE⁶. El análisis posibilita verificar que en la amplia mayoría de las demandas, estos países cumplieron o están dando cumplimiento a los fallos emitidos en su contra. De esta forma, se comprueba que el OSD ha sido eficaz en hacer que los países poderosos de este sistema de integración también respeten la normativa jurídica de integración.

El **capítulo IV** comprueba la afirmación de la hipótesis de que a pesar de los beneficios generados por la mayor judicialización (credibilidad y efectividad en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en cuanto a la normativa jurídica de integración), estos factores no han sido determinantes para los países

⁶ La CE-Comunidad Europea es denominada inadecuadamente “país” solamente para facilitar la comparación y la argumentación.

latinoamericanos en el momento de elección del foro. Se demuestra que los países de la región, frente a la opción de foro, han preferido el foro regional y en las demandas más complejas, el foro multilateral. Se clasifican como **demandas complejas** aquellas que han generado gran resistencia para lograr la solución del conflicto debido a la fuerte asimetría de poder económico de las partes, por referirse a productos sensibles para la economía del país y/o cuestionamiento de una normativa nacional de gran repercusión en un sector económico dado.

Este capítulo también demuestra que esta opción por el foro multilateral es una consecuencia de la presencia de ciertas debilidades procesales e institucionales todavía existentes en los foros regionales, las cuales han puesto en entredicho el adecuado funcionamiento de los mismos. Para lograr este objetivo son analizados algunos casos seleccionados de la jurisprudencia de los foros regionales.

El **capítulo V** brinda un análisis pormenorizado de cada una de las debilidades procesales e institucionales que pusieron en entredicho el correcto juzgamiento de los casos analizados en el capítulo anterior. De esta forma se refuerza la comprobación de que en los foros regionales, a pesar de los avances logrados, subsisten ciertas debilidades procesales e institucionales. También se brinda un examen de cómo la falta de voluntad política ha afectado el avance hacia una mayor judicialización de estos mecanismos. Se demuestra que, en América Latina, esta postura de los Estados ha sido una consecuencia de la asimetría de poder económico y del nivel de integración deseado por ellos.

El **capítulo VI** entrega un análisis cuantitativo y cualitativo respecto de cómo estas debilidades procesales e institucionales han impactado concretamente los resultados producidos por los distintos MSCs regionales en cuanto a la evolución de su actividad a lo largo del tiempo, la participación de los países y los resultados alcanzados. El **capítulo VII** presenta las propuestas para corregir las debilidades institucionales y procesales apuntadas y el **capítulo VIII** las principales conclusiones del estudio.

Objetivo. Esta tesis tiene los siguientes objetivos:

I) Realizar un análisis comparativo de los principales MSCs existentes en América Latina (del TLCAN, MERCOSUR y Comunidad Andina), apuntando sus logros y debilidades. Estos foros regionales han perdido cierto relieve en los estudios y debates académicos y jurídicos considerando que el foco de las atenciones de la comunidad internacional se ha desviado en gran medida hacia el foro multilateral. Además, no se ha hecho hasta el momento un análisis integrado de estos tres mecanismos regionales señalando las semejanzas y asimetrías procesales e institucionales entre ellos. Todavía existe un cierto desconocimiento de cómo algunos de estos mecanismos regionales funcionan (en especial el de la CAN y del Mercosur), principalmente por parte de la comunidad académica de los países desarrollados.

II) Realizar un análisis inédito de los resultados producidos por los MSCs regionales. En este sentido, esta tesis brinda un examen novedoso en cuanto a la evolución de la actividad de cada uno de los MSCs regionales desde su creación, la amplitud de la participación de los países, los sectores donde se concentran las demandas y los resultados alcanzados⁷.

III) Comprobar que la mayor judicialización de estos foros existentes dentro de los bloques de integración comercial ha sido un fenómeno positivo y que ha contribuido efectivamente a la mayor credibilidad y efectividad del cumplimiento de la normativa de integración. Varios estudios han sido publicados respecto de las ventajas de un sistema judicializado, sin embargo, pocos han comprobado esta afirmación con datos concretos. Hasta el momento ningún estudio se ha hecho cargo de desarrollar un análisis detallado del resultado logrado en todas las demandas iniciadas en el OSD para verificar si este foro más judicializado ha contribuido eficazmente a que los países cumplan la normativa de integración acordada, especialmente los más poderosos del sistema multilateral.

⁷ El análisis de este último dato varía según el MSC analizado. El análisis de los resultados obtenidos por el OSD es más completo que el de los demás MSC, considerando que hemos tenido acceso total a la información referente a la implementación de los fallos.

De esta forma, el análisis sintetizado en el cuadro 14 comprueba la afirmación de que este mecanismo ha aumentado la efectividad de este foro no solamente para los países más ricos sino también para los países en desarrollo. En él se verifican los éxitos de cada región en relación a otras regiones y en relación a los dos países más poderosos del sistema multilateral: CE y EE.UU.

IV) Demostrar la fragilidad de la tesis levantada por Posner y Yoo en contra de la judicialización de los tribunales internacionales. Estos autores defienden que cuanto mayor sea la independencia del tribunal, menor será su eficacia. Nuestra tesis pretende comprobar lo contrario: que el OSD (mecanismo independiente) es más eficaz que el GATT (mecanismo dependiente). También se busca contra argumentar la propuesta de los EE.UU. de minimizar el rol del OSD.

v) Descartar algunos mitos respecto del dominio de los países más desarrollados en el foro multilateral. Esta tesis demuestra que los países desarrollados, así como los que se encuentran en desarrollo han logrado resultados positivos de forma equilibrada. Al contrario de lo que dicen algunos críticos del OSD, no son sólo los países más poderosos los que logran hacer que la parte contraria cumpla la normativa violada. En este sentido, se verifica, por ejemplo, que los países asiáticos y latinoamericanos han sido más exitosos que las Comunidades Europeas en sus demandas en este foro. Otro mito que se descarta es el de que los países más fuertes son los que más resistencia demuestran en cumplir el fallo o la normativa de integración. Si bien es cierto que esto suele ocurrir, también lo es que los países en desarrollo han violado de forma sustancial la normativa multilateral y también se han resistido a cumplir los fallos emitidos contra ellos.

vi) Fomentar el debate sobre la necesidad de corregir algunas debilidades procesales e institucionales de los MSC regionales, ya que la comunidad internacional ha dedicado su atención, en gran medida, a debatir las propuestas de reforma del OSD. En este sentido, este estudio entrega conclusiones que serían útiles para impulsar a la comunidad académica y jurídica a retomar las iniciativas para fortalecer los MSCs

regionales, tema que cobrará aún más importancia frente al actual aumento de normativas de naturaleza proteccionista, fruto de la crisis económica mundial.

El interés por este tema está relacionado con la vital importancia del rol que cumplen estos MSCs al garantizar la aplicación de las reglas de derecho en un ambiente fuertemente susceptible a las presiones político-económicas favorables a los países más fuertes. También por haber detectado la necesidad de corregir ciertas debilidades procesales e institucionales para aumentar la eficacia de estos mecanismos. La importancia de estos foros internos de cada bloque de integración reside en el hecho de que ellos:

- 1) protegen la normativa jurídica de integración acordada y sirven como contrapeso frente a las presiones proteccionistas que tienden a aumentar en tiempos de crisis económicas, lo que suele ocurrir de forma cíclica;
- 2) proporcionan un foro que permite la solución de controversias de una forma amigable pero al mismo tiempo bajo una estructura más formal, lo que contribuye a desestimular presiones políticas;
- 3) entregan jurisprudencia y precedentes que conducen a un sistema más predecible y estable;
- 4) llenan vacíos en las normativas de los distintos esquemas de integración y solucionan ambigüedades jurídicas⁸;
- 5) promueven la adecuación de los países a las decisiones jurídicas emitidas⁹;
- 6) equilibran las asimetrías de poder al tratar a las partes de forma igualitaria independientemente de su poder económico y de esta forma garantizan un proceso más justo de solución de controversias¹⁰;

⁸ En este sentido véase la interpretación de las expresiones “like product” en los casos “EC-Asbestos” y “Japan -Alcoholic Beverages”.

⁹ Interesante citar las palabras de Posner en este sentido: “International tribunal can benefit states that seek to cooperate with each other by providing relatively neutral information about the facts and law relevant to a particular dispute. This occurs in two settings. First tribunals may play a role in producing valuable information to status involved in treaty disputes. Tribunals can help resolve such conflicts by discovering and revealing information about the meaning of the agreement and the nature of the allegedly infringing action. Second, when states come into conflict over conventions or customs governing the division of global resources, tribunals can discover facts, help develop new rules, or apply existing rules to new or unanticipated circumstances.” Posner, 2005: 14.

¹⁰ Como señala Alter “The promise of delegation to International Courts (ICs) is that ICs will create a legal and political space where regular politics and the power disparities in the world do not shape how the law is interpreted and applied” Alter, 2008: 2. Andenas de su parte señala la importancia de la participación de distintas estructuras de poder al decir que “A power oriented system might involve various power-oriented bargaining chips, and even in older days, military bargaining chips or military actions. Contrast this with today’s notion to built jurisprudential predictability and level the playing field for parties of different wealth and power structures” Andenas, 2005: 120.

- 7) proveen decisiones fundamentadas desde el punto de vista jurídico, lo que fortalece la aceptación pública -y de la sociedad en general- de la aplicación y el desarrollo de una normativa comercial internacional;
- 8) proveen análisis razonables sobre las implicaciones jurídicas de políticas públicas comerciales;
- 9) representan un “escudo institucional” para aquellos gobiernos nacionales que son altamente susceptibles a las presiones de sectores domésticos;
- 10) permiten a los agentes económicos disfrutar de un nivel de confianza y seguridad para planificar los negocios en el largo plazo;
- 11) transmiten una imagen de seriedad necesaria para el funcionamiento de cualquier bloque de integración¹¹;
- 12) contribuyen a reducir los conflictos políticos entre los países¹² y los hace estar más predispuestos a seguir las reglas de derecho¹³.

La **metodología** utilizada se basa en el análisis comparativo de la evolución normativa de los distintos MSCs y su impacto en el desarrollo institucional y procesal hacia una mayor judicialización. Posteriormente, se hace un análisis cuantitativo y cualitativo de los resultados concretos producidos por estos mecanismos; se utiliza un método deductivo para alcanzar un mayor acercamiento a los resultados logrados por el OSD.

Finalmente, se desarrolla un análisis jurisprudencial para verificar las razones que justifican la opción de foro. Todos estos métodos de conocimiento tienen como objetivo comprobar la hipótesis de investigación y la necesidad de proceder con los

¹¹ Conforme señala Petersman “The influence of an international organization depends on the confidence that its practice inspires. Confidence will not flourish unless the rule of law is observed in the development of practices” Petersmann, 2003: 241.

¹² Krauland, 2000: 104

¹³ “Huntington hace un paralelo entre el trabajo de los MSCs y el fortalecimiento de las reglas de derecho: The more the Parties negotiate or litigate in the context of a formal dispute settlement mechanism, the more likely they are to adhere to legal rules”. Huntington, 1993: 12. Petersmman también señala la contribución de los MSC para el fortalecimiento de las reglas de derecho al disponer que “The global integration of states requires a more effective “international rule of law”. This can be achieved by rendering international law more effective through mandatory dispute settlement procedure and by interpreting and integrating the “national rule of law” and the “international rule of law” in a mutually consistent manner”. Petersmann, 1998b: 47.

cambios procesales e institucionales sugeridos al final de este trabajo. La fuente de información utilizada comprende la doctrina internacional, la normativa jurídica de los bloques de integración regionales y del sistema multilateral, y la jurisprudencia de los MSCs analizados.

En cuanto a los aspectos metodológicos empleados en este estudio es importante señalar que: a) las demandas analizadas están comprendidas dentro del año de creación de cada MSC hasta diciembre de 2007, salvo cuando otro período sea expresamente informado. Además se considera el *status* de la controversias en esta fecha (12/2007); b) las palabras “caso”, “reclamación”, “demanda” y “controversia” son utilizadas como sinónimos, aunque las partes en cuestión no hayan avanzado más allá de la fase pre-contenciosa de consulta; c) se toman en consideración solamente las controversias comerciales aunque el mecanismo analizado también se haga cargo de demandas referentes a otras materias (ej. medio ambiente, inversión); d) el término “región” se refiere a América Latina; e) para efectos de comparación entre los distintos MSC, las controversias fueron agrupadas según la clasificación temática utilizada por la OMC, con la inclusión de otros temas comunes a los sistemas regionales.¹⁴

¹⁴ Las controversias se clasificaron en los siguientes grupos: antidumping, aranceles, agricultura, textiles, valoración en aduana, servicios, impuestos, licencias, normas de origen, salvaguardias, subvenciones y medidas compensatorias, sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos, inversiones, propiedad intelectual, contratación pública, inspección previa a la expedición, otras medidas no arancelarias. En la clasificación temática se utiliza el término “otras medidas no arancelarias” e “impuestos”. Se entenderá por “otras medidas no arancelarias” cualquier medida de carácter administrativo o aduanero, mediante la cual un país prohíbe, impide o dificulta las importaciones (por ejemplo, con la aplicación de cuotas de importación, cupos, requerimientos de visado consular, restricciones al tráfico fronterizo, retención indebida, limitaciones del financiamiento de las importaciones, procedimientos aduaneros inusuales, prohibiciones o suspensiones de importación, demoras injustificadas o autorizaciones previas de importación). Están excluidas de esta clasificación las licencias, las medidas sanitarias o fitosanitarias, los obstáculos técnicos, las normas de origen, los aranceles, la valoración en aduana y otros asuntos que estén cubiertos en acuerdos específicos (existentes en el ámbito de la OMC). Se entenderá por “impuestos” las controversias referentes a cualquier especie de discriminación fiscal, derechos, tributos, tasas, impuestos, restricciones y gravámenes.

**CAPITULO I. EL CAMINO HACIA LA JUDICIALIZACIÓN
DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIA EN AMÉRICA LATINA**

El objetivo de este capítulo es mostrar que el camino hacia la judicialización de los tres MSCs más importantes de América Latina (del MERCOSUR, CAN y TLCAN¹⁵), a pesar de su lentitud, ha avanzado de forma continua. Para esto se hace un análisis comparativo de la evolución normativa y los cambios procesales e institucionales producidos.

La creación de la Corte Internacional de Justicia, órgano jurídico de la ONU en 1945, dio lugar a la posterior creación de tribunales especializados, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en 1982¹⁶, para solucionar conflictos en el tema marítimo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para controversias de inversiones, o el Tribunal de Justicia Andino en 1979 y el Órgano de Apelación de la OMC en 1995 para solucionar diferencias comerciales.¹⁷ El desarrollo de normativas específicas para la solución de controversias comerciales entre naciones comenzó en la segunda mitad del siglo pasado.

Inicialmente, los conflictos comerciales estaban entregados a los procedimientos alternativos de solución de controversias como la mediación y la conciliación, los dos marcados por un fuerte elemento diplomático en la búsqueda de la resolución del conflicto. Este elemento diplomático, caracterizado por las negociaciones directas entre los países, deja espacio para que los intereses de la parte más fuerte –política y económicamente- prevalezca. Esto porque esta tiene mayores posibilidades de contar con el apoyo de un equipo de profesionales especializados en el tema conflictivo, tiene condiciones para presionar un acuerdo por su relevante posición en el comercio internacional y representar, en general, un importante socio comercial. Además, tiene la posibilidad de ofrecer ventajas comerciales en otros sectores a cambio de una

¹⁵ Incluimos el MSC del TLCAN en el concepto de mecanismo de solución de controversias latinoamericano considerando la participación de México en este foro.

¹⁶ Este Tribunal fue creado por la “United Nations Convention on the Law of the Sea” firmada en 1982. Esta normativa entró en vigencia en 16 Noviembre de 1994.

¹⁷ Para más detalles sobre la evolución de cada uno de los Tribunales Supra-nacionales Internacionales véase Connerty, 2006

solución amigable. Los países más pobres, por otro lado, además de la mayor debilidad técnica de los negociadores, en general no cuentan con una posición favorable en la arena comercial y no siempre tienen condiciones de ofrecer alguna ventaja comercial que sea interesante para el país más fuerte¹⁸.

Con el pasar del tiempo, la solución de conflictos comerciales por medio de métodos diplomáticos fue cediendo lugar a la solución por mecanismos jurisdiccionales cuyo desarrollo procesal ha evolucionado de forma constante, culminando en la creación de sistemas judiciales con la participación de ‘tribunales’ decisorios como el Tribunal de Justicia de la CAN, del Órgano de Apelación de la OMC o del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

La creación de tribunales más sofisticados se debió a la necesidad de contar con un aparato institucional y procesal más eficaz en la solución de las controversias que se suscitaran entre los países miembros de un esquema de integración, considerando la creciente complejidad y profundidad de los compromisos asumidos entre ellos. La proliferación de acuerdos comerciales a partir de los años noventa fortaleció la necesidad de establecer procedimientos destinados a facilitar y garantizar la aplicación de sus disposiciones.¹⁹

En América Latina, a pesar de los planteamientos acerca de la necesidad de creación de un MSC en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI),²⁰ la

¹⁸ Estos desafíos atañen a los países de forma distinta pues existe una gran asimetría de poder político-económico entre los países en desarrollo.

¹⁹ Conforme ha señalado Krauland sobre el aumento del reconocimiento de la importancia de foros más judicializados “Governments around the world have come to recognize the value of a “rule-oriented” system in ordering economic relationship. The pace of international negotiations regarding economic issues has accelerated over the past decade, and the result has been an ever expanding international or multilateral “legal architecture” intended to establish rules and processes for nations to follow in their economic inter relationship. Likewise, ‘judicial-like’ dispute settlement mechanisms—in the WTO, NAFTA, European Union—have been used to settle important economic and policy disputes” Krauland, 2000: 101.

²⁰ La Asociación Latinoamericana de Integración no contiene expresamente un mecanismo de solución de controversias, sin embargo en su cuerpo normativo hay reglas que tratan del asunto. Los artículos son: artículos 35, incisos m y n; 38, inciso i del Tratado y artículo 5, inciso f de la Resolución 2 del

regulación sobre el tema ha sido resuelta a través de la adopción de regímenes específicos en los acuerdos de alcance parcial suscritos entre sus miembros.²¹ Actualmente, los MSC de los bloques de integración regionales son el del Mercado Común del Sur (Mercosur), del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de la Comunidad del Caribe (CARICOM), de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y del Mercado Común Centroamericano (MCCA). La evolución institucional y procesal de los tres MSC más complejos de América Latina es analizada con detalle a continuación.

I. MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

El MSC del Mercosur ha sufrido varias modificaciones, las cuales demuestran una clara tendencia a una mayor judicialización de las reglas procesales para la solución de controversias. El primer instrumento jurídico que reguló el MSC, el Anexo III del Tratado de Asunción, establecía un procedimiento de naturaleza no jurisdiccional (solamente consultas y negociaciones) que contaba con la actuación del Grupo Mercado Común (GMC) y, en última instancia del Consejo Mercado Común. Las recomendaciones de estos órganos deberían ser tomadas por consenso y en la presencia de todos los países miembros, lo que comprometía la efectividad de este sistema ya que dejaba un margen para que el litigante ejerciera su poder de veto. Además, estas recomendaciones no eran vinculantes. Este MSC rigió desde noviembre de 1991 hasta abril de 1993, cuando el Protocolo de Brasilia entró en vigor.

Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. Cabe señalar que ninguna de estas disposiciones ha sido concebida con la finalidad de constituir un procedimiento para la solución de controversias. Históricamente, la Resolución 114 del Comité de Representantes del 22 de marzo de 1990 configura el primer intento dirigido a establecer un MSC en la ALADI. Esta norma se limitó a institucionalizar un régimen preliminar de consulta y posterior actuación del Comité de Representantes a falta de una solución satisfactoria. Este órgano podía proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas, sin que ellas tuvieran carácter vinculante, sino el valor de meras recomendaciones.

²¹ En el continente americano, los esquemas de integración surgidos a fines de la década de 1980 y comienzos de la década de 1990 pasaron a incorporar características que los diferencian de los esquemas de integración clásicos. Las características propias de esta "nueva integración" son una liberación comercial acelerada y general, el establecimiento de relaciones más abiertas hacia el mundo, la búsqueda del establecimiento de relaciones especiales con otros países, mayor flexibilidad en el plano institucional, voto por mayoría, mayor institucionalidad, y el establecimiento de sistemas de solución de controversias. Mayores detalles en Copello, 1995: 193.

Bajo esta normativa el MSC ganó reglas procesales más claras con la previsión de tres instancias que culminaban con la emisión de un laudo arbitral inapelable.²² Fue la primera vez que se dio un carácter jurisdiccional al MSC, el cual se basaba principalmente en la actuación del tribunal arbitral *ad hoc*. Tres años más tarde esta normativa fue complementada con la inclusión de un procedimiento facultativo de consultas a la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) por medio del Anexo al Protocolo de Ouro Preto. Es importante señalar que las consultas en el ámbito de la CCM no impedían la acción del reclamante, al amparo del Protocolo de Brasilia para solución de controversias. Sin embargo, varias críticas fueron levantadas; entre ellas:

- La proliferación de mecanismos de negociación y conciliación, en desmedro de instancias jurisdiccionales.
- El alto porcentaje de consultas y reclamaciones pendientes de resolución o resueltas de modo insatisfactorio.
- La extrema flexibilidad de los plazos. Las partes de una controversia podían prolongar de común acuerdo casi indefinidamente la etapa de negociación.
- El carácter *ad hoc* de los tribunales arbitrales genera imprevisión debido a la divergente interpretación y aplicación de las normas del Mercosur.
- La inexistencia de un órgano de apelación impide la formación de un cuerpo de interpretación común.
- La validez limitada de las decisiones de los tribunales arbitrales *ad hoc*, circunscritas al caso y a las partes en conflicto. En efecto, estas decisiones no son consideradas fuentes legales del Mercosur.
- La exclusión de los particulares como sujetos legítimos para ejercer la defensa de sus intereses y derechos, reconocidos en el marco del bloque.²³

Frente a estas críticas y a la necesidad de garantizar mayor equilibrio en un bloque de integración marcado por la disparidad de poder político y económico de los miembros, se promovió el desarrollo del MSC hacia una mayor judicialización.²⁴ Actualmente el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur se encuentra regulado por el Protocolo de Olivos, vigente desde el 1 de enero de 2004, el cual innovó con la

²² "Artículo 21.1. Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ello fuerza de cosa juzgada."

²³ En este sentido ver Cárdenas y Tempesta, 2001; García, 2002; Operti, 2004; Toledo, 2004.

²⁴ La Decisión 25/00 del CMC (Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia) dispuso que el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias estaba incluido en el Proyecto de Relanzamiento del Mercosur e instruyó al Grupo de Aspectos Institucionales para presentar antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta de perfeccionamiento. En este contexto se elaboró el Protocolo de Olivos.

incorporación del derecho de recurrir a un órgano de apelación y con el establecimiento de un sistema de cumplimiento de las decisiones más rígido. Además del sistema de solución de controversias del Protocolo de Olivos, el Mercosur cuenta con sistemas complementarios de consultas a la CCM y reclamaciones al GMC.²⁵ El cuadro 1 hace una síntesis de la evolución de las reglas procesales:

Cuadro 1. Evolución del MSC del Mercosur

Normativa	Año	Innovación	Fases procesales (órganos involucrados)
Tratado de Asunción	1991	Establece un MSC provisorio no jurisdiccional	1º- Consultas directas 2º- GMC 3º- Consejo Mercado Común
Protocolo de Brasilia (PB)	1991	Establece un MSC jurisdiccional	1º- Consultas directas 2º- GMC 3º- Tribunal Arbitral <i>ad hoc</i>
Protocolo de Ouro Preto (POP)	1994	Reglamenta el procedimiento de consultas ante la CCM (complementario al PB)	1º- CCM 2º- GMC 3º- Procedimiento Protocolo Brasilia
Protocolo de Olivos (PO)	2002	Crea el Tribunal Permanente de Revisión; establece un procedimiento más rígido para el cumplimiento de la decisión (medidas compensatorias), y convierte la actuación del GMC en una opción de las partes	1º- Consultas directas 2º- GMC 3º- Tribunal Arbitral <i>ad hoc</i> 4º- Tribunal Permanente de Revisión

Fuente: elaboración propia.

Tras dos años de intensas negociaciones el Protocolo de Olivos fue aprobado en 2002. Las modificaciones introducidas fueron:

- posibilidad abierta para la elección del foro;
- eliminación de la intervención del Grupo Mercado Común como etapa obligatoria (esto permite acelerar la solución del diferendo);
- creación de un mecanismo de revisión;
- establecimiento de un mecanismo expeditivo para asuntos técnicos;
- introducción de procedimientos a seguir en caso de incumplimientos del laudo, a fin de evitar la aplicación de medidas compensatorias en áreas diferentes a las del conflicto y desproporcionadas debido a la falta de reglamentación;
- creación de las opiniones consultivas (sin establecer el procedimiento y el alcance, dejado al arbitrio del Consejo del Mercado Común).²⁶

²⁵ Los procedimientos de consultas a la CCM y reclamaciones al GMC están regulados en la Directiva CCM N° 17/99, y en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto y en la Decisión CMC N° 18/02, respectivamente.

²⁶ Según Labrano las opiniones consultivas representan una de las innovaciones más importantes del Protocolo de Olivos. Según este autor, ellas habilitan un "instrumento fundamental para armonizar la interpretación del Derecho, un gran paso para la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación coherente del Derecho del Mercosur, al establecer una jurisprudencia que dé certeza jurídica y afirme el ordenamiento jurídico comunitario." Más adelante el autor señala una omisión del Protocolo de Olivos sobre esta tema al disponer que "si bien introdujo la institución consultiva, no estableció el procedimiento, no especificó si las consultas versarían exclusivamente sobre cuestiones normativas relacionadas con las fuentes jurídicas del Mercosur, si se extenderían sobre las consideraciones de hecho, o si se limitarían a

El actual MSC cuenta con la actuación de cuatro órganos: CCM, GMC, Tribunal Arbitral *ad hoc* (TA) y Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Los dos primeros poseen una composición semejante: están integrados por cuatro miembros titulares y cuatro miembros suplentes por país, designados por los respectivos gobiernos, es decir, sus miembros son funcionarios de los gobiernos. Además son coordinados por los ministerios de relaciones exteriores.²⁷ La CCM solo facilita el establecimiento de un foro de negociaciones entre las partes; no emite recomendación para la solución del conflicto. El GMC emite recomendación pero su carácter vinculante no está expresado en el Protocolo de Olivos (artículo 7);²⁸ en consecuencia la doctrina considera que no son vinculantes.²⁹ El TA está formado por tres árbitros, designados por las partes que emiten un laudo, que puede ser recurrido ante el TPR, última instancia del procedimiento de solución de controversias del Mercosur.³⁰

El actual MSC del Mercosur se caracteriza por su flexibilidad. Las partes pueden optar por un procedimiento más ágil, es decir, con menos fases procesales, o por el procedimiento completo. El procedimiento más ágil ocurre debido a que la actuación del GMC pasa a ser una opción de las partes, las cuales también pueden llevar la controversia directo al TA o incluso al TPR (*per saltum*).³¹ Los laudos del TPR son

la compatibilidad normativa entre las fuentes jurídicas comunes o las fuentes nacionales de los Estados partes. No determinó quiénes estarían legitimados para plantear las consultas (...)” Labrano, 2006: 635-636. Esta omisión legislativa también es señalada por A. de Klor., 2005: 69-105.

²⁷ Artículo 11 y 17 del POP.

²⁸ Artículo 7.2: “Si la controversia fuere llevada a consideración del Grupo Mercado Común a pedido de un Estado que no es parte en ella, el Grupo Mercado Común podrá formular comentarios o recomendaciones al respecto”.

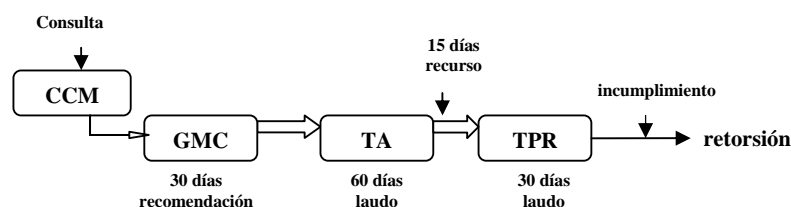
²⁹ En este sentido ver Cárdenas y Tempesta, 2001; García, 2002.

³⁰ Dos de los árbitros son indicados por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo. Este tribunal se conforma a partir de las listas de árbitros depositadas por cada Estado parte en la Secretaría del Mercosur (artículo 9 PO).

³¹ Conforme se verifica, el TPR actúa como un verdadero tribunal de casación en el caso de la revisión de los laudos emitidos por los tribunales arbitrales *ad hoc* y como tribunal de última instancia cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR. En este caso tienen las mismas competencias que los tribunales arbitrales *ad hoc*.

inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.³²

Gráfico 1. MSC Mercosur (procedimiento completo)



Nota: Los plazos son los de emisión de la decisión tras la presentación de contestación de la parte contraria y son prorrogables.

Fuente: elaboración propia.

Las características esenciales del MSC del Mercosur son: a) su *transitoriedad*; b) la posibilidad de que el reclamo sea iniciado también por un *particular* (el cual no asume la calidad de parte); c) la existencia de *dos instancias decisorias*; d) la composición de los tribunales por árbitros que deben ser profesionales del derecho; e) la *flexibilidad* de las reglas del procedimiento en cuanto a los plazos y sus etapas, desde que las partes estén de común acuerdo; f) la libertad en la *elección del foro*, según la elección de la parte demandante;³³ y g) la *existencia de dos tipos de recurso*: de revisión y aclaratorio, por el cual se solicita una aclaración del laudo y sobre la forma como este debe cumplirse (en este caso se pronuncia el tribunal respectivo).

La *transitoriedad* del MSC del Mercosur fue establecida en los tres instrumentos que han regulado la materia: en el Anexo III del Tratado de Asunción (vigente entre noviembre de 1991 y abril de 1993), en el Protocolo de Brasilia (abril de 1993 a enero de 2004) en conjunto con el Protocolo de Ouro Preto, y actualmente en el Protocolo

³² Lo único que se puede interponer es un recurso para solicitar una aclaración sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse (artículo 28, PO).

³³ Sin embargo, una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto (principio de la prevención). Según el principio de la prevención aquel foro que comienza a conocer el litigio es el foro que sigue teniendo competencia.

de Olivos (vigente desde enero de 2004).³⁴ Esta última normativa establece que antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados partes efectuarán una revisión del actual MSC a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias. Esta gradual aproximación a lo que será el mecanismo definitivo de solución de controversias ha ido permitiendo un mejoramiento paulatino del procedimiento con miras a una mayor judicialización del mismo a través de los distintos textos que se han ido sucediendo, hecho que puede ser comprobado por el progresivo desarrollo de su aspecto institucional.

Con respecto a la participación de los privados, el Protocolo de Brasilia les concedía el derecho a solicitar reparación contra un Estado miembro en determinadas circunstancias, lo que representó una innovación, ya que este derecho no existía en el marco del Tratado de Asunción. Antes las partes privadas no tenían esta posibilidad. Actualmente, el Protocolo de Olivos permite a los particulares tener un acceso indirecto al MSC pues ellos dependen de que la Sección Nacional decida apoyar la reclamación, tema que será visto en detalle en otro capítulo³⁵.

La *flexibilidad* del procedimiento deriva del hecho de que la mayoría de los plazos para el término de una determinada etapa pueden ser extendidos. Además, las partes pueden “saltar” las fases del procedimiento que consideren innecesarias, de tal modo que pueden reducirlas incluso a la actuación del TPR, en cuyo caso este tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral *ad hoc* y sus laudos no estarán sujetos a recurso de revisión (artículo 23, PO). Otra característica que refuerza la flexibilidad procesal de este MSC es la posibilidad que tiene el Consejo del Mercado Común de establecer: i) procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes (artículo 24, PO); ii) un procedimiento extremadamente sencillo que se resume en las llamadas “opiniones

³⁴ El Protocolo de Ouro Preto disponía que la materia de solución de controversias sería sometida a los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia (artículo 43).

³⁵ Cada Estado Parte del MERCOSUR posee en su territorio una Sección Nacional del GMC.

consultivas” llevadas al TPR, las cuales no son obligatorias ni vinculantes,³⁶ y iii) los “mecanismos expeditos” para resolver divergencias entre Estados partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes.

II. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

Antes de las modificaciones, el Acuerdo de Cartagena contenía un MSC menos ambicioso, que consistía en negociaciones, buenos oficios, mediación y conciliación, las cuales estaban a cargo de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. A falta de una solución, el acuerdo adoptado en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), en 1967, efectuaba una remisión a los mecanismos previstos en el Protocolo para la Solución de Controversias que no llegó a ser invocada en ninguna controversia. Estos sencillos procedimientos fueron reemplazados 10 años después por un órgano jurisdiccional de carácter permanente, en cuya gestación participaron activamente la Comisión y la Junta.³⁷

De esta forma, tras una década, se instituyó el Tribunal de Justicia (TJCA) cuyo tratado de creación fue firmado en Cartagena de Indias en 1979 y fue modificado por el Protocolo de Trujillo y Cochabamba en 1996.³⁸ La creación del TJCA fue fruto de un largo proceso de preparación que se inició en septiembre de 1971 por mandato de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que vino a culminar 13 años después, a principios de 1984, cuando se instaló su sede en la ciudad de Quito, Ecuador. Hoy día

³⁶ Operti critica la falta de legitimidad de los particulares para solicitar opiniones consultivas. Alega que si estos pueden acceder indirectamente al sistema de solución de controversias cuando la Sesión Nacional respectiva endosa el reclamo, deberían poder hacerlo en un procedimiento más sencillo, como lo es el de opiniones consultivas. Para más detalles ver Operti, 2004.

³⁷ Czar de Zaldueno, 1979: 32.

³⁸ La actual estructura institucional del TJCA se encuentra contenida en el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina que codifica y precisa el ámbito y las funciones jurisdiccionales del TJCA; la Decisión 500 (Estatuto de Tribunal de Justicia) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos). Estas normas constituyen el cuerpo orgánico jurídico de la administración de justicia comunitaria.

este tribunal cuenta con 23 años de funcionamiento y posee la función jurisdiccional dentro del proceso de integración de la CAN.³⁹

El tratado de creación del tribunal remite a este, expresa y excluyentemente, todas las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Además, la reforma del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en 1996 (Protocolo de Cochabamba, 1996) otorgó carácter supranacional al ordenamiento jurídico de la CAN y permitió contar con un sistema andino avanzado en materia de solución de controversias y de control de legalidad de las disposiciones adoptadas por los órganos comunitarios, al cual pueden acudir no solo los gobiernos y la Secretaría General, sino los particulares.⁴⁰

Cuadro 2. Evolución del MSC de la CAN

Normativa	Año	Innovación
Acuerdo de Cartagena	1969	Establece que las controversias serán reguladas por el acuerdo que crea el TJCA
Tratado de Creación del TJCA	1979	Crea el Tribunal de Justicia
Protocolo de Trujillo	1996	Reafirma que las controversias serán reguladas por el acuerdo que crea el TJCA
Protocolo de Cochabamba	1996	Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del TJCA (dota al Tribunal de Justicia de función arbitral; abre la posibilidad de someter a jurisdicción comunitaria controversias internacionales y permite el acceso de los particulares a la nueva jurisdicción arbitral)
Decisión 472	1996	-Codifica y precisa el ámbito y las funciones jurisdiccionales del TJCA
Decisión 500		-Establece el Estatuto de Tribunal de Justicia
Decisión 425		-Establece los procedimientos administrativos

Fuente: elaboración propia.

Para la constitución y asignación de competencias del MSC se tuvo en cuenta el antecedente que ofrecía el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-TJCE, aunque el órgano jurisdiccional de la CAN tuvo una estructura más simple y más limitada.⁴¹ La opción por la constitución de un tribunal en los moldes del TJCE, se debió a la intención de ambos sistemas de integración de crear una verdadera

³⁹ El TJCA está integrado por cinco magistrados (uno de cada país miembro), designados por períodos de seis años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

⁴⁰ Véanse más detalles en Secretaría General de la Comunidad Andina, 2006: 3.

⁴¹ Rey Caro, 1998: 26.

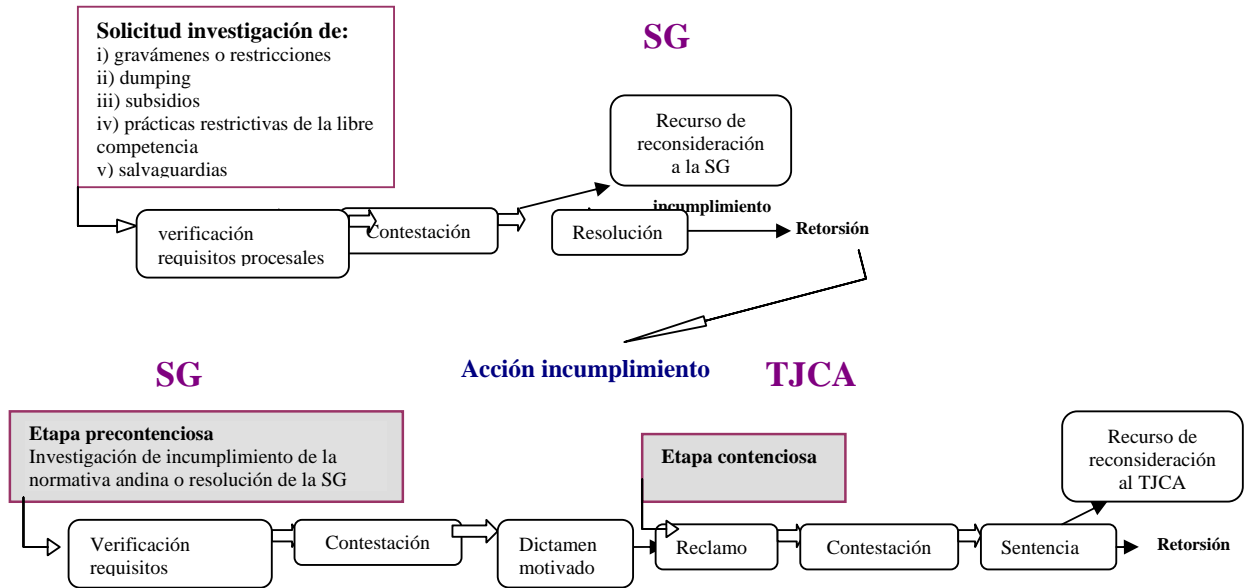
“comunidad”. De ahí que la estructura, las competencias y atribuciones del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina guarden semejanza con el TJCE. Ello explica también que se siga de cerca el desarrollo de la jurisprudencia y la cooperación entre ambos tribunales.

La solución de controversias en el derecho comunitario andino actualmente está confiada en parte a la Secretaría General (SG), pero fundamentalmente al TJCA. La SG es responsable de la investigación de prácticas restrictivas del comercio (como subsidios, dumping, salvaguardias, restricciones y gravámenes) y de la fase pre-contenciosa de la acción de incumplimiento. Los países miembros no pueden adoptar medidas correctivas de las distorsiones en el comercio (antidumping, medidas compensatorias) sin ser autorizados previamente por la SG. Constatada la práctica de dumping o de subsidios que distorsionen el comercio, la SG autoriza la aplicación de derechos antidumping o compensatorios e impone dejar sin efecto las medidas restrictivas cuestionadas. En caso de incumplimiento de la resolución, se puede iniciar la fase prejudicial de la acción de incumplimiento.

El TJCA, por otro lado, se encarga de la fase contenciosa de la acción de incumplimiento y de demandas que poseen naturaleza jurídico-administrativa, ya sea para declarar la nulidad de las decisiones de los órganos administrativos de la CAN (acción de nulidad), para solicitar el pronunciamiento del órgano comunitario que se abstenga de cumplir una actividad a la que esté obligado legalmente (recurso por omisión), o para conocer un proceso nacional en que el juez nacional deba aplicar alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino (acción de interpretación prejudicial).⁴²

⁴² El TJCA también actúa en acciones laborales y para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, cuando las partes así lo acuerden (artículo 38, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia-TCT).

Gráfico 2. MSC Comunidad Andina



Fuente: elaboración propia.

El TJCA se expresa mediante sentencias y la SG mediante resoluciones, las cuales no requieren ratificación de los parlamentos nacionales para surtir efecto. Sobre ambas decisiones procede recurso de reconsideración para el mismo órgano que emitió la decisión. Sin embargo, cuando la SG actúa en la fase pre-contenciosa de las acciones de incumplimiento emite un dictamen, sobre el cual no procede recurso alguno.⁴³ El MSC de la CAN, al contrario de los demás, es excluyente, es decir, los Países Miembros no pueden someter las controversias comerciales que surjan con motivo de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de la CAN a otro tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento distinto de los contemplados dentro de este sistema de integración.

III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

⁴³ Para más detalles sobre este MSC, véase Secretaría General de la Comunidad Andina, 2008.

En el hemisferio norte, la ampliación del Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (TLC EE.UU.-Canadá) al actual Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) -que implicó la entrada de México-, significó un cambio procesal e institucional para la solución de controversias.

Cuadro 3. Evolución del MSC del TLCAN

Normativa	Año	Innovación	Fases procesales / órganos
TLC EE.UU.-CAN	1989-93	Artículo 17 (servicios financieros)	1º- Consulta
		Artículo 18	1º- Consulta 2º- Comisión de Comercio EE.UU.-Canadá 3º- Panel arbitral
		Artículo 19 (Antidumping y medidas compensatorias)	1º- Consulta 2º- Panel arbitral
TLCAN	1994- Actual	Artículo 11 (inversiones)	1º- Consulta 2º- Panel arbitral (reglas según CIADI o CNUDMI) 3º- Revisión (reglas según CIADI o CNUDMI)
		Artículo 19 (Antidumping y medidas compensatorias)	1º- Consulta 2º- Panel arbitral 3º- Revisión por el Comité de Impugnación Extraordinaria (en casos excepcionales)
		Artículo 20 (general)	1º- Consulta 2º- Comisión de Libre Comercio 3º- Panel arbitral

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
Fuente: elaboración propia.

El TLC EE.UU.-Canadá permitía resolver las controversias mediante tres procedimientos: el artículo 17 en casos de conflictos sobre servicios financieros, el artículo 19 para los relacionados a medidas de antidumping y medidas compensatorias, y el artículo 18 para todos los demás casos. En el primer caso, el procedimiento consistía en negociaciones entre los funcionarios de los ministerios de finanzas de las partes. Para el artículo 18, la decisión de la controversia era competencia de la Comisión de Comercio Estados Unidos-Canadá, integrada por altos funcionarios públicos de ambos países, con amplia libertad para establecer las reglas de procedimiento y conducta. La decisión era tomada por consenso y si no se llegaba a este, el conflicto era decidido por un panel arbitral compuesto por cinco miembros (dos de cada nacionalidad y un quinto de común acuerdo).⁴⁴ En el caso de controversias sobre medidas antidumping y compensatorias (artículo 19), el

⁴⁴ Artículo 1802 y siguientes del TLC EE.UU.-Canadá.

procedimiento se iniciaba con las consultas y, si eran infructíferas, con la actuación de los paneles.

El TLCAN, vigente desde el 1 de enero de 1994, contiene una mezcla de MSC que se distinguen por el grado de elaboración de las reglas procesales, la profundidad del aparato institucional y la materia objeto de litigio. Los principales mecanismos para la solución de controversias del TLCAN se encuentran en los capítulos 11, 19 y 20 del tratado, los cuales prevén procedimientos para solucionar conflictos relativos a inversiones, medidas antidumping y compensatorias, y otros asuntos comerciales en general.⁴⁵ Además, el TLCAN también prevé procedimientos específicos para la solución de controversias relativas a asuntos laborales, medio ambiente y servicios financieros. Considerando que este estudio se centra en las controversias comerciales, se presenta un análisis solamente de los MSC de los capítulos 19 y 20.

Las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el TLCAN, en el GATT o en cualquier otro acuerdo sucesor del GATT podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante. Antes de que una de las partes inicie el procedimiento de solución de controversias contra otra parte ante la OMC (sucesora del GATT), notificará previamente a la parte contraria su intención de hacerlo. Sin embargo, si el demandado prefiere recurrir a los procedimientos de solución de controversias del TLCAN y no hubiere acuerdo, prevalece el sistema del TLCAN (artículo 2005).

1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y MEDIDAS COMPENSATORIAS (CAPÍTULO 19)

⁴⁵ El MSC del TLCAN no fue diseñado desde cero. Los MSC del capítulo 20 y el capítulo 19 se basaron en el TLC EE.UU.-Canadá. El capítulo 20 del TLCAN es una nueva versión del capítulo 18 del TLC citado. El capítulo 19 del TLCAN replica en una base trilateral los procedimientos establecidos de conformidad con el capítulo 19 del TLC. Conforme dispone Endsley "To a great extent NAFTA's dispute settlement system is modeled directly upon the provisions in the CFTA, building upon the now well-accepted provisions of that agreement. However, the NAFTA provisions are more comprehensive than those of the CFTA and should operate more effectively to help NAFTA parties prevent and resolve disputes concerning the interpretation and application of NAFTA" Endsley, 1995:45.

1.1. Controversia originada de una reforma legislativa

La parte afectada por una reforma en la legislación en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la otra parte podrá solicitar que tal reforma se someta a un panel binacional para que este emita una opinión declarativa sobre si la reforma está de acuerdo con la normativa del TLCAN. En el caso de que el panel recomiende modificaciones para corregir la legislación impugnada y estas recomendaciones no sean cumplidas, la parte afectada podrá adoptar medidas legislativas equiparables o denunciar el Tratado respecto a la parte que hace la reforma (artículo 1903).

1.2. Controversia originada de la resolución de la autoridad investigadora nacional

El artículo 1904 establece un mecanismo alternativo a la revisión judicial de los tribunales nacionales respecto a las resoluciones emitidas por las agencias administrativas competentes en los temas de medidas compensatorias y de antidumping de cada país.⁴⁶ El interesado (exportadores, productores o el gobierno de la parte cuyas mercancías son objeto de un procedimiento), posee dos alternativas: podrá pedir la revisión de estas resoluciones al Poder Judicial nacional o al panel binacional del TLCAN (Solicitud de Revisión).⁴⁷

Los paneles binacionales revisan las resoluciones finales de derechos antidumping y derechos compensatorios con la exclusiva misión de determinar si la agencia administrativa pertinente aplicó correctamente las leyes sobre derechos antidumping y derechos compensatorios. Teniendo en cuenta que se confronta la decisión de la agencia con la legislación nacional del país demandado, los paneles aplican los

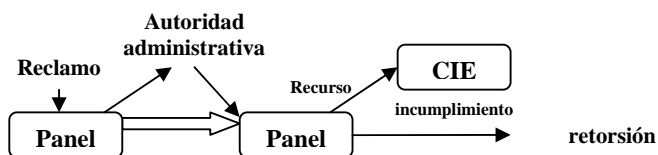
⁴⁶ Las resoluciones definitivas son las decisiones surgidas de los procesos de investigación sobre dumping o subsidios iniciados por la reclamación de un productor nacional ante la autoridad investigadora, que puede ser, por ejemplo, la International Trade Commission (EE.UU.), o el Canadian International Trade Tribunal.

⁴⁷ Legitimidad activa para proponer una Solicitud de Revisión: cualquier persona que figure en la lista de servicio que lleve la autoridad investigadora competente en sus autos y que tenga derecho a comparecer y ser representada ante una revisión judicial de conformidad con las leyes del país en el cual se adoptó la resolución final.

mismos principios jurídicos generales que se aplicarían si la parte hubiera elegido someter la controversia a los tribunales nacionales. En otras palabras, se revisa la conformidad de la decisión de la agencia con la legislación nacional del país demandado. La decisión adoptada por el panel es vinculante y no recurrible.⁴⁸ En su decisión, el panel puede confirmar la resolución impugnada o devolverla a la entidad administrativa para que esta la revise. En este caso, el panel podrá emitir una segunda decisión con respecto a la nueva determinación de la autoridad para adecuarla a la decisión del panel (artículo 1904.8).

Aunque las disposiciones adoptadas por el panel sean vinculantes, existe un nivel de revisión de sus decisiones. Esto se da por medio del procedimiento de impugnación extraordinaria (artículo 1904.13) cuyo objetivo es el de preservar la integridad de los paneles cuando existe error material, conflicto de intereses, exceso de poder o conducta indebida del panel. En estos casos compete al Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE), órgano conformado por tres jueces, juzgar el “procedimiento de impugnación extraordinaria”.

Gráfico 3. MSC capítulo 19



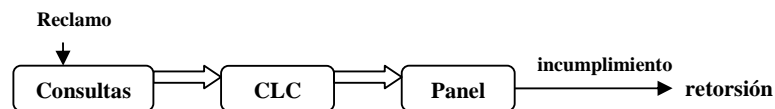
Fuente: elaboración propia.

⁴⁸ Ninguna de las partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel (artículo 1904.11).

2. PROCEDIMIENTO GENÉRICO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (CAPÍTULO 20)

Este mecanismo es similar al del antiguo capítulo 18 del Tratado de Libre Comercio EE.UU.-CAN. La única novedad introducida es con respecto a la forma de nombramiento de los árbitros (ahora las partes eligen los árbitros de la parte contraria). Las disposiciones del capítulo 20 rigen para todas las controversias relacionadas con la interpretación o aplicación del TLCAN salvo las de antidumping y medidas compensatorias. Las etapas son: i) *consultas*; ii) intervención de la *Comisión de Libre Comercio* (CLC, conformada por los ministros de comercio de las partes)⁴⁹, la cual no decide la controversia, sino que se limita a brindar apoyo para que las partes logren un acuerdo; iii) *panel arbitral* (cinco miembros).⁵⁰ El incumplimiento del laudo genera el derecho de la parte afectada a requerir compensación o a aplicar medidas de retorsión en el mismo sector de la controversia o en otro. Si la parte afectada considerara que la retorsión es excesiva, un nuevo panel será instaurado para evaluar la cuestión (artículo 2019).

Gráfico 4. MSC capítulo 20



Fuente: elaboración propia.

Algunas particularidades del MSC del TLCAN merecen ser señaladas. Primeramente, las partes privadas no tienen derecho de acción directa contra los Estados miembros. Sin embargo, los particulares pueden presentar sus quejas ante los representantes del comercio de los Estados miembros sobre las medidas que los afecten.

⁴⁹ La Comisión podrá, a fin de apoyar a las partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria: a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o c) formular recomendaciones.

⁵⁰ El capítulo 20 contempla la prestación de asesoría técnica por expertos siempre que las partes contendientes así lo acuerden. También se contempla la constitución de comités de revisión científica para que presenten un informe escrito sobre asuntos científicos (como el medio ambiente, la salud, la seguridad) para ayudar a los paneles a alcanzar sus decisiones (artículos 2014 y 2015).

Otro aspecto importante refiere a los distintos efectos jurídicos que generan los laudos arbitrales. El laudo emitido por paneles binacionales bajo el capítulo 20 no tiene ningún efecto directo en el derecho interno o los organismos de los Estados partes. Por otro lado, el laudo emitido bajo el capítulo 19 tiene naturaleza supranacional y sirve como un sustituto de la revisión judicial interna de antidumping o de derechos compensatorios.

**CAPITULO II. EVOLUCIÓN DEL MSC MÁS
JUDICIALIZADO DE LA ACTUALIDAD Y ANÁLISIS
COMPARATIVO CON LOS MECANISMOS REGIONALES**

Este capítulo busca hacer un análisis del camino recorrido por el MSC más judicializado entre los estudiados en esta investigación-el Órgano de Solución de Diferencias-OSD de la OMC-, mostrando los desafíos superados para llegar al procedimiento actual y demostrar las semejanzas y diferencias en los aspectos procesales e institucionales entre este mecanismo multilateral y los regionales.

I. LA EVOLUCIÓN HACIA LA JUDICIALIZACIÓN

El MSC de la OMC, actualmente llamado Órgano de Solución de Diferencias-OSD, sufrió una notable evolución desde la época del GATT. Así, sobre la base de los artículos XXII y XXIII de este Acuerdo⁵¹, las partes contratantes del GATT fueron codificando gradualmente y a veces modificando las prácticas emergentes del procedimiento para la solución de controversias. Las normas poco elaboradas del párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1947 disponían que las partes contratantes, actuando conjuntamente, tenían que resolver cualquier diferencia que se produjese entre ellas. Posteriormente se estableció que las decisiones deberían ser remitidas a “grupos de trabajo” compuestos de representantes de todas las partes contratantes interesadas. Solamente, a partir de 1952, los Grupos de Trabajo, fueron sustituidos por Grupos Especiales, integrados por representantes “sin línea” que ocasionalmente incluían a expertos no gubernamentales (integrados por tres a cinco expertos independientes, que no estaban relacionados con las partes en la diferencia). Con

⁵¹ **Artículo XXII:** 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 no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.; **Artículo XXIII: (...).** 2 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 se 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 (...).

ello, se buscaba introducir, en forma gradual, mayor objetividad en la resolución de diferencias⁵². Como sostiene Jackson, se empezaba a percibir ya un importante cambio de una atmósfera esencialmente de negociación de diplomacia multilateral a una más arbitral o judicial⁵³.

A pesar de la evolución de las reglas procesales, la función decisoria todavía estaba en las manos de los representantes diplomáticos de los países. Conforme señala Hudec, los países trataban de dar una orientación jurídica pero dentro de un marco diplomático⁵⁴. Esto inevitablemente debilitaba el mecanismo, ya sea por la falta de credibilidad del cuerpo jurisprudencial formado (lo que Peternamnn llama de “diplomatic jurisprudente”⁵⁵), ya sea por la falta de efectividad del procedimiento una vez que la parte perdedora podría bloquear la constitución del panel y el cumplimiento de la decisión (regla del consenso positivo)⁵⁶. Así por ejemplo, la CE había bloqueado la adopción de los informes en tres casos fallados en su contra; Canadá, en dos y los Estados Unidos, en uno⁵⁷. Esta regla era incluso utilizada para condicionar el

⁵² Villamaria, 2004: 7.

⁵³ Jackson, 1998: 6. Interesa citar también las palabras de Waincymer al disponer que “Dispute settlement under the GATT saw a gradual development of an adjudicatory model created by a combination of sleight of hand, experiment and developing consensus, all built on a very limited textual basis. It primarly evolved out of articles XXII and XXIII. These articles do not expressly deal with any kind of independent adjudicatory process” Waincymer, 2002: 74

⁵⁴ En este sentido Hudec dispuso que “The countries sought to give legal guidance, but within a diplomatic framework” Hudec, 1998: 106.

⁵⁵ Este término ha sido divulgado por Petersmann al disponer que “GATT overly pragmatic “diplomat’s jurisprudence” and “institutional inability to maintain compliance with the rules” Petersmann, 2003: 242. También en este sentido: “The GATT’s diplomatic’s jurisprudence under article XXIII, continues to be characterized by the trend of attributing considerable importance to the intentions of the contracting parties at the time of the drafting of the General Agreement and by interpreting some GATT obligations restrictively. Petersmann, 2003: 251.

⁵⁶ Esta regla establecía la constitución del panel y la adopción del fallo dependía de la aprobación de todos, incluso del perdedor de la demanda.

⁵⁷ Vea documento de la OMC: MTN.GNG/NG13/W/40, 6 de abril de 1990.

cumplimiento del fallo a la aprobación de ciertos asuntos en la Ronda Uruguay⁵⁸ o como medida de retorsión⁵⁹.

Además, las etapas y plazos procesales eran establecidas de forma *ad hoc* y las partes tenían amplios márgenes de maniobra para dilatar la solución de la demanda. Retrasos en la formación del panel ocurrieron mayormente en controversias contra los Estados Unidos y contra la Comunidad Europea⁶⁰. Aún cuando se lograba la constitución de los paneles y la emisión del fallo, su adopción tardaba alrededor de diez meses.

En síntesis, los problemas verificados en el MSC del GATT correspondían a: i) poco detalle sobre las reglas procesales; ii) falta de plazos perentorios para el adecuado transcurso de las etapas procesales; iii) dispersión de los MSC en distintas normativas (además del GATT, los llamados “Códigos de la Ronda de Tokio”, como el relativo a las medidas antidumping, preveían un procedimiento de solución de diferencias); iv) posibilidad de bloquear la constitución del grupo especial o panel (norma del consenso positivo); v) inexistencia de un listado previo de árbitros que pudieran actuar en el panel; vi) posibilidad de bloquear la adopción de una decisión (norma del consenso positivo); vii) necesidad de que el fallo pasara por la aprobación del Consejo del GATT; viii) ineficacia del sistema adjudicatorio de las decisiones; ix) fuerte politización de las demandas⁶¹.

⁵⁸ Petersmann, 1997: 53.

⁵⁹ En relación a esta última situación tenemos como ejemplo el caso “Wine Equity and Export Expansion Act of 1984” donde Estados Unidos bloqueó la adopción del informe en represalia al bloqueo de las Comunidades Europeas a la adopción del informe del panel constituido en el caso “European Communities subsidies to exports of pasta products”. Petersmann, 2003: 258.

⁶⁰ Estos retrasos ocurrieron en las siguientes controversias: “Domestic International Sales Corporation”, “Wine Equity and Export Expansion Act of 1984”, la controversia relacionada con el embargo comercial que afectaba las importaciones de azúcar de Nicaragua y “Certain tax practices in three European countries”, “Value-added taxes and tariff preferences for Mediterranean citrus products”

⁶¹ El control político se manifestaba en las presiones de los países más fuertes en el trabajo de los paneles y en las fases de negociaciones. Como señala el profesor Jackson “There had been several unfortunately instances of a contracting part government interfering with potential panel decisions by

Todas estas debilidades del MSC del GATT afectaban a los países indistintamente y por esto había un consenso generalizado acerca de la necesidad de que este mecanismo fuera más democrático, imparcial, ágil, que permitiera el cumplimiento eficaz de las decisiones y que garantizara el cumplimiento de compromisos cada vez más complejos⁶².

El proceso de negociación respecto de las reformas que se deberían realizar en el MSC del GATT fue largo y complejo pues involucraba la presentación y discusión periódica de las propuestas. México inició el debate en 1987 al lanzar las siguientes preguntas: i) ¿cómo podremos agilizar el procedimiento de solución de controversias?; ii) ¿cómo podremos evitar situaciones en las que los fallos de los grupos especiales no pueden ser adoptados debido a la oposición de la parte demandada?, iii) ¿cómo podemos evitar la negativa del país perdedor a cumplir las recomendaciones del fallo?⁶³. Esta iniciativa generó el inicio de un largo debate en el cual países en desarrollo y desarrollados enviaron varias propuestas de reforma⁶⁴.

En análisis de las propuestas enviadas permite verificar que existía un descontento generalizado con la forma ineficiente y extremadamente politizada en la cual el MSC

inappropriately pressuring a particular panelist” Jackson, 1998:10. En una notificación enviada por Brasil al GATT este país dejaba de manifiesto: Special consideration must be ascribed to the difficulties faced by developing contracting parties seeking equitable solution in disputes with more powerful contracting parties. Taking such point into account and in the light of B:IV, of the Punta del Este Declaration, we believe that the present dispute settlement mechanism could be improved with a view to introducing a higher level of equity and thereby protecting contracting parties which can only count upon limited power of retaliation.” Vea MTN.GNG/NG13/W/24, 7 March 1988.

⁶² Como señala Helfer “The enhancement of judicial independence (from GATT panels to the WTO Appellate Body) is not accidental but causative. It reflects an understanding by governments that greater judicial independence was necessary to deter the increased incentives for defection that greater depth engendered” Helfer, 2006: 261. También Davey puntea que “The principal argument in favor of a relatively more legalistic system is that it would better promote compliance with GATT rules than would a negotiation/consensus system.” Davey, 1987: 23.

⁶³ MTN.GNG/NG13/W/1, 6 April 1987

⁶⁴ Los países que presentaron propuestas formales de reforma fueron: México, Argentina, Brasil, Jamaica, Nicaragua, Perú, Uruguay, Hungría, Austria, Nueva Zelanda, Estados Unidos, UE, Japón, Corea del Sur, Países Nórdicos, Canadá y Hong Kong.

del GATT funcionaba⁶⁵. Incluso algunos países desarrollados demostraron su rechazo al desplazamiento del principio de igualdad ante la ley, mediante el ejercicio desproporcionado de influencia económica y política de los países⁶⁶. Otro problema señalado se refería a la excusa de que las determinaciones del fallo “eran políticamente inviables” utilizada por los países para justificar su incumplimiento⁶⁷.

A pesar del consenso respecto a la necesidad de mejorar el MSC del GATT, la profundidad de los cambios que se deseaba implementar era dispar. Considerando el grado de ambición de las propuestas presentadas es posible dividir los países en

⁶⁵ Duras críticas fueron levantadas en contra de este MSC, entre las cuales destacamos las siguientes:

1) “Nicaragua is among the few less-developed countries that have invoked the GATT dispute settlement mechanism in recent years. (...) In both cases, the experience has been disappointing. Regrettably, the recommendations of the contracting parties were never implemented. developments to date show clearly that the GATT dispute settlement procedure is not flawless, that its time-limits are not respected, and that its rules are not duly applied.” **(Nicaragua: MTN.GNG/NG13/W/15, 6 November 1987)**

2) “The practice whereby panel reports are adopted by consensus has led to abuse and delay in the settlement of disputes between parties, which seriously weakens the whole GATT system.” **(México, MTN.GNG/NG13/W/42, 12 July 1990)**

3) “There is a general recognition amongst contracting parties that the dispute settlement procedures of the GATT as they currently operate suffer from a number of procedural shortcomings. These include problems of delays at each stage of the process, the apparent reluctance of panels to make specific findings and recommendations, and the difficulties in having recommendations adopted by the contracting parties and subsequently implemented. Some of these shortcomings are themselves the result of a more fundamental problem underlying the weaknesses in dispute settlement in the GATT” **(Australia: MTN.GNG/NG13/W/11, 24 September 1987);**

4) “If the dispute settlement system has become discredited in recent years, it is due to a large degree to the limitations of the rules themselves. Experience in recent years has also shown the erosion of the confidentiality of material provided to panels or of panel reports themselves prior to the consideration of reports by the Council. Such occurrences reduce confidence in the system and can impede the prospects for conciliation during the panel process” **(Canada: MTN.GNG/NG13/W/13, 24 September 1987);**

5) “The present dispute settlement system of the GATT has performed reasonably well in a number of disputes; however, it has displayed conspicuous shortcomings in some cases, which have diminished its credibility and, with it, confidence in the larger institution - the GATT” **(EE.UU: MTN.GNG/NG13/W/3, 22 April 1987);**

6) “Experience shows that disputes brought before the GATT are multifarious and often comprise trade problems that have not been fully addressed in the past and for which no precedents exist. The dispute settlement system in GATT should therefore be designed so as to respond adequately to the different nature of dispute cases” **(Países Nórdicos: MTN.GNG/NG13/W/10, 18 September 1987);**

7) “Hungary agrees with the concern that in the last years the blocking of adoption of panel reports has become a serious problem which has shaken confidence in the GATT system as a whole” **(Hungría: MTN.GNG/NG13/W/18, 12 November 1987).**

⁶⁶ En este sentido Australia se manifestó “the problem arises from the displacement of the principle of equality before the law by the exercise of disproportionate economic influence”. Vea MTN.GNG/NG13/W/11, 24 September 1987.

⁶⁷ Este aspecto fue señalado en la notificación enviada por Perú al GATT. Según este país, “The absence of concrete results from the conclusions of Panels or their inability promptly to settle disputes, as well as the refusal by a party to accept a Panel's report and recommendations on the grounds that they are “politically unviable”, cause frustration and undermine respect for and confidence in not only the dispute-settlement machinery but also the rights and obligations of the General Agreement.” Ver MTN.GNG/NG13/W/23, 3 March 1988

dos grandes grupos. El primer grupo, liderado por Estados Unidos, Comunidades Europeas y Japón, sostenía que los cambios deberían centrarse en fomentar la fase de negociaciones, acelerar el procedimiento de constitución de los paneles y adopción del fallo, sin que esto implicara la extinción de la regla del consenso positivo.

Las principales propuestas decían relación con: i) la estipulación de plazos para cada fase procesal de forma de impedir los constantes retrasos, ii) el fortalecimiento del rol del Director General del GATT en la mediación del conflicto, iii) la estipulación expresa de la posibilidad de utilización de panelistas que no fueran funcionarios públicos de los Gobiernos (aunque la tradición era utilizar como árbitros a los funcionarios de las misiones permanentes de los Gobiernos, algunos países ya empezaban a nombrar abogados externos), iv) la constitución de un listado previo de personas que podrían actuar como árbitros para agilizar la selección de los mismos y v) la reglamentación de la participación de terceros interesados⁶⁸.

En relación a la regla del consenso positivo, a pesar de reconocer los problemas que generaba, este grupo no proponía ninguna solución efectiva, sino que defendían que debería haber un “pacto político” entre los países de no utilizar esta regla para evadirse del cumplimiento de la normativa jurídica vigente⁶⁹.

En el segundo grupo se posicionaban los países que deseaban una reforma más ambiciosa como México, Argentina, Nueva Zelanda, Nicaragua, Hungría y Perú. Estos, además de apoyar las propuestas del grupo anterior, proponían la reforma de

⁶⁸ Propuestas de los **Estados Unidos**: MTN.GNG/NG13/W/3, April 22, 1987; MTN.GNG/NG13/W/6, June 25, 1987; Propuesta de **Japón**: MTN.GNG/NG13/W/7 y MTN.GNG/NG13/W/9; Propuesta de **Suiza**: MTN.GNG/NG13/W/8, 1 July 1987; **Jamaica**: MTN.GNG/NG13/W/5, June 25, 1987; Propuesta de los **Países Nórdicos**: MTN.GNG/NG13/W/10, 18 September 1987; Propuesta de **Corea**: MTN.GNG/NG13/W/19, 20 November 1987, Propuesta de **Austria**: MTN.GNG/NG13/W/25, 8 March 1988.

⁶⁹ Los EE.UU. así se manifestó “In the last several years, the blocking of adoption of panel reports has become a serious problem which has shaken confidence in the GATT system as a whole. Only rarely has such blocking appeared to be a result of fundamentally erroneous or inadequate panel conclusions; too often the motivation appears to be that parties are unwilling to accept conclusions they deem adverse to their economic or political interests. (...)The United States has not come to any conclusions as to which of these approaches would be both acceptable and effective in addressing the problem. Para los EE.UU. lo mejor sería mantener la regla del consenso negativo y obtener un “affirmation that parties should seek to implement the recommendations resulting from a dispute settlement case, and recognize that failure to do so gives rise to a right to compensation or retaliation”. Reinforce the need for governments to respect panel findings and recommendations.” (**EE.UU.**: MTN.GNG/NG13/W/6, 25 June 1987).

la regla del consenso positivo. Este grupo opinaba que a los países directamente involucrados en la controversia no se les debería dar el derecho de bloquear la constitución de los Paneles o la adopción de los fallos⁷⁰.

Resulta interesante observar que las propuestas de los países del segundo grupo fueron tornándose más ambiciosas con el tiempo (en 1990 México lanzó la idea de crear una segunda instancia de apelación⁷¹) y fueron superando la resistencia de los países más conservadores. Incluso la CE, que era la que utilizaba con mayor frecuencia la regla del consenso positivo para bloquear el cumplimiento del fallo, fue cambiando su postura con el tiempo. En su primera propuesta presentada en 1987, la CE defendió expresamente el mantenimiento de la regla del consenso positivo, pese a los problemas que generaba⁷². En el año siguiente, cambió su postura y pasó a omitir cualquier opinión en cuanto a este aspecto, tal como hacía los EE.UU.⁷³.

En realidad, los países desarrollados fueron constatando que, en la medida en que se incluían normas jurídicas más complejas en el ámbito multilateral, como el Acuerdo de Servicios y de Propiedad Intelectual, se hacía más necesaria la creación de un "Tribunal" que fuera lo suficientemente eficaz como para hacer cumplir este cuerpo normativo que se iba extendiendo.

⁷⁰ **Argentina:** MTN.GNG/NG13/W/17; 12 November 1987; **Nicaragua:** MTN.GNG/NG13/W/15, 6 November 1987; **Nueva Zelanda:** MTN.GNG/NG13/W/2, 22 April 1987; **Hungría:** MTN.GNG/NG13/W/18, 12 November 1987; **Perú:** MTN.GNG/NG13/W/23, 3 March 1988.

⁷¹ "The purpose of establishing an appellate body is to compensate for the virtually automatic adoption of panel reports, by allowing parties to a dispute the opportunity to have reports reviewed in their entirety by a body specialized in GATT matters: in other words, by a body whose membership and permanent nature ensure that the final conclusions and recommendations are free from any doubt or error of interpretation concerning GATT rules and disciplines" (México: MTN.GNG/NG13/W/42, 12 July 1990) .

⁷² Así se manifestó las CE: "The Community considers that the practice of consensus should be maintained in the Council's decision-making process with regard to the adoption of reports and the making of recommendations. The question that arises, however, is how to reconcile the requirement of maintaining this practice with that of avoiding deadlock situations which undermine the system's credibility and effectiveness. An improvement in the quality of panel reports and clear findings would no doubt help to avoid such situations." (MTN.GNG/NG13/W/12, 24 September 1987)

⁷³ "In the first place, there is the question of the adoption of panel reports and the making of recommendations; on this sensitive issue, our ideas are put forward as options on which the Community has not taken a definite stance" (MTN.GNG/NG13/W/22, 2 March 1988).

De esta forma, tras varios años de negociaciones, fueron introducidas importantes innovaciones dirigidas hacia una mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias, tales como: i) el establecimiento de un único mecanismo general de solución de controversias reglamentado en el ESD; ii) el establecimiento de plazos claros y precisos para cada etapa procesal; iii) la eliminación de la regla de consenso positivo y con esto, de la posibilidad de cualquier país de bloquear la constitución del Grupo Especial y la adopción de la decisión; iv) establecimiento de un órgano de apelación.⁷⁴ La introducción de una instancia de revisión es considerada como uno de los principales avances hacia una mayor judicialización del OSD. En el cuadro abajo se verifican las principales normativas que marcaron la evolución del OSD hacia una mayor judicialización del procedimiento.⁷⁵

Cuadro 4. Evolución del MSC de la OMC

Normativa	Año	Innovación	Fases Procesales (órganos involucrados)
GATT/1947	1947	Traza las primeras líneas de un MSC. Resolución de los conflictos basada en negociaciones diplomáticas	1º- Consultas 2º- Grupo de Trabajos
Decisión de 12 de abril de 1989	1989	Preveía algunas de las normas que luego formarían parte del ESD, como el derecho a establecer un grupo especial y los plazos estrictos para las actuaciones del grupo.	1º- Consultas 2º- Grupo Especial
ESD	1995	Principales cambios: 1) mecanismo único de solución de controversias; 2) reglas procesales mejor estructuradas (instancias procesales bien definidas y plazos estrictos); 3) consenso negativo; 4) establece un órgano de apelación	1º- Consultas 2º- Grupo Especial 3º- Órgano de Apelación

Fuente: elaboración propia

Esta evolución desde un sistema “power-oriented” hasta un “rule-oriented”⁷⁶ ha sido estudiada por un gran número de autores⁷⁷. El profesor Jackson señala que el

⁷⁴ La Declaración de Marrakesh da la bienvenida a "the stronger and clearer legal framework [the Members] have adopted for the conduct of international trade, including a more effective and reliable dispute settlement mechanism." Marrakesh Declaration of 15 April 1994, par. 1.

⁷⁵ Las demás normativas fueron: 1) la Decisión de 5 de abril de 1966 sobre los procedimientos en virtud del artículo XXIII; 2) el Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979; 3) la Decisión sobre la Solución de Diferencias, contenida en la Declaración Ministerial de 29 de noviembre de 1982; 4) la Decisión sobre la Solución de Diferencias, de 30 de noviembre de 1984.

⁷⁶ Jackson define el término ‘rule-oriented’ como “the approach that focuses the disputing parties’ attention on the rule, and on predicting what an impartial tribunal is likely to conclude regarding whether the rule has been fulfilled”. Jackson, 2000: 121.

⁷⁷ Véanse los siguientes autores: Jonh Jakson, Gregorry Shaffer, Ernst-Ulrich Petersmann, William J. Davey, Robert Hudec, Marc Busch y Eric Reinhardt, Palmeter, Hilf, Bugge. En este sentido merece la pena transcribir algunas de estas opiniones: 1) “The move from GATT to the WTO very much reflects a

procedimiento evolucionó desde una atmósfera de negociación en un ambiente de diplomacia multilateral hacia un sistema judicial basado en la mejor interpretación de la ley⁷⁸. Cottier, por su parte, dispone que el rústico sistema de resolución amigable de controversias del GATT fue dando lugar a un procedimiento legal. Este autor concluye sus análisis señalando que ha emergido un equilibrio exitoso de políticas comerciales y reglas jurídicas⁷⁹.

El órgano de solución de diferencias de la OMC (OSD) tiene jurisdicción sobre cualquier diferencia entre los Miembros de la OMC que tengan por objeto las disposiciones de cualquiera de los “acuerdos abarcados” previstos en el Apéndice 1 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), es decir, una controversia que se basa en la violación de la normativa de la OMC sólo puede ser decidida en el foro multilateral. Entre los órganos de la OMC que participan en la solución de las diferencias cabe distinguir una institución política, el Órgano de Solución de Diferencias-OSD, y los órganos decisorios: los grupos especiales-GE, el Órgano de Apelación-OA y los árbitros⁸⁰.

move away from a diplomatic approach to solving problems toward a juridicial approach” Palmetter, 2003: 262; **2)** “The WTO represents a development toward principle-orientation” Hilf, 2001: 23; **3)** “This has been described as a pragmatist approach based on power-oriented diplomacy vis-avis a rule-oriented legalist approach”. Bugge, 2005: 110.

⁷⁸ Jackson, 1998: p.5. En este sentido también dispuso Valihora que “The GATT very often served as more a forum for discussion and a platform for negotiations” Valihora, 1998: 473.

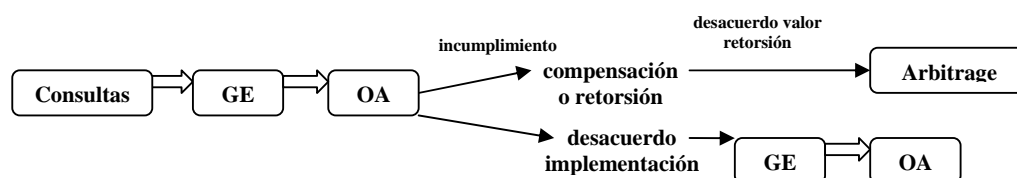
⁷⁹ En este contexto merecen ser citadas las palabras de este autor: “It evolved over many years in case law on the basis of Article XXIII GATT and its merely rudimentary prescription of amicable dispute resolution. It evolved in a process of trial and error as a matter of inductive practices and customary law, finally recorded and further amended in subsequent negotiations. Over time, and upon early commencing a practice to use panels instead of working groups, approaches to dispute settlement more and more turned away from seeking a conciliatory, equitable solutions, but to serve the process best by making a legal assessment of the case and frame recommendations to the Contracting Parties accordingly. A careful and successful balance of trade policy and legal discipline emerged”. Cottier, 1998: 333.

⁸⁰ De una manera completa, en el proceso de solución de diferencias de la OMC participan las partes y los terceros, el OSD, los grupos especiales, el Órgano de Apelación, la Secretaría de la OMC, los árbitros, expertos independientes y diversas instituciones especializadas.

El OSD es político porque está compuesto, en general, por funcionarios de los Gobiernos⁸¹. Los grupos especiales se componen de 3 expertos, y en casos excepcionales de 5, seleccionados específicamente para cada caso (no hay grupo especial permanente, sino que se constituye uno distinto para cada controversia). A diferencia de los grupos especiales-GE, el Órgano de Apelación-OA, representa la segunda instancia de este procedimiento jurisdiccional y es un organismo permanente compuesto de 7 miembros designados por el OSD por consenso para un período de cuatro años, renovable por una vez. El OA se ocupa de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales (no examina pruebas o hechos).

Tras la emisión de la decisión final (que puede ser del GE o del OA si fue interpuesto recurso de apelación), si la parte perdedora no la acata, se abre la opción para la parte ganadora de pedir compensación o aplicar retorsión. En este momento se abre una nueva fase procesal post-fallo que puede culminar con una segunda actuación del GE y del OA, los cuales son llamados a actuar cuando las partes no llegan a un acuerdo respecto de si se ha cumplido plenamente el fallo o no.

Grafico 5. MSC de la OMC



Fuente: elaboración propia

⁸¹ El OSD se compone de un presidente (jefe de la misión permanente de uno de los países Miembros que es nombrado por consenso entre los Miembros de la OMC) y de los representantes de todos los Miembros de la OMC (representantes de los gobiernos, en general de categoría diplomática y que pertenecen a los ministerios de comercio o de asuntos exteriores). En su condición de funcionarios gubernamentales, los representantes reciben instrucciones de sus gobiernos sobre las posiciones que deben adoptar y las declaraciones que han de hacer en el OSD. Por consiguiente, el OSD es un órgano político. El OSD se ocupa de supervisar el procedimiento completo de solución de diferencias. Tiene facultades para establecer grupos especiales, adoptar informes de los GE y del OA, vigilar la aplicación de las recomendaciones y autorizar las medidas de retorsión cuando un Miembro no cumple las resoluciones (artículo 2 del ESD).

Importa señalar que el ESD tiene en cuenta la condición particular de los países menos adelantados Miembros de la OMC (artículo 24 del ESD), de forma que se pone a disposición de estos países procedimientos adicionales o privilegiados, como por ejemplo, plazos más prolongados. El ESD además preserva la facultad de las partes de recurrir a los mecanismos diplomáticos de solución de controversias, como la mediación, buenos oficios y conciliación⁸².

II. ASIMETRÍAS Y CONVERGENCIAS ENTRE LOS MSCs

1. ALCANCE Y NATURALEZA DE LAS NORMATIVAS DE INTEGRACIÓN

El desarrollo de las reglas procesales está relacionado con el grado de integración al que aspiran los distintos bloques económicos. Así, si, por un lado, la Comunidad Andina (CAN) logró establecer un ordenamiento jurídico supranacional para formar una verdadera “comunidad” de naciones, por otro, el Mercosur buscó un acuerdo que garantizara la libre circulación de bienes y servicios. Esta diferencia se refleja en la naturaleza de la normativa y en el grado de autonomía y sofisticación de las instituciones creadas.

De esta forma, la normativa del Mercosur no se incorpora automáticamente a los ordenamientos jurídicos de los países miembros, sino que tiene que ser aprobada por sus respectivos congresos.⁸³ En la CAN, al contrario, las leyes son supranacionales y las sentencias del TJCA adquieren fuerza ejecutiva automáticamente, además de vincular a todos los países miembros y no solo a los países involucrados en la controversia.⁸⁴ La normativa de la CAN, a semejanza del derecho comunitario

⁸² Por este motivo, varios autores denominan el ESD como un sistema de estructura dual de solución de controversias en la medida en que proporciona un forum de negociación y un juicio por medio del proceso formal de solución de conflictos. Para más detalles ver Bugge, 2005: 111.

⁸³ Las implicaciones generadas por la ausencia de la supranacionalidad en el Mercosur es un tema de constante debate entre los estudiosos del tema. Operti señala que buena parte del derecho del Mercosur no entra en vigor ya que las resoluciones aprobadas no son incorporadas por los países miembros en sus ordenamientos jurídicos internos. Ver Operti, 2004. También en este sentido ver Sierralta, 2005.

⁸⁴“Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros” (art. 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

europeo, creó un verdadero tribunal supranacional, y conformó un derecho constitucional comunitario con primacía sobre el derecho nacional de los países miembros y que escapa al control de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales. Cabe señalar que la preeminencia de la norma comunitaria sobre la norma del derecho interno de los países miembros no tiene facultad derogatoria sobre los derechos nacionales sino que establece la inaplicabilidad. Es decir, únicamente torna inaplicable la norma del país miembro que colisione con la regla comunitaria, pero no la deroga.⁸⁵

Algunos MSC prevén procedimientos específicos que garantizan la uniformidad e integración de las normativas comunitarias con la normativa interna de los respectivos países miembros a través de la promoción de la actuación coordinada de los tribunales de los MSC con los tribunales nacionales. En el Mercosur, los tribunales nacionales tienen la discrecionalidad de solicitar “opiniones consultivas” al TPR con respecto a cualquier cuestión jurídica comprendida dentro del Derecho del Mercosur. En el caso de la CAN esta actuación de los tribunales se hace por medio de una demanda propia que se llama “interpretación pre-judicial” que, al contrario de lo que pasa en el Mercosur, es obligatoria pues los tribunales nacionales tienen el deber de solicitar la interpretación del TJCA cuando conozcan un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino. Las opiniones consultivas en el Mercosur no son obligatorias ni vinculantes, por otro lado, las sentencias emitidas por el TJCA en las acciones de “interpretación pre-judicial” sí lo son. Así, el tribunal o juez nacional deberá adoptar en su sentencia la interpretación del TJCA⁸⁶.

En el TLCAN ocurre una situación semejante a la del Mercosur. El tratado establece que cuando una cuestión de interpretación o de aplicación de sus artículos surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una parte y se considere que sea necesaria una intervención, la Comisión de Libre Comercio (conformada por los

⁸⁵ Sierralta, 2005: 9.

⁸⁶ Art. 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia

ministros de comercio de las partes) deberá emitir una opinión.⁸⁷ Sin embargo, la Comisión no posee poder decisorio. Cuando el objeto de la controversia es dumping o subsidio, el TLCAN es más rígido. El capítulo XIX del Tratado establece que cada una de las partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.⁸⁸ De esta forma, en estas materias, las decisiones de los paneles binacionales poseen efecto vinculante.

2. NATURALEZA DE LOS MSCs

Aunque existan otras formas de solución de los litigios, como la mediación y la conciliación, las principales son las de naturaleza judicial, arbitral y las negociaciones. Esta última es la más utilizada ya que da inicio al desarrollo del procedimiento de solución de conflictos en los distintos esquemas de integración. La negociación implica lograr que dos partes, con intereses diferentes o en conflicto, se reúnan para llegar a un acuerdo. Por su parte, a través del arbitraje las partes someten su divergencia a la opinión de un árbitro, que actúa como si fuera un juez pero con la diferencia de que ha sido escogido por las mismas y se le ha investido de poder, de allí su carácter autocompositivo.⁸⁹ A su vez, los mecanismos judiciales son aquellos que contienen órganos independientes y permanentes compuestos por magistrados de la carrera judicial.

Los MSC analizados en este estudio poseen multinaturaleza; es decir, contienen procedimientos de solución de conflicto que mezclan medios diplomáticos (consultas), arbitraje, órganos casi-judiciales y órganos judiciales. La utilización de cada uno de

⁸⁷ Capítulo XX, artículo 2020.

⁸⁸ Artículo 1904.

⁸⁹ El arbitraje, como señala Sierralta, "utiliza un método o procedimiento específico o las partes pueden diseñarlo, los plazos son más cortos, dotándolo de celeridad; la especialización de sus miembros permite arribar a decisiones en razón de la especificidad de la controversia; posee, además, un ritmo distinto, siendo sus árbitros usualmente escogidos por las partes. Las audiencias y los acuerdos son privados." Sierralta, 2005: 33.

ellos depende de la disposición de las partes para llevar la demanda hasta la última instancia, que en general posee el carácter casi-judicial o judicial.

Todos los MSC regionales y el multilateral fomentan las negociaciones o conciliaciones como fase inicial. En el Mercosur, la CAN, el TLCAN y la OMC existe la previsión del arbitraje. En la CAN, el mecanismo de arbitraje está reconocido dentro del derecho comunitario, a través del art. 38 de la Decisión 472, que establece la función arbitral del TJCA y de la Secretaría General. El laudo arbitral es una decisión de cumplimiento obligatorio en los cinco países basado en la supranacionalidad de las instituciones comunitarias. El mecanismo judicial es aquel que se desarrolla en el TJCA. En el Mercosur, el arbitraje es representado por los tribunales *ad hoc* y por el TPR y en el TLCAN por los paneles binacionales. En el OSD, el arbitraje es representado por los grupos especiales y los árbitros llamados para resolver los desacuerdos en cuanto a la determinación del plazo prudencial y en cuanto al nivel de retorsión. El Órgano de Apelación del OSD es un órgano casi-judicial⁹⁰. El TJCA es el único órgano genuinamente judicial entre los MSC analizados en este estudio. Es importante señalar que consideramos el TPR del Mercosur como un arbitraje por sus características (miembros indicados por las partes) y modo de funcionamiento (no permanente), como fue explicado anteriormente, aunque su nombre lo designe incorrectamente como “tribunal permanente”.

De forma más genérica, se puede decir que los MSC de la OMC y de la CAN son los que poseen un carácter más jurisdiccional. Los demás priorizan la solución diplomática de los conflictos. En el Mercosur esto es más evidente. Su mecanismo es el que más posibilidades ofrece para agotar la fase pre-contenciosa. En este sentido, mientras que en los demás mecanismos esta fase es en general marcada solamente por la actuación libre de las partes por medio de consultas, en el Mercosur, tras estas negociaciones, aún existe la posibilidad de actuación formal de dos órganos

⁹⁰ El Órgano de Apelación (OA) no es formalmente un órgano judicial puesto que sus informes deben ser adoptados por los Miembros de la OMC actuando conjuntamente en el Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, la función del Órgano de Apelación es en la práctica muy similar a la de órganos judiciales nacionales o la de los tribunales internacionales. A efectos de dirimir una controversia entre los Miembros de la OMC, el OA interpreta y aplica las disposiciones de los acuerdos de la OMC.

conciliadores (CCM y el GMC). El TLCAN también dedica especial atención a la fase pre-contenciosa, abriendo la posibilidad de la actuación conciliadora de la Comisión de Libre Comercio, la cual funciona como los dos órganos citados del Mercosur.⁹¹

3. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DECISORIOS

En la OMC los miembros del GE o del OA no necesitan ser profesionales formados en derecho. Lo que se requiere es que tengan conocimiento de derecho y comercio internacional.⁹² En el TLCAN los árbitros del panel binacional del MSC del capítulo 20 no necesitan ser juristas, pero los que actúan en el MSC del capítulo 19, sí.⁹³ En la CAN los miembros del Tribunal de Justicia deben ser profesionales del derecho,⁹⁴ así como los árbitros del TA o del TPR del Mercosur.⁹⁵

Los paneles arbitrales se conforman a partir de la elección de árbitros que figuran en un listado previamente acordado entre los países. Sin embargo, los miembros del TJCA (cinco) son designados de ternas presentadas por cada país miembro para asumir el puesto por un período renovable de seis años. En el TPR, cuatro de los

⁹¹ Sobre la fuerte énfasis dada a la etapa pre-contenciosa ver Valihora. Esta autora puntea que “The WTO by virtue of its multilateral nature, is an institutional behemoth. In contrast, the implementation of NAFTA is primarily left to the parties themselves. This creates a totally different dynamic for disputes that is contingent on the forum. NAFTA disputes will generally resolve around discussions between senior officials. Even the Chapter 19 process can be affected by this dynamic as was seen in the Softwood Lumber dispute. At the WTO, although consultations are encouraged, the dispute resolution mechanism is more adjudicatory and puts the parties in the position of opposing litigants.” Valihora, 1998: 487.

⁹² Artículo 8 del ESD.

⁹³ “Anexo 1901.2: Integración de paneles binacionales: 1. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las partes elaborarán y en lo subsecuente conservarán una lista de individuos que actúen como panelistas en las controversias que surjan en el ámbito de este capítulo. La lista incluirá, en lo posible, individuos que sean jueces o lo hayan sido. (...) 2. Los miembros de cada panel serán en su mayoría juristas de buena reputación.”

⁹⁴ “Artículo 6: El Tribunal está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser juriconsultos de notoria competencia.” Tratado de Creación del TJCA.

⁹⁵ “Artículo 35: Los árbitros de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur”. Protocolo de Olivos.

cinco miembros son elegidos directamente por cada país por un período renovable de dos años y solamente el quinto árbitro proviene de un listado previamente acordado.⁹⁶ Los miembros del OA (siete) son elegidos por el OSD por un período renovable de cuatro años, pero de estos solamente tres actúan en cada demanda.⁹⁷

4. MEDIDAS CAUTELARES O PROVISIONALES

En el MSC del TLCAN y de la OMC no se puede hacer uso de medidas cautelares⁹⁸. Por otro lado, en la CAN y en el Mercosur, la parte que posee presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables, podrá solicitar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños⁹⁹.

5. SOPORTE TÉCNICO

Los MSC regionales y el de la OMC prevén la posibilidad de que los órganos decisorios cuenten con la ayuda de técnicos, es decir, de profesionales especializados en temas científicos o que exijan análisis más complejos. Esto es bastante común en las demandas que requieren un conocimiento técnico específico, como las que involucran medidas sanitarias y fitosanitarias. En el caso del Mercosur, el GMC puede requerir, cuando considere necesario, el asesoramiento de expertos.¹⁰⁰ En la CAN, la Secretaría General podrá, en caso de que un país miembro lo solicite, designar un experto (persona de reconocida competencia técnica externa a la institución) para

⁹⁶ Artículo 18 del Protocolo de Olivos.

⁹⁷ Artículo 17 del ESD.

⁹⁸ El uso de medidas cautelares no está previsto en los MSCs abordados en este estudio (MSCs del capítulo 19 y 20), pero está regulado en el del capítulo 11. En este caso el tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del Tribunal." (Artículo 1134.)

⁹⁹ Art. 15 del Protocolo de Olivos, Art. 21 del Tratado de Creación de TJCA.

¹⁰⁰ Artículo 6 del Protocolo de Olivos.

asesorar en cuanto a un tema específico.¹⁰¹ En el TLCAN, la Comisión podrá convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios.¹⁰² En la OMC, el Grupo Especial tiene derecho a obtener el asesoramiento técnico que estime conveniente.¹⁰³

6. PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES

En la CAN, los particulares poseen el derecho de accionar ante el MSC para iniciar los diversos tipos de acciones jurídicas previstas en la normativa andina.¹⁰⁴ En el Mercosur, este derecho es indirecto y está vinculado a la voluntad del gobierno de su país. Esto porque los particulares afectados deben formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios, y dependen de la aceptación de este órgano para llevar el reclamo adelante. En el TLCAN, los particulares pueden iniciar las controversias en materia de inversiones y de antidumping y medidas compensatorias. En otras palabras, poseen legitimidad activa en los MSC regulados en los capítulos 11 y 19 de este tratado, pero no en el MSC general contemplado en el capítulo 20. En el primer caso, el inversionista de un país podrá accionar directamente contra el inversionista de otro país.¹⁰⁵ Es importante señalar que el mecanismo del capítulo 19 fue especialmente diseñado para fomentar la participación de los particulares. En el OSD, al contrario, los particulares no pueden acceder al OSD, sino solamente los países miembros.

7. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS Y DE ONGs

¹⁰¹ Artículo 70 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría.

¹⁰² Artículo 2007 del capítulo XX.

¹⁰³ Artículo 13 del ESD.

¹⁰⁴ Tratado de Creación del TJCA, artículos 19, 25, 37, 38.

¹⁰⁵ Artículo 1117 del capítulo XI.

Todos los MSC permiten la participación de terceros, es decir de quien, sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida. Sin embargo, es en el OSD donde se ha verificado mayormente la utilización de esta prerrogativa, conforme se analizará en detalle en el capítulo III. En este mecanismo, el tercero tiene oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito, las cuales se reflejarán en el informe del grupo especial. El MSC del capítulo 20 del TLCAN permite que un tercero presente comunicaciones escritas u orales. En la CAN, los terceros pueden intervenir en el proceso como coadyuvantes de una de las partes y realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.¹⁰⁶

En el ámbito multilateral existe la figura de los *amicus curiae*¹⁰⁷, los cuales pueden ser personas u entidades sometidas a la jurisdicción de un país miembro. Basado en una interpretación del artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), el Órgano de Apelación aceptó por primera vez la intervención del *amicus curiae* en el caso Estados Unidos-Camarones (WT/DS58).¹⁰⁸ Actualmente, mucho se ha debatido sobre la conveniencia o no de esta intervención. La figura del *amicus curiae* no está presente formalmente en el cuerpo normativo que regula los MSC regionales, pero el cuestionamiento sobre la utilidad de su presencia ha ganado fuerza en los últimos años. En 2003, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una declaración conjunta que recomendaba a los tribunales arbitrales conformados bajo el capítulo 11 adoptar procedimientos que dieran a las personas interesadas que no fueran partes

¹⁰⁶ Artículo 2013 del TLCAN; artículo 72 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 10 del ESD.

¹⁰⁷ Los *amicus curiae* o amigos de la corte son las ONGs u otras entidades no gubernamentales que pueden participar indirectamente de una demanda ofreciendo soporte técnico a las partes en su área de *expertise*.

¹⁰⁸ Documento WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998. En artículo 13.2 del ESD establece que “Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión”

del Tratado la posibilidad de participar como *amicus curiae* en aquellos casos en los que el tribunal considerara pertinente y admisible.¹⁰⁹

Algunos autores son desfavorables a la participación de ONG: consideran que no son especialistas en el asunto y que poco pueden contribuir. Además, sostienen que los informes no son objetivos ya que estas organizaciones son patrocinadas en algunos casos por empresas y sectores influyentes de la economía. En sentido contrario, se dispone que el acceso de los *amicus curiae* contribuye a la transparencia del procedimiento.¹¹⁰ Otro argumento utilizado es que *due process* significa que el órgano decisorio pueda recurrir a cualquier fuente de información que juzgue conveniente para decidir el caso.¹¹¹

También existe un tercer grupo de expertos que aboga una participación restringida, como el profesor Jacques Borgeois, el cual defiende que solo los grupos especiales deberían mantener reuniones abiertas con las ONG.¹¹² Por otro lado el profesor Matsushita sostiene que la participación debería ser amplia, tanto en el GE como en el OA. Meinhard Hilf, por su parte, defiende la necesidad de que haya un proceso previo de aceptación de la presentación del informe de *amicus curiae*.¹¹³ En la OMC, este tema ha sido tratado en algunos casos: en el Estados Unidos-Camarones el OA estableció que los grupos especiales tienen la facultad de analizar informes

¹⁰⁹ Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de las partes no contendientes, 7 de octubre de 2003.

¹¹⁰ Andenas, 2005: 34.

¹¹¹ En este sentido ver Andenas quien afirma que "(...) due process includes the power of the Appellate Body to seek useful information from whatever sources and to get insight from that information (...) *amicus curiae* are useful information" Andenas, 2005: 34.

¹¹² En este sentido, el argumento jurídico para esta posición es que los grupos especiales analizan hechos y pruebas y en este sentido las informaciones traídas por los *amicus curiae* podrían ser útiles. Por otro lado, el Órgano de Apelación analiza cuestión de derecho, lo que no sufre la influencia de los informes privados.

¹¹³ Para mayor detalles ver Andenas, 2005.

presentados por los *amicus curiae* y en la demanda CE-Asbestos estableció reglas para su participación¹¹⁴.

8. POSIBILIDAD DE APELACIÓN

La CAN y el TLCAN contemplan un modelo de solución de controversias de una sola instancia en la fase contenciosa. En la CAN es el mismo órgano (SG o TJCA) el que emite el fallo y decide el recurso de revisión y reconsideración. Como ya se ha visto, en el caso del capítulo 19 del TLCAN el Comité de Impugnación Extraordinaria no ejerce las funciones típicas de un tribunal de apelación, sino que más bien interviene en casos excepcionales. Por otro lado, los procedimientos del Mercosur y de la OMC permiten que las decisiones del tribunal arbitral o del grupo especial sean revisadas por un grupo de individuos distintos a aquellos que decidieron en primera instancia. Abajo se presenta una síntesis de las fases procesales, las cuales fueron vistas con más detalle en el capítulo anterior:

Cuadro 5. Comparación de las fases procesales

MSC	Especificidades	Fase pre-judicial	Fase judicial o casi-judicial
OMC		1º- Consulta	2º- Grupo Especial 3º- Órgano de Apelación
CAN	SG (Antidumping, salvaguardia, etc.)	1º- Consulta 2º- SG 3º- SG (recurso)	4º-TJCA*
	TJCA (acción de incumplimiento)	1º- SG	2º- TJCA 3º- TJCA (recurso)
MERCOSUR		1º- Consulta 2º- CCM 3º- GMC	4º- Tribunal Arbitral <i>ad hoc</i> 5º- Tribunal Permanente de Revisión
TLCAN	Artículo 19 (Antidumping y medidas compensatorias)	1º- Consulta	2º- Panel arbitral 3º- Revisión por el Comité de Impugnación Extraordinaria (en casos excepcionales)
	Artículo 20 (general)	1º- Consulta 2º- Comisión de Libre Comercio	3º- Panel arbitral

*Si la decisión emitida por la SG no es cumplida se abre la posibilidad de iniciar la acción de incumplimiento que se tramitará inicialmente en la propia SG y en la segunda fase (judicial) en el TJCA.

Fuente: elaboración propia.

9. NATURALEZA Y CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES

¹¹⁴ WT/DS58/AB/R y WT/DS135/AB/R respectivamente.

En cuanto a los efectos de las decisiones, en el MSC de la CAN, del Mercosur y de la OMC, el informe emitido tiene efectos vinculantes al ser adoptado.¹¹⁵ En el Mercosur y en la CAN los fallos tienen efecto vinculante en relación a las partes y su contenido no puede ser “negociado”, sino que debe ser respetado. En la OMC, los informes son adoptados, a menos que exista consenso contrario. Lo único que es objeto de negociación es la forma y plazo en que se dará cumplimiento al fallo. Por otro lado, en el MSC del capítulo 20 del TLCAN, aunque se entienda que las decisiones son vinculantes para las partes, la normativa enfatiza que estas decisiones deben servir de base para que las partes entablen negociaciones. El artículo 2018 establece que los laudos de los paneles son “indicativos” de una solución para el conflicto pues las partes pueden convenir otra cosa.¹¹⁶ De esta forma, en el TLCAN las partes “tienen la última palabra”, mientras que en los demás mecanismos son los órganos decisorios quienes la tienen.

La actuación del panel binacional del capítulo 19 del TLCAN representa una alternativa a la revisión judicial por parte de los tribunales internos de las resoluciones sobre antidumping y compensatorias emitidas por las autoridades administrativas nacionales.¹¹⁷ Los paneles solo podrán confirmar las resoluciones de los organismos nacionales o devolverlas a dichos organismos para que las revean. En otras palabras, los paneles no tienen autoridad para sustituir las resoluciones de los organismos nacionales. El laudo que emiten se limita a determinar si la resolución del organismo está en conformidad con la legislación interna del país donde se localizan ya que el objetivo del TLCAN en cuanto al tema de antidumping y medidas compensatorias es

¹¹⁵ Artículo 17.14 del ESD.

¹¹⁶ El artículo 2018 establece que “las partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel”.

¹¹⁷ Conforme señala Stenger el capítulo XIX del TLCAN no hace más que ‘binacionalizar’ la revisión judicial interna como alternativa a la que realizarían los tribunales nacionales de una parte. Para más detalles sobre este análisis ver Stenger, 2004:190.

respetar la legislación interna de los países y no crear una propia para el bloque de integración.¹¹⁸

El efecto del incumplimiento del fallo final en los MSC regionales y en el multilateral sigue una lógica semejante. Así, en todos ellos el Estado beneficiado por el fallo podrá aplicar medidas de retorsión (o suspensión de concesiones), cuyo valor será equivalente al valor del daño sufrido (en el caso del TLCAN esta compensación se aplica al MSC del capítulo 20). La normativa de la OMC además prevé que las partes deben buscar una compensación mutuamente aceptable antes de aplicar la retorsión.¹¹⁹

Todas las distintas normativas establecen que la parte victoriosa procurará primeramente suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida cuestionada. Sin embargo, si se considera que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector, podrá suspender beneficios en otros sectores, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión. El país afectado por las medidas compensatorias podrá cuestionarlas si considera excesivo el valor de la retorsión aplicada. Sin embargo, en la CAN este cuestionamiento no existe pues es el propio TJCA quien decide directamente el valor de la retorsión a ser aplicado, es decir, su cálculo no es hecho por la parte perjudicada, como ocurre en los demás mecanismos.¹²⁰

Cabe señalar que a pesar de que todos estos MSC prevean la aplicación de medidas de retorsión, el momento para aplicarlas es distinto en cada uno de ellos. En el Mercosur, la parte puede aplicar la retorsión directamente después de que se venza el

¹¹⁸ En este sentido Stenger enfatiza que “El TLCAN no incluye disposiciones de fondo relativas a las investigaciones y medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios. En cambio, reconoce el derecho de cada una de las partes a aplicar su propia legislación interna al respecto.” Stenger, 2004: 196.

¹¹⁹ Artículo 22.2 del ESD.

¹²⁰ Artículo 2019 del capítulo XX del TLCAN; artículo 32.2 del Protocolo de Olivos; artículo 22.6 del ESD; artículo 27 del TCT.

plazo para el cumplimiento establecido en la propia decisión. En el capítulo 20 del TLCAN, si las partes no llegan a un acuerdo satisfactorio para el cumplimiento de la decisión dentro de los 30 días tras la emisión de la misma, la parte interesada podrá aplicar la retorsión. En la CAN, vencido el plazo para el cumplimiento del fallo, el TJCA sumariamente, y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites de la retorsión. En la OMC, la parte tiene que pedir autorización al OSD antes de aplicar esta medida¹²¹.

¹²¹ Artículo 27 del TCT; artículo 31.1 del Protocolo de Olivos; artículo 22.2 del ESD; artículo 2019 del capítulo XX del TLCAN.

**CAPITULO III. LA MAYOR CREDIBILIDAD Y
EFECTIVIDAD BRINDADA POR LA JUDICIALIZACIÓN
DEL MSC DE LA OMC**

Varios estudios han sido publicados respecto de las ventajas del sistema más judicializado del OSD, sin embargo, hasta el momento no se ha hecho ningún estudio que compruebe, por medio del análisis de todas las controversias desarrolladas en este foro, cuánto ha contribuido realmente el OSD para hacer que los países, en especial los más poderosos, cumplan la normativa de integración acordada. Este elemento novedoso de la tesis permite rechazar la principal crítica a la judicialización de los mecanismos de solución de controversias comerciales: la de que la mayor judicialización e independencia de los tribunales no ha contribuido al aumento de la eficacia de estos foros, según la opinión de Posner y Yoo¹²².

En este sentido, primeramente listaremos las principales críticas realizadas por Posner y Yoo y las justificaciones usadas. Posteriormente, desarrollaremos a lo largo de este capítulo la comprobación, que hace parte de la hipótesis de esta tesis, de que la judicialización del mecanismo de solución de controversias de la OMC ha contribuido a la credibilidad y efectividad en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en cuanto a la normativa jurídica de integración.

I. CRITICAS DE POSNER Y YOO A LA INDEPENDENCIA Y JUDICIALIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

La teoría de Posner y Yoo señala que los tribunales internacionales más exitosos son los dependientes, los cuales clasifican como aquellos tribunales en los que los miembros de los órganos decisorios son elegidos por las partes en carácter *ad hoc* para la solución de un caso específico (no son permanentes) y su jurisdicción es voluntaria. Los tribunales independientes son aquellos en los que los miembros son

¹²² Estos autores defienden una controvertida y débil tesis al disponer que “The conventional wisdom, which is based mainly on the European experience, is that independent tribunals are more effective at resolving disputes than are dependent tribunals. We argue that the evidence does not support this view, and, moreover, that the evidence is more consistent with the contrary thesis: the most successful tribunals are dependent” Posner y Yoo, 2005: 3.

nombrados de forma imparcial por un plazo determinado (permanente) y poseen jurisdicción obligatoria¹²³.

Antes de contrarrestar la crítica al OSD, es importante analizar los aspectos claves defendidos por estos autores. La tesis central de estos autores es que los tribunales más eficaces son los dependientes¹²⁴. El primer argumento que utilizan es que los tribunales independientes son ineficaces porque descuidan los intereses de las partes. Creen que los Estados se muestran reacios a utilizar los tribunales internacionales cuando no poseen control sobre ellos¹²⁵. Según estos autores los tribunales solamente son beneficiosos para los países cuando, en lugar de emitir una opinión sobre el objeto central del conflicto, limitan su actuación a aclarar la omisión o ambigüedad de una normativa o a opinar sobre hechos y normas que pueden contribuir para que las partes encuentren su propia solución para el conflicto. De esta forma, su actuación debe ser de naturaleza aclaratoria o informativa¹²⁶. En caso de que emitan una decisión contraria a los intereses de una parte, los países harán menos uso de este tribunal.

Para comprobar estas hipótesis estudian algunos tribunales internacionales. Así, por ejemplo, el “*US-Iran Claims Tribunal*”, conformado por árbitros *ad-hoc*, posee una baja independencia y el cumplimiento de los laudos ha sido bastante alto en las más de dos décadas de su funcionamiento. La Corte Internacional de Justicia, en tanto,

¹²³ Posner y Yoo, 2005: 7.

¹²⁴ Estos autores establecen que “The most successful tribunals are dependent”. Posner y Yoo, 2005: 3.

¹²⁵ En la opinión de estos autores “Tribunals are likely to be ineffective when they neglect the interests of state parties and, instead, make decisions based on moral ideals, the interests of groups or individuals within a state, or the interests of states that are not parties to the dispute” Más adelante disponen que “We argue, by contrast, that independent tribunals pose a danger to international cooperation because they can render decisions that conflict with the interests of state parties. Indeed, states will be reluctant to use international tribunals unless they have control over the judges. On our view, independence prevents international tribunals from being effective” Posner y Yoo, 2005:7.

¹²⁶ En este sentido disponen que “States do not need a tribunal if the law and the facts are clear. When a treaty or convention clearly governs the dispute and states have the same information about the relevant facts, there is nothing a tribunal can contribute to the resolution of the dispute. But when the law or facts are unclear, and when the requirements for international adjudication are satisfied, states may be able to avoid conflict by relying on tribunals” Posner y Yoo, 2005:22.

conformada por órganos decisorios independientes y permanentes, ha sido utilizada en un número reducido de veces. La razón para esto, en la visión de los autores, reside en la oposición de los países de someterse a una jurisdicción compulsoria y respecto a la cual no poseen control. Este Tribunal tampoco ha tenido éxito en lograr que el demandado cumpla las determinaciones de sus fallos, lo que ha ocurrido solamente en el 40% de los casos. Semejante desafío ha enfrentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, foro en el cual, según los cálculos de estos autores, solamente en un caso se verificó el cumplimiento integral de su fallo¹²⁷.

No obstante las críticas destinadas a varios Tribunales internacionales, nos concentraremos en aquellas dirigidas específicamente al GATT y al OSD de la OMC. Para esto contrarrestaremos cada uno de los argumentos utilizados por los autores mencionados con respecto a estos foros específicamente.

i) Los tribunales independientes representan una amenaza a la cooperación internacional porque ellos pueden emitir decisiones contrarias a los intereses de los Estados. Por este motivo los Estados se muestran reacios a utilizar estos tribunales, a no ser que tengan el control sobre los Jueces¹²⁸.

Al contrario de lo que disponen estos autores, los tribunales internacionales son creados justamente para garantizar que los compromisos de cooperación o la normativa de integración sean respetados. La amenaza existe cuando no se tiene garantía de que los acuerdos firmados hoy día serán respetados mañana por los Estados. Por esta razón, lo que se verifica, al menos en el ámbito del comercio internacional, es un movimiento inverso al que disponen los autores, es decir, se verifica un aumento de la creación y sofisticación de estos foros o tribunales, conforme ha sido detalladamente analizado en los capítulos I y II de esta tesis.

¹²⁷ Posner y Yoo, 2005:34-44.

¹²⁸ Estos autores señalan que: "We argue, by contrast, that independent tribunals pose a danger to international cooperation because they can render decisions that conflict with the interests of state parties. Indeed, states will be reluctant to use international tribunals unless they have control over the judges. On our view, independence prevents international tribunals from being effective" Posner y Yoo, 2005: 7

Los Tribunales o los MSCs son creados por los Estados en el momento mismo de creación de los acuerdos de integración de regional, conforme hemos demostrado inicialmente. Además, estos mecanismos han sufrido constante desarrollo hacia una mayor judicialización, lo que los ha alejado de un mecanismo dependiente hacia mecanismos que cuentan con tribunales u órganos decisorios independientes. En otras palabras, son los propios Estados los que han decidido, basándose en los desafíos encontrados, mejorar las reglas procesales y crear organismos decisorios más sofisticados, como se ha visto en detalle en el capítulo I y II. Por último, cabe mencionar que si esta teoría fuera verdadera los Estados estarían disminuyendo la utilización de estos MSCs, lo que no ha ocurrido, conforme se comprueba con más detalle en los tópicos que siguen.

En el caso específico del foro multilateral, estos autores defienden que el GATT fue más eficiente que el actual OSD porque era un tribunal dependiente de los países¹²⁹. Si esto fuera verdad, ¿cómo explicar entonces por qué los países decidieron abandonar esta característica y crear un foro que fuera más independiente? Tanto países menos desarrollados como los más desarrollados deseaban mejorar el procedimiento jurisdiccional del GATT para quitarle elementos políticos y de dependencia que impedían que el mismo funcionara de forma eficaz y justa. Todas las propuestas de reforma enviadas por los países comprueban justamente lo contrario de lo que plantean Posner y Yoo¹³⁰.

Resulta interesante citar, por último, que los propios autores entran en contradicción con el argumento de que los tribunales no deberían emitir una decisión que fuera

¹²⁹ En este sentido sintetizan disponiendo que “The GATT system is highly dependent, while the WTO system is highly independent” Posner y Yoo, 2005:46

¹³⁰ Vea propuestas enviadas a la OMC: **México**: MTN.GNG/NG13/W/42, 12 July 1990 y MTN.GNG/NG13/W/1, 6 April 1987; **Australia**: MTN.GNG/NG13/W/11, 24 September 1987); **Argentina**: MTN.GNG/NG13/W/17; 12 November 1987; **Nicaragua**: MTN.GNG/NG13/W/15, 6 November 1987; **Nueva Zelanda**: MTN.GNG/NG13/W/2, 22 April 1987; **Hungría**: MTN.GNG/NG13/W/18, 12 November 1987; **Perú**: MTN.GNG/NG13/W/23, 3 March 1988; **Estados Unidos**: MTN.GNG/NG13/W/3, April 22, 1987; MTN.GNG/NG13/W/6, June 25, 1987; **Japón**: MTN.GNG/NG13/W/7 y MTN.GNG/NG13/W/9; **Suiza**: MTN.GNG/NG13/W/8, 1 July 1987; **Jamaica**: MTN.GNG/NG13/W/5, June 25, 1987; **Países Nórdicos**: MTN.GNG/NG13/W/10, 18 September 1987; **Corea**: MTN.GNG/NG13/W/19, 20 November 1987; **Austria**: MTN.GNG/NG13/W/25, 8 March 1988.

contraria a los intereses de las partes. Así, si por un lado defienden esta teoría, por otro en el propio texto reconocen que un tribunal no puede agradar a los intereses de dos partes y, por consecuencia, claramente una de ellas saldrá perdiendo la demanda¹³¹.

ii) Según Posner y Yoo, la principal función de los tribunales internacionales es aclarar hechos o el significado de algunas disposiciones ambiguas de los tratados o acuerdos. Argumentan que los Estados no necesitan Tribunales si la normativa y los hechos están claros¹³².

Esta afirmación omite uno de los principales roles que desempeña cualquier tribunal, que es el de solucionar un impasse o conflicto entre las partes por medio de la verificación del cumplimiento de una normativa que no necesariamente padece de los defectos de la ambigüedad u omisión. Del análisis de los fallos emitidos en los distintos MSC se puede fácilmente verificar que la gran mayoría de las demandas comerciales no involucra la necesidad de llenar una laguna legal o aclarar una normativa, sino llevar a cabo la verificación de cuál de las partes la violó. Además esta propia tesis contraría el reconocimiento hecho por los autores previamente de que los tribunales también cumplen una función más amplia de verificación de cumplimiento o violación¹³³.

¹³¹ De esta foma sostienen que “These observations bring into focus the limits of international tribunals. They can help states solve cooperation problems by providing information and delivering unbiased opinions. But they cannot issue judgments that run contrary to the interests of the parties to a dispute. If they do so, their rulings will be ignored and states will use them less often” Por otro lado, en el texto reconocen que “It is important to understand what it means to say that the tribunal serves the states’ interests. We mean ex ante interests. Ex post—after the dispute begins—only one state can win, and the tribunal cannot please both states by declaring them both Winers” Posner y Yoo, 2005: 17 y 27.

¹³² En relación a este aspecto estos autores defienden que: “States do not need a tribunal if the law and the facts are clear. When a treaty or convention clearly governs the dispute and states have the same information about the relevant facts, there is nothing a tribunal can contribute to the resolution of the dispute” Posner y Yoo, 2005: 22.

¹³³ Conforme reconocen los autores “Tribunals can serve as a device to resolve the impasse by providing a neutral judgment about the law and the facts” y más adelante “(...) States have imperfect information about whether an action is consistent with a treaty, and the tribunal can help bring that information to light”. Posner y Yoo, 2005: 16 y 18, respectivamente.

iii) Posner y Yoo afirman que si los tribunales independientes emiten decisiones contrarias a los intereses de la partes, ellos serán ignorados y los países utilizarán cada vez menos sus servicios. De esta forma, garantizar la independencia de un tribunal perjudica su eficiencia¹³⁴.

En los tópicos a seguir analizaré en detalle cada uno de los aspectos utilizados por Posner y Yoo para medir la eficacia del OSD: i) utilización del mecanismo y ii) decisiones cumplidas¹³⁵. Comprobaré que, al contrario de lo que sostienen estos autores, el uso del OSD ha aumentado debido, entre otros factores, al aumento de su credibilidad. Claramente este no representa el único aspecto que justifica el aumento de las demandas, toda vez que los factores externos al funcionamiento del OSD son los que en definitiva interfieren en el flujo de demandas¹³⁶.

En relación al segundo aspecto comprobaré que el OSD ha logrado hacer que gran parte de las decisiones sean cumplidas. Para que no queden dudas en cuanto a este tema, desarrollaremos una metodología propia que ofrece un acercamiento sobre el poder adjudicatorio del OSD según las regiones y países involucrados. De esta forma es posible verificar no solamente si una determinada región ha sido exitosa en términos generales en lograr que la parte contraria cumpla la normativa de integración, sino también verificar en relación a qué países o regiones ha sido más

¹³⁴ Ellos sostienen que los tribunales “can help states solve cooperation problems by providing information and delivering unbiased opinions. But they cannot issue judgments that run contrary to the interests of the parties to a dispute. If they do so, their rulings will be ignored and states will use them less often. And therein lies the problem. More independent tribunals are less likely to issue decisions that are satisfactory to all state parties to a dispute. So making a tribunal independent may actually undermine its effectiveness. For these reasons, we argue that effectiveness and independence are, at best, uncorrelated and may be negatively correlated”. Posner y Yoo, 2005: 27 y 28.

¹³⁵ Posner y Yoo también utilizan un tercer aspecto: el del éxito del acuerdo que crea el tribunal. Sin embargo, creemos que este aspecto, además de no poder ser medido de una forma sencilla, involucraría el análisis de varios otros factores externos respecto a los cuales los autores no se hacen cargo tales como el análisis del panorama económico, la estabilidad financiera de los mercados, la verificación de incidentes aislados que influyen en los flujos de comercio. Estos pueden variar por varios factores que van desde el cambio climático o el aumento de las *commodities*, como la gripe aviar o la gripe porcina, etc.

¹³⁶ En este sentido algunos factores que podrían contribuir al aumento de las demandas pueden ser representados por el aumento del flujo de comercio, el activismo en la creación o modificación de normativas que regulan el comercio, las crisis económicas que generan un aumento por las presiones proteccionistas, los brotes de enfermedades animales (fiebre aftosa, gripe porcina, gripe aviar) que estimulan la imposición de barreras injustificables al comercio, etc.

exitosa. Esto responde a la inquietud de saber si un país o región ha sido exitoso incluso en contra de los países más poderosos del sistema multilateral.

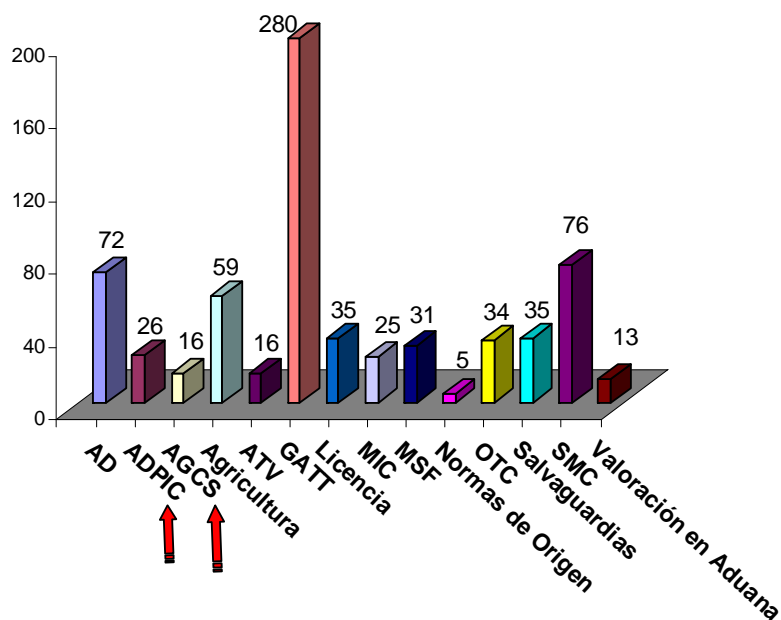
II. AUMENTO DE LA CREDIBILIDAD DEL OSD

Posner y Yoo atribuyen el aumento de la participación en el OSD a la regulación de otros dos temas no abarcados en el GATT como la propiedad intelectual y los servicios y a la adhesión de más miembros en la OMC. Sin duda estos elementos han contribuido al aumento de las demandas iniciadas en el OSD, pero ellos no han sido decisivos. Estos aspectos justifican solamente un pequeño número de demandas iniciadas, conforme se comprobará más adelante, lo que nos induce a suponer que la confiabilidad generada por decisiones basadas en reglas de derecho, seguida del aumento del cuerpo jurisprudencial y de precedentes han contribuido de forma mucho más importante en la disposición de los países en accionar el OSD. Estos aspectos, fueron omitidos del análisis de Posner y Yoo.

Carece de fundamentación el argumento de que la reglamentación de nuevas materias (propiedad intelectual y servicios) justifica el aumento de las demandas en el OSD¹³⁷. Si bien es cierto que 42 demandas iniciadas hasta diciembre de 2007 se referían a la violación de los Acuerdos que regulan estos dos temas (26 en cuanto al tema de propiedad intelectual y 16 en cuanto al de servicios), este número no es sustancial considerando el universo de 369 casos iniciados en este periodo (véase gráfico 6). Esto equivale a decir que estos temas generaron solamente 11% de las demandas iniciadas entre 1995 y 2007. Esto se explica porque los temas tradicionales tratados en este foro continúan siendo la violación al Acuerdo GATT, Acuerdo de Antidumping, Acuerdo de Agricultura y Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

¹³⁷ Sobre la influencia de estas dos normas en el activo uso de este foro, afirman que: "In addition to producing the WTO, the Uruguay round greatly strengthened the international trade law relating to intellectual property and services. Thus, these topics were more likely to arise in legal disputes during the WTO era" Posner y Yoo, 2005: 47.

Grafico 6. Acuerdos multilaterales referidos en cada controversia, 1995-2007



Nota: **ADPIC** - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual; **AGCS** - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios¹³⁸
 Fuente: elaboración propia

El segundo argumento utilizado por Posner y Yoo para explicar el aumento de la participación de los países en el OSD se refiere a la adhesión de más miembros en la OMC.

A fines de 1994 el GATT contaba con 128 miembros signatarios. Con la creación de la OMC se sumaron 26 nuevos miembros a fines de 2007. Sin embargo, de éstos

¹³⁸ Significado de las demás siglas utilizadas: **AD**-Acuerdo Antidumping; **ADPIC** - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual; **AGCS** - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; **Agricultura** - Acuerdo sobre la Agricultura; **ATV** - Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido; **GATT** - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; **Licencia** - Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; **MIC** - Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio; **MSF** - Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; **Normas de Origen** - Acuerdo sobre las Normas de Origen; **OTC** - Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; **Salvaguardias** - Acuerdo de Salvaguardias; **SMC** - Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; **Valoración en Aduana** - Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII (Valoración en Aduana)

solamente 5 utilizaron el OSD¹³⁹. En el total, fueron interpuestas 13 demandas por los nuevos miembros y ellos fueron igualmente demandados en 13 controversias. Esta suma de 26 casos en los cuales los nuevos miembros participaron, equivale a 7% de las demandas interpuestas entre 1995 y 2007. Esto demuestra que la adhesión de los mismos no ha contribuido de manera sustancial al aumento total de las demandas verificadas en el OSD. Esto porque los países que adhirieron a la OMC no son los que tradicionalmente han hecho uso del mecanismo de solución de controversias, de forma que su incursión en este sistema no ha alterado de forma considerable el número de demandas¹⁴⁰. Consecuentemente, carece de validez el argumento de Posner y Yoo de que el ingreso de nuevos miembros justifica el aumento de las demandas.

A continuación analizamos tres factores que comprueban la afirmación realizada en la hipótesis de que **la judicialización del MSC de la OMC ha contribuido a la mayor credibilidad de este foro**: i) mayor amplitud de la participación de los países, ii) aumento de la confiabilidad generada por decisiones basadas en reglas de derecho, iii) fortalecimiento de la previsibilidad generada por la creación de un cuerpo de precedentes y de una jurisprudencia uniforme. El análisis del primer factor también comprueba la debilidad del argumento de Posner y Yoo mencionado anteriormente.

1. EL IMPACTO DE LA CONFIABILIDAD DE UN MECANISMO MÁS JUDICIALIZADO EN LA AMPLITUD DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS PAÍSES

Durante todo el periodo de funcionamiento del GATT (1947–1994) se presentaron 432 demandas y en el OSD (1995-2007) se presentaron 369 casos. Es decir, con doce años de funcionamiento ya se presentaron en el OSD un número de demandas aproximado al que en el GATT se necesitó de cuarenta y siete años para lograr. En

¹³⁹ Albania, Arabia Saudita, Armenia, Brunei Darussalam, Bulgaria, Camboya, China, Croacia, Ecuador, Estonia, Ex-Republica Yugoslavia de Macedonia, Georgia, Granada, Jordania, Letonia, Lituania, Moldova, Mongolia, Nepal, Oman, Panama, Republica Democrática Del Congo, Republica Kirguisa, Saint Kitts y Nevis, Taipei Chino, Tonga, Viet Nam,

¹⁴⁰ De los nuevos miembros, el único que estimamos que será muy activo en el OSD es China, mayoritariamente como demandado.

el GATT se presentaron un promedio de 9.2 controversias por año y en el OSD hasta 2007 un promedio de 28.4.

Un gran porcentaje de las demandas que se tramitaron en el GATT correspondió a aquellas que involucraban a los Estados Unidos (28%) y a las Comunidades Europeas (35%). Entre 1948 y 1994 el grupo del “Quad” (formado por las Comunidades Europeas, Estados Unidos, Canadá y Japón) y algunos otros países desarrollados fueron demandados en 94% de las controversias iniciadas. Los países en desarrollo fueron demandados en 6%. Comparándose el escenario actual con el anterior, se observa que en el OSD la brecha entre la participación de los países ricos y los pobres es menor (véase cuadro 9).

Con estas cifras, vale preguntarse por qué casi no existieron reclamos de los países signatarios más pequeños, y por qué el uso del sistema de solución de controversias se polarizó en los países centrales. En primer término, como señala Villamaría, porque era muy poco usual que los países débiles se atrevieran a enfrentar a los países poderosos y, en segundo lugar, por la falta de confianza en el MSC, particularmente a partir de la demanda presentada por Uruguay en 1961 contra 15 países desarrollados, invocando el art. XXIII del GATT y una lista de 576 medidas comerciales restrictivas.¹⁴¹ Como observa este autor, la demanda fue elaborada desde una doble perspectiva: con el objetivo de atraer la atención sobre las barreras comerciales que deben enfrentar las exportaciones de los países en desarrollo y para resaltar la ineficacia del GATT en la protección de los derechos de los países en desarrollo. Como ya era esperado, la regla del consenso positivo fue accionada y el grupo especial no admitió el reclamo del Uruguay.¹⁴²

La regla del consenso positivo requería, para remitir una diferencia a un grupo especial, el consenso de todas las partes contratantes, incluso del demandado. El temor fundamentado de que el demandado bloqueara la constitución del grupo

¹⁴¹ Documento: 11S/100

¹⁴² Villamaría, 2004: 11.

especial no estimulaba a los países a invertir tiempo y recursos para iniciar una demanda que podía ser fácilmente bloqueada. Además, aunque la demanda siguiera su curso hasta la emisión de un fallo final, su adopción también podría ser bloqueada según esta regla.

Otro indicador de la pérdida progresiva de confianza en el mecanismo poco judicializado del GATT reside en la disminución progresiva de los casos. Entre 1952 y 1958 fueron interpuestas 40 reclamaciones; en el período siguiente, 1960-1969, este número cayó a 10. Entre 1963 y 1970 solamente fueron iniciadas tres controversias. Como señalan los autores, los países estaban perdiendo la confianza en la capacidad del GATT para solucionar los conflictos satisfactoriamente.¹⁴³

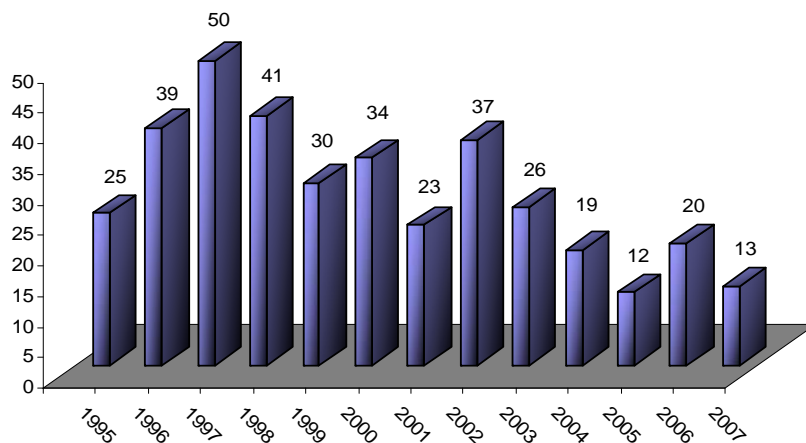
Tras la publicación del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) en 1995, se verificó un aumento creciente de las controversias en los tres primeros años.¹⁴⁴ Este hecho puede ser explicado por diversos factores, tales como: i) el fortalecimiento de la confianza de los países en el nuevo MSC considerando la introducción de reglas procesales más claras, precisas y un sistema decisorio más judicializado con la actuación de expertos imparciales; ii) el interés de los países en poner a prueba el funcionamiento del OSD; iii) la introducción de un cuerpo normativo más complejo con la Ronda Uruguay, aumentando con esto los compromisos jurídicos hacia una mayor liberalización comercial y, en consecuencia, la posibilidad de que haya un mayor número de violaciones a estas normativas.¹⁴⁵ Después de este “gran activismo inicial”, la utilización del OSD, a pesar de haber continuado intensa, se ha desarrollado de forma irregular (véase gráfico 7).

¹⁴³ Al respecto resulta interesante citar las palabras de Stewart, gran estudioso de los problemas del GATT: “Members lost confidence in GATT’s ability to resolve disputes and, as a result, abandoned the system and began applying unilateral measures. Parties simply thought the GATT rules were outdated, easy to evade through other trade measures, unbalanced and eventually led to unilateral retaliation”. Stewart, 1993: 2679.

¹⁴⁴ Cada consulta presentada formalmente al OSD es contada como una controversia aunque haya algunas que se refieran al mismo asunto (por ejemplo, el caso del azúcar –WT/DS265, WT/DS266, WT/DS283– se cuenta tres veces pues tres países solicitaron consultas sobre el mismo asunto, ganando cada cual un número distinto).

¹⁴⁵ Jackson, 1998: 11.

Grafico 7. Evolución de las controversias, 1995-2007



Fuente: elaboración propia

En términos participativos individuales, se observa que los países en desarrollo han participado cada vez más activamente en el OSD. Las estadísticas muestran que, si por un lado el número de quejas traídas por los Estados Unidos y las Comunidades Europeas ha disminuido en los últimos años, por otro lado, el número de demandas iniciadas por los países en desarrollo como Argentina, India, Brasil y México ha aumentado.

Cuadro 6. Principales países Reclamantes

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
EUA	6	17	17	10	10	8	1	4	3	4	1	3	4	88
CE	2	7	16	16	6	8	1	4	3	5	3	5	0	76
Canadá	5	3	1	4	2	1	3	4	1	2	0	1	2	29
Brasil	1	0	4	1	0	7	4	5	0	0	0	0	1	23
México	2	3	0	0	3	1	1	0	3	0	2	1	1	17
India	1	4	0	3	1	2	2	2	0	1	0	1	0	17
Argentina	0	1	1	0	0	1	1	4	1	0	0	5	0	14
República de Corea	0	0	2	0	1	3	0	1	3	2	0	1	0	13
Tailandia	1	3	0	0	1	2	1	0	2	1	0	1	0	12
Japón	1	3	1	1	2	1	0	2	0	1	0	0	0	12

Fuente: elaboración propia

Como demandado, Estados Unidos ha sido el país que tuvo sus políticas comerciales mayormente cuestionadas ante el OSD (99 casos), seguido de la Unión Europea (59).

Interesa notar que India, un país en desarrollo, ocupa el tercer lugar. Su política comercial ha sido cuestionada especialmente por la UE. También los países de América Latina han sido sustancialmente demandados por supuestas prácticas proteccionistas. De esta región, Argentina ha sido el país más demandado en la OMC por políticas proteccionistas aplicadas en distintos sectores (16 casos), seguido de Brasil (14) y México (14).

Cuadro 7. Principales países Demandados

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
EUA	4	8	10	6	11	11	6	19	6	7	3	5	3	99
CE	8	4	4	9	3	2	3	6	8	4	2	3	3	59
India	0	1	7	4	1	0	0	1	1	2	0	1	1	19
Argentina	0	1	1	4	3	3	3	0	0	0	1	0	0	16
Japón	4	4	3	1	0	0	0	1	0	1	0	1	0	15
Canadá	0	1	5	3	1	0	1	1	0	1	0	2	0	15
México	0	1	1	1	0	3	1	0	3	2	1	1	0	14
Brasil	1	4	2	1	1	2	1	0	0	0	1	1	0	14
República de Corea	3	2	3	0	3	0	0	1	0	1	0	0	0	13
Chile	0	0	3	0	0	2	4	1	0	0	0	2	0	12

Fuente: elaboración propia

El aumento de la participación de los países en desarrollo se debe a factores de orden externa (flujos comerciales, creación de normas nacionales de carácter proteccionista, etc.) e interna al OSD. En relación a estos últimos señalamos las reformas introducidas por el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) como el derecho a la intervención del grupo especial, derecho de apelar a una segunda instancia, y la adopción automática de los informes, sin que la parte contraria pueda impedirlo (fin de la regla del “consenso positivo” vigente en el sistema anterior). El hecho de que el enfoque “*power-oriented*” del MSC del GATT se haya transformado en un sistema más bien “*rule-oriented*” en la OMC ha contribuido a que los países en desarrollo se sientan más motivados a iniciar una demanda teniendo en cuenta que la judicialización del sistema lo torna más previsible y menos sujeto a cambios según las presiones políticas, aunque claramente no evite que estas sigan existiendo. La posibilidad de obtener una decisión fundada en reglas de derecho y no puramente en consideraciones políticas es un factor que ha dado mayor credibilidad a este foro.

Si analizamos la participación por regiones, se verifica que los países de América del Norte (sin México) representaron el grupo más activo, considerando el número total de controversias en que estuvieron involucrados como reclamantes y demandados. La gran mayoría de las controversias de esta región involucran a Estados Unidos. Los países europeos, en gran medida por las demandas iniciadas en conjunto por las Comunidades Europeas, fueron el segundo grupo más activo, seguido de América Latina, el Caribe y Asia. De un total de 369 controversias iniciadas hasta diciembre de 2007, 169 o el 46% correspondieron a demandas que involucran a los países latinoamericanos y caribeños, individualmente o sumados a otros (90 como reclamantes y 79 como demandados). Esto equivale decir que ALC ha participado como demandante y demandado en casi la mitad de los casos (véase cuadro 8).

Cuadro 8. Participación por región, 1995-2007

Región	Reclamante	Demandado	Total
América del Norte*	116	114	230
Europa	94	93	187
ALC	90	79	169
Asia	66	83	149
Otra	13	16	29

* México no fue computado en esta agrupación, sino en la de ALC

Nota: Una controversia puede ser computada en más de un grupo considerando que países de distintas regiones han figurado conjuntamente como reclamantes y/o demandados.

Fuente: elaboración propia

Si se analiza la participación según ingreso económico se verifica que los países de renta alta son los que más han activado la actuación del OSD (62% de los casos), seguidos de los de renta media alta (22%). Como demandados la situación es parecida: los países de renta alta y media alta también clasifican alto (61% y 21% respectivamente). Esto naturalmente ocurre porque países con economías más fuertes tienen un comercio internacional más dinámico y diverso y por esto son más susceptibles de ser parte de algún conflicto comercial.

Cuadro 9 - Participación de los miembros según ingreso económico, 1995-2007

Como Reclamante															
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total	%
Renta Baja	2	4	0	4	2	3	2	2	1	3	1	1	0	25	6%
Renta Media Baja	4	6	2	0	2	5	6	3	6	1	2	1	2	40	10%
Renta Media Alta	7	5	6	4	6	12	11	12	8	0	4	7	4	86	22%
Renta Alta	15	30	42	33	23	17	5	20	11	15	5	11	7	234	62%

Como Demandado															
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total	%
Renta Baja	0	2	8	4	1	2	0	1	1	2	0	1	1	23	6%
Renta Media Baja	0	9	3	1	3	6	3	3	5	1	3	4	5	46	12%
Renta Media Alta	4	7	7	9	10	12	10	3	5	2	4	4	0	77	21%
Renta Alta	21	21	32	27	16	14	10	30	15	14	5	11	7	223	61%

Nota: 1) La clasificación de los países corresponde a la lista confeccionada por el Banco Mundial ("World Bank list of economies")

2) Una controversia puede ser computada en más de un grupo considerando que países de distintos ingresos económicos pueden figurar conjuntamente como reclamantes y/o demandados.

Fuente: elaboración propia

Si comparamos estas cifras con las observadas en la época del GATT verificamos que existe un equilibrio mucho más evidente actualmente. Esto porque, conforme a lo mencionado, entre 1948 y 1994 el grupo del "Quad" (formado por las Comunidades Europeas, Estados Unidos, Canadá y Japón) y algunos otros países desarrollados fueron demandados en el 94% de las controversias iniciadas. Los países en desarrollo fueron demandados en un 6%. En el OSD, estos países de renta alta fueron demandados en el 61% de los casos y los países en desarrollo de renta media y baja en el 18%.

En el OSD además se nota el gran interés de los países en desarrollo en participar como terceros interesados. Lo han hecho en el 25% de las 369 controversias iniciadas hasta 2007. Los países africanos han participado en 11 controversias como terceros, aunque no hayan iniciado ninguna controversia. La participación de los países de ALC como tercero también ha sido sustancial. Un punto interesante que merece ser señalado es que esta forma de intervención ha sido comúnmente utilizada por los países más pequeños de América Latina y Caribe, como por ejemplo, Paraguay, Uruguay, Jamaica, Honduras y República Dominicana. Además, los países más pequeños se han asociado con países más grandes, como en el caso del banano, del

azúcar y del algodón, en los que los países latinoamericanos y caribeños defendieron la eliminación de políticas comerciales proteccionistas de los EE.UU y las CE.

Cuadro 10. Participación de ALC como Tercero, 1995-2007*

País	Partic. c/ Tercero	Partic. c/ Reclamante
América Latina		
México	51	17
Brasil	48	23
Guatemala	23	6
Argentina	23	14
Chile	21	10
Colombia	20	5
Honduras	19	6
Venezuela	16	1
Costa Rica	15	3
Paraguay	15	0
Ecuador	13	3
El Salvador	12	0
Peru	12	2
Nicaragua	11	1
CARIBE		
Cuba	15	0
Jamaica	9	0
Rep. Dominicana	9	0
Belice	5	0
Otros del Caribe	13	1
TOTAL	350	92

*Número de veces en que cada país actuó como Tercero y como Reclamante
Fuente: elaboración propia

Las principales razones que justifican el uso constante de este recurso residen en: i) la participación indirecta presenta una alternativa para los países de economías pequeñas sin capacidad de retorsión; ii) el interés de aumentar el “poder de presión” del reclamante; iii) la constricción financiera, ya que es mucho menos costoso participar como tercero que como parte principal; iv) las implicaciones políticas más acentuadas de iniciar una demanda como “reclamante”, lo que en general puede ser atenuado cuando se actúa como tercero, y v) la existencia de interés sustancial en la liberalización del comercio de otros países que son socios comerciales.

A pesar de que la participación de los países en desarrollo en el OSD ha sido mucho más democrática que la del antiguo GATT con la inclusión de nuevos actores antes inexistentes en este foro, como los países del Caribe¹⁴⁶, de América Central y Asia

¹⁴⁶ Cuba es la única excepción que figuró en una demanda que tramitó en el GATT

(Indonesia, Tailandia, Pakistán, Filipinas, Bangladesh, etc.) y por el uso constante de la participación indirecta como tercero, todavía existe una cierta limitación de los usuarios de este foro, la cual se concentra en un grupo de países en desarrollo asiáticos y latinoamericanos que poseen poder de retorsión. En el primer grupo están India, República de Corea, Japón y Tailandia; en el segundo, Brasil, México, Argentina y Chile.

Los países pobres todavía no han usufructuado efectivamente del sistema. Esto se debe a distintos factores, ya sean internos (sobre todo la falta de capacidad de retorsión, la susceptibilidad a presiones políticas de países más fuertes económicamente y el costo del litigio) o externos al OSD (tamaño del comercio internacional del país, importancia de las exportaciones, cantidad de socios comerciales, existencia de acuerdos comerciales preferenciales, etcétera).

Para darse una idea de la influencia negativa que estos factores externos generan tomemos como ejemplo el caso de los países africanos. Hasta 2007 ningún país africano había iniciado una controversia pero seis fueron interpuestas contra ellos: cuatro contra Egipto y dos contra Sudáfrica, dos de los países más prósperos de este continente. Además del problema de los altos costos de una demanda judicial, estos países tienen su comercio concentrado con pocos socios comerciales. Más de la mitad de las exportaciones africanas están destinadas a un solo socio comercial: las Comunidades Europeas. Claramente no existe voluntad política de demandar en esta situación, máxime cuando se goza de un trato especial y más favorable debido a la existencia de acuerdos comerciales preferenciales (Convención de Lomé y Acuerdo de Cotonú¹⁴⁷). De esta forma estos países no han tenido interés en cuestionar las subvenciones agrícolas europeas que han causado grandes pérdidas al continente africano y han desincentivado la inversión en lucrativos cultivos.

¹⁴⁷ La Convención de Lomé fue un acuerdo de intercambio comercial y cooperación entre la Unión Europea y los países ACP (África, el Caribe y el Pacífico) que estuvo vigente entre 1975 y 2000. El Acuerdo de Cotonú fue firmado en 2000 para sustituir la Convención de Lomé.

Tampoco han tenido interés en demandar a los Estados Unidos por los subsidios aplicados al algodón. Aunque estos subsidios afecten sustancialmente la economía y la principal fuente de renta de un número considerable de familias de Benin, Mozambique, Burquina Faso, Malí, estos países prefirieron no demandar a Estados Unidos, teniendo en cuenta las preferencias arancelarias de que gozan y otras formas de ayuda financiera que reciben del gobierno estadounidense.¹⁴⁸ Importa señalar que estas subvenciones han sido cuestionadas exitosamente por Brasil por medio de la demanda WT/DS267.

La decisión de someter un caso al OSD implica más que un análisis técnico y legal. Se trata más bien de una decisión política que requiere una estrategia gubernamental previa, ya que las implicaciones políticas de una demanda en contra de un país clave en las relaciones comerciales pueden ser más desfavorables que un eventual éxito en el ámbito jurídico. En este sentido, es inevitable que los países en desarrollo tengan menos ventajas que los países desarrollados ya que son más susceptibles a presiones políticas para no denunciar formalmente una práctica proteccionista de un país con el cual poseen relaciones comerciales.¹⁴⁹

Otro desafío que enfrentan los países más pobres son los costos de una demanda, los cuales se profundizan con la mayor judicialización del procedimiento de solución de controversias. Varios estudios indican que los costos de este sistema legal

¹⁴⁸ Interesa citar las palabras de Shaffer para quien: "A major challenge is that developing countries face extra-legal pressure from powerful countries, undermining the goal of objective trade dispute resolution through law. The powerful can exploit power imbalances and rhetorically rationalize their actions in non-power-based terms. There may be little that a small developing country can do to counter threats to withdraw preferential tariff benefits or foreign aid – even food aid – were the country to challenge a trade measure. Such political tactics can undermine developing country faith in the efficacy of the legal system" Shaffer y otros, 2006: 25.

¹⁴⁹ Sobre los desafíos enfrentados por los países menos desarrollados ver Davis, 2003 y Macaulay, 1995. El primero afirma que "Since developing countries have less economic and political resources to provide side-payments of their own, they will be unable to persuade developed governments to change existing policies" Davis, 2003a. De forma similar Macaulay también señala que "under bargaining, winning and losing is not necessarily related to 'legal' right or wrong; it may be related to the power and resources of the bargainers" Macaulay, 1995.

dificultan que los miembros en desarrollo más pobres participen de manera activa.¹⁵⁰ Los países cuyas ganancias con las exportaciones son pequeñas difícilmente participan de este mecanismo, como es el caso de los países poco desarrollados, los cuales presentan reclamaciones en circunstancias muy remotas o ni siquiera participan.

2. CONFIABILIDAD GENERADA POR DECISIONES BASADAS EN REGLAS DE DERECHO

La confiabilidad en el mecanismo, así como las propias “reglas de derecho”, ganan fuerza en la medida en que las decisiones tienen que ser jurídicamente fundamentadas, al contrario de lo que ocurría en el GATT. En este antiguo mecanismo las decisiones no contaban con un adecuado fundamento jurídico: muchas veces no demostraban un análisis profundo de los argumentos de las partes en contraposición con las normas jurídicas aplicables.¹⁵¹ En el actual OSD, en cambio, las decisiones priman por la profundidad de los argumentos jurídicos utilizados. Estos factores han contribuido a que decisiones superficiales caracterizadas por un tono diplomático se hayan transformado en decisiones con un alto nivel de fundamentación jurídica y de citas jurisprudenciales. Como señala Mavroidis la evolución del MSC de la OMC puede ser verificada en el aumento continuo de la calidad de las decisiones emitidas.¹⁵²

¹⁵⁰ En este sentido ver Busch y Reinhardt 2000, 2002, 2003b; Chad, 2004a, 2004b, 2005; Shaffer, 2003, 2005; Guzmán y Simmons, 2005.

¹⁵¹ Para mayores detalles sobre las falencias del GATT ver estudios de Petersmann. Según este autor “Given the merely advisory nature of reports and the panel mandate to assist the responsible GATT body in the rule-oriented resolution of the dispute through clear panel findings of facts and of law, this refusal to apply GATT rules was criticized by several contracting parties as being unwarranted, since it frustrated the right to a legal examination of the complainant by an independent expert body, it was also criticized as being tantamount to a ‘denial of justice’.” Petersmann, 2003: 260.

¹⁵² En este sentido señalan que: “How far the system has come from its diplomatic origins, how thick has become the layer of legality in the WTO, can be seen by considering the kinds of issues dealt with today by panels and the Appellate Body, and comparing the reports dealing with those issues with the report of the first dispute settled in GATT” Palmeter y Mavroids, 1999: 176.

Un ejemplo práctico de lo dicho anteriormente: en su primero fallo, el GATT se pronunció de la siguiente manera respecto de una demanda propuesta por los Países Bajos contra Cuba por la aplicación de un impuesto de importación discriminatorio:

“In response to a request for an interpretation of the phrase “charges of any kind” in paragraph 1 of Article I with respect to consular taxes, the Chairman ruled that such taxes would be covered by the phrase “charges of any kind”.¹⁵³

Este párrafo representa el contenido de la decisión en la cual se discutía si el impuesto de importación en cuestión estaba incluido en la expresión “*charges of any kind*” del artículo I:1 del GATT. Por otro lado, en el actual OSD, los informes emitidos por el grupo especial y el OA presentan un alto grado de detalle en cuanto a la fundamentación jurídica utilizada. Cada argumento esgrimido por las partes es ampliamente analizado, motivo por el cual los fallos actuales poseen unas 200 a 300 páginas. Para tener una idea, en el antiguo GATT se producía una media de 86 páginas de conclusiones por año, es decir de “*findings*” (la parte final del fallo) mientras que en el OSD este número pasó a un promedio de 693 páginas, ya en los primeros cinco años de su funcionamiento. Si se consideran todas las páginas de ambas instancias, tanto del grupo especial como del Órgano de Apelación, y demás decisiones de los árbitros, se llega a un total de 27.000 páginas de jurisprudencia (para los 81 casos con informe).¹⁵⁴

Las decisiones emitidas por los órganos decisorios del OSD hacen larga referencia a casos anteriores, no porque estén sujetos a la adopción de un mismo posicionamiento (regla del precedente), sino porque el razonamiento dado en otro caso resulta adecuado y aplicable al argumento utilizado en el caso actual. En la medida en que ha aumentado la base de jurisprudencia del OSD, también han aumentado las posibilidades de encontrar un fundamento jurídico adoptado en un fallo anterior y que

¹⁵³ BISD II/12.

¹⁵⁴ Ver cálculos en Sutherland, Peter et al 2004; Davey, 2004.

se adecue a un caso posterior.¹⁵⁵ El cuadro abajo demuestra el aumento progresivo de las referencias a jurisprudencia:

Cuadro 11. Jurisprudencias citadas en las decisiones del Órgano de Apelación

Caso	Título	Año del informe	Nº jurisprudencias citadas
WT/DS267	Estados Unidos: subvenciones al algodón estadounidense (upland)	2005	53
WT/DS265, WT/DS266 WT/DS283	Comunidades Europeas: subvenciones a la exportación de azúcar	2005	44
WT/DS217, WT/DS234	Estados Unidos: ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000	2003	27
WT/DS248, WT/DS249, WT/DS251, WT/DS252, WT/DS253, WT/DS254, WT/DS258, WT/DS259	Estados Unidos: medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero	2003	23
WT/DS192	Estados Unidos: medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán	2001	23

Fuente: elaboración propia sobre la base de informaciones de la OMC.

La jurisprudencia, además de ser utilizada como fuente subsidiaria del derecho de la OMC, informa y clarifica artículos ambiguos y omisos de los 19 acuerdos multilaterales y demás normativas¹⁵⁶. Este rico cuerpo jurisprudencial representa una verdadera base de explicación respecto a estos acuerdos considerando la detallada explicación dada en las decisiones en cuanto a los artículos cuestionados ya sea para aclararlos ya sea para llenar las omisiones legales.¹⁵⁷ Todos estos factores han

¹⁵⁵ También es común que los países que intervienen como terceros citen jurisprudencias respecto a las cuales existe la posibilidad de hacer comparación entre situaciones que tengan ciertas similitudes. En el caso *CE–subvenciones a la exportación de azúcar* (WT/DS265, WT/DS266 y WT/DS283) Austria intervino como tercero y alegó que el control gubernamental en el régimen del azúcar de las CE no es menos generalizado que en la situación que prevalecía en el asunto *Canadá–productos lácteos*. Véase documento WT/DS266/AB/R, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 42.

¹⁵⁶ El propio texto del ESD prevé esta labor interpretativa y aclaradora al disponer en el artículo 3.2 que “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público (...)”

¹⁵⁷ Ejemplos de aclaraciones de las normativas: en el caso *Japón–medidas que afectan a los productos agrícolas*, el Órgano de Apelación aclara cuál debe de ser la interpretación correcta de los artículos 2.2 y

contribuido a conferir mayor credibilidad a las decisiones emitidas por los órganos decisorios del OSD y por ende, a este propio foro.

3. CONFIABILIDAD GENERADA POR LA PREVISIBILIDAD QUE APORTAN LOS PRECEDENTES Y UNA JURISPRUDENCIA UNIFORME

El tercer aspecto que ha contribuido para la mayor credibilidad del OSD en comparación al antiguo mecanismo reside en la mayor uniformidad y previsibilidad de las decisiones emitidas en este mecanismo más judicializado.

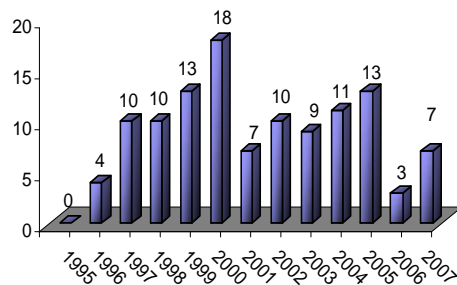
La labor de una década del OSD ya es suficiente para dar un direccionamiento respecto a la forma de pensar y de juzgar de sus órganos decisorios a través del análisis de los precedentes y del cuerpo jurisprudencial formado.¹⁵⁸ Estos elementos aportan cierto grado de previsibilidad en cuanto a la posibilidad de éxito o fracaso de una demanda, lo que explica en parte la disminución del número de recursos presentados al Órgano de Apelación en los últimos años. Esto ocurre porque los Gobiernos se encuentran más familiarizados con el posicionamiento jurídico de los miembros de este órgano (véase cuadro 12).

5.7 del Acuerdo MSF y la relación entre ellos (WT/DS76). En el caso *Estados Unidos–hilados de algodón* se aclara el objetivo del artículo 22.4 del ESD al disponer que “Se ha interpretado sistemáticamente que esta disposición del ESD no justifica compensaciones de carácter punitivo” (*Estados Unidos–hilados de algodón*, documento WT/DS192/AB/R, párrafos 119-120).

Como ejemplo del rol de la jurisprudencia en orientar a las partes frente a la omisión de un Acuerdo, el Órgano de Apelación estableció su posición frente a una omisión del Acuerdo SMC: “(...) las disposiciones del Acuerdo SMC no dan una ayuda explícita con respecto a la relación entre las disposiciones sobre subvenciones a la exportación de dicho Acuerdo y el párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994. Al faltar una orientación textual específica de este tipo, para determinar la relación entre las disposiciones del párrafo 1 a) del artículo 1 y del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC y las disposiciones del párrafo 4 del artículo XVI del GATT de 1994 debemos basarnos en el texto de las disposiciones pertinentes en su conjunto (...)”. Para más detalles ver *Estados Unidos–EVE*, documento WT/DS108/AB/R, párrafo 117.

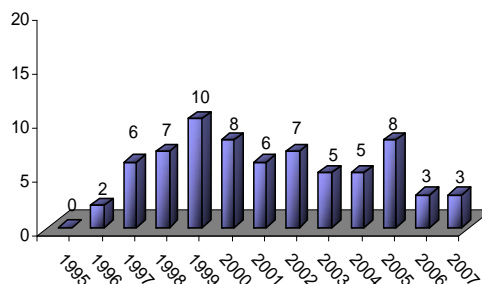
¹⁵⁸ La controversia entre Brasil y Canadá (WT/DS46, WT/DS70, WT/DS71, WT/DS222) sirve de importante precedente para uno de los casos que promete ser de los más complejos de la historia del OSD: la disputa comercial entre Estados Unidos y las CE en defensa de sus respectivas empresas de aviación: Boeing y Airbus (WT/DS316 y WT/DS317).

Gráfico 8. Informes Grupo Especial



Nota: la estadística no incluye informes emitidos de acuerdo con el artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD).

Gráfico 9. Informes Órgano de Apelación



Nota: la estadística no incluye informes emitidos de acuerdo con el artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD).
Fuente: elaboración propia.

Cuadro 12. Informes apelados

Año	Informes GE	Informes apelados	%
1995	0	0	0
1996	4	4	100%
1997	10	10	100%
1998	10	7	70%
1999	13	10	77%
2000	18	11	61%
2001	7	5	71%
2002	10	5	50%
2003	9	6	67%
2004	11	9	82%
2005	13	7	54%
2006	3	2	67%
2007	6	2	33%
Total	114	78	68%

Otro dato interesante reside en que más de la mitad de las decisiones emitidas en primera instancia fueron objeto de apelación (68%). La razón para este número significativo de recursos puede ser atribuida, entre otros factores, a la confianza que existe en la imparcialidad y en el profesionalismo del OA. Sin embargo, se espera que el número de apelaciones disminuya con los años debido a la predictibilidad de las decisiones en materias ya abordadas, consecuencia de la madurez del cuerpo jurisprudencial que se está formando.

Es importante resaltar que no existen precedentes vinculantes y, de esta manera, ni los grupos especiales ni el Órgano de Apelación están forzados a seguir el posicionamiento adoptado en un caso semejante ya decidido, aunque se trate de las mismas partes y sobre las mismas cuestiones. En el sistema de solución de diferencias de la OMC no hay una norma de *stare decisis* según la cual las decisiones precedentes obliguen a los grupos especiales y al Órgano de Apelación en los casos

subsiguientes, aunque aquellas contengan una cierta interpretación de las mismas disposiciones consideradas en el caso posterior.¹⁵⁹ Sin embargo, en la práctica se verifica que estos órganos han basado sus argumentos jurídicos en precedentes y en la amplia jurisprudencia ya creada.

III. AUMENTO DE LA EFECTIVIDAD DEL OSD

1. EFICACIA EN HACER QUE LOS PAÍSES DEMANDADOS CUMPLAN LA NORMATIVA MULTILATERAL ACORDADA

Además de afirmar en la hipótesis de esta tesis que la mayor judicialización del MSC de la OMC ha contribuido a la mayor credibilidad de este foro, también se afirma que este factor ha contribuido a la mayor eficacia del mecanismo.

Para medir la eficacia del OSD se analizan dos aspectos: i) la capacidad de este mecanismo de lograr que los países demandados cumplan la normativa de integración y ii) la efectividad de este mecanismo en hacer prevalecer las reglas de derecho frente a las presiones políticas de los países más poderosos. En última instancia, lo que se busca saber es si países más débiles económicamente poseen oportunidades de lograr decisiones favorables de órganos decisorios y si pueden contar con el poder de adjudicación de este mecanismo para hacer que el país perdedor cumpla la normativa supuestamente violada.

Varios estudios han debatido, en el campo teórico, la eficiencia e independencia del OSD. La mayoría de los autores ha defendido la posición de que las presiones políticas no han logrado influir en las decisiones del OSD y que el sistema ha

¹⁵⁹ Esta regla vale tanto para la relación horizontal (entre grupos especiales), como para la vertical (entre un grupo especial y el Órgano de Apelación), es decir que no existe precedente vinculante ni con relación a decisiones anteriores de otros grupos especiales ni en cuanto a decisiones de estos respecto a las del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación tampoco está obligado a atenerse a sus interpretaciones jurídicas de casos anteriores.

funcionado relativamente bien, a pesar de algunas deficiencias procesales¹⁶⁰. Una minoría sostiene que las presiones políticas de los países más fuertes han minimizado la eficacia de mecanismo¹⁶¹. Posner y Yoo afirman que la judicialización (y la consecuente independencia de los órganos decisorios) ha tornado este foro ineficaz. Estos autores hacen una comparación simplista de la eficacia del OSD y del GATT, según el número de demandas solucionadas por medio de acuerdo entre las partes o por cumplimiento del fallo, presentando el siguiente resultado logrado:

Cuadro 13. Resultado de la actuación del OSD según estimación de Posner y Yoo, 1980-2000

Foro	Cumplimiento del fallo			Total de casos
	No cumplido	Parcial	Total	
GATT	85 (38%)	54 (24%)	87 (38%)	226
OSD	32 (21%)	20(13%)	102 (66%)	154
TOTAL	117(31%)	74 (19%)	189(50%)	380

Fuente: Posner y Yoo, 2005: 49

Partiendo del supuesto de que se hubiera empleado una metodología más transparente¹⁶², el número porcentaje de fallos cumplidos (totalmente y parcialmente) en el OSD (79%) es superior al logrado por el GATT (62%). Los propios autores reconocen el resultado superior mostrado por el OSD en este análisis, sin embargo atribuyen este hecho a la incorporación del tema de servicios y propiedad intelectual, los cuales, en su opinión generan demandas más fáciles de solucionar¹⁶³. Sin

¹⁶⁰ En este sentido ver 1) Marc L. Busch and Eric Reinhardt, 2006; 2) MATON, John and MATON, Carolyn, 2007.. Ver también estudios de J. Jackson, Davis, Chad, Shaffer, Busch y Reinhardt

¹⁶¹ Para más detalles ver Richard H. Steinberg, 2004.

¹⁶² Posner y Yoo informan que este resultado fue tomado del estudio de Reinhard. Sin embargo, este autor demuestra el resultado de 298 demandas interpuestas en el GATT. Por otro lado, Posner y Yoo presentan el resultado de solamente 226 demandas en el GATT. Además del desencuentro de número de casos considerados, no queda claro por qué ninguno de estos autores hizo el análisis de todas las controversias presentadas en el GATT, las cuales, según el propio Posner, sumaron 432 controversias. Para más detalles ver Reinhardt, 2001.

¹⁶³ Sobre este aspecto es importante citar textualmente las palabras de estos autores: "The WTO seems superior to GATT. A greater portion of WTO cases result in full concessions, and a smaller portion result in no concessions. As noted, however, at the same time that the DSU was created, the reach of laws governing trade in services and intellectual property expanded. When the scope of trade law grows, states might initially bring the easiest disputes—the low-hanging fruit—and these disputes are most likely to result in substantial concessions. The study from which Table 5 was compiled does not test this hypothesis, but a more limited study of disputes between the European Union and the United States did.

embargo, estos temas no son de fácil resolución. De los 26 casos que involucraban propiedad intelectual, 10 requirieron la actuación del GE y en 13 las partes llegaron a un acuerdo mutuo. De los 16 que involucraban servicios, 7 requirieron la intervención del GE y solamente en 2 casos las partes llegaron a un acuerdo mutuo. Los demás no computados quedaron inactivos.

En lugar de detenernos en argumentos de frágil fundamentación y que carecen de comprobación, por medio de esta tesis buscamos traer una luz a las discusiones que últimamente se han llevado a cabo en los foros internacionales respecto a la eficacia del OSD. Para esto se analizará el resultado concreto de las controversias iniciadas hasta diciembre de 2007, tomándose en consideración el estado en que las mismas se encontraban a esta fecha. No se ha desarrollado análisis semejante para el GATT considerando la falta de información oficial en cuanto al resultado de las demandas iniciadas en este foro¹⁶⁴.

El objetivo es determinar dónde se concentran los conflictos; el número de casos juzgados a favor del demandante y, principalmente, el resultado obtenido, es decir, el número de casos en que la actuación del OSD logró que el país demandado cumpliera la normativa violada, independientemente del poder económico del mismo. Para llegar a este último dato, se considerará la suma de las controversias en las que se modificó la medida proteccionista cuestionada ya sea por acuerdo mutuo, por revocación voluntaria de la medida tras el inicio de la demanda, o como consecuencia del cumplimiento del informe. Para facilitar el análisis también se computan como

In the latter study, the statistical significance of the correlation between the operation of the WTO and the rise in concession rates disappeared after controlling for cases involving services and intellectual property. If these results hold up in more complete studies of more member states, it will be difficult to credit the enhanced levels of concessions to the DSU" Posner y Yoo, 2005: 49.

¹⁶⁴ Lo que se encuentra disponible en el sitio web oficial de la OMC son las decisiones de los Paneles. En algunos casos excepcionales se encuentra alguna información sobre el cumplimiento en el propio laudo arbitral como en la demanda BISD II/188. Este laudo dispone que las partes llegaron a un acuerdo mutuo: "Agreement on this matter was reached between the two governments and notified to the CONTRACTING PARTIES on 6 November 1950".

acatamiento de la normativa los casos en que el informe está en fase de cumplimiento (según las reglas del artículo 21 del ESD).

En cualquier análisis de esta especie, hay que tener en cuenta la significativa cantidad de casos que se encuentran “inactivos”. Clasificamos así a las controversias que dos años después de su recepción de solicitud de consulta no han evolucionado hacia el establecimiento de un grupo especial, y para las cuales tampoco ha sido notificada una solución (incluye las controversias en que las partes han alcanzado una solución, si esta solución no fue notificada formalmente al OSD, y las que eventualmente hayan sido resueltas en otra controversia análoga, es decir, en otra en la que se discute la misma medida proteccionista). La práctica ha demostrado que estas controversias se paralizan debido a que el reclamante, en general, inicia una controversia como una estrategia jurídica para “forzar” al demandado a llegar a un acuerdo o incitarlo a revocar la medida cuestionada, a veces sin fuertes intenciones de llevar el caso adelante, es decir, a las fases jurisdiccionales. Esto ocurre especialmente si existen otros intereses en juego, como por ejemplo cuando hay un acuerdo de libre comercio-TLC firmado entre las partes y el conflicto pone en riesgo estas relaciones bilaterales¹⁶⁵.

Teniendo en cuenta este objetivo, lo más frecuente es que ocurran dos tipos de situaciones: a) las partes acaban por llegar a un acuerdo fuera del ámbito del OSD, o b) las negociaciones se prolongan por años sin un acuerdo satisfactorio para el reclamante. En ambos casos, las partes no comunican formalmente al OSD el acuerdo alcanzado o la situación de las negociaciones, motivo por el cual la demanda queda en suspenso o inactiva. Ejemplo de esto son los casos WT/DS187 y WT/DS185, en que Trinidad y Tobago llegó a un acuerdo con el reclamante, Costa Rica, conforme comprueba el Comunicado de Prensa CP/049 del Ministerio de

¹⁶⁵ Davis señala la reticencia de Estados Unidos a llevar adelante una controversia en contra de China teniendo en vista el TLC firmado entre ellos. En este sentido dispone: “A USTR official commented that subcabinet officials endorsed bringing a case against China for its improper administration of tariff-rate quotas and its use of export subsidies on agricultural products, but administration officials were said to be reluctant to go forward with the case for fear it would hurt the bilateral relationship” Davis, 2003c: 24.

Comercio Exterior de Costa Rica, del 2 de mayo de 2000. Sin embargo, no se comunicó formalmente al OSD, de forma que según la OMC no se ha establecido un grupo especial ni notificado una solución.¹⁶⁶ Otro ejemplo es la disputa entre México y Estados Unidos con respecto al cemento (WT/DS282). La Embajada de Estados Unidos en México comunicó el acuerdo logrado entre las partes por medio de un comunicado de prensa (número 33/06) el 19 de enero de 2006.¹⁶⁷ Sin embargo, este acuerdo no fue llevado formalmente a la OMC.

En el cuadro 14 se incluyó una columna donde se estiman los casos en que la normativa violada se cumplió fuera del ámbito del OSD y los países no procedieron con la debida comunicación formal. Para llegar a esta estimación se sumaron los cumplimientos comprobados y la mitad de los casos inactivos. Esto, porque claramente no se puede decir que en la totalidad de los casos que están inactivos las partes hayan logrado un acuerdo. Al suponer que en la mitad de ellos puede haber habido un acuerdo, se busca un equilibrio sin propender a ninguno de los lados. Cabe a cada lector decidir cuál cree que sería el porcentaje más adecuado. Con esto se busca aclarar el debate ofreciendo un resultado objetivo que nos acerque todo lo posible a la realidad, en un contexto en el que la obtención del resultado preciso es casi imposible debido a la falta de transparencia de muchos de los acuerdos logrados diplomáticamente fuera del OSD.

¹⁶⁶ Información ofrecida en el sitio http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/WT/DS187_s.htm, visitado el 22/06/08.

¹⁶⁷ Véase <http://www.usembassy-mexico.gov/boletines/sp060119cemento.html>.

Cuadro 14. Eficacia en la obtención del cumplimiento de la normativa violada, 1995-2007

Antes de la intervención de los órganos decisórios						Tras la intervención de los órganos decisórios				Eficacia del resultado			
Reclamante	Demandado	Nº casos	Solución mutua antes del Informe	Medida conflictiva revogada /a	Inactivo /b	Informes transitado en juzgado /c	Caso juzgado favorable al Reclamante	Informes Cumplidos	Informes en cumplimiento /d	Cumplimiento de la normativa violada /e		Presunción de cumplimiento (cumplimiento + 50% casos inactivos)	
Africa	0	0	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Asia	Asia	14	3	--	5	5	5	1	4	8	57%	10,5	75%
	Africa	3	1	--	2	--	--	--	--	1	33%	2	67%
	ALC	5	--	2	3	--	--	--	--	2	40%	3,5	70%
	Canadá	1	--	--	--	1	1	1	--	1	100%	1	100%
	CE	17	3	--	7	7	7	2	5	10	59%	13,5	79%
	» EUA	26	1	2	3	17	13	6	6	15	58%	16	61%
	Oceania	2	--	--	2	--	--	--	--	0	0%	1	50%
ALC	Asia	3	2	--	1	--	--	--	--	2	67%	2,5	83%
	Africa	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
	» ALC	38	3	5	16	7	6	3	2	13	34%	21	55%
	Canadá	3	--	--	1	2	2	--	2	2	67%	2,5	83%
	CE	23	5	--	8	6	6	1	4	10	43%	14	61%
	EUA	25	1	--	9	11	11	3	7	11	44%	15,5	62%
	Oceania	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Europa/CE	Asia	26	5	--	10	9	9	2	7	14	54%	19	73%
	Africa	2	--	--	1	1	1	--	1	1	50%	1,5	75%
	ALC	17	--	--	9	5	5	1	4	5	29%	9,5	56%
	Canadá	5	--	--	1	2	2	2	--	2	40%	2,5	50%
	CE	11	1	1	8	--	--	--	--	2	18%	6	54%
	» EUA	33	2	--	13	15	14	5	9	16	48%	22,5	68%
	Oceania	2	1	--	1	--	--	--	--	1	50%	1,5	75%
EUA	Asia	29	8	--	4	11	10	3	6	17	59%	19	65%
	Africa	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
	ALC	16	3	--	7	6	6	3	3	9	56%	12,5	78%
	Canadá	5	--	--	--	4	4	1	3	4	80%	4	80%
	» CE	36	11	1	14	8	5	--	4	16	44%	22	61%
	Oceania	4	1	--	2	1	1	1	--	2	50%	3	75%
Oceania	Asia	3	2	--	--	--	--	1	--	3	100%	3	100%
	Africa	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
	ALC	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
	Canadá	1	--	--	--	1	1	1	--	1	100%	1	100%
	» CE	4	2	--	--	2	2	--	2	4	100%	4	100%
	» EUA	4	--	--	--	4	4	2	2	4	100%	4	100%
	Oceania	1	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Canada	CE	8	1	--	3	3	2	--	2	3	37%	4,5	56%
	» EUA	13	--	--	6	6	4	3	1	4	31%	7	54%
	Otros	6	2	--	--	3	3	1	2	5	83%	5	83%
TOTAL		386*	58	11	136	137	124	43	76	176	56%	140	73%

Notas: /a: Se refiere a las controversias en las que el reclamante solicitó la retirada de la consulta o constitución del grupo especial u OA debido a que el demandado revocó la medida cuestionada.

/b: Inactiva: corresponde a aquellas controversias que dos años después de su inicio (recepción de solicitud de consulta) no han evolucionado hacia el establecimiento de un grupo especial, y para las cuales tampoco ha sido notificada una solución (incluye las controversias en que las partes han alcanzado una solución, si esta solución no fue notificada formalmente al OSD, y las que eventualmente hayan sido resueltas en otra controversia análoga).

/c: Se refiere al número de informes en los que no cabe más recurso de apelación (con plazo para recurso ya expirado), los cuales pueden ser del grupo especial o del OA, dependiendo de la instancia en la cual llegó la controversia.

/d: Cuando la recomendación del informe está en fase de implementación, según el artículo 21 del ESD.

/e: Suma de las controversias en las que hubo modificación de la medida proteccionista cuestionada ya sea por acuerdo mutuo, porque la medida fue revocada, o porque el informe fue cumplido o está en cumplimiento (bajo el artículo 21 del ESD). El porcentaje es calculado con base en el número total de casos presentados.

*El número es mayor que el número de demandas efectivamente iniciadas hasta diciembre de 2007 dado que aquellas en las que existen más de un demandante se computan en más de una línea del cuadro. Nota: CE incluye las demandas en que las Comunidades Europeas o algún país europeo aisladamente figura como parte.

Fuente: elaboración propia.

Varias conclusiones pueden extraerse del cuadro 14. Las controversias han sido juzgadas favorablemente al reclamante en el 90% de los casos. Las Comunidades Europeas han sido el bloque con el cual más se ha llegado a una solución mutua antes de la intervención de los órganos decisorios. Este acuerdo en la fase pre-judicial ha sido más evidente en las controversias iniciadas por Estados Unidos. En otras palabras, este es el país que ha logrado un mayor número de acuerdo con las Comunidades Europeas en la fase de consultas. El número de casos que se encuentran “inactivos” es significativo, mayormente en las disputas entre las dos grandes potencias mundiales: Estados Unidos y las Comunidades Europeas. Este dato nos lleva a la conclusión de que iniciar una demanda para forzar a la otra parte a llegar a un acuerdo ha sido una estrategia de litigio comúnmente utilizada por estos dos países. Lo mismo puede decirse de las controversias entre los países de América Latina y el Caribe. Los países desarrollados son los que más tardan en cumplir los fallos del OSD. Como se verifica en la columna “informes en cumplimiento”, Estados Unidos y las Comunidades Europeas en general agotan los trámites del artículo 21 del ESD, es decir, el procedimiento jurisdiccional que se sigue tras la emisión del fallo final.¹⁶⁸

El cuadro 14 señala el promedio porcentual de cumplimiento de la normativa violada logrado por cada región, además de Estados Unidos y Canadá.¹⁶⁹ Los países de Oceanía (Australia y Nueva Zelanda) fueron los más exitosos, habiendo logrado un 100% de las liberalizaciones comerciales pretendidas. Estados Unidos ha sido exitoso en el 58% de las demandas iniciadas, mayormente en aquellas contra Canadá. Sus demandas en contra de las Comunidades Europeas han sido menos exitosas (44%).

Europa ha logrado que los países demandados cumplieran la normativa violada en un 41% de las demandas, resultado inferior incluso al de las otras regiones menos

¹⁶⁸ Algunos ejemplos de fallos aún no implementados: Canadá–aeronaves, Estados Unidos–Enmienda Byrd, Estados Unidos–acero (Japón), Estados Unidos–patentes/copyright y Estados Unidos–Sec.211 de la Ley Omnibus de Asignaciones.

¹⁶⁹ En lugar de utilizar la región de América del Norte, preferimos considerar a Estados Unidos y Canadá aisladamente para no distorsionar el resultado, ya que existe una gran asimetría entre ellos y México. Por este motivo este último país es agrupado en la región de América Latina y el Caribe, con la que se identifica más.

desarrolladas, como América Latina y el Caribe y Asia. El mayor logro ha sido en las demandas en contra de los países asiáticos. Es interesante observar que una de las mayores resistencias para cumplir la normativa multilateral proviene de los países de América Latina y el Caribe y no de Estados Unidos, como sería de suponer. Esto ocurre debido a la existencia de un gran número de demandas en contra de América Latina y el Caribe que están inactivas. Canadá ha logrado un resultado bastante favorable en relación a varios demandados, con excepción de las Comunidades Europeas y Estados Unidos, a los cuales ha destinado la gran mayoría de sus controversias. Por este motivo en el cómputo general ha logrado un promedio de 50% de éxito en las demandas, resultado inferior al de América Latina y el Caribe y Asia, por ejemplo. Prácticamente la mitad de sus casos contra Estados Unidos se encuentran inactivos. Los que avanzaron hasta la emisión de un fallo han obtenido un resultado positivo.

América Latina y el Caribe han conseguido la alteración de la medida proteccionista cuestionada, o el cumplimiento de la normativa violada, en un 51% de las demandas, mayormente en aquellas contra los países asiáticos y Canadá. En los casos en contra de Estados Unidos y las Comunidades Europeas este porcentaje es inferior a la mitad. Es interesante observar que la resistencia mayor se registra en las demandas intrarregionales. En otras palabras, las demandas contra los propios países latinoamericanos son las menos exitosas. Como se observa en el cuadro 14, la mayoría de estas demandas han quedado inactivas, lo que sugiere que los países latinoamericanos también hacen gran uso de la estrategia jurídica de llevar el caso al OSD para presionar por un acuerdo y/o que han arreglado un parte sustancial de sus diferencias extrajudicialmente. Si consideramos la metodología utilizada en este estudio para los casos que se encuentran inactivos, se estima que la liberación comercial ha sido lograda en el 55% de las demandas entre los países de la región y en un 67% en el promedio general.

Asia ha logrado el cumplimiento de la normativa cuestionada en el 50% de las demandas. Es interesante observar que los países en desarrollo de esta región lograron que Estados Unidos y las Comunidades Europeas alteraran sus normativas proteccionistas en más de

la mitad de las demandas (58% y 59%, respectivamente). Se estima que, en términos generales, esta región ha logrado la liberación comercial en el 72% de las demandas.

De acuerdo con lo anterior, no tiene gran respaldo la afirmación de varios estudiosos de que los países más poderosos han dominado el OSD y son los más exitosos. Tanto los países desarrollados como los países en desarrollo han logrado resultados positivos de forma equilibrada. Si colocamos a Asia y América Latina y el Caribe, de un lado, y a Europa, Estados Unidos y Canadá, de otro, el promedio final de éxito obtenido en cuanto al cumplimiento de la normativa multilateral violada ha sido de un 50% para ambos conjuntos. Al contrario de lo que afirman algunos estudiosos del tema, no son solo los países más poderosos los que logran que la parte contraria cumpla el fallo. Por ejemplo, los países asiáticos y latinoamericanos han sido más exitosos que las Comunidades Europeas. Otro mito que se derrumba dice relación con la fragilidad de los países en desarrollo y la tendencia a ponerlos como víctimas de las políticas proteccionistas de los más ricos. Conforme se verifica en la tabla, los países en desarrollo han sido comúnmente cuestionados respecto a la aplicación de normas proteccionistas y han mostrado reticencia a liberalizar sus mercados. Además, los países desarrollados también tienen dificultades para conseguir que otros países desarrollados cumplan algunos fallos. Un ejemplo en este sentido son las controversias entre Canadá y Estados Unidos.

Cuadro 15. Logros en el cumplimiento de la normativa violada, 1995-2007

Cumplimiento de la normativa violada *				Cumplimiento de la normativa violada *			
Reclamante	Demandado	Cumplimiento de la normativa violada *	Presunción de cumplimiento**	Reclamante	Demandado	Cumplimiento de la normativa violada *	Presunción de cumplimiento**
Asia	Asia	57%	75%	ALC	Asia	67%	83%
	Africa	33%	67%		Africa	--	--
	ALC	40%	70%		ALC	34%	55%
	Canadá	100%	100%		Canadá	67%	83%
	CE	59%	79%		CE	43%	61%
	EUA	58%	61%		EUA	44%	62%
	Oceania	0%	50%		Oceania	--	--
		50%	72%			51%	69%
Europa/CE	Asia	54%	73%	EUA	Asia	59%	65%
	Africa	50%	75%		Africa	--	--
	ALC	29%	56%		ALC	56%	78%
	Canadá	40%	50%		Canadá	80%	80%
	CE	18%	54%		CE	44%	61%
	EUA	48%	68%		Oceania	50%	75%
	Oceania	50%	75%				58%
		41%	64%				
OCEANIA	Asia	100%	100%	CANADA	CE	37%	56%
	Africa	--	--		EUA	31%	54%
	ALC	--	--		Otros	83%	83%
	Canadá	100%	100%				50%
	CE	100%	100%	Promedio Total			
	EUA	100%	100%	Cumplimiento de la normativa logrado		56%	
Oceania	--	--	Presunción de cumplimiento		73%		
		100%	100%				

*Suma de las controversias en las que hubo modificación de la medida proteccionista cuestionada, ya sea por acuerdo mutuo, porque la medida fue revocada, o porque el informe fue cumplido o está en cumplimiento (bajo el artículo 21 del ESD).

** Presunción de cumplimiento: cumplimiento de la normativa logrado + 50% de los casos inactivos.

Fuente: elaboración propia.

El resultado final de la eficacia del OSD ha sido positivo. En un 56% de las demandas el país perdedor cumplió la normativa que estaba violando. Se estima que este número puede llegar a 73% si consideramos las controversias inactivas. Países pequeños, grandes, de alta, mediana y baja renta han logrado indistintamente decisiones favorables. Desde economías menores como Antigua y Barbuda y Costa Rica, o medianas, como la de Chile, hasta economías más grandes como Brasil, México e India han logrado decisiones jurídicas importantes contra las barreras comerciales de los países desarrollados¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Así, las islas de Antigua y Barbuda ganaron la emblemática demanda en la que cuestionan las medidas aplicadas por las autoridades estadounidenses que afectan al servicio de juegos de azar y apuestas electrónicas (WT/DS285). Costa Rica salió victoriosa en las cuatro demandas iniciadas. Una de ellas

Sin embargo, no se puede soslayar que, de una forma genérica, la presión de los países en desarrollo contra las prácticas proteccionistas está concentrada en aquellos que poseen una economía más fuerte. Gran parte de los casos en que los países en desarrollo se beneficiaron de la modificación de la política comercial cuestionada involucraron a Brasil, México, Chile, Argentina, India, República de Corea, Singapur y Tailandia. Estos números indican que los países en desarrollo de ingreso medio y alto son los que realmente están en condiciones de presionar a los países desarrollados hacia una modificación de la política proteccionista cuestionada. A pesar de esta concentración, el resultado sigue siendo mejor que el del mecanismo anterior.

La confianza en el procedimiento judicial del OSD no aleja el temor de los países más débiles a demandar a socios comerciales con los cuales tienen algún acuerdo o de los cuales reciben algún tipo de asistencia o ayuda (como el trato preferencial dado por las Comunidades Europeas a sus ex colonias africanas y caribeñas por medio del Acuerdo de Cotonú). Por otro lado, para no perder las grandes oportunidades que un sistema más judicializado ofrece, estos países buscan posicionarse de manera estratégica al momento de iniciar una demanda, concentrándose en aquellas en las cuales poseen capacidad de retorsión.¹⁷¹ La decisión de los países en desarrollo de participar en el OSD está relacionada principalmente con los siguientes factores: la importancia relativa de las exportaciones como parte del PIB; la existencia de expertos jurídicos; la capacidad de aplicar retorsión al adversario; y las relaciones políticas entre ellos. De este último aspecto se evalúan las relaciones diplomáticas de ambos, la existencia de acuerdos de libre comercio o cualquier otro proceso de integración comercial y las futuras implicaciones de llevar un conflicto al ámbito jurídico.¹⁷²

cuestionaba las restricciones estadounidenses a las importaciones de textiles (WT/DS24). En las tres otras, a pesar de no haber sido comunicado formalmente al OSD, se logró un acuerdo satisfactorio (WT/DS333, WT/DS187, WT/DS185). Pakistán salió victorioso en las tres demandas que inició, dos de ellas contra Estados Unidos (WT/DS58, WT/DS192, WT/DS357). En todas estas demandas los países demandados cumplieron el fallo del OSD.

¹⁷¹ Chad, 2004b.

¹⁷² Chad, 2004b; Chad, 2005.

Importa señalar también que en un número considerable de casos el cumplimiento de la normativa violada ha ocurrido en la fase de consultas, es decir, antes del establecimiento de un grupo especial. El solo inicio de la primera etapa (las consultas formales) ha persuadido al país demandado a que reconsidere su posición y ofrezca un acuerdo. Las mayores posibilidades de éxito se concentran en los casos en que los países demandantes tienen capacidad negociadora, la cual muchas veces está asociada a la capacidad de aplicar retorsión en la parte contraria. Cuanto más depende el demandado de sus exportaciones al mercado consumidor del demandante, mayor es el “poder de fuego” de este para ejercer presión en su favor.¹⁷³ De esta forma, el problema para los países en desarrollo no está en la fase contenciosa, la cual es decidida en base al derecho, sino en la fase pre-contenciosa, donde el elemento político-económico juega un gran rol.¹⁷⁴ Teniendo en cuenta la divergencia en la capacidad de retorsión de los países, es aún más importante la concentración de fuerzas en la etapa preliminar de consultas, lo que demanda inversión en capacitación humana, institucional y técnica.

2. PRESIÓN POLÍTICA DE LOS PAÍSES MÁS PODEROSOS *versus* REGLAS DE DERECHO

Otro aspecto importante para medir la eficacia de un MSC es su capacidad de hacer prevalecer las reglas del derecho, es decir, el ordenamiento jurídico sobre las voluntades políticas. Algunos autores han defendido que el OSD ha sido un Tribunal eficaz especialmente para los países desarrollados¹⁷⁵. Nosotros defendemos que este foro ha sido eficaz para los países desarrollados y en desarrollo.

¹⁷³ Chad sugiere que hay capacidad de retorsión cuando los demandantes son responsables por la importación de al menos US\$11,2 miles de millones en productos del demandado. En los casos en que los demandantes no tuvieron éxito con sus demandas, su mercado importaba US\$5,2 miles de millones. Chad, 2004b.

¹⁷⁴ Sobre este aspecto interesa citar las palabras de Busch y Reinhardt: “Developing countries, as it turns out, are no less likely to win a ruling than wealthier complainants. Moreover, defendants are just as likely to comply with a ruling won by a developing country as they are with a ruling won by a wealthier complainant. Rather, the problem is that developing countries are far less likely than richer ones to induce a settlement *before* a ruling is issued. In other words, wealthier countries tend to resolve their disputes through negotiation, either in consultations or at the panel stage before a verdict, whereas poorer complainants are unable to get complainants to offer substantial concessions at these points in the process.” Véase Busch y Reinhardt, 2004: 6.

¹⁷⁵ Hudec dispone que “the “system is more responsive to the interests of the strong than to the interests of the weak.” Hudec, 1993: 353.

Para comprobar esta hipótesis, hacemos el análisis sobre cuánto ha logrado el OSD que las potencias cumplan las reglas de derecho o, en otras palabras, cuán eficaz ha sido su sistema de adjudicación en demandas contra países que poseen gran capacidad de establecer presión política para lograr la defensa de sus intereses particulares. Tomemos el caso de Estados Unidos, el país más demandado en el OSD. De las 52 decisiones emitidas hasta diciembre de 2007, en 45 de ellas el OSD consideró que Estados Unidos aplicaba medidas proteccionistas contrarias a la normativa de la OMC, es decir que este país perdió en 86% de las decisiones. De estas decisiones falladas en contra de Estados Unidos, 42% fueron cumplidas y 49% se encuentran en fase de cumplimiento. De esto se concluye que el gobierno de Estados Unidos cumplió o ya está cumpliendo el 91% de las decisiones falladas en su contra. En cuatro casos fue autorizada la retorsión, en uno de ellos la medida conflictiva expiró tras la emisión de la decisión final.

Cuadro 16. Eficacia del sistema adjudicatorio en las decisiones falladas en contra de Estados Unidos y las Comunidades Europeas, 1995-2007

Pais demandado	Informes finales emitidos*	Informes en contra la política del país demandado		Informes cumplidos		Informes en cumplimiento**		Retorsion autorizada
		Nº	%	Nº	%	Nº	%	
EUA	52	45	86%	19	42%	22	49%	4
CE	23	21	91%	4	19%	16	76%	3

*Se refiere al número de informes respecto a los cuales no cabe más recurso de apelación, los cuales pueden haberse finalizado frente el grupo especial o el OA, dependiendo de la instancia en la cual llegó la controversia.

** Se refiere a aquellas controversias que tramitan según los artículos 21.3 y 21.5 del ESD y en las que han sido presentadas notificaciones sobre el status del cumplimiento.

Nota: existen tres casos en contra de Estados Unidos y uno en contra de las CE en que todavía no existe información oficial sobre el status del cumplimiento del informe; en un caso en contra de Estados Unidos la medida cuestionada expiró tras la emisión del Informe.

Fuente: elaboración propia.

El cumplimiento de las decisiones ha sido más ágil en aquellos casos en que la adaptación requiere una medida administrativa por parte del poder Ejecutivo. Por el contrario, ha sido más lento en aquellos que requieren intervención legislativa, lo que involucra un proceso de cambio más complejo.¹⁷⁶ El gobierno estadounidense fue capaz de cumplir, o está en vías de cumplir, al menos 26 de las decisiones en su contra por medio de acciones administrativas. Estas acciones en general están relacionadas con

¹⁷⁶ Wilson, 2007: p.3.

dumping, subvenciones y salvaguardias. Esto porque la revocación de la medida cuestionada requiere la intervención del órgano emisor que hace parte del Ejecutivo.

Los casos más problemáticos son los que involucran una alteración legislativa por parte del Congreso estadounidense. En siete casos la actuación del Congreso ha sido necesaria para el cumplimiento de la decisión¹⁷⁷. En tres de estos casos el OSD tuvo que autorizar la aplicación de retorsión: EE.UU.-Enmienda Byrd (WT/DS234, WT/DS217), EE.UU.-Ley Antidumping 1916 (WT/DS136), y el EE.UU.-Trato Fiscal de Venta en el Extranjero-FSC (WT/DS108).

En el caso de las controversias en contra de las Comunidades Europeas, el segundo miembro más demandado en el OSD y uno de los más poderosos económicamente, también se ha obtenido un resultado positivo. De un total de 23 decisiones emitidas hasta diciembre de 2007, 21 consideraron la política europea contraria a la normativa de la OMC. De este total, el 16% ya fueron cumplidas y un 79% se encuentra en fase de cumplimiento. Esto significa que el OSD ha logrado que las Comunidades Europeas tomen medidas para cumplir el 95% de las decisiones falladas en su contra. El gran número de casos que todavía está en fase de cumplimiento se debe a la complejidad para alterar normativas comerciales en el seno de las Comunidades Europeas, lo que requiere el consenso de varios países europeos.

Además, en tres casos las Comunidades Europeas llegaron a un acuerdo con la parte reclamante antes de la emisión de la decisión (WT/DS7, WT/DS12, WT/DS14). Dos han sido los casos problemáticos para lograr que las CE cumplan la decisión, generando la autorización para aplicar retorsión: el del banano (WT/DS27) y el de la hormona en la carne (WT/DS26, WT/DS48).

¹⁷⁷ US-FSC, US-Offset Act(Byrd Amendment), US-Section 211 Appropriations Act, US-1916 Act, US-Section 110(5) Copyright Act, US-Upland Cotton, US-Hot-Rolled Steel.

No se puede perder de vista que, a pesar de la importancia de un procedimiento más judicializado, este aspecto por sí solo no garantiza que un país fuerte económicamente se vea compelido a cumplir el fallo. La existencia de un Tribunal independiente que emite sentencias obligatorias influencia positivamente en el *animus* de la parte perdedora a cumplirlas. Sin embargo, el factor esencial para que se verifique el cumplimiento de la decisión no reside en la rigidez del mecanismo de adjudicación, sino en la capacidad de retorsión de la parte ganadora, conforme hemos expuesto en esta tesis.

IV. RETOS PARA EL OSD Y PROPUESTAS DE REFORMA

A pesar de que este tópico no guarda relación con el objetivo de la hipótesis creemos que se hace necesario dejar claro que la defensa de una mayor judicialización no es hecha a ciegas y que se deben tomar en cuenta los problemas que esto ha generado (costo). Tampoco se defiende el OSD como un modelo ideal, que, por lo demás, no creemos que exista. A pesar de que este foro multilateral ha avanzado más que los regionales bajo el punto de vista institucional y procesal, todavía quedan desafíos que merecen ser señalados.

Desde el inicio de la Conferencia Ministerial de Doha en 2001, los gobiernos de los Miembros convinieron en celebrar negociaciones para mejorar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias-ESD, lo que se ha llevado a cabo en reuniones extraordinarias del OSD. En estas ocasiones los países han discutido las propuestas de perfeccionamiento del ESD.¹⁷⁸ Las principales se refieren a: i) retiro formal de los reclamos que permanecen inactivos durante varios años sin ninguna indicación de que los países reclamantes quieran seguir ocupándose de ellos; ii) incorporación de nuevas etapas, como la posibilidad de reenviar, o remitir, el asunto al grupo especial que haya

¹⁷⁸ Los documentos de trabajo acerca de las negociaciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias son identificados por las iniciales TN/WT/DS/W/* . Así, por ejemplo el documento TN/WT/DS/W/19 se refiere a un comunicado por Cuba, Honduras, India y otros países conteniendo propuestas de mejora del EWT/DS para los países en desarrollo, el TN/WT/DS/W/52 se refiere a las propuestas de Chile y EE.UU, el TN/WT/DS/W/45 se refiere a las propuestas de Brasil, el TN/WT/DS/W/12 se refiere a las propuestas de Costa Rica, etc.

entendido inicialmente en el asunto si en la etapa de apelación se plantean cuestiones de hecho que no hayan sido examinadas por el grupo especial; iii) adopción de un sistema de tipo lista para designar a los miembros de los grupos especiales (al menos un integrante del grupo especial vendría de esta lista y los demás vendrían por el procedimiento actualmente en vigor); iv) ampliación del número de miembros del Órgano de Apelación; v) la apertura de los procedimientos a la vista o asistencia de la sociedad civil y entidades no gubernamentales y el trato que se debe dar a los escritos *amicus curiae*¹⁷⁹; vi) modificación de la cuestión de procedimiento de la “secuencia”¹⁸⁰, vii) alternativas para hacer frente al aumento de los costos; viii) falta de capacidad de retorsión de los países más pobres¹⁸¹.

En este estudio nos importan, en mayor medida, los dos últimos aspectos. Esto porque, a pesar de que defendemos el proceso de judicialización de los MSCs, sabemos que este ha implicado un aumento del costo de la demanda. Tampoco dejamos de considerar que las divergencias en el poder de retorsión de los países representa un reto importante.

No obstante las ventajas apuntadas anteriormente, no se puede pasar por alto el hecho de que la judicialización implica una mayor complejidad y alargamiento del

¹⁷⁹ *Amicus curiae* es la persona que, no siendo parte en una demanda judicial petitiona a la corte/tribunal por tener especial interés, ej. comunicaciones de opiniones de ONG, etc. En el caso *EE.UU.-Camarón* (WT/DS58), se permitió una forma de participación de ONG`s que no estaba prevista en las disposiciones del ESD. El Órgano de Apelación decidió respecto al poder discrecional, tanto del Panel como del propio OA de recibir informes de ONG`s. *In casu*, se tomó en consideración un estudio presentado por una ONG relacionado con asuntos medioambientales. Aunque esta decisión ha sido susceptible de críticas porque de alguna manera se alteró la normativa del ESD, este hecho no constituyó una barrera para que entidades no gubernamentales pudieran participar del procedimiento de solución de diferencias en calidad de *amicus curiae*. Para tener más informaciones vea Durling and Harling 2005.

¹⁸⁰ La cuestión se plantea a causa de la falta de claridad en el texto del ESD respecto del orden en que deben tener lugar dos etapas del procedimiento cuando un Miembro considera que otro Miembro no ha cumplido plenamente las resoluciones definitivas.

¹⁸¹ La cuestión se plantea a causa de la falta de claridad en el texto del ESD respecto del orden en que deben tener lugar dos etapas del procedimiento cuando un Miembro considera que otro Miembro no ha cumplido plenamente las resoluciones definitivas.

procedimiento¹⁸², lo que agrava el tiempo y el costo del litigio. La modificación del OSD hacia una mayor judicialización trajo consigo los costos que normalmente acompañan al aumento de la complejidad de cualquier sistema jurídico¹⁸³. Así, si por un lado el ESD introdujo cambios procesales positivos como plazos más concretos, el derecho a un Panel sin los frenos que la norma del “consenso positivo” generaba y la revisión de la decisión por una segunda instancia (OA), por otro lado, aumentó el costo financiero de la demanda tanto por el alargamiento como por la complejidad de su procedimiento. Este hecho ha demandado la actuación de profesionales altamente especializados de prestigiosas firmas jurídicas internacionales, las cuales no cobran menos que US\$ 250.000/300.000 para acompañar las fases iniciales de un caso sencillo¹⁸⁴.

Teniendo en cuenta la posibilidad que abre el ESD de alargar el procedimiento jurídico, la mejor estrategia pasa a ser la inversión en la etapa pre-contenciosa para presionar un acuerdo en la fase de consultas por medio del asesoramiento de un equipo de expertos. Esto requiere una buena representación diplomática en la OMC, un cuerpo de funcionarios bien calificado dentro y fuera del país y una infraestructura eficiente para darles soporte.¹⁸⁵

¹⁸² El alargamiento adviene de la inclusión de la instancia revisora y de la doble instancia en la etapa de implementación del fallo en la cual las partes pueden ocasionar una segunda actuación tanto del Grupo Especial como del Órgano de Apelación.¹⁸²

¹⁸³ Ozden señala los altos costos que acompañan esta legalización al disponer que “Increased legalization requires “armies of high-fee lawyers”. Higher financial cost of dispute tilts the field in favor of the wealthier countries who can afford it” Özden, 2003:10. Busch señala que “This is a regrettable side-effect of the much-vaunted move toward a more rule-oriented system” Busch and Reinhardt, 2003b: 15.

¹⁸⁴ En este sentido Cottier ha señalado que “Good, persuasive legal arguments, supported by precedents and cross-references (also to related agreements and to general international law) and presentation of facts according to pertinent legal criteria are, indeed, essential prerequisites to successfully argue a case. Evidently, all this requires considerable and time-consuming legal research. The allocation of adequate human resources is therefore an essential condition for success. In addition, complex cases require administrative structures which allow response within very short time spans to questions of law and fact raised during proceedings” Cottier, 1998: 353. Para más detalles sobre los costos ver Horlick, 1995: 126; Williams, 2002: 6.

¹⁸⁵ En este sentido, países como India, Cuba, Malasia, Sri Lanka y otros han sugerido enmiendas al ESD para permitir que los países en desarrollo puedan ser reembolsados si ganan una controversia en contra un país desarrollado. Véase documento TN/WT/DS/W/19 (9 October 2002).

Las grandes potencias ya poseen una infraestructura jurídica permanente compuesta por varios abogados y economistas que trabajan en las misiones permanentes en Ginebra. Por otro lado, los países en desarrollo que están afuera del grupo de los más activos (Brasil, Chile, Argentina y México, India, etc.), tienen dificultad para contar con profesionales capacitados y para acompañar de cerca los cambios normativos y negociaciones que se llevan a cabo en la OMC, por la falta de una misión permanente en Ginebra.

Importa mencionar que varios autores han presentado propuestas para aminorar los costos tales como la creación de un instituto que ofrezca servicios jurídicos subsidiados (rol desarrollado actualmente por el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC¹⁸⁶) e incluso gratuitos (los cuales todavía no existen a pesar de la propuesta de crear una especie de Centro de Asesoría en África para servir a los países de este Continente). También se propuso incorporar la previsión de un artículo que contemple el reembolso de los gastos con los costos de la demanda o la creación de un procedimiento paralelo más sencillo para las demandas más pequeñas y menos complejas (llamado “small claims fast track”).

El tema de la retorsión también nos interesa teniendo en cuenta que una mejora del mismo en el ámbito multilateral podrá influir en la reforma de los MSCs regionales, los cuales adoptan semejante sistema de adjudicación. En este contexto, el reto reside en la asimetría de poder económico de los países y la dependencia comercial entre ellos, lo que influye negativamente en su capacidad de aplicar esta medida cuando la parte perdedora no cumple el fallo.

Todavía no existe una propuesta verdaderamente conclusiva respecto a cómo solucionar el problema de la falta de capacidad de retorsión. Lo que se ha discutido es la aplicación de “cross-retaliation”, o, en otras palabras, la aplicación de retorsión por varios países y no sólo por el ganador de la demanda. También se discute la sustitución de la misma por

¹⁸⁶ Mayores detalles en: http://www.acwl.ch/e/index_e.aspx. Las propuestas presentadas por los países africanos puede ser encontrada en TN/DS/W/15, 25 September 2002.

la compensación financiera. A pesar de la gran cantidad de propuestas presentadas¹⁸⁷, consideramos que el principio de base que debe inspirar este proceso es no dañar el sistema existente, dado sus valiosos atributos y el exitoso rol que viene desempeñando en asegurar un tratamiento equitativo de las partes y en hacer que los países no se aparten de la normativa jurídica acordada.

El proceso de revisión del ESD iniciado en 1998 todavía sigue inconcluso, ya que muchos países no están listos para aceptar reformas que dinamizarían el funcionamiento del OSD¹⁸⁸. Si, por un lado, hay países que desean que los cambios del OSD apunten a una mayor judicialización del procedimiento (la gran mayoría de los países en desarrollo y poco desarrollados), por otro, están aquellos que prefieren lo contrario. En este último caso tenemos el ejemplo de Estados Unidos. Las sugerencias presentadas por este país insisten en la necesidad de aumentar la flexibilidad del sistema¹⁸⁹. El gobierno estadounidense defiende el cambio hacia un modelo de solución de controversias más conciliador, donde las partes y la normativa (ESD) deciden las reglas procesales y los plazos para la evolución de una controversia. La propuesta incluso defiende la idea de que estos órganos emitan una especie de “informe interino” que posee una función de orientar las partes para que ellas, al final, decidan el contenido de la decisión, a semejanza de lo que pasa en el MSC del capítulo 20 del TLCAN. En otras palabras, los EE.UU. defiende la aplicación del mismo procedimiento que logró que prevaleciera en el TLCAN.

¹⁸⁷ Para una revisión de las propuestas presentadas es interesante consultar el Review of the Dispute Settlement Understanding del Institute of International Economic Law. Disponible en www.law.georgetown.edu/iieel/current/WT/DSureview/index.html.

También el sitio de la OMC mantiene el “New negotiations on the Dispute Settlement Understanding” Disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations

¹⁸⁸ En este sentido dispuso Mercurio “Members are not ready to accept radical change that could bring about major improvements to the system” Mercurio, 2004: 798

¹⁸⁹ Véanse los documentos de la OMC TN/WT/DS/W/28, 23 Diciembre 2002; TN/WT/DS/W/52, 14 Marzo 2003.

Según el Gobierno estadounidense, el GE y el OA han excedido sus funciones decisorias, asumiendo un rol legislativo inadecuado. En este contexto, interesa citar el comentario de Mercurio para quien la propuesta norteamericana hacia un modelo más conciliador de solución de controversias es desconcertante, ya que este país dirigió la campaña en favor de un modelo de solución de controversias más judicializado durante la Ronda Uruguay debido a la imposibilidad de hacer valer sus derechos en el marco del GATT. De hecho, un objetivo vital durante la Ronda Uruguay fue la negociación de un tratado multilateral que estableciera un MSC más eficaz para hacer frente a las barreras del comercio exterior de bienes y servicios”¹⁹⁰.

La posición de Estados Unidos es aún más cuestionable considerando que este país defiende una mayor transparencia del OSD y, sin embargo, aboga a favor de un procedimiento basado en soluciones diplomáticas, cuyo contenido queda limitado a los altos funcionarios de gobierno. Es sabido que cuanto más judicializado el sistema, mayor la transparencia del procedimiento. Afortunadamente este posicionamiento no ha encontrado respaldo de otros miembros. Tras la experiencia del GATT ya se sabe que cuanto más politizado, mayores las oportunidades de que el procedimiento sea manipulado por las naciones más poderosas. La debilidad del MSC del GATT ya sirvió de aprendizaje.¹⁹¹

¹⁹⁰ “The American proposal towards a more conciliatory model of dispute settlement is bewildering, as the US-led the campaign for a more adjudicatory model of dispute settlement during the Uruguay Round due to the inability to enforce its rights under the GATT. In fact, a core American objective during the Uruguay Round was the negotiation of a more effective multilateral dispute resolution mechanism that would improve the ability of the United States to address foreign trade barriers to US exports of goods and services” El autor mismo autor señala opinión con la cual concordamos: “Shifting the power for resolving disputes from the independent DSB to a group or coalition of Member States would erode the basis of dispute settlement in the WTO and the fundamental tenets upon which the DSU operates. Shifting the ultimate decision-making ability from the DSB to the Members themselves would most certainly lead to a situation whereby a powerful Member or group of Members could bribe or coerce smaller Member States to approve or disapprove Panel and Appellate Body reports as per the wishes and desires of the larger Member(s).” Mercurio, 2004: 818.

¹⁹¹ “Binding dispute settlement brought about by the WTO eliminated much of the shortcomings and subsequent lack of compliance associated with the GATT, which, as a result of its conciliatory nature, eventually failed as an effective means of resolving disputes. (...) The most glaring shortcoming of the GATT dispute resolution system stemmed from the voluntary nature of the process.” Mercurio, 2004: 819.

**CAPITULO IV. FOROS MÁS JUDICIALIZADOS NO
SON LA PRIMERA OPCIÓN DE LOS PAÍSES
LATINOAMERICANOS**

Este capítulo comprueba la afirmación sustentada en la hipótesis de que a pesar de los beneficios generados por la mayor judicialización (credibilidad y efectividad en hacer que los Estados cumplan la normativa jurídica de integración), estos factores no han sido determinantes para los países latinoamericanos en el momento de elección del foro. De esta forma, no obstante las ventajas señaladas en los capítulos anteriores, los países latinoamericanos han preferido un mecanismo más “diplomático”.

El análisis de los casos a continuación nos induce a suponer que un acuerdo logrado en un sistema más “diplomático” ha sido en gran parte de los casos la primera opción cuando existe la posibilidad de llevar el tema a los dos foros (regional y multilateral). En aquellos casos más complejos (cuando la parte perdedora se muestra reticente a cumplir el fallo regional o retarda una solución toda vez que el tema es técnicamente muy complejo, políticamente sensible y/o está sujeto a fuerte presión de la industria nacional), se ha buscado el mecanismo más judicializado (multilateral). Sin embargo, importa señalar que no existe una regla fija y en cada caso los factores a considerar deben ser sopesados distintamente.

Este capítulo demuestra que esta opción por el foro multilateral también es una consecuencia de ciertas debilidades procesales e institucionales todavía existentes en los foros regionales, que han puesto en entredicho el adecuado funcionamiento de los mismos, hecho que se torna evidente en las demandas más complejas, algunas de las cuales analizaremos a continuación.

I. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA OPCIÓN DE FORO

Los países de América Latina, con excepción de los andinos, además de participar en el MSC de sus respectivos esquemas de integración, también tienen abierta la posibilidad de recurrir al OSD, foro multilateral del cual todos ellos forman parte. Esta jurisdicción funciona en forma complementaria a la existente en los acuerdos regionales para los casos en que la controversia recae a la vez en normas del acuerdo regional y en normas

contenidas en los acuerdos de la OMC, lo que suele ocurrir considerando que estos sistemas regulan semejantes materias y algunas normativas incluso repiten el lenguaje de otra¹⁹². Para evitar que los países recurran a los dos foros según sus conveniencias - situación que podría llevar incluso al problema de la emisión de sentencias contradictorias-, se ha dado lugar a la inclusión, en los más recientes acuerdos regionales, de la cláusula de opción de foro excluyente (presente en la normativa del TLCAN y MERCOSUR). Según esta disposición las partes se comprometen a accionar ante el foro seleccionado primeramente, fijando así la competencia exclusiva de éste.

Sin embargo, el efecto de inmutabilidad que una decisión adquiere por medio de la cosa juzgada opera solamente entre las partes que actuarán en la contienda. Así, si bien es cierto que éstas no podrán recurrir a la OMC para revisar la decisión emitida por un MSC regional, también lo es que la parte que desee plantear el mismo asunto en el foro multilateral respecto a un tercero podrá hacerlo. La cosa juzgada es obligatoria sólo interpartes.

De una forma genérica, la decisión entre participar en el MSC multilateral o regional varía según la estrategia jurídica del demandante. Algunos países privilegian un sistema riguroso, otros un sistema más flexible; otros, buscan la celeridad en los procedimientos vs. plazos más largos; otros, por su parte, un sistema con varias instancias vs. un sistema de única instancia; otros, un mecanismo con participación de terceros vs. participación limitada a los Estados. Hay una suerte de ventajas y desventajas en la elección de uno o de otro. Las ventajas de los MSCs regionales pueden ser sistematizadas de la siguiente forma:

¹⁹² Esto ocurre porque las normativas del MERCOSUR, del TLCAN y de la OMC regulan el comercio agrícola, salvaguardias, medidas sanitarias y fitosanitarias, barreras técnicas al comercio, comercio de textiles, comercio de servicios. Algunos artículos poseen idéntico lenguaje (GATT artículo XXI y NAFTA artículo 2012). Algunas reglas del TLCAN incorporan expresamente reglas del GATT/OMC, tales como: i) artículo III del GATT sobre tratamiento nacional fue incorporado en el art. 301 (1) del TLCAN; ii) artículo XI del GATT sobre prohibición a restricciones cuantitativas fue incorporado por el artículo 309(1); iii) artículo XIX del GATT sobre salvaguardias fue incorporado por el artículo 802(1); ix) las excepciones generales del art. XX GATT se encuentran en el artículo 2101(1).

- a) ofrecen una opción, en algunos casos **más barata**,
- b) la **logística regional** facilita el manejo de una controversia, ya que el desarrollo y acompañamiento del caso se da a nivel regional (al contrario de lo que ocurre en el OSD donde los trámites procesales se dan en Ginebra),
- c) ofrecen mayores oportunidades para inducir a las partes a **lograr un acuerdo** por la vía diplomática,
- d) favorece que el conflicto **no tenga una repercusión internacional**, lo que es ventajoso para el Reclamado, ya que de esta forma el mismo no sufre la presión de la comunidad internacional para revocar la medida supuestamente proteccionista.

Por otro lado, el foro multilateral ofrece las siguientes ventajas:

- a) garantiza una opción jurisdiccional más **vinculante**,
- b) un sistema **imparcial** de elección de árbitros,
- c) el derecho a **apelación**,
- d) un mecanismo preciso de **monitoreo** del cumplimiento de la decisión,
- e) una mayor **proyección del tema en el ámbito internacional**,
- f) una mayor apertura para la participación de varios países como “**terceros**”, hechos que pueden funcionar como un importante instrumento de presión a la hora de negociar un acuerdo¹⁹³. La actuación de los terceros contribuye para fortalecer al demandante en términos políticos (un grupo mayor de países posee más condiciones de presionar por medios diplomáticos al país demandado) y jurídicos (eventualmente pueden agregar otros argumentos jurídicos en contra de la medida proteccionista cuestionada, ya que todos ellos deben de ser oídos por los órganos decisorios),¹⁹⁴
- f) **reglas pre-definidas**: El hecho de traer una controversia a un sistema más legalista posibilita que la disputa sea solucionada bajo principios y reglas procesales pre-definidas, disminuyendo la flexibilidad en cuanto al uso de presiones políticas, lo que es positivo para los países en desarrollo y menos desarrollados-PED, los cuales en general poseen menos recursos económicos y estrategias políticas para negociar. Otra ventaja dice relación con la existencia de una Secretaría bastante activa que ofrece soporte técnico a los órganos decisorios y colabora en los procedimientos.

¹⁹³ Interesa citar, en este sentido, las palabras de Pierola y otros: “As a complainant, it might be advantageous that a procedure have certain degree of openness when the measure at issue has aspects that may be politically sensitive, or when the complainants seeks support by certain sectors of civil society”. Vea Fernando Piérola and Gary Horlick, 2007: 15. Nakagawa también dispone que “The larger WTO membership may put more political pressure on the parties to settle the dispute while preventing them to become too confrontational. The WTO procedure is much more transparent than the Chapter 20 procedure, and could gain more support from the public”. Nakagawa, 2005: 10. También Delich dispone que “the WTO provides the intangible benefit of exposure. Pressure through exposure can help countries unable or unwilling to retaliate to obtain more favorable than in a bilateral or regional instances” Delich, 2004:1.

¹⁹⁴ Artículo 10.2 del ESD.

A propósito de los varios factores que son tenidos en consideración en el momento de iniciar una demanda, el más importante de ellos, sin duda, es la evaluación de cuál MSC entrega al Reclamante la mayor probabilidad de salir victorioso. De esta forma se toma en consideración el conjunto normativo más favorable a los intereses del Reclamante¹⁹⁵.

No existe una regla definida sobre las preferencias de los países, sino una tendencia, verificada en el transcurso de los años. El análisis de las controversias que podrían ser iniciadas en los dos foros evidencia que, frente a la posibilidad de elección, los países latinoamericanos han encontrado más ventajoso quedarse en el regional en los siguientes casos: i) si el caso es más sencillo¹⁹⁶, ii) si al reclamante le conviene que la controversia sea decidida por medio de un acuerdo diplomático; iii) si existe mayor margen para presionar a un acuerdo y si de hecho el país demandante posee este poder de presión. Así por ejemplo, Brasil y Argentina poseen más poder de presión en el MERCOSUR que en el de la OMC. Esto porque la presión política que ellos pueden realizar para inducir un acuerdo es más fuerte regionalmente que en el ámbito multilateral, en el cual su poderío se diluye frente a varios otros países más fuertes económicamente.

Por otro lado, los países latinoamericanos han preferido el MSC multilateral en aquellos casos de mayor complejidad, es decir, que dicen respecto con productos sensibles para la economía de las partes y que están sujetos a gran presión de la industria nacional (casos complejos). A continuación sigue el análisis de los casos que nos llevaron a defender esta hipótesis. No se incluyeron ejemplos de la CAN considerando la prohibición de la opción de foro estipulada en la normativa andina.

¹⁹⁵ En este sentido por ejemplo los Estados Unidos, frente a la opción de foro, salió exitoso en su elección de demandar a Canadá en el foro multilateral (Canadá-Periódicos WT/DS31) basándose en el artículo III del GATT. Esto porque si hubiera elegido el MSC del capítulo 20 del TLCAN, Canadá podría haber levantado en su defensa el artículo 2106 (protección de la industria de cultura) del TLCAN. Conforme ejemplifica Reif “NAFTA has a chapter on temporary entry of business persons, while the WTO does not contain substantive provisions on this matter. There can also be many slight differences in legal rights and obligations between the NAFTA and the WTO depending on the exact wording used in a clause—which may make all the difference in the resolution of a legal dispute” Reinf, 2001.

¹⁹⁶ Clasificamos como sencillas aquellas demandas que, al contrario de las complejas, no involucran productos de gran sensibilidad para la economía del país, ni productos que pertenezcan a un determinado sector económico que cuente con un fuerte poder “lobista” frente al Gobierno.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES

Antes de proceder a este análisis, es importante desarrollar algunas breves consideraciones sobre el **principio de la cortesía**, el cual podría ser utilizado en los casos en que dos tribunales con jurisdicción concurrente actúen simultáneamente para resolver el mismo problema. Al no existir un tribunal u órgano legislativo central que coordine los esfuerzos de estos dos tribunales, cada uno debe desempeñarse autónomamente. En situaciones como ésta las cortes han desarrollado a través de los siglos la doctrina de la cortesía, o mutua cortesía, en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar, en la medida de lo posible, conflicto o duplicación de esfuerzos. Conforme se verá adelante, los paneles del TLCAN han recurrido a este principio en aquellos casos que son concomitantemente iniciados en el OSD¹⁹⁷.

El ESD, en su artículo 3.2 establece que se debe interpretar las disposiciones vigentes de los acuerdos multilaterales de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Sin embargo, no hace ninguna mención a la necesidad de agotar los mecanismos regionales. Como consecuencia, el OSD ha conocido de controversias en las que se cuestiona la violación de Acuerdos Multilaterales, pero cuya materia también es regulada a nivel regional. En este sentido el Grupo Especial en un caso que involucraba a México y los EE.UU. (WT/DS 308) manifestó expresamente su posición:

"The Panel concluded that, under the DSU, it had no discretion to decide whether or not to exercise its jurisdiction in a case properly brought before it. More specifically, the panel would be failing to perform its duty under DSU Article 11 to: make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and to make such other findings as will assist the

¹⁹⁷ Véase en este sentido el laudo arbitral emitido en el caso MEX-USA-98-1904-01

DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements.”¹⁹⁸

Otro punto que merece ser señalado dice relación con el denominado **forum shopping**, expresión utilizada para designar la práctica adoptada por el reclamante de llevar la misma controversia a otros foros con la intención de buscar aquella corte que le sea más favorable. Es importante destacar que los casos aquí analizados no nos llevan a la conclusión de que el reclamante haya utilizado el “forum shopping”. A pesar de que este actor pueda haber iniciado la demanda en dos foros, no se trata de la misma demanda ya que la medida cuestionada es confrontada con normativas jurídicas distintas. Así por ejemplo, una medida *antidumping* es confrontada con el TLCAN en el MSC del Capítulo 19 y confrontada con el *Acuerdo Antidumping* de la OMC en el OSD.

Por último, cabe mencionar que el principio de **res judicata** no se aplica en el presente caso toda vez que para que esto ocurra en los dos procedimientos tiene que haber una coincidencia de aspectos, a saber: a) las mismas partes, b) el mismo asunto y c) las mismas alegaciones jurídicas. Sin embargo, una vez que la medida cuestionada es confrontada con leyes distintas (normativa regional *versus* normativa multilateral) el tercer requisito no se cumple.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

El análisis de la jurisprudencia que se sigue tiene como objetivo comprobar la afirmación contenida en la hipótesis de que los países latinoamericanos han priorizado el foro regional y solamente en aquellos casos más complejos (de mayor complejidad temática, respecto a productos sensibles para la economía del Demandante y que están sujetos a gran presión de la industria nacional) se ha llevado la demanda al foro multilateral. De esta forma, se hace una breve mención sobre el objeto del conflicto y se centra el análisis

¹⁹⁸ Mexico-Tax measures on Soft Drinks and other Beverages. Document WT/DS308/AB/R (March 2006).

en los aspectos que nos permiten verificar los motivos que llevaron al Demandante a seleccionar un foro en lugar de otro. Este análisis también demuestra las debilidades procesales de los MSC regionales, las cuales han conducido al Demandante al foro multilateral. De esta forma también se comprueba la afirmación de la hipótesis de que estas debilidades han puesto en entredicho la capacidad de los MSC regionales de solucionar demandas complejas.

1. MERCOSUR *versus* OMC

Conforme establece el artículo 1.2 del Protocolo de Olivos, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en la normativa mercosureña podrán resolverse en este foro o en el OSD de la OMC, a elección del reclamante. Brasil y Argentina, los dos países más activos del MERCOSUR, estuvieron involucrados solamente en tres controversias en la OMC hasta diciembre de 2007 (dos iniciadas por Brasil y una por Argentina). De estas tres controversias, dos fueron iniciadas originalmente en el mecanismo regional y posteriormente llevadas al OSD¹⁹⁹. Estos dos casos son analizados a continuación.

1.1. El caso del pollo entre Brasil y Argentina

La aplicación de medidas *antidumping* a las exportaciones de pollo procedentes de Brasil es un ejemplo que nos lleva a suponer que aún frente a la posibilidad de demandar directamente en el OSD, Brasil y Argentina, en las relaciones comerciales entre ellos, siguen prefiriendo recurrir al MSC regional, es decir, siguen prefiriendo un sistema más “diplomático” a un sistema más legalista y solamente en los casos más complejos echan mano del foro multilateral. Esto confirma que no obstante los avances jurídicos del MSC del MERCOSUR, la tendencia de privilegiar los arreglos diplomáticos en el seno de las relaciones comerciales mercosureñas continúa siendo la estrategia preferible por los países más fuertes.

¹⁹⁹ WT/DS241, WT/DS190, WT/DS355.

El sector avícola de Brasil es uno de los más importantes de la economía de este país, el cual es el tercer mayor exportador mundial de carne de pollo. De igual forma este sector tiene un rol importante en la economía argentina. Estos dos países están entre los diez mayores productores mundiales de carne de pollo²⁰⁰. En esta demanda el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas (CEPA) de Argentina presentó ante la entonces Subsecretaría de Comercio Exterior (SSCE) una solicitud de apertura de investigación por importaciones de pollos en condiciones de dumping originario de Brasil. Se concluyó que existían indicios de daño a la industria nacional argentina causados por las importaciones investigadas y se autorizó la aplicación de medidas antidumping en contra de las exportaciones de pollo provenientes de Brasil²⁰¹. Ante esta resolución, Brasil demandó a la Argentina en el MSC del MERCOSUR solicitando que el Tribunal que se constituyera al efecto, declarara que Argentina había incumplido la normativa mercosureña.

La disputa fue iniciada directamente en el GMC en septiembre de 2000. Dos meses después este órgano, frente a la falta de acuerdo entre las partes, dio por concluida su actuación de mediador. Frente a la solicitud de Brasil, el Tribunal Arbitral fue constituido y en mayo de 2001 emitió su laudo. Los árbitros rechazaron los argumentos del gobierno brasileño de que Argentina estaba aplicando indebidamente medidas *antidumping* a las exportaciones de pollo brasileñas. Según se reconoce, la falta de una legislación explícita sobre *antidumping* en el ámbito del MERCOSUR, ha limitado los argumentos del Reclamante. Conforme admitió el Tribunal Arbitral “No hay normas específicas del MERCOSUR que regulen el procedimiento de investigación de *dumping* y aplicación de medidas *antidumping* intrazona”²⁰².

Frente a esta situación, en noviembre de 2001, Brasil impetró la misma demanda en el OSD (WT/DS241). Argentina, entre otros temas, argumentó, como cuestión preliminar, la

²⁰⁰ Datos extraídos de la base de datos FAOSTAT

²⁰¹ El 21 de julio de 2000, por Resolución Ex MEYOSP N° 574/2000, publicada en el Boletín Oficial el 24 de julio de 2000, se procedió al cierre de la investigación.

²⁰² Laudo IV, párrafo 2 de las Conclusiones.

imposibilidad del OSD de conocer la demanda considerando la aplicación de la cláusula excluyente del Protocolo de Olivos del MERCOSUR, en virtud de la cual, una vez iniciado un procedimiento en un foro, no se podría recurrir a otros foros. No obstante este argumento, la demanda fue aceptada por el Grupo Especial-GE en virtud del argumento de que la misma había sido iniciada cuando todavía estaba en vigencia el Protocolo de Brasilia, el cual no vedaba a las partes interponer semejante demanda en otro foro decisorio. El GE observó que:

“El Protocolo de Brasilia, en cuyo marco el Brasil planteó asuntos previos ante el MERCOSUR, no impone restricción alguna al derecho del Brasil de recurrir posteriormente al procedimiento de solución de diferencias de la OMC respecto de la misma medida. Observamos que el Brasil firmó el Protocolo de Olivos en febrero de 2002. El artículo 1 del Protocolo de Olivos establece que una vez que una parte decida presentar un asunto en el marco de los foros de solución de controversias del MERCOSUR o de la OMC, esa parte no podrá presentar un asunto posterior respecto del mismo objeto en el otro foro. No obstante, el Protocolo de Olivos no modifica nuestra valoración dado que ese Protocolo aún no ha entrado en vigor y, en cualquier caso, no se aplica respecto de controversias ya decididas de conformidad con el Protocolo de Brasilia del MERCOSUR²⁰³.”

En esta demanda Brasil salió victorioso y la medida argentina cuestionada fue revocada. Importa observar que la normativa multilateral es más detallada y precisa sobre el tema del *antidumping* que la mercosureña, por lo tanto, podría ofrecer mayores posibilidades de levantarse argumentos en favor del Reclamante. Sin embargo, aún frente a esta ventaja jurídica Brasil prefirió, en primer término, limitar el conflicto a la esfera regional.

1.2. El caso de la salvaguardia a los textiles entre Brasil y Argentina

Como consecuencia de la desvaloración de la moneda brasileña en enero de 1999, las exportaciones de muchos productos brasileños aumentaron hacia los mercados vecinos. Para hacer frente a esta situación algunas medidas proteccionistas fueron tomadas por

²⁰³ Panel Report, Argentina-Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil, WT/DS241/R, adopted on 19 May 2003 (not appealed), para. 7.38. Sobre este asunto vea el comentario de Pauwelyn quien dispuso que: “If the MERCOSUR dispute had been dealt with under the Olivos Protocol and the MERCOSUR exclusion clause would thus have been triggered, a WTO Panel should, in my view, give effect to this exclusion clause. A WTO Panel must examine its own jurisdiction.” Vea Pauwelyn 2003:17.

estos países. Una de estas medidas motivó el inicio de una demanda en el MERCOSUR (Laudo III), la cual fue posteriormente llevada a la OMC (WT/DS190).

Brasil inició la demanda en el foro regional para cuestionar la legalidad de las salvaguardias vigentes a partir de julio de 1999 que afectaban determinados productos textiles brasileños²⁰⁴. La controversia fue iniciada en el GMC del MERCOSUR, el cual dio por finalizada su actuación en Septiembre de 1999 al no alcanzarse un acuerdo en este ámbito. Tras el fracaso en las negociaciones, en Octubre de 1999 Brasil solicitó una recomendación del Órgano de Supervisión de los Textiles (OST) de la OMC, el cual recomendó que la Argentina suprimiera de inmediato las salvaguardias²⁰⁵. A pesar de las mencionadas recomendaciones, Argentina mantuvo la medida proteccionista.

Frente a esta situación, Brasil llevó la controversia al Tribunal Arbitral del MERCOSUR, el cual quedó constituido en Diciembre de 1999. En febrero de 2000 Brasil, frente a la reticencia del Gobierno Argentino en suprimir las medidas cuestionadas, también inició la demanda en el OSD confrontándolas con la normativa multilateral. En marzo de 2000 el Tribunal Arbitral decidió que las salvaguardias eran incompatibles con la normativa del MERCOSUR y determinó la revocación de las mismas dentro de 15 días. Al cabo de este plazo todavía no se había cumplido la determinación.

Fue solamente la demanda iniciada en el OSD, foro en el cual Argentina se mostró más dispuesta a negociar un acuerdo, que se logró la revocación de la medida cuestionada. En junio de 2000 las partes notificaron al OSD el acuerdo logrado tras la revocación de la salvaguardia cuestionada en abril del mismo año²⁰⁶. Según el Gobierno brasileño, este país no contó con los medios necesarios para hacer efectiva la decisión tomada regionalmente debido a la falta de poder de policía del Mercosur. De esta suerte, recurrió

²⁰⁴ Salvaguardias creadas por la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina

²⁰⁵ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 11 del artículo 6 del Acuerdo de Textiles y Vestidos-ATV.

²⁰⁶ Ver documentos WT/DS190/1 de 11 de febrero de 2000 y WT/DS190/2 de 30 de junio de 2000.

como forma de presión al foro multilateral²⁰⁷. Es importante señalar que, a semejanza del caso anterior, Brasil firmó el Protocolo de Olivos en febrero de 2002 y fue esta normativa la que introdujo la opción excluyente de foro. De esta forma, cuando este país impetró esta controversia en el OSD todavía no existía la prohibición legal para litigar en dos foros.

Este caso ilustra la debilidad del mecanismo de adjudicación en las demandas complejas que involucran a los países más fuertes del bloque y que dice relación con un producto sensible para ambas las partes. Conforme se verifica, Brasil trajo la demanda primeramente al MSC regional, en el cual, aun tras la emisión de un fallo favorable, no logró vencer la resistencia argentina. Por otro lado, “bajo el paraguas” de un mecanismo más judicializado se logró la revocación de la medida sin siquiera haber sido necesaria la constitución del grupo especial.

El foro multilateral se mostró más eficaz en este emblemático conflicto una vez que ofreció un mecanismo de adjudicación “más intimidatorio”, garantizó una connotación internacional al caso y abrió la posibilidad de que otros países ayudaran a presionar la revocación de la medida cuestionada al actuar como terceros. A este caso se sumaron como terceros los Estados Unidos, Pakistán y Uruguay.

2. TLCAN *versus* OMC

Conforme establece el artículo 2005, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el TLCAN podrán resolverse en este foro o en el GATT, a elección del reclamante. Aunque poco se conozca respecto del número de consultas presentadas en el sistema general de solución de controversias del capítulo 20, la realidad es que solamente tres controversias tuvieron la intervención del Panel Binacional²⁰⁸. Este limitado

²⁰⁷ Villamaría, 2004: 28.

²⁰⁸ No se pudo encontrar en el sitio web oficial del Secretariado del TLCAN los registros respecto de las consultas presentadas y las resoluciones acordadas por la vía diplomática. Sin embargo, en el estudio de

número de casos dificulta llegar a cualquier tipo de conclusión sobre la preferencia por este mecanismo. Sin embargo, la dificultad de ponerlo en marcha debido a la inexistencia del listado de árbitros y la existencia de ciertas debilidades procesales que serán vistas en detalle en un capítulo posterior nos hace suponer que deben haber existido limitadas tentativas de uso de este MSC.

Por otro lado, el MSC del capítulo 19 del TLCAN ha sido la opción preferida en materia de antidumping-AD y medidas compensatorias en detrimento del OSD²⁰⁹. México ha iniciado un número significativo de controversias en el foro regional en contra de los EE.UU. (42 casos) respecto de medidas antidumping y compensatorias. En el OSD, inició solamente 7 controversias en contra de un miembro del TLCAN: cuatro cuestionando medidas *antidumping* que afectan productos siderúrgicos de acero (una se encuentra en la fase de implementación del informe, dos están inactivas y otra está en curso), una respecto al *antidumping* aplicado al cemento, y una a los tomates frescos mexicanos (recomendación cumplida)²¹⁰. Con excepción del caso de los tomates que ha sido relativamente sencillo, todos los demás fueron llevados al OSD después de haber sido cuestionados en el TLCAN. Conforme se demostrará, esta estrategia jurídica de México ha sido motivada por la morosidad de los Estados Unidos en la constitución de los Paneles (para el funcionamiento del MSC del cap. 19) y la reticencia a montar la lista de Paneles (para el funcionamiento del MSC del cap. 20).

2.1. Restricciones al jarabe de maíz entre México y EE.UU.

Vega Cánovas se puede encontrar una breve descripción de algunas de las consultas iniciadas. Vega Cánovas, 2005:6.

²⁰⁹ En el TLCAN los EE.UU. iniciaron 14 demandas en contra de México, mayoritariamente cuestionando la aplicación de *antidumping* que afecta a los productos de acero estadounidense. En el OSD, los EE.UU. han demandado a México en 6 ocasiones. Cuatro controversias se refieren a la aplicación de medidas *antidumping* por el gobierno mexicano al jarabe de maíz, al cerdo vivo, carne de bovino y arroz. Dos de estos casos están en la fase de implementación del fallo y dos se encuentran inactivos. Véase casos WT/DS101, WT/DS132, WT/DS203, WT/DS295.

²¹⁰ Estos se refieren a WT/DS344, WT/DS325, WT/DS282, WT/DS281, WT/DS280, WT/DS234, WT/DS69.

La industria del azúcar y su sustituto más cercano, el jarabe de maíz, ha sido desde muchos años una de las industrias más subsidiadas y protegidas de los EE.UU., reflejándose en ello el poder político de los agricultores concentrados en los Estados de Florida y Lousiana. México ha intentando infructuosamente cuestionar estas subvenciones. Desde hace más de 5 años, los Estados Unidos han bloqueado la solicitud mexicana de constitución de un panel bajo el Capítulo 20 para analizar la legalidad de las cuotas aplicadas a la importación de caña de azúcar²¹¹.

Frente a esta imposibilidad de demandar formalmente a los EE.UU., México interpuso una medida *antidumping* contra las importaciones estadounidenses de jarabe de maíz de alta fructosa (alternativa edulcorante producida predominantemente en los Estados Unidos). Este hecho llevó a la Asociación de Refinadores de Maíz de los EE.UU. a entrar con la demanda bajo el mecanismo del capítulo 19 del TLCAN en febrero de 1998. La dilación en la selección de los miembros del Panel y la renuncia de uno de ellos una vez integrado, dio como resultado que la revisión del caso no se iniciara sino hasta febrero del año 2000; en tanto que las diversas peticiones incidentales y las impugnaciones a la competencia del Panel, dieron lugar a que la emisión de la decisión fuese aplazada hasta agosto de 2001. De esta forma, pasaron dos años hasta que el Panel pudo ser constituido y un año y medio más para que emitiera la decisión²¹².

Este hecho motivó a los Estados Unidos a iniciar la demanda en la OMC²¹³. Importa señalar, que la decisión final en el OSD fue emitida en enero de 2000 y en el TLCAN dos

²¹¹ El gobierno de México ha considerado que Estados Unidos no ha cumplido con su obligación de permitir la entrada de una cuota amplia de azúcar mexicana, conforme estipula el Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN). Bajo este tratado EE.UU. había aceptado aumentar la cota de importación de azúcar en 7200 toneladas/año a 25.000 toneladas/año durante los 6 primeros años de vigencia del acuerdo. En 2000 esta cota debería acceder a 150.000 toneladas y a partir de ahí el aumento de la cota sería de 10% al año.

²¹² El laudo concluyó que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) de México no había comprobado el daño a la industria nacional. MEX-USA-98-1904-01

²¹³ Esta estrategia de los Estados Unidos fue señalada por Kennedy quien dispuso que "Furthermore, to the extent that NAFTA Chapter 19 proceedings are unreasonably delayed or prolonged (...) Because it took a number of months before the Chapter 19 panel was established, the United States purportedly ran out of patience and brought a WTO complaint." Kennedy, 2007: 11.

años y medio después. Conforme fue informado en el propio resumen ejecutivo del laudo del Panel, dichos retrasos en su constitución, en parte, propiciaron que los EE.UU. presentaran ante el OSD en Mayo de 1998 la misma demanda, pero ahora confrontando la medida cuestionada con el Acuerdo *Antidumping* de la OMC. En enero de 2000 el Grupo Especial determinó que México no había establecido la amenaza de daño a la industria azucarera mexicana necesaria para justificar las cuotas compensatorias²¹⁴. Posteriormente, el GE fue nuevamente constituido para verificar si las medidas adoptadas por México para cumplir las recomendaciones del OSD eran satisfactorias. Este consideró que las alteraciones normativas promovidas por México todavía no cumplían las determinaciones del informe.

En un nuevo intento de forzar a los EE.UU. a constituir su listado de árbitros, México interpuso otra medida proteccionista: aranceles de 20% a la distribución y otro de 20% a la venta de bebidas que utilizan jarabe de maíz de alta fructosa. Estos aranceles resultaron ser efectivos ya que desmotivaron su consumo en el mercado mexicano aumentando el de azúcar producida en el país y disminuyendo de manera importante la importación de fructosa originaria de Estados Unidos. El Gobierno estadounidense cuestionó la medida en el OSD en una demanda iniciada en Marzo de 2004. En este caso obtuvo dos decisiones (del GE y el OA) favorables²¹⁵. Participaron del caso como terceros interesados Canadá, China, Comunidades Europeas, Guatemala y Japón.

Es interesante notar que una de las alegaciones de México en su recurso de apelación fue que los aranceles impuestos estaban justificados al amparo del apartado "d" del artículo XX del GATT de 1994 (excepciones a la aplicación del GATT)²¹⁶, porque eran necesarios para "lograr la observancia por los Estados Unidos de las obligaciones que les

²¹⁴ WTO Panel Report, Mexico – Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, WT/DS132/R, adopted on 24 February 2000.

²¹⁵ WTO Panel Report, *Mexico – Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, de 7 Octubre de 2005 y WT/DS308/AB/R de 6 de Marzo de 2006.

²¹⁶ Este artículo establece excepciones a la aplicación del Acuerdo GATT. El párrafo "d" establece aquellos casos en que "la medida debe estar destinada a 'lograr la observancia' de leyes o reglamentos que no sean en sí incompatibles con alguna disposición del GATT de 1994"

corresponden en el marco del TLCAN"²¹⁷. Este argumento fue rechazado por el OA el cual consideró que el citado artículo no permite justificar medidas incompatibles con las normas de la OMC que pretenden "lograr la observancia" por otro Miembro de la OMC de las obligaciones internacionales de ese otro Miembro²¹⁸.

Es importante citar que la actitud de los EE.UU., que se mantiene por más de 10 años, de impedir el correcto funcionamiento del MSC del capítulo 20 ha motivado a algunos autores incluso a defender que la OMC debería aceptar el arancel como una contramedida válida para inducir a este país a formar su listado de árbitros para actuar en el TLCAN²¹⁹. Discordamos de esta posición por el claro motivo de que los órganos de un MSC no tienen la facultad de interferir en la labor o funcionamiento de otro tribunal. No existe una relación de sujeción entre ellos.

Del análisis de este caso se pueden sacar algunas conclusiones:

i) Estrategia jurídica de utilización de dos foros para aumentar la presión y lograr el resultado pretendido: Este caso es interesante de ser analizado no sólo porque demuestra la táctica de los países para presionar un acuerdo en un foro, valiéndose de otro tribunal, sino también bajo el punto de vista de la jurisprudencia internacional, al demostrar que es posible que un foro incorpore en sus argumentos aquellos utilizados por otro foro, en lo que sea aplicable. Estamos de acuerdo con la posición de que la decisión emitida en un momento posterior debe tomar en consideración, en lo que sea estrictamente aplicable, el análisis hecho en la decisión anterior emitida por otro tribunal,

²¹⁷ WT/DS308/AB/R de 6 de marzo de 2006, párrafo 76.

²¹⁸ Sobre este punto el OA así se manifestó: "Por último, aunque los términos "leyes y reglamentos" no llegan a abarcar los Acuerdos de la OMC, como alega México, la interpretación de México implicaría que, para resolver la diferencia, los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación tendrían que suponer que existe una infracción del acuerdo internacional pertinente (como el TLCAN) por la parte reclamante, o tendrían que evaluar si se ha infringido el acuerdo internacional pertinente. Los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación se convertirían, por tanto, en órganos jurisdiccionales que entenderían en diferencias ajenas a la OMC. Como señalamos anteriormente, ésa no es la función de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, conforme a lo previsto en el ESD." Documento WT/DS308/AB/R de 6 de marzo de 2006, párrafo 78.

²¹⁹ Pauwelyn, 2006: 3.

lo que no significa que deba adoptar la misma conclusión. Aunque los distintos MSC no estén sujetos a seguir la decisión del otro, y aunque las normativas objeto de la controversia sean distintas, podrían beneficiarse de algunos aspectos y fundamentos jurídicos utilizados en otro foro.

Así por ejemplo, en el caso del jarabe de maíz tanto el panel del TLCAN como el OSD tienen que decidir sobre la existencia de violación del principio del “tratamiento nacional”, el cual es igualmente tratado en la normativa regional y la multilateral. En este caso tuvimos la remisión a un mismo principio del derecho comercial internacional. Es saludable para el debate jurídico y enriquecedor para la jurisprudencia verificar la forma en que el argumento en cuestión fue analizado en otro foro, aunque se profese opinión en contrario²²⁰. En este sentido, el resumen ejecutivo del laudo arbitral emitido en el TLCAN dispone que:

“La existencia de procedimientos paralelos ante la OMC y el TLCAN dio lugar a cuestionamientos novedosos para este Panel, por lo que la presente Decisión incluye un análisis de la relación entre ambos procedimientos y una explicación de por qué el Panel adoptó algunas de las resoluciones del Grupo Especial de la OMC” (MEX-USA-98-1904-01)

A pesar de no habernos encontrado un documento formal en este sentido, se ha reportado que los Estados Unidos ha mantenido conversaciones con México para crear su listado de árbitros del capítulo 20 bajo la condición de que el gobierno mexicano cumpla el fallo final del OSD²²¹.

²²⁰ También en este sentido importa señalar la posición de Pauwelyn: “Even if different proceedings can advance in parallel (or sequentially) without *res judicata* triggered and with no other hurdles elsewhere in either treaty, a WTO panel still ought to take cognizance of a NAFTA panel’s analysis (and vice versa), as well as factor in the risk of inconsistent rulings. Double recovery should also be avoided. Showing no sense of such ‘judicial comity’, the November WTO lumber panel, however, does not make a single reference to the concurrent NAFTA Chapter 19 proceedings. Similarly, in the sweetener dispute, both the WTO and NAFTA are faced with claims of violation of national treatment (albeit under different legal provisions)”. Pauwelyn, 2006: 6.

²²¹ En este sentido Pauwelyn señala que “ To resolve this dispute, the United States ought to agree to a roster of Chapter 20 panelists (a roster which, pursuant to NAFTA Article 2009, should have been established more than 10 years ago). If so, the Chapter 20 panel which Mexico is asking for since 2000 could be appointed by lot and proceed to examine the NAFTA conformity of US quotas on Mexican sugar”. Pauwelyn, 2006: 7.

ii) Cuestiones jurídicas basadas en la actuación simultánea de dos tribunales:

Aunque el objeto principal del análisis de este caso se refiera a la estrategia jurídica de las partes en la elección de los foros y no a la problemática de la actuación de dos foros simultáneamente, algunos puntos merecen una consideración más detallada. Primeramente, hay que verificar en qué medida la relación entre los casos aconseja la aplicación analógica y del principio de cortesía en beneficio de la administración de justicia. La relación entre los casos es material: el caso planteado ante la OMC se refiere a la misma investigación antidumping a la que se refiere el caso planteado ante este Panel y a la misma resolución administrativa. Sin embargo, el informe del GE revisa la consistencia de la medida impuesta con el Acuerdo Antidumping y sus recomendaciones tienen el propósito de que el Miembro que impuso la medida la ponga en conformidad con el Acuerdo Antidumping de la OMC. Por otro lado, el panel binacional del TLCAN revisa la conformidad de la resolución de la agencia administrativa nacional en relación a la normativa interna en materia de cuotas antidumping y su laudo devuelve la resolución de esta agencia administrativa con el fin de que esta sea reajustada para adecuarse a la normativa nacional en vigencia.

El factor que trae una mayor complejidad a este caso es que el Acuerdo Antidumping es parte del Derecho nacional mexicano, motivo por el cual irremediablemente se tendrá el análisis, en ambos los foros, de las cuestiones confrontadas con esta normativa. En este caso, el Panel del TLCAN no paralizó su actuación frente a la emisión del fallo del GE. Esto porque, entre otros factores, la actuación del Panel, al contrario del GE u OA, involucra la determinación de si la agencia administrativa también ha cumplido las demás normas del Derecho interno mexicano distintas del Acuerdo Antidumping. Lo que hizo este Panel fue, en cuanto al análisis de cumplimiento de este acuerdo, tomar en consideración, en lo que sea aplicable, las consideraciones del GE, evitando, en la medida de lo posible, conflicto o duplicación de esfuerzos. En este sentido así se manifestó:

“En conclusión, es procedente que el Panel determine cuándo aplicar el principio de cortesía respecto de las conclusiones a las que llegó el GE-OMC relacionadas con el Acuerdo *Antidumping*. Este Panel tiene jurisdicción y competencia para revisar la Resolución Final de la AI, (es decir, el conjunto formado por la

Resolución Original y la Resolución Revisada) respecto del Derecho mexicano interno, así como en lo que se refiere al Acuerdo *Antidumping* en aquello en lo que decida que el principio de cortesía no resulta aplicable" (MEX-USA-98-1904-01, párrafo 388)

iii) La opción por el foro multilateral en las demandas complejas: Conforme hemos visto, los EE.UU. prefirió accionar inicialmente el foro regional, aunque hubiera podido hacerlo directamente en el OSD. Este foro solamente fue accionado debido a la renuencia de México de nombrar sus árbitros. Este comportamiento representaba una represalia en contra de la moratoria de los EE.UU. de nombrar también su listado de árbitros para permitir el adecuado funcionamiento del MSC del capítulo 20.

Este caso nos lleva a dos conclusiones. La primera es que el foro regional ha sido priorizado y el accionamiento del multilateral solamente ocurre en segundo plano, cuando alguna debilidad institucional o procesal del mecanismo regional impide que una demanda altamente sensible sea solucionada correctamente. Como hemos visto en el capítulo anterior, al contrario de lo que ocurre en el TLCAN, en el OSD la constitución del grupo especial no puede ser bloqueada y existe un mecanismo para impedir eventuales retrasos en esta constitución. La segunda conclusión dice relación con la necesidad de implementar un cambio normativo para posibilitar que el MSC del Capítulo 20 opere normalmente. Caso contrario continuará siendo una "letra muerta" que funciona solamente en casos excepcionales. En el capítulo siguiente ofrecemos una propuesta que podría solucionar este problema.

2.2. El conflicto sobre tubería para perforación petrolera entre México y los EE.UU.

La industria del acero representa uno de los sectores más influyentes de la economía estadounidense y desde hace décadas ha presionado intensamente al gobierno de los EE.UU. para proteger el mercado interno de la creciente importación de acero, el cual viene respondiendo con la aplicación de antidumping y salvaguardias. Varias de estas medidas antidumping aplicadas por el Gobierno estadounidense han sido cuestionadas por México a través de seguidas demandas iniciadas en el foro regional. Este conflicto,

iniciado en 1994 se ha extendido por diversos años y en 2003 culminó con la interposición de semejante demanda en el foro multilateral.

La saga se inició el 30 de junio de 1994, cuando North Star Steel Company, una empresa estadounidense fabricante de tubería para perforación petrolera (“OCTG” por sus siglas en inglés) presentó una reclamación ante el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) solicitando la imposición de cuotas compensatorias por discriminación de precios (*dumping*) en contra la empresa Tubos de Acero de México, S.A.(TAMSA). El Departamento publicó su resolución final el 28 de junio de 1995 concluyendo que las operaciones de importación de TAMSA tenían un margen de *dumping* de 23.79%. En este procedimiento también se vieron afectadas varias otras empresas mexicanas, tales como Hylsa S.A. de C.V (HYLSA)²²².

TAMSA impugnó la resolución por medio de la demanda llevada al MSC del cap.19, lo que resultó en la decisión de Panel emitida el 31 de julio de 1996, por la cual se devolvió el asunto al USDOC con la instrucción de calcular nuevamente el margen de *dumping*, que se vio reducido a 21.7%²²³. Las empresas TAMSA y HYLSA solicitaron el re-examen del asunto y la revocación de la medida antidumping. Sin embargo, por medio de la cuarta revisión administrativa el USDOC decidió no revocar tales medidas aplicadas en contra de las dos empresas²²⁴.

Como consecuencia, estas dos empresas accionaron nuevamente el MSC del cap.19 en 2001 solicitando la constitución de un segundo Panel para revisar las resoluciones que emitió el USDOC en la cuarta revisión administrativa²²⁵. Uno de los fundamentos del

²²² Hylsa fue uno de los varios exportadores mexicanos incluidos en la categoría de “todos los demás” y fue sujeto a una tarifa de depósito en efectivo después de la resolución del Departamento de Comercio de discriminación de precios de parte de Tubos de Acero de México, S.A. (TAMSA), *Ver Resolución Final de Ventas por Debajo de su Valor Normal: Productos Tubulares de Región Petrolífera Procedentes de México*. 60 Fed. Reg. 33657 (Junio 28, 1995).

²²³ USA-MEX-95-1904-04 (31 de julio de 1996)

²²⁴ 66 Fed. Reg. 15832 (21 de marzo de 2001).

²²⁵ USA-MEX-2001-1904-05

conflicto dice relación con la metodología aplicada por el USDOC para calcular el margen de dumping. En su argumento Hylsa cuestionó el cálculo de márgenes de dumping utilizando la práctica de “reducir a cero”, esto es, considerar cualquier margen de *dumping* negativo como cero (metodología conocida como “*zeroing*”). Hylsa argumentó que aún cuando la práctica de “reducir a cero” ha sido utilizada por el USDOC durante años, no tiene fundamento en la legislación *antidumping* de los Estados Unidos, sino que es una práctica administrativa discrecional del Departamento.

Importa mencionar que la **solicitud de constitución del Panel Binacional se dio en mayo de 2001. Sin embargo, solamente en diciembre de 2004 el mismo pudo ser integrado**, considerando los retrasos en el nombramiento de los árbitros por parte de los Estados Unidos. De esta forma, tras esperar casi 2 años, México resolvió “patrocinar” el reclamo de estas dos empresas e inició la demanda en el OSD. El 18 de febrero de 2003, México solicitó la celebración de consultas con los EE.UU. en el foro multilateral, cuestionando, entre otros argumentos jurídicos, el mismo que fue mencionado en la demanda iniciada en el foro regional, es decir, la legalidad de la cuarta revisión administrativa del USDOC que decidió no revocar las cuotas compensatorias aplicadas en contra las empresas TAMSA y HYLSA²²⁶. En este caso, México confrontó esta decisión administrativa con el Acuerdo Antidumping de la OMC²²⁷.

La decisión del Grupo Especial (GE) del OSD fue publicada el 20 de junio de 2005. A pesar de que varios argumentos utilizados por los EE.UU. fueron juzgados

²²⁶ 66 Fed. Reg. 15832 (21 de marzo de 2001).

²²⁷ México alegó que “la determinación formulada por el USDOC en el Cuarto examen administrativo es incompatible con el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping debido a que el USDOC no suprimió el derecho inmediatamente después de que los dos productores mexicanos que participaban en el examen demostraron que la continua aplicación del derecho no era “necesaria para contrarrestar el dumping”. Más adelante complementó: “Con respecto a Hylsa, México argumenta que la determinación del USDOC de no revocar el derecho es incompatible con el párrafo 2 del artículo 11 y los párrafos 4 y 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping debido a que, al calcular el margen de dumping para Hylsa, el USDOC no hizo una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal al “reducir a cero” los márgenes negativos de Hylsa. Con respecto a TAMSA, México alega que la determinación del USDOC de no revocar es incompatible con el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping debido a que el Departamento: i) aplicó un criterio erróneo que requería una demostración de que el dumping “no era probable” en el futuro; ii) impuso arbitrariamente el requisito de “cantidades comerciales” el cual es incompatible con, y carece de base alguna en, el párrafo 2 del artículo 11; y iii) ignoró pruebas positivas que demostraban que las medidas ya no eran necesarias para contrarrestar el dumping” Véase WT/DS282/R, párrafos 7.152 y 7.153.

improcedentes, el que fue igualmente utilizado en el foro regional fue juzgado procedente. De esta forma, el GE concluyó que el USDOC no actuó de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping ni con el artículo X del GATT de 1994 al decidir no revocar el derecho antidumping en el cuarto examen administrativo. El 4 y el 16 de agosto de 2005, México y los Estados Unidos respectivamente notificaron al OSD su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial. El 2 de noviembre de 2005 el OSD publicó la decisión del Órgano de Apelación, en la cual este órgano no hace ninguna recomendación adicional a la que ya había sido emitida por el GE²²⁸. En esta demanda se asociaron como terceros interesados Argentina, Canadá, China, Taipei Chino, Comunidades Europeas, Japón y Venezuela.

Solamente dos meses después de la emisión del fallo final del OSD la decisión del Panel Binacional fue emitida en el foro regional. En otras palabras, mientras se vencía el desafío de constituir el Panel y obtener una decisión en este foro regional, transcurrió tiempo suficiente para tramitar semejante demanda en las dos instancias existentes en el foro multilateral. La decisión final del Panel Binacional del TLCAN fue emitida solamente en 27 de enero de 2006. En esta se decidió que no había bases legales en la legislación estadounidense, ni en la internacional, para impugnar el uso por el USDOC de la práctica de “reducir a cero” en la cuarta revisión administrativa.

Posteriormente, la empresa Hylsa solicitó nuevamente la composición del Panel para decidir sobre otro aspecto jurídico tratado en la novena revisión administrativa emitida por el USDOC. El 11 de agosto de 2006 el panel emitió una decisión posterior en la cual consideró que el USDOC “actuó de manera arbitraria y de forma caprichosa, al no justificar su decisión de que Hylsa no vendiera la mercancía investigada en cantidades comerciales durante los periodos de revisión. De esta forma se devolvió el asunto al USDOC para mayor consideración, a la luz de los argumentos presentados por el Panel”²²⁹.

²²⁸ Véase WT/DS282/AB/R

²²⁹ Caso USA-MEX-01-1904-05, Decisión del Panel de 11 de agosto de 2006, pág.21.

Interesa citar este pasaje de la decisión que pone en evidencia la posibilidad de utilizar varios recursos para retardar el curso de la demanda en este foro regional. De manera específica señala las dos debilidades procesales que apuntaremos con más detalle en el capítulo siguiente, es decir, la de permitir que los países utilicen la estrategia que llamamos de “cuenta gotas” y que retarden el nombramiento de los árbitros para la composición de los paneles:

“El Panel está preocupado ante la circunstancia de que si el Departamento (USDOC) hubiera actuado en tiempo en la cuarta revisión y hubiera revocado la resolución, una novena revisión simplemente no hubiera tenido lugar. Sin embargo, en virtud del retraso, el Departamento está en posición de argumentar que la revisión posterior cumple el requisito de que “[sea] de otra manera necesario” para rechazar la revocación. Aún cuando el Departamento puede no ser responsable del retraso en el nombramiento del Panel del Capítulo 19, pero de haber calculado correctamente el margen de dumping originalmente, hubiera considerado la solicitud de revocación de Hylsa en el momento de la revisión, en lugar de seis años después. Con independencia de la falta, el Panel no cree que repercutir el riesgo del retraso en Hylsa, sea lo correcto. Permitir que el Departamento pueda invocar el resultado de una revisión administrativa posterior para justificar su negativa a revocar revisiones anteriores que fueron conducidas en forma dilatoria, promueve retrasos burocráticos estratégicos y el abuso del proceso administrativo”²³⁰

El 16 de enero de 2007 el Panel emitió la tercera y última decisión hasta el momento, la cual señala que las partes han llegado a la etapa final de un procedimiento administrativo iniciado en 1994. En esta decisión el panel consideró que el USDOC justificó de manera adecuada su decisión de que Hylsa no exportara la mercancía investigada en cantidades comerciales durante los periodos de revisión en cuestión y, por lo tanto, no puede calificar para la revocación de la resolución antidumping²³¹.

En síntesis, conforme hemos demostrado, México optó por iniciar la demanda en el foro regional, aunque pudiera haberlo hecho directamente en el foro multilateral. Este

²³⁰ Caso USA-MEX-01-1904-05, Decisión del Panel de 11 de agosto de 2006, pág.18.

²³¹ USA-MEX-01-1904-05 Decisión del Panel de 16 de enero de 2007.

solamente fue accionado frente a la reticencia de los EE.UU de nombrar sus árbitros para componer el Panel Binacional. Se supone que el poderoso lobby de la industria de acero estadounidense motivó este comportamiento retardatorio de los EE.UU. Lamentablemente, el TLCAN no prevé ninguna sanción para evitar aptitudes dilatorias de las partes, de forma que no queda otra opción que llevar el caso al otro foro si la medida cuestionada también puede ser confrontada con la normativa multilateral. De esta forma se verifica que las debilidades procesales del MSC del cap.19 han puesto en entredicho la capacidad de este foro regional de solucionar demandas complejas.

2.3. El conflicto sobre el cemento entre México y los EE.UU.

El cemento representa un insumo indispensable en el sector de la construcción y este sector durante la última década ha sido uno de los más dinámicos en la economía de varios países, entre ellos México y los EE.UU. Este último es el tercer mayor productor mundial de este bien. La industria del cemento en el mundo es caracterizada por el oligopolio de una docena de empresas que tienen presencia mundial. La tercera más grande empresa de cemento del mundo es la mexicana CEMEX (Cementos Mexicanos), la cual forma parte del gigantesco conglomerado perteneciente a unos de los hombres más ricos e influyentes de este país²³².

El "cartel del cemento" en México, conducido por CEMEX, ha sido objeto de varias demandas desde los años ochenta por supuesta practica de dumping y control de precios. En el TLCAN, el 26 de septiembre de 1989, un comité formado por varias empresas de cemento estadounidenses presentó ante el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) una solicitud de investigación antidumping contra las importaciones de

²³² CEMEX no solamente posee la mitad de las plantas cementeras instaladas en el país, las cuales generan el 63% de la producción nacional de cemento, sino que también posee uno de los clusters más grandes de cemento del mundo, situado en Baja California Norte, México. Sus ventas anuales rebasan los 15 mil millones de dólares. Tiene a más de medio millón de empleados en todo el mundo y mantiene relaciones comerciales con más de 97 países.

cemento provenientes de México²³³. El 23 de agosto de 1990 el USDOC determinó que estas empresas estaban siendo dañadas de manera importante por las importaciones de cemento portland gris y clinker provenientes de México, las cuales eran vendidas por debajo de su valor normal y autorizó la aplicación de medidas antidumping. Esa decisión dio inicio a un conflicto que se arrastra hasta los días de hoy.

El 24 de octubre de 1990, México solicitó consultas con los Estados Unidos bajo el MSC del GATT argumentando que el USDOC no se había cerciorado antes de iniciar la investigación de que los solicitantes estaban legalmente legitimados. El 9 de julio de 1992, el Panel del GATT emitió su decisión apoyando la posición de México²³⁴. Esta decisión nunca fue adoptada por el GATT debido a que los Estados Unidos bloquearon su adopción, derecho que le era garantizado por la regla del consenso positivo. Debido a esta debilidad del MSC del GATT México llevó la demanda al foro regional. Esta falacia del procedimiento de solución de controversias del GATT fue señalada incluso en la primera decisión del Panel constituido bajo el MSC del cap.19 del TLCAN para decidir sobre este caso²³⁵.

Desde entonces CEMEX ha solicitado la revisión de la decisión del USDOC en el foro regional en reiteradas oportunidades, el cual ha alterado “a cuenta gotas”²³⁶ el margen de dumping según las determinaciones de los paneles que se iban formando. El primer panel fue constituido en 1995 y hasta 2007 ya habían sido interpuestas 15 demandas en el foro

²³³ Este comité representaba a los productores de cemento Gray Portland de las regiones de Arizona, Nuevo México, Texas y Florida (“*Southern Tier Region*”).

²³⁴ Report of the Panel, under the Agreement on Implementation of Article VI, on United States Antidumping Duties on Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico. GATT. Doc. No. ADP/82 , at 76 (unadopted)

²³⁵ “En todo caso, esta decisión nunca fue adoptada por el Comité del Código Antidumping del GATT, debido a que los Estados Unidos bloquearon la adopción, en los términos de los procedimientos del GATT vigentes en ese momento”. Laudo del Panel en el caso USA-MEX-1995-1904-02, página 3.

²³⁶ Expresión que adoptamos para ilustrar la estrategia de la parte de cumplir algunos aspectos de la decisión del Panel dejando atrás otros aspectos de forma que se va cumpliendo el laudo arbitral en partes y de esta forma se arrastra la demanda por un periodo prolongado de tiempo.

regional, cada cual para decidir sobre una revisión administrativa del USDOC²³⁷ (véase cuadro 17). Estas demandas básicamente se limitaban a cuestionar los elementos tomados en consideración en el cálculo del margen de dumping, lo que al final determina el valor de la penalidad (antidumping) que se debe aplicar.

Importa señalar que, no obstante disponer -el TLCAN- que el fallo definitivo del Panel debe ser emitido dentro de los 315 días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración del mismo²³⁸, **en todas las demandas de las que logramos obtener información sobre estas fechas, el promedio de duración fue de 1338 días entre la constitución del panel y la emisión de la decisión** (véase cuadro 17).

Cuadro 17. Retrasos originados en el TLCAN y demandas llevadas a la OMC

Demanda TLCAN	A: Solicitud de constitución Panel	B: Emisión de la decisión	N días entre A y B	Revisión Administrativa (RA)*	Demanda OMC
USA-MEX-2007-1904-02	n/d	20/12/2007	-		
USA-MEX-2006-1904-03	n/d	03/04/2006	-		
USA-MEX-2004-1904-03	n/d	03/04/2006	-	13ª RA	
USA-MEX-2003-1904-01	n/d	03/04/2006	-	11ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-2003-1904-03	n/d	03/04/2006	-	12ª RA	
USA-MEX-2002-1904-05	n/d	03/04/2006	-	10ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-2001-1904-04	n/d	03/04/2006	-	9ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-2002-1904-01	n/d	03/04/2006	-		
USA-MEX-2000-1904-05	n/d	03/04/2006	-		
USA-MEX-2000-1904-03	n/d	03/04/2006	-	8ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-2000-1904-10	21/11/2000	24/06/2005	1670		
USA-MEX-1999-1904-03	12/04/1999	30/05/2002	1125	7ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-1998-1904-02	14/04/1998	26/05/2005	2567	6ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-1997-1904-01	06/05/1997	18/06/1999	773	5ª RA	WT/DS/281
USA-MEX-1997-1904-02	18/05/1997	04/12/1998	557	4ª RA	
USA-MEX-1995-1904-02	n/d	13/09/1996	-	3ª RA	

n/d: no disponible una vez que el acceso a la decisión por medio del sitio web de la Secretaría del TLCAN es suprimido cuando la demanda es finalizada.

Nota: La tabla solo indica la primera decisión emitida por los Paneles, aunque ellos tuvieron que pronunciarse por más de una vez cuando las autoridades emitían posteriores revisiones administrativas en el mismo caso.

Fuente: elaboración propia

²³⁷ Hasta diciembre de 2007 fueron interpuestas 15 demandas: USA-MEX-2004-1904-03, USA-MEX-2006-1904-03, USA-MEX-2003-1904-01, USA-MEX-2003-1904-03, USA-MEX-2002-1904-01, USA-MEX-2002-1904-05, USA-MEX-2001-1904-04, USA-MEX-2000-1904-03, USA-MEX-2000-1904-05, USA-MEX-2000-1904-10, USA-MEX-99-1904-03, USA-MEX-98-1904-02, USA-97-1904-01, USA-97-1904-02, USA-95-1904-02.

²³⁸ Plazo establecido en el Artículo 1904:14 del TLCAN.

México, como forma de “venganza” también utilizó la misma estrategia adoptada por los EE.UU. y retrasó por varios meses la indicación de los miembros para componer el Comité de Impugnación Extraordinaria (“CIE”) que fue solicitado por el Gobierno Estadounidense. La solicitud se dio en abril de 2000 y el CIE sólo fue constituido más de dos años después y su decisión fue emitida en octubre de 2003. Por lo tanto transcurrieron tres años desde la solicitud citada hasta la emisión del laudo²³⁹. La normativa establece que, a menos que las Partes implicadas convengan algo distinto, el CIE debe instalarse dentro de los quince días siguientes a la solicitud (artículo 1905:3)

La estrategia del USDOC de cumplir en “cuenta gotas” las determinaciones del Panel y los retrasos generados en el curso del procedimiento motivaron a México a llevar el conflicto al foro multilateral. En enero de 2003, México inició la demanda en el OSD, cuestionando prácticamente todas las revisiones administrativas emitidas por el USDOC que habían sido cuestionadas en el foro regional (revisiones 5ª a 11ª, véase cuadro 17).

La revisión de la jurisprudencia nos ha permitido identificar literalmente la frustración de la Secretaria del TLCAN y de los árbitros frente a las estrategias retardatorias utilizadas en este foro. En la segunda demanda interpuesta por México en contra de los EE.UU. por la aplicación de antidumping al cemento mexicano, el Panel se manifestó de la siguiente forma:

“La opinión de este Panel es emitida cerca de 18 meses después de que Cemex adecuadamente requirió una revisión ante panel el 18 de mayo de 1997, en lugar de dentro de los 315 días especificados por el TLCAN. Esto, debido a factores más allá del control tanto de los participantes como de los panelistas. Mientras la denuncia de Cemex y varias peticiones incidentales, discutidas más abajo, fueron presentadas en debido tiempo entre mayo y agosto de 1997, la revisión ante panel fue suspendida el 3 de septiembre de 1997 por una orden de la Sección estadounidense del Secretariado del TLCAN, debido a que el panel no había sido establecido. La revisión ante panel fue reanudada el 17 de marzo de 1998 después de la selección de los panelistas”²⁴⁰.

²³⁹ Los EE.UU. solicitó la constitución del CIE bajo la alegación de que el Panel Binacional habíase excedido ostensiblemente en sus facultades. El CIE concluyó que en este caso no se cumplían los requisitos para revertir o modificar la decisión del Panel Binacional sobre los méritos de la solicitud presentada por los Estados Unidos. El CIE no encontró evidencia de “falta grave”, “serio conflicto de intereses” o alguna otra mala conducta que pudiera justificar el convocar un procedimiento de CIE y revocar la decisión del Panel. Véase caso ECC-2000-1904-01USA

²⁴⁰ Laudo del Panel en el caso USA-MEX-1997-1904-02, página 4.

La misma decisión más adelante señala la aptitud del USDOC en dilatar excesivamente los plazos procesales:

“(…) considerando que los Paneles del TLCAN al revisar los actos de las dependencias de los Estados Unidos tienen un criterio de revisión muy estrecho, los argumentos proporcionados en lo que respecta a la discrecionalidad absoluta del Departamento de Comercio disponen una base ilógica para permitir que se decida unilateralmente, sin informar a las partes interesadas, así como excederse en los plazos procesales y aplicar retroactivamente una cuota compensatoria (…)”²⁴¹

Más adelante el Panel asevera:

“Es de suma importancia definir y delimitar las facultades discrecionales de una autoridad para no caer en actividades arbitrarias que afecten los intereses de los individuos. Al respecto, considero que debemos tomar en cuenta la tendencia mundial de limitar claramente las funciones de la autoridad, es decir, delimitar las atribuciones que le corresponden a una autoridad, de acuerdo con lo previsto en la propia ley que le otorga dicha prerrogativa(…)De acuerdo con lo anterior, la autoridad investigadora, en nuestro caso el Departamento de Comercio, debió haber informado a las partes participantes dentro de la 4a. Revisión Administrativa, que se excedería en el plazo que le marca la ley aplicable para emitir su resolución final, así como dar una explicación razonable y suficiente para justificar las razones o circunstancias excepcionales que le impidieron concluir la revisión administrativa dentro del término establecido”²⁴²

El retraso en la emisión de la revisión administrativa por parte del USDOC causaría una pérdida material a México, hecho que fue remediado por los árbitros que así se pronunciaron:

“En el caso que nos ocupa, es obvio que la demora del Departamento de Comercio para emitir su resolución final afectó considerablemente los intereses de la solicitante. Es claro también, como quedó fehacientemente anotado en el Expediente Administrativo, así como en la transcripción de la Audiencia Pública, que si el Departamento de Comercio hubiese emitido su resolución final en la fecha que le correspondía de acuerdo con la disposición legal aplicable, la cuota BIA que en ese entonces se conocía era la del 61.85 por ciento, y no la del 109.43 por ciento, misma que apareció más de un año después de dicha fecha.”

El Panel concluye que:

²⁴¹ Laudo del Panel en el caso USA-MEX-1997-1904-02, página 38.

²⁴² Laudo del Panel en el caso USA-MEX-1997-1904-02, página 38.

“En otras palabras, aun cuando la ley aplicable no prevé una sanción para la autoridad investigadora en aquellos casos en que ésta incumpla con los términos procesales que la propia ley le señala para culminar una revisión administrativa, ello no faculta a la autoridad para que ésta tome ventaja de la situación y aplique una cuota que no existía al momento en que legalmente debió haber terminado con su investigación”²⁴³

En el foro multilateral se asociaron a la demanda como terceros interesados cuatro de los países más poderosos mundialmente: Canadá, China, Comunidades Europeas y Japón²⁴⁴. La intervención de estos países además de haber resultado en la contribución con fundamentos jurídicos para reforzar los argumentos utilizados por México, la simple unión de estos gigantes mundiales por sí misma ya representaba un factor lo suficientemente intimidatorio para la parte contraria. Fue en este foro multilateral que las partes finalmente llegaron a un acuerdo que pondría fin a este conflicto. El 16 de mayo de 2007, ellas notificaron al OSD una solución mutuamente convenida que incluía un aumento de las importaciones de cemento mexicano en los EE.UU., promovía las exportaciones de cemento de los Estados Unidos a México y solucionaba litigios pendientes a nivel regional relacionados con la orden de USDOC de imposición de derechos antidumping al cemento mexicano. El Acuerdo previó también la revocación de la orden de imposición de derechos antidumping a partir del 1° de febrero de 2009²⁴⁵.

En síntesis, este caso comprueba la afirmación realizada en la hipótesis de que las demandas complejas son llevadas al foro multilateral debido a la debilidad del MSC regional en solucionarlas debidamente o, en otras palabras, de inhibir el comportamiento del país violador de la normativa de integración en aquellos casos más sensibles. La debilidad del MSC del cap.19 reside en la inexistencia de una regla de procedimiento que penalice el uso de la mala-fe por las partes para retardar el curso de la demanda.

²⁴³ Laudo del panel en el caso USA-97-1904-02, página 41 y 44.

²⁴⁴ Taipei Chino fue el quinto país que se asoció como tercera parte interesada.

²⁴⁵ WT/DS281/8 de 21 de mayo de 2007.

2.4. La controversia de la madera blanda entre Canadá y los EE.UU.

A pesar de que este conflicto no involucra a un país latinoamericano, su análisis refuerza la afirmación realizada en la hipótesis de que las demandas complejas son llevadas a la OMC debido a las debilidades de los mecanismos regionales para solucionarlas o inhibir el comportamiento del país violador de la normativa de integración en estos casos más sensibles. Además, este caso cobra una atención especial por representar la demanda más compleja que ha surgido ante el MSC del Capítulo 19.

En este caso, Canadá cuestiona las medidas *antidumping* y compensatorias aplicadas por el gobierno estadounidense en contra de sus exportaciones de madera blanda. Estas exportaciones eran responsables de aproximadamente un tercio de la madera disponible en el mercado estadounidense (en 2001) y rindieron a Canadá, US\$ 6.4 mil millones en 2003. Este conflicto, que se arrastra desde 1982 y ha afectado alrededor de US\$ 7.400 millones del comercio canadiense de madera, llevó a este país a interponer 15 demandas en el foro regional (2 en la época del TLC Canadá-EE.UU. y 13 bajo la vigencia del TLCAN²⁴⁶) y seis en el foro multilateral²⁴⁷. El tema principal reside en la denuncia de que los programas provinciales canadienses de "stumpage"²⁴⁸ implicaban honorarios demasiado bajos y, por tanto, constituían una forma de subvención indirecta.

En la primera investigación (Lumber I), concluida en 1983, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) llegó a la conclusión de que los programas provinciales

²⁴⁶ USA-CDA-2006-1904-01, USA-CDA-2006-1904-02, USA-CDA-2006-1904-05, USA-CDA-2005-1904-01, USA-CDA-2005-1904-02, USA-CDA-2005-1904-03, USA-CDA-2005-1904-04, USA-CDA-2002-1904-02, USA-CDA-2002-1904-03, USA-CDA-2002-1904-07, USA-92-1904-01, USA-92-1904-02.

²⁴⁷ WT/DS311; WT/DS247; WT/DS257; WT/DS264; WT/DS277; WT/DS236.

²⁴⁸ Estos programas permiten que compañías privadas lleven a cabo acuerdos de arrendamiento para cosechar y cortar la madera en las tierras canadienses que en su mayoría pertenecen al gobierno, con la condición de que dichos productores paguen al gobierno provincial respectivo un honorario ("stumpage") calculado en base al volumen de la madera que se corte.

canadienses de "stumpage" no constituían una forma subvención²⁴⁹. Posteriormente, en una segunda investigación (Lumber II²⁵⁰) realizada en 1986 el USDOC cambió su postura y verificó que la medida canadiense implicaba un 15% de subvención, a pesar de la inexistencia de cualquier cambio material en la naturaleza del sistema de "stumpage". Tal hecho motivó los rumores de falta de imparcialidad de los miembros del USDOC²⁵¹. En este caso el Panel binacional del TLCAN consideró que la actuación del USDOC estaba equivocada, juzgando procedente el reclamo de Canadá. Estados Unidos no solamente no cumplió las determinaciones de este fallo, sino que además aumentó el porcentaje de los subsidios aplicados de 6.51 a 11.54%.

Esta determinación generó el caso Lumber III en 1991, uno de los más largos y emblemáticos iniciados en este foro, en el cual nuevamente Canadá salió victorioso. En esta demanda los votos de los árbitros se alinearon según sus nacionalidades, lo que condujo al cuestionamiento de la imparcialidad de los mismos y, en consecuencia, al pedido de constitución del Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE). Los EE.UU. solicitaron la actuación del CIE alegando la violación del Código de Conducta y la existencia de conflicto de intereses por parte del presidente y de uno los árbitros canadienses que actuaron en la demanda. Este recurso fue juzgado improcedente.²⁵² La victoria judicial no fue suficiente para cohibir a los Estados Unidos de seguir aplicando nuevas medidas proteccionistas. En 2002 este país creó otras medidas *antidumping* y

²⁴⁹ Sin embargo, otros aspectos fueron cuestionados en el MSC del cap.19 del TLCAN dando origen al caso USA-92-1904-02

²⁵⁰ USA-92-1904-01

²⁵¹ "The department's change of heart was rumored to have been politically motivated. The rather obvious inconsistency of the two decisions, involving an enormously important Canadian export, simply confirmed Canadians' belief that the system was biased, and was one of the factors that led Canada to negotiate the FTA". Macrory, 2002:12.

²⁵² En su decisión el CIE así se manifestó: "The allegation of material breach of the Code of Conduct applies to both Chairman Dearden and Panelist Hunter, the serious conflict of interest only to Panelist Hunter (...)"(CIE) dismisses the request for Extraordinary Challenge for failure to meet the standards of an extraordinary challenge set forth under FTA Article 1904.13. The Binational Panel's May 6, 1993 and December 17, 1993 Decisions shall remain in effect, and the Binational Panel's Order Affirming the Determination on Remand dated February 23, 1994 is affirmed". Para más detalles véase la decisión n° ECC-94-1904-01USA de Agosto de 2004.

compensatorias que sumadas representaban casi el 30% de impuesto sobre las importaciones de madera canadienses²⁵³.

Frente a la reticencia de los EE.UU. de cumplir los fallos emitidos en el foro regional, en el curso del caso Lumber III Canadá optó por litigar simultáneamente en el GATT²⁵⁴. Los motivos para esta estrategia residieron, entre otras cosas, en el intento de acelerar la actuación del Panel del TLCAN y forzar a los EE.UU. a poner fin al conflicto²⁵⁵. Importa señalar que no existía cosa juzgada que impidiera tal postura ya que los paneles del TLCAN examinan si los Estados Unidos han cumplido con su propia legislación interna, y el OSD si este país ha cumplido con las obligaciones establecidas en los acuerdos multilaterales.

En síntesis, hasta 2007 las subvenciones estadounidenses a la madera blanda habían sido condenadas en cinco demandas tramitadas regionalmente²⁵⁶ y en tres tramitadas en el foro multilateral. La aplicación de *antidumping* había sido objeto de tres rechazos en el ámbito regional²⁵⁷. A pesar de la reticencia en el cumplimiento de los fallos emitidos en el

²⁵³ Conforme señala Macrory “Unfortunately, Canada’s 1993 victory in the Chapter 19 softwood lumber appeal did not prevent the US industry from filing a new case under more relaxed standards provided by Congress. Canada views recent decisions imposing duties of nearly 30 percent in that and a companion AD case as deeply flawed and heavily influenced by domestic US politics”. Este mismo autor señala que: “Although the Chapter 19 process did result, in 1993, in a reversal of the countervailing duty order issued in the third investigation as well as the repayment of hundreds of millions of dollars of duties, it did not prevent Congress from amending the law to lower the bar or the US Department of Commerce from launching new AD and CVD investigations in 2001. Those investigations resulted in the imposition, in May 2002, of AD and CV of up to 30 percent on Canadian imports — decisions viewed in Canada as grotesquely unfair. Nonetheless, Canadians who believed that the 1993 panel victory would put an end to the long festering lumber war had unrealistically high expectations”. Macrory, 2002: 2 y 15.

²⁵⁴ United States-Measures Affecting the Export of Softwood Lumber from Canada (II), BISD 40S/358.

²⁵⁵ Conforme asevera Macrory “Even though the time required for litigation means that a NAFTA panel decision is not normally be issued before the agency investigation is concluded, the mere existence of a WTO proceeding may encourage the agency to proceed with more circumspection than usual”. Macrory, 2002: 19.

²⁵⁶ La más reciente es la “Decision of the Panel on the Fourth Remand Determination, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada, Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, File USA-CDA-2002-1904-03, 5 October 2005”

²⁵⁷ La más reciente: Decision of the Panel following Remand, *In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada, Final Affirmative Antidumping Determination*, File USA-CDA-2002-1904-02, 9 June 2005.

ámbito multilateral, fue en este foro que las partes lograron llegar a un acuerdo, tras la solicitud de Canadá de aplicar retorsiones hasta el valor de 4 mil millones de dólares²⁵⁸. En este foro Canadá contó con el soporte de otras importantes potencias mundiales que se asociaron como terceros interesados: China, Comunidades Europeas, India, Japón, Corea, Nueva Zelanda y Tailandia²⁵⁹.

El 12 de octubre de 2006, los Estados Unidos y Canadá informaron al OSD que habían llegado a una solución mutuamente convenida, suspendiendo la autorización requerida por Canadá para aplicar retorsiones²⁶⁰. Esta solución tuvo por objetivo resolver todas las diferencias entre los dos países relativas al comercio de madera blanda y acabar con más de 20 años de litigios en el foro regional y multilateral. El mismo previó, entre otras cosas, que los EE.UU. reembolsasen a Canadá más de cinco mil millones de dólares en aranceles recolectados por el gobierno estadounidense²⁶¹.

Del análisis de este caso se pueden sacar algunas importantes conclusiones:

i) *Influencia política*: Como es sabido, ningún MSC está completamente libre de sufrir y ser influenciado por presiones políticas. En este caso, la industria maderera es considerada una de las más poderosas en los Estados Unidos y esta ha influido en la agencia estadounidense al reconocer que Canadá estaba aplicando subvenciones²⁶².

²⁵⁸ En noviembre de 2005, el Grupo Especial (GE) constituido bajo el artículo 21.5 en el caso WT/DS277 rechazó la queja canadiense de que los EE.UU. no habían cumplido las recomendaciones del OSD. Sin embargo, para complicar un poco más este llamado "spaghetti bowl" de demandas en los dos foros, en diciembre de 2005 fue emitido el informe del Órgano de Apelación-OA constituido bajo el art.21.5 que tenía por objeto verificar si los EE.UU. estaban aplicando correctamente las recomendaciones emitidas por el OSD en el caso WT/DS257. Este informe confirmó las constataciones del GE de que los EE.UU. no habían cumplido la decisión y determinaron que pusieran las medidas declaradas incompatibles con el *Acuerdo SMC* y el GATT de 1994 en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos Acuerdos. Canadá apeló la decisión citada en el caso anterior (WT/DS277) y en un informe de abril de 2006, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del GE.

²⁵⁹ China, Comunidades Europeas, India, Japón se asociaron al caso WT/DS257. Estos mismos países más Nueva Zelanda y Tailandia se asociaron al caso WT/DS264. China, Comunidades Europeas, Japón y Corea se asociaron al caso WT/DS277. Comunidades Europeas, Japón y India, al WT/DS236.

²⁶⁰ WT/DS277/20 de 16 de noviembre de 2006.

²⁶¹ Para mayores detalles sobre el tema véase Pauwelyn, 2006.

²⁶² The US lumber industry is considered one of the politically most powerful industries in the country. In March 2001, shortly before the filing of the petitions in *Lumber IV*, 51 senators wrote to the secretary of commerce

Tanto es así que en el caso Lumber I ella no encontró que Canadá subvencionaba su industria maderera, y posteriormente llegó a una decisión contraria. En el caso Lumber III, el lobby del sector maderero también ejerció una fuerte presión para que se constituyera el Comité de Impugnación Extraordinaria bajo la alegación de parcialidad de los árbitros.

ii) *Retrasos en la selección de los árbitros que suelen ocurrir en las demandas complejas y que motivan el inicio de las demandas en el foro multilateral*: El cuestionamiento de la imparcialidad de los árbitros en el caso Lumber III agravó aún más los constantes retrasos en la selección de los árbitros que suelen ocurrir en este foro. Esto porque: i) el argumento de conflicto de intereses pasó a ser utilizado por aquellos países que les interesa retrasar el curso de la demanda²⁶³, ii) los países han dispensado un mayor cuidado y tiempo en la selección de sus panelistas y, iii) han ocurrido renunciaciones de mandato tras el nombramiento, hecho que demanda tiempo adicional para encontrar un sustituto (esta sustitución lleva un promedio de 250 días para ocurrir). Según el cálculo hecho en un estudio, en un tercio de los casos en los que estuvieron involucrados los EE.UU. los panelistas renunciaron antes del fin de la demanda frente a la posibilidad de existencia de conflicto de intereses²⁶⁴. El asunto no es menor considerando que la mayor parte de los abogados que funcionan como árbitros pertenecen a un limitado grupo de bufetes de abogados altamente especializados que suelen ser los contratados por las partes interesadas. Este hecho crea amplios espacios para la existencia de conflicto de intereses.

Conforme se verifica, frente a la estrategia de retrasar la constitución de los árbitros, lo que ha sido una táctica común en las demandas de mayor complejidad o sensibilidad, los países echan mano del mecanismo multilateral para forzar a la parte morosa a permitir el adecuado trámite de la demanda en el ámbito regional y para amenazarla con una

urging him to resolve “the problem of subsidized lumber imports from Canada.” (Text: Senate Letter Supports Lumber Deal,” *Inside US Trade*, March 2, 2001). Citado en Macrory, 2002: 16.

²⁶³ “(...) US uses conflict of interest to delay the Panel selection process”. Hufbauer y Schott, 2005: 217.

²⁶⁴ “A conflict can occur when a panellist changes law firms. Also, because the conflict rules cover not just client conflicts but also issue conflicts, an attorney serving on a panel who is subsequently retained on a case involving the same issue is required to resign from the panel. (...) These changes added an average of nearly 250 days to the time needed to complete the process” Vease también nota 50 citada en Macrory, 2002: 21.

decisión que de cierta forma está más lejos de las presiones políticas que se suelen instalar en la órbita de los órganos decisorios regionales.

iii) *Necesidad de reforzar el MSC*: La reticencia estadounidense en cumplir las determinaciones de los Paneles binacionales ha fomentado el interés de Canadá en mejorar las reglas procesales del MSC del capítulo 19. Este país, conjuntamente con México, promovieron la creación de un grupo de trabajo que ha estudiado formas de mejorar la selección de árbitros y presentación de escritos²⁶⁵. Una de las ideas presentadas ha sido la constitución de un grupo permanente de panelistas. Sin embargo, esta idea ha sido rechazada por los EE.UU. teniendo en cuenta una limitación constitucional (el nombramiento de panelistas permanentes requiere la aprobación del Senado según el artículo II, sección 2 de la Constitución).

IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA OPCIÓN DE FORO

Tras el análisis de estos casos, al hacernos la pregunta de por qué se ha preferido el foro regional y solamente en los casos más complejos se ha accionado el mecanismo multilateral, llegamos a la siguiente respuesta:

En el caso del Mercosur, creemos que la explicación reside en gran medida en la tradición latinoamericana de arreglar los problemas nacionales y regionales por medio de negociaciones diplomáticas. El elemento político ha jugado un rol esencial en las relaciones comerciales mercosureñas. En el capítulo siguiente se mostrará en detalle como se ha reflejado en el MSC el interés de Brasil y Argentina por tener un mecanismo que esté bajo su control y que deje un amplio margen de libertad para negociaciones que generen acuerdos que reflejen los intereses de las partes económicamente más fuertes. Además, la influencia política de estos países es más fuerte en el foro regional pues en el

²⁶⁵ Actualidad Económica en América del Norte- Boletín Periodístico Semanal del 9 al 15 de octubre de 2004. año. V, No. 38.

ámbito multilateral esta fuerza se diluye frente a la presencia de varios otros miembros más poderosos.

En relación al TLCAN, creemos que una de las razones para la opción por el foro regional reside en el hecho de que las legislaciones nacionales de los países miembros del TLCAN en el tema de dumping y subvenciones son más detalladas que la normativa multilateral, ofreciendo, en consecuencia, un ambiente más propicio para la existencia de conflictos que son mejor abordados a nivel regional. La segunda razón reside en la libertad conferida por el MSC del capítulo 19 para que los privados inicien un litigio sin tener que enfrentar la selección que hace el Estado de las causas que le interesa patrocinar. En la OMC la defensa de sus intereses está condicionada a que sus Gobiernos acepten “patrocinar” su causa.

Los efectos de la sentencia también son más ventajosos para el reclamante en el foro regional, pues en este obtiene la medida revocada y el resarcimiento financiero de las pérdidas sufridas. En el foro multilateral las decisiones estipulan la obligatoriedad de la parte perdedora de revocar la medida considerada ilegal y en última instancia ofrecer compensación. Lo que suele ocurrir es solamente la revocación de la medida considerada ilegal. Hasta ahora no hubo casos de compensación. De todas formas el privado perjudicado no obtiene el resarcimiento directo de sus pérdidas en el foro multilateral.

Por otro lado, el MSC del capítulo 19 presenta una debilidad procesal que se torna evidente cuando se trata de decidir demandas complejas. El gran reto de este mecanismo reside en la amplia posibilidad de retardar la emisión de una decisión final, sin que exista ninguna punición de la parte que actúa de mala-fe²⁶⁶. Esto porque, conforme queda ejemplificado con los casos prácticos analizados, existe la posibilidad de la parte contraria

²⁶⁶Algunos autores han señalado las dilaciones de que han hecho mano los países en el TLCAN. En este sentido: “Delays in the constituting NAFTA Panels have been damaging. By contrast, a relatively minor mechanical step under the WTO makes a huge difference” Hufbauer y Schott, 2005: 215. Stenger también ha señalado que “En el TLCAN donde existe una asimetría de poder entre una parte dominante y dos partes más pequeñas, la parte dominante siempre puede demorar e incluso obstaculizar los procedimientos” Stenger, 2004:196.

de retardar la constitución del panel o de utilizar la estrategia del “ping pong” por medio del cumplimiento gradual del fallo.

Por estos motivos, en aquellas controversias complejas, en las que es fácil predecir que la parte contraria hará uso exhaustivo de todos los recursos dilatorios posibles o incluso se negará a celebrar un acuerdo o cumplir el fallo, se ha hecho uso del foro multilateral para forzar a la parte a cumplir la normativa de integración. Este foro más judicializado posee reglas procesales más sofisticadas para evitar retrasos en la constitución de los órganos decisorios, posee un mecanismo de adjudicación más eficaz y posibilita la participación de varios otros países como terceros interesados lo que, en definitiva, contribuye para intimidar a la parte contraria y para forzarla a cumplir la normativa violada. Estos terceros interesados además auxilian en el reforzamiento de los argumentos jurídicos abordados por el reclamante.

**CAPÍTULO V. LAS DEBILIDADES PROCESALES E
INSTITUCIONALES QUE SUBSISTEN EN LOS MSCs
REGIONALES**

El objetivo de este capítulo es reforzar la afirmación realizada en la hipótesis de que en el foro regional, a pesar de los avances procesales e institucionales, la persistencia de ciertas debilidades procesales e institucionales ha puesto en entredicho la capacidad de los MSCs en América Latina de solucionar las demandas más complejas.

El presente capítulo también demuestra que la falta de voluntad política que ha provocado la lentitud de la evolución de los MSCs regionales hacia la mayor judicialización ha sido una consecuencia de dos factores: los distintos niveles de integración deseados y la asimetría de desarrollo económico de los países involucrados. También se entrega un análisis detallado de las debilidades procesales e institucionales que subsisten en cada MSC regional analizado, lo que ha llevado a los países latinoamericanos a seleccionar el foro multilateral para solucionar las demandas más complejas, conforme se ha demostrado en el capítulo anterior.

I. LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA COMO FACTOR OBSTACULIZANTE DEL DESARROLLO DE LOS MSCs HACIA MECANISMOS MÁS JUDICIALIZADOS

Tres grandes factores han contribuido o impedido el desarrollo de un MSC más judicializado: factores de orden **histórica, jurídica y política**. El **contexto histórico** influencia la predisposición de los países a aumentar la eficacia de los MSCs. Así, por ejemplo, la desvalorización de la moneda brasileña en 1999 bajó el costo de los productos exportados por este país, amenazando, con el súbito aumento de las exportaciones, la industria de los países vecinos. Como consecuencia, en los años siguientes se verificó un gran aumento de las controversias en el MSC del MERCOSUR. Esto vino acompañado del fortalecimiento de las discusiones acerca de la mejora de este sistema, lo que culminó con la adopción del Protocolo de Olivos.

La **influencia jurídica** está relacionada con la distinta naturaleza de los ordenamientos jurídicos de cada país, como por ejemplo ocurre en el TLCAN y el OSD, los cuales agregan países con sistemas jurídicos distintos (“common law” y “civil law”). De esta

forma, los miembros provienen de distintas culturas jurídicas y por esto dan diferentes enfoques a las cuestiones del debido proceso, procedimiento y determinación de los hechos.

El **aspecto político** se exterioriza de varias formas y, en el caso de América Latina, creemos que se concentra en el grado de integración deseado por los Gobiernos y la asimetría de poder económico de las partes. El primer aspecto juega un rol esencial ya que la opción de elegir entre un sistema de solución de controversias en base a un tribunal de justicia permanente y con reglas procesales pre-definidas o un tribunal arbitral *ad hoc* que determina sus propias reglas de procedimiento, está vinculada a la etapa del proceso evolutivo del bloque económico en cuestión y la decisión política de la dimensión de la integración que se pretende alcanzar. El segundo aspecto ha sido clave para el logro del consenso necesario para avanzar hacia un modelo de integración más ambicioso que requiere de instituciones más sofisticadas para operar de forma adecuada. A continuación se verifica como estos aspectos han sido decisivos en la configuración de los MSCs regionales actuales. También se estudian en detalle las debilidades que persisten en cada uno de ellos.

II. ASPECTOS CLAVES QUE HAN CONDUCIDO A LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA PARA MEJORAR LOS MSCs REGIONALES Y LAS DEBILIDADES PROCESALES E INSTITUCIONALES QUE SUBSISTEN

1. MERCOSUR

1.1. La tímida evolución normativa y el permanente carácter precario del MSC

El Mercosur fue diseñado para reflejar el deseo de sus miembros de alcanzar una integración por medio de la cooperación política en lugar de la institucional. El desarrollo institucional que se dio con los Protocolos no había sido planeado, fue una consecuencia de la necesidad verificada a lo largo del tiempo. Esto porque inicialmente se buscaba más

bien un marco de integración sencillo para fortalecer los lazos diplomáticos (mayormente entre Brasil y Argentina) y posteriormente el discurso evolucionó para concretar la unión aduanera²⁶⁷. Esto puede ser comprobado por los textos del protocolo de Asunción y el de Olivos, los cuales no establecen derechos y obligaciones específicos de las partes, sino que vislumbran aspiraciones comunes a ser concretadas de acuerdo con la voluntad de los Gobiernos²⁶⁸.

La evolución normativa que reglamenta el MSC del MERCOSUR demuestra el tímido grado de integración inicial deseado por las partes y su evolución gradual, lo que se ha reflejado en el desarrollo constante de las instituciones que amparan este bloque de integración. Sin embargo, pese a la evolución procesal e institucional verificada subsisten debilidades en el MSC, lo que, en nuestra visión, ha debilitado la disposición de los países para utilizar este foro de forma integral, es decir, haciendo uso de todos los instrumentos y etapas procesales existentes para la solución de controversias. Conforme será demostrado en el capítulo siguiente, solamente un 2% de las controversias iniciadas fueron objeto de arbitraje. Este hecho puede ser, en parte, consecuencia de la falta de estímulo para seguir adelante con una demanda a las fases jurisdiccionales, las cuales todavía carecen de atributos importantes, conforme se verá a continuación²⁶⁹. Según algunos autores, la debilidad institucional del MSC ha impactado la percepción de que se trata de un mecanismo imparcial²⁷⁰ e incluso ha generado efectos más allá de la

²⁶⁷ "The main motivation behind its formation was to strengthen diplomatic relations between member countries, particularly between Brazil and Argentina" Ruiz-Dana, 2007: 37.

²⁶⁸ Como señala Taylor "The MERCOSUR has been designed to reflect its member states' desire to achieve economic integration through political cooperation rather than institutionalism." La misma autora dispone "The Treaty of Asuncion and the Protocol of Ouro Preto, by their terms, do not establish the MERCOSUR rights and obligations but instead set out integration goals. The member states retain all the authority to define over time and on a consensus basis what the MERCOSUR will be. The exploratory nature of the MERCOSUR treaty commitments has undoubtedly affected the way the issue of dispute settlement has been handled. The MERCOSUR's avoidance of institutions and its deliberate lack of precision about the legal rights being created leave it far apart from the only working model of a successful common market" Taylor, 1996-1997.

²⁶⁹ Como ya señalaba Cardenas en artículo publicado en 2000, siete años se pasaron desde la creación del MSC sin que ningún caso fuera decidido por arbitraje, lo que representa una señal de su debilidad. Así lo señala este autor: On April 29, 1999 the first award ever issued in a dispute between state parties of MERCOSUR was made public. Seven years had gone by since MERCOSUR was born with no dispute having being resolved through arbitration. A clear sign of a weak mechanism that-up to now- seems to have failed to comply with the interest of Mercosur's parties" Cardenas, 2000: 285.

²⁷⁰ Este desafío ha sido resaltado por Bouzas y Soltz: "The main institutional treats of Mercosur are the strong inter-governmental bias of its organs, the key role of consensus in decision-making and the non-existence of

disposición de los países en litigar: ha afectado la “performance” comercial de este bloque²⁷¹.

Los propios textos normativos exponen claramente la necesidad de perfeccionar el MSC. Desde la normativa más antigua hasta la más reciente todavía se señala la importancia del perfeccionamiento de este foro al reconocer “que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias”.²⁷² En el caso del Mercosur, el tímido grado de integración deseado por las partes ha sido una consecuencia de la falta de consenso generada por el distinto nivel de desarrollo económico entre sus miembros. Las divergencias de intereses entre los países más pequeños (Paraguay y Uruguay) y los más grandes (Brasil y Argentina) y los constantes conflictos diplomáticos y comerciales entre estos últimos, ha sido una constante en la historia del Mercosur.

Abajo sigue el análisis de los problemas procesales verificados en cada una de las normativas que se sucedieron en la reglamentación del MSC, y la tímida voluntad política para sanar los mismos, mayormente por parte de los países más fuertes del bloque, Brasil y Argentina²⁷³.

a) Tratado de Asunción: El Tratado de Asunción para la constitución del Mercado Común del Sur solamente preveía un procedimiento precario de solución de controversias y estipulaba que un sistema permanente debería instituirse antes del 31 de diciembre de

an “autonomous” legal order (including a jurisdictional body to settle disputes). These features have been consistent with an institutional model that emphasis continuous bargaining, flexibility and adaptability” Bouzas y Soltz, 2001: 17.

²⁷¹ Para mayores detalles de este tema ver análisis de CEPAL en el cual menciona que “ (...) Mercosur’s poor trade performance since 1999 as a result of *infrastructural deficiencias* and the *weak institutional framework* such as the rudimentary dispute resolution mechanism” ECLAC, 2005.

²⁷² Párrafo de introducción del Protocolo de Olivos.

²⁷³ Como señala Bouzas “Opacity and “self-help” (consults, mediation) mechanisms have remained dominant as member states (and particularly Brazil) have been reluctant to move towards more transparent and formalized regimes that would have raised the cost of non-compliance. Weak “supply” conditions help to account for lean “commitment” institutions and the practical absence of enforceable co-ordination initiatives at the regional level. In particular, they help to explain the fragility of centralized monitoring and third-party enforcement procedures in the WT/DSM, a feature that has failed to provide certainty to private sector agents” Bouzas y Soltz, 2001: 16.

1994. Como observa Copello, esta normativa “no estructuró ni dio las bases para una jurisdicción propia con competencia en las materias abarcadas”²⁷⁴.

La primera etapa del procedimiento del Anexo III del Tratado de Asunción consistía en negociaciones directas entre los Estados en conflicto. Si este procedimiento fracasaba, los Estados deberían someter la controversia al Grupo Mercado Común-GMC y, en última instancia, al Consejo Mercado Común. Sin embargo, se trata de órganos políticos, sin ningún carácter jurídico. No son permanentes ni imparciales ya que se reúnen esporádicamente y son compuestos por representantes de los Gobiernos.²⁷⁵ De esta forma, este sistema dejaba la solución de conflictos en las manos de órganos intergubernamentales que por su naturaleza no pueden solucionar debidamente ya que no se trata de foros jurisdiccionales, sino de partes que están involucradas en el proceso de integración”²⁷⁶.

Otro rasgo del procedimiento que dejaba margen para la parcialidad residía en la forma de actuación de los órganos involucrados. El GMC podría decidir si recibir o no el diferendo, mediando siempre el poder de veto que supone la exigencia del consenso para la adopción de las resoluciones del mismo. Con el poder de veto, también se podría evitar que se estableciera una sanción por el incumplimiento.²⁷⁷

La precariedad y la parcialidad generada por este mecanismo fueron duramente criticadas por varios autores²⁷⁸. Opertini dispone que el Anexo III “es un procedimiento sumamente

²⁷⁴ Copello, 1995b: 174.

²⁷⁵ El GMC está compuesto por miembros del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Economía o sus equivalentes y del Banco Central. El Consejo está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes. Artículos 11 y 14 del Tratado de Asunción

²⁷⁶ Copello, 1995b: 200.

²⁷⁷ Otermin señala que “En este procedimiento, la decisión de recibir o no el diferendo estaba en las manos del Grupo Mercado Común y con él, cada Estado poseía el poder de veto. En consecuencia, el procedimiento podría verse “entorpecido”. Otermin, 1995: 30.

²⁷⁸ En este sentido véanse las críticas citadas en los libros: Almeida, 1992: 6; Boldorini, 1994: 475-476.

elemental y limitado por las dificultades contenidas en el criterio de adopción de decisiones de los órganos intervinientes, los cuales actúan por consenso”²⁷⁹. Rey Claro y Puñal señalan que lo que se preveía eran ‘mecanismos demasiado débiles que sembraron dudas en cuanto a su operatividad, pues las decisiones de los órganos debían adoptarse por consenso y en ellos estaban representados los propios Estados partes en la contienda.’²⁸⁰ Copello dispone que los paneles de expertos que asesoraban el GMC tenían una independencia de criterio mucho mayor de la que pueden tener quienes están representando a sus países.²⁸¹

La debilidad no sólo residía en la estructura, sino también en la naturaleza de las decisiones. Claramente si los órganos que las emiten son políticos, no se podría tratar de decisiones de carácter jurídico. Lo que se emitía eran recomendaciones no vinculantes. Tampoco se establecían procedimientos que hicieran posible ejecutar tales recomendaciones. En resumen, se trataba de un procedimiento de solución de controversias de naturaleza típicamente política.

b) Protocolo de Brasilia: Considerando estas varias omisiones normativas era urgente la necesidad de crear un sistema transitorio que ‘salvara en la forma más rápida posible las dificultades que planteaba la aplicación del Anexo III’²⁸². Este sistema se estructuró en el Protocolo de Brasilia. Los países miembros adoptaron esta normativa en el periodo transitorio, es decir, hasta que se adoptara la estructura orgánica definitiva del MERCOSUR según lo establecido en el artículo 18 del Tratado de Asunción²⁸³.

²⁷⁹ Otermin, 1995: 30.

²⁸⁰ Rey Claro, 1998: 48; Puñal, 2005: 303.

²⁸¹ Copello, 1995: 200.

²⁸² Perez Otermin, 1992:19.

²⁸³ Este artículo establece que “Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones”. En el mismo sentido el Anexo III, número 3 dispone que “antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados partes adoptarán un sistema permanente de solución de controversias para el Mercado Común.

Esta normativa incluyó la participación indirecta de los particulares, mantuvo la intervención del Grupo Mercado Común en la fase inicial para asesorar a las partes en la solución del conflicto y la naturaleza no vinculante de las recomendaciones emitidas²⁸⁴. Sin embargo, introdujo por primera vez un proceso jurisdiccional para la solución de controversias por medio de la creación del Tribunal Arbitral 'ad hoc' (TA), lo que revela los primeros intentos hacia un procedimiento más judicializado²⁸⁵. Sin embargo, las reglas procesales que regulaban el procedimiento arbitral todavía dejaban espacio para presiones políticas.

A pesar del avance, el MSC todavía seguía con un carácter marcadamente político. En el texto aprobado no se prohibía expresamente que el árbitro fuera funcionario público. Como señala Otermin, "de ser un árbitro funcionario de su gobierno y cumplir funciones justamente en la repartición pública afectada al tema o en otra, es evidente que su actuación no sería imparcial, sino que cumpliría más bien la función de abogado de la posición de su país, quedando la decisión de los hechos en manos del tercer árbitro"²⁸⁶. Otro aspecto polémico decía relación con el hecho de que los miembros del TA no estaban autorizados a fundamentar los votos en disidencia, exigiéndoles la confidencialidad de la votación²⁸⁷. Se argumentaba que al exigir la confidencialidad de la votación ya se estaba partiendo del supuesto de que los árbitros estarían sujetos a ser influenciados por los países para los cuales trabajaban. Por último, se argumentaba que

²⁸⁴ Olavo Baptista, gran estudio del Mercosur, destinó duras críticas a su MSC disponiendo que "The pre-litigation body, under the Protocol of Brasilia, even with the amendments made by the Protocol of Ouro Preto, has no coercitive powers to enforce execution or to apply sanctions". Baptista, 1998: 71.

²⁸⁵ Rey Claro señala que bajo el protocolo de Brasilia el MSC constituye una combinación de procedimientos diplomáticos, institucionales y jurisdiccionales, de aplicación progresiva. Rey Claro, 1998: 49. Batista, por su parte dispone que "In fact, a proper reading of the competencies of the system established by the Treaty of Brasilia shows that the intent is to establish a mechanism that can produce decisions, although on a more modest and limited scale". Baptista, 1998: 69.

²⁸⁶ Otermin, 1995:52.

²⁸⁷ Para Rey Caro esta disposición podía encontrar algún fundamento en la concesión de una mayor libertad a los árbitros de la nacionalidad de las partes en la controversia, pero no se compadecía con la obligatoriedad que tiene el tribunal de fundamentar su decisión y desnaturaliza la esencia de los pronunciamientos de estos órganos jurisdiccionales. Rey Claro, 1998: 57.

la falta de justificación jurídica violaba el debido proceso legal pues impedía conocer los argumentos para formular debidamente su defensa. Además, impedía la formación de una sólida jurisprudencia.

El Protocolo de Brasilia tampoco estableció reglas procesales pre-definidas para la actuación del TA²⁸⁸. Comparto la opinión de Pizzolo, de que la facultad otorgada al TA que le permite adoptar sus propias reglas de procedimiento, es poco menos que un llamamiento a la inseguridad jurídica²⁸⁹. Es difícil imaginar en qué condiciones los abogados ejercían la profesión si cada Tribunal formado en cada caso podía dictar sus propias reglas de procedimiento. También se cuestionaba la inexistencia de un organismo decisorio permanente que pudiera conferir las garantías necesarias para la consolidación de un derecho comunitario por medio de la jurisprudencia emitida a lo largo del tiempo.

En el año de 1991 se llevó a cabo un “Simposio sobre Tribunal de Justicia para el MERCOSUR”, organizado por el Instituto Artigas del Servicio Exterior. En esta ocasión Uruguay dejó claro su inclinación por la constitución de un Tribunal de Justicia de carácter permanente y presentó propuestas para mejorar el Protocolo de Brasilia, proponiendo modificaciones en el mecanismo de solución de controversias. Sin embargo, el texto aprobado, el cual representaba la opinión del país más fuerte económica y políticamente, Brasil, apuntaba a actualizar la normativa en cuestión, introducir reglas para acelerar el procedimiento y dar una mayor presencia a los particulares.²⁹⁰

En resumen, aunque la creación del TA revistiera al MSC de un carácter un poco más judicializado, todavía existían dudas respecto a la real intención de los países en tener un MSC independiente y basado en ‘reglas de Derecho’. El carácter diplomático de solución

²⁸⁸ En este sentido, el art. 15 del Protocolo de Brasilia dispone que el Tribunal Arbitral adoptará sus propias reglas de procedimiento.

²⁸⁹ Pizzolo, 1998: 354.

²⁹⁰ Otermin, 1995: 65.

de controversias aún prevalecía.²⁹¹ En las palabras de Ruiz-Dana, la arquitectura jurisdiccional minimalista del Protocolo de Brasilia basada en el principio de prevalencia de consenso y cooperación diplomática puede haber sido útil en las etapas iniciales del funcionamiento del Mercosur, cuando la interdependencia de los países era relativamente baja y el compromiso político, más alto. Sus deficiencias, sin embargo, se quedaron patentes en el período posterior a la devaluación de la moneda brasileña en 1999, cuando se inició una “ola” de medidas proteccionistas, generando varios conflictos comerciales²⁹².

c) Protocolo de Ouro Preto: Las únicas modificaciones que introdujo el Protocolo de Ouro Preto consistían en la inclusión de las controversias derivadas de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur -CCM (art. 43, pfo. único) y la posibilidad de actuación de este órgano a través de las Secciones Nacionales en materia de solución de controversias originadas por los particulares (Artículo 21).

El artículo 44 de esta normativa establecía que, antes de culminar en el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarían una revisión del sistema de solución de controversias con miras a la adopción de un sistema permanente. Sin embargo, frente a la falta de voluntad política de los países más fuertes de este bloque, el mecanismo continuó con calidad de “por ahora”.²⁹³

d) Protocolo de Olivos: El Protocolo de Olivos ha sido la normativa que más avanzó hacia una mayor judicialización, debido a la introducción de un tribunal de apelación y el establecimiento de reglas procesales más claras con plazos definidos, aunque estos

²⁹¹ “The Protocol of Brasilia, as we have seen, in keeping with the blueprint set out in the Treaty of Asunción, provided that dispute settlement should take place at a diplomatic level, by means of direct negotiations, intervention of the GMC and finally, but only after these routes have been exhausted, by arbitration. The Protocol of Ouro Preto confirmed this thrust, but gave the CCM a role as part of the dispute settlement system. Both direct negotiations and intervention by the GMC are procedures that are typical of the cooperative or diplomatic approach”. Baptista, 1998: 70.

²⁹² Mayores detalles en Ruiz-Dana, 2007.

²⁹³ Operti, 1995:140.

plazos no hayan sido cumplidos de forma estricta por las partes y los órganos involucrados.

A pesar de los avances citados, a nuestro juicio permanecen algunas fallas en este MSC, como la constitución de un tribunal de apelación no permanente y la falta de una regla que establezca el cumplimiento automático de las decisiones. Los laudos del TA y del TPR no son adoptados automáticamente ya que dependen de la aprobación de la mayoría. Además, el protocolo mantiene la prohibición a la fundamentación de los votos en disidencia y exige la confidencialidad de la votación. También dispone que las deliberaciones sean confidenciales²⁹⁴. Por último, la naturaleza de mecanismo transitorio todavía persiste, lo que indica que aún no se trata de un sistema adecuado y que corresponda a las expectativas de todos los países miembros del Mercosur.²⁹⁵ En realidad, los avances han sido conducidos en función de los intereses de los dos países más poderosos del MERCOSUR, los cuales han obstaculizado las propuestas hacia una mayor legalización del sistema. Conforme señala Peña, la combinación de una precaria independencia y la concentración de poder en solamente dos miembros (Argentina y Brasil) ha resultado en una débil presión hacia la institucionalización²⁹⁶.

1.2. Las debilidades procesales e institucionales que subsisten

a) Innecesaria actuación de dos órganos que cumplen la misma función: Las características de flexibilidad procesal y no permanencia han marcado el procedimiento

²⁹⁴ Artículo 25 del Protocolo de Olivos

²⁹⁵ En este sentido merece señalar las palabras de Leathley: "Once the Olivos Protocol is ratified by the Member states of Mercosur, the new system will be an improvement on the existing one. However, unfortunately, it will remain a transitory system and one seriously deficient in that it does not satisfactorily embrace the fundamental principles of direct accessibility, supra-nationality, direct enforceability of decisions, and consequently, a uniform jurisprudence." Leathley, 2002: 16.

²⁹⁶ La presión de Argentina y Brasil para mantener el sistema bajo su control ha sido señalada por Peña al disponer que "The combination of low interdependence and the relative concentration of power in just two members (Argentina and Brazil) resulted in limited demands for institutionalization, especially regarding the staff of independent common organizations. Unlike the European case, Member States controlled the decision-making process in MERCOSUR". Pena, 2005: 1.

de solución de controversias del MERCOSUR. Sin embargo, estas no han contribuido a tornar más célere el sistema. Teóricamente, el art. 5 del protocolo de Olivos establece que las partes no podrán, salvo acuerdo entre ellas, exceder un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que una de ellas le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia, para concluir las negociaciones directas,. Sin embargo, en la mayoría de los casos las partes van posponiendo el plazo hasta llegar a un acuerdo.²⁹⁷ Lo mismo se verifica en las fases posteriores. El promedio de días que lleva una controversia desde la fecha de su presentación a la CCM hasta la comunicación de la decisión es de 730, es decir, 2 años. En la fase posterior, es decir, en el GMC este promedio ya es bastante inferior: cerca de 3 meses. Basándose en estos datos se puede concluir que las partes dedican un esfuerzo mucho mayor para llegar a un arreglo en la fase inicial, antes de llevar el caso a la fase jurisdiccional, tanto es así que hasta ahora solamente en 12 casos hubo intervención del Tribunal Arbitral, como se detallará en el capítulo siguiente. En otras palabras, más que una solución jurídica, lo que se busca es un arreglo diplomático.

El alargamiento de la fase pre-contenciosa, por medio de la actuación de la CCM y del GMC, sin duda ha contribuido a la lentitud del procedimiento del MSC. Por otro lado, no queda claro la real necesidad de la actuación de estos dos órganos y cuánto ellos han contribuido realmente para que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio. El profesor Ekmekdjian dispone que la negociación directa y la mediación son improductivas para resolver conflictos pues es lógico presumir que los Estados involucrados ya han efectuado negociaciones antes de que el conflicto se explicita. Este autor concluye que estas etapas, además, demoran la solución del litigio, con trámites sobreabundantes y - en mayor parte de los casos- inútiles.²⁹⁸ Leatheley señala que este sistema favorece en

²⁹⁷ Esta aptitud comúnmente utilizada en este foro ha sido punteada por Bouzas y Soltz: "If member states agree, they can extend the mandatory fifteen-days term to undertake bilateral negotiations in the CMG almost indefinitely. In practice, this means that the triggering of a third-party adjudication procedure can be delayed and replaced by political and diplomatic bargaining. Although it is quite desirable that a DSM provides ample room for direct negotiations, the possibility of long delays before a third-party adjudication mechanism is activated may create uncertainty on the part of the private sector". Bouzas y Soltz, 2001: 11.

²⁹⁸ Ekmekdjian, 1996: 290.

demasiada la fase pre-contenciosa, especialmente si se considera que las partes claramente ya han entablado negociaciones antes de llevar un caso a juicio.²⁹⁹

Creemos que no se debe desconsiderar la importancia de la fase pre-judicial que se lleva a cabo bajo un procedimiento pre-establecido y bajo las miras de un aparato institucional. Esto no equivale a las negociaciones anteriores que naturalmente son hechas directamente entre los representantes de los países. Sin embargo, en el caso del MERCOSUR, la actuación de dos organismos en la fase pre-judicial que ejercen el mismo rol se muestra demasiado e ineficaz, en nuestra opinión. Además, la semejante composición de los dos (funcionarios públicos de los Gobiernos) no representa una opción que agrega conocimiento técnico adicional. Bastaría solamente la actuación de la CCM para que el MSC funcionara. Esto porque, de las 554 controversias presentadas, en solamente 33 de los casos la actuación del GMC fue requerida por las partes y, al parecer, en raras excepciones su intervención contribuyó para que las partes llegaran a una solución amigable.

b) Carácter no permanente del Tribunal Permanente de Revisión-TPR: La fase jurisdiccional de este MSC está marcada por la composición de dos órganos no permanentes: el Tribunal Arbitral y el TPR. Los árbitros que sirven al Tribunal Arbitral actúan en un caso individual y no hay garantía de que serán nombrados para actuar en otro caso. Ellos no están obligados a seguir (o incluso a tener en cuenta) cualquier otro razonamiento de árbitros que actuaron en controversias semejantes. Ellos crean sus propias reglas de procedimiento y tienen una gran discreción sobre la forma en que lo harán.

²⁹⁹ Conforme dispone Whitelaw, “salvo excepciones, la intervención del GMC se reveló ineficaz, no alcanzándose resultados positivos por participar en esta etapa” Whitelaw, 2004: 142. También en este sentido Leathley, 2002: 12. Pizzolo afirma que las negociaciones directas y la mediación de la CCM y del GMC pueden servir en el ámbito internacional para solucionar conflictos de intereses que se suscitan entre Estados soberanos, porque no hay un tribunal que tenga jurisdicción obligatoria sobre ellos, como ultima ratio antes de recurrir a las medidas de acción directa. En cambio, los conflictos jurídicos que se producen en el marco de un proceso de integración, sea que afecten a los Estados, a particulares o a ambos a la vez, deben ser resueltos en un proceso judicial, preferentemente ante un Tribunal Permanente. Pizzolo, 1998: 351.

EL TPR, a pesar del nombre, no es un tribunal permanente, sino disponible. Sus miembros, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque³⁰⁰. En este contexto, comparto la opinión de los varios autores que señalan que el Protocolo de Olivos no establece un Tribunal de Justicia sino un Tribunal “Ad doc” de Revisión, el cual posee naturaleza arbitral pese a ciertos rasgos de *permanencia*, de algún modo más bien aparentes, que se dan en él.³⁰¹ Como subraya Rey Claro, “no se trata de un órgano “permanente” *stricto sensu*, sino de árbitros sujetos a una “disponibilidad permanente” ya que sus integrantes deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque³⁰². Klor dispone que más que ante algo permanente estamos ante un “tribunal disponible”³⁰³. Peña señala que el Protocolo de Olivos y el establecimiento del TPR representan un importante avance, sin todavía, haber alterado la esencia “ad hoc” de los procedimientos³⁰⁴.

El TPR no es más que un “super panel arbitral”³⁰⁵, aunque la mayoría de la doctrina utilice la palabra tribunal sin hacer un análisis profundo de la naturaleza de este órgano. Esto porque sus miembros están disponibles, se reúnen cuando son solicitados para actuar en

³⁰⁰ Está formado por cinco árbitros: cada Estado Parte del MERCOSUR designará un árbitro y su suplente (período de 2 años). El quinto árbitro será elegido por unanimidad por un período de tres años (artículo 17 PO). Cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, de los cuales dos serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará mediante sorteo realizado por el Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia. Cuando la controversia involucre a más de dos Estados Partes el Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por todos los cinco (5) árbitros (artículo 20 PO).

³⁰¹ Puñal, 2005: 325.

³⁰² Rey Claro, 1996/97:32.

³⁰³ Klor, 2005: 38.

³⁰⁴ “The Olivos Protocol and the establishment of a Permanent Review Court represent important advancements in this matter, without having altered the *ad hoc* essence of arbitral procedures” Peña, 2005: 12. También como ha señalado Operti “sigue siendo evidente que el MERCOSUR ha estado zigzagueando entre la idea de tener una justicia o tener un arbitraje. Y ha estado un tanto zigzagueando porque parecería no haberse desenvuelto todavía en la región un espíritu- una *communis opinio*- sobre la pertinencia de crear un tribunal judicial, jurisdiccional clásico, del tipo de aquellos de que disponemos al interior de cada uno de los países” Operti, 2004: 152.

³⁰⁵ “The Tribunal is simply a “super arbitration panel” which operates as such, and which is empowered to resolve issues of law and policy interpretation dealt with by another, more ad hoc panel” Porrata-Doria, 2004.

un caso específico y tienen la libertad para establecer sus propias reglas de procedimiento. Didier con mucha sabiduría expone que no existe un tribunal permanente, sino un tribunal arbitral *ad hoc* constituido para cada caso pues lo que existe en realidad es el ofrecimiento de árbitros para actuar en cada demanda concreta.³⁰⁶

De esta forma la facultad de resolver cuestiones de interpretación del derecho se conserva en las manos de un tribunal *ad hoc*. Si bien es cierto que sus miembros, en virtud de su nombramiento por un período de dos o tres años, podrían desarrollar un conjunto coherente de la interpretación del derecho comunitario, esto no equivaldría al cuerpo jurisprudencial contraído por un grupo de jueces designado de forma permanente, que conducen sus trabajos en audiencia pública y basado en un procedimiento transparente de emisión de sentencias (como hemos dicho anteriormente los árbitros no pueden fundar votos en disidencia y deben mantener la confidencialidad de la votación, según dispone el artículo 25)³⁰⁷. Esta percepción de la justicia debiera contribuir a dar mayor confianza a las partes interesadas y a aumentar el interés por llevar las controversias hasta este Tribunal. Sin embargo, esto no ocurre. Hasta la fecha, la actuación del TPR ha sido demandada en un número ínfimo de veces: de 2003 a 2007 su interferencia solamente ocurrió en 3 controversias en un total de 554 controversias iniciadas.

Esta limitada actuación impide la formación de un cuerpo jurisprudencial sólido y coherente con la interpretación de las normas mercosureñas³⁰⁸. Además, esta estructura

³⁰⁶ Operti Badan, 1995: 136.

³⁰⁷ Dalla Via señala que: "No creemos que un sistema arbitral sea el más adecuado, ya que al carecer de una sede fija y modificarse su constitución, no unifica la jurisprudencia, sino que, por el contrario, tiende a su dispersión y puede crear contradicciones. Tampoco favorece a la interpretación jurídica comunitaria la circunstancia de que no pueden conocerse los votos en disidencia en los arbitrajes". Dalla Via, 1993: 230. Por su parte, Didier también enfatiza: "Como imaginar una jurisprudencia comunitaria con Tribunales ad-hoc? Porque si el tribunal fuera un tribunal permanente, la situación podría ser distinta" Operti Badan, 1995: 136.

³⁰⁸ Este desafío ha sido apuntado por Leathley: "The disappointment felt over the Olivos Protocol is how, despite the stated aims which are to depoliticise disputes among the Members, give them a measure of institutional predictability and advance toward a uniform interpretation of Mercosur's body of law and the creation of a common jurisprudence, it seemingly fails to remedy this problem" Leathley, 2002: 14.

precaria y temporaria es insuficiente para hacer frente a un aspecto importante que se desarrolla con las controversias: la interpretación del significado o la intención de una determinada norma. La falta de un tribunal permanente limita la interpretación del ordenamiento jurídico mercosureño de manera coherente, de forma de crear un cuerpo de conocimientos en el que las partes puedan confiar en el futuro para planificar sus acciones.

Además de la uniformización jurisprudencial, un tribunal permanente conferiría una mayor seguridad jurídica a los países pequeños y a los particulares en sus conflictos contra los países más fuertes. Esto porque cuanto más judicializado se presenta el mecanismo, mayor la presunción de que su actuación sea imparcial, estando de esta forma menos sujeta a las presiones políticas que tienden a favorecer los intereses de los países más fuertes económicamente³⁰⁹.

La influencia política a la que está sujeto un MSC poco judicializado es particularmente menos beneficiosa a los países más débiles. Esto justifica el hecho de que la propuesta de creación del TPR haya surgido de Uruguay y no de Brasil o Argentina³¹⁰. Los razonamientos presentados fueron:

- necesidad de armonizar la interpretación de la ley a través de la creación de un tribunal de revisión;
- necesidad de evitar la primacía del intereses de los países más fuertes, que priorizaban la solución informal de la controversia en lugar de aplicar los procedimientos de arbitraje formal;
- inseguridad derivada del hecho de que cada tribunal tiene el poder de fijar sus propias reglas de procedimiento, aunque en la práctica, la mayoría de los tribunales “*ad hoc*” siguen los procedimientos aplicados por los tribunales predecesores.

³⁰⁹ Copello señala que la seguridad de los países pequeños del MERCOSUR residen en un organismo jurisdiccional de última instancia que sea parte del mecanismo institucional definitivo del Mercosur y que debería ser un tribunal de justicia, de carácter por lo tanto permanente y supranacional. Ver Copello, 1995: 201.

³¹⁰ Uruguay exigía: (a) una modificación más profunda del sistema de Brasilia; (b) la constitución de un Tribunal Arbitral permanente, al cual pudieran tener acceso no sólo los Estados miembros sino también los particulares; y (c) la creación de una Secretaría General que vigilara las medidas adoptadas por los Estados miembros a objeto de dar cumplimiento al Derecho del MERCOSUR. Puñal, 2005: 320.

La influencia política que ha marcado el MSC del Mercosur, ha sido identificada como uno de los principales desafíos de este sistema por varios autores. Roberto Bouzas y Hernan Soltz, por ejemplo, señalan dos características del MSC que contribuyen a esto: i) la gran discrecionalidad inter-gubernamental; ii) la concentración de poder decisorio en las manos de los representantes del gobierno³¹¹. Carranza dispone que las disputas muchas veces son conducidas por canales diplomáticos en reuniones presidenciales³¹². Leathely plantea que este mecanismo, al favorecer las negociaciones diplomáticas, favorece a las más grandes economías³¹³. La verdad es que todavía no existe una voluntad política para crear un MSC definitivo y por esto, conforme afirma Viñuesa, el Protocolo de Olivos ha mantenido la fórmula del sistema anterior de “negociación-arbitraje ad hoc”.³¹⁴

³¹¹ “The strong inter-governmental bias and the fact that the decision-making authority rests in the hands of government officials”. Este mismo autor señala Bouzas y Soltz señalan las siguientes características del SSC: “a) its strong inter-governmental bias; b) the “incomplete” character of its organs legal acts; and c) the absence of an independent jurisdictional body. This design gave governments a high degree of control over the process, ensuring graduality and flexibility.” Although all “acts” undertaken by MERCOSUR decision-making organs are mandatory, they are neither “immediately applicable” nor have “direct effect”. In practice, this means that member states undertake the commitment to “internalise”, but not necessarily to enforce these acts. They can be conceived, therefore, as “incomplete” legal acts, equivalent to signed but not yet ratified international agreements” Bouzas y Soltz:2001: 6.

³¹² “Trade disputes are often handled through diplomatic channels and personal diplomacy among the four heads of states at summit meetings” Carranza, 2003: 87

³¹³ “Complacency on the issue of the effectiveness of the dispute resolution system will only favour stronger economies by leaving the resolution of disputes to political negotiations between Member states of unequal power. This is particularly true in Mercosur. Therefore, the legal framework within which the dispute resolution system resides must be strong. It must be clear, predictable, efficient and dependable. It must uphold fundamental principles such as the rule of law, and guarantee the just settlement of disputes between Member states (and private parties), thereby protecting the respective parties bona fide economic interests” Leathley, 2002:11.

³¹⁴ El acentuado carácter político de este foro ha sido señalado por Viñuesa para quien “The Protocol of Olivos maintained the negotiation-plus-arbitration-through-ad-hoc-tribunals formula imposed by the previous system (...) The idea of establishing a supranational tribunal for the settlement of disputes was never seriously considered by Member States as a viable alternative. There was no intention to provide institutional mechanisms for monitoring acts or omissions of Mercosur organs. Mercosur institutions were created to function by the general consensus of Member States”. Viñuesa, 2005. De su parte Ruiz Dana señala que “Mercosur relies on its members’ expressed willingness to resolve problems through diplomatic engagement, rather than mediation or arbitration, gave way to rudimentary dispute resolution mechanisms. There is only one arbitral procedure and it is, at the same time, a last-resort mechanism whose activation is more cumbersome than certain. Moreover, unilateral disregard for these resolution mechanisms has been the rule, rather than the exception. An attempt to overcome this systemic failure was made through the enactment of the Protocol of Olivos, but it is still behind in its efforts to develop a reliable system of international commercial arbitration” Ruiz-Dana, 2007: 38.

c) Innecesario rigor en las demandas iniciadas por los privados: El Protocolo de Olivos confiere un derecho de acción indirecta de los particulares contra los Estados cuyo juzgamiento de procedencia o improcedencia está condicionado a la emisión de una decisión unánime. La pregunta es ¿por qué se exige unanimidad en las decisiones que involucran casos levantados por los particulares y no en los casos iniciados por los Estados?

Según nuestro punto de vista, el problema no está en la participación indirecta, conforme alega gran parte de los autores, sino que en el innecesario rigor de la regla procesal que establece la necesidad de unanimidad en el juzgamiento del reclamo. Según este procedimiento, finalizadas las consultas entre las partes sin que se hubiera alcanzado una solución, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común eleva el reclamo al Grupo Mercado Común, el cual convoca a un grupo de expertos que es responsable por emitir un dictamen acerca de la procedencia de la demanda. El problema reside en que el artículo 44.1 del Protocolo de Olivos requiere unanimidad para juzgar la procedencia o improcedencia. Como consecuencia de esta injustificada exigencia procesal hasta 2007 no se había juzgado procedente ningún reclamo de los particulares por falta de unanimidad, lo que demuestra que en la práctica se trata de un débil mecanismo de participación indirecta de privados³¹⁵.

Interesa justificar por qué este estudio no defiende la participación directa de los privados, aunque exista una fuerte corriente doctrinaria que se posiciona en este sentido. Por más tentadora que sea la idea de abrir estos mecanismos a la participación de los privados, el análisis de las implicaciones nos conduce a creer que los problemas que esto generaría sobrepasarían las ventajas. En este sentido, abajo sigue un análisis de los pros y contras de conferir legitimidad directa a los privados para demandar en los MSCs.

³¹⁵ Conforme señala Whitelaw “la unanimidad del grupo de expertos que se exige para proseguir el procedimiento vuelve casi ilusorio el régimen de estos reclamos” Whitelaw, 2004: 147.

Varios son los argumentos a favor de esta participación. El primero está vinculado con la relación directa de los privados con los compromisos legales asumidos en materia de comercio internacional. Si bien es cierto que los Estados son los que firman los acuerdos comerciales, lo hacen en beneficio de los privados de su país. En este sentido, los privados son los verdaderos actores de la integración, son quienes soportan directamente las consecuencias que producen los apartamientos de los Estados de la normativa de integración y son los que se benefician del fortalecimiento del comercio regional o internacional.

De esta forma, para el correcto funcionamiento de la estructura de integración creada, los protagonistas principales deben contar con un mecanismo que resguarde sus derechos en la eventualidad de incumplimiento de lo acordado³¹⁶. Además, como los privados son los actores beneficiados o perjudicados por las normas comerciales, son los que tienen el mayor interés por fiscalizar la correcta aplicación de esta normativa. En este sentido, su participación fomentaría la integración por medio del monitoreo del cumplimiento de la normativa de integración³¹⁷.

No hay duda que en aquellos MSCs en que los privados no poseen legitimidad (Capítulo 20 del TLCAN, OSD) o la poseen indirectamente (MERCOSUR) la protección legal de su interés está sujeta a la estrategia del Estado, lo que “puede llevar de cierto modo a una selectividad de los casos marcada por el poderío económico de los litigantes y no por la justicia intrínseca que los asiste”³¹⁸. Esto porque los privados deben confiar en sus respectivos gobiernos para perseguir sus intereses legales. En este sentido Badan señala

³¹⁶ “The Olivos Protocol leaves pending an unquestionably important issue that MERCOSUR must necessarily come to terms with: private access to justice. MERCOSUR has evolved as an eminently commercial agreement that seeks to enhance and foster trade among economic agents in an integrated market. Thus, the real protagonists of this process are not the States, but instead the economic agents operating within the framework of the agreed to regulations. From this standpoint, for proper development of the market, it is fundamental for economic agents to have a mechanism for protection of their commercial and economic rights that allows them to directly defend their own interests. Subjecting these defense mechanisms to the political will of the States constitutes a very important limitation for ensuring appropriate protection.” Garcia, 2002.

³¹⁷ Petersmann ve la legitimidad directa de los privados como un control eficaz en contra de los excesos que cometen los Estados. Véase en Petersmann, 1991.

³¹⁸ Whitelaw, 2004: 147.

que en el MERCOSUR el derecho de acceso a la justicia aparece intermediado, porque solo será posible con el auspicio de la respectiva Sección Nacional”³¹⁹. Varios otros autores también critican la dependencia del ejercicio de este derecho en relación al auspicio diplomático³²⁰.

Además, los intereses de los privados no siempre coinciden con los intereses de los gobiernos. Puede haber casos en que un gobierno prefiera no arriesgar sus buenas relaciones diplomáticas con un país, aunque existan fuertes fundamentos jurídicos que corroboren la pretensión del privado. En otros casos puede ser que el privado pertenezca a un sector económico que no es tan expresivo y que por esto, no tenga poder de lobby junto al Gobierno³²¹. El gobierno también puede no estar dispuesto a asumir el costo de la demanda si el volumen de comercio afectado no es significativo³²².

Otro tema de gran importancia dice relación con la forma de conducción de la demanda. Esto porque el Gobierno puede no estar de acuerdo con la utilización de todos los argumentos o de la estrategia jurídica que adoptaría el privado. Así, por ejemplo, el Gobierno puede decidir no apelar, mientras que al privado le interesa entrar con el

³¹⁹ Opertto Badan, 1995: 134.

³²⁰ “MERCOSUR citizens do have access, but indirectly. This is done via government of each country, within the traditional framework of diplomatic protection” Baptista, 1998: 72. En este sentido véase también Rey Claro, 1998: 81. Interesante citar también las palabras de Taylor al comentar el MSC del Mercosur: “The real power to make a private claim actionable, therefore, rests with the government that is first approached with the problem. The National Section, and therefore the government, has complete discretion whether to proceed with the claim or to simply reject it.” Taylor, 1996-1997. Véase también Puñal, 2005: 344

³²¹ Conforme señala Davis “A government will be reluctant to initiate the formal adjudication process if there is not a strong interest group with sufficient political and economic interests to gather the backing for a formal dispute complaint. As a State Department official admitted, “if the issue is raised by the American Farm Federation it will be considered more seriously than if it is a single farmer,” and the dairy industry would be considered more carefully than a petition by a smaller interest such as peanut farmers” Davis, 2003b: 25. De su parte Rey Caro dispone que “la escasa participación de los particulares en los mecanismos de solución de controversias y la intermediación de los órganos a los que se les ha atribuido competencias y de los países, puede conducir a cierto estado de indefensión de aquellos y hacer predominar los intereses estatales” Rey Claro, 1998: 69

³²² “En este sentido, interesante citar las palabras de Macrory: Private parties cannot bring cases in the WTO, so the party must first persuade its government to initiate WTO proceedings. The government may be reluctant to spend its resources on such proceedings, particularly if the volume of trade involved is small or the case appears weak”. Macrory, 2002: 18.

recurso de apelación; o puede ser que se resista a la utilización de un argumento en relación al cual adoptó una postura distinta en otro proceso³²³.

La dependencia del privado al “auspicio” de su Gobierno tiende a exacerbar la “politización” del conflicto. Cada vez que un privado lleva la pretensión a su Gobierno, debe persuadirlo a abordar el tema con el gobierno extranjero. La controversia es, pues, inmediatamente elevada al nivel diplomático, lo que a menudo sufre la interferencia de otros factores que no son puramente legales, como la cobertura que la prensa da a la demanda y la percepción pública sobre la materia. En este punto, el asunto es susceptible a cualquier número de implicaciones políticas, que no habrían existido si al privado se le hubiera concedido el acceso directo al MSC³²⁴.

Por último, se podría argumentar que la falta de legitimidad del privado genera un problema de previsibilidad y confianza en el sistema de integración. El hecho de que las personas deban confiar en sus gobiernos para su representación legal, las deja en la precaria posición de nunca estar enteramente seguros de que sus derechos podrán ser exigibles y de que los compromisos asumidos por los Gobiernos en su beneficio serán observados. Mientras que un gobierno actual puede estar dispuesto a abrazar los reclamos de sus mandantes, nunca hay una garantía de que la próxima administración lo hará. Teniendo en cuenta que muchas empresas planifican sus operaciones con años de antelación, la incertidumbre del sistema podría tener un efecto en la opción de centrarse en el mercado nacional o expandirse al extranjero. Interesante observación hace Puñal al comentar que “las posibilidades reales que un particular o una persona jurídica tienen para sacar adelante una reclamación, hablando crudamente, dependen, en buena

³²³ Para más detalles sobre este aspecto ver Macrory quien dispone que: “Even if the private party does manage to persuade its government to press an appeal, it will have to stand by and watch as the government litigates the case, perhaps not to its entire satisfaction. The government may decide not to press a particular argument favoured by the private party because of a conflict with a position taken by the government in another case or with the country’s own AD or CVD practice. For example, the United States reportedly refused to raise a “like product” argument favoured by the domestic industry in a WTO challenge to a Mexican AD finding against high fructose corn syrup from the United States because the US practice in this respect was very similar to the Mexican practice that the industry wished to challenge”. Macrory, 2002:18.

³²⁴ Huntington, 1993: 13.

medida, de su capacidad de presión o de cuestiones políticas coyunturales, lo cual pone de relieve una preocupante parcela de inseguridad jurídica en el MERCOSUR”³²⁵

Por otro lado, también son sustanciales las desventajas que esta participación podría generar. Primeramente, en el ámbito comercial la función de los acuerdos es hacer creíbles los compromisos de gobierno a gobierno en relación con sus políticas comerciales. En este sentido, la relación es de gobierno a gobierno, aunque los privados sean la parte impactada por la política comercial. Además, la regulación del comercio con otros países es parte de las facultades de regulación propias de los países y en este sentido hay un elemento importante de derecho público. De esta forma, la incorporación de particulares "privatizaría" la controversia y podría agregar un elemento que distorsionaría el manejo público de las relaciones comerciales internacionales.

Segundo, se estima que podría haber un uso excesivo del mecanismo por parte de los privados³²⁶, visión que no compartimos pues claramente los costos financieros y la complejidad involucrada en una demanda llevada a cabo en estos foros es un factor limitante. Solamente grandes conglomerados económicos o fuertes asociaciones de productores y exportadores de un determinado producto podrían hacer frente a este costo. Esto porque en la práctica los privados comparten los costos jurídicos con los Estados o incluso lo asumen enteramente³²⁷.

³²⁵ Puñal, 2005: 380

³²⁶ Para más detalles véase Sykes, 2005.

³²⁷ Sobre este aspecto interesa citar las palabras de Brutger: "Private parties choose to protect their interests by engaging in the dispute settlement process by contributing to the litigations costs of a WTO dispute" Brutger, 2009:10

Es importante considerar también que la limitación de la legitimidad a los Estados confiere cierta tranquilidad y predictibilidad a los Gobiernos en cuanto a la carga de demandas a que estarían sujetos, la cual esta circunscrita a una grupo limitado de países que tendrían interés y condiciones de soportar los costos financieros y políticos de una demanda judicial de esta especie. Por otro lado, al conferirse legitimidad a los privados se abre una puerta a un universo más amplio de actores.

No obstante los puntos señalados, en nuestra visión, los principales aspectos negativos de la participación directa de los privados están asociados a los cambios que esto generaría en la dinámica procesal, en los precedentes generados, en la estrategia jurídica de las partes y, principalmente, en el grado de compromiso de integración que los países estarían dispuestos a asumir dentro de este escenario. Por este motivo, me ocuparé de analizar cada uno de estos aspectos. Primeramente, más que un gran aumento de la cantidad de demandas jurídicas, lo que creemos que no pasaría, se podría generar una duplicación de casos semejantes ya que es muy improbable que ocurra una coordinación de privados que estén localizados en distintos países.

Los particulares, en su estrategia de iniciar una demanda, claramente toman en consideración intereses personales y con una visión de corto plazo, no importando el efecto que esto pueda generar en otros sectores de la sociedad. Esta externalidad no es tomada en consideración por los privados, pero sí por el Estado. Esto porque el poder público es el que, por su propia naturaleza, se encarga de proteger la sociedad como un todo y de defender el interés público. Por esto, en su decisión de iniciar una demanda, toma en consideración no solamente los intereses del sector económico perjudicado, sino también la conveniencia para la sociedad de enfrentar judicialmente a otro Gobierno y las implicaciones de esta postura a largo plazo³²⁸.

³²⁸ Para más detalle sobre las divergencias de interés privado y social de iniciar una demanda ver Shavell, 1997.

La participación directa de los privados también inhibiría la utilización de uno de los instrumentos más utilizados en la solución de las demandas comerciales: las negociaciones diplomáticas. Difícilmente los representantes de un Estado negociarían temas de política comercial directamente con una empresa o persona física. Otro punto importante a considerar es que los Estados eligen con mucha precaución los argumentos jurídicos utilizados en sus demandas considerando que estos servirán de base para la construcción del cuerpo jurisprudencial y de los precedentes futuros. Por otro lado, esta estrategia jurídica de largo plazo prácticamente no existe para los privados, pues son muy pequeñas las posibilidades de que estos utilicen más de una vez el MSCs. De esta forma, para los privados no son muy importantes los precedentes que se van construyendo.

Por último, creemos que la principal desventaja de la participación directa de los particulares reside en los cambios que esto generaría en la extensión de la normativa jurídica de integración. Creemos que la existencia de esta amplia legitimidad interferiría negativamente en la profundidad y en el abanico de áreas cubiertas en la normativa comercial. Esto porque los países se mostrarían más reticentes a asumir compromisos más profundos frente a la posibilidad de verse demandados por sectores privados de varios países. De esta forma se podría esperar compromisos comerciales más superficiales y limitados a temas menos complejos. La existencia de esta legitimidad podría incluso inhibir el avance de las reglas institucionales y procesales de los MSCs ³²⁹. Además, los países negocian los compromisos comerciales teniendo en cuenta, entre otros factores, el mecanismo de adjudicación existente para asegurar el cumplimiento de la normativa comercial. De esta forma, si en el bloque de integración existe un “tribunal” que confiere legitimidad activa a los particulares, es probable que algunos países se sientan poco estimulados a ser parte de este bloque.

Sin embargo, uno podría preguntarse por qué estos temores por parte del Estado no ocurrieron en la Comunidad Andina, bloque en que los países crearon un MSC que permite la participación directa de los particulares y donde fue consensuado un marco

³²⁹ Trachtman, 2003:482

normativo de integración marcado por compromisos profundos, detallados y que trascienden incluso al campo comercial. Una explicación razonable reside en la homogeneidad de los países de la región en términos de desarrollo económico, políticas comerciales y aspiraciones políticas. Esto facilitó el consenso acerca de la homogenización de sus políticas comerciales y de la creación de un modelo de integración ambicioso, en los moldes de la Unión Europea. Sin embargo, esta homogeneidad no existe en el TLCAN, Mercosur y mucho menos en la OMC. Hoy en día, lamentablemente las propias aspiraciones integracionistas de la CAN se encuentran debilitadas con la salida de Venezuela y el cambio de visión política en Ecuador desde un acercamiento regional hacia un aislamiento nacional.

Uno también podría argumentar sobre los efectos positivos que han sido generados por medio de la participación de los privados en el MSC del capítulo 11 y 19 del TLCAN. Primeramente, hay que tener presente que en el ámbito comercial la función de los acuerdos es hacer creíbles los compromisos públicos de política comercial. En el ámbito de inversiones estos acuerdos asumen un rol distinto, que es el de reducir el riesgo percibido de expropiación y el riesgo del coste de capital de las empresas en los mercados mundiales de capital. De esta forma, el mecanismo más eficaz para la reducción de tales riesgos es la garantía de una acción de indemnización a los privados en caso de que un país viole una normativa acordada³³⁰. En relación al MSC del capítulo 19 es importante señalar que este foro simplemente ofrece al privado una opción para cobrar la aplicación de la legislación nacional, y no para hacer cumplir los compromisos del TLCAN. En otras palabras, se trata de un foro alternativo al nacional.

Por último, cabe analizar un aspecto que es bastante importante en el argumento de quienes defienden la participación de los privados: el de que el filtro ejercido por el Estado acaba por privilegiar solamente aquellos sectores económicos que poseen un gran poder de lobby junto a sus Gobiernos. Si bien esto es verdad, una propuesta para mejorar este aspecto, sin debilitar el sistema de integración, sería el fomento de la asociación público-

³³⁰ Para más detalles sobre esta comparación véase Sykes, 2005: 2-3.

privada. La existencia de mecanismos que faciliten la cooperación entre estos dos sectores en la Unión Europea y en Los Estados Unidos ha contribuido para que estos Gobiernos sean uno de los más activos en el OSD en la defensa de los intereses de sus respectivos sectores privados³³¹. Esto ocurre porque sus empresas cuentan con un mecanismo que les facilita enviar sus reclamos directamente al Gobierno, debido a la existencia de un organismo dedicado a realizar la investigación de la denuncia³³². Semejante estructura prácticamente no existe en América Latina, de forma que el acceso al Gobierno se queda limitado a aquellas grandes empresas que poseen “acceso” a los representantes públicos por su poder de lobby.

De esta forma, defendemos la idea de crear una secretaría dentro de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los gobiernos de América Latina que se encargue de recibir los reclamos de los privados, evaluar la presencia de los elementos jurídicos necesarios para iniciar una demanda (acción motivadora, normativa violada, presencia de daño y relación de causalidad) y dar el seguimiento a la investigación administrativamente para validar la información dada por el privado. La estructura amigable que hace disponible la UE a las empresas europeas podría ser utilizada como un primer acercamiento³³³. Aunque esto demande cierta inversión, representaría una opción valiosa para incrementar la cooperación público-privada que es esencial para el éxito de cualquier demanda comercial. De esta forma, creemos que sería una inversión y no un costo.

³³¹ Sobre esta correlación entre la asociación publico-privada y el dinamismo de los países frente un MSC ver Brutger, el cual concluye que “States that recognize the possibility of public-private partnerships and actively foster such relationships, such as the United States and the European Community are able to engage in a greater number of WTO cases”. Brutger, 2009: 3

³³² Estos mecanismos están regulados en la UE por el “EU Trade Barriers Regulation-EC Reg 3286/94” y el art. 133 del Tratado de Roma. En los Estados Unidos por la Sección 301 del “1974 Trade Act”. En el primer caso la institución responsable es el “Directorate-General for Trade” y en el segundo caso es el USTR (US Trade Representative).

³³³ La Comisión Europea por medio de la base de datos “Market Access database” hace disponible un área en que el privado puede registrar su reclamo para que el mismo pueda ser evaluado por la CE, para posteriormente, en reunido se los elementos necesarios, ser levado al OSD. Este servicio esta disponible en: http://madb.europa.eu/madb_barriers/complaint_home.htm

d) Inadecuado discurso sobre supranacionalidad: El temor de los países del Mercosur de crear un tribunal supranacional que tome decisiones por encima de las cortes nacionales explica el hecho de que los mismos hayan adoptado un sistema más “flexible” y “menos permanente” como el sistema arbitral elegido, de forma de no comprometer, desde el inicio, la obligatoriedad de someterse a un tribunal permanente. En este sentido interesa citar la opinión de los miembros del MERCOSUR que así se pronunciaron en determinada ocasión: “si todo hacemos por consenso, también hagamos por consenso las decisiones en esta materia y no nos confiemos a una suerte de tribunal que puede adquirir una dimensión independiente y desconocida, fuera del control de los Estados Parte”.³³⁴

Sin embargo, han crecido las voces que defienden que los órganos del Mercosur deberían ser dotados de poderes supranacionales. Estos autores toman como parámetro el éxito del Tribunal Europeo³³⁵. No se puede negar que la conformación del derecho Comunitario Europeo ha demostrado la gran importancia que tuvo la instauración de un Tribunal de Justicia supranacional desde el inicio de las Comunidades, como mecanismo de “unificación” del derecho³³⁶. Sin embargo, creo que esta teoría no puede ser defendida “a ciegas”, sino que se deben tener en consideración otros factores que influyen en el tema, como la evolución histórica, la realidad socio-económica, el grado de desarrollo institucional y el interés de las partes. Además de no existir voluntad política por parte de los países del MERCOSUR para dotar sus órganos de poderes supranacionales, hay que considerar que estos ni siquiera están preparados para tamaño grado de responsabilidad. No se puede simplemente transplantar un modelo que dio

³³⁴ Operti, 1995: 140.

³³⁵ Leathley señala que “The principal criticisms levelled against the Mercosur dispute resolution system are, unsurprisingly, focused on the shortfalls mentioned (i.e. direct accessibility, supra-nationality, direct enforceability of decisions, and a congruent jurisprudence)” Leathley, 2002: 13. También Copello defiende que “(...) el carácter arbitral de las soluciones adoptadas podrá ser mejorado, si el sistema definitivo de solución de controversias previsto en el artículo 18 del Tratado y en el artículo 3 del Anexo III, constara de un tribunal o corte de justicia del MERCOSUR, que debería ser de carácter supranacional como en los sistemas comunitarios más avanzados”. Copello, 1995: 202.

³³⁶ Dalla Via, 1993: 226. Baptista, en esta misma línea señala que “It was the Court, in Europe, that placed the key role in cementing Community rules and national rules into a single framework, and broadening powers through its interpretations, the guiding force of which was the will to build a united Europe” Baptista, 1998: 69.

cierto fruto en una región, a otra que posee una cultura jurídica y un grado desarrollo político, social y económico completamente distinto³³⁷.

Además, como señala Accioly, gran estudiosa de las diferencias entre el Mercosur y la Unión Europea, si el objetivo del Mercosur se limita a una unión aduanera, no se hace necesaria la supranacionalidad. Sin embargo, si realmente se quiere constituir un mercado común, como está previsto en el preámbulo del Tratado de Asunción, reafirmado en el Protocolo de Ouro Preto, tendríamos que inspirarnos en el modelo europeo. Como defiende esta autora, sin un derecho uniforme, sin órganos que se encuentran arriba de los Estados Miembros, no se llega a un mercado común³³⁸.

El punto en cuestión es que todavía no queda claro si los países del MERCOSUR realmente desean un mercado común, motivo por el cual, en nuestra visión, aún es muy temprano para hablar de supranacionalidad, especialmente porque estos países ni siquiera están maduros para asumir este grado de integración. El MERCOSUR todavía no es un mercado común con las características de institucionalidad que normalmente se verifican cuando se piensa en un mercado común, sino que es, en esencia, el proyecto de un recorrido institucional hacia el mercado común. De esta forma, las instituciones que hoy componen este esquema de integración son un reflejo de esta etapa preliminar que todavía se limita a una unión aduanera.

2. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

El tímido grado de integración económica desarrollado por las partes y la asimetría de poder económico entre los países miembros del TLCAN han generado efectos

³³⁷ También en este sentido ver Dalla Via, 1993: 231.

³³⁸ Para más detalles sobre la correlación entre el Mercosur y la Unión Europea ver Accioly, 2004. También merece citarse la interesante comparación hecha por Operti al afirmar que: "El MERCOSUR no es un organismo comunitario, el MERCOSUR es un organismo intergubernamental. Sus decisiones no dicen relación con un espacio jurídico integrado, sino con cuatro espacios jurídicos vinculados" Operti Badan, 1995: 128.

semejantes a aquellos verificados en el Mercosur. En otras palabras, la estructura menos sofisticada conferida a los MSCs del TLCAN y los desafíos encontrados para mejorar su procedimiento, debido en gran parte a la resistencia de los Estados Unidos, han marcado las relaciones entre los países del America del Norte en este contexto.

Las debilidades procesales e institucionales de los MSCs que subsisten son: i) la incertidumbre procesal debido a la falta de garantías sobre la conformación de un panel; ii) la falta del apoyo de una Secretaría que desempeña amplias funciones (fuera del apoyo puramente administrativo); iii) la falta de un mecanismo eficiente de cumplimiento de los laudos (en el caso del MSC del capítulo 19); iv) la falta de poder vinculante en el caso de los laudos arbitrales emitidos bajo el MSC del capítulo 20; v) la dificultad de utilizar efectivamente este último foro.

2.1. Los retos que impiden la utilización del capítulo 20

El MSC del **capítulo 20** es más bien un “foro de negociaciones” donde se da mayor énfasis a la utilización de los medios alternativos de solución de controversias (consultas, buenos oficios, conciliación y mediación). Se trata de un modelo más bien diplomático pues el procedimiento esta diseñado principalmente para facilitar las negociaciones entre los socios y las medidas de ejecución están destinadas a fomentar la celebración de nuevas negociaciones en lugar de obligar a su cumplimiento.³³⁹

Según el capítulo 20, las partes deberían integrar y conservar una lista de hasta treinta individuos que contaran con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas³⁴⁰. De esta forma, los panelistas deberían ser elegidos de la lista decidida de

³³⁹ Para un análisis más detallado de este característica ver Hufbauer y Schott, 2005: 218. También Endsley dispone que “NAFTA’s chapter 20 mechanism clearly emphasizes the prevention of disputes in the first instance or their cooperative resolution through consultations” Endsley, 1995.

³⁴⁰ Artículo 2009: “Las Partes integrarán y conservarán una lista de hasta treinta individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser árbitros. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por periodos de tres años, y podrán ser reelectos”

común acuerdo. Sin embargo, 13 años han pasado y todavía no se ha convenido ninguna lista, hecho que ha sido atribuido mayormente a la resistencia de los Estados Unidos. En los tres casos decididos en este periodo, los árbitros fueron seleccionados por otros medios ya que el artículo 2011.3 abre, como excepción, la posibilidad de nombrar árbitros que no estén en la lista³⁴¹. En los demás casos, los paneles no se han podido integrar debido a la imposibilidad de las partes contendientes de llegar a un acuerdo con respecto a los mismos³⁴². Este es el caso de México, que desde 2000 ha intentado inútilmente lograr la constitución de un panel para examinar las cotas impuestas por el gobierno estadounidense en sus exportaciones de azúcar, conforme hemos visto en el capítulo anterior³⁴³.

Creemos que existen dos problemas en la letra de la normativa: una redacción equivocada y una omisión. El primero de ellos está en la utilización de la palabra “shall” al estipular que “*The Parties shall establish and maintain a roster of up to 30 individuals who are willing and able to serve as panelists*”. Esta palabra no traduce una obligación, sino una facultad. El segundo problema reside en la omisión normativa en estipular una regla para remediar la oposición de la parte en constituir su listado de árbitros. Lo que la normativa prevé, por medio del artículo 2011 (d), es una solución para el caso en que la parte se niegue a elegir sus árbitros³⁴⁴. Pero no establece un remedio para aquellos en que la parte rechaza constituir el listado. En el caso de jarabe de maíz analizado en el

³⁴¹ Artículo 2011.3 “Por lo regular, los panelistas se establecerán de la lista. Cualquier Parte contendiente podrá presentar una recusación incontrovertible contra cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como árbitro por una Parte contendiente, en los 15 días siguientes a aquel en que se haga la propuesta.”

³⁴² Para mayores detalles sobre estas tentativas frustradas ver Steger, 2004: 193.

³⁴³ Esta debilidad procesal ha sido señalada por Canovas: “(...) however, those who expect adjudicatory systems to follow set limits are likely to find the NAFTA chapter 20 system wanting. In NAFTA all the cases reaching the panel level have taken excessive delays in constituting the panels, particularly Cross Border Trucking Services and in one case, Sugar, it has been impossible to constitute the Panel has a result of the refusal of the United States to appoint panelists. These delays suggest the existence of significant procedural imperfections in the system particularly with regard to the apparent inability of the parties to agree promptly on panelists and the limited degree of secretarial support provided by the NAFTA governments” Canovas, 2003: 8.

³⁴⁴ Artículo 2011 (d): Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

capítulo anterior, si este listado hubiera existido y los EE.UU. se hubiesen negado a nombrar sus árbitros, México podría haber utilizado este artículo. El problema es que los países no pueden elegir árbitros de un listado que todavía no existe³⁴⁵.

Otra debilidad verificada en este MSC reside en el hecho de que las decisiones de los Paneles ni siquiera son vinculantes. Se trata más bien de recomendaciones pues las partes tienen la libertad de encontrar su propia solución, acordando algo distinto de lo que fue decidido en los laudos³⁴⁶. La falta de un mecanismo efectivo de cumplimiento de los fallos hace que la solución de controversias recaiga sobre el cumplimiento consensuado y el poder de represalia, al contrario de lo que ocurre en el OSD, donde los informes poseen una naturaleza adjudicativa³⁴⁷. La flexibilidad de un sistema como el del capítulo 20 puede dar lugar a la "politización" de las controversias comerciales, lo que implica un debilitamiento de la normativa de integración. En la medida en que las disputas comerciales bajo el TLCAN son canalizadas a la arena política, la legitimidad del acuerdo vinculante como conjunto de normas es socavada y los compromisos de integración quedan debilitados³⁴⁸.

³⁴⁵ Conforme señala Pauwelyn "If such roster had been established, Mexico could have relied on NAFTA Article 2009.2(d) in the face of a US refusal to appoint panelists, providing that, in such case, 'panelists shall be selected by lot from among the roster members who are citizens of the other disputing Party'. Pauwelyn, 2006: 5.

³⁴⁶ Artículo 2018: Cumplimiento del informe final: "Una vez recibido el informe final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel, y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado".

³⁴⁷ En este sentido, Taylor dispone que "The Chapter 20 dispute settlement mechanism also lacks what could be described as truly effective enforcement powers(...).The general dispute settlement mechanism, Chapter 20, operates by issuing non-binding findings and recommendations to the disputants. Although a Chapter 20 panel can find a NAFTA country to be a NAFTA violator, it cannot force that country to alter its behavior. Thus the effectiveness of the NAFTA dispute settlement mechanism hinges on the willingness of the participating countries to cooperate on a settlement." Taylor, 1996-1997: 19. También Stenger plantea que "En la historia de aplicación del Capítulo XX del TLCAN, ha habido dificultades tanto en la composición de los paneles como en asegurar el cumplimiento de sus informes". Stenger, 2004: 196.

³⁴⁸ Huntington, 1993: 12, 13 y 14. También Taylor señala que "The NAFTA dispute settlement system does not really further the process of economic integration. Instead it was designed, as were the other NAFTA institutions, to keep all future efforts at integration beyond those set out in the agreement firmly within control of the member countries. To this extent the decentralized and non-coercive dispute settlement system is well-designed to serve the limited NAFTA objectives" Taylor, 1996-1997:22.

Otro factor que fragiliza este MSC reside en la falta de una Secretaría que auxilie el adecuado curso de la demanda. Esto porque ella solo se encarga de temas administrativos, no confiriendo apoyo en términos procesales, como por ejemplo para evitar las demoras en la elección de los miembros del panel.

En resumen, la falta de seguridad jurídica respecto de la posibilidad de componerse un Panel y la inexistencia de un mecanismo de adjudicación eficiente han representado serios obstáculos para el funcionamiento de este MSC. Esto explica por qué tras 13 años de existencia se han decidido solamente tres casos en este foro, conforme se verá en el capítulo siguiente. Con el aumento creciente del intercambio comercial entre los países del NAFTA era de esperarse la existencia de un número significativo de conflictos en materia de salvaguardias, medidas sanitarias y fitosanitarias, normas de origen, obstáculos técnicos, servicios, impuestos, etc.

2.2. Las fallas que comprometen la eficacia del Capítulo 19 y que llevan a los países a recurrir al OSD en las demandas más complejas

En primer lugar, importa señalar que una de las fortalezas del MSC del capítulo 19 reside en que las decisiones de los Paneles son vinculantes para las partes y, al contrario del mecanismo previsto en el capítulo 20, ellas no pueden convenir otra solución. También el sistema de adjudicación es considerablemente más formal y judicializado que el del capítulo 20³⁴⁹.

Sin embargo, el MSC del capítulo 19 también posee varias debilidades procesales. En primer término, el Panel no queda compuesto hasta que las partes no lleguen a un acuerdo y no existe una medida que garantice que el proceso siga adelante si una de las partes no nombra los árbitros en el plazo fijado. Este hecho ha generado varios retrasos

³⁴⁹ Según Huntigton, las disposiciones institucionales en el capítulo 20 son más diplomáticas, mientras que los derechos *antidumping* y derechos compensatorios dispuestos en el capítulo 19 son más judicializados. Ver Huntigton, 1993: 12-14.

en la integración de los Paneles (y también del Comité de Impugnación Extraordinaria-CIE), conforme hemos visto en los casos analizados. De esta forma, si por un lado la ley establece un plazo máximo de 315 días entre la fecha de constitución del panel y de emisión de su fallo, por otro, según hemos mostrado en el capítulo anterior, en la práctica ese plazo se ha extendido alrededor de 3 años en las demandas más complejas, hecho que ha motivado la “huida” al foro multilateral como alternativa. Esto ocurre porque en el OSD no son las partes las que eligen a los integrantes del Grupo Especial, sino la Secretaría y aquellas no se opondrán a estos sino por razones imperiosas. Además, aunque alguna de las partes se oponga a la composición de los miembros, el Director General de la OMC deberá decidir la divergencia en 10 días (artículo 8.7 del ESD), lo que ha ocurrido en un gran número de casos³⁵⁰.

En las demandas estudiadas en el capítulo anterior se ha podido verificar el abuso de las partes en retardar la constitución de los paneles. En el caso de jarabe de maíz México demoró más de dos años en nombrar sus árbitros. En el conflicto sobre tubería para perforación petrolera solo la constitución del Panel tardó casi dos años. En el caso del cemento se tardaron aproximadamente tres años y medio entre la constitución del panel y la emisión de la decisión.

Además de los retrasos en la constitución del Panel, es común verificar retrasos prolongados por parte de las agencias administrativas en el cumplimiento del fallo. Bajo el MSC del Capítulo 19, los laudos arbitrales pueden confirmar o requerir que las decisiones administrativas de las agencias nacionales responsables por la autorización de medidas de *antidumping* y compensatorias, sean revisadas. De esta forma, se queda en las manos de esta agencia el cumplimiento del laudo, lo que a pesar de ocurrir en la amplia mayoría de los casos, es objeto de constantes retrasos. La estrategia más común ha sido el cumplimiento por “cuenta gotas” del laudo. Del total de 116 laudos arbitrales emitidos hasta diciembre de 2007, en aproximadamente cinco casos la agencia del país perdedor cumplió plenamente en primera mano las determinaciones del mismo. En otras palabras, en casi la totalidad de los casos las alteraciones promovidas por las agencias volvieron a

³⁵⁰ Según estimaciones de Horlick, el Director General de la OMC ha intervenido en la selección de los árbitros en aproximadamente el 50% de los casos. Ver Horlick, 2005: 400.

los paneles por más de dos veces para que estos verificaran su adecuación a las recomendaciones del laudo arbitral.

Así lo que ha ocurrido es que el panel confirma parte de la resolución de la agencia, devolviéndole otra parte para adecuación y esto ocurre varias veces hasta que toda la resolución de la agencia está en conformidad con el contenido del laudo. Esta dinámica ha conducido a un “ping pong” entre el Panel y la autoridad investigadora³⁵¹. Como consecuencia de esta dinámica procesal, se verifica un retraso reiterado en el cumplimiento de los fallos, frecuentemente debido a la falta de sanciones que impidan este tipo de comportamiento dilatorio hecho de mala-fe³⁵².

El problema también reside en el limitado efecto que el fallo produce en el comportamiento de las partes. Si por un lado, los laudos arbitrales del capítulo 19 del TLCAN poseen la ventaja de posibilitar el resarcimiento de la pérdida económica sufrida por la parte ganadora, por otro, no inhiben a las partes de crear nuevas medidas proteccionistas semejantes a las que fueron objeto de una demanda anterior³⁵³. Claramente en estos casos no hay cosa juzgada toda vez que la demanda que se inicia cuestiona una nueva determinación de la agencia responsable por la verificación de *dumping* y subvenciones. Es decir, aunque se trata de la misma herramienta proteccionista, la determinación que la originó es distinta.

³⁵¹ Steger, 2004: 199.

³⁵² Sobre la resistencia de los EUA en el cumplimiento de los laudos Straght dispone que “Article 1902 is an important provision for the United States, which has consistently used these retaliatory measures to protect U.S. industry from foreign industrial policies and attempts to gain U.S. market share through dumping”. Straight, 1995: 232

³⁵³ Conforme señala Macrory al comentar el funcionamiento del MSC del capítulo 12 “Delays have crept into the process in recent years (although so far these have been more serious in cases involving Mexico rather than those involving Canada). In addition, Chapter 19 has been unable to contain all AD and CVD disputes between Canada and the United States. The most obvious example is the controversy over softwood lumber”. Macrory, 2002:3.

Esto hace con que el MSC del TLCAN esté marcado no por la diversidad de controversias en términos de temas tratados, productos y partes, como ocurre en la OMC, sino por la repetición reiterada de semejantes controversias entre las mismas partes, conforme se verifica en el cuadro mostrado más abajo. Este ilustra la repetición de demandas semejantes y los casos que igualmente fueron llevados al OSD. De un total de 180 controversias existentes hasta diciembre de 2007, 127 de ellas se referían a controversias semejantes (70%). La interposición consecutiva y reiterada de medidas *antidumping*, principalmente por los Estados Unidos, ha marcado las controversias desde el TLC US-CAN hasta la constitución del TLCAN.

Cuadro 18. Controversias repetidas en el MSC del capítulo 19 del TLCAN

Controversias repetidas TLCAN (desde el TLC US-CAN)			OMC
Tema / producto afectado	Partes	Controversias	
Productos agropecuarios			
Medidas compensatorias a las exportaciones de ganado porcino vivo	CAN x EUA	3	X
Medidas compensatorias y daño a la carne de puerco	CAN x EUA	2	
Antidumping y medidas compensatorias a la carne y despojos comestibles de bovino	EUA x MEX	3	X
Medidas compensatorias y daño al ganado en pie	CAN x EUA	3	
Medidas compensatorias, antidumping y daño al trigo y morcajo	CAN x EUA	3	X
Medidas compensatorias y antidumping a las importaciones de manzanas de mesa de las variedades Red Delicious y sus mutaciones y Golden Delicious	EUA x MEX	2	
Antidumping a los tomates de invernadero	CAN x EUA	2	
Productos industrializados			
Medidas antidumping y daño a la cerveza	EUA x CAN	2	
Medidas compensatorias, antidumping y daño a determinados productos de madera blanda	CAN x EUA	15	X
Piezas de repuesto para equipo autopropulsado de pavimentación bituminosa	CAN x EUA	5	
Antidumping y daño al cartón de yeso	EUA x CAN	2	
Medidas antidumping y daño al alfombrado colchonado por máquina	EUA x CAN	3	
Antidumping y daño a los aparatos domésticos	EUA x CAN	2	
Antidumping y daño a las preparaciones opacificantes para exámenes radiológicos	EUA x CAN	2	
Antidumping a las baterías de cocina de acero revestido de porcelana	MEX x EUA	9	
Productos siderurgicos			
Antidumping y daño a la lámina y placas de acero al carbono rolado en caliente	EUA x CAN	4	
Antidumping y daño a productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión	CAN x EUA	8	
Antidumping y daño a productos planos de acero al carbono resistentes a la corrosión	EUA x CAN	2	
Antidumping al tubo de acero con costura, de sección circular, sin alear	MEX x EUA	2	X
Antidumping a placa de acero al carbono cortada a la medida	CAN x EUA	4	
Medidas compensatorias, antidumping y daño al alambón de hierro o acero sin alear	CAN x EUA	5	
Medidas compensatorias, antidumping y daño a los rieles de acero	CAN x EUA	4	
Antidumping a productos tubulares de región petrolífera	MEX x EUA	8	X
Antidumping a productos tubulares de región petrolífera	CAN x EUA	2	
Antidumping al cemento portland gris y clinker de cemento	MEX x EUA	15	X
Medidas compensatorias, antidumping y daño al magnesio (puro y aleado)	CAN x EUA	10	
Antidumping y daño a determinados accesorios soldables para tubería	EUA x CAN	3	
Antidumping y daño al forro aislante para tubería	EUA x CAN	2	
TOTAL		127	

Fuente: elaboración propia

La gran mayoría de las controversias dicen relación con medidas *antidumping* y compensatorias aplicadas a productos siderúrgicos. Las controversias que se han tornado emblemáticas en este foro por su complejidad/sensibilidad también han sido llevadas al OSD (algunas fueron analizadas en el capítulo anterior). Esta estrategia jurídica de litigar en dos foros es posible porque el principio de la “cosa juzgada” no alcanza a estas situaciones ya que la medida cuestionada es confrontada con normativas distintas³⁵⁴. Resulta interesante señalar que los Estados Unidos, Canadá y México han presentado 32 casos entre ellos en el OSD, de los cuales 25 (78%) estaban relacionados con investigaciones sobre medidas *antidumping* o compensatorias que al parecer también podrían haber sido impugnadas en el MSC del capítulo 19 del TLCAN. Tras el estudio de los casos vistos anteriormente creemos que la razón para esta elección está en gran medida asociada a las debilidades procesales apuntadas en esta tesis.

Importa señalar, por último, que si, por un lado, el MSC del capítulo 20 no prevé la posibilidad de apelación, el capítulo 19 la prevé pero para casos excepcionales³⁵⁵. En este sentido, el Comité de Impugnación Extraordinaria no funciona como un tribunal de apelación sino de verificación de faltas graves que excepcionalmente puedan ocurrir. Desde 1994 este órgano ha actuado en seis demandas³⁵⁶

3. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

En la CAN, al contrario de lo que ha sucedido en el Mercosur y el TLCAN, el relativo equilibrio de poder económico entre los países que componen este bloque explica en gran parte por qué se ha logrado más fácilmente un consenso para avanzar hacia una comunidad de naciones que, consecuentemente, demanda la creación de un MSC más

³⁵⁴ Por un lado, los paneles del TLCAN examinan si el país demandado ha cumplido con su propia legislación interna; el OSD, por otro lado, analiza si este país ha cumplido con las obligaciones establecidas en los acuerdos multilaterales.

³⁵⁵ Estos casos se refieren a falta grave, verificación de exceso de poder, etc. Véase artículo 1904. 13 del TLCAN

³⁵⁶ ECC-2004-1904-01USA, ECC-2003-1904-01USA, ECC-2000-1904-01USA, ECC-94-1904-01 USA, ECC-93-1904-01 USA, ECC-91-1904-01 USA

sofisticado con reglas procesales más definidas y un tribunal permanente. En la CAN no quedaba dudas respecto de la necesidad de crear un mecanismo más judicializado con un eficaz sistema de adjudicación para hacer cumplir los profundos compromisos de integración asumidos que iban más allá de una mera unión aduanera o de libre comercio. Este bloque ya fue creado para ser una comunidad de naciones, lo que abarca obligaciones de integración complejas, variando desde las que dicen relación con el comercio, hasta aquellas que se refieren al tránsito de personas, etc. De esta forma, creemos que la asimetría de poder económico fue esencial para consensuar la creación de un ambicioso bloque de integración que demandaba, en consecuencia, una estructura institucional sofisticada para implementar el cuerpo normativo amplio y profundo que se acordaba. Estos factores dieron origen incluso a la creación de organismos supranacionales.

En cuanto al resultado, en líneas generales el MSC de la CAN ha correspondido a las expectativas de los países andinos y la labor del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha ido asentándose con el tiempo. La existencia significativa de procesos jurisdiccionales por incumplimiento, como se verá en el capítulo siguiente, es un reflejo de la madurez institucional de la Comunidad Andina y de la credibilidad de este mecanismo de solución de controversias³⁵⁷.

En nuestra visión, la creación de una verdadera instancia revisora agregaría valor a este foro en la medida en que contribuiría a garantizar el ejercicio del derecho a la amplia defensa y el contradictorio. Esto porque no existe la posibilidad de interposición de un recurso de apelación, sino de reconsideración al mismo órgano que decidió en primera instancia. De esta forma la normativa andina no ha contemplado un órgano que cumpla las funciones semejantes a las de un tribunal de apelación.

³⁵⁷ Interesa citar también que los procedimientos seguidos ante la SG y ante el TJCA no tienen costo y se encuentran a disposición de todos los ciudadanos de la Comunidad Andina. Asimismo, para acudir a la Secretaría General no es necesario contar con asistencia de abogado, cualquier interesado puede activar la fase administrativa ante la Secretaría General, según los requisitos establecidos en las Decisiones 425 y 623

Considerando que no se trata de un recurso de apelación sino de reconsideración, el ámbito de análisis es bastante limitado, lo que justifica el pequeño número de recursos interpuestos como se demostrará en el capítulo siguiente. Por medio de este recurso no se analizan cuestiones de derecho (a no ser que la sentencia contraríe el ordenamiento jurídico andino), sino de forma, competencia o error grave. Así, en el caso de la SG las resoluciones pueden ser vistas solamente cuando sean nulas de pleno derecho³⁵⁸ o cuando contengan algún vicio³⁵⁹. A su turno, las sentencias del TJCA sólo son revisables cuando se toma conocimiento de algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso y este hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión³⁶⁰. En otras palabras, solamente en casos excepcionales se abre la posibilidad de revisión de la sentencia.

Los países andinos crearon el TJCA a semejanza del TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) ya sea en su modo de funcionamiento como en su composición. Sin embargo, dejaron abierto el aspecto de la segunda instancia revisora, la cual está presente en el modelo europeo³⁶¹. De esta forma creemos que la existencia de una segunda instancia, aunque no sea imprescindible, reforzaría los principios del contradictorio y la amplia defensa, conforme ha sido visto por la gran actuación del

³⁵⁸ Las Resoluciones serán nulas de pleno derecho: a) cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la CAN, b) cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; c) cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento (artículo 12 del Reglamento de procedimientos administrativos de la Secretaría General)

³⁵⁹ Los vicios de las resoluciones que no lleguen a producir la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 12, las harán anulables (artículo 13 del Reglamento de procedimientos administrativos de la Secretaría General).

³⁶⁰ Art.29 del TCT.

³⁶¹ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la institución jurisdiccional comunitaria. Está integrado por tres órganos: el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de la Función Pública. En la CE, las partes pueden interponerse ante el Tribunal de Justicia recursos de casación limitados a las cuestiones de derecho contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal de Primera Instancia. Cuando el estado del asunto así lo permita, el Tribunal de Justicia resolverá el litigio. En caso contrario, devolverá el asunto al Tribunal de Primera Instancia, que estará vinculado por la decisión adoptada en el marco del recurso de casación.

TJCE³⁶² y también por el Órgano de Apelación del OSD, el cual ha sido accionado en un promedio de 68% de las demandas en las que fue emitido un fallo de primera instancia (ver cuadro 12). Importa señalar que se trata de una propuesta que busca agregar valor a este foro aunque no existan indicios que comprueben que la falta de la segunda instancia haya puesto en entredicho la eficacia del procedimiento jurisdiccional del MSC de la CAN. El funcionamiento relativamente satisfactorio de este mecanismo explica por qué los países no han se movilizado en este sentido.

III. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ASPECTOS QUE HAN DETERMINANDO LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA EN EL AVANCE DE LOS MSCS REGIONALES HACIA FOROS MÁS JUDICIALIZADOS.

El análisis de la doctrina y la jurisprudencia de los MSCs del Mercosur y del TLCAN nos lleva a la conclusión de que la falta de voluntad política para mejorar estos foros ha sido una consecuencia de dos factores principales: el tímido grado de integración deseado por los países miembros de estos bloques de integración, y la asimetría de poder económico entre ellos. Estos aspectos han jugado un rol esencial en el desarrollo de estos foros ya que la opción de elegir entre un sistema de solución de controversias en base a un tribunal de justicia permanente y con reglas procesales pre-definidas o un tribunal arbitral *ad hoc* que determina sus propias reglas de procedimiento, está vinculada a la etapa del proceso evolutivo del bloque económico en cuestión y la decisión política de la dimensión de la integración que se pretende alcanzar.

Esto explica por qué el MSC de la CAN posee un Tribunal de Justicia permanente y reglas de procedimiento jurisdiccional más desarrolladas que las del MERCOSUR y del TLCAN. Aquel bloque de integración fue diseñado para ser una verdadera comunidad de

³⁶² La jurisprudencia emitida por el TJCE puede ser encontrada en: <http://curia.europa.eu/es/content/juris/index.htm>

naciones, mientras que los demás, una unión aduanera y zona de libre comercio, respectivamente³⁶³.

El grado de desarrollo institucional de los MSCs es una consecuencia del grado de ambición y la naturaleza de los intereses de las partes comprometidas en cuanto al nivel de integración deseado. Sin embargo, este nivel de integración deseado ha variado bastante en la región considerando el cambio de prioridad dado al tema por cada Gobierno. Si bien es cierto que consideraciones de orden política hacen parte de cualquier iniciativa de integración, también lo es que en América Latina ellas han tenido una connotación más fuerte que las de orden económica³⁶⁴. Conforme reconoce la Secretaría del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe-SELA, los mayores desafíos que históricamente ha debido enfrentar la integración de América Latina han sido de carácter político.

La divergencia e inestabilidad de las formas de organización política han dificultado avanzar en un proyecto que necesariamente implica una tarea comunitaria que supone un mínimo de consenso y homogeneidad de propósitos³⁶⁵. Esto se refleja en la falta de consenso para avanzar en varios aspectos de la integración regional, entre ellos el avance de los MSCs hacia una mayor judicialización. Conforme hemos visto en los capítulos I y II, en América Latina el desarrollo institucional y procesal de los MSCs ha sido disparejo y ha presentado grados de avance disímiles, en algunos casos como consecuencia de decisiones políticas destinadas a limitar la formación de mecanismos de

³⁶³ La zona de libre comercio es aquella en la que los socios se ponen de acuerdo para eliminar las restricciones comerciales entre ellos, manteniendo cada uno de los países libertad en relación al comercio con terceros. Una unión aduanera es un conjunto de países que además fija una política común respecto al comercio con terceros. De esta forma estos países, además de eliminar las restricciones comerciales entre ellos, establecen un arancel común hacia el exterior.

³⁶⁴ Como señala Ruiz-Dana al comentar los esquemas de integración de la región "In Latin American, these initiatives are often based on political considerations, rather than economic ones. (...) In contrast to the common theoretical assumption, the order of causality has been reversed in Latin America: economic interdependence became the consequence, not the cause, of political cooperation" Ruiz-Dana, 2007:8.

³⁶⁵ Secretaría Permanente del SELA, 2003: 1.

carácter supranacional y en otros por insuficiente voluntad para perfeccionar tales mecanismos³⁶⁶.

Además, el desequilibrio de poder político-económico entre los miembros de estos bloques, con una clara preponderancia de Brasil y Argentina por el lado del Mercosur y Estados Unidos por el lado del TLCAN, ha jugado un rol decisivo en la falta de consenso sobre la implementación de reformas hacia una mayor judicialización de estos foros. Esta asimetría de poder ha resultado en una débil presión hacia la institucionalización. De esta forma, los países más fuertes política y económicamente demuestran mayor interés en tener un mecanismo que esté bajo su control y que deje un amplio margen de libertad para negociaciones que generen acuerdos que reflejen los intereses de las partes (o mejor dicho, de las más fuertes).

Como consecuencia de estos factores, la evolución del MSC del Mercosur ha sido hecha a propósito de forma paulatina debido a la resistencia de Brasil y Argentina³⁶⁷. En el caso del TLCAN, la creación del modelo actual de solución de controversias ha sido propuesta por los EE.UU., país más fuerte del bloque³⁶⁸. Este país ha hecho uso de las debilidades procesales existentes en este modelo para bloquear el funcionamiento del MSC del capítulo 20 y retrasar el curso del procedimiento del capítulo 19 como queda evidenciado en los casos analizados en el capítulo anterior. Por otro lado, conforme fue visto en los capítulos I y II, los avances institucionales y procesales ocurridos hasta el momento en

³⁶⁶ Ya en 1977 el profesor Orrego Vicuña señalaba la dificultad latinoamericana de integración y la falta de la voluntad política como factor esencial en este proceso. Véase Vicuña, 1977. Della Via, por su parte, también ha señalado que “las dificultades existentes en el Cono Sur de América Latina requieren de una firme voluntad política y de una sólida estructura jurídica para asegurar el proceso de integración” Della Via, 1993: 231.

³⁶⁷ Conforme dispone Ziller “The adjudication of trade differences through a rule-oriented system of dispute settlement is a novelty in the Southern Cone. Not such much because of the lack of such kind of mechanism (the Andean Community of Nation has a permanent Court of Justice since 1979) but because governments have heavy relied on diplomatic negotiations” Ziller, 2006: 6.

³⁶⁸ Alter señala los motivos que llevaron a la creación de este foro: “According to a negotiator of the North American Free Trade Agreement, NAFTA’s chapter 19 was added because the US did not want to harmonize its law with Canada, nor did it want to turn disputes over countervailing duties into an inter-governmental issue” Alter, 2003: 61.

estos foros fueron impulsados en gran medida por los miembros más débiles de cada bloque (Uruguay en el caso del Mercosur y México en el caso del TLCAN)

En la CAN, el relativo equilibrio de poder político-económico entre los países que componen este bloque explica por qué se ha logrado más fácilmente un consenso para avanzar hacia un MSC más “rule-oriented” que sea lo suficiente eficaz para hacer cumplir los complejos y profundos compromisos de integración asumidos.

En este contexto uno podría preguntarse por qué en la OMC, pese a la gran asimetría entre sus miembros, se acordaron los avances necesarios para crear un MSC más judicializado. Conforme se verifica en el análisis expuesto en el capítulo II sobre las propuestas de reforma del MSC del GATT enviadas por los Gobiernos, había un consenso generalizado, tanto de los países en desarrollo como de los desarrollados, en que este foro no funcionaba bien y necesitaba ser revisado. En otras palabras, independientemente del nivel de desarrollo económico, los países, cada cual con su motivación, habían acordado la necesidad de mejorar las reglas procesales e institucionales del MSC del GATT. Este consenso fue posible porque de un lado estaban los países en desarrollo que buscaban un foro que contara con un procedimiento jurisdiccional que fuera mínimamente susceptible a presiones de orden política, ya que en esta arena existen menos posibilidades de lograr un acuerdo más favorable a sus intereses. Por esto sus propuestas se inclinaban a extinguir la regla del consenso positivo y contar con órganos decisorios imparciales de primera y segunda instancia.

También los países desarrollados tenían un fuerte interés en mejorar el MSC del GATT. Esto porque, si por un lado hacían uso del consenso positivo, también eran los mayores perjudicados por este (el mayor uso de esta regla fue hecho por las CE para bloquear la constitución del panel y la adopción del fallo en demandas en que tenía a un país desarrollado como contraparte). Otro motivo residía en la intención de tener aprobada la creación de otras dos complejas normativas que les interesaban: el Acuerdo de Servicios y el Acuerdo de Propiedad Intelectual. En la Ronda del Uruguay los países tardaron 7 años en lograr el consenso necesario para la aprobación de una amplia reforma del GATT, lo que culminó en la creación del OSD, de un cuerpo normativo más amplio y de la

propia OMC. La inclusión del Acuerdo de Propiedad Intelectual en la agenda de negociaciones y su aprobación fue consecuencia de una intensa presión de los Estados Unidos, apoyado por la Unión Europea, Japón y otros países desarrollados, naciones donde se concentran las grandes industrias farmacéuticas y de tecnología de punta del mundo³⁶⁹. De la misma forma, la aprobación del Acuerdo de Servicios fue impulsada principalmente por los países desarrollados movidos por la fuerte presión del sector de servicios, ejercida a través del lobby. . En especial Estados Unidos tenía interés de diseminar su modelo de fuerte desregulación del sistema de servicios financieros³⁷⁰. Estas aprobaciones logradas dependían del soporte de los países en desarrollo. Estos, a su vez, dependían del apoyo de las naciones más ricas para lograr la creación de un foro jurisdiccional más judicializado.

Por último, un análisis de las propuestas de reforma de este foro enviadas por los países nos lleva a la conclusión de que no quedaba duda entre ellos de que la estructura poco sofisticada y centrada en el elemento diplomático del MSC del GATT no haría frente al nuevo marco institucional y regulatorio que se creaba con la institución de la OMC. Esto demandaría de un foro más sofisticado dotado de órganos decisorios movidos, no por presiones políticas, sino por las “reglas de derecho”. Lo anterior representaba un elemento esencial incluso para que los países tomaran más en serio el cumplimiento de la normativa multilateral, la cual incluía los acuerdos de mayor interés tanto para los países desarrollados (como en el Acuerdo de Servicios o en el de Propiedad Intelectual) como para los países en desarrollo (Acuerdo Agrícola, de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, de Obstáculos Técnicos al Comercio, etc.)

³⁶⁹ La estrategia de los Estados Unidos de vincular la política comercial a las normas de propiedad intelectual se remonta a la iniciativa empresarial de la empresa Pfizer a principios de 1980, que movilizó a las corporaciones en los Estados Unidos e hizo aumentar al máximo los privilegios de la propiedad intelectual en los Estados Unidos. Para mayores detalles sobre los antecedentes de la presión de lobby de la industria farmacéutica en los EE.UU. Ver capítulo 7 de Braithwaite y Drahos: 2000.

³⁷⁰ Para mayores detalles sobre el proceso de creación del Acuerdo de Servicios ver Chanda, R: 2002.

**CAPITULO VI. IMPACTO DE LAS DEBILIDADES
PROCESALES E INSTITUCIONALES**

El objetivo de este capítulo es complementar la comprobación de la subsistencia de debilidades procesales e institucionales en los MSCs regionales y demostrar cómo ellas han impactado la labor de estos foros. Para esto se entrega un análisis cuantitativo y cualitativo respecto de la evolución de la actividad de los MSC regionales a lo largo del tiempo, la participación de los países y los resultados alcanzados desde la creación de estos foros hasta 2007. Con esto, se fortalece el argumento señalado en la hipótesis de que estas debilidades han puesto en entredicho la capacidad de los MSCs en América Latina para solucionar todas las demandas que se les presentan. La entrega de estos datos también busca brindar a la comunidad académica un panorama del resultado de la actuación de los MSC regionales desde la creación de estos foros. Hasta el momento no ha sido desarrollado ningún estudio académico que contenga estos datos debido a la dificultad de obtención y compilación de información sobre las demandas tramitadas en los foros regionales.

I. MERCOSUR

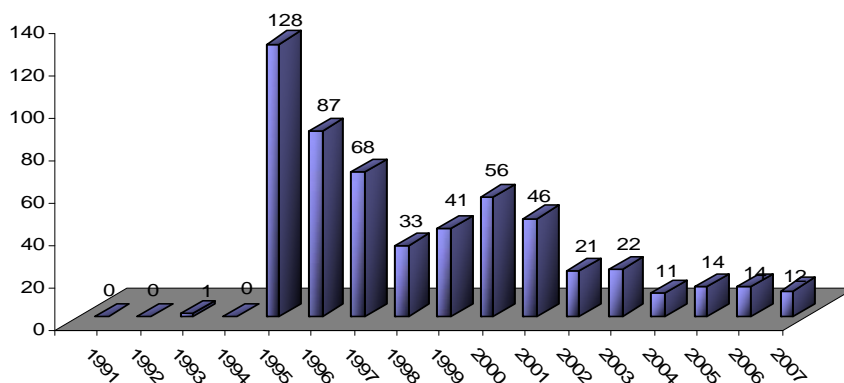
1. Consecuencias de la preferencia por el medio diplomático de solución de controversias

Es en el Mercosur donde ha surgido la mayor cantidad de demandas comerciales en la región. Aunque muchos conflictos diplomáticos entre las partes hayan culminado en la interposición de demandas formales, se estima que una parte considerable ha quedado fuera de la estructura del MSC. Esto es así porque las partes alcanzaron un acuerdo por la vía diplomática, como consecuencia de la fuerte tradición de los países latinoamericanos de confiar la solución de los conflictos comerciales a negociaciones políticas.³⁷¹

³⁷¹ En este sentido merece citar las palabras de Lopez, autor que ha puesto en relieve la costumbre latinoamericana de solucionar sus conflictos diplomáticamente: "The four South American trading partners have managed to settle their internal trade controversies largely without resort to Mercosur's dispute resolution devices, relying instead on face-to-face presidential meetings." Lopez, 1997a: 45.

Conforme se verifica en el gráfico 10, el promedio anual de controversias ha sido bastante irregular. Su actividad, que fue prácticamente nula en los cuatro primeros años, subió drásticamente en 1995. En los cuatro últimos años este número ha mantenido un cierto equilibrio. Es importante señalar que estas controversias se refieren a las consultas y reclamaciones presentadas formalmente a la CCM y al GMC y a las que fueron directamente al TPR. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, se estima que los conflictos comerciales han sido mucho mayores, ya que muchas consultas han sido resueltas por vía diplomática y esta información no es de acceso público. Así por ejemplo, en el inicio de su funcionamiento el MSC había sido invocado raras veces, sin embargo de 1991 a 1996 el comercio entre las naciones del Mercosur creció de US\$4.000 millones a US\$14.400 millones, volumen más que suficiente para crear amplias oportunidades para el conflicto.

Gráfico 10. Evolución de las Controversias, 1991-2007



Nota(s): 1) Según el número total de controversias (consultas y reclamaciones) presentadas a la Comisión de Comercio del Mercosur-CCM, al Grupo Mercado Común-GMC, al Tribunal Arbitral y al Tribunal Permanente de Revisión-TPR
Fuente: elaboración propia en base a los datos disponibles en el sitio web oficial del Mercosur

La costumbre de los países mercosureños de arreglar sus diferencias diplomáticamente se refleja en la resistencia en accionar el MSC en los primeros años de su funcionamiento.³⁷² En América del Sur ha sido común la interferencia directa del poder

³⁷² "The non-use of Mercosur's formal dispute settlement systems in part may be attributable to a cultural predisposition toward informal, non-public, non-adversarial methods of conflict resolution", López, 1997a.

ejecutivo en la solución de controversias. El Mercosur ha sido marcado por una estrategia fuertemente dependiente de la iniciativa conciliadora de sus presidentes.³⁷³ De esta forma, los miembros de este esquema de integración veían el MSC con desconfianza y preferían buscar una solución por medio informal y diplomático.

El aumento considerable de las controversias en 1995 está asociado a varios factores, entre ellos el esfuerzo para constituir un arancel externo común. En 1993, Argentina, Paraguay y Uruguay entraron en desacuerdo con Brasil respecto al establecimiento de un arancel común para los “productos sensibles” tales como automóviles, equipos de telecomunicaciones y productos petroquímicos. La amenaza más grave al arancel externo común se produjo en marzo de 1995, cuando Brasil aumentó unilateralmente el arancel de 109 productos exentos a 70% luego de que las partes hubieran decidido tácitamente fijar el techo del arancel en 35%. Luego, tras la presión de los demás países, Brasil redujo los aranceles de 90 de los 109 productos exentos.

Hacia la mitad de la década de 1990 hubo un aumento considerable del comercio entre los países miembros del Mercosur, lo que generó una presión proteccionista del sector privado para salvaguardar sus mercados. Este aumento generó un déficit comercial significativo, mayoritariamente frente a Brasil. En un intento de proteger su mercado, en julio de 1993, Argentina, de manera unilateral y sin consulta previa, impuso medidas antidumping y compensatorias sobre una amplia variedad de productos importados de Brasil, entre ellos partes de automóviles y acero. Estas medidas proteccionistas por parte de Argentina eran un intento del gobierno de hacer frente al déficit comercial creciente con Brasil.

Como sugiere Bouzas, el período de 1995 a 1998 se caracterizó por los contrastes en el desempeño del Mercosur. En esta época se combinaron un aumento sostenido de la interdependencia económica, una brecha creciente entre los compromisos adoptados y su

³⁷³ Reid señala que “Even Mercosur’s smallest disputes have tended to go up for settlement by national presidents”. Véase Reid, 1996.

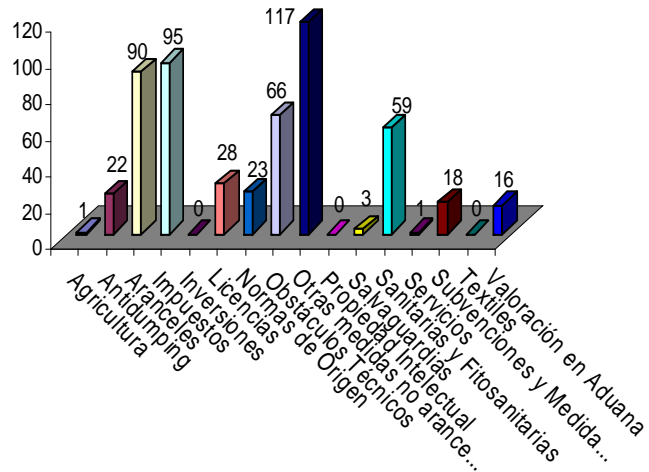
implementación efectiva, y un clima de progresiva politización negativa. Empezaron a acumularse una cantidad creciente de asuntos pendientes, en relación a los cuales no había mucha voluntad política de negociación.³⁷⁴ Para complicar este “período de turbulencia”, en enero de 1999 el gobierno brasileño promovió la devaluación de la moneda, lo que generó la caída de los precios de los productos nacionales en comparación con los de los vecinos. En consecuencia, el aumento de las controversias en 2000 fue, entre otros factores, un reflejo de la devaluación de la moneda brasileña, lo que provocó el aumento de barreras comerciales entre los vecinos a fin de proteger su mercado nacional de la supuesta “invasión” de los productos brasileños.

Durante el período que siguió a 1998 también se agravó la ampliación de la brecha entre decisiones e implementaciones, es decir, entre lo que acordaba y lo que se hacía. El tratamiento arancelario especial de algunos productos sensibles incluidos en el “régimen de adecuación” había llegado a su fin, lo que requería de estos sectores estar preparados para la competencia externa. También en esta época Brasil se negó a aceptar la adopción de la medida de salvaguardia para el comercio intrazona después de la devaluación de su moneda, lo que resultó en la proliferación de medidas de protección *ad hoc*. Las barreras no arancelarias aumentaron, dando lugar a un proceso por medio del cual la protección arancelaria fue reemplazada por instrumentos administrativos más discrecionales y menos transparentes.³⁷⁵ En consecuencia, hubo un aumento de las controversias relativas a la aplicación de barreras no arancelarias, mayoritariamente permisos y cobros administrativos en las aduanas (clasificados como “otras medidas no arancelarias”), medidas sanitarias y fitosanitarias y barreras técnicas (véase el gráfico 11).

³⁷⁴ Bouzas, 2001: 183.

³⁷⁵ Bouzas, 2001: 185.

Gráfico 11. Total de controversias/por tema, 1993-2007



Fuente: elaboración propia

2. El fuerte protagonismo de los países más fuertes: Brasil y Argentina

Los constantes enfrentamientos comerciales entre Brasil y Argentina pusieron de manifiesto la fragilidad de la matriz de intereses comunes que había estado en la base del proceso de integración en la década de 1980.³⁷⁶ Este conflicto se refleja en el número de controversias entre ellos. Argentina ha sido el país que ha iniciado el mayor número de reclamaciones formales (252), seguido de Brasil (181). Por otro lado, Brasil ha sido el país más demandado (41% de las controversias fueron en su contra). Estas demandas se referían a varios productos, desde agrícolas (mayormente carne y cereales) hasta productos industrializados (bebidas, alimentos, textiles, etcétera).

Cuadro 19. Participación como reclamante

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Argentina	0	0	80	61	30	6	10	20	7	9	6	5	6	4	8	252
Brasil	0	0	17	23	20	21	22	26	26	10	9	1	3	3	0	181
Paraguay	1	0	16	4	9	6	6	8	10	2	4	4	1	7	3	81
Uruguay	0	0	16	6	10	2	4	7	7	2	3	1	5	2	1	66
Venezuela	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0	0	0

³⁷⁶ Para mayores detalles respecto de los acontecimientos históricos que marcaron la evolución del Mercosur ver Bouzas, 2001; Mera, 2005.

Cuadro 20. Participación como demandado

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Brasil	0	0	75	46	32	6	8	17	9	7	10	9	7	4	6	236
Argentina	1	0	30	16	23	22	22	21	25	6	5	1	5	9	3	189
Uruguay	0	0	19	20	14	6	6	12	8	6	4	1	0	1	3	100
Paraguay	0	0	13	6	4	1	5	6	4	2	3	0	2	0	0	46
Venezuela	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0	0	0

Nota(s): 1) La Republica Bolivariana de Venezuela suscribió el Protocolo de adhesión al MERCOSUR en julio de 2006
Fuente: elaboración propia en base a los datos disponibles en el sitio web oficial del Mercosur

Brasil y Argentina son, lejos, los que han utilizado más activamente el MSC, lo que es una consecuencia natural del volumen de comercio entre los dos y el tamaño de sus economías. Del total de controversias presentadas por Argentina, 61% de ellas se refirieron a supuestas medidas proteccionistas aplicadas por Brasil, mayormente en el área de productos agropecuarios (en especial cereales como trigo y maíz) e industrializados (vino, textiles). Lo contrario también se verifica: 70% de las controversias iniciadas por Brasil fueron en contra de Argentina. Con relación a los demás, Paraguay ha sido el tercer país más activo; la amplia mayoría de sus reclamaciones está relacionada con supuestas medidas proteccionistas aplicadas por Brasil y Argentina mediante la imposición de trámites y tasas más rigurosos en las aduanas. Estas medidas afectan principalmente a productos industrializados exportados de la zona franca paraguaya. De igual forma, Uruguay ha cuestionado mayormente las medidas proteccionistas provenientes de Brasil (48% de las controversias) y Argentina (47%).

3. Preferencia de los países más débiles por la actuación de los órganos jurisdiccionales *versus* preferencia de los más fuertes por medios diplomáticos.

De un total de 554 reclamaciones presentadas formalmente en el MSC, solamente 12 llegaron al Tribunal Arbitral *ad hoc*, es decir, solamente un 2% suscitó la interposición de un tribunal arbitral. De los 12 laudos arbitrales emitidos, 42% representaban controversias entre Brasil y Argentina. Uruguay interpuso cinco de estas demandas y Paraguay una. El tema más controvertido ha sido la aplicación de medidas no arancelarias tales como

restricciones y prohibiciones a la importación indebidas. Los productos afectados van desde los agrícolas hasta los industrializados (bicicletas, neumáticos, cigarrillos y tabaco).

Cuadro 21. Laudos arbitrales emitidos

Número	Partes	Tema	Controversia	TPR
Tribunal Arbitral				
Laudo I	Argentina v. Brasil	Otras medidas no arancelarias , Sanitarias y Fitosanitarias	Medidas restrictivas aplicadas por Brasil al comercio reciproco con Argentina	
Laudo II	Argentina v. Brasil	Subvenciones	Subsidios brasileños a la producción y exportación de cerdos de Argentina	
Laudo III	Brasil v. Argentina	Salvaguardias	Medidas de salvaguardia argentinas aplicadas a los textiles de Brasil	
Laudo IV	Brasil v. Argentina	Antidumping	Medidas anti-dumping argentina aplicadas en contra de las exportaciones de pollos enteros de Brasil	
Laudo V	Uruguay v. Arg.	Normas de Origen , Valoración en Aduana	Restricciones al mercado argentino de bicicletas	
Laudo VI	Uruguay v. Brasil	Otras medidas no arancelarias	Prohibición de la importación de neumáticos remoldeados de Uruguay	
Laudo VII	Argentina v. Brasil	Otras medidas no arancelarias	Barreras a la entrada en el mercado brasileño de productos fitosanitarios de Argentina	
Laudo VIII	Paraguay v. Urug.	Impuestos	Aplicación de impuestos a la venta de cigarrillos paraguayos	
Laudo IX	Argentina v. Urug.	Subvenciones	Compatibilidad de régimen de estímulo a la Industrialización de lana otorgado por Uruguay	
Laudo X	Uruguay v. Brasil	Impuestos	Impuesto sobre la exportación de tabaco, papel para los cigarrillos y de los cilindros para los filtros del cigarrillo	
Laudo XI	Uruguay v. Arg.	Otras medidas no arancelarias	Prohibición de importación de neumáticos remoldeados	X
Laudo XII	Uruguay v. Arg.	Otras medidas no arancelarias	Impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales	X

Fuente: elaboración propia

En dos de las tres controversias iniciadas por Uruguay contra Argentina fue necesaria la interposición de recurso de apelación al TPR.³⁷⁷ Además, en 2007 Uruguay solicitó que el TPR se pronunciara sobre el exceso argentino en la aplicación de medidas compensatorias (prohibición de importación de neumáticos remoldeados)³⁷⁸. De esta forma, en cinco años de funcionamiento (2003 a 2007), el TPR solamente se pronunció en dos recursos de apelación.

³⁷⁷ Los laudos emitidos fueron: Laudo 1/2005 “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados” (Uruguay vs. Argentina) y Laudo 2/2006 “Impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales” (Uruguay vs. Argentina).

³⁷⁸ La tercera actuación del TPR no dice nada respecto a la decisión sobre un recurso de apelación sino respecto a una solicitud de aclaración, lo que originó la emisión de un Laudo Complementario de aclaración.

El hecho de que solamente 2% de las controversias fueran llevadas a un tribunal arbitral confirma la tradición y preferencia de los países sudamericanos de solucionar los conflictos comerciales por la vía diplomática. El arbitraje, más formal que la vía diplomática, ha sido utilizado solo como último recurso. El propio procedimiento vigente durante la emisión de los siete primeros laudos arbitrales, bajo el Protocolo de Brasilia, favorecía en gran medida el arreglo político por medio de las consultas que podrían llevarse a cabo en la CCM y el GMC. Otra conclusión importante es la de que los países más débiles de este bloque son los que más han hecho uso de los órganos jurisdiccionales. Uruguay ha sido el país que más demandas inició en el Tribunal Arbitral y fue el único país que accionó el TPR, frente a la resistencia de Argentina de cumplir la decisión de primera instancia.

En cuanto al resultado, se estima que la parte perdedora ha negociado el cumplimiento de los laudos arbitrales emitidos por el TA y el TPR o que las partes llegaron a un consenso sobre el conflicto pues no se tiene noticia de que los países hayan hecho uso del recurso de retorsión. En aproximadamente 90% de las 425 controversias interpuestas entre 1996 y 2007 las partes llegaron a un acuerdo satisfactorio según lo informado en las actas de la CCM y el GMC. Sin embargo, en 1995, cuando empezaron las primeras controversias, no hubo una comunicación formal de acuerdo entre las partes en 82% de los 128 casos iniciados, porcentaje que, creemos, no refleja la realidad. La falta de una comunicación de acuerdo en las actas de la CCM y GMC puede haber sido una consecuencia de la falta de preparación de estos órganos, ya que fue el primer año en que este MSC empezó a funcionar activamente.

II. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

En primer lugar, es importante señalar que todos los datos presentados sobre los resultados del MSC de la CAN se refieren a controversias en las que se emitió alguna decisión. Esto porque su Secretaría solo hace pública una controversia a partir de ese momento. De esta forma, los datos que siguen computan solamente las demandas en las que hubo un fallo, sin contar aquellas que llegaron a un arreglo en la fase de consultas. Hasta diciembre de 2007 no habían sido publicadas en el sitio oficial de la CAN

controversias que tuvieran alguna decisión emitida en este año, motivo por el cual los datos de los gráficos y cuadros van hasta 2006.

1. El equilibrado protagonismo de los países

Hay que hacer una distinción entre las controversias presentadas ante la Secretaría General (SG) y ante el Tribunal de Justicia (TJCA). En el primer caso, la propia SG ha sido la parte que más demandas ha impulsado. Esto ocurre por su legitimidad activa para accionar contra los países miembros que estén supuestamente violando una normativa andina. Estas demandas tratan mayormente sobre aplicación de aranceles, impuestos y medidas sanitarias y fitosanitarias que afectan productos agropecuarios e industriales.

Es interesante señalar la activa participación de los particulares, es decir, empresas que utilizan el MSC para cuestionar medidas aplicadas por otros países que afectan a sus productos de exportación, e incluso para cuestionar la violación de la normativa andina practicada por sus propios gobiernos.³⁷⁹ Ecuador y Venezuela han sido los países más demandados en la SG. Estas controversias fueron iniciadas, en su mayoría, por la propia Secretaría. Estos países han sido cuestionados principalmente por medidas de salvaguardia, aranceles e impuestos que afectan productos agropecuarios (azúcar, oleaginosas, carne, cereales).

Cuadro 22. Participación como reclamante en la SG

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
SG	0	87	20	10	9	14	10	8	4	162
Colombia	24	15	5	4	6	1	2	3	1	61
Particulares	0	21	2	4	4	4	2	10	7	54
Perú	4	7	3	2	2	4	1	1	0	25
Ecuador	0	6	0	3	1	7	3	0	0	20
Venezuela	1	3	3	4	1	0	0	1	0	13
Bolivia	0	3	1	0	1	1	2	0	0	8

Fuente: elaboración propia

³⁷⁹ Véanse, entre otros, los casos SG-IN-220, SG-IN-217, SG-IN-202, SG-IN-190, SG-DM-18 y SG-DM-17.

Una característica del MSC de la CAN es que los particulares (empresas/asociaciones) también pueden ser demandados por otros particulares en casos de supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia o en casos de dumping. Así, ha habido hasta 2006 cinco controversias en las que figuran como partes empresas/asociaciones de productores.³⁸⁰ Conforme se verifica en los cuadros 22, 23, 24 y 25 existe un relativo equilibrio en la participación de los países andinos como reclamante y demandante, al contrario de lo que ocurre en el Mercosur, donde los países más fuertes ejercen un protagonismo preponderante. Este equilibrio está asociado a la relativa convergencia en el tamaño de la economía y el poder político de los países andinos.

Cuadro 23. Participación como demandado en la SG

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Ecuador	20	61	8	8	9	8	10	6	2	133
Venezuela	23	46	9	8	9	13	9	10	1	129
Colombia	6	38	8	10	7	18	9	6	5	108
Perú	16	34	9	8	9	11	6	5	4	102
Bolivia	9	18	2	5	5	10	4	2	0	56
Particulares	0	5	0	0	0	0	0	0	0	5

Nota(s): 1) Incluye todas las controversias presentadas ante la Secretaría General relacionadas con: Incumplimientos, Restricciones y Gravámenes, Salvaguardias, Dumping, Subvenciones y Libre Competencia; 2) Particulares: Incluye a las personas naturales o jurídicas u organizaciones, 3) las controversias en materia de libre competencia incluyen las acciones emprendidas entre empresas de un país en contra de empresas establecidas en otro país miembro de la CAN; 4) A partir de julio de 2006 no existirán controversias en las que figure la República Bolivariana de Venezuela considerando su incorporación al MERCOSUR en esta fecha.

Fuente: elaboración propia

En relación a la participación en las demandas que se han tramitado en el Tribunal de Justicia, la Secretaría General también ha sido el demandante más activo, habiendo interpuesto el 91% de las acciones de incumplimiento. Esto ocurre porque este órgano funciona como el guardián de la normativa jurídica andina.

Cuadro 24. Participación como reclamante en el TJCA

³⁸⁰ Son los casos SG-LC-01, SG-LC-02, SG-LC-03, SG-LC-04, SG-DM-05.

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
SG	0	24	20	6	4	9	4	6	1	74
Particulares	1	0	1	1	1	0	0	0	0	4
Venezuela	0	2	0	0	0	0	0	0	0	2
Colombia	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
Bolivia	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ecuador	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Perú	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Nota: Dato relativo a las acciones de Incumplimiento
Fuente: elaboración propia

Venezuela y Ecuador han sido los países más demandados debido, mayoritariamente, a la aplicación de salvaguardias, aranceles e impuestos que afectan a productos agropecuarios de los países vecinos. Es importante notar que, con la salida de Venezuela de la CAN en 2006, el órgano decisorio se inhibe de seguir conociendo la demanda y, en consecuencia, el proceso en contra de este país se paraliza.

Cuadro 25. Participación como demandado en el TJCA

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Venezuela	0	7	8	1	2	3	1	4	1	27
Ecuador	0	10	7	2	1	1	1	2	0	24
Colombia	1	3	4	4	1	1	1	0	0	15
Perú	0	8	2	0	1	3	0	0	0	14
Bolivia	0	1	1	0	0	1	1	0	0	4
SG	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Particulares	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Nota: Dato relativo a las acciones de Incumplimiento
Fuente: elaboración propia

2. Impacto debido a la inexistencia de una instancia de apelación

En cuanto a la actividad de los órganos decisorios, la década de 1990 fue más activa que la anterior en términos de decisiones emitidas. Esto se debe a que este período fue bastante activo en la implementación de políticas hacia una apertura comercial entre los países andinos, lo que acarreó una presión proteccionista por parte de los sectores privados y los consecuentes conflictos³⁸¹. De las 385 decisiones emitidas por la SG entre

³⁸¹ Se avanzó sustancialmente en la integración comercial, sobre todo con la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio intra-regional, el establecimiento de una estructura arancelaria frente a terceros países, la armonización de algunas políticas comerciales relacionadas con la operación del

1980 y 2006 (técnicamente llamadas dictámenes), 87 fueron objeto de recurso de reconsideración. En el caso del TJCA, de las 67 sentencias emitidas, cinco fueron objeto de recurso de reconsideración. Es importante señalar que estos números son aproximados ya que pueden haber sido interpuestos más recursos, pero los mismos no fueron publicados en el sitio oficial de la CAN dado que todavía no había sido expedida una decisión final sobre los mismos.

Cuadro 26. Controversias presentadas ante la Secretaría General y dictámenes emitidos

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Controversias	34	183	34	27	24	31	20	23	12	388
Dictámenes	34	177	38	21	22	27	28	17	15	385

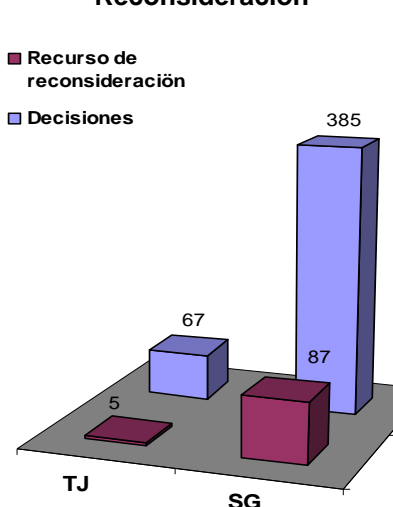
Notas: incluye todas las controversias presentadas ante la Secretaría General relacionadas con incumplimientos, restricciones y gravámenes, salvaguardias, medidas antidumping, subvenciones y libre competencia; para evitar la duplicación de dictámenes se computa uno por cada controversia.

Cuadro 27. Acciones de incumplimiento presentadas ante el Tribunal de Justicia y sentencias emitidas

	80-90	90-99	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Controversias	1	29	22	7	5	9	4	6	1	84
Sentencias	0	16	12	11	7	3	2	2	13	67

Fuente: elaboración propia.

Gráfico 12. Recursos de Reconsideración



No obstante el considerable número de demandas que se han tramitado en la SG y TJ, el número de recursos de reconsideración interpuestos ha sido relativamente bajo. En la SG el 22% de las decisiones ha sido objeto de esta especie de recurso. En el TJ este valor ha sido de solamente 7.5%. La baja utilización de este tipo de recurso se debe al hecho de que el mismo sólo puede ser utilizado en circunstancias muy excepcionales (caso de nulidad o anulación y existencia de un hecho nuevo desconocido anteriormente que pudiera influir decisivamente en el resultado del proceso). Este dato refuerza nuestra opinión de que sería importante, aunque no sea indispensable, la posibilidad de impetrar

mercado ampliado, y la adopción de otras medidas dirigidas a eliminar obstáculos y facilitar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas dentro del espacio integrado. Véase Secretaría General de la Comunidad Andina, 2006: 3.

recurso de apelación. Esto para fortalecer la aplicación de los principios del contradictorio y amplia defensa.

En cuanto a la fase de cumplimiento, es importante mencionar que el TJCA posee la facultad de imponer retorsión cuando la parte no cumple la sentencia definitiva.³⁸² Así, podrá determinar los límites dentro de los cuales el país ganador podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país que resiste cumplir la decisión.³⁸³

Cuadro 28
Países objeto de retorsión, 1980-2006

Pais	
Venezuela	8
Ecuador	7
Peru	6
Colombia	4
Bolivia	1
TOTAL	26

Fuente: elaboración propia

En el período analizado, se autorizó la aplicación de un gravamen o restricción a las importaciones del país remiso en 26 controversias. Venezuela y Ecuador han sido objeto del mayor número de retorsiones contra sus exportaciones. En la mayoría de estos casos los países remisos cumplieron la determinación antes que se aplicara la retorsión.

III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

La Secretaría del TLCAN ha hecho pública solamente las controversias que llegan a al panel arbitral. En consecuencia, poco se conoce sobre la experiencia de solución de controversias en las primeras etapas de negociación. De esta forma, al igual que en el

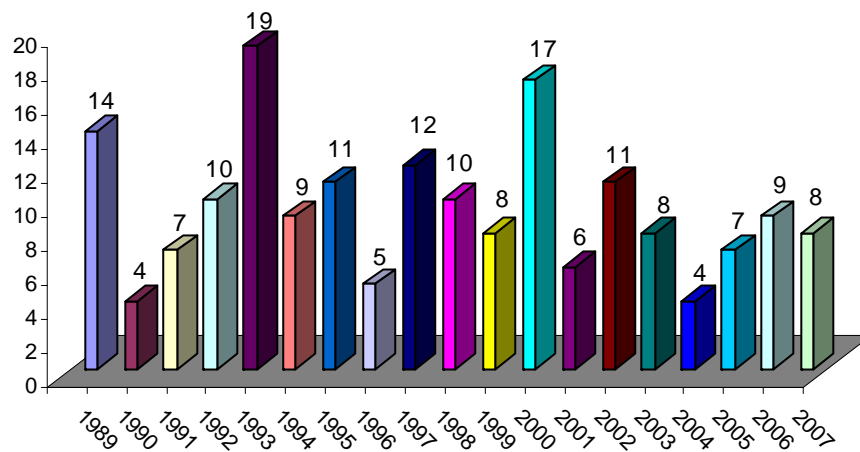
³⁸² Artículo 27 del Tratado de Creación del TJCA.

³⁸³ En estos casos, en general el TJ se pronuncia así “(...) Decide: Determinar los límites dentro de los cuales los Países Miembros de la Comunidad Andina podrán suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento benefician a la República de Colombia, autorizando a sus respectivos gobiernos para que procedan a la imposición temporal de un gravamen adicional del 5%, a las importaciones que realicen a sus territorios, procedentes y originarias de Colombia, de cinco productos a su elección”. (proceso TJCA 16-AI-00). Véanse también TJCA 133-AI-03, TJCA 52-AI-02, TJCA 32-AI-01, TJCA 26-AI-01, TJCA 91-AI-00, TJCA 89-AI-00, etcétera.

caso de la CAN, los datos presentados se refieren solamente a las controversias que suscitaron la emisión de una decisión del órgano competente.

En el período de vigencia del TLC Estados Unidos-Canadá (1989-93) el panel fue constituido en 54 controversias, de las cuales 49 refirieron al capítulo 19 (solución de controversias en temas de antidumping y medidas compensatorias). En enero de 1994 este TLC fue incorporado al TLCAN; bajo este esquema de integración el panel fue constituido en 119 controversias. La amplia mayoría también se refirió a antidumping y medidas compensatorias (capítulo 19), lo que ratifica que este ha sido el tema comercial más controvertido entre los países de América del Norte. Los años de 1993 y 2000 fueron los de mayor actividad de los paneles arbitrales, con la emisión de 19 y 17 fallos respectivamente.

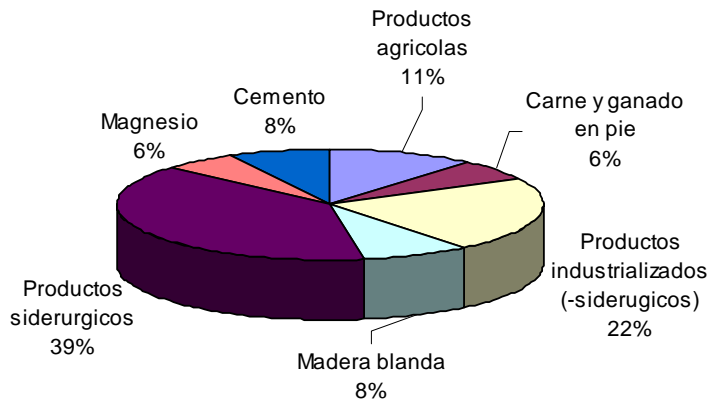
Gráfico 13. Evolución de las controversias, 1989-2007



Nota: para el período 1989-1993 se computan las controversias presentadas bajo el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (capítulos 18 y 19). A partir de 1994, las estadísticas incluyen las controversias presentadas bajo el TLCAN (capítulos 19 y 20). Fuente: elaboración propia

Las controversias se han concentrado en el cuestionamiento de medidas antidumping y subvenciones aplicadas a los productos industrializados, en especial a los siderúrgicos. De este total, 70% se refiere a controversias semejantes, es decir, entre las mismas partes y cuestionando medidas comerciales que afectan al mismo producto.

Gráfico 14. Total de controversias/por tema, 1989-2007



Fuente: elaboración propia

1. El problema generado por la falta de integración del listado de árbitros del capítulo 20.

Conforme se verifica por la amplia utilización del MSC del capítulo 19, los temas de *antidumping* y medidas compensatorias representan uno de los temas más políticamente sensibles entre los países miembros del TLCAN. La baja actividad del MSC del capítulo 20 (3 casos desde la creación del TLCAN) está relacionada con el problema de la falta de listado de árbitros. Según el capítulo 20, las partes deberían integrar y conservar una lista de hasta 30 individuos que contarán con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas.³⁸⁴ Sin embargo, 13 años han pasado y todavía no se ha convenido una lista. En los tres casos decididos en este período, los árbitros fueron seleccionados por otros medios. En los demás casos, los paneles no se han podido integrar debido a la imposibilidad de las partes contendientes de llegar a un acuerdo con respecto a los mismos, conforme fue visto en los capítulos anteriores.

³⁸⁴ "Artículo 2009: Las partes integrarán y conservarán una lista de hasta treinta individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser árbitros. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por períodos de tres años, y podrán ser reelectos."

Cuadro 29. Evolución de las controversias / por capítulo

TLC EUA-Canadá						TLCAN																
Capítulo	1989	1990	1991	1992	1993	Total	Capítulo	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Cap 18	2	0	0	2	1	5	Cap 19	9	10	5	11	9	8	17	6	11	8	4	7	9	7	121
Cap 19	12	4	7	8	18	49	Cap 20	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3

Nota: 1) El Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá fue incorporado al TLCAN en enero de 1994

Fuente: elaboración propia

Si se computa el período comprendido entre el TLC Canadá-Estados Unidos y el TLCAN, Canadá ha sido el país que más controversias ha interpuesto. Es interesante notar que el 96% de ellas fueron dirigidas a Estados Unidos. El objeto de estas controversias ha sido la aplicación por parte del gobierno estadounidense de medidas antidumping y compensatorias que afectan mayormente las exportaciones de productos de acero, magnesio y madera canadienses.

Estados Unidos ha sido el segundo país más activo; 75% de sus reclamaciones han tenido por objeto cuestionar la aplicación de medidas antidumping y subsidios del gobierno canadiense que afectan mayormente sus exportaciones de productos siderúrgicos (de acero y de cobre). A su vez, 98% de las reclamaciones de México tuvieron por objeto cuestionar las medidas de antidumping y subsidios aplicados por el gobierno estadounidense que afectan las exportaciones mexicanas de cemento y productos siderúrgicos.

Cuadro 30. Participación como reclamante

	TLC EUA-Canadá					TLCAN														Total
	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Canadá	12	3	5	7	6	1	1	3	3	2	5	7	1	7	4	2	4	4	2	79
EUA	2	1	2	3	13	7	6	1	2	4	0	6	0	1	2	0	1	3	2	56
México	1	4	1	7	4	3	4	5	3	2	2	2	2	4	44

Fuente: elaboración propia.

Computándose todas las demandas, Estados Unidos ha sido el país cuya política comercial fue más veces cuestionada, mayormente por Canadá. La gran participación de estos dos países en el lado pasivo y activo es una consecuencia natural del tamaño de sus economías y del volumen de comercio entre ellos.

Cuadro 31. Participación como demandado

	TLC EUA-Canadá					TLCAN														
	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
EUA	12	3	5	7	6	2	5	1	9	6	7	11	6	10	6	3	6	6	6	117
Canadá	2	1	2	3	13	4	5	1	2	3	1	4	0	0	0	1	0	1	1	44
México	-	-	-	-	-	3	1	3	1	1	0	2	0	1	2	0	1	2	1	18

Nota: para el período 1989-1993 corresponde a las controversias presentadas bajo el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (capítulos 18 y 19). A partir de 1994, las estadísticas incluyen las controversias presentadas bajo el TLCAN (capítulos 19 y 20).

Fuente: elaboración propia.

En síntesis, las debilidades procesales e institucionales apuntadas en este estudio han puesto en entredicho la capacidad de los MSCs en América Latina para solucionar todas las demandas que se les presentan.

El foro del Mercosur ha sido el más activo de la región en número de demandas iniciadas, consecuencia de su constante uso por parte de Brasil y Argentina para solucionar sus frecuentes conflictos en temas comerciales cotidianos. La amplia mayoría de las demandas han quedado en la fase pre-contenciosa, lo que refleja, por un lado, la costumbre de los países mercosureños de arreglar sus diferencias diplomáticamente y la naturaleza de los conflictos (muchos están relacionados con temas administrativos de menor importancia que pueden ser resueltos directamente por los órganos emisores de la medida cuestionada) y, por otro, evidencia cierta fragilidad de los órganos que actúan en la fase contenciosa.

El foro de la CAN ha sido marcado por el equilibrado protagonismo de los países y la activa actuación de la Secretaria General como guardián de la normativa jurídica andina. No obstante el considerable número de demandas que se han tramitado en la SG y TJ, el número de recursos de reconsideración interpuestos ha sido relativamente bajo, consecuencia de la naturaleza extraordinaria del mismo.

En el TLCAN, el foro del capítulo 20 no ha podido funcionar adecuadamente pese haber sido creado hace más de trece años. El foro del capítulo 19 ha sido ampliamente utilizado para cuestionar medidas antidumping y subvenciones aplicadas a tres productos en particular: siderúrgicos, madera y cemento. El procedimiento jurisdiccional ha sido marcado por constantes retrasos, ya sea para constituir el panel ya sea como

consecuencia de la estrategia que denominamos como “ping-pong” (el va y viene entre el Panel y el órgano administrativo emisor de la decisión o medida cuestionada).

**CAPITULO VII. PROPUESTAS INSTITUCIONALES Y
PROCESALES PARA MEJORAR LA SEGURIDAD
JURÍDICA Y DINAMIZAR LA EFICACIA DE LOS MSCs**

Los análisis desarrollados en los capítulos anteriores no sólo apuntan a la importancia de los foros regionales como opción prioritaria para los países latinoamericanos, sino que también demuestran la necesidad de avanzar con ciertas reformas procesales e institucionales para corregir las fallas apuntadas, las cuales han generado la necesidad de recurrir al foro multilateral para lograr que las demandas más complejas sean resueltas.

Importa señalar que las propuestas de reforma presentadas en este estudio apuntan a corregir las debilidades que interfieren en la actuación eficaz de los MSC para solucionar todas las demandas que se le presentan. Así, no se busca quitar el relieve de la fase pre-contenciosa, sino conferir mayor agilidad a esta fase y proponer soluciones que tornen la fase contenciosa más efectiva.

Todavía no se ha creado un modelo ideal de MSC ya que esto depende de varios factores. Algunos autores señalan que el modelo de solución de controversias de las Comunidades Europeas debería ser seguido por los países del MERCOSUR, opinión con la que discrepamos³⁸⁵. Primero porque este modelo está creado para un tipo de integración que va mucho más allá de lo meramente comercial. Este modelo corresponde a las expectativas de países europeos que integran una verdadera comunidad de naciones, lo que no es el caso de los sistemas de integración existentes en América Latina, aunque la CAN haya avanzado en este sentido. La profundización de las reglas de procedimiento de un sistema de solución de controversias está condicionada al avance de los objetivos de integración de sus países miembros, los cuales pueden evolucionar desde una unión aduanera hasta una verdadera comunidad.

El salto cualitativo en términos procesales está, en parte, relacionado con el compromiso de llevar a cabo un verdadero Derecho Comunitario, tal como existe en la Unión Europea.

³⁸⁵ En este sentido Copello, puntea que: "El Tribunal de las Comunidades Europeas está llamado a ser el modelo obligatorio en el mundo en materia de derecho judicial comunitario, como ya lo ha sido para el Acuerdo de Cartagena o el Pacto Andino. Esto es así puesto que dicho tribunal se ha constituido en el sistema integracionista de tipo comunitario más completo y avanzado existente hasta el presente, además de que proviene del centro cultural y jurídico que dio origen al derecho en el mundo occidental" Copello, 1995b: 175.

Por este motivo, hablar de un Tribunal de Justicia en los moldes del Tribunal de Justicia Europeo nos parece precipitado y fuera de contexto para la realidad regional, donde poco se ha avanzado para concretar la creación de una comunidad de naciones (con excepción de la CAN).

Este estudio no tiene la pretensión de crear un modelo ideal de solución de controversias comerciales. En nuestra opinión es muy difícil que un MSC llegue a la perfección considerando que el elemento político siempre ejercerá un cierto grado de influencia, por más desarrolladas que sean las reglas de derecho de este mecanismo. Ni siquiera el más desarrollado de los MSC, el de la OMC, ha llegado a aproximarse a un modelo ideal, pese a todas las reformas por las cuales ha pasado. Sin embargo, esto no impide que analicemos los caminos que puedan ser recorridos para mejorar ciertos aspectos procesales que consideramos que pueden estar minimizando el rol del MSC, principalmente para solucionar efectivamente los casos más complejos.

De esta forma, este capítulo pretende enriquecer el debate jurídico con ideas que buscan fortalecer las reglas procesales de forma de minimizar los impactos generados por las asimetrías político-económicas entre los países y garantizar un mecanismo más justo y equilibrado³⁸⁶. Para esto se tiene en consideración la necesidad de plantear normas procesales bien definidas, que alejen la inseguridad jurídica, los retrasos de mala-fe o la inequidad en la aplicación de la normativa y que mejoren la calidad del amparo jurídico buscado, especialmente teniendo en consideración los problemas específicos apuntados en el capítulo anterior. Esto atañe no sólo a los países integrantes en su carácter de Estados Partes sino a los ciudadanos que deben resultar los beneficiarios del proceso. Partiendo de estas consideraciones, el objetivo de este capítulo es presentar propuestas que apuntan a la corrección de aspectos que han generado retrasos, han permitido la “manipulación” indeseada del procedimiento y han debilitado la credibilidad de los MSCs

³⁸⁶ Interesa citar las palabra de Casellas: “La tendencia al fortalecimiento de un mundo claramente unipolar, con hegemonía en lo político y en lo económico, hace necesario desarrollar la perspectiva de los intereses de los países periféricos que presentan, en general, mayores dificultades de inserción en estructuras comerciales funcionales a los países centrales, con una difícil adaptación a la internacionalización de los flujos financieros, de las inversiones y de los procesos productivos.” Vea Casellas, 1999: 57.

de América Latina. Se propone también conferir una mayor transparencia de la información.

I. INNECESARIA DUPLICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE ÓRGANOS POLÍTICOS

En el Mercosur, la labor de los órganos que actúan en la fase pre-contenciosa (Comisión de Comercio del MERCOSUR-CCM y Grupo Mercado Común-GMC) ha sido tímidamente cuestionada por la comunidad académica³⁸⁷. Creemos que es innecesario la constitución de dos órganos que desempeñan la misma función conciliatoria. La práctica ha demostrado que cuando los dos órganos son llamados a actuar, no se agrega valor al debate jurídico en cuestión, consecuencia derivada de la idéntica naturaleza política de su composición (ambos son conformados por funcionarios públicos de los Estados miembros y son coordinados por los Ministerios de Relaciones Exteriores).

Esta duplicación innecesaria de esfuerzos ha contribuido a prolongar el procedimiento sin haber ayudado efectivamente, en términos prácticos, al logro de un acuerdo entre las partes. De las 554 controversias presentadas hasta diciembre 2007, solamente en 33 oportunidades la actuación del GMC fue requerida por las partes y, al parecer, en ninguna de ellas su intervención contribuyó efectivamente para que las partes llegaran a una solución amigable. Si bien es cierto que la intervención del GMC no es obligatoria, el hecho de que la normativa prevea la posibilidad de su actuación genera la apertura necesaria para que la parte interesada en dilatar el procedimiento se beneficie de esta prerrogativa. Por este motivo creemos que la fase pre-contenciosa podría limitarse a la actuación de la CCM.

II. MAYOR PREVISIBILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES Y SUS REGLAS DE PROCEDIMIENTO

³⁸⁷ Conforme observa Vinuesa “The procedure for complaints before the Trade Commission seems a more complicated way to solve a dispute through the intervention of different organs, which in most cases could easily politicize any eventual settlement. The process is also time consuming” Vinuesa, 2005.

Una redacción imprecisa o sujeta a compromisos futuros respecto al establecimiento de un tribunal arbitral puede resultar en una situación en que el mecanismo falle al no poderse establecer el tribunal arbitral. En este sentido, cualquier mecanismo que contenga disposiciones sujetas completamente a la voluntad de las partes sin la existencia de un límite temporal o que no sean claras en cuanto a los pasos a seguir en caso de que una de las partes contendientes se niegue a designar árbitros para integrar un panel arbitral, genera una indebida inseguridad jurídica. Esto porque las partes no pueden prever cómo y cuándo se iniciaría el procedimiento para la solución de una controversia. Ahí radica la raíz del problema verificado en el MSC del TLCAN.

En el intento de garantizar el correcto funcionamiento del **MSC del Capítulo 20 del TLCAN** es importante incluir un párrafo al artículo 2009 que disponga de un nuevo plazo fijo para que las partes presenten su listado y que prevea que en caso de incumplimiento o morosidad, la elección de los árbitros se dará por decisión de la Secretaría del TLCAN. También es necesario incluir un segundo párrafo que establezca el procedimiento de renovación de este listado, determinando de igual forma un plazo fijo y estableciendo que en caso de incumplimiento la elección de los árbitros se dará por decisión de la Secretaría del TLCAN. Esto pondría fin al problema actual por no existir el listado de árbitros, lo que ha impedido el correcto funcionamiento de este mecanismo. De esta forma, se sugiere la siguiente redacción:

Redacción original: Artículo 2009: Lista de panelistas

1. Las Partes integrarán a más tardar el 1º de enero de 1994, y conservarán una lista de hasta treinta individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas. Los miembros de la lista serán designados por consenso, por períodos de tres años, y podrán ser reelectos.

Redacción sugerida: Artículo 2009: Lista de panelistas

1. Las Partes integrarán a más tardar el XX/ XX/ XX, y conservarán una lista de hasta treinta individuos que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas. Los miembros de la lista serán designados por un período de tres años, y podrán ser reelectos.
2. En caso de incumplimiento del artículo anterior, la elección de los árbitros se dará por decisión de la Secretaría del TLCAN. Esta tendrá un plazo de 30 días a partir del día indicado en el párrafo anterior para presentar el listado de los nombres seleccionados.

3. Los seleccionados para componer el listado de árbitros deberán responder en un plazo máximo de 3 días, contado a partir de la notificación de su selección, sobre su aceptación para figurar en el listado.
4. La (s) parte (s) que rechazaren nombrar su listado de árbitros no tendrán derecho a impugnar los árbitros seleccionados por la Secretaría. La (s) parte (s) a la(s) que le (s) asiste este derecho, tendrá (n) un plazo de 7 días para presentar las razones y pruebas que motivan tal postura, las cuales serán apreciadas por la Secretaría en un plazo máximo de 7 días.
5. En el procedimiento de renovación de este listado se aplican las mismas reglas de procedimientos y plazos especificados en este artículo.

El problema del **MSC del capítulo 19** no reside en la constitución del listado, puesto que ya existe, sino en la morosidad de elección de los árbitros cuyos nombres se encuentran en dicho listado. Conforme hemos analizado en los casos presentados en el capítulo IV, esto puede durar años. Por esto, proponemos que, tal como ocurre en el OSD, la Secretaría del TLCAN se encargue de hacer el sorteo entre las opciones existentes en el listado para seleccionar los árbitros que compondrían el Panel, si las partes no lo hacen dentro del plazo legal.

También se debería establecer un procedimiento menos complicado y con plazos más cortos. El “Anexo 1901.2: Integración de paneles binacionales” establece que:

“2. Dentro del plazo de 30 días a partir de la solicitud de integración de un panel, cada una de las Partes implicadas, en consulta con la otra Parte implicada nombrará dos panelistas (...). Cada una de las Partes implicadas tendrá derecho a cuatro recusaciones irrefutables (...) Las recusaciones irrefutables y la selección de panelistas sustitutos se realizarán dentro de los 45 días siguientes a la solicitud de integración del panel. Cuando una de las Partes implicadas no nombre a los miembros del panel que le corresponda en un plazo de 30 días, o si el panelista es rechazado y no se elige sustituto en un plazo de 45 días, ese panelista será seleccionado por sorteo en el trigésimo primero o en el cuadragésimo sexto día, según corresponda, de entre los candidatos de esa Parte en la lista

3. Dentro de un plazo no mayor a 55 días a partir de la solicitud de integración de un panel, las Partes implicadas deberán convenir en la selección del quinto panelista. Si las Partes implicadas no llegan a un acuerdo, decidirán por sorteo cuál de ellas seleccionará, a más tardar el sexagésimo primer día, al quinto panelista de entre la lista, excluidos los candidatos eliminados por recusación irrefutable.
(...)

9. Cuando un miembro del panel no se encuentre en condiciones de cumplir sus funciones de panelista o sea descalificado, las actuaciones del panel se suspenderán hasta que se seleccione su sustituto, conforme a los procedimientos de este anexo”

De acuerdo a este procedimiento, la composición del Panel debería darse en un plazo máximo de dos meses en aquellos casos en los que existe la recusación de panelistas. Sin embargo en la práctica este procedimiento puede durar años ya sea por las constantes dilaciones en la selección, la recusación de árbitros de la parte contraria y la renuncia de ellos una vez integrado el Panel. Para evitar esta demora, el Anexo 1901.2 debería:

- a) especificar taxativamente las hipótesis en que se puede recusar y las pruebas necesarias para aceptar esta recusación, de forma de limitar aquellas que sean infundadas y temerarias,
- b) establecer un plazo más preciso para cada recusación y la presentación de sustitutos (ej. 7 días contados de la notificación del nombre)
- c) disminuir el número de recusaciones posibles a 3 y establecer que todo el procedimiento de las 3 recusas permitidas (inclusive) no podrá traspasar el plazo máximo de 30 días a partir de la solicitud de integración de un panel,
- d) establecer que todos los plazos del capítulo 19 y 20 son perentorios, evitando con esto la posibilidad de dilación del procedimiento,
- e) estipular que la renuncia de un árbitro una vez integrado el panel solo será aceptada por factores posteriores y excepcionales, enumerando las hipótesis en que esto puede ocurrir,
- f) establecer que el candidato elegido por sorteo por el Secretariado no podrá ser rechazado,
- g) disminuir los plazos establecidos.

En el MERCOSUR, el artículo 51 del Protocolo de Olivos dispone que tanto el Tribunal Permanente de Revisión como los tribunales arbitrales *ad hoc* adoptarán sus propias reglas de procedimiento, las cuales están sujetas a la aprobación del Consejo del Mercado Común. Esta disposición se limita a establecer que estas reglas deberán garantizar que cada una de las partes tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos y asegurar que los procesos se realicen de forma expedita. El establecimiento de procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes también queda en las manos del Consejo del Mercado Común, según dispone el artículo 24 del Protocolo de Olivos.

Tal como lo ha puesto de relieve la doctrina mencionada en el capítulo anterior, el Protocolo de Olivos (PO) reedita una laguna que ya estaba presente en el Protocolo de Brasilia y en su reglamento, generando la posibilidad de interpretaciones divergentes en perjuicio de la uniformidad pretendida. Si bien es cierto que la composición de los órganos, las etapas procesales y los plazos para emitir los laudos y presentar el recurso de revisión están dispuestos a lo largo del PO, esta normativa deja abierta la posibilidad de convenir otra cosa. Así por ejemplo el artículo 20.3 dispone que “Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para el funcionamiento del Tribunal establecido en este artículo”.

Cierto margen de libertad puede ser interesante, principalmente si permite que las partes lleguen a una solución más rápida del conflicto. Sin embargo, puede ser dañina si las partes utilizan esta facultad para alargar intencionalmente la solución del conflicto. De esta forma, creemos que un cierto margen de libertad es saludable, pero debe venir acompañado de un plazo máximo en el cual esta libertad pueda ser ejercida para evitar abusos. En este sentido, es recomendable que las disposiciones del PO que establecen esta apertura vinieran acompañadas de la definición de un plazo máximo. Así, por ejemplo, recomendamos que la redacción del artículo 20.3 sufriera la siguiente alteración:

Redacción original: Art.20.3 “(...) Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para el funcionamiento del Tribunal establecido en este artículo.”

Redacción sugerida: Art.20.3 “(...) Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir los criterios para el funcionamiento del Tribunal establecido en este artículo. Si se trata de extensión de plazo, este no podrá exceder el límite de 5 días adicionales a la propuesta original de la normativa”

Además el PO deja lagunas que deben ser llenadas a criterio de las partes, por ejemplo, en cuanto al contenido y trámite de solicitudes diversas y otros documentos presentados; procedimiento para el caso de que sea constatado un conflicto de intereses; falta grave y/o errores de los árbitros, cómputo y prórroga de plazos, audiencias, exposiciones orales, etc. En este sentido, creemos recomendable suprimir estas lagunas regulando un procedimiento claro y expedito para cada una de estas hipótesis.

III. SANCCIONES PARA LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTOS PROCESALES

Los incumplimientos procesales pueden provenir de cualquiera de las Partes: del demandante, por no presentar en tiempo y forma sus alegaciones o nombrar sus árbitros, o por incurrir en incumplimientos procesales injustificados (por ejemplo, no respetar los plazos establecidos para las actuaciones que le correspondan); en tanto que el demandado incurrirá en incumplimiento procesal si no presenta en tiempo y forma su respuesta o no nombra sus árbitros.

En el MERCOSUR la normativa prevé acertadamente penalidades para los casos de incumplimientos procesales. Los efectos que sobrevienen a los incumplimientos de las partes son: respecto al demandante, el Tribunal Arbitral “tendrá por desistida su pretensión” dándose por finalizado el conflicto sin más trámite. Cuando es el demandado quien ha incumplido, pierde su derecho de presentar el escrito de respuesta. Además, la normativa establece que si la parte demandada no concurriera a las audiencias fijadas o no diere cumplimiento a cualquier otro acto procesal a que estuviese obligada, los procedimientos continuarán con prescindencia de su participación, notificándosele a dicha parte todos los actos que correspondieren³⁸⁸.

A nuestro juicio, semejante disposición podría ser incluida en el TLCAN con vistas a inhibir los constantes retrasos generados maliciosamente por las partes. De esta forma, en el TLCAN, si las partes no componen el listado de árbitros (capítulo 20) o si no nombran sus árbitros (capítulo 19), deberían perder el derecho de hacerlo, el cual podría ser transferido a la Secretaría, conforme se ha dispuesto anteriormente. De igual forma el derecho de acción de las partes debería caducar si las mismas no lo ejercen dentro de los límites y plazos fijados en la ley. En este sentido, recomendamos la inclusión de un párrafo al artículo 1904 que especifique esta penalidad:

Redacción original: **Artículo 1904:** Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

14. Para poner en práctica este artículo, las Partes adoptarán reglas de procedimiento a más tardar el 1o. de enero de 1994 (...) Las reglas se formularán

³⁸⁸ Reglamento del Protocolo de Olivos (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 37/03), art. 28.

de modo que se expida el fallo definitivo dentro de los 315 días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un panel y concederán:

- (a) treinta días para la presentación de la reclamación;
- (b) treinta días para el señalamiento o certificación del expediente administrativo y su presentación ante el panel;
- (c) sesenta días para que la Parte reclamante presente su memorial;
- (d) sesenta días para que la Parte demandada presente su memorial;
- (e) quince días para presentar réplicas a los memoriales;
- (f) quince a treinta días para que el panel sesione y escuche las exposiciones orales; y
- (g) noventa días para que el panel emita su fallo por escrito.

Redacción sugerida: **Artículo 1904:** Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

14. (...)

Párrafo único: Quedan caducados los derechos que este artículo confiere a las partes si ellas no lo ejercen dentro de los límites y plazos arriba especificados. Los procedimientos continuarán con prescindencia de la participación de la parte remisa.

También existe el desafío de lograr que la agencia administrativa no utilice de mala-fe la estrategia del “ping-pong” de forma prolongada. Conforme se verifica por la lectura del artículo más abajo, la autoridad administrativa o investigadora debe devolver la revisión administrativa adecuada a las determinaciones del laudo arbitral dentro del plazo fijado por este. Sin embargo no se prevé ninguna sanción en caso de que no lo haga dentro de este plazo:

Redacción original: **Artículo 1904:** Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

8. El panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión. Cuando el panel devuelva una resolución definitiva, fijará el menor plazo razonablemente posible, para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución, tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza del fallo del panel. En ningún caso dicho plazo excederá el periodo máximo (a partir de la fecha de la presentación de la petición, queja o solicitud) señalado por la ley para que la autoridad investigadora competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución por la autoridad investigadora competente, esa revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida.

Redacción sugerida: **Artículo 1904:** Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

8. (...)

Párrafo único: En el caso de que la autoridad investigadora competente no devuelva la revisión administrativa para que el Panel pueda verificar su correcta adecuación al fallo emitido en el plazo fijado en este, el Panel expedirá una orden cautelar que deja sin efecto la medida antidumping o compensatoria objeto de la demanda por el plazo de la demora generada por la autoridad administrativa o por un plazo fijo a determinarse en el fallo. Esta orden deberá ser cumplida de forma inmediata y, en caso de incumplimiento, al país perjudicado se le concede el derecho de aplicar medidas de retorsión.

Claramente estos cambios normativos no son fáciles de ser implementados. Sin embargo, los países deben tener presente que la tendencia mundial sobre este punto es crear un marco legal uniforme para que tanto la autoridad encargada de la investigación administrativa, como las partes participantes, tengan que adherirse y ceñirse a los plazos y términos legales que la legislación estipula. De esta forma, la tendencia es restringir a las autoridades de manera que se evite el uso excesivo de sus atribuciones ("Excès du Pouvoir"). Así, por ejemplo, el artículo 5.10 del Código Antidumping de la OMC dispone lo siguiente: *"Salvo en circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido dentro de un año y, en todo caso, en un plazo de 18 meses, contados a partir de su iniciación.* Asimismo, la Ley sobre los Acuerdos de la Ronda de Uruguay (*Uruguay Round Agreements Act*) señala explícitamente que el tiempo límite para que una autoridad investigadora emita su determinación preliminar será de 245 días, y de 365 días para emitir la determinación final; permitiéndose ampliaciones especiales de dicho plazo de sólo hasta 545 días³⁸⁹.

Esta limitación al ejercicio de la discrecionalidad deberá permitir una mayor equidad procesal entre las partes participantes, a efecto de que tanto la autoridad investigadora como las empresas o individuos comparecientes, tengan las mismas obligaciones para cumplir cabalmente con los términos procesales señalados en la ley, y, de igual manera, las mismas responsabilidades o sanciones por infringir los términos legales. El ejercicio de las facultades discrecionales de la autoridad debe ceñirse y someterse a normas, principios y criterios objetivos que son tan inviolables como aquéllos que se encuentran

³⁸⁹ 19 U.S.C. Section 1675(a)(3)(A)

expresamente estipulados en una ley o reglamento. En otras palabras, es imperioso aplicar lo que en los países de regímenes legales civilistas (*civil law*) conocemos como el Principio de Legalidad. Es decir, la autoridad no puede ir más allá de lo que la letra de la ley le permite, debiendo constreñirse a no excederse en el uso de sus facultades o atribuciones.

Otro punto de gran importancia que los Gobiernos deben tener en cuenta se refiere al principio general de que la "Justicia tardada es denegación de justicia y se convierte en injusticia"³⁹⁰. De esta forma, es de suma importancia que las reglas de procedimiento de estos MSCs expliciten los plazos de cada etapa procesal y penalidades por el incumplimiento, especialmente considerando que los conflictos comerciales imprimen un costo económico y político demasiado alto que se agrava sustancialmente con el paso del tiempo.

IV. AUMENTO DEL ROL DE LAS SECRETARÍAS DEL TLCAN Y DEL MERCOSUR

En el TLCAN el artículo 9 de las "Reglas de Procedimiento del Artículo 1904- Revisión ante un panel binacional" limita el rol de la Secretaría del TLCAN a la asistencia meramente administrativa:

"Corresponde al Secretario responsable proporcionar asistencia administrativa a los paneles, así como encargarse de la organización de las audiencias y reuniones del panel, incluyendo, en su caso, la participación de intérpretes para efectos de traducción simultánea."

El artículo 2002 establece la responsabilidad del Secretariado de brindar apoyo administrativo a los paneles y proporcionar asistencia a la Comisión. De igual forma el artículo 1908 establece que el Secretariado debe brindar apoyo administrativo para facilitar el funcionamiento del capítulo 19, tales como el archivo de todos los documentos que las partes presenten (solicitudes, memoriales), la entrega de copia de los documentos públicos que se le soliciten, etc.

³⁹⁰ Dicho principio establece que el hecho de que una autoridad demore su respuesta a la petición de un particular, o bien, en la administración de justicia, ocasiona un grave perjuicio a los particulares y es equiparable a lo que sería la denegación misma de impartir justicia.

La Secretaría del Mercosur también posee un rol puramente administrativo (ej. centraliza las notificaciones y actuaciones administrativas necesarias al desarrollo del procedimiento; transmite las comunicaciones que provienen de las partes para el TA y de éste a las partes; arma el expediente con las actuaciones de la instancia arbitral, etc.)³⁹¹.

Por otro lado, en el OSD la Secretaría asume un rol más amplio de manera de ayudar efectivamente a la solución de las diferencias. Además de manejar los trámites puramente administrativos, la actuación de la Secretaría involucra aspectos de formación jurídica y de auxilio adicional a los países en desarrollo. Conforme dispone el artículo 27 del ESD la Secretaría tendrá la responsabilidad de prestar asistencia a los grupos especiales, particularmente en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento de los asuntos de que se trate, y de facilitar apoyo técnico y de secretaría. Las responsabilidades que puede asumir son:

- a) proponer a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del grupo especial (artículo 8.6);
- b) recibir las comunicaciones escritas de las partes y hacer el traslado al grupo especial y a las otras partes en la diferencia (artículo 12.6);
- c) prestar asistencia a los grupos especiales, particularmente en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento de los asuntos de que se trate;
- d) facilitar apoyo técnico (artículo 27.1);
- e) suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros. A tal efecto, la Secretaría pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo Miembro que lo solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC (artículo 27.2);
- f) organizar para los Miembros interesados, cursos especiales de formación sobre estos procedimientos y prácticas de solución de diferencias, a fin de que los expertos de los Miembros puedan estar mejor informados en esta materia (artículo 27.3).

Creemos que el Secretariado del TLCAN podría asumir un rol más activo para evitar los constantes retrasos que han ocurrido a lo largo del procedimiento. Este Tratado podría establecer que el Secretariado quedara encargado de elegir a los integrantes del listado de árbitros para actuar en el MSC del cap. 20 en caso de que las partes no lo hagan en un plazo legal.

³⁹¹ Artículo 18 del Reglamento del Protocolo de Olivos (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 37/03).

En el caso del MSC del cap.19, a la Secretaría se le podría encargar la administración del listado de árbitros. En este contexto, estaría encargado de realizar el sorteo de los árbitros para la composición del Panel en caso de demora de las partes. También se encargaría de tomar las providencias adecuadas cuando ocurre recusación o renuncia de alguno de los árbitros seleccionados para evitar dilaciones innecesarias³⁹².

Es importante mencionar que, aunque la eficacia del MSC no dependa necesariamente de la actuación de la Secretaría, la idea de conferirle un rol más activo busca agilizar la solución de ciertos desafíos que puedan eventualmente ocurrir a lo largo del procedimiento, como por ejemplo la demora en la elección de los árbitros (capítulo 19) o en la constitución del listado de árbitros de que trata el Capítulo 20. Además la Secretaría podría ofrecer cursos de capacitación sobre las reglas de procedimiento de su MSC y organizar grupos de trabajos que permitan discutir propuestas de mejoras en cuanto al funcionamiento de estos mecanismos.

V. CREACIÓN DE UNA INSTANCIA DE APELACIÓN

Importa inicialmente resaltar la diferencia entre recurso de apelación y de reconsideración. El primero es aquel que tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende, con arreglo al derecho, la resolución del inferior. En otras palabras, es un recurso procesal a través del cual se busca que un tribunal superior enmiende conforme al Derecho la resolución del inferior³⁹³. El recurso de reconsideración

³⁹² Al analizar los constantes retrasos del Capítulo 20 Canovas critica la omisión de la Secretaría en ofrecer mayor apoyo para las partes “These delays suggest the existence of significant procedural imperfections in the system particularly with regard to the apparent inability of the parties to agree promptly on panelists and the limited degree of secretarial support provided by the NAFTA governments” Canovas, 2003: 8.

³⁹³ El término apelación proviene del latín *appellare*, que significa pedir auxilio. Es el medio impugnativo ordinario a través del cual una de las partes o ambas (Apelante) solicita que un tribunal de segundo grado (*Ad quem*) examine una resolución dictada dentro del proceso (materia *judicandi*) por el juez que conoce de la primera instancia (*a quo*), con la finalidad de que el superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias (en estricto derecho), corrija sus defectos (errores in procedendo modificándola o revocándola. La definición del recurso de revisión o reconsideración varía según el ordenamiento jurídico analizado, Así por ejemplo, para el Derecho chileno el recurso de revisión es la acción declarativa que se

es aquel por el cual se busca la revisión de la decisión por el mismo tribunal que la emitió, en aquellas situaciones descritas en la ley.

De los MSC estudiados solamente el de la OMC y del MERCOSUR poseen un órgano de apelación. En la CAN, lo que existe es la posibilidad de interponer un recurso de revisión (al TJCA) y reconsideración (a la SG) a los órganos que emitieron la decisión que se busca revisar o reconsiderar (en este foro estos dos recursos ejercen la misma función). En el TLCAN existe el Comité de Impugnación Extraordinaria-CIE, el cual, a pesar de ser un órgano revisor, no ejerce las funciones de un órgano de apelación. El CIE solamente actúa en casos excepcionales que comprometen la integridad de la decisión por falta grave, imparcialidad, exceso o desviación de poder, etc.³⁹⁴. La limitada función del CIE ha sido criticada por Canadá y México, los cuales se ven perjudicados en su derecho de amplia defensa.

La apelación se considera una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Su falta, además de limitar el ejercicio del derecho a la amplia defensa y el contradictorio, también impide que se pueda mejorar la calidad y consistencia de la fundamentación jurídica de un fallo. En este sentido, es importante señalar que algunos autores han apuntado la debilidad de algunas decisiones y de la uniformidad de la jurisprudencia en el TLCAN.

ejerce para invalidar sentencias firmes o ejecutoriadas que han sido ganadas fraudulentamente o de manera injusta en casos expresamente señalados por la ley (encuentra regulado en los artículos 810 a 816 del Código de Procedimiento Civil, y en los artículos 473 a 480 del Código Procesal Penal). En el caso de la normativa internacional del TLCAN o de la CAN se utilizan los términos recurso de revisión y reconsideración, los cuales se encuentran regulados en las normas señaladas en este estudio. En estos casos se trata de recursos excepcionales que son dirigidos al mismo órgano emisor de la decisión de primera instancia en el caso de la CAN o del Comité de Impugnación Extraordinaria-CIE en el caso del TLCAN.

³⁹⁴ Para más detalles sobre la naturaleza de este órgano ver J. Jackson, Valihora y Gantz. Sintéticamente, estos autores disponen que: "An Extraordinary Challenge Committee (ECC) does not serve as an ordinary appellate court (...) The ECC should be perceived as a safety valve in those extraordinary circumstances where a challenge is warranted to maintain the integrity of the binational panel process" Jackson y otros, 1995: 495. Valihora dispone que "The call for more scrutiny at the Extraordinary Challenge Committee level appears to be a response to the unexpected lack of defence at the binational level". Valihora, 1998: 462. Por su parte, Gantz ha señalado que "Chapter 19 provides only very limited "extraordinary challenge committee" review" Gantz, 2000: 17.

Esto ha llevado a algunos autores a proponer la adopción del principio del “stare desisis” para remediar los eventuales problemas de inconsistencia de los laudos arbitrales³⁹⁵.

En la CAN, los recursos son analizados por el mismo órgano que emitió la decisión recurrida pues se trata de un recurso de revisión y no de apelación. En el caso de las demandas juzgadas por el TJCA la normativa andina dispone que “las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de la parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión”³⁹⁶. Además, el artículo 95 del Estatuto del Tribunal establece que únicamente las sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento son susceptibles de revisión.

En el caso de decisiones proferidas por la Secretaría General-SG, la normativa establece que los interesados podrán solicitar a este órgano la reconsideración de cualquier resolución que supuestamente esté viciada en sus requisitos de fondo o de forma, que sea proferida con desviación de poder y debido a la toma de conocimiento de hecho o prueba nuevos desconocidos o no disponibles en la época de la tramitación del caso³⁹⁷.

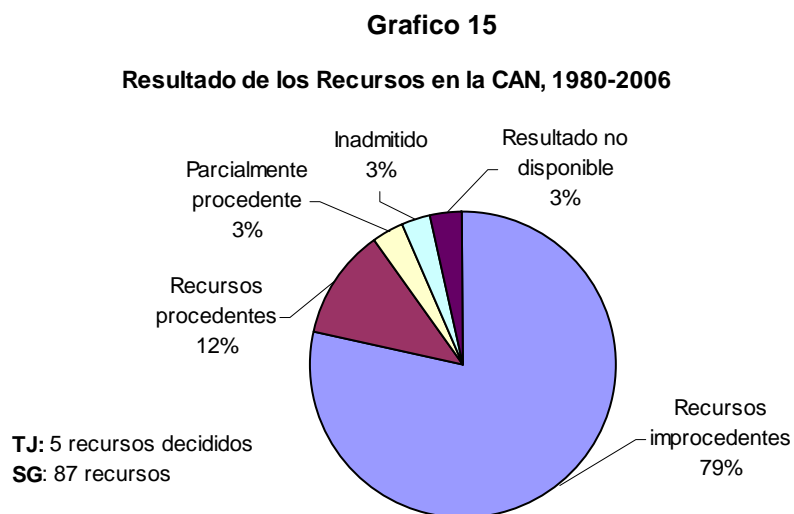
³⁹⁵ Sobre este aspecto interesa mencionar las palabras de Vega-Casanovas: “To further increase commercial certainty, the three countries should include the principle of stare decisis for determinations made by binational panels. Currently under the NAFTA, a panel cannot resort to determinations made by other panels as precedents. Consequently, inconsistencies may arise, without necessarily bringing about a “codified law.” The legal principle stare decisis would require panels to make use of precedents and to explain the reasons why, in a specific case, a precedent was not followed. The principle would prevent affirmative dumping determinations in those cases in which the authority knows that a similar determination was revoked”. Vega-Casanovas, 1997. A su turno Gantz ha dispuesto que “Many jurisprudential and legal conflicts are not resolvable otherwise because there is no broad appellate process in Chapter 19 and the initial decisions have provided no solid basis for a challenge under the extremely narrow criteria for Extraordinary Challenge Committee actions under any of the initial decisions” Gantz, 1998: 346.

³⁹⁶ “Artículo 29. Las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de una parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión.” Véase en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia andino.

³⁹⁷ “Artículo 37. Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales

También son casos de reconsideración aquellas situaciones que producen nulidad de la decisión (i.e. incompetencia, objeto imposible, etc.)³⁹⁸

El objetivo del derecho de apelación de una decisión es justamente garantizar una opinión de una fuente distinta respecto a un tema conflictivo, lo que no ocurre en el caso de la CAN. Debido a la excepcionalidad de las circunstancias que generan el derecho a interponer el recurso de revisión y de reconsideración es de esperar que solamente en casos extremos el órgano que emitió la decisión cambiaría de opinión. Conforme se verifica por el resultado de los recursos impetrados en la SG y en el TJCA, en prácticamente el 80% de los casos el órgano en cuestión mantuvo su posición previa (vea gráfico 15).



medidas estén vigentes.” (...) **Artículo 39.** Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.” Véase el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina

³⁹⁸ Además el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría establece en su artículo 34 que “la Secretaría General podrá revocar de oficio o a solicitud de una parte sus actos cuando no afecten derechos adquiridos por Países Miembros o particulares. Se consideran causales de revocatoria las contempladas en el artículo 12 y 13 del Reglamento.

En aquellos casos nuevamente examinados la alteración de postura del órgano se dio en gran parte de ellos frente a la SG cuando el apelante buscaba la revocación de dictámenes de incumplimiento por ya haber cumplido las determinaciones del mismo. Como ejemplo de esta situación sigue la conclusión de la SG sobre un recurso de reconsideración:

“(…)Declarar procedente el recurso de reconsideración interpuesto por la República de Bolivia contra la Resolución 319 que contiene el Dictamen 50-99 de Incumplimiento, y en su lugar determinar que la conducta calificada como incumplimiento ha sido subsanada al haberse informado a la Secretaría General la presencia del nematodo *Ditylenchus dipsaci* del ajo en dicho país, para su incorporación al Inventario Subregional de Plagas y Enfermedades de los Vegetales de importancia económica para el Área Andina, en la parte correspondiente a Bolivia, tal como se hizo mediante la Resolución 333 de la Secretaría General” (Resolución 351 de 7 de febrero de 2000)

La existencia de una segunda instancia contribuye al ejercicio de dos principios básicos del derecho procesal: la amplia defensa y el contradictorio. Por medio del recurso de apelación las partes poseen la garantía de que sus argumentos serán analizados una vez más por otro órgano independiente. Esto es importante no solo para que las partes tengan amplias oportunidades de defensa sino también para la propia calidad de las decisiones. Esto porque la segunda decisión fortalece los argumentos existentes en la primera instancia (cuando la decisión es confirmada) o agrega un punto de vista jurídico distinto (cuando la decisión es reformada), ambas hipótesis resultan enriquecedoras al debate jurídico. La posibilidad de revisión es esencial incluso para que se puedan detectar algunos errores que eventualmente puedan ocurrir en la primera decisión³⁹⁹.

La posibilidad de revisión por un órgano de apelación induce al órgano de primera instancia a emitir conclusiones coherentes, una vez que evita que los árbitros se

³⁹⁹ “The DSU seems to be the only dispute settlement system of a world-wide organization where appellate review was subsequently introduced so as to reduce the risks of erroneous first level dispute settlement decisions and enable the automatic adoption, without “political filtering” and possibilities of “blocking” by a losing party” Petermann, 1998b: 39.

aventuren por algún camino que no esté fuertemente basado en argumentos jurídicos⁴⁰⁰. Esto contribuye al fortalecimiento de la uniformidad jurisprudencial y credibilidad del mecanismo de solución de controversias⁴⁰¹.

En este sentido es importante señalar que el Órgano de Apelación (OA) del OSD ha cumplido un rol de extrema importancia para la coherencia de la normativa multilateral y el enriquecimiento del debate jurídico. Si uno analiza los informes del OA, es posible observar que la mayoría de ellos modifica algún punto o agrega algún fundamento jurídico distinto, aunque se confirme la conclusión principal del informe de primera instancia. La unanimidad de la doctrina reconoce la importante labor de esta instancia revisora. Cottier señala que este órgano refuerza la consistencia, la predecibilidad y seguridad jurídica del MSC⁴⁰². Petersmann afirma que "El hecho de que casi todos los informes del Órgano de Apelación revocaron algunas de las conclusiones de los informes finales que se examinan, pone de manifiesto la importancia de que los procedimientos de solución de controversias contaren con diferentes instancias al propiciar que haya una "competencia de argumentos" y fomentar el proceso dialéctico de aprendizaje sobre la base de "prueba y error".⁴⁰³

⁴⁰⁰ "A consequence of the review by a permanent coordinating body is to force panels to reach findings and conclusions consistent with those previously displayed. In this Light should not expect panels to enter into legal adventurism. In the second instant in logical extension of ensuring consistency of legal interpretation it is to be expected that the Appellate Body will also tend to follow its own previous findings. This entails an unprecedented potential for legal quality and coherence in dispute settlement." Bugge, 2005: 161.

⁴⁰¹ Bugge, 2005: 145.

⁴⁰² "It further reinforces the legal nature and qualities of continuity, consistency, predictability and legal security. Members of the Appellate Body are by law persons with a legal background and experience. They are elected for overlapping periods of four years and required to dedicate full priority and time to this assignment. In terms of methodology and approaches, the Body responds to the requirements of a judicial function. The reports so far produced leave no doubt that the approach taken to dispute settlement is of an essentially legal nature" Cottier, 1998: 338.

⁴⁰³ "The fact that almost all Appellate Body reports reversed some of the findings of the final reports under review, illustrates that quasi-judicial dispute settlement proceedings on different levels, leave flexibility for competing arguments and dialectic learning process based on "trial and error"; in the and this may better enhance rules-based" Petersmann, 1998: 196.

Conforme se ha verificado a lo largo de este estudio, la tendencia hacia una mayor judicialización ha sido una consecuencia de la demanda de los propios países que forman parte de los esquemas de integración. Uno de los principales avances en este sentido ha sido, sin duda, la creación de un tribunal de apelación en el OSD y en el Mercosur, conforme se puede verificar por la extensa doctrina citada⁴⁰⁴. Por los motivos expuestos creemos que sería ser de gran importancia la inclusión de una segunda instancia revisora en los MSCs de la CAN y del TLCAN.

VI. ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL PERMANENTE

Los diferentes procesos de negociación económica que se han desarrollado en América Latina se han caracterizado inicialmente por la ausencia de un tribunal de justicia establecido, que pudiera actuar tanto en la solución de controversias como en el control de legalidad de los actos de las instituciones y otras necesidades de orden jurisdiccional relativas a cada uno de estos ordenamientos jurídicos⁴⁰⁵. El profesor Orrego Vicuña explica que la ausencia de este órgano, en parte, se da porque en la mayoría de los casos se concibió el sistema de integración económica como un mecanismo relativamente simple de liberación comercial, con excepción de la CAN. Además, la concepción original de estos procesos fue hecha por economistas que procuraban la implantación de un esquema económico que muchas veces podría chocar con las normas legales vigentes en los países miembros. Tendrían temor de que el hecho de asociar al proceso a juristas nacionales, los cuales no estaban familiarizados con el derecho internacional y temas de integración, podría transformarse en un factor de parálisis para la aplicación del sistema de integración pretendido, sobre todo debido al riesgo de interpretaciones restrictivas de la normativa en cuestión.

⁴⁰⁴ En este contexto, es importante citar las palabras de Petersmann: "In both regional organization and worldwide organizations (like to WTO), there is also growing recourse to appellate review so as to strengthen dispute settlement procedure and the effective application of the law" Petersmann, 1998b: 33.

⁴⁰⁵ Orrego Vicuña, 1974: 40-43.

Frente a los riesgos que se presentaban los países miembros del Mercosur y del TLCAN optaron por adoptar un sistema más “flexible” y “menos permanente” que el sistema arbitral elegido, de forma de no comprometer, desde el inicio, la obligatoriedad de someterse a un tribunal permanente. Sin embargo, como señala Dalla Via, tal solución es imperfecta pues parece menos seguro, desde el punto de vista jurídico (si bien más flexible), el sometimiento de la controversia solamente a un procedimiento que prevé árbitros variables⁴⁰⁶.

Nosotros no defendemos la creación de un tribunal permanente solo porque creemos que esta característica garantiza la imparcialidad del tribunal, sino además porque creemos que ella es importante para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y fortalecer la credibilidad de los compromisos asumidos por los Estados. Abrimos este paréntesis considerando la opinión de ciertos autores que condicionan la independencia e imparcialidad a la existencia de un Tribunal permanente⁴⁰⁷. Pese a que los tribunales arbitrales del MERCOSUR y NAFTA sean *ad hoc* y sus árbitros elegidos por las partes entre sus nacionales, en el primer MSC no hubo hasta el momento acusación formal de parcialidad de los árbitros y en el segundo hubo solamente un caso memorable de conflicto de intereses en más de 19 años de funcionamiento (contándose desde el TLC US-CAN), cuya alegación fue juzgada improcedente conforme hemos visto en el capítulo anterior⁴⁰⁸. De esta forma, la práctica ha comprobado que tribunales ad hoc pueden ser y de hecho han sido independientes e imparciales.

⁴⁰⁶ Dalla Via, 1993: 233 y 234.

⁴⁰⁷ Para Posner los tribunales **independientes** poseen un carácter permanente, los miembros son elegidos por medio de un proceso imparcial y sus reglas de funcionamiento son formales e independientes. Por otro lado, los tribunales **dependientes** son aquellos cuyo miembros son elegidos por las partes, son creados para solucionar una controversia en específico, existen debido al consenso de los Estados partes y tienen el plazo de duración limitado a la existencia de la controversia sometida a su apreciación (tribunales *ad hoc*). Véase en Posner, 2005: 8. Posner incluso defiende que los “*ad hoc tribunals staffed by judges closely controlled by governments through the power of reappointment or threats of retaliation*” Posner, 2005: 1

⁴⁰⁸ Véase decisión ECC-94-1904-01

Nosotros creemos que es importante la creación de un tribunal permanente de segunda instancia para el buen funcionamiento de los MSC y del proceso de integración, pero no es indispensable para que se tenga un mecanismo imparcial. De esta forma abogamos por la creación de un tribunal de apelación permanente en el TLCAN y por la modificación de aquel existente en el MERCOSUR (TPR), de modo de conferirle un carácter permanente. La ventaja de tener un tribunal permanente, como el Tribunal de Justicia Andino o el Órgano de Apelación del OSD, reside en el hecho de que esta característica permite a este órgano ejercer una función más amplia que la de un tribunal temporal. Esto porque además de asumir el rol de órgano responsable por la solución de controversias, también podrá asumir el control de la legalidad de las decisiones de los órganos de los mecanismos de integración y garantizar la interpretación uniforme del derecho comunitario⁴⁰⁹.

Un tribunal permanente también puede desarrollar de una forma más eficiente otras competencias de orden jurisdiccional o consultivas relativas a los correspondientes ordenamientos jurídicos, rol de gran importancia cuando se tienen bloques de integración compuestos por países que adoptan distintos sistemas jurídicos ('common law' y 'civil law'). Sigue a continuación un análisis detallado de los aspectos que demuestran la importancia de tener un tribunal permanente y algunas consideraciones sobre las críticas a esta característica:

1. CONTRIBUCIÓN PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA CREDIBILIDAD DE LAS NORMAS Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS

La delegación del monitoreo de los compromisos asumidos a un órgano permanente ayuda a garantizar la credibilidad y estabilidad del proceso de integración y de las obligaciones asumidas⁴¹⁰. La existencia de un mecanismo jurisdiccional contribuye a que

⁴⁰⁹ Como ha señalado Toledo, una integración que incluya no solamente aspectos económicos sino también sociales, culturales y políticos requiere para consolidarse de un tribunal permanente que se erija como guardián de la legalidad del acuerdo político que da nacimiento a dicha comunidad de derecho Toledo, 2005

⁴¹⁰ "When states delegate authority to an international tribunal, the commitments they entrust to it will be viewed as more credible than commitments not subject to judicial scrutiny." Helfer, 2006: 259.

los países hagan un esfuerzo para mantener los compromisos asumidos a lo largo del tiempo, aunque esto signifique alguna pérdida económica a corto plazo⁴¹¹. Si bien es cierto que los tribunales *ad hoc* también fortalecen la credibilidad de los compromisos asumidos por los Estados, éstos, por su propia forma precaria de funcionamiento, no ejercen el mismo poder de intimidación que ejercería un tribunal permanente.⁴¹² Un tribunal permanente proporciona un constante recordatorio a los estados de la disponibilidad de acudir a un mecanismo jurídico permanente⁴¹³ y tiene mayor capacidad de influir en el proceso político mediante el suministro de una herramienta de coordinación para organizar coaliciones políticas dentro y entre estados⁴¹⁴.

La existencia de un tribunal permanente dotado de un eficaz mecanismo de cumplimiento de los fallos sin duda representa el más fuerte instrumento de persuasión para el correcto cumplimiento de cualquier normativa. Esta persuasión ocurre por dos factores: 1) el temor por parte del Gobierno de perder un fallo y verse obligado al pago de una penalidad o de sufrir retorsión comercial; 2) el negativo impacto causado por un fallo contrario en la credibilidad de un Estado, especialmente en cuanto a su seriedad frente a los compromisos internacionales que asume⁴¹⁵.

⁴¹¹ "Delegation to independent tribunals enables states to enhance the credibility of their international law commitments (...)" "independent tribunals increase the likelihood that states will comply with their obligations in situations where compliance generates short term political losses but long term political gains". El mismo autor señala que "states view international agreements superintended by tribunals (especially supranational tribunals) as more credible than agreements that do not provide for judicial review" Helfer, 2006: 256, 257 y 260.

⁴¹² En este sentido interesa mencionar las palabras de Helfer: "This claim should not be read to suggest, however, that dependent tribunals are incapable of bolstering the credibility of state commitments. To the contrary, even dependent decision makers- such as ad hoc arbitral bodies- provide a measure of credibility enhancement as compared to purely political modes of negotiation and dispute settlement. But dependent tribunals and decision-makers provide fewer assurances of such enhancement than do independent judicial bodies, which are less directly accountable to the parties to a particular dispute and more committed to the tribunal as an institution, to the treaty that created it, and to the long-term development of a coherent body of legal rules" Helfer, 2006: 258.

⁴¹³ Merrills, 2005: 181.

⁴¹⁴ Alter, 2008: 17.

⁴¹⁵ "Being identified as having violated international law is costly for a state because it leads to a loss of reputation in the eyes of both its counterparty and other states." Guzman, 2002: 304 y 305. También Helfer expone que "By increasing the probability of both material sanctions and reputational harm, international

2. CONTRIBUCIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA NORMATIVA Y DE UN CUERPO JURISPRUDENCIAL COHERENTE

Uno de los pilares fundamentales para el normal desarrollo y aplicación de las normas de un bloque de integración es la necesidad de la interpretación armónica tanto de sus disposiciones originarias, como de las derivadas. Esto se logra más fácilmente con la presencia de un órgano decisorio permanente al cual se le otorgue la facultad de interpretar el derecho comunitario con carácter obligatorio para todos los Estados partes⁴¹⁶. La interpretación y aplicación uniforme de la normativa de integración es una fuente importante para la construcción de una sólida jurisprudencia. Esta uniformidad y seguridad jurídica es más fácil de obtener a través de la labor continua de un órgano estable, permanente e independiente. Esto ocurre porque un órgano decisorio formado por un grupo permanente de expertos es proclive a decidir el caso con miras a lograr coherencia y sistematización en la aplicación del derecho.

El punto central en juego reside en el hecho de que la estabilidad de un ordenamiento jurídico está condicionada en parte a la uniformidad de su interpretación, lo que es difícil cuando existe una alta rotación de árbitros, hecho que puede llevar a interpretaciones jurídicas y decisiones contradictorias⁴¹⁷. Frente a dos o más controversias de naturaleza similar, planteadas en oportunidades diversas y frente a árbitros con diferentes experiencias (unos provenientes de la cultura del “common law” y otros del “civil law”, como ocurre en el TLCAN), cada Tribunal Arbitral *ad hoc* puede llegar a conclusiones diversas⁴¹⁸. Importa señalar que el problema no reside en la diversidad de las

tribunals raise the cost of violation, thereby increasing compliance and enhancing the value of the agreement for all parties” Helfer, 2006: 259.

⁴¹⁶ Otermin, 1995: 47.

⁴¹⁷ Al comentar sobre la consecuencia de existir tribunales *ad hoc*, Cardenas señala que “an award obtained on that basis is probable limited to the particular case under discussion, since different panels when confronted with similar issues may very well reach different conclusions” Cardenas J., 2000: 283.

⁴¹⁸ En este sentido véase Casellas, 1999: 59. Interesa también citar las palabras de Mingarro: “The *ad hoc* arbitral system requires the appointment of different arbitrators in each case and it is the main objection raised by critics of the system, since it hinders the development of a consistent jurisprudence” Marti Mingarro, 1991: 17.

orientaciones jurídicas que conducen a decisiones distintas, sino en la falta de coherencia entre los razonamientos utilizados en estas decisiones.

En este sentido, una de las fortalezas del OA es justamente que su labor de revisión sea hecha por un grupo de personas que por actuar de forma permanente, poseen sólida experiencia en la normativa multilateral adquirida por la intervención en varios casos y que por esto son más propensos a tener en consideración razonamientos ya utilizados en casos anteriores⁴¹⁹.

La segunda ventaja de la existencia de un órgano permanente reside en el hecho de que la construcción de una interpretación normativa uniforme confiere cierta predecibilidad en cuanto a la forma en que los vacíos legales serán llenados y las contradicciones normativas solucionadas⁴²⁰. Otro punto positivo reside en que la solidez jurisprudencial facilita el cumplimiento de los fallos ya que los países ya poseen ejemplos de las consecuencias provenientes de los casos anteriores⁴²¹. Esto además influencia a los gobiernos a que lleguen a un acuerdo sobre sus conflictos⁴²². La actuación de un tribunal permanente produce indirectamente un efecto disciplinatorio en un contexto de países con tradición de inestabilidad, como América Latina, donde los sectores que no se adaptan al proceso de transformación productiva tratan de presionar sobre los gobiernos

⁴¹⁹ La consistencia que un tribunal permanente trae al ordenamiento jurídico ha sido punteada por Gantz: "The principal advantage of the Appellate Body may not be that it provides a second review or a higher level of consistency, but that its relatively small number of members, serving for relatively long periods on multiple cases have developed a level of expertise and consistency in dealing with WTO matters". Gantz, 2000: 17.

⁴²⁰ Este rol de los tribunales permanentes ha sido señalado por Ziller: "If the trade agreement contains too many obscure or contradicting clauses, the jurisprudence of the relevant bodies gives the necessary guidance to specialists to make the entire agreement's consequences more predictable". Ziller, 2006: 65.

⁴²¹ En este sentido importa señalar las palabras de Merrills: "Permanent courts, with their ability to develop a consistent jurisprudence, may be expected to contribute more to legal process than occasional arbitrations". Merrills, 2005: 181.

⁴²² El profesor Jackson dispone que "The jurisprudence contributes to predictability which assists the government in reaching an agreement about their case, consistent with the rules themselves. Another optimistic indication is the general spirit of compliance with the result of the dispute settlement procedures". Jackson, 2000: 179.

para que adopten medidas proteccionistas, debilitando así los compromisos asumidos entre los socios de la integración regional⁴²³.

Por último, cabe mencionar que la responsabilidad institucional se obtiene más fácilmente cuando los miembros que actúan en nombre de esta institución forman parte de su cuadro regular de funcionarios. La existencia de un vínculo institucional permanente fortalece elementos objetivos como la rendición de cuentas de los árbitros, o subjetivos como el sentimiento de “pertenencia a un mismo equipo” y, por ende, del compromiso de verificar la coherencia de su postura con la de los demás o del compromiso de justificar una posición contraria. En otras palabras, árbitros permanentes se sienten más predispuestos a mantener la coherencia con la posición adoptada en las decisiones anteriores o, habiendo decidido lo contrario, se sienten más comprometidos a justificar su visión distinta de la expresada en casos semejantes decididos por otros miembros de este tribunal.

Las desventajas de los Tribunales *ad hoc*, especialmente su dificultad de desarrollar una jurisprudencia uniforme, ha sido uno de los temas más criticados por la doctrina. Varios autores han criticado la precariedad de las dos instancias del MSC del MERCOSUR. Incluso los propios miembros del Mercosur han expresado su temor en cuanto a la uniformidad de la normativa de integración toda vez que la misma viene siendo interpretada por distintos grupos de árbitros⁴²⁴. No queda duda de que la creación del TPR ha representado un gran avance hacia la uniformidad de la jurisprudencia, pero en esencia este tribunal continúa siendo ‘ad-hoc’ como ha sido analizado en el capítulo anterior⁴²⁵.

⁴²³ Casellas, 1999: 60.

⁴²⁴ Vinuesa pone de relieve la preocupación con la uniformidad de la normativa mercosureña: “In commenting upon arbitration activities, government officials involved in Mercosur issues constantly manifested their concern about the uniformity of Mercosur law as applied by different ad hoc tribunals. In that context, Member States’ main preoccupations were related to the harmonization of Mercosur law rather than real compliance or enforcement of arbitral awards” Vinuesa, 2005:8.

⁴²⁵ En este sentido interesa citar las palabras de Garcia, “this is undoubtedly a very important step in the MERCOSUR dispute resolution process, which seeks to create a jurisdictional body that provides for uniformity of jurisprudence, making the regimen foreseeable and certain”. Más adelante complementa que no

Existe un amplio cuerpo doctrinario en contra del carácter *ad hoc* de los órganos decisorios del Mercosur. Casellas sostiene que la interpretación armónica del derecho constituye una de las bases fundamentales de todo proceso de integración. Ello se alcanza sólo con la presencia de un órgano jurisdiccional permanente con facultades de interpretación e interpretaciones obligatorias para los Estados Partes⁴²⁶. Otermin señala que la falta de un tribunal permanente dificulta que se elabore y mantenga una jurisprudencia constante y uniforme en el Mercosur⁴²⁷. Cardenas y Tempesta disponen que una de las debilidades del MSC del Mercosur es el carácter provisional de los tribunales *ad hoc*, lo que puede llevar a decisiones contradictorias⁴²⁸. Bouzas y Soltz afirman que el carácter *ad-hoc* de este mecanismo ha conspirado contra el desarrollo de un cuerpo de interpretación uniforme⁴²⁹.

También la forma de funcionamiento de los paneles *ad hoc* del GATT fueron criticadas durante años. Autores como Floy y Bugge han afirmado que los paneles del GATT eran constituidos para actuar en cada caso que se presentaba y sin un compromiso con la continuidad⁴³⁰. Actualmente, en el OSD el Órgano de Apelación-OA es el que asume la labor de la consistencia jurisprudencial ya que los Grupos Especiales son constituidos *ad hoc*.

obstante el avance que significa, el TPR “in essence, the tribunal continues to be *ad-hoc*, since its composition can vary from one controversy to the other” Garcia, 2002, 17.

⁴²⁶ Casellas, 1999: 59.

⁴²⁷ Otermin, 1995: 48.

⁴²⁸ Estos autores concluyen que: “This why the creation of a Mercosur Judicial Court along the lines of and with similar characteristics of the European Community Court has been proposed again and again. Such a Court could generate the climate of minimum certainty, rule of law, and legal stability” Cardenas y Tempesta, 2001

⁴²⁹ En este sentido Bouzas puntea que: “A second problem has been that the *ad-hoc* character of the tribunals conspires against the development of a “body of common interpretation”. Although there is nothing like “jurisprudence” in the legal arsenal of MERCOSUR, permanent tribunals (as opposed to *ad hoc* ones) are more likely to develop commitment with their previous determinations” Bouzas y Soltz, 2001: 12.

⁴³⁰ En este sentido Flory señala que estos paneles eran compuestos para actuar en cada demanda que se presentaba “*sin continuité systematique entre les rapports des panels portant sur des problèmes identiques*” Flory, 1986: 343. De su parte Bugge dispone que “(...) dispute settlement under GATT was characterized by *ad hoc* panels working on a case-by-case basis and without systematic continuity” Bugge, 2005: 145.

En nuestra visión no se hace necesario que las dos instancias sean compuestas por órganos permanentes, esto sería innecesario ya que la existencia de un órgano permanente en última instancia contribuye para que el órgano inferior busque la coherencia en sus interpretaciones, ya que sus decisiones serán sometidas posteriormente al órgano permanente. También creemos que el carácter permanente no necesariamente debe venir asociado con la característica de la supranacionalidad, como ya hemos visto en el capítulo anterior, aunque una parte considerable de la doctrina defiende lo contrario⁴³¹. En este sentido, lo que defendemos es que el TPR del Mercosur adquiriera un carácter permanente y, eventualmente, se cree un tribunal de apelación en el TLCAN, que tenga esta característica.

3. IMPEDIMENTO DEL USO DEL RECURSO DILATORIO EN LA SELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

En el TLCAN, en caso de que no exista la menor posibilidad de creación de un tribunal de apelación permanente conforme defendemos, los países podrían, a lo menos, conferir este carácter a los paneles Binacionales y, de esta forma, evitar los retrasos en la selección de los árbitros⁴³². Esto sería posible por los siguientes motivos: i) no sería necesario la elección del grupo de árbitros para cada demanda que se presentara pues este grupo ya existiría de forma permanente; ii) los árbitros estarían localizados en una única ciudad, lo que agilizaría su reunión; iii) el ofrecimiento de una posición “full time” con un salario permanente atraería más profesionales calificados y evitaría los retrasos en la designación de aquellos que son nombrados y posteriormente rechazados por la presencia de conflictos de intereses. Esta situación ha ocurrido con cierta frecuencia en el TLCAN, conforme fue mostrado en las demandas analizadas en el capítulo anterior. Esta

⁴³¹ “La naturaleza de estos ordenamientos jurídicos sub-regionales de tipo comunitario puede llevar al surgimiento de conflictos entre los ‘órganos y los Estados miembros o entre estos últimos, al mismo tiempo que necesita de un mecanismo que permita asegurar la aplicación de las normas y su interpretación uniforme para toda la sub-región. Un mecanismo de este tipo solo puede estar constituido por un órgano judicial permanente supranacional como se ha creado en las Comunidades Europeas y en el Acuerdo de Cartagena” Copello, 1995: 175.

⁴³² Conforme ha señalado Mercurio al comentar las ventajas de árbitros permanentes: “The proposals supporting permanent panelists further argue that a full-time judiciary would eliminate disputes and time delays. They will also ensure the availability of qualified panelists, reduce the likelihood of panelists having a conflict of interest, result in more consistent decisions, be insulated from bias and generally enhance the security and predictability of the modern world trading system” Mercurio, 2004: 811.

opción, en nuestra visión, es preferible incluso a aquella mencionada anteriormente de alteración de la normativa para introducir sanciones en el caso de retraso injustificado en el nombramiento de árbitros (cap.19) y en la composición del listado de árbitros (cap.20). De esta forma, existen dos alternativas que podrían ser exploradas por los países de América del Norte.

4. RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CREACIÓN DE TRIBUNALES PERMANENTES

Es importante tener en consideración que existe una corriente minoritaria en la doctrina que manifiesta una visión contraria a la constitución de un tribunal permanente. El primer argumento en este sentido es que el compromiso de dedicarse enteramente a este labor quitaría la experiencia del panelista proveniente de la diversidad de sus actividades (ya sea como panelista, como abogado, como miembro de organizaciones, etc).⁴³³ Discrepamos de esta opinión primero porque la actuación como panelista de un tribunal permanente no es vitalicia, de forma que aquellos elegidos son profesionales que ya cuentan con una amplia y sólida experiencia, ya sea en el sector privado o público. Segundo, porque nos parece demasiado forzado considerar que la dedicación a una única labor compromete el conocimiento técnico requerido para emitir una decisión de buena calidad. Si esto ocurriera, deberíamos pensar en la reformulación del sistema jurídico nacional de todos los países una vez que son formados por Cortes jurídicas permanentes.

Otro argumento utilizado por ciertos autores dice relación con la reducción de los costos de monitoreo del adecuado cumplimiento de los compromisos internacionales cuando se tiene tribunales *ad hoc*. Expresamos ciertas dudas en relación con este argumento. Si bien es cierto que la existencia de un tribunal permanente exige una infraestructura permanente que genera costos permanentes para su mantenimiento y funcionamiento, por otro lado, un tribunal permanente también puede reducir los costos de logística ya que

⁴³³ Según la opinión de Horlick "fulltime panellists take away experience from the Members". Andenas, 2005: 121.

todos los miembros se localizan en la misma ciudad, lo que reduce los costos de desplazamiento. Además, los trámites son realizados en una única base sin la necesidad del envío de documentos a distintas localidades ⁴³⁴. Estos costos de desplazamiento/logística se tornan más evidentes tratándose de un MSC muy activo, es decir, donde existe una cierta regularidad de su actuación y con esto la constante necesidad de desplazar los árbitros. Este es el caso del Mercosur y del TLCAN.

VII. PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES

Conforme hemos señalado en el capítulo V, no defendemos la participación directa de los particulares en el Mercosur, sino la mejora de las reglas procesales que permitan un funcionamiento eficaz del sistema de participación indirecta. Esto implica conferir un tratamiento equitativo a las partes interesadas. El artículo 44 del Protocolo de Olivos establece que:

- “1. El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común.
- i) Si en **dictamen unánime** se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo VI del presente Protocolo.
 - ii) Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo **por unanimidad**, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del presente Capítulo.
 - iii) En caso que el grupo de expertos no alcance **la unanimidad** para emitir el dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato por concluido el reclamo en el ámbito del presente Capítulo.” (destacado nuestros)

Para mejorar la participación de los privados en el MERCOSUR creemos que la regla que exige unanimidad en la decisión del grupo de expertos debería ser excluida y de esta forma garantizar el mismo tratamiento que es dado a los Estados. En relación a estos, el

⁴³⁴ Como explica Gantz un tribunal “with the judges all located in a single city, communications and distribution of pleadings would be far easier” Gantz, 2000: 28.

Protocolo de Olivos no requiere unanimidad, conforme se puede observar en la normativa correspondiente:

Artículo 7.1: Si la controversia fuese sometida al Grupo Mercado Común por los Estados partes en la controversia, éste formulará recomendaciones que, de ser posible, serán expresas y detalladas tendientes a la solución del diferendo.

Importa señalar que no se trata de garantizar legitimidad activa a los particulares sino de tornar eficaz el mecanismo de acceso indirecto de los privados al MSCs del MERCOSUR. Esto porque, conforme analizamos en el capítulo V, creemos que el acceso directo de los particulares generaría varias implicaciones que acabarían por debilitar el bloque de integración y la disposición de los países de firmar compromisos comerciales detallados y profundos.

VIII. EXISTENCIA DE UN MECANISMO EFECTIVO DE CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS

La efectividad del cumplimiento del fallo es un tema central de cualquier MSCs. Esto porque de nada sirve el logro de una decisión favorable si esta no es exigible. De nada sirve la mejora del procedimiento jurídico si el resultado concreto no es alcanzado. En este contexto es importante recordar que uno de los aspectos que contribuyó para la pérdida de credibilidad del GATT fue justamente la falta de posibilidad de obligar a la parte perdedora a cumplir el fallo ya que la regla del consenso positivo la protegía, conforme hemos visto anteriormente. Por el contrario, en el OSD la adopción casi automática de los informes y la posibilidad de aplicar retorsiones en caso de incumplimiento han reforzado la credibilidad del MSC multilateral, lo que puede ser comprobado por el número significativo de casos llevados a su juzgamiento y los logros alcanzados, conforme hemos mostrado anteriormente.

Un eficaz sistema de adjudicación de los fallos basado en el imperio de la ley y no en el poder político de las partes es fundamental en un contexto donde existen grandes

asimetrías de poder político-económico entre los países. Conforme señala Waincymer, un sistema de adjudicación basado en principios y reglas de derecho legitima la pretensión de la parte ganadora y aumenta las perspectivas de obtener el cumplimiento de la decisión⁴³⁵. Sin embargo, no se puede olvidar que incluso el mecanismo más judicial de todos los estudiados en este trabajo, el OSD, no ha encontrado todavía una fórmula perfecta para que su sistema de adjudicación logre neutralizar los problemas propios de esta asimetría de poder, hecho que se traduce en la falta de capacidad de retorsión.

1. MAYOR AGILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA RETORSIÓN

El problema de la falta de capacidad de retorsión ya era un tema debatido en la época del GATT. Conforme señalan algunos autores, el procedimiento del artículo XXIII solo funcionaba de un modo relativamente eficaz en el caso de diferencias entre partes con un similar nivel de desarrollo económico, esto es, una equivalente capacidad de retorsión. Actualmente, el problema persiste y afecta principalmente a los países más pobres, cuya motivación para participar en el OSD se ve afectada debido a la falta de capacidad de retorsión⁴³⁶. Esto ocurre por varias razones, tales como: i) las economías muy pequeñas difícilmente podrán causar suficiente “presión” con la aplicación de medidas de retorsión para forzar el cumplimiento de la decisión; ii) la imposición de medidas de retorsión muchas veces acaba perjudicando a los propios países en desarrollo ganadores de la demanda; iii) las economías ricas poseen otros mecanismos para neutralizar los efectos negativos de las medidas de retorsión aplicadas en contra de sus productos. Esto porque los países desarrollados se encuentran más “fortalecidos” para someterse a medidas de retorsión teniendo en cuenta su situación económica privilegiada para hacer frente a posibles pérdidas, además el dinamismo de sus economías acaba por diluir los impactos negativos causados en un sector.

⁴³⁵ “Binding adjudication can help to dispose of such a dispute. Independent adjudication is also impartial and principled, based on the rule of law rather than respective power levels. Being authoritative and based on fair procedures, it should legitimate the prevailing party’s claims and enhance compliance. It helps develop international principles of law and respect for international relations and organizations” Waincymer, 2002: 67.

⁴³⁶ “The feeling among the LDCs is that since they do not have the economic power to force developed countries into conforming to the DSB rulings, they alone continue to suffer for as long as the developed country retains its illegal measures” Mercurio, 2004: 822.

Varios autores señalan que existe una tendencia institucional desfavorable para los países pobres y más pequeños (fenómeno llamado en inglés “*institutional bias*”) por la falta de capacidad de retorsión, ya sea por no representar un socio comercial importante o por la dificultad de aplicar retorsión en contra de países de los cuales dependen financieramente⁴³⁷. Así, por ejemplo, en el caso de los Bananos, Ecuador fue autorizado a aplicar esta medida contra la CE, pero se ha resistido teniendo en cuenta la importancia del mercado europeo para sus exportaciones en general (vea cuadro abajo). Por otro lado, los Estados Unidos lo hicieron aplicando una retorsión de US\$ 115 millones, la que fue suspendida por acuerdo entre las partes.

Los países en desarrollo y menos desarrollados (PED), principalmente los que poseen pequeños mercados consumidores, encuentran dificultades para causar un impacto con la aplicación de retorsión ya que la demanda interna puede no ser significativa. En otras palabras, la barrera creada por un mercado consumidor poco significativo no genera impacto en el país exportador⁴³⁸. Además, no es interesante, desde el punto de vista diplomático, desestabilizar las relaciones comerciales con un país desarrollado por medio de la práctica de retorsión, considerando que en general ellos representan importantes mercados consumidores de productos provenientes de los PED, como los productos agropecuarios y textiles y, en muchos casos, son los socios comerciales directos en los tratados de libre comercio. La retorsión también puede perjudicar a los propios países en desarrollo ganadores de la demanda en el ámbito interno considerando que la elevación de la tasa de importación genera el aumento del precio del producto en el mercado nacional.

Otro problema reside en el significativo monto de dinero involucrado en las relaciones comerciales. Considerando que el valor de la retorsión es proporcional al valor de la

⁴³⁷ Chad, 2005; Horn, Mavroidis and Nordström, 1999

⁴³⁸ Vea Pauwelyn, 2005: 36. Horlick señala semejante desafío: “Economically, smaller countries calculate that if they raise tariffs against the imports from a developed country, it will raise costs in the developing country (and imports tend to be either necessities such as food or medicine or fuel or inputs for local manufacturers. By contrast, a larger economy is less dependent on imports of any particular item and often produces a much wider range of the inputs”. Horlick, 2000: 127.

pérdida causada, un valor extremadamente alto puede llegar a impedir la aplicación de esta solución para muchos países cuyos intercambios comerciales con el país a ser penalizado no alcanzan este valor. Esto ocurre en las controversias CE-Hormonas (WT/DS26, WT/DS48, WT/DS320, WT/DS321); EE.UU.- Antidumping 1916 (WT/DS136); EE.UU.-FSC (WT/DS108); Brasil- Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves (WT/DS46). Como ha señalado Pauwelyn, en este último caso, el valor de la retorsión representa 3 a 6 veces más que el valor total de las importaciones de un país al otro.⁴³⁹ Por todos los motivos expuestos, conforme se demuestra en el cuadro más abajo, las retorsiones aplicadas en el OSD hasta el momento provinieron de los países desarrollados, especialmente de los EE.UU., CE, Canadá y Japón. Ecuador y Brasil fueron autorizados a aplicarla pero todavía se han resistido a tomar una decisión en este sentido.

Cuadro 32. Retorsiones aplicadas en el OSD

Retorsión autorizada	Países autorizados a aplicar retorsión	País afectado	Valor retorsión (US\$)	Situación actual
EUA-Juezos de azar y apuestas	Antigua y Barbuda	EUA	21 millones	Los arbitros fijaron el nivel de retorsión para Antigua en US\$ 21 millones
CE-Bananos	EUA	CE	115 millones	Retorsión suspendida (acuerdo entre las partes)
CE-Bananos	Ecuador	CE	0	
CE-Hormonas	EUA	CE	130 millones	CE demandó EUA (DS320) para cuestionar el mantenimiento de la retorsión
CE-Hormonas	Canada	CE	20 millones	CE demandó Canada (DS321) para cuestionar el mantenimiento de la retorsión
EUA-FSC	CE	EUA	4 mil millones	Retorsión suspendida (El Congreso americano revocó la ley cuestionada)
EUA-Enmienda Byrd	Australia, Brasil, Chile, CE, Corea, India, Indonesia, Japón, Tailandia	EUA	CE: 28 millones Canada: 11 millones Japón: 52 millones Mexico: n/d	CE: retorsión aplicada Canada: rretorsión suspendida* Japon:retorsión aplicada Mexico: retorsión suspendida*
Brasil-Aeronaves	Canada	Brasil	0	Las partes continuan en negociación
Canada- Aeronaves	Brasil	Canada	0	Las partes continuan en negociación

* Retorsión suspendida debido a limitaciones provenientes del TLCAN
Fuente: elaboración propia

Pese a las debilidades apuntadas, una de las fortalezas del OSD en comparación al antiguo régimen del GATT es justamente la posibilidad de aplicar una sanción de carácter

⁴³⁹ Pauwelyn, 2005: 186.

económico (aunque su utilización sea desequilibrada), lo que contribuye a que el índice de cumplimiento de las decisiones del OSD sea significativo y que el número de demandas iniciadas en este mecanismo sea alto, aunque factores externos ejerzan un rol decisivo en estos números.

Además, hay situaciones excepcionales en las que la falta de capacidad de retorsión no ha impedido que la parte más frágil “tome el riesgo” y desafíe a las grandes potencias. En este sentido, hay casos en que países pequeños y en desarrollo deciden aplicar retorsiones en contra de países desarrollados, como en el de las islas de Antigua y Barbuda, que solicitaron la autorización del OSD para aplicar retorsión en contra de los Estados Unidos (“Juegos de Azar y Apuestas”-WT/DS285). En otras situaciones incluso las grandes potencias pueden preferir abstenerse o retardar la aplicación de esta medida, aunque tengan potencial económico para tanto. Así por ejemplo la CE retardó durante años la decisión de aplicar retorsiones en el caso del EE.UU-FSC en contra de los EE.UU. (WT/DS108).

Algunas propuestas han sido presentadas para hacer frente al problema de la falta de capacidad de retorsión en el foro multilateral. En este contexto, Zambia, representando a un grupo de países pobres, propuso que la retorsión fuera sustituida por la compensación financiera en el caso de que un país desarrollado no cumpliera con la decisión del OSD⁴⁴⁰. Se propuso además la aplicación de retorsión colectiva (*collective retaliation*) y de la participación de terceras partes interesadas en el proceso de retorsión (actualmente solo las partes principales pueden aplicarla)⁴⁴¹. En estos dos casos el derecho de retorsión es extendido a otros países, lo que aumenta su impacto.

⁴⁴⁰ Mayores detalles en: LDC Proposal on Dispute Settlement Understanding (submitted by Haiti on behalf of the LDC Group), TN/WT/DS/W/37 (22 January 2003); Negotiations on the Dispute Settlement Understanding (submitted by Zambia on behalf of the LDC Group), TN/WT/DS/W/17 (9 October 2002).

⁴⁴¹ Según esta propuesta de un Grupo Africano de países todos los miembros de la OMS estarían autorizados a aplicar medidas de retorsión en contra del país desarrollado perdedor de la demanda. Vea documento de la OMC: TN/WT/DS/W/17. India, Cuba, República Dominicana, Egipto, Honduras, Jamaica y Malasia propusieron la aplicación del “cross-retaliation”, el cual comprende la posibilidad del país ganador de elegir automáticamente los sectores en los que desea aplicar la retorsión, aunque estos sean distintos de aquel afectado por la medida proteccionista. Vea documento de la OMC: TN/WT/DS/W/47

En relación a este tema propongo dos recomendaciones:

a) los PED deberían explorar la posibilidad de derogar derechos intelectuales, como medida de retorsión, en lugar de aumentar las tarifas de importación en aquellas demandas en contra los países desarrollados. Esta retorsión puede ser más eficaz ya que el mayor número de patentes pertenece a los países desarrollados y los mayores lucros provenientes de la propiedad intelectual se concentran en las manos de grandes industrias que en general tienen un fuerte poder de presión junto a sus Gobiernos.

b) la retorsión cruzada debería ser garantizada de forma automática. En este sentido, al país ganador le debería ser dado el derecho de elegir los sectores en los que desea aplicar la retorsión, aunque estos sean distintos de aquel afectado por la medida cuestionada en la demanda. Según lo dispuesto en el MERCOSUR, el TLCAN y en el OSD, la parte ganadora deberá tratar primeramente de aplicar retorsión relativa al mismo sector afectado y como segunda opción, en un sector distinto⁴⁴².

En el OSD se establecen tres órdenes de prioridad: 1º) mismo sector; 2º) solamente en los casos en los que sea impracticable o ineficaz podrá aplicar retorsión en otros sectores en el marco del mismo acuerdo; 3º) como última opción, en circunstancias graves, podrá aplicar retorsión en otros sectores en el marco de otros acuerdos. El artículo 31.2 del Protocolo de Olivos establece que los países del MERCOSUR deben, en primer lugar, aplicar retorsión en el mismo sector afectado y, en último caso, en un sector distinto. Semejante disposición establece el art. 2019.2 del TLCAN.

En el caso de la CAN, el art.27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia establece que el TJCA, previa opinión de la SG, determinará los límites en que un país podrá aplicar la retorsión. Este artículo, tal como el art.119 del Estatuto del TJCA, deja abierta la posibilidad para que el Tribunal de Justicia decida si la retorsión será en el mismo sector o en otro, no estableciendo un orden de preferencia como lo hace la normativa de los

⁴⁴² Art.31.2 del Protocolo de Olivos, art. 2019.2 del TLCAN, art.27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art.119 del Estatuto del TJCA y art.22.3 del ESD.

demás MSCs, aunque en la práctica se ha respetado el orden tradicional: mismo sector y, como segunda opción, sector distinto.

Creemos que la retorsión cruzada debería ser garantizada de forma automática para maximizar el impacto “intimidatorio” de la fase de adjudicación. Si la parte ganadora pudiera elegir el sector, sería más fácil y rápido compeler el país perdedor a cumplir el fallo pues no sería necesario indicar y comprobar las razones que fundamentan el pedido para aplicar retorsión en un sector distinto al del objeto del conflicto. Esta es una propuesta que pretende tornar más rápida la fase de adjudicación, aunque no resuelva el problema de la falta de capacidad de retorsión de los países más pequeños y/o pobres.

2. CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES

En nuestra visión la redacción del artículo 2018 del TLCAN debería ser precisa de forma de evitar que el cumplimiento del laudo arbitral sea consensuado entre las partes. Esta redacción deja abierta la posibilidad de acordar algo distinto de lo que fue decidido en el laudo, lo que retira la credibilidad y seguridad del MSC del Capítulo 20.

Redacción original: Art. 2018

“1. Una vez recibida la determinación final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel, y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado.

Redacción sugerida: Art. 2018

1. Una vez recibida la determinación final del panel, las Partes contendientes deberán, en el plazo determinado en el laudo, derogar la medida considerada disconforme con este Tratado o ponerla en conformidad con el mismo.”

Como consecuencia, el artículo 2019 debería adaptarse a la nueva redacción. En este sentido sugeriremos la siguiente modificación

Redacción original: Art. 2019

1. Si en su determinación final un panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de este Tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004 y la Parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las Partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria, de conformidad con el Artículo 2018(1) dentro de los 30

días siguientes a la recepción de la determinación final, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte contra la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

Redacción sugerida: Art. 2019

1. Si la Parte demandada no ha cumplido las determinaciones del laudo dentro del plazo estipulado, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte contra la cual se dirigió la reclamación, hasta alcanzar el monto de la pérdida generada.

IX. TRANSPARENCIA

En los MSCs estudiados el procedimiento de solución de las controversias está limitado a las partes, a los terceros interesados y en algunas hipótesis a los *amicus curiae* (amigo de la corte)⁴⁴³. En otras palabras, las audiencias y demás deliberaciones son cerradas, no estando permitido el acceso público⁴⁴⁴. Sin embargo, la transparencia a que nos referimos en esta sección no dice relación con el procedimiento en sí mismo ni con la participación de los *amicus curiae* sino que se refiere exclusivamente a la publicación de los actos procesales y documentos pertinentes, es decir, a la publicación de las notificaciones de inicio y finalización de cada etapa procesal (consulta, primera instancia, segunda instancia, adjudicación) y de las decisiones emitidas en cada una de ellas.

El OSD hace pública la existencia de una controversia desde el inicio del procedimiento, es decir, desde la interposición formal de una consulta. Sin embargo, los MSCs regionales analizados, TLCAN y CAN, mantienen en sigilo las fases iniciales de consultas. En el Mersocur se publican las consultas que son iniciadas formalmente a la CCM o GMC por

⁴⁴³ Para mayores detalles sobre el tema véase Mercurio, 2004.

⁴⁴⁴ Así por ejemplo en el caso del OSD existen varios artículos que prevén el carácter confidencial de ciertos actos procesales. Véase artículos 14, 17.10, 18 del ESD.

medio de la publicidad de las actas de las reuniones de estos órganos, sin embargo, el grado de información publicitado es ínfimo (solo se indica las partes, la medida cuestionada y en algunos casos el producto afectado). En el TLCAN y en la CAN el caso se hace público en un momento aún más avanzado del procedimiento, es decir, cuando la decisión por el órgano competente es publicada en el sitio web oficial de las respectivas Secretarías. Además de la falta de acceso a la información de la fase pre-contenciosa, aún cuando se tenga emitida la decisión, no se tiene asegurado que esta será inmediatamente publicada en el sitio web. En otras palabras, el momento de la publicación de las decisiones queda al libre arbitrio de la Secretaría de los distintos MSCs⁴⁴⁵. En la CAN, por ejemplo, se ha podido observar un retraso de varios meses entre la emisión de la decisión y su publicación en los medios electrónicos.

Como consecuencia, el público no tiene acceso al número exacto de controversias que se iniciaron en los foros regionales, sino que solamente a los casos que avanzaron a la fase contenciosa. De esta forma, como se ha hecho en este estudio, el análisis académico de los MSCs regionales se desarrolla teniendo como base el número de controversias en las que hubo un fallo emitido (o la intervención de alguno de los órganos políticos en el caso del MERCOSUR), es decir, se trabaja con un universo limitado de demandas. Además, la información se encuentra dispersa y de forma poco transparente en el sitio oficial de los distintos MSCs, lo que acaba por exigir de la comunidad científica un doble esfuerzo para recopilar el material disponible.

Estos factores dificultan la realización de estudios e investigaciones con datos más precisos, además de obstaculizar el análisis del procedimiento en su conjunto y el examen por la comunidad jurídica de los argumentos legales que son presentados en aquellos casos que se solucionan en la fase pre-contenciosa. Esta situación es aún más grave teniendo en cuenta que una parte considerable de las demandas son solucionadas en esta fase. Así, por ejemplo se estima que en el TLCAN, entre 1994 y 2004 más del 25% de las controversias en materia de inversiones (capítulo 11) se quedaron en sigilo

⁴⁴⁵ Esto puede ser verificado por medio de la diferencia en la fecha en que algunas decisiones son firmadas y la fecha en que son publicadas en los sitios web.

porque terminaron en la fase pre-contenciosa, entre ellas se encuentran muchos de los casos más importantes desde el punto de vista económico, y controvertidos desde el punto de vista jurídico⁴⁴⁶.

Sin embargo, es importante mencionar que en el TLCAN la transparencia ha mejorado con el transcurso de los años. En 2001 la Comisión de Libre Comercio-CLC emitió una nota interpretativa que aclaraba que no existía la obligación de que los procedimientos del MSC del Capítulo 11 fueran confidenciales y que las partes tienen la libertad de divulgar sus presentaciones y los laudos arbitrales al público en general⁴⁴⁷. Sin embargo, esto representa un tímido avance ya que deja al arbitrio de las partes la decisión de hacer públicos documentos relativos a la controversia.

En el MERCOSUR la fuerte injerencia política en los temas de carácter jurídico ha impedido cualquier avance en cuanto a una mayor transparencia de los actos procesales y decisiones emitidas. De esta forma, la comunidad científica no llega a tomar conocimiento del contenido de las consultas que no son iniciadas en la CCM o en el GMC. Las actas de las reuniones de estos órganos informan solamente que la consulta fue sometida al MSC pero no se tiene acceso a ella. Esto porque el Protocolo de Olivos establece que solo los laudos arbitrales tienen carácter público⁴⁴⁸.

La publicación de las notificaciones, requerimientos y decisiones, como ocurre en el OSD, además de posibilitar la realización de estudios científicos y contribuir al debate jurídico, puede favorecer la resolución del conflicto o inhibir la interposición de otros. Esto porque el tema puede ser llevado inmediatamente al conocimiento de los privados de otros países que eventualmente tendrán interés en la resolución rápida del conflicto y por esto

⁴⁴⁶ Hufbauer y Schott, 2005: 220.

⁴⁴⁷ Notas interpretativas de ciertas normas del Capítulo XI, 31 de julio de 2001.

⁴⁴⁸ El artículo 25 del Protocolo de Olivos establece que las deliberaciones tomadas en las audiencias sean mantenidas en sigilo. El artículo 46 del Protocolo de Olivos, establece que todos los documentos presentados en el ámbito de los procedimientos previstos en este Protocolo son de carácter reservado a las partes en la controversia, a excepción de los laudos arbitrales.

presionaría a las partes involucradas a lograr un acuerdo. Por otro lado, también puede contribuir para que los privados de países perjudicados por una misma medida comercial movilicen a sus gobiernos para actuar como tercero interesado. Dicha publicidad también podría ayudar a inhibir a otros gobiernos a adoptar una medida comercial semejante⁴⁴⁹. Por último, el acceso a los documentos de consulta y a la respuesta de la parte contraria contribuiría al fortalecimiento de la jurisprudencia toda vez que los argumentos utilizados por las partes podrían servir de fundamentación jurídica en otro caso.

⁴⁴⁹“Reports are made readily available on the Internet as soon as they are circulated to Member States. This novel facility greatly enhances transparency, and means reports and precedents can immediately be taken into account in policy-making both in governments and the private sector” Cottier, 1998: 341.

CAPITULO VIII. CONCLUSION

A continuación se desarrollan las principales conclusiones de esta investigación respecto a la hipótesis de trabajo, lo que permite dar por probados cada uno los aspectos abordados en ella. Posteriormente, se realizan algunas proyecciones sobre los desafíos futuros para avanzar hacia MSCs más judicializados.

I. COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Hipótesis:

A pesar de que la mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias de la OMC ha contribuido a la credibilidad de este foro y a la efectividad para lograr el cumplimiento de la normativa jurídica de integración, estos factores no han sido determinantes para los países latinoamericanos en el momento de la elección del foro. La prioridad ha sido dada a los foros regionales y solamente en las demandas más complejas se ha preferido un foro más judicializado. Esta constatación indica que, pese a los avances procesales e institucionales logrados en los foros de solución de controversias de América Latina, la persistencia de ciertas debilidades ha puesto en entredicho su capacidad de solucionar las demandas más complejas.

En el desarrollo de la tesis se comprobó cada una de las siguientes afirmaciones realizadas en la hipótesis:

- 1) los MSCs han evolucionado hacia una mayor judicialización;
- 2) la mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias de la OMC ha contribuido a la credibilidad y efectividad en el cumplimiento de la normativa jurídica de integración;
- 3) los países latinoamericanos, cuando existe opción de foro, han priorizado los MSCs regionales y solamente en las demandas más complejas han preferido un foro más judicializado;
- 4) subsisten debilidades procesales e institucionales de los foros regionales, las cuales han puesto en entredicho su capacidad de solucionar las demandas más complejas, lo que ha generado la preferencia, en estos casos, de llevar el conflicto al foro multilateral.

1. LOS MSCS HAN EVOLUCIONADO HACIA UNA MAYOR JUDICIALIZACIÓN

Conforme ha sido demostrado en el capítulo I, los MSCs han ganado una mayor importancia en los sistemas de integración de América Latina, especialmente por la

creciente complejidad y profundidad de los compromisos comerciales asumidos entre los países. La estructura más judicializada del MSC de la OMC también ha motivado a los países de la región a re-pensar la arquitectura de sus MSCs y ha servido, en cierta medida, como un ejemplo para los cambios procesales e institucionales que se han verificado en estos mecanismos (la publicación del Protocolo de Olivos del Mercosur, Protocolo de Cochabamba de la CAN, entre otros reglamentos que fueron posteriores a la creación del OSD). Por medio del análisis comparativo entre los MSC estudiados brindado en el capítulo II fue posible verificar las semejanzas y asimetrías procesales e institucionales que ponen en evidencia los distintos grados de judicialización entre ellos.

2. LA MAYOR JUDICIALIZACIÓN DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC HA CONTRIBUIDO A LA CREDIBILIDAD Y EFECTIVIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA JURÍDICA DE INTEGRACIÓN

Este estudio señaló la importancia de la mayor judicialización de los MSCs trayendo al debate elementos concretos que demuestran el resultado producido por el desarrollo de las reglas procesales e institucionales de los foros estudiados. En este sentido, defendemos un MSC más judicializado porque este es más previsible, creíble y eficaz en la solución de controversias sencillas e incluso las más complejas. El elemento novedoso de esta parte de la tesis residió en comprobar esta hipótesis por medio del análisis concreto de los resultados alcanzados por cada uno de los MSCs en cuanto a la evolución de su actividad, la mayor amplitud de la participación de los países y los resultados alcanzados. Con esto también rechazamos el argumento de Posner y Yoo, de que los países han tendido a utilizar con menos frecuencia los foros más imparciales.

El capítulo III comprobó que la judicialización del OSD de la OMC ha contribuido a la mayor credibilidad del foro y efectividad del cumplimiento de las normas de integración. La credibilidad generada por el mecanismo más judicializado fue comprobada por medio de tres aspectos analizados: i) mayor amplitud de la participación de los países, ii) aumento de la confiabilidad generada por decisiones basadas en reglas de derecho, iii) fortalecimiento de la previsibilidad generada por la creación de un cuerpo de precedentes y de una jurisprudencia uniforme. La efectividad fue comprobada por el número de demandas cumplidas ya sea tras la emisión del fallo ya sea con anterioridad.

El aumento gradual de la participación de países de distintos niveles políticos y económicos tras la creación del OSD, evidencia la confianza que este sistema más “rule-oriented” ha generado. Los países más débiles tienen más incentivos para participar en mecanismos en los que las decisiones están pautadas conforme a reglas de derecho. En el GATT, el MSC estaba polarizado entre los países del grupo del “Quad” (Comunidades Europeas, Estados Unidos, Canadá y Japón) y algunos otros países desarrollados.

En la OMC, el sistema todavía sigue relativamente polarizado pero ya no entre cinco actores, sino entre quince. A este grupo no se sumaron otros países desarrollados, sino países en desarrollo. Se ha visto la emergencia de la participación de Brasil, México, Chile, Argentina, India y Tailandia. Además del aumento del abanico de protagonistas, se ha verificado una tendencia al aumento en la participación de países en desarrollo más pobres como terceros interesados. La relativa baja participación de estos países no se debe a la falta de confianza en el OSD, sino más bien al bajo volumen de exportaciones, la dependencia con relación a pocos socios comerciales y la presencia de acuerdos comerciales que garantizan un tratamiento especial como el trato preferencial dado por las CE a sus ex-colonias africanas y caribeñas por medio del Acuerdo de Lomé⁴⁵⁰.

Este estudio destruye algunos mitos sostenidos por los críticos del OSD en cuanto a su efectividad en las demandas contra los países más poderosos y también pone de relieve que no solamente las grandes potencias son los villanos en la arena de los conflictos comerciales. Los países en desarrollo también: i) han aplicado con frecuencia medidas proteccionistas que violan la normativa multilateral, ii) han mostrado resistencia a liberalizar sus mercados, aunque en una proporción menor que los países más desarrollados, iii) han retardado el cumplimiento del fallo. La mayor resistencia para el cumplimiento de los fallos favorables obtenidos por los países de América Latina y el

⁴⁵⁰ Los países africanos no demandan a la CE por las subvenciones de sus productos agrícolas considerando la dependencia político-económica con las ex-metrópolis europeas y los acuerdos preferenciales que les garantizan tarifas de acceso reducidas. Importa señalar que en los últimos años la CE ha reducido los acuerdos preferenciales.

Caribe (ALC), ha provenido de los propios países de la región. Además, la gran mayoría de las demandas intra-regionales se encuentran inactivas, lo que sugiere que los países latinoamericanos también llevan el caso al OSD para presionar un acuerdo y han arreglado una parte sustancial de sus diferencias extra-judicialmente.

Los datos analizados nos indican que no solamente los países más poderosos son los que logran hacer que la parte contraria cumpla el fallo: los países asiáticos y latinoamericanos han sido más exitosos que las Comunidades Europeas en el foro multilateral. También los países en desarrollo han obtenido logros de forma equitativa a los países desarrollados. Si colocamos Asia/ALC de un lado y Europa/EUA/Canadá de otro, se verifica que el promedio final de cumplimiento de la normativa violada ha sido de 50% contra 50%.

Está comprobado que EE.UU. ha logrado que los países demandados cumplieran la normativa violada en el 58% de los casos y las CE, en el 41%, resultado inferior incluso al que han logrado países menos desarrollados de Asia, América Latina y el Caribe-ALC. Asia ha logrado que el demandado cumpliera la normativa violada en el 50% de las demandas y ALC en el 51% de ellas. Sin embargo, estos porcentajes son mayores considerando que la solución de varios conflictos ha sido acordada durante el transcurso de la demanda, pero no se ha comunicado el acuerdo formalmente a la OMC. Si consideramos la metodología utilizada en este estudio para los casos que se encuentran inactivos, se estima que los más exitosos han sido los EE.UU. y los países asiáticos (ambos con 72% de éxito). En seguida vienen los países de ALC (69%) y, en último lugar, CE y Canadá (64%).

En términos generales, el OSD ha sido eficaz en lograr que la parte cumpliera la normativa de integración violada. En un 56% de la totalidad de demandas se ha logrado la adecuación o revocación de la normativa jurídica cuestionada. Se estima que este número puede llegar a 73% si consideramos las controversias inactivas. Decisiones favorables han sido logradas por países pequeños, grandes, de alta, mediana y baja renta, indistintamente. Sin embargo, los más exitosos son los países en desarrollo que

poseen una economía mayor y más fuerte, con algunas excepciones como los casos de Antigua y Barbuda y Costa Rica. Gran parte de las demandas en las que los países en desarrollo se beneficiaron de la modificación de la política comercial cuestionada involucraron a Brasil, México, Chile, Argentina, India, República de Corea, Singapur y Tailandia. Los números indican que los países en desarrollo de ingreso medio y alto son los que realmente tienen condiciones para presionar a los países desarrollados hacia una modificación de la normativa cuestionada. A pesar de esta concentración, el resultado sigue siendo mejor que aquel obtenido en el mecanismo del GATT.

Otro aspecto importante para medir la eficacia de un MSC dice relación con su capacidad para hacer prevalecer las reglas de Derecho, es decir, el ordenamiento jurídico, sobre las voluntades políticas de los países más desarrollados. El OSD ha logrado, en la mayoría de los casos, que las dos potencias mundiales más fuertes cumplan el fallo. El Gobierno estadounidense ha cumplido o está cumpliendo el 91% de las decisiones falladas en su contra y las Comunidades Europeas, el 95%. A pesar de este alto porcentaje, el proceso de cumplimiento del fallo ha sido lento, hecho que está asociado a la naturaleza de la reforma que se requiere. Las reformas normativas hechas por medio de una medida administrativa del poder ejecutivo son más ágiles que aquellas que demandan una alteración legislativa.

Además de los resultados concretos obtenidos por un mecanismo más judicializado, es importante verificar que tanto la confiabilidad del sistema como la importancia de las reglas de derecho ganan fuerza en la medida en que las decisiones tienen que ser jurídicamente fundamentadas. En este sentido, el salto cualitativo de las decisiones en comparación con el mecanismo del GATT es visible. Otra ventaja de un sistema más judicializado como el OSD reside en la uniformidad y previsibilidad de las decisiones emitidas en este mecanismo. La labor de más de una década del OSD ya es suficiente para dar un direccionamiento respecto a la forma de pensar y de juzgar de sus miembros a través del análisis de los precedentes.

3. LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS, CUANDO EXISTE OPCIÓN DE FORO, HAN PRIORIZADO LOS MSCS REGIONALES Y SOLAMENTE EN LAS DEMANDAS MÁS COMPLEJAS HAN PREFERIDO UN FORO MÁS JUDICIALIZADO

La defensa de la mayor judicialización de los MSCs que resulta de la tendencia natural que manifiesta cualquier jurista, especialmente frente a los resultados positivos concretamente comprobados, no fue hecha a ciegas. Este estudio demostró las ventajas, así como las desventajas de tener un MSC más judicializado. En relación a estas últimas, se señaló el tema de los costos y del alargamiento del procedimiento.

También se demostró cuáles han sido los foros priorizados por los países latinoamericanos. De esta forma, se verificó que, no obstante las ventajas de un MSC más judicializado, los países de la región han preferido un sistema menos judicializado (más político) en aquellos casos que igualmente podían ser llevados al foro multilateral. Si bien no existe una regla estricta en cuanto a la opción de foro, se pudo observar una tendencia en el comportamiento de los países de la región. El análisis realizado nos induce a suponer que, al contrario de lo que afirman varios de los autores que defienden a ciegas el OSD de la OMC, un acuerdo logrado en un sistema más diplomático ha sido la opción prioritaria de los países latinoamericanos y, en aquellos casos más complejos, se ha buscado el mecanismo más judicializado.

La preferencia por el foro regional en América Latina ha ocurrido debido a cuatro grandes factores. Primero, en este foro la influencia política de los países más poderosos del bloque es más fuerte, mientras que en el ámbito multilateral esta fuerza se diluye frente a la presencia de varios otros miembros más poderosos. Segundo, la tradición de los países latinoamericanos de arreglar sus conflictos de forma diplomática. Tercero, las reglas procesales más flexibles y el énfasis en la solución negociada son más ventajosos para los países más fuertes económica y políticamente de cada bloque, los cuales, por lo general, son los más activos en estos foros. Cuarto, porque la “connotación internacional” que gana una demanda iniciada en el OSD puede desgastar las relaciones diplomáticas

entre los países involucrados y llamar la atención de la comunidad internacional, lo que en muchos casos es indeseado.

Por otro lado, el foro multilateral se presenta como la primera opción para los países latinoamericanos para solucionar aquellos conflictos más complejos que, debido a la gran sensibilidad del tema conflictivo, no logran ser resueltos regionalmente. Esto ocurre en razón de las debilidades procesales e institucionales que facilitan la resistencia de los países a cumplir las reglas procesales o a cumplir el propio fallo. Conforme hemos visto en el capítulo IV, el foro multilateral ha sido una alternativa eficaz para evitar las demoras injustificadas en la solución del conflicto, para forzar la parte perdedora a cumplir el fallo y para contrarrestar la dificultad de accionar el MSC del capítulo 20 del TLCAN.

La ventaja del OSD reside no sólo en la existencia de reglas procesales más sofisticadas que impiden los retrasos de mala-fe causados por las partes, sino también en la mayor proyección que este foro ofrece. El OSD abre la posibilidad para que el Reclamante cuente con el soporte de varios otros países que pueden participar como terceros interesados. Conforme hemos visto, en este foro ha sido una práctica recurrente la participación de los terceros, los cuales han contribuido con alegaciones jurídicas que han servido para fortalecer el argumento de la parte reclamante y respecto a los cuales los órganos decisorios han tenido que manifestarse. Así, por ejemplo, México, con el soporte de varios otros países más fuertes (CE, China, Japón) que se asociaron como terceros en las demandas tramitadas en el foro multilateral, logró vencer la resistencia de los Estados Unidos mostrada en el foro regional.

El OSD también garantiza una mayor divulgación de la demanda en la comunidad internacional, factor que creemos que indirectamente contribuye a presionar a las partes a resolver la diferencia una vez que pone en evidencia el incumplimiento del país respecto a la normativa de integración acordada. El “asedio” de la comunidad internacional es indeseado en aquellos conflictos comerciales más sencillos que suelen tradicionalmente ocurrir entre socios comerciales, pero es ventajoso en demandas complejas en las cuales

se hace necesario un “empuje” de varios actores para lograr una solución para el conflicto.

4. SUBSISTEN DEBILIDADES PROCESALES E INSTITUCIONALES EN LOS FOROS REGIONALES, LAS CUALES HAN PUESTO EN ENTREDICHO SU CAPACIDAD DE SOLUCIONAR LAS DEMANDAS MÁS COMPLEJAS, LO QUE HA GENERADO LA PREFERENCIA, EN ESTOS CASOS, POR LLEVAR EL CONFLICTO AL FORO MULTILATERAL

Los casos estudiados en el capítulo IV no sólo apuntaron a la importancia de los foros regionales, también demostraron la necesidad de avanzar con ciertas reformas procesales e institucionales para corregir las fallas apuntadas que llevaron la parte perjudicada a echar mano del foro multilateral.

Conforme hemos verificado en los capítulos V y VI, pese a los avances logrados, los MSCs regionales todavía presentan debilidades procesales e institucionales que han puesto en entredicho su capacidad de solucionar las demandas más complejas. La flexibilidad procesal que caracteriza el **mecanismo mercosureño** no ha garantizado una solución ágil de las controversias, como uno podría pensar. Uno de los factores que ha contribuido a la demora en la solución de las demandas reside en la actuación de dos órganos en la fase pre-contenciosa que poseen una función y composición semejante (CCM y GMC). Esta duplicación de esfuerzos nos parece innecesaria. Bastaría solamente la actuación de la CCM.

Otra debilidad del MSC del MERCOSUR reside en la actuación de dos tribunales “ad hoc”. Sin desmerecer el valor de su labor, creemos que es importante tener una segunda instancia que represente un verdadero tribunal permanente de apelación. La falta de un tribunal permanente limita la posibilidad de obtener una interpretación coherente y uniforme del ordenamiento jurídico mercosureño, de llenar lagunas legales y aclarar normas conflictivas de forma homogénea.

El “permanente carácter temporal” atribuido al MSC del Mercosur demuestra la falta de motivación política de los países más fuertes del bloque en tener un verdadero foro “rule-oriented”. El hecho de que solamente un 2% de las controversias iniciadas hayan sido objeto de arbitraje, nos induce a suponer que las debilidades apuntadas han atenuado, de cierta forma, la disposición de los países a llevar sus reclamos a la fase jurisdiccional. Este número también revela la disposición de los países más activos y fuertes de este bloque, Brasil y Argentina, a negociar diplomáticamente sus conflictos. Por otro lado, el hecho de que la mayor parte de las demandas llevadas a la etapa contenciosa haya ocurrido debido a la solicitud de uno de los países más débiles del bloque -Uruguay-, demuestra la importancia de contar con órganos jurisdiccionales más sofisticados que, por basar sus decisiones en reglas de derecho, disminuyen las desventajas de la asimetría de poder político-económico entre los países.

En relación al **MSC del capítulo 20 del TLCAN**, las debilidades procesales residen en la dificultad de montar una lista de árbitros para componer los Paneles binacionales y la falta de seguridad jurídica respecto del cumplimiento de la decisión. Han pasado trece años y todavía no se ha convenido la lista de treinta árbitros que estipula el TLCAN, lo que explica por qué, tras más de una década de existencia, solo han sido decididas tres demandas.

Además de la necesidad de cambiar la normativa para establecer la obligatoriedad de la formación del listado y prever una penalidad estricta en caso de incumplimiento, también debe garantizarse un carácter vinculante a las decisiones. Esto porque por el procedimiento actual las partes tienen la libertad de encontrar su propia solución, acordando algo distinto de lo que fue decidido en el laudo.

Respecto del **MSC del capítulo 19**, el problema reside en las largas demoras para la composición del Panel y en la inseguridad generada por la falta de una medida que garantice que el proceso siga adelante si una de las partes no nombra los árbitros en el plazo fijado. En este caso, el foro multilateral ha funcionado como una vía alternativa para aquellos casos más complejos. También la forma de funcionamiento del procedimiento favorece su aplazamiento toda vez que los laudos arbitrales son enviados varias veces a

las agencias administrativas para adecuación, lo que ha ocurrido en casi la totalidad de los casos. Esta dinámica de “ping pong” entre el Panel y la autoridad investigadora ha llevado a un retraso en el cumplimiento de los fallos, especialmente debido a la falta de sanciones que impidan el uso de esta dinámica procesal como una estrategia dilatoria.

El aspecto que podría ser mejorado en el **MSC de la CAN**, según nuestro punto de vista, dice relación con la instancia de apelación. Conforme hemos visto, en este foro sólo existe la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración al mismo órgano que emitió la decisión recurrida. En este sentido la alteración de postura de este órgano, como era de esperar, sólo se ha dado en casos extremos (presencia de un error material, hecho nuevo desconocido o ya existente y que no fue correctamente evaluado) o cuando se buscaba la revocación de dictámenes de incumplimiento por haberse cumplido las determinaciones del mismo. La posibilidad de revisión de una decisión por otro órgano permanente de segunda instancia, contribuye al ejercicio del derecho de amplia defensa y a la implementación del contradictorio. La instancia revisora también contribuye a la uniformidad de la jurisprudencia y al aumento de la calidad de las decisiones ya sea porque fortalece los argumentos existentes o porque agrega un punto de vista jurídico distinto al expresado por el órgano de primera instancia.

El capítulo VI entregó un análisis cuantitativo y cualitativo respecto de cómo estas debilidades procesales e institucionales han impactado concretamente los resultados producidos por los distintos MSCs regionales en cuanto a la evolución de su actividad a lo largo del tiempo, la participación de los países y los resultados alcanzados. Tras este análisis podemos concluir que el MSC del MERCOSUR ha ganado una relevancia fundamental en un bloque muy conflictivo debido a las grandes asimetrías de poder político-económico de sus países miembros y a las constantes tensiones que han marcado las relaciones comerciales entre Brasil y Argentina, principales protagonistas de este mecanismo. Sin embargo, debido a que en este bloque todavía se da una mayor prioridad a los métodos diplomáticos de resolución de conflictos, su MSC ha sido utilizado primordialmente como una herramienta para conferir un carácter más formal a los conflictos y de esta forma influir en el alcance de un acuerdo en la fase pre-contenciosa.

En este sentido es más bien un mecanismo utilizado para formalizar los acuerdos logrados por los países o la herramienta para alcanzar uno. Por esta razón, de las 554 controversias interpuestas de 1991 a 2007, solamente 12 avanzaron a la fase judicial o contenciosa, en otras palabras, solamente en un 2% de los casos los países llevaron sus conflictos al tribunal arbitral y en 2 casos al TPR (0,4% del total). Las demás demandas se alargaron hasta que las partes llegaron a un acuerdo. Las etapas jurisdiccionales han sido utilizadas mayormente por Uruguay para vencer la resistencia de los países más fuertes (Brasil y Argentina) en el cumplimiento de la normativa de integración.

Este mecanismo se ha mostrado eficaz en la solución negociada de conflictos relacionados con medidas proteccionistas de naturaleza administrativa o aduanera (ej. requerimientos de visado consular, restricciones al tráfico fronterizo, retención indebida de mercancías, procedimientos aduaneros inusuales, prohibiciones o suspensiones de importación, demoras injustificadas o autorizaciones previas de importación). De las 425 controversias interpuestas entre 1996 a 2007, en aproximadamente el 90% de ellas las partes llegaron a un acuerdo satisfactorio según lo informado en las actas de la CCM y GMC.

Al contrario de lo que ocurre en el MERCOSUR, donde existe una fuerte hegemonía de Argentina y Brasil, en la CAN la participación de todos los países ha sido más equilibrada. Una de las razones más evidentes para esto reside en el relativo equilibrio del tamaño y poder de la economía de los países andinos. La Secretaria General ha jugado un rol fundamental como guardián de la normativa jurídica comunitaria al mostrarse bastante activa en demandar los países por supuestos incumplimientos.

El rasgo distintivo verificado en el funcionamiento del MSC del capítulo 19 del TLCAN reside en la acentuada repetición de casos semejantes y no en la diversidad de controversias en términos de temas tratados, productos y partes. Este foro ha jugado un rol importante para cuestionar la política estadounidense relativa a antidumping y medidas compensatorias, lo que ha motivado la gran mayoría de las demandas existentes. Los

paneles han funcionado relativamente bien para solucionarlas. Sin embargo, en aquellas controversias más complejas los países han echado mano del foro multilateral.

En relación al MSC del capítulo 20, teniendo en vista la reticencia de los países en cuanto al establecimiento del listado de árbitros, este foro no ha podido funcionar adecuadamente. Los tres casos existentes son insuficientes para hacer un análisis de la eficacia de este mecanismo. Por otro lado, ponen de relieve la urgencia de alterar la normativa para penalizar la aptitud dilatoria de los países.

II. PROPUESTAS INSTITUCIONALES Y PROCESALES PARA MEJORAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DINAMIZAR LA EFICACIA DE LOS MSCs

En el capítulo VII presentamos nuestro último aporte a la comunidad internacional respecto a este tema: propuestas de reforma de los MSC latinoamericanos. Esto porque creemos que los MSCs regionales aumentarían su eficacia, especialmente para solucionar las demandas más complejas, si se revisaran ciertas reglas procesales e institucionales que han puesto en entredicho su adecuado funcionamiento. Los problemas existentes van desde los retrasos en el procedimiento (mostrado en los dos casos analizados en el TLCAN) hasta el incumplimiento de los fallos (casos del Mercosur). El MSC del capítulo 20 ni siquiera ha podido funcionar adecuadamente, representando más bien una “foro muerto”. Claramente estos problemas podrían ser minimizados por medio de un cambio de la normativa correspondiente.

Como hemos señalado anteriormente, esta tesis no pretendió crear un modelo ideal de foro jurisdiccional para la solución de controversias comerciales, sino señalar los aspectos procesales e institucionales que consideramos están dificultando la actuación eficaz de los MSCs del Mercosur y TLCAN, principalmente para solucionar efectivamente las demandas más complejas. De esta forma, las propuestas presentadas apuntan a la corrección de aspectos que han generado retrasos y han debilitado la credibilidad de estos MSCs. De forma sistemática ellas se refieren a:

- A) **Aumento de la agilidad del procedimiento por medio de:** i) eliminación de la actuación innecesaria de dos órganos políticos en la fase pre-contenciosa del MERCOSUR; ii) cambio en la normativa del TLCAN para impedir la dilación en el nombramiento de los árbitros del MSC del capítulo 19; iii) plazos límites para establecer las reglas de procedimiento y penalidades para los incumplimientos; iv) promoción de una mayor actuación de las Secretarías para nombrar los árbitros o, alternativamente, para punir retrasos de mala-fe; v) mayor agilidad en la aplicación de la retorsión.
- B) **Fortalecimiento de la credibilidad del mecanismo por medio de:** i) establecimiento de una normativa más rígida para compeler a los países a formar el listado de árbitros para actuar en el MSC del capítulo 20; ii) establecimiento de un Tribunal de apelación en la CAN; iii) atribución del carácter permanente al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR; iv) garantía de un tratamiento procesal más equitativo entre las partes en el Mercosur;
- C) **Mayor transparencia del procedimiento por medio de:** i) publicación de los documentos pertinentes, tales como las consultas, recomendaciones y la integración de los fallos en todos los MSCs regionales.

La priorización dada a los foros regionales por los países latinoamericanos confirman la importancia del fortalecimiento de estos mecanismos bajo el punto de vista jurídico. En este sentido, es importante que la academia internacional retome las discusiones sobre la actuación de los foros regionales, los cuales han perdido, en cierta medida, la atención que les destinaba la comunidad internacional tras la creación del OSD. De esta forma esta tesis busca impulsar las discusiones sobre las formas de mejoría de estos foros.

III. CUALES SON LOS DESAFÍOS QUE SE PRESENTAN Y COMO AFECTARÁN ESTOS FOROS?

Tras el desarrollo de este análisis no podemos dejar de contestar la pregunta que surge una vez comprobadas las consecuencias negativas que han generado las debilidades existentes en estos foros. La pregunta en cuestión es ¿cuáles serían los próximos pasos y los desafíos para que los países mejoraran sus MSCs?

Creemos que la **asimetría de poder económico** entre los miembros de los distintos bloques de integración analizados (Mercosur y TLCAN) y el **grado de integración** deseado entre ellos ha representado y continuará representando el principal reto para el avance de los MSCs hacia una mayor judicialización, conforme hemos demostrado en el capítulo V. Los países más fuertes prefieren un mecanismo más diplomático teniendo en cuenta la flexibilidad de este modelo, el cual está diseñado principalmente para facilitar un

acuerdo, que puede distanciarse de las reglas de derecho al no coincidir con la normativa que regula las relaciones comerciales entre ellos. En los foros menos judicializados, por lo general, prevalecen los intereses de la parte más fuerte política y económicamente pues ésta tiene más “herramientas” para negociar (por la posición destacada que ocupa en el comercio y por representar un importante socio comercial) y cuenta con un equipo de negociadores técnicamente mejor preparado y una infraestructura más sofisticada para apoyarlos.

Los casos más evidentes del rol jugado por la presión de los países más fuertes son el del MERCOSUR y del TLCAN. En cuanto al primero, la evolución de su MSC ha sido hecha “en cuenta gotas” debido a la resistencia de los países más fuertes del bloque: Brasil y Argentina. En el TLCAN, la resistencia viene del país más fuerte de este bloque, los EE.UU. Este último propuso el modelo actual y ha mostrado resistencia a cambiarlo ya que las reglas de procedimiento vigentes le permiten bloquear el funcionamiento del MSC del capítulo 20 y retrasar el transcurso del procedimiento del MSC del capítulo 19, según su conveniencia (lo que no significa que los demás países no hayan utilizado estos recursos dilatorios en ciertos casos).

El **grado de integración** deseado por los países representa el segundo factor que gravita sobre las decisiones políticas relativas a fortalecer las instituciones pertinentes. El hecho de que los procesos de integración de la región hayan tenido velocidades y objetivos distintos explica por qué los MSCs se han desarrollado de forma distinta. Esta voluntad política relativa a la integración ha motivado la elección entre un foro dotado de un tribunal de justicia permanente con reglas procesales pre-definidas o un tribunal arbitral *ad hoc* que determina sus propias reglas de procedimiento. Esto explica por qué el MSC de la CAN cuenta con un Tribunal de Justicia permanente y con reglas de procedimiento más desarrolladas que las del MERCOSUR o del TLCAN. Aquel bloque de integración fue diseñado para ser una verdadera comunidad de integración, mientras que los demás bloques fueron diseñados para ser una unión aduanera y una zona de libre comercio, respectivamente. Además, este bloque también contaba con un relativo equilibrio de poder político-económico entre sus países-miembros. Como consecuencia, el TJCA ya

cuenta con 23 años de funcionamiento, por otro lado, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, cuenta solamente con 5 años de funcionamiento y todavía opera de forma “ad hoc”.

Importa señalar que el reto que enfrentará cada una de las propuestas de reforma sugeridas en esta tesis será distinto. La propuesta más ambiciosa de esta tesis reside en la creación de órganos de apelación permanentes. Para el caso de la CAN, se trata más bien de una sugerencia motivada por la importancia de que las partes cuenten con un procedimiento jurisdiccional que les permita el amplio ejercicio del derecho al contradictorio y a la defensa. Además, la existencia de una segunda instancia fortalece la uniformidad jurisprudencial y la calidad de las sentencias finales. Sin embargo, la inexistencia de una segunda instancia al parecer no ha puesto en entredicho el correcto funcionamiento de este foro, motivo por el cual creemos que todavía no existe un campo lo suficientemente fértil para motivar discusiones a este respecto.

Por otro lado, en el Mercosur existen razones lo suficientemente fuertes que justifican la incorporación del carácter permanente al tribunal de apelación existente. El análisis de la doctrina y de la normativa mercosureña demuestran que se ha acordado desde mucho la creación de un sistema permanente de solución de controversias y, de cierta forma, se ha avanzado lentamente en este sentido. Sin embargo, el procedimiento jurisdiccional y el TPR, en específico, continúan con el aire de “proyecto inacabado” y la ínfima actuación de este tribunal, comparada con el gran universo de demandas que se han tramitado en este foro, evidencia, de cierta forma, la debilidad de su credibilidad. No se espera que, al dotar el TPR de un carácter permanente, Brasil y Argentina pasen a utilizarlo más frecuentemente, sino que creemos que este avance institucional fortalecería la imagen y la confianza de los países más débiles en este foro y pondría fin a un reclamo legítimo de los mismos en cuanto a la necesidad de reforzar el rol de este tribunal. Además, la eliminación de la innecesaria actuación de dos órganos políticos en la fase pre-contenciosa y del innecesario formalismo de requerir consenso unánime en la decisión de los expertos sobre reclamos iniciados por particulares, fortalecería la eficacia y agilidad de este foro.

Es necesario que el MERCOSUR cuente con una estructura institucional permanente que funcione con cierta autonomía con respecto a los gobiernos de los países miembros. Esto, no solo reforzaría la solidez de este bloque de integración, sino que también mejoraría la confianza del sector privado hacia el mismo, en especial de los inversionistas. Las conductas discrecionales de los Gobiernos, muchas veces contrarias a la normativa mercosureña, ha generado un ambiente de inestabilidad para hacer negocios en la región y ha perjudicado la atracción de inversión extranjera⁴⁵¹. De esta forma, la existencia de un foro jurisdiccional más sofisticado y eficaz, inhibiría los países de seguir violando constantemente la normativa mercosureña.

Si bien es cierto que con estos cambios Brasil y Argentina tendrían menos control sobre este foro, también lo es que las ventajas políticas, institucionales, jurídicas y económicas serían mucho mayores. Así, por ejemplo: i) la introducción de estos cambios demostraría una mayor seriedad de Brasil y Argentina frente a la normativa jurídica mercosureña y al propio MERCOSUR, lo que, a su vez, fortalecería la credibilidad de estos dos países frente a sus socios comerciales más pequeños y traería una mejor imagen a este bloque de integración la cual se encuentra relativamente dañada actualmente; ii) la existencia de un foro más judicializado con un tribunal de apelación permanente entregaría jurisprudencia y precedentes más sólidos, contribuiría a una interpretación uniforme de la normativa y a la formación de un cuerpo jurisprudencial coherente, lo que conduciría a un sistema más predecible; iii) contar con órganos jurisdiccionales que emitan decisiones fundamentadas desde el punto de vista jurídico ayudaría a fortalecer la confiabilidad de la sociedad en la aplicación y el desarrollo de una normativa de integración; iv) la existencia de un foro jurisdiccional más sofisticado permitiría a los agentes económicos disfrutar de un nivel de confianza y seguridad mayor para planificar los negocios en el mediano y largo plazo. Esto se traduce en una mayor inversión extranjera y un mayor flujo comercial entre los países, lo que se convierte en ganancia económica para el sector privado y público.

⁴⁵¹ Sobre este aspecto ve las estadísticas ofrecidas por el *Doing Business* del Banco Mundial. Disponible en <http://www.doingbusiness.org/>

Por último, es importante señalar que, pese al hecho de que el grado de integración aspirado por las partes del Mercosur no ha sido ambicioso si lo comparamos al de la CAN, en la práctica ha habido un avance normativo gradual⁴⁵². De esta forma, con el pasar de los años, el marco regulatorio se ha tornado más complejo y profundo, hecho que demanda un foro jurisdiccional dotado de reglas procesales e instituciones eficaces para contrarrestar cualquier violación a este marco jurídico que sigue en constante evolución.

En el caso del TLCAN, si bien es cierto que los Estados Unidos han sido el mayor demandado en el MSC del capítulo 19, lo que hace que el mismo no tenga mayores intereses en mejorar este foro, también lo es que este país ha sido el segundo mayor país en utilizarlo. De esta forma, también tiene interés en que este foro cuente con un procedimiento jurisdiccional eficiente. Los retrasos generados en este procedimiento no solo desgastan las relaciones diplomáticas entre los países contendientes, sino que también encarecen la demanda. Además, esta estrategia dilatoria no impide que la parte perjudicada lleve su pretensión a otro tribunal, como ha hecho México y Canadá al llevar semejantes reclamos al OSD de la OMC.

El hecho de que el MSC del capítulo 20 del TLCAN hasta hoy no haya podido funcionar correctamente representa una gran pérdida para este bloque de integración. Este mecanismo debería representar el principal foro de este sistema considerando su competencia para juzgar los más variados temas comerciales abarcados en este Tratado. Como consecuencia, debería ser bastante activo. Sin embargo, solamente pudo actuar, de forma extraordinaria, en tres casos considerando que el listado de árbitros nunca fue compuesto. Se debe tener presente que todas las partes salen perdiendo con la imposibilidad de este foro de funcionar normalmente. Entre las desventajas generadas señalamos la falta de un órgano que desempeñe las funciones de aclaración de las normativas conflictivas y omisas y que provea análisis que serían extremadamente útiles para verificar las implicancias jurídicas de las políticas públicas comerciales adoptadas.

⁴⁵² Esta evolución ha ocurrido mayormente en el Mercosur. Para verificar la evolución del marco regulatorio del Mercosur sírvase consultar el sitio: <http://www.mercosur.int/show?contentid=1025>.

En definitiva, la falta de un foro jurisdiccional impide la formación de un cuerpo jurisprudencial que daría mayor solidez al marco normativo de este bloque de integración y que contribuiría a crear un sistema más predecible y estable.

Para finalizar, nos gustaría señalar que, considerando las asimetrías estructurales de los países integrantes de los bloques de integración regionales, mayormente en el MERCOSUR y el TLCAN, la búsqueda de la igualdad jurídica entre los miembros cobra mayor importancia. Esta búsqueda debe aspirar a la conformación de una instancia institucional que garantice la aplicación uniforme del derecho comunitario y la resolución rápida y eficaz de los conflictos que se presenten. Claramente, elaborar un mecanismo jurídicamente perfecto, pero técnicamente inaplicable o políticamente inaceptable, no representa ningún interés y está destinado al fracaso. Además, no se trata de crear superestructuras burocráticas que terminen por imposibilitar el acceso a la justicia. Se trata de contar con foros que actúen de forma eficiente en la solución de las demandas sencillas y también de las más complejas.

Lograr que los mecanismos de solución de diferencias comerciales sean al mismo tiempo rápidos, efectivos y baratos representa un gran reto. Obtener un equilibrio entre las tres características citadas no es una tarea fácil. A pesar de este desafío, la experiencia durante las últimas décadas sugiere que los países latinoamericanos están avanzando hacia un mayor nivel de madurez institucional, con una mayor aceptación, confianza y respeto por un régimen de derecho en el campo de la integración comercial. Son estos factores los que sirvieron de estímulo para desarrollar este estudio que busca, en última instancia, poner de manifiesto elementos que, se espera, sirvan de impulso a los debates jurídicos que buscan fortalecer este vital órgano para cualquier esquema de integración.

Anexo 1

Cuadro33. Comparación esquemática de los MSCs analizados

	OMC	TLCAN/ NAFTA	MERCOSUR	CAN
Principales normativas reguladoras	Entendimiento de Solución de Diferencias-ESD	Artículos 11, 19 y 20 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)	1. Protocolo de Olivos 2. Directiva CCM N° 17/99, 3. Decisión CMC N° 18/02	1.Acuerdo de Cartagena 2.Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN 3.Protocolo de Cochabamba
Foro	Exclusividad si se refiere a los Acuerdos multilaterales	Opción	Opción	Exclusividad
Legitimidad	Solamente los Gobiernos	Gobiernos en mecanismo principal Particulares en ciertos mecanismos especializados	Gobiernos en mecanismo principal Particulares por vía indirecta (sujeto a la aprobación de la Sección Nacional)	Gobiernos y Particulares directamente
Terceras Partes	Sí	Sí	Sí	Si
Órganos participantes	1. Órgano de Solución de Diferencias 2. Grupo Especial 3. Órgano de Apelación 4. Arbitraje	1. Comisión de Libre Comercio 2. Panel arbitral 3. Comité de Impugnación Extraordinaria (en casos excepcionales)	1. Comisión de Comercio del Mercosur-CCM 2. Grupo Mercado Común-GMC 3. Tribunal Arbitral "ad hoc" 4. Tribunal Permanente de Revisión-TPR	1. Secretaría General-SC 2. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina-TJ
Composición de los órganos decisorios	No necesitan ser juristas	Cap.19: Deben ser juristas; Cap.20: No necesitan ser juristas	Deben ser juristas	Los miembros del TJCA deben ser juristas
Asesoramiento técnico	En las controversias que demandan conocimiento técnico o científico (MSF, OTC)	Sí	Sí	Sí

Medidas provisionales	No	Sí	Sí	Sí
Procedimiento	Único	Múltiple (existen 3 mecanismos principales: capítulo 11 19 y 20)	Múltiple (mecanismo de la CCM* y del Protocolo de Olivos)	Múltiple (de la SG y del TJCA)
Etapas	1. Consultas 2. Grupo Especial 3. Órgano de Apelación	1. Consultas 2. Comisión de Libre Comercio (cap.20) 3. Panel binacional 4. Comité de Impugnación Extraordinaria (en casos excepcionales)	1. Consultas 2. CCM 3. CMG 4. Tribunal Arbitral ad hoc 5. TPR	Acción de incumplimiento: 1. Consultas 2. Fase Pre-contenciosa: SG 3. Fase Contenciosa: TJ
Naturaleza de la decisión	Informe provisional Informe definitivo	Informe preliminar Informe final	Laudo	1.Sentencia (Tribunal de Justicia) 2.Resolución (Secretaría General):supranacional
Recursos disponibles	Recurso de Apelación ante el OA, por cuestiones de derechos	No existe mecanismo de apelación	Recurso de Apelación ante el TPR, por cuestiones de derechos Recurso aclaración	Recurso de Revisión para el órgano que emitió el fallo (TJCA) Recurso de Reconsideración para la misma SG
Cumplimiento	Informe adoptado por OSD de cumplimiento obligatorio	Cap 19: Laudo de cumplimiento obligatorio Cap. 20: Laudo no es obligatorio (las Partes pueden acordar otra solución)	Laudo de cumplimiento obligatorio	Sentencias y dictámenes de cumplimiento obligatorio
Consecuencias del incumplimiento	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes	Posible compensación o suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes

* Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur -MERCOSUR/CCM/DIR. 17/99

BIBLIOGRAFIA

ABAL OLIU, Alejandro. Solución de Controversias en el MERCOSUR. Aspectos procesales. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias Córdoba, (11): 32-45, 1999.

ACCIOLY, Elizabeth. Mercosul & União Européia. Curitiba, Juruá Editora, 2004.

ALEMANNI, Alberto. Private parties and WTO Dispute Settlement System Who bears the costs of non-compliance and why private parties should not bear them. Cornell Law School LL.M. Papers Series, 2004.

ALMEIDA, Pablo Alberto. Solución de Controversias no Mercosul. Comentarios ao Protocolo de Brasilia. Sociedade Brasileira de Direito Internacional. XLV(77-78), 1992.

ALTER, Karen J. Do International Courts Enhance Compliance with International Law? Review of Asian and Pacific Studies (25):51-78, 2003.

_____. Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context. European Journal of International Relations, 1(14), 2008.

ANDENAS, Mads. WTO: Law and Process. Edited by Mads Andenas and Federico Ortino. The British Institute of International and Comparative Law, 2005.

BACCHUS, James. Dejar Que Entre el Sol: Una Opinión Sobre el Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. En LACARTE, Julio y Jaime Granados (eds), Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales. Buenos Aires , BID-Intal, 2004, pp. 87-93.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Mercosur, its Institutions and Juridical Structure. Sistema de Información en Comercio Exterior-SICE/ OAS, 1998.

BARRAL, Welber y PRAZERES, Tatiana, Solução de Controvérsias. En: WELBER Barral Organizador. O Brasil e a OMC, 2da. ed. Revisada y actualizada., Curitiba, Ed. Juruá, 2002.

Interamericano de Desarrollo Washington -BID. Más allá de las fronteras: El nuevo regionalismo en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo Washington, D.C., 2002.

BOLDORINI, Maria Cristina. Protocolo de Brasilia para la solución de controversias. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Argentina (06):28-42, septiembre de 1994.

BOLOGNA, Natalia. Comparación entre la Unión Europea y el Mercosur desde un enfoque económico institucional. Historia Actual Online, (2):7-22, otoño, 2003.

BOUZAS, Roberto. El Mercosur diez años después. ¿Proceso de aprendizaje o déjà vu? Desarrollo Económico, 41(162):179-200, jul. - sep., 2001.

BOUZAS, Roberto y SOLTZ, Hernán; "Institutions and Regional Intergration: The Case of Mercosur" (co-authored with Hernán Soltz), En: V. BULMER Thomas (editor), Regional Integration in Latin America and the Caribbean, University of London/ILAS-The Brookings Institution-ILAS, 2001.

BRUTGER, Ryan. "Private Parties: Hidden Actors of WTO Dispute Settlement" Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association 67th Annual National Conference, The Palmer House Hilton, Chicago, IL, Apr 02, 2009.

BUGGE, Thorbjorn Daniel. WTO Adjudication. København : Forlaget Thomson/GadJura, 2005.

BUSCH, Marc y REINHARDT, Eric. Bargaining in the Shadow of the Law: Early Settlement in GATT/WTO Disputes. Fordham International Law Journal 24(1-2): 158-172, nov-dec, 2000.

_____ Testing International Trade Law: empirical studies of GATT/WTO dispute settlement. In: KENNEDY, Daniel L. M., and James Southwick, eds., The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec. New York: Cambridge University Press, 2002, p.457-481.

_____ Transatlantic Trade Conflicts and GATT/WTO Dispute Settlement. Edited by ERNST-ULRICH PETERSMANN and MARK A. POLLACK. Oxford University Press Inc., 15.7.2003a.

_____ Developing Countries and General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization Dispute Settlement. Journal of World Trade 37 (4): 719-735, 2003b.

_____ The WTO Dispute Settlement. Swedish International Development Cooperation Agency-SIDA, april 2004.

_____ Three's a Crowd: Third Parties and WTO Dispute Settlement, World Politics - 58(3):446-477, april 2006.

CARRANZA, Mario E. Can Mercosur Survive? Domestic and International Constraints on Mercosur. Latin American Politics and Society, 45(2): 67-103, summer 2003.

CÁRDENAS, Emilio J. Mercosur's Fragile Dispute Resolution System at Work: First decision ever made by an "Arbitration Panel" in a Dispute arising among sovereign parties. En: M BRONCKERS and R. Quick (editors), New Direction in International Economic Law. Essays in Honour of Jonh Jackson. Kluwer Law Internacional, 2000, p.281-288.

CÁRDENAS, Emilio J; TEMPESTA, Guillermo. Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism. Journal of International Economic Law. (4): 337-366, 2001.

CÁRDENAS, Sara L. Feldstein y otros. Del Protocolo de Brasilia al Protocolo de Olivos: Los desafíos pendientes. En: II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial. Comisión 6: Arbitraje Comercial. Colegio de Abogados del departamento Judicial de San Isidro. Instituto de Derecho Internacional Privado. 11, 12 y 13 de mayo del 2006.

CASELLAS, Cristina Alonso y otros. Solución de controversias en los sistemas de integración. El caso del MERCOSUR. SERIE INAP – AAG DNEYD – CEPAS, 1999.

CAVAZOS, Villanueva, Gabriel y Luis F. Martínez Serna. Private Parties in the NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: The Mexican Experience. Tulane Latin America Law Institute, New Orleans, Louisiana, June 26-28, 2002.

CEPAL. Istmo Centroamericano: fomento y modernización del sector agroexportador. Los casos del azúcar, el banano y el café. LC/MEX/L.429 de 12 de mayo de 2000.

_____ Bulletin Serie Comercio Internacional, Latin America and the Caribbean in the World Economy, 2005.

CHAD, P. Bown. On the economic success of GATT/WTO Dispute Settlement, The Review of Economics and Statistics. 86(3): 811-823, August 2004a.

_____ Developing Countries as Plaintiffs and Defendants in GATT/WTO Trade Disputes, The World Economy, Blackwell Publishing, 27(1): 59-80, 2004b.

_____ Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties, and Free Riders. The World Bank Economic Review, 19(2):287-310, August 24, 2005.

CHAD, Bown and Bernard M. Hoekman, 861–890, 'WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector', 8 (4) JIEL (2005).

CHANDA, R. 2002. GATS and its Implications for Developing Countries: Key Issues and Concerns. Versión Publicada en: <http://www.un.org/esa/esa02dp25.pdf> (visitada en marzo 2006).

CHAYTOR, Beatrice. International trade law and GATT/world trade organization dispute settlement system. In: Studies in transnational economics law. Edited by Ernst – Ulrich Petersmann. London: Kluwer Law International, 1997.

CHRIS, Richard. The WTO at 10: Perspectives on Regional and Multilateral Dispute Settlement. Presentation made at the seminar "WTO At 10: A Look At the Appellate Body". Sao Paulo, 16 May 2005.

COLLIER, John and LOWE, Vaughan. The settlement of disputes in International Law. Institutions and Procedures. Oxford University Press, 1999.

CONNERTY, Anthony. Manual of International Dispute Resolution. Published by the Commonwealth Secretariat, 2006

COPELLO, Belter Garre. Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Regímenes de Derecho Comparado. In: Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR. Facultad de Derecho, Universidad de la Republica, 1995a

_____ La creación de un Tribunal de Justicia en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Regímenes de Derecho Comparado. In: Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR. Facultad de Derecho, Universidad de la Republica, 1995b.

COTTIER, Thomas. Dispute settlement in the World Trade Organization: characteristics and structural implications for the European Union. Kluwer Law International, Common Market Law Review (35): 325–378, 1998.

CZAR DE ZALDUENO, Susana. El Tribunal Andino de Justicia. Integración Latinoamericana, INTAL n°38, agosto de 1979, p.32.

DALLA VIA, Alberto. Soluciones de Controversias. En: MERCOSUR. Perspectivas desde el Derecho Privado. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

DAVEY, William J. Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions, RIETI Discusión Paper Series 05-E-013, march 2005.

_____ The WTO dispute settlement system: the first decade. Preliminary draft, may 20, 2004.

_____ Dispute Settlement in GATT, 11 FORDHAM INT'L L.J. 51 (1987).

_____ The WTO: looking forwards. Journal of International Economic Law. 9(1):3-29, 2006.

DAVIS, Christina L. Do WTO Rules Create a Level Playing Field for Developing Countries? Department of Politics Princeton University. Prepared for delivery at the 2003 Annual Meeting of the American Political Science Association, Philadelphia, August 28-31. Copyright by The American Political Science Association, 2003a.

_____ Setting the Negotiation Table: The Choice of Institutions for Trade Disputes. Paper read at American Political Science Association Conference, at Philadelphia, 2003b.

DE KLOR, Adriana Dreyzin. El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones. Revista Latinoamericana de Derecho, (3): 69-105, enero-junio 2005.

DELICH, Valentina. Latinoamérica y el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio. En: La nueva Agenda del Comercio en la OMC. Colección de textos de Economía. Santa Fe de Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, julio 2000.

_____ The “judicialization” of trade relations in South America. Its implications for regional institutional building. Trabajo preparado para la Tercera Conferencia Annual del ALSNIT – Euro-Latin Study Network on Integration and Trade, Germany october 21-22, 2005.

DELICH, Valentina y TUSSIE, Diana. The Political economy of dispute settlement: The Case of Argentina. FLACSO. october, 2005.

DURLING and Harling. Amicus curiae participation in WTO dispute settlement: reflections on the past decade, En: YERXA, Rufus and Bruce Wilson (eds), Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years. WTO, Cambridge University Press, 2005 pp. 221-231.

ECHANDI, Roberto. Solución de Diferencias Comerciales entre Estados: La experiencia de los países Centroamericanos. En LACARTE, J. (Ed.) et .al. Solución de Controversias Intergubernamentales, Enfoques Multilaterales y Regionales, Inter-American Institute for Trade Integration Buenos Aires, BID-INTAL, 2004.

ECHOLS, Marsha A. Sanitary and phytosanitary measures. En: Multilateral trade framework for the 21 century and us implementing legislation. American Bar Association. Washington/DC: Editor: Terence P. Stewart, 1996.

EHLERMANN. Experiences from the WTO Appellate Body. *Texas Int L.J.* 38, p.478, 2003.

EKMEKDJIAN, Miguel. Introducción al derecho comunitario latino-americano. Ediciones Desalma, 1996.

ENDSLEY, Harry B. Dispute settlement under the CFTA and NAFTA: from eleventh-hour innovation to accepted institution. Hastings International and Comparative Law Review, 18(4), summer 1995.

FOOTER, Mary E.. Developing Country Practice in the Matter of WTO Dispute Settlement. Journal of World Trade 35(1): 55–98, 2001.

GAL-OR, Noemi, "The Concept of Appeal in International Dispute Settlement" (February 2008). European Journal of International Law, 19(1): 43-65, 2008.

GANTZ, David A. Government-to-Government dispute resolution under NAFTA'S Chapter 20: A commentary on the process. American Review of International Arbitration (11):481, 2000.

_____ Resolution of trade disputes under NAFTA's chapter 19: The lessons of extending the binational panel Process to México. ABI/INFORM Global pg. Law and Policy in International Business, 29(3):297, spring 1998.

GARCÍA BERCERO, Ignacio. Dispute Settlement in EU FTAs: Lessons Learned. En: "Regional Trade Agreements and the WTO Legal System" conference, organized by the British Branch of the International Law Association, 27-28 may 2005, Edinburgh.

GASTLE, Charles M. y CASTE, Jean-G. Should the North American Free Trade Agreement Dispute Settlement Mechanism in Antidumping and Countervailing Duty Cases Be Reformed in the Light of Softwood Lumber III. Law and Policy in International Business, (26): 823-896, 1995.

GUZMAN, A. The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms. Journal of Legal Studies, (31):303-326, 2002.

GUZMAN, Andrew T. and SIMMONS, Beth A. "Power Plays & Capacity Constraints: The Selection of Defendants in WTO Disputes" (February 7, 2005). Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Paper 5.

_____ Power Plays and Capacity Constraints: The Selection of Defendants in WTO Disputes. The University of Chicago, The Journal of Legal Studies, 34: 557-598, June, 2005.

HAMMERGREN, Linn. Latin American experience with rule of law reforms and its applicability to nation building efforts. Case Western Reserve Journal of International Law, 38(1):63, 2006.

HELPER, Laurence R. Why States create International Tribunals: a theory of Constrained Independence. En: International Conflict Resolution. Edited by Stefan Voigt, Max Albert and Dieter Schmidtchen. Conferences on New Political Economy 23, 253-276, 2006.

HENSON, Spencer. et al. The impact of sanitary and phytosanitary measures on developing country exports of agricultural and food products. En: Seminar World Bank's Integrated Program of Research and Capacity Building to enhance participation of developing countries in the WTO 2000 negotiations. Geneva: October 1-2, 1999.

HENSON, Spencer; CASWELL, J. Food safety regulation: an overview of contemporary issues. Food Policy, (24): 589-603, 1999.

HENSON, Spencer; LOADER, R. Barriers to agricultural exports from developing countries: the role of sanitary and phytosanitary requirements. World Development, (29): 85-101, 2001.

HILF. Power, Rules and Principle- Which orientation for WTO/GATT Law?, Journal of International Economic Law, 4 (1): 111-130, 2001.

HORLICK, Gary. WTO and NAFTA. Rules and Dispute Resolution. Selected Essays on Antidumping, Subsidies and other Measures. Cameron May, 2003.

_____ Developing Countries in the WTO Dispute Settlement Mechanism. Integración y Comercio, INTAL. 125-133, 2000.

HORN, H., MAVROIDIS, P. and NORDSTRÖM, H. (1999), 'Is The Use Of The WTO Dispute Settlement System Biased?'. CEPR Discussion Paper no. 2340. London, Centre for Economic Policy Research.

HUDEC, Robert. Enforcing international trade law: the evolution of the modern GATT legal system 273-355, 367-608, 1993.

_____ The Role of the GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure. En: The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel, 101-120, 1998.

HUFBAUER, Gary Clyde y SCHOTT, Jeffrey J. NAFTA Revisited: achievements and challenges. Peterson Institute of International Economics, October 2005.

HUGHES, Valerie. El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: Una Experiencia Exitosa. En: LACARTE, Julio y Jaime Granados (eds), Solución de Controversias

Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales. BID-Intal, Buenos Aires, pp. 61-86, 2004.

HUNTINGTON, David S.. Settling disputes under the North American Free Trade Agreement. Harvard International Law Journal, spring, 1993, Symposium on the North American Free Trade Agreement

HUSSAIN, Imtiaz. Dispute Settlement, Domestic Institutions and Political Integration in North America. A comparative study. N28, CIDE- Centro de Investigación y Docencia Económicas, 1997.

IBÁÑEZ, Ariel R. & LIBOREIRO, Ernesto. Qué significan las recientes controversias agrícolas en la OMC para la negociación? Especial number LATN-FUNCEX. Serie brief 19, octubre, 2005.

JACKSON, Jonh. The jurisprudence of GATT and the WTO: insights on treaty law and economic relations. Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

_____ Dispute Settlement and the WTO. Emerging Problems. Journal of International Economic Law 1(3): 329-351, 1998,

_____ The World Trade System: Law and Policy of International Economic Relations, 2nd edition, MIT Press, 1997.

_____ The WTO Dispute Settlement Procedures: a preliminary appraisal. In: The world trading system: challenges ahead / ed. J.J. Schott. Washington, D.C. : Institute for International Economics, 1996, p. 153-165

JACKSON, John, DAVEY, Willian, SYKES, Alan O. Legal Problems of International Economic Relations, Third Edition. American Cases Series, West Publishing CO. 1995.

JENSEN, Michael Friis. Reviewing the SPS agreement: a developing country perspective. Working Paper Subseries on Globalization and Economic Restructuring in Africa (Working Paper 02.3). Centre for Development Research, Copenhagen, february, 2002.

KECK, Alexander y SCHROPP, Simon. Indisputably Essential: The economics of dispute settlement institutions in trade agreements. World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2007-02, September 2007.

KENNEDY, Kevin C. Parallel proceedings at the WTO and under NAFTA chapter 19: Whither the doctrine of exhaustion of local remedies in DSU reform? George Washington International Law Review, (47): 366-373, 2007.

KIRTON, John. NAFTA dispute settlement mechanisms: an overview. En Workshop on "NAFTA and its implications for ASEAN's Free Trade Area", organized by the Asian Institute, Munk Centre for International Studies, Toronto, may 27, 2004.

KRAULAND, Edgard J. The challanges of Enhancing Global Security through Multilateral Legal Architecture. En: M BRONCKERS and R. Quick (editors), New

Direction in International Economic Law. Essays in Honour of Jonh Jackson. Kluwer Law Internacional, 101-109, 2000.

KRIKORIAN, Jacqueline D. Planes, Trains and Automobiles: The Impact of the WTO 'Court' on Canada in its First Ten Years. Journal of International Economic Law, (8): 921 – 975, december 2005.

LEATHLEY, Christian. The Mercosur Dispute Resolution System. The Royal Institute of International Affairs, Chatham House Mercosur Study Group, 27 September 2002

LEMMO, Maria Alejandra Rodríguez. Study of selected international dispute resolution regimes, with an analysis of the decisions of the Court of Justice of the Andean Community. Arizona Journal of International and Comparative Law Fall, 19 (3), 836-929, 2002.

LOPEZ, David. Dispute resolution under Mercosur from 1991 to 1996: implications for the formation of a Free Trade Area of the Americas. NAFTA: Law & Business Review of the Americas, 3(2): 113-171, spring, 1997a

_____ Dispute resolution under NAFTA: lessons from the early experience. Texas International Law Journal, 32(2): 163-207, spring 1997b.

MACAULAY, Stewart; FREIDMAN, Lawrence & STOOKEY, John. The Legal System in Operation: Highlighting the Importance of Discretion, Bargaining, and the Law. In *Law & Society: Readings on the social study of law*, 1995.

MACRORY, Patrick. "NAFTA Chapter 19: A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution" C.D. Howe Institute Commentary, 2000.

MARTI MINGARRO, L., Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias en el Mercosur, En: RUIZ DÍAZ, L. (comp..) *Solución de Contraversias en el Mercosur*, R. Asuncion, 1991, p. 17.

MATON, John and MATON, Carolyn. Independence under fire: extra-legal pressures and coalition building in WTO dispute settlement. Journal of International Economic Law 10(2), 317–334, Oxford University Press 2007.

MAVROIDIS, Petros C. Is the WTO dispute settlement mechanism responsive to the needs of the traders? Would a system of direct action by private parties yield better results?: Panel Discussion," Journal of World Trade 32:147-165, 1998.

MERA, Laura Gomez. Explaining Mercosur's Survival: Strategic Sources of Argentine–Brazilian Convergence. *J. Lat. Amer. Stud.* (37): 109–140, 2005, Cambridge University Press.

MERCURIO, Bryan. Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review-Making it Work? Journal of World Trade 38(5): 795-854, 2004.

MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement*. Fourth Edition. Cambridge University Press, 2005.

MICHAEL, S Valihora. NAFTA Chapter 19 or the WTO's dispute settlement body: A Hobson's choice for Canadá? Case Western Reserve Journal of International Law, ABI/INFORM Global. 30(2-3), spring/summer, 1998.

MOYER, Homer E. Chapter 19 of the NAFTA: Binational Panels as the Trade Courts of last resort. *International Lawyer*. Fall, 1993.

NAKAGAWA, Junji. Comparing Dispute Settlement Systems: NAFTA and WTO CREP, Workshop 13 September 2005.

O'KEEFE, Thomas. Dispute Resolution in Mercosur, Journal of World Investment, 3(3): 507-520, 2002.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in Mercosur Legal Integration, 48 *HARV. INT'L L.J. ONLINE* 93, 2007.

OPERTTI BADAN, Didier. Solución de Controversias en el MERCOSUR. Aspectos de Derecho Internacional Privado. En El Mercosur después de Ouro Preto. Aspectos jurídicos. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias (11), 1995.

ORREGO VICUÑA, Francisco. "La creación de un tribunal de justicia en el Grupo Andino". Derecho de la Integración (15):31 y ss. BID-INTAL, mayo de 1974.

ORTEGA, José Emilio y BRIZZIO, Jacqueline Erica. Integración y Solución de Conflictos: Perspectivas y Propuestas Para el MERCOSUR, 3 Revista de Derecho del Mercosur, (3): 36-64, abril 1999.

OTERMIN, Jorge Perez. El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-institucionales. Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

ORTIZ MENA, Antonio. Dispute settlement under NAFTA: the challenges ahead. Paper prepared for the "NAFTA in the New Millenium" conference. University of Alberta, Canada, May 24-25, 2001. Versión publicada en <http://www.bus.ualberta.ca/WCER/pdf/NAFTAOrtiz.pdf> (visitada en abril 2007).

ÖZDEN, Çaglar. Strengths and Weaknesses of the Present Trade System for Developing Countries. Development Research Group, Trade World Bank, March 2003

PALMETER, David and MAVROIDIS, Petros C. Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure. Kluwer Law International, 1999.

PALMETER, David. The WTO as a Legal System. Essays on International Trade Law and Policy. Cameron May Ltda, 2003.

PANIZZON, Marion. Good Faith in the Jurisprudence of the WTO. *STUDIES IN INTERNATIONAL TRADE LAW - NO. 4*, Hart Publishing, 2006.

PAUWELYN, Joost. How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits. Journal of World Trade 37(6): 997-1030, 2003.

_____ Remedies in the WTO: First set the goat, then fix the instruments to get there. WTO: Law and Process. Edited by Mads Andenas and Federico Ortino. The British Institute of International and Comparative Law, 2005,

_____ Adding Sweeteners to Softwood Lumber: the WTO–NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking. Journal of International Economic Law.(9): 197-206, 2006.

PENA, Celina y ROZEMBERG, Ricardo. Mercosur: A different approach to institutional development. Focal Policy Paper (Canadian Found. for the Americas, Ottawa, Can.), march 2005.

PERDIKIS, Nicholas y READ, Rober. The WTO and the Regulation of International Trade, Edward Elgar Publishing Inc., 2005

PEREZ OTERMIN, Jorge. Solución de Controversias en el MERCOSUR. Montevideo, Ediciones del Instituto Artigas del Servicio Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores., 1992.

PETERSMANN Ernst-Ulrich. Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law: International and Domestic Foreign Trade Law and Foreign Trade Policy in the United States, the European Community and Switzerland. University Press: Fribourg, Switzerland. 1991.

_____ International Trade Lawn and the GATT-WTO Dispute Settlement System, 1997.

_____ From the Hobbesian International Law of Co-Existence to Modern Integration Law – The WTO Dispute Settlement System. Journal of International Economic Law, 1(2):175-198, 1998a.

_____ How to promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System. Journal of International Economic Law, 1(1): 25-48, 1998b.

_____ Dispute Settlement in International Economic Law-Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas. Journal of International Economic Law. 2(2):189-248, 1999.

_____ Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Disputes. En: International Dispute Settlement. Edited by Mary Ellen O’ Connell, Dartmouth Publishing Company, 2003.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich and POLLACK, Mark. Transatlantic Economic Disputes: The EU, the US, and the WTO. Oxford University Press, 2004.

PIÉROLA, Fernando y HORLICK, Gary. WTO Dispute settlement and dispute settlement in the “north-south” agreements of the Americas: considerations for the choice of forum. Journal of World Trade 41:5, 2007.

PIZZOLO, Calogero. Pensar el MERCOSUR. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

PORRATA-DORIA, Rafael A, 2004. Mercosur: The common market of the twenty-first century? Georgia Journal of International and Comparative Law, 32(1):1-72, winter 2004

POSNER E. and J. Yoo. Judicial Independence and International Tribunals. California Law Review, (93):1-74, 2005.

PUÑAL, Antonio Martínez. La Solución de las Controversias en el Mercado Común del Sur (Mercosur): Estudio de sus mecanismos”, Colección Estudios Internacionales. Santiago de Compostela, Ed.. Tórculo, 2000

_____ “La Estructura Institucional del Mercosur: Hipótesis de Reformas”, Revista de Derecho Internacional del MERCOSUR-Revista de Direito Internacional e do MERCOSUL, (3):65-84, junio 2004.

_____ El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad. Colección de Estudios Internacionales. Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2005.

REID, Michael. A Survey of Mercosur: A Lopsided Union, *Economist*, Oct. 12, 1996, available in 1996 WL 11247181

REIF, Linda C. NAFTA. The WTO and the FTAA: From choice of forum in inter-state disputes to private actor access to dispute settlement. Faculty of Law, University of Alberta, 2001.

REINHARDT, Eric. To GATT or Not to GATT: Which Trade Disputes Does the US Litigate, 1975- 1999. Paper read at American Political Science Association Conference, at Boston, MA, 2000.

REY CARO, Ernerse J. “La solución de controversias en el MERCOSUR”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. VII, 1996-1997.

_____ La solución de controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur. Córdoba , Marcos Lerner Editora, 1998.

REYES, Jorge E. Fernández. Evaluación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el MERCOSUR. Revista de Derecho del Mercosur (1): 1-72, august, 2000.

ROSE, Andrew K. Do you Really Know that the WTO Increases Trade? American Economic Review. American Economic Association. 94(1): 98-114, 2004.

RUIZ-DANA, Alejandra; GOLDSCHAGG, Meter; CLARO, Edmundo; BLANCO, Hernán. Regional Integration, Trade and Conflict in Latin America. Recursos e Investigación para el Desarrollo Sustentable (RIDES), Chile, January 2007.

SCHLEYER, Glen T. "Power to the people: allowing private parties to raise claims before the WTO dispute resolution system," Fordham Law Review 65: 2275-2311, 1997.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Comunidad Andina: avances y perspectivas. Informe de la Secretaría General de la Comunidad Andina 2005 – 2006. SG/di 800 de 15 de septiembre de 2006.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias. Secretaría General de la Comunidad Andina Lima, 2008.

SECRETARÍA PERMANENTE DEL SELA. La integración latinoamericana y caribeña ante los nuevos desafíos de la actual situación internacional SP/CL/XXVIII.O/Di N° 1 - 02) XXVIII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano. Caracas, Venezuela 7-9 de abril de 2003.

SHAFFER, Gregory. How to Make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: Some Proactive Developing Country Strategies. Working Draft: feb 14, 2003.

_____ Weaknesses and proposed improvements to the WTO Dispute Settlement System: an economic and market-oriented view. Draft, May 13, 2005, prepared for WTO at 10: A Look at the Appellate Body Sao Paulo, Brazil, may 16-17, 2005.

_____ What's New in EU Trade Dispute Settlement? Judicialisation, Public-Private Networks and the WTO Legal Order. Journal of European Public Policy, 13(6), 2006.

SHAFFER, Gregory; RATTON, Michelle Sanchez; ROSSNBERG, Barbara, 2006. Brazil's Response to the Judicialized WTO Regime: Strengthening the State through Diffusing Expertise . ICTSD South America Dialogue on WTO Dispute Settlement and Sustainable Development, Sao Paolo, Brazil 22-23 June 2006

SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. Journal of Legal Studies, 24(4),1997.

SHER, Marc. Chapter 20 dispute resolution under NAFTA: fact or fiction? ABI/INFORM Global The George Washington International Law Review; 35(4), 2003.

STEINBERG, R. Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints. American Journal of International Law, 98(2):247-275, 2004.

STENGER, Debra. La Solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En: LACARTE, J. (Ed.) et .al. Solución de Controversias Intergubernamentales, Enfoques Multilaterales y Regionales, Inter.-American Institute for Trade Integration. Buenos Aires, BID-INTAL, , 2004.

STEWART, Terrence P. and BURR, Mara M. The WTO's First Two and a Half Years of Dispute Resolution, 23 NCJ Int Law & Com REg 481, 1998.

STEWART, Macaulay, Lawrence Freidman & John Stookey. The Legal System in Operation: Highlighting the Importance of Discretion, Bargaining, and "the Law. En Law & Society: Readings on the social study of law, 1995.

STRAIGHT, Samuel C. GATT and NAFTA: Marrying Effective Dispute Settlement and the Sovereignty of the Fifty States. Duke Law Journal, 45(1): 216-254, oct., 1995.

SUTHERLAND, Peter et al. El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio. Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2004.

SYKES, Alan O. and MAVROIDIS, Petros C. The WTO and International Trade Law/Dispute Settlement. Edward Elgar Publishing Inc, p.628, 2005

TAYLOR, Cherie O'Neal. Dispute Resolution as a catalyst for economic integration and an agent for deepening integration: Nafta and Mercosur. Symposium-Institutions for International Economic Integration, Northwestern Journal of International Law and Business, winter-spring 1996-1997.

TAYLOR, J. Michael. Dispute Settlement under the FTAA An Apparent Melding of WTO, NAFTA and MERCOSUR Approaches. Kluwer Law International Journal of International Arbitration 19(5): 393-422, 2002.

TOLEDO, Ricardo Vigil. La Cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal permanente de Revisión del Mercosur. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

TRACHTMAN, J.P., et. al., "Costs and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right Is It Anyway?" Harvard International Law Journal 44(1):221-50, winter 2003.

T. STEWART (ed.). The GATT Uruguay Round: A Negotiating History. London: Kluwer Law International, 1993.

VEGA-CANOVAS, Gustavo. Disciplining anti-dumping in North America: is NAFTA Chapter Nineteen serving its purpose? Arizona Journal of International and Comparative Law, 14(2): 479-501, spring, 1997.

_____ México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de Controversias en la era Post Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

_____ The Experience of NAFTA Dispute Settlement Mechanisms: Lessons for the FTAA. Prepared for presentation at the "ATELIER ALENA" organized by the Institute D'Etudes Internationales of the University of Québec at Montreal, march 20th, 2003.

VICUNA, Francisco Orrego. International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization. Cambridge University Press, 2004.

VILLAMARÍA, José Javier. El mecanismo de solución de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo. IVº Seminario Internacional Anual y Acreditado "Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico". Rosario, 19 de abril de 2004.

VILLAMARÍN, José Javier. El mecanismo de Solución de Diferencias en el Sistema GATT/OMC. La practica Latinoamericana y la internacionalización del modelo. En IVº Seminario Internacional Anual y Acreditado "Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico". Rosario, 19 de abril, 2004.

VINUESA, Raúl Emilio. Enforcement of Mercosur Arbitration Awards within the Domestic Legal Orders of Member States. En Symposium: Globalization and the Judiciary Symposium, 2005. Organized by the Texas International Law Journal- School of Law, spring 2005.

WAINCYMER, Jeff. WTO Litigation. Procedural aspects of formal Dispute Settlement. Cameron May Ltda., 2002.

WHITELAW, James. Régimen de Solución de Controversias en el Mercosur. En J.Lacarte (Ed.) et .al. Solución de Controversias Intergubernamentales, Enfoques Multilaterales y Regionales, Inter.-American Institute for Trade Integration. Buenos Aires, BID-INTAL , 2004.

WILLIAM J. Davey. The WTO Dispute Settlement Mechanism, Llinois Public Law Research Paper Nº 03-08, june 25, 2003.

WILLIAMS, Frances. WTO Minnows Cry Foul on Mediation, Financial Times, 24 october 2002.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: The record to date. Oxford University Press. Journal of International Economic Law, 10(2):397–403, 11 may 2007.

WITKER, Jorge. Solución de Controversias Comerciales en América. Revista Seqüência, (50):259-272, jul. 2005.

ZILLER, Jacques. The development of Trade Dispute Settlements in the context of the "spaghetti bowl" of Trade Agreements: an issues paper. Trabajo preparado para la Tercera Conferencia Anual del ALSNIT – Euro-Latin Study Network on Integration and Trade, Germany, september 2006.