

**LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS  
DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL  
AMERICANOS**



**LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS  
DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL  
AMERICANOS**

Gustavo Carrizo Adris (Dir.)  
Luis Fernando Castillo Argañarás (Dir.)  
Javier Echaide  
Fernando Luaces  
Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva  
Stella Zeballos



Los mecanismos de resolución de controversias en los procesos de integración económica regional americanos / Gustavo Carrizo Adris... [et al.]; dirigido por Gustavo Carrizo Adris y Luis Fernando Castillo Argañarás - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mnemosyne, 2015.

280 p.; 20 x 14 cm. - (Investigación y tesis)

ISBN 978-987-1829-33-0

1. Integración.Regional. 2. Acuerdos Económicos. 3. Conflicto de Intereses. I. Carrizo Adris, Gustavo II. Carrizo Adris, Gustavo, dir. III. Castillo Argañarás, Luis Fernando, dir. CDD 341

Fecha de catalogación: 17/09/2015

## **LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL AMERICANOS**

1ª edición

© Gustavo Carrizo Adris - Luis Fernando Castillo Argañarás, 2015

© De esta edición, MNEMOSYNE, 2015

México 1470 PB 4 - (C1097ABD) Buenos Aires - Argentina

(5411) 4381 4270

[info@mnemosyne.com.ar](mailto:info@mnemosyne.com.ar) - [www.mnemosyne.com.ar](http://www.mnemosyne.com.ar)

978-987-1829-33-0 - Fecha de publicación: Setiembre de 2015

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

*El contenido y la originalidad de este documento es responsabilidad exclusiva de sus autores. Las opiniones expresadas en el mismo no representan, ni reflejan necesariamente, la de los responsables de Editorial MNEMOSYNE.*

*No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11723 y 25446*

## **AUTORES**

### **JAVIER IÑIGO ECHAIDE**

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Abogado (UBA) con especialización de Derecho Internacional Público.

Docente universitario de las Facultades de Derecho en la UBA y la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ) y Univ. Argentina de la Empresa (UADE).

Posgrado en Regulación y Solución de Diferendos en Comercio Internacional e Inversiones (OMC y CIADI), (Facultad de Derecho, UBA).

Ex Vicepresidente de la Comisión Ciudadana de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la Rep. del Ecuador (2013-2015).

Investigador del Inst. Ambrosio L. Gioja, de la Facultad de Derecho, UBA (Categoría 3). Miembro del Instituto de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA).

### **FERNANDO ROBERTO LUACES**

Abogado. Mediador Prejudicial del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Provincia de Buenos Aires. Docente universitario en la carrera de Seguridad Ciudadana, como Asociado – Responsable de Cátedra de las materias Derecho Penal; Procesal Penal; Estado Gobierno y Sociedad y Ciudadanía, Control y Conflicto. Docente Adjunto en la carrera de Derecho en la Universi-

dad Nacional de Avellaneda, en Historia Constitucional Argentina y Latinoamericana I. Docente Investigador.

### **JORGE ALFREDO CRISTIÁN SALSA**

Licenciado en Relaciones Internacionales (Universidad Del Salvador). Abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Ex asesor en Política Internacional Latinoamericana (Ministerio de Defensa). Profesor Adjunto de Realidad Social Latinoamericana y Derecho. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Docente Investigador.

### **ALEJANDRA M. VILLANUEVA**

Abogada. Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora - Facultad de Derecho - Docente Investigador.

### **STELLA DEL VALLE ZEBALLOS**

Licenciada en Ciencia Política. Profesora adjunta en Derecho Internacional Público y en Realidad Social Latinoamericana, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ayudante de primera en Introducción al Estudio de la Sociedad y el Estado Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata. Docente Investigador.

## ÍNDICE

	<b>INTRODUCCIÓN</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris y Luis Fernando Castillo Argañarás</i>	9
<b>CAPÍTULO 1</b>	<b>INTEGRACIÓN - PROPEDEÚTICA A LAS CUESTIONES POLÍTICO CONTROVERSIALES</b>   <i>Fernando Luaces</i>	13
<b>CAPÍTULO 2</b>	<b>LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris</i>	33
<b>CAPÍTULO 3</b>	<b>LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)</b>   <i>Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	43
<b>CAPÍTULO 4</b>	<b>EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA)</b>   <i>Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	57
<b>CAPÍTULO 5</b>	<b>LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)</b>   <i>Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	71
<b>CAPÍTULO 6</b>	<b>LA COMUNIDAD DEL CARIBE (CARI-COM)</b>   <i>Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	109
<b>CAPÍTULO 7</b>	<b>EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris</i>	123
<b>CAPÍTULO 8</b>	<b>EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN - NAFTA) Y LA PROTECCIÓN DE LAS</b>	139

	<b>INVERSIONES EXTRANJERAS. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</b> / <i>Luis Fernando Castillo Argañarás</i>	
<b>CAPÍTULO 9</b>	<b>EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN DE NACIONES DEL SUR (UNASUR)</b>   <i>Stella Zeballos</i>	161
<b>CAPÍTULO 10</b>	<b>LA COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS (CELAC)</b>   <i>Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	181
<b>CAPÍTULO 11</b>	<b>INVERSIONES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: EL PROYECTO DENTRO DE LA UNASUR Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS</b>   <i>Javier Echaide</i>	189
<b>CAPÍTULO 12</b>	<b>LA ALIANZA PARA EL PACÍFICO</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris, Jorge Salsa y Alejandra Villanueva</i>	233
<b>CAPÍTULO 13</b>	<b>ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE MERCOSUR, CAN, ALADI, CELAC, SICA, CARICOM, ALIANZA PARA EL PACÍFICO Y NAFTA</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris y Luis Fernando Castillo Argañarás (Directores)</i>	249
<b>CAPÍTULO 14</b>	<b>CONSIDERACIONES FINALES</b>   <i>Gustavo Carrizo Adris</i>	265



## INTRODUCCIÓN

*Gustavo Carrizo Adris  
Luis Fernando Castillo Argañarás*

Es grato para nosotros presentar los resultados finales del Proyecto de Investigación titulado “Los mecanismos de resolución de controversias en los procesos de integración económica regional americanos” ejecutado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (*CODIGO 13 D/ 013*) y luego acreditado en la programación científica de la Universidad como proyecto LOMASCYT. Participaron integrantes de las cátedras A y B de Derecho Internacional Público a cargo de los Dres. Luis F. Castillo Argañarás y Gustavo Carrizo Adris (respectivamente) quienes dirigieron el proyecto.

La investigación, plantea como hipótesis que:

*“Los mecanismos de resolución de controversias en los procesos de integración regional económicos, al responder a los intereses individuales de las partes en litigio, permiten superar los conflictos entre los distintos actores en la construcción comunitaria, lo cual permite satisfacer los intereses comunes del proceso de integración regional”.*

Como **objetivo general** del proyecto se fijó:

*“Estudiar el rol de los mecanismos de resolución de controversias en la construcción de los procesos de integración económica regional.”*

En cuanto a los **objetivos específicos** se propusieron:

- Analizar la problemática de la integración económica regional en el marco del proceso de globalización económica.
- Analizar la problemática de la integración económica regional en el continente latinoamericano.

- Definir los conflictos que se desarrollan en la integración económica regional que requieren resolución.
- Analizar los mecanismos de resolución de controversias de integración regional desarrollados en el continente americano.
- Establecer los aspectos positivos y negativos en los distintos mecanismos en el contexto de la integración económica regional.
- Precisar los factores históricos, políticos, económicos y sociológicos que inciden en el diseño de los mecanismos de solución de controversias.
- Analizar la efectividad de las soluciones alcanzadas en estos mecanismos de solución de controversias
- Evidenciar la importancia en la creación y afianzamiento de un sistema normativa a nivel regional

A los cuales durante el desarrollo de la investigación agregamos determinar que nuevos horizontes presentan estos procesos de resolución de controversias atento a la cada vez mayor interrelación de los mercados regionales y los países que integran los procesos de integración económica regional. Las incorporaciones, modificaciones o eliminaciones realizadas al temario original es consecuencia de la discusión grupal de los miembros del equipo de investigación, a fin de evitar superposición o dispersión en el tratamiento de los temas objeto de la presente investigación.

En el desarrollo de la investigación se recurrió a técnicas cuali-cuantitativas que incluyeron relevamiento de la bibliografía referida al fenómeno y entrevistas con funcionarios judiciales y autoridades administrativas nacionales o supranacionales.

Agradecemos a la Secretaría de Investigación y al Rectorado de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora los fondos para publicar el presente libro. También a las Autoridades

de la UNLZ, al Rector Dr. Diego Molea y al Secretario de Investigaciones, Ing. Alberto Nivio y de la Facultad de Derecho de UNLZ, Dra. María Fernanda Vázquez, Dr. Lucas Liendo Kapustik. No podemos dejar de mencionar al Dr. Carlos Robbiano, Dra. María del Carmen Isse Moyano, Dra. Teresa Manera y al personal de la Secretaría de Investigación.



# CAPÍTULO 1

## INTEGRACIÓN-PROPEDÉUTICA A LAS CUESTIONES POLÍTICO CONTROVERSIALES

*Fernando Luaces*

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo abordará los antecedentes de la integración, las cuestiones vinculadas al regionalismo y fundamentalmente efectuará un análisis crítico de lo que podríamos llamar las políticas públicas de la integración en el ámbito subregional para la resolución de conflictos, recorriendo algunas experiencias a nivel subregional, para finalmente arribar a algunas reflexiones finales en clave político-jurídica.

Resulta fundamental en este sentido tener presente que existe primariamente una distinción esencial en el marco de la integración, basada en la aceptación de las reglas de juego que regulan los conflictos y otras formas que implican una clara identificación con los sistemas vigentes a nivel mundial.

En tal sentido reconocemos que una integración total tanto en aspectos sociales como culturales resulta compleja, motivo por el cual es indispensable el reconocer la existencia de grados de integración o más específicamente, reconocer y en muchos aspectos resignificar, un sistema de factores predominantemente nacionales.

La integración ha sido durante gran parte del siglo XX reconocida como un proceso, tanto de unión como de articulación comercial, entre dos o más estados que, conforme a las realidades asimétricas partió acordadamente de las ventajas recíprocas que concluirán para determinar las características de los mismos, hablamos en este sentido de modelos que han llegado a un desarrollo comunitario ,como la Unión Europea, quizás la experiencia

de integración imperfecta más evolucionada, hasta los ejemplos tan diametralmente opuestos desarrollados en nuestro hemisferio, como pueden ser los sistemas del NAFTA y MERCOSUR.

Resulta ineludible , en tal sentido, remarcar la relevancia de los distintos proyectos llevados a cabo fundamentalmente post segunda guerra mundial y especialmente los finiseculares y sus desafíos futuros.

## 2. LOS COMIENZOS DE LA INTEGRACIÓN

*“Una cuestión se impone: la ONU, cuya ambición es superar el derecho internacional clásico, fruto de una larga experiencia política, ¿acaso no se arriesga a minar los fundamentos de todo derecho internacional posible, suprimiendo el reconocimiento mutuo de los enemigos, y a obstaculizar las posibilidades, pues estas siempre existen, de una paz general y global?”<sup>1</sup>*

En una clara coincidencia entre distintos autores que han generado una abundante bibliografía sobre el tema, resulta fundamental reconocer que el principio de “cooperación” ha sido un objetivo que en la comunidad internacional luego de 1945, ha sido central para la promoción de esquemas de integración, partiendo fundamentalmente de una premisa “aquellos pueblos que mantienen relaciones de paz, son pueblos en donde el comercio, resulta un valor esencial para evitar conflictos”.

Evidentemente las complejas relaciones en un mundo hacia la globalización acentuaron esta necesidad política que desde mediados del siglo XX, y particularmente a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, puso eje en un principio reflejado en el artículo 1° inciso 3 de dicha Carta, que destaca a la cooperación internacional en la solución de los problemas

---

<sup>1</sup> CORBETTA Juan Carlos, PIANA, Ricardo Sebastián, *El valor de lo político. Estudios sobre Julien Freund*, Prometeo, Buenos Aires 2010.

de carácter económico, social y cultural como generadora de un estímulo para el mejoramiento de las relaciones sin distinción de origen. Evidentemente dichos procesos requirieron de una evolución paulatina, lo que podríamos llamar ciertos grados de madurez con un claro acento imperfecto.

Cada una de las experiencias regionales y subregionales, han demostrado que al ser tipos “imperfectos”, comprueban en sí mismas, lo difícil que resulta la integración en su totalidad. De hecho no existe ningún esquema en la actualidad que haya podido conjugar todos los aspectos de un sistema o tipo de integración.

Tomando en cuenta un cuadro de tipificación o de etapas, en cualquier proceso de integración nos encontramos con políticas públicas de los estados que se centran en el mejoramiento de un tipo específico de integración y otros procesos que necesariamente apuestan a un horizonte de integración mucho más profunda.

Autores como Balassa y Tamames<sup>2</sup> reconocen que en general podemos hablar de seis grados generales de integración, entre los cuales se destacan:

Una zona o área de intercambio preferencial en donde dos o más Estados se otorgan preferencias aduaneras respecto de otros estados, como es el ejemplo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Luego tenemos la Zona de Libre Comercio, en donde estos Estados acuerdan suprimir aranceles y en muchos casos establecer aranceles cero, profundizando en la problemática de las normas para arancelarias para un claro intercambio recíproco sin descuidar la autonomía aduanera, comercial y financiera de sus miembros. En tal sentido la experiencia de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) entre 1960 y 1980 es un claro ejemplo de dicho esquema.

---

<sup>2</sup> DI TELLA, Torcuato y otros, *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Puntosur, Buenos Aires, 1995.

Posteriormente y quizás con un interés que atiende a la profundización de intereses comunes entre los Estados aparece la Unión Aduanera, marco en el cual la liberalización de flujos comerciales se encuentra como uno de los ejes esenciales de interdependencia, siendo desafíos de mayor complejidad que implican no solamente el establecimiento de un arancel externo común con respecto a terceros países, sino también la necesidad de coordinar jurídicamente aspectos aduaneros (Código Aduanero Común) que resulten reglas esenciales para poder llegar a una de las instancias más importantes.

Con respecto a este último caso el objetivo es llegar al Mercado Común, la cuarta etapa, en el cual ya el obstáculo fundamental de armonización es el libre movimiento de los factores de producción, ya sean estos capitales o recursos humanos. Esta experiencia quizás una de las más ambiciosas, ha tenido un desarrollo muy importante para la consolidación de esquemas comunitarios, como la Unión Europea y ha sido parte de los intentos en nuestro hemisferio de esquemas tales como el Mercado Común Centroamericano, hoy reasignado como Sistema de Integración Centroamericano y los avances recientes del Mercado Común del Caribe Oriental.

Para finalizar esta breve descripción de los distintos tipos de integración resulta importante mencionar la impronta de propuestas tales como la de uniones económicas monetarias, en una muestra de armonización de políticas económicas nacionales y la “Integración Total” pensada como una fusión entre las naciones o mejor dicho entre los estados nacionales que implicaría una resolución de las soberanías particulares apuntando a un nivel comunitario estable o supranacional.

Todas estas etapas mencionadas y en muchos aspectos limitadas por la complejidad social y económica, sumada a una serie de factores que van a desbordar los límites de estos procesos no podrían ser posibles sin tener en cuenta el valor que adquiere el principio de “reciprocidad” sin descuidar que cada uno de los estados cuenta con ventajas comparativas que limitan



en muchos aspectos la capacidad de los estados en cualquier profundización del modelo.

Desde el punto de vista jurídico “el compromiso político” de cualquier proceso de integración, partirá de la firma de un acuerdo entre los gobiernos de los Estados, que evidentemente puede ser a partir de un tratado marco que establezca objetivos generales, como oportunamente fueron establecidos a partir del Tratado de Asunción (MERCOSUR 1991) o aquellos donde el tratado contrato o también conocido como tratado ley, especifica puntualmente cada una de las incumbencias que pueden generar cuestiones al esquema de integración, por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA).

La dinámica de estos dos formatos presenta en su esencia una clara diferenciación, aquellos tratados marco o fundacionales de integración van a requerir la generación permanente de protocolos adicionales que sirvan a los fines de resolver cuestiones en distintas áreas de la integración y que estarán sujetas a resultados futuros, mientras que en los tratados ley como el ya mencionado, existe claramente una identificación de aquellas cuestiones que hacen al quehacer habitual del intercambio comercial y en esto importa resaltar que el tópico central, abarca tanto problemáticas que transitan desde un interés nacional a un interés particular.

Basados en la responsabilidad internacional, la integración en esencia retoma los principios presentes del *pacta sunt servanda* y de buena fe, base fundamental para una organización común no sólo de intereses soberanos de los sujetos plenos de Derecho internacional Estados sino también de los mercados internacionales, factor esencial frente a la problemática de litigios presentes y futuros para una base jurisprudencial de la integración.

Lograr la coordinación de reglamentaciones que afecten tanto cuestiones macroeconómicas como microeconómicas no podría ser efectiva sin una fuerte implementación de políticas públicas intergubernamentales de carácter comercial y sectorial

además de coordinadas, en un mundo en donde el acceso de los mercados se altera permanentemente.

### 3. REGIONALISMO: PASADO Y PRESENTE

El concepto de regionalismo va a tener sus orígenes en el proceso europeo post segunda guerra mundial, partiendo de la premisa del conflicto latente.

La necesidad de unirse y de ceder derechos soberanos resultó indispensable para acabar con viejas antinomias (Francia y Alemania), naciones históricamente rivales coincidirán en los principios a los cuales adhirieron internacionalmente para consolidar la paz y a partir de ahí profundizar el progreso<sup>3</sup>. Las experiencias surgidas a partir de 1951 con el Acuerdo Fundacional para la Comunidad Europea del Acero y el Carbón, que sumó además a Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, generó un compromiso bajo una autoridad común que permitió iniciar el camino hacia nuevos objetivos que tendrán un fuerte sesgo desde el punto de vista teórico en lo que serán las denominadas corrientes neo funcionalistas. Haas, impulsor de dichas teorías, estableció que la cooperación técnica exitosa en distintas áreas de la integración generaría un desbordamiento o derrame que excedería los aspectos meramente comerciales y estratégicos teniendo efectos fuertemente socio culturales y políticos, como así también en el marco de la gran política en donde áreas como la defensa y la seguridad serían afectadas; en este contexto el teórico mencionado, observando las experiencias europeas, profundizadas en la Comunidad Económica Europea, observará la importancia que tendrá para este proceso de integración comunitaria el rol de las elites, la escala de valores ideológicos que acompañarán este proceso, y fundamentalmente el perfeccionamiento institucional de los mismos.

---

<sup>3</sup> BERTONI, Liliana, *Laudos Arbitrales en el MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006.

La etapa y la teoría en análisis formaron parte del período del Estado de bienestar europeo<sup>4</sup>, cuestión que evidentemente en la actualidad se encuentra en crisis.

Posteriormente este análisis teórico neofuncionalista requirió de claras reformulaciones ya que la cooperación regional de organizaciones de sistemas y hasta de actores subnacionales no podía de ninguna manera confundirse con los resultados a futuro por tal motivo esta propuesta teórica de análisis neofuncionalista fue encontrando espacios que el análisis no podía explicar. Uno de los puntos centrales de dicha carencia va a estar fundamentalmente centrado en cuestiones tales como la relación entre el actor nacional y subnacional, la situación internacional y fundamentalmente la problemática derivada de aquellos estados con marcadas asimetrías de muy difícil modificación, cuestión que no es materia exclusiva del proceso europeo sino que ha quedado claramente identificada en las experiencias americanas.

Plantear ,el por qué se inicia un proceso de integración, se mantiene o se profundiza, requiere entender la existencia de variables que dependen en alto grado de cuestiones tanto de carácter interno como esencialmente de carácter externo. Este marco de relaciones de interdependencia tan susceptible a los beneficios de las transacciones como el papel de las presiones externas, como los liderazgos modifican en muchos casos los resultados esperados.

La mayor interdependencia que tiende a incorporar prácticas políticas-económicas requiere de cierto grado de perdurabilidad en el tiempo, de los objetivos propuestos desde propuestas como la Unión Europea, intergubernamentales comunitarias, como de esquemas como el MERCOSUR de carácter intergubernamental integrador, basado en principios y empatías ideológicos comunes.

---

<sup>4</sup> HAAS, Ernst, *The Unithig of Europe, Political, Social, and Economic Forces*, Stanford University Press, 1968.

Para una mejor comprensión, de lo expuesto recordemos lo expuesto por Mattli:

*“... los líderes políticos lanzan un proyecto de integración, las oportunidades de éxito son mayores si dos condiciones son satisfechas: primero, el grupo de países involucrados puede obtener ganancias importantes derivadas del progreso; segundo, el grupo es liderado por un país capaz de funcionar como punto focal de las instituciones y como principal pagador regional”<sup>5</sup>.*

Como aporte a la evolución de los esquemas de integración en el hemisferio americano no podemos dejar de mencionar la trascendencia tomada por lo que autores como Bertoni denominan regionalismo ampliado o abierto, que comenzaron en las décadas del 80 y 90 a desarrollarse con un claro objetivo de renovación a partir de la firma en 1980 del Tratado de Montevideo (ALADI) incorporaron, teniendo en cuenta las experiencias anteriores, que uno de los principios sustentadores sería de carácter, esencialmente político y en este caso hablamos de la democracia. Obviamente cuestión no casual ya que muchos de los actores involucrados, por caso MERCOSUR, está integrado por estados que padecieron procesos de inestabilidad democrática durante una parte importante del siglo pasado.

A esto se sumarán otros principios que tomarán en lo esencial tópicos surgidos de la Carta de Naciones Unidas, indispensables como así también no abiertos a futuros planteos y tan necesarios para la consolidación de la democracia, en este sentido nos referimos a los Derechos Humanos y a la Defensa del Medioambiente, este último planteado como ineluctable para las generaciones futuras.

De todas formas resulta indispensable mencionar en esta apretada síntesis sobre los orígenes y la actualidad de la cuestión

---

<sup>5</sup> MALAMUD, Andrés; CASTRO, Pablo, “El regionalismo entre el Estado Nación y la gobernanza global”, en, PINTO, Julio (Comp.), *Entre la Integración y la fragmentación regional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009.

Regionalismo-Integración, que estos debieron ajustarse a los cambios en cuanto a la visión del estado-nación ya que la im-pronta puesta por los actores externos, condicionó partir de la inestabilidad económica, los problemas de deuda externa y las posibilidades de los Estados, que ante la emergencia llevaron a ajustarse a una nueva matriz de tipo mercado céntrica y en tal sentido oponerla al modelo estado céntrico.

Este regionalismo abierto surgido en el marco de las políticas neoliberales se fue diseñando de forma tal que las motivaciones para una mayor integración económica suceda como responsabilidad específica de los estados parte de cualquier esquema de integración, reconociendo que en muchos aspectos más allá de la cooperación para el desarrollo recíproco de los estados debía respetarse la mera complementación en muchos casos para los no socios.

El regionalismo abierto a lo largo de los 90 se desarrollará en un contexto de crisis generalizada basado en el agotamiento de experiencias nacionales y en un acentuado estancamiento que obviamente implicó previas crisis significativas (Tequila, México 1994, Samba, Brasil 1999, Argentina 2001) definieron la generación de un replanteo en este tipo de regionalismo.

Más allá de una aceptable estabilidad y de un progresivo crecimiento económico resulta evidente como una asignatura de las políticas públicas de los estados el mejoramiento de los indicadores sociales en relación a los logros económicos.

Necesidad de reformas que partan de nuevas relaciones de juego entre el Estado y la Sociedad, resultan indispensables en un contexto de crisis y cuestionamiento interno. Naturalmente alguna de las soluciones para su relanzamiento residen en la creación de nuevos y mayores espacios integrados a partir de una nueva redefinición de la matriz estadual que trate de poner a lo político por encima de lo económico, cuestión que permitirá la búsqueda de equilibrios y de una mejor negociación política. Las recientes experiencias como las del UNASUR entendidas como esquemas de integración política no han avanzado más allá de ser propuestas

inter gobiernos que unidos por ciertos aspectos han llevado fundamentalmente a trabajar sobre cuestiones surgidas de crisis institucionales, “emergencias” que son observadas desde el punto de vista político como un ataque a lo que podríamos llamar una integración macro (sucesos ocurridos recientemente en Ecuador y Paraguay) como así también decididamente cuestionadoras de las viejas propuestas surgidas de la bipolaridad como la Organización de Estados Americanos.

No podemos dejar de mencionar la experiencia impulsada por la República Bolivariana de Venezuela y su esquema de comunidad ideológica denominado Alternativa Bolivariana de las Américas que surgió ante una propuesta reciclada de los años 90 conocida como el Área de Libre Comercio de las Américas, llamado ALCA, y que en realidad ya avanzada las segunda década del siglo XXI no tiene una incidencia significativa más allá de proponer esquemas confrontativos que dependen de un mundo en cambio permanente.

#### **4. LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. APROXIMACIONES Y DISONANCIAS**

*“Solucionar los conflictos por la vía del arbitraje y no por el recurso a las armas. Se trata, pues, de un sistema que eleva a la justicia a la dignidad de regla soberana en política, sustituyendo la decisión por el juicio.”<sup>6</sup>*

#### **Integración, cuestiones, intereses y resolución de conflictos**

En el campo de las relaciones internacionales y en especial en el marco de un esquema de integración, se encuentra presentes los conflictos, derivados de criterios divergentes, producto en especial de cuestiones de intereses, que se mudan permanentemente

---

<sup>6</sup> LAUNAY Stephen, “¿Puede desaparecer la guerra?, Notas a la polemología de Julien Freund”, en CORBETTA Juan Carlos y PIANA Ricardo Sebastián, Op. Cit.

como consecuencia de la situación estadual interna, de cada integrante, tema que ha sido históricamente una de las variables permanentes de los sujetos plenos de derecho internacional.

América Latina en las últimas décadas se ha caracterizado por ser una región de paz, y el fortalecimiento de los lazos entre Estados ha sido y es la base de los distintos núcleos de coincidencias que permitieron con anclaje en la defensa de la democracia y los Derechos Humanos, la columna vertebral política de los esquemas en tratamiento.

Frente a las cuestiones latentes que ponen siempre a prueba la fortaleza de los esquemas de integración, no solo fue indispensable delimitar las causas de los conflictos, sino también, determinar los medios para la resolución de los mismos, problemática que no podría encontrar respuestas sino fuera por la voluntad soberana de los Estados, de entender la trascendencia de integrarse con fines comunes. Esto no es definitivo, pues los medios tratados en el presente trabajo muestran de alguna manera desde los medios diplomáticos hasta los jurisdiccionales, no solo un modo de resolverlos, sino el de disminuir sus consecuencias.

Evidentemente la base es la negociación, como esencia que marca voluntad de resolución, la cual parte de la comprensión mutua, consciente de un orden indispensable para la estructura del esquema.

## 5. EL CONFLICTO

Pero primeramente, comenzaremos por preguntarnos: ¿que entendemos por conflicto? Siguiendo el concepto de Robbins<sup>7</sup> “Un conflicto es el proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa, o está a punto de afectar

---

<sup>7</sup> ROBBINS Stephen, *Comportamiento Organizacional*, Prentice Halt. México, 1994.

de manera negativa alguno de sus intereses”. Particularmente para nuestra parte” el conflicto surge como una competencia que puede ir en aumento, entre dos o más actores que ponen en crisis sus objetivos acordados, como incompatibles en determinadas circunstancias, procurando la orientación de los mismos con fines de neutralización, destrucción o de posponer ventajas de la otra parte”

Para mayor ilustración recordemos a lo largo de más de veinte años de MERCOSUR, las distintas disputas surgidas en el marco de la libre circulación de mercaderías entre los Estados partes, problemática que en más de una oportunidad elevó las voces que cuestionaban la sujeción al Tratado de Asunción (1991) y a sus protocolos adicionales.

Las peleas por el poder y el posicionamiento en un ámbito sub-regional con connotaciones a nivel global, o cualquier tipo de recurso como valioso o escaso constituye el punto de partida de futuros conflictos, políticos, económicos y sociales.

Imaginemos en tal sentido y contando como premisa con este concepto suficiente, ¿cuáles pueden ser las derivaciones producto de un acuerdo internacional, en donde distintos aspectos del mismo como su objeto y fin, consecuencia de distintos factores, y en especial de tipo comercial se vean alterados y pongan a prueba la solidez del acuerdo?

Lógicamente, este gran interrogante deja abierta múltiples respuestas sin poder dejar de lado en un mundo globalizado e interconectado como el presente, la incidencia de factores e intereses externos los cuales evidentemente condicionan los vaivenes de cualquier esquema de integración.

Resultaría vacío cualquier análisis si solo estimáramos que la integración de los Estados sería parte solamente de la voluntad de los mismos, sino entendiéramos que factores exógenos son claramente determinantes, causado por los vaivenes económicos y financieros del sistema capitalista y por ende de los esquemas



de integración basados primariamente en la libre circulación de bienes.

Sin ir más lejos, el Protocolo de Olivos de 2002, que regula los medios de resolución de conflictos en el MERCOSUR, habilita mediante la opción de foro el recurrir a la Organización Mundial de Comercio<sup>8</sup>.

De todas formas partiendo de lo que podríamos considerar cierta lógica histórica, en cuanto a las relaciones entre los pueblos, el conflicto aparece como algo natural e inevitable, dando hasta con un sesgo positivo, desvirtuando al mismo como sinónimo de violencia y/o agresión que reforzaría su connotación negativa, basta con reconocer como respuesta mundial, que luego de la segunda guerra mundial y de la creación de las Naciones Unidas, la búsqueda y consolidación de medios de resolución de conflictos es uno de los principios omnipresentes para los Estados partes a la carta.

## 6. COOPERACIÓN Y COMPETENCIA

Otra de las cuestiones que surgen en esta suerte de breve teorización sobre la resolución de conflictos y la integración, nos remite a la pregunta: en un esquema de integración ¿La competencia es mala y la cooperación es buena?

En respuesta a este interrogante, entendemos primeramente a la solución de controversias en términos de una solución cooperativa de los mismos, alternativa al proceso competitivo.

La disponibilidad de los gobiernos de los Estados para cooperar estimula los beneficios mutuos en la solución de conflictos,

---

<sup>8</sup> La Organización Mundial del Comercio (OMC) (Marrakech, 1994) tiene a su cargo facilitar la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo constitutivo y de los acuerdos comerciales multilaterales, además de administrar, sometido a su esfera, el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias.

en la creatividad, en una mejor apertura a las herramientas con las que cuenta el esquema. Pero la cooperación *per se*, no da respuesta a todos los planteos. Los Estados tienden a ver a la competencia y a la cooperación como opuestos, y en realidad cierto tipo de competencia y no otra pueden estimular soluciones viables.

Evidentemente la competencia es inevitable y necesaria, más en esquemas de base comercial, A menudo están en juego diferencias básicas de intereses y necesidades de los actores, y el discurso no es solamente una cuestión de discurso político, sino una lucha real por valores, objetivos y perspectivas en un sistema mundial con opuestos e incompatibles.

La competencia puede ser constructiva cuando los gobiernos comprenden sus opciones, cuentan con la información adecuada, mantienen un vínculo comunicacional y por sobre todo sostienen la negociación con fundamentos éticos para responder en base al respeto a reglas o normas pre establecidas por los acuerdos<sup>9</sup>.

## 7. BUENAS RELACIONES INTER ESTADUALES

Centrarse en generar relaciones entre los gobiernos, no es solamente apropiado sino esencial, lo que ocurre es que este objetivo comporta ciertos problemas, especialmente, ante los cambios de enfoque ideológico. Quizás la premisa, de este autor, sería que “los gobiernos pasan, los Estados son hoy y para el futuro”, la cuestión está centrada en que las buenas relaciones resultan un buen objetivo no ajeno a conflictos. La creación de mejores relaciones implica a menudo la supresión de conflictos y la desaprobación de comportamientos enquistados.

Evaluemos a propuesta, algunas premisas:

1. Los Gobiernos pueden o deben separar los objetivos y fines de la integración de los problemas que surjan producto

---

<sup>9</sup> MAYER, B, *Más allá de la neutralidad*, Gedisa, Barcelona, 2008.

del proceso, aunque los intereses de los gobiernos en determinados contextos queden enredados en conflictos e interés que limitan la capacidad de acción de cada Estado parte.

2. Se deben reconocer, los motivos reales de la contraparte, a la que nos une un acuerdo internacional, en el esquema de integración y deben proceder con respeto a los compromisos asumidos.
3. Siempre aparecerán o deberán generarse múltiples opciones, en la voluntad de construir respuestas “ganador-ganador”, a pesar de que prime un solo enfoque.
4. Los gobiernos deben recurrir a la persuasión y al interés, ya sea en la implementación de un medio diplomático, y aún ya en el plano jurisdiccional (conflicto que se encuentra bajo arbitraje u otro proceso), a que las políticas no pueden regirse basadas exclusivamente en cuestiones de poder.

El sistema internacional es ecléctico, de ahí la particularidad que deja abierta una salida, aunque la disputa se encuentre en tratamiento por un tribunal jurisdiccional la vía negociadora siempre puede y debe estar presente.

No resulta efectivo considerar, que a los conflictos entre Estados, sin voluntad de negociación y en más no mediables sólo les queda lanzarse a los procesos adjudicativos (Tribunal Arbitral, Proceso judicial), a sabiendas que estos procesos, poco pueden hacer en términos de resolución de los mismos (ganador-perdedor).

Los Estados progresan a través del proceso de conflicto y si los mecanismos diversos que existen en los distintos esquemas de integración lo instrumentan, las políticas estaduales deben estar comprometidas a trabajar con el conflicto y aceptar el comportamiento de la contraparte y elaborar y reforzar los métodos acordados.

## 8. LA DIPLOMACIA

La diplomacia tiene un sentido genérico, caracterizado por la buenas formas de la relaciones entre Estados y otros sujetos del derecho internacional. Es una de las artes más antiguas, que busca el arreglo pacífico entre los actores intervinientes, aunque dichas pautas fueron reflejadas en la Convención de Viena de 1981, donde se estableció que las relaciones entre Estados no era una cuestión per se, sino que su esencia es el consentimiento de las partes.

En general su ámbito es la esfera pública en especial la que involucra actores estadales, extensibles a otros sujetos internacionales y en especial a los actores sub-regionales.

Un comportamiento diplomático, importa objetivos con fines precisos basados en la veracidad, cuestión que construye una imagen frente a otros gobiernos, consolida la credibilidad y en definitiva facilita las tareas en el marco de cualquier conflicto y es especial aquellos en donde los intereses en esquemas de integración juegan un rol fundamental hacia adentro de cada Estado.

Otros aspectos de la diplomacia destacan la precisión, intelectual y moral, la empatía basada en las buenas relaciones entre los gobiernos, además de la paciencia y la lealtad al compromiso asumido y por sobre todo capacidad de diálogo.

En las distintas estructuras conformadas a partir de los años noventa del siglo pasado, al calor del regionalismo abierto o reforzado<sup>10</sup>, repercutió en un tipo de diplomacia que no solamente se ajustara pura y exclusivamente a los aspectos burocráticos de la misma, sino también a reforzar los canales de información a partir de la observación y la transmisión a los distintos órganos de cada esquema, en especial el origen de datos referentes a las condiciones económicas, políticas y sociales,

---

<sup>10</sup> BERTONI, Liliana, *Op.Cit.*

cada una en su rango de incumbencia dentro de cada estructura institucional, y necesariamente el manejo de la negociación para una mejor comunicación y entendimiento.

El proceso de globalización y de experiencia de los esquemas sub regionales y/o comunitarios añade y superpone redes e interacciones a los espacios típicos de la diplomacia.

Efectivamente, comunicaciones, mercados, flujos de capitales etc., están condicionados por una situación dinámica y de cambio permanente. En tal sentido la diplomacia preventiva aparece, como el cúmulo de acciones emprendida y destinada por los actores Estadales, dirigidas a mitigar o evitar la tensiones en las cuales puede desembocar un conflicto en el esquema (ver V Laudo del TPR, MERCOSUR).

También y en especial a partir de las experiencias de la Unión Europea, la dinámica asumida por los denominados actores sub nacionales (unidades territoriales, comunidades, parcialidades, poblaciones de fronteras etc.), ha agregado a las experiencias en el manejo de conflictos, variables novedosas a una diplomacia que involucra formas más directas de los actores involucrados y con un acertado reconocimiento institucional.

En este último punto es importante destacar que esta diplomacia sub nacional no busca competir con otras formas de diplomacia, sino que fortaleza la crítica y resulta hasta complementaria.

Solo así los procesos tendientes a la solución de controversias, no dependerán pura y exclusivamente de los involucrados institucionalizados preferentemente, sino del deseo de llegar a una solución constructiva con expectativas superadora.

Parafraseando a Bernardo de Chartres (siglo XII) "... somos enanos a hombros de gigantes..." y solo por eso podemos y/o debemos ver más allá de lo que ven los gigantes en este mundo globalizado.

## 9. CONCLUSIONES

*“Allí donde no existe más el orden político, el orden jurídico pierde todo significado”<sup>11</sup>*

A lo largo del presente trabajo introductorio, hemos intentado propiciar claridad, sobre cuestiones conceptuales no menores al momento de dar tratamiento a una discusión académica de tal trascendencia como la “Integración” para el presente resulta la realización de un regionalismo o al menos de un sub regionalismo indispensable en este mundo globalizado, que tiende al menos en este contexto a mantener un fuerte sesgo intergubernamental, y en tal sentido y en rigor a la verdad tanto en esquemas desarrollados en la euro zona como en nuestro hemisferio americano.

La dinámica teórica abordada (neofuncionalismo) desarrollada en el acápite correspondiente sigue rigiendo, teóricamente, a pesar de próximas reformulaciones, como una lógica que continúa, parte del marco experimental europeo, más allá de otras experiencias meramente comerciales o por lo menos no suficientemente ambiciosas como el NAFTA, en el Norte del Hemisferio americano.

La necesidad de exponer brevemente algunos modelos para la resolución de controversias, acompaña de alguna manera, la implicancia de remarcar permanentemente, lo trascendental de lo político y lo jurídico, en cualquier construcción que se precie de tal. Vale en tal sentido recordar, que más allá de las observaciones de escritores de nota sobre el tema tanto el Derecho de la Integración, como el Derecho Comunitario, responden al Derecho Internacional, como ramas de un mismo sistema el derecho de la “Comunidad Internacional”, y que dicho derecho, como tal es “eclectico”, en esencia político-jurídico, partiendo, convencido de cuatro supuestos básicos:

1. lo jurídico forma parte de lo político.

---

<sup>11</sup> FREUND, Julien, *L'essence du politique*, Dalloz, Paris, 2003.

2. desde lo filosófico, el derecho se humaniza y llega desde lo interno a lo externo estableciendo un complejo de normas jurídicas para todos los actores inter estatales.
3. Lo racional y lo moral, es la arena en la que juega lo político, y el derecho como esencia de lo político es parte fundamental.
4. Y siguiendo a nuestro escritor de nota Julien Freund: “El derecho, es fácil comprobarlo, debe estar al servicio de lo político y no de sí mismo”.

Particularmente esta necesidad de volcar algunos conceptos para el análisis crítico, resultan indispensables, ya que todos los esquemas siguen manteniendo una lógica inter gubernamental. Su avance o retroceso, son definidos por Políticas Públicas de cada Estado, que desde sus cuestiones dirimen estratégicamente, cada paso a seguir.

Evidentemente el comparar un proceso como el de la Unión Europea, nos permite revisar ciertas aseveraciones anteriores, que demuestran no solo que los esquemas son imperfectos, sino que además las asimetrías preexistentes de cada Estado son limitantes feroces para una profundización de dicho esquemas, vistos en nuestras realidades hemisférica, por caso registremos la falta de dinámica del esquema G3 (Grupo de los 3 México, Colombia, Venezuela) surgido en 1994 y del cual quedan meros tratados bilaterales, ya que Venezuela se encuentra fuera de la propuesta, y MERCOSUR, relanzado hace prácticamente una década luego de las crisis más fuertes de sus principales socios.

Los conflictos internos tienen costosas repercusiones internacionales<sup>12</sup>, que además de ser una verdad a todas voces, nos lleva evidentemente a la permanente reflexión, de lo indispensable en cuanto a cualquier decisión de política externa, el valor y los efectos futuros para todo esquema de integración profunda.

---

<sup>12</sup> DRUCKMAN, Daniel, FAST, Larissa (eds.), *Conflict*, Continuum, 2da edición. Nueva York, 2008





## CAPÍTULO 2

### LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

*Gustavo Carrizo Adris*

#### 1. INTRODUCCIÓN

A la luz de la experiencia de la Unión Europea (UE), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) se evidencian las ventajas y limitaciones que conlleva incorporar mecanismos de solución de controversias en órganos institucionales y las desventajas de dejarlas al libre albedrío de las partes en conflicto.

Esta realidad abre el debate acerca de la necesidad de institucionalizar o acción intergubernamental para la resolución de controversias entre las partes; siendo necesario conocer la tradición de los países latinoamericanos, principalmente los sudamericanos, involucrados en la conformación e institucionalización de los procesos de integración económica y políticos de América Latina, como así también de mecanismos de solución de controversias de carácter supranacional.

En el caso de los países de la CAN, la institución arbitral y la conciliación empiezan a consolidarse desde principios del siglo XX en el campo del arbitraje nacional, en tanto que en el internacional han sido recibidas, recientemente, por un mayor número de países.

A pesar de ello es dable destacar que en el año 1889 se aprobó el Tratado de Derecho Procesal Internacional –suscrito por Argentina, Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay–, que contiene fundamentalmente los mismos principios que rigen la institución en materia internacional.

Asimismo se aprobó el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1940), el Código de Bustamante (1928)<sup>1</sup> y luego la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975)<sup>2</sup>, así como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979).

De todas formas, los países andinos han ratificado y son miembros de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>3</sup>, suscripto en Nueva

---

<sup>1</sup> El Código de Derecho Internacional Privado (también conocido como Código de Bustamante) es un tratado que pretendió establecer una normativa común para América sobre el Derecho internacional privado. La idea de dicha normativa común fue promovida por Antonio Sánchez de Bustamante y se concretó durante el 6º Congreso Panamericano celebrado en Cuba en 1928, específicamente en el documento final, el Tratado de La Habana, se adjunta en el anexo el Código de Derecho Internacional Privado. El Código en cuestión no tuvo gran aceptación; Estados Unidos se retiró a mitad de las negociaciones, México y Colombia no firmaron dicho tratado, Argentina, Uruguay y Paraguay decidieron regirse por las normas de Montevideo en lo relativo al Derecho Internacional Privado, y el resto de los países ratificaron con grandes reservas. Es meramente un conjunto de normas las cuales pretenden regular las relaciones jurídicas de tráfico externo entre los países partes del tratado.

<sup>2</sup> Esta Convención fue adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I), celebrada en la Ciudad de Panamá, Panamá - Enero 1975. El objetivo de esta Convención establece acuerdo por el cual las Partes someten disputas comerciales al arbitraje.

La Convención establece que sentencias o laudos arbitrales finales tendrán la misma fuerza de sentencia judicial. Consecuentemente, la Convención exige el mismo trato en el reconocimiento y ejecución que con las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

<sup>3</sup> La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, también conocida como Convención de Nueva

York en el año 1958, lo que posibilita que los laudos arbitrales adoptados en el exterior puedan ejecutarse y hacerse efectivos en sus propios países.

El Tribunal de Justicia de la CAN introdujo a la realidad latinoamericana la institución supranacional de la jurisdicción y más reciente la arbitral. Si bien es cierto que durante los primeros cinco años el Tribunal no tuvo una intervención dinámica, por la novedad del sistema y su poca divulgación, en los años recientes ha sido requerido para solucionar las divergencias entre los Estados y aun de los particulares con el ordenamiento jurídico andino.

En ciertos casos, se plantea que los nuevos mecanismos pueden ser institucionalizados e incorporados en los procesos de integración como lo son el arbitraje y la conciliación, mientras que en el caso de la mediación, la negociación o el minijudio, pueden ser utilizados, sin tener que requerir la regulación expresa, con la salvedad de que debe ser auspiciado por los distintos órganos institucionales.

De esta forma, la CAN ha ido avanzando debido a que el Tribunal de Justicia parece tener más posibilidades de alcanzar un mayor nivel de institucionalización supranacional en razón de un nivel de desarrollo económico casi similar; un idioma común e incluso, en el caso del Perú y Bolivia, con otras dos lenguas

---

York, es un tratado internacional, adoptado en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos) el 10 de junio de 1958, en virtud del cual los juzgados y tribunales de los estados que lo hubiesen ratificado han de hacer cumplir los laudos arbitrales extranjeros atendiendo a lo preceptuado en su articulado. En el artículo primero del documento internacional se establece que *“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicara también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”*.

bastante extendidas como es el quechua y el aymará; y experiencia –aunque con tropiezos– en aceptar el esquema institucional arbitral y jurisdiccional.

Por su parte, el MERCOSUR presenta una diferencia significativa con respecto a la CAN ya sea por tamaño y volumen de sus economías; idiomas diferentes que en el caso del Paraguay es además bilingüe (castellano y guaraní), sumando a la casi nula experiencia en la institucionalización de los mecanismos de integración.

Por tales motivos, el dilema o el recelo entre institucionalizar o dejar todo a la acción intergubernamental debe ser tratado mirando al objetivo mayor, es decir la necesidad de un proceso de integración que pueda hacer frente a una realidad internacional que va nucleando, a través de bloques económicos, a los países, y que posterga a los que quedan solos y aislados.

## **2. LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL COMERCIO Y LA INVERSIÓN INTERNACIONAL**

En el proceso de integración es posible identificar al menos cinco entidades principales: el Estado, el organismo de integración, las empresas transnacionales, los consumidores y la nación en general.

Por un lado el Estado es un actor dinámico y fundamental en el proceso de integración, pues su acción o anomia impulsarán o no el proceso. En la medida que éste coadyuve a sus objetivos los resultados serán positivos.

En el caso del organismo de integración se aprecia que el mismo dependerá de ese accionar que estará cargada, como se ha dicho, de diferencias; motivo por el cual se verá obligado a crear mecanismos de solución que brinden una mayor confianza a sus Estados miembros.

Por su parte, las empresas transnacionales, cuya acción e intereses reduce el espacio que hay entre los objetivos nacionales

y sus intereses particulares; en esa intersección, con frecuencia, el agente o país más poderoso económica o políticamente impone sus referentes sobre el otro, generándose una relación de dominio que deviene, con frecuencia, en conflicto.

Sin embargo la búsqueda natural e instintiva del equilibrio ha hecho que las sociedades se esfuercen en buscar mecanismos de convivencia que las han hecho tratar de conciliar sus intereses y afán de participación en un esfuerzo de integración coincidente con sus objetivos.

En tanto que nación es el conjunto de individuos que manteniendo su singularidad muestran una unidad política y cultural. Los países para actuar en los variados y diferentes mercados requieren de esa unidad, de una cultura que trascienda por encima de los individualismos y las reservas a los cambios y a la relación con otras culturas.

### **3. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA**

La proliferación del proceso de integración económica renueva la discusión acerca de la cuestión de la supranacionalidad versus la opción intergubernamental, principalmente con el aumento del volumen de las transacciones entre los países participantes; principalmente el debate gira en torno de la opción por la institucionalización del proceso, como es el caso de la CAN, o la tentativa de implementar normas flexibles y abiertas, como es el MERCOSUR.

Asimismo, el debate ronda en torno a la definición de la mayor o menor pérdida de soberanía e independencia en determinados aspectos, tal como es el caso de la libre circulación de mercaderías, capitales y, en este caso, acerca de la jurisdicción y administración de justicia.

Hasta la década del 70, las Constituciones de los países de América Latina prohibían que los Estados se sometieran a la jurisdicción de tribunales extranjeros debido a que representaba

una pérdida de soberanía como así también la posible deshonrosa de que, en el propio país, se ejecutase una sentencia emitida por un juez de una potencia extranjera.

Posteriormente, algunas Constituciones, como es el caso de Perú de 1979, abrieron la posibilidad de que en cuestiones financieras se hiciera una excepción.

A partir de este momento, la cuestión de la soberanía ha seguido latente ya que aun, cuando fuera una norma de excepción por la cual se declinaba la jurisdicción, queda sin resolver el asunto de la ejecución de la sentencia.

En este marco, se comienza a plantear la alternativa del arbitraje como el mecanismo más idóneo; aun cuando había normas y trabajos pioneros sobre arbitraje, esta figura no tenía una gran tradición en América Latina.

Por tales motivos, el arbitraje es un medio alternativo que fue admitido por nuestros países en mérito a su carácter confidencial y a que no dañaba el sentimiento soberano de sus Estados, ya que se hacía a través de una institución especializada que tenía carácter internacional, cuya elección era acordada por los propios Estados comprometidos y cuyos laudos también podían ejecutarse por el acuerdo previo de los mismos Estados.

Con referencia a la soberanía estatal y a la forma en que ésta sería afectada por una sentencia o un laudo extranjero, conviene distinguir la jurisdicción de la ejecución. A cualquiera de ella puede renunciar un Estado a través de un convenio arbitral *“Una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y de forma irrevocable. Es decir, el Convenio arbitral implica per se una renuncia a eventuales excepciones de inmunidad de jurisdicción”*.

Sin embargo, la renuncia a la jurisdicción no implica una dimisión a la ejecución; aún en el caso de que su realización fuera expresa es difícil por cuanto la causa de conflictos mayores;

por tales motivos se han tenido que esbozar acuerdos y tratados bilaterales o multilaterales, para no crear fricción entre soberanías.

De esta manera, se comienza a observar a partir de los años 90 la suscripción de diversos convenios internacionales dentro de instituciones financieras internacionales y acuerdos<sup>4</sup> bilaterales de protección a la inversión extranjera.

En términos general, la gran mayoría de las constituciones de los países andinos otorgan a sus Estados la posibilidad de someterse al arbitraje cualquier controversia surgida, excepto los asuntos de Derecho Público y las facultades soberanas del Estado, como lo son, obviamente, las obligaciones tributarias.

A partir del año 1994, y con el acuerdo que crea la OMC<sup>5</sup>, la pérdida de soberanía se hace más evidente debido a que los países miembros de la OMC debían perder progresivamente en materia comercial e incluso en administración de justicia muchos

---

<sup>4</sup> Estos acuerdos o convenios de estabilidad tributaria celebrados por muchos países latinoamericanos incluyen cláusulas o convenios de solución de controversias según los cuales el Estado y los inversionistas extranjeros deciden someter a arbitraje cualquier controversia o conflicto derivado de la ejecución de los acuerdos de inversión extranjera directa.

<sup>5</sup> La mayoría de los Acuerdos de la OMC son el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay celebradas en 1986-1994 y se firmaron en la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994. Las negociaciones celebradas desde entonces han producido textos jurídicos adicionales, tales como el Acuerdo sobre Tecnología de la Información, servicios y protocolos de adhesión. El "Acta Final", firmada en Marrakech en 1994, es como una nota introductoria a continuación de la cual figuran todos los demás instrumentos. En primer lugar está el Acuerdo por el que se establece la OMC (o Acuerdo sobre la OMC), que constituye una especie de acuerdo marco e incluye en forma de anexos los acuerdos relativos a las mercancías, los servicios, la propiedad intelectual, la solución de diferencias, el mecanismo de examen de las políticas comerciales y los acuerdos plurilaterales.

de aquellos aspectos soberanos de libre acción que tenían hasta entonces.

En el caso particular de la CAN, y si bien el art. 42 de la Decisión 472 no constriñe la soberanía de sus países miembros, se expresa una limitación en mérito a la razón de la materia, cuando señalan que “...no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.”

En tal sentido, la experiencia de la CAN y el MERCOSUR demuestra en la realidad estas dos situaciones; la que posibilita ver con mayor claridad las ventajas y los beneficios ya que el primero se caracteriza por su clara institucionalización y en consecuencia, por el predominio de las decisiones adoptadas por sobre la soberanía de sus países miembros; y en segundo lugar aquella de relativa informalidad.

Por ello, se aprecia que a medida que el proceso de integración se incrementa las controversias también se harán presentes derivando en la discusión respecto de la conveniencia o no de mecanismos de solución de controversias ágiles y eficientes para un mundo de intercambio comercial cada vez más fluido.

## 1. La importancia de los mecanismos de solución de controversias en la construcción comunitaria

### 1.1 Definición jurídica de solución pacífica de controversias.

El desarrollo de las naciones en sus diversos aspectos, económico, político, social determina la inevitable ocurrencia de controversias entre Estados y entre estos y particulares resultante de la existencia de intereses encontrados.

En este marco, diversos pensadores han realizado distintas clasificaciones de controversias internacionales en:

- 1) “controversias políticas” como aquéllas que por su naturaleza no parecen ser susceptibles de resolverse por medios jurídicos, involucran intereses económicos, políticos, sociales y culturales de importancia suprema.



- 2) “controversias jurídicas”, son generalmente menores, en virtud de que existe interés por solucionar las controversias, se acepta un marco jurídico, basado en el derecho internacional.

Sin embargo, la principal definición la encontramos en la CPJI, Asunto *Mavrommatis*<sup>6</sup> de 1924 que define que “*una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas.*”

De manera más reciente, la CIJ en la sentencia de 1998 sobre el Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria<sup>7</sup> declaró que “*para establecer la existencia de una*

---

<sup>6</sup> La Corte Permanente de Justicia sentó el primer referente jurisprudencial en la materia con el paradigmático Caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, Grecia vs. Reino Unido.<sup>7</sup> En este caso, Grecia reclamaba que el Gobierno de Palestina (administrado en ese entonces por el Reino Unido) había desconocido ciertos derechos contractuales que correspondían a *Euripides Mavrommatis*, en virtud de las concesiones conferidas para la construcción de un sistema de tranvía y el suministro de energía eléctrica y de agua potable para las ciudades de Jerusalén y El-Hodja. La Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció la protección diplomática como un legítimo derecho de los Estados.

<sup>7</sup> En su fallo sobre las excepciones preliminares presentadas por Nigeria en el caso relativo a la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (el Camerún contra Nigeria), la Corte consideró que tenía competencia para entender del fondo del asunto que le había planteado Camerún. Además, consideró que eran admisibles las reclamaciones de Camerún. En una demanda de fecha 29 de marzo de 1994, modificada el 6 de junio de ese mismo año, Camerún pidió a la Corte que determinara la cuestión de la soberanía respecto de la Península Bakassi y respecto de las islas del Lago Chad y que especificara por dónde discurría la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria. Para fundamentar la competencia de la Corte, Camerún se refirió a las declaraciones formuladas por ambos Estados, por las que aceptaban su competencia como obligatoria (párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte). El 13 de diciembre

*controversia hay que demostrar que la reclamación de una parte se enfrenta al rechazo manifiesto de la otra parte y, además que la existencia de dicha controversia se determine de forma objetiva.”*

---

de 1995, Nigeria formuló ocho excepciones preliminares en las que impugnaba la competencia de la Corte y la admisibilidad de las reclamaciones de Camerún.

## CAPÍTULO 3

### LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)

*Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva*

#### 1. ANTECEDENTES

Durante la década del 60, los países latinoamericanos intentaron integrar sus economías dentro de un contexto Internacional de posguerra en el que fue un imperativo la necesidad de desarrollo de estas naciones. Estaban inmersos en un modelo basado en la industrialización por la sustitución de importaciones conformando de esta manera un esquema de regionalismo cerrado, por lo cual los países buscaban ampliar su mercado para hacer más eficientes sus inversiones y promover la competencia, planteándose la necesidad de producir internamente lo que no podían obtener de sus proveedores externos por encontrarse en guerra.

Es así como en este contexto surge la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)<sup>1</sup>, creada el 16 de febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo, siendo ratificada

---

<sup>1</sup> Los países miembros de la ALALC se comprometían a conformar una zona de libre comercio que debería estar funcionando para el 31 de diciembre de 1972; plazo que se amplía al 31 de diciembre de 1980. Los órganos de la ALALC eran el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, creado en 1975, organismo superior de la ALALC que adoptada las decisiones de conducción política superior, la Conferencia de las Partes Contratantes, instancia que era la responsable por velar por el cumplimiento del tratado, convocar las reuniones de negociaciones y designar al secretario del Comité Ejecutivo y el Comité Ejecutivo Permanente' encargado de la ejecución del Tratado, efectuar las funciones administrativas, los estudios y propuestas técnicas. Tenía su sede en Montevideo.

en su totalidad por 7 países: Argentina, Brasil Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela.

El objetivo de la ALALC<sup>2</sup> fue esencialmente el de integración desde el punto de vista exclusivamente económico conformando una zona de libre comercio para lo cual se previó eliminar gravámenes y restricciones de todo orden para el comercio recíproco en un plazo de 12 años, conformando un esquema rígido, de muy difícil cumplimiento vistas las convulsionadas situaciones políticas de muchos de los países miembros y sumado ello a sus notorias asimetrías en cuanto a sus desarrollos, lo que motivó en el año 1969 la necesidad de agregar protocolo con el fin de extender el plazo establecido en el Tratado por ocho años más (hasta 31/12/1980). Se pactó que durante dicho proceso gradualmente se eliminarían entre los países las restricciones, cupos y gravámenes. Objetivo que no se alcanzó por lo cual fue necesario refundar la organización. En consecuencia la ALALC se convierte en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

La ALADI<sup>3</sup> en consecuencia, se constituye con un itinerario más flexible a fin de alcanzar sus objetivos de creación de un Mercado Común. El contexto en ese momento era de crisis económicas provenientes de la época de los años 70, la cual se visualizaba

---

<sup>2</sup> Primera propuesta de integración económica latinoamericana para el desarrollo de las naciones que fue de carácter gradual y asociativo. Dicha instancia fue promulgada por Argentina, Brasil y México, por su parte, en el año 1969, el Pacto Andino se convierte en una contrapropuesta subregional que busca una integración de países con economías similares, tal es el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

<sup>3</sup> El Tratado de Montevideo 1980, que instituyó a la ALADI, sustituyó al Tratado suscrito el 18 de febrero de 1960 que creó la ALALC. La nueva instancia de cooperación se introduce un nuevo ordenamiento jurídico operativo para la prosecución del proceso de integración, que se complementó con las resoluciones adoptadas en la misma fecha por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALALC. Tanto el tratado de 1960 como el de 1980 tenían como objetivo final a largo plazo la de establecer un mercado común latinoamericano.

a través de desequilibrios macroeconómicos y agotamiento de estrategias de sustitución de importaciones lo que hacía necesario una readaptación a la realidad regional creando así la necesidad de modificar los instrumentos de integración Regional .y por otro lado readaptarse a las tendencias del ámbito internacional dado los efectos de estancamiento de la economía mundial que producían un impacto negativo en los países de latinoamericanos.

## **2. TRATADO DE CREACIÓN-NORMATIVA COMPLEMENTARIA**

### **Tratado de Montevideo de 1980<sup>4</sup>**

El Tratado de Montevideo de 1980, es el marco jurídico global constitutivo y regulador de ALADI, fue suscripto el 12 de Agosto de 1980 por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es un tratado abierto por lo que permite la adhesión de cualquier país latinoamericano, siendo el caso de Cuba, que se adhiere en el año

---

<sup>4</sup> El Tratado de Montevideo 1980 introduce cambios en la orientación del proceso y en la concepción de su operación. En primer lugar, el programa de liberación comercial multilateral y sus mecanismos auxiliares tendientes a perfeccionar una zona de libre comercio, fueron sustituidos por un área de preferencias económicas integrada por un conjunto de mecanismos que comprende una preferencia arancelaria regional, acuerdos de alcance regional y acuerdos de alcance parcial. En segundo lugar el carácter comercial del Tratado de Montevideo es reemplazado por la coexistencia de las tres funciones básicas de la nueva Asociación: la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuvan a la ampliación de los mercados y finalmente que si bien el Tratado de Montevideo 1960 reconocía un estatuto especial para los países de menor desarrollo económico relativo, el nuevo esquema incorpora un sistema integral de apoyo en su favor y reconoció expresamente una categoría de países de desarrollo intermedio, a fin de determinar tratamientos diferenciales en los distintos mecanismos y normas.

1998, como país miembro, constituyendo el mayor esquema de integración latinoamericano.

El Tratado adopta los siguientes principios generales pluralismo en materia política y económica; convergencia progresiva de acciones parciales hacia la formación de un mercado común latinoamericano, flexibilidad al permitir la concentración de acuerdos de alcance parcial; tratamientos diferenciales en base al nivel de desarrollo de los países miembros y multiplicidad en las formas de concentración de instrumentos comerciales.

En el Art.1 los países miembros acuerdan proseguir el proceso de integración regional a fin de promover el desarrollo económico y social de la región. Así también, el tratado establece como funciones básicas de la ALADI la promoción y regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el estímulo de las acciones de cooperación que favorezca la ampliación de los mercados.

Sus órganos poseen la atribución de aprobar acuerdos de muy diversa naturaleza, siendo de este modo un tratado marco que en consecuencia al suscribirlo los gobiernos de los países miembros autorizan a sus representantes a elaborar acuerdos sobre los más importantes temas económicos que interesen a los estados.

## **Resoluciones del Consejo de Ministros de ALALC**

Conjuntamente con la suscripción del Tratado de Montevideo de 1980 que creó la ALADI el 12 de agosto de 1980, el Consejo de Ministros aprobó nueve resoluciones, las cuales fueron incorporadas al ordenamiento jurídico del Tratado de Montevideo, una vez que éste entró en vigor en virtud de su artículo 69<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La ALADI, en comparación con la ALALC aparece como una institución más abierta ya que posibilita la adhesión al Tratado que la instituye, prevé la participación de países no miembros en acciones parciales con los países miembros, como así también de la participación de la Asociación

- Revisión de los Compromisos Derivados del Programa de Liberación del Tratado de Montevideo.
- Acuerdos de Alcance Parcial.
- Apertura de Mercados en Favor de los Países de Menor Desarrollo Económico Relativo.
- Programas Especiales de Cooperación en Favor de los Países de Menor Desarrollo Económico Relativo y Unidad de Promoción Económica.
- Normas Básicas sobre la Preferencia Arancelaria Regional.
- Categorías de Países.
- Situación Jurídico-Institucional Derivada de la Entrada en Vigencia del Nuevo Tratado.
- Pautas para los Programas de Trabajos para 1980 y 1981, Estructura Orgánica de la Secretaría y Presupuesto de Gastos de la Asociación para 1981.
- Designación del Secretario Ejecutivo del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC.

Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980<sup>6</sup>

Adoptado por el Consejo de Ministros de Relaciones exteriores en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994.

---

como institución en los movimientos de cooperación horizontal entre países en vías de desarrollo.

<sup>6</sup> El Tratado de Montevideo 1980 determina cinco principios básicos, a saber el pluralismo, la convergencia, la flexibilidad, los tratamientos diferenciales y la multiplicidad, que se contraponen con las características unitarias del programa de liberación del comercio, eje del Tratado de Montevideo de 1960 y sus principios básicos de multilateralidad y reciprocidad.

## Objetivos y Bases<sup>7</sup>

Se tuvo a través del tratado como objeto inmediato la formación de un área de preferencia económica con vistas a lograr un ambicioso mercado común latinoamericano.

Para lograr ello contempla tres mecanismos:

- Una Preferencia Arancelaria Regional que es aplicada a los productos originarios de los Miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países. Esta preferencia arancelaria conforme al art.5 del TM80, consiste en una reducción porcentual de los gravámenes aplicables a las importaciones desde terceros países, que los miembros se otorgan recíprocamente sobre las importaciones de productos originarios de sus respectivos territorios.
- Acuerdos de Alcance Regional (comunes a la totalidad de los países miembros).
- Acuerdos de Alcance Parcial, con la participación de dos o más países del área.

El tratado, entre los art. 6 a 9 establece las materias sobre las que puede regularse a través de los acuerdos regionales y los de alcance parcial como por ejemplo: desgravación arancelaria, y promoción del comercio; complementación económica; comercio agropecuario; cooperación financiera, tributaria, aduanera, sanitaria; preservación del medio ambiente; cooperación científica y tecnológica; promoción del turismo y entre los Art. 10 a 14 establece otros campos previstos a título expreso o no expresos.

---

<sup>7</sup> El marco jurídico constitutivo y regulador de la ALADI, es decir el Tratado de Montevideo 1980, determina los siguientes principios generales, 1) Pluralismo en materia económica y política, 2) Convergencia progresiva de esquemas subregionales y acuerdos bilaterales, hacia la formación de un mercado común latinoamericano, 3) Flexibilidad, 4) Tratamientos diferenciales con relación al nivel de desarrollo de los países miembros y 5) Multiplicidad en las formas de concertación de instrumentos comerciales.



La estructura jurídica de la ALADI, permite la suscripción de Acuerdos subregionales, plurilaterales y bilaterales de integración en el continente tales como, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el MERCOSUR, Grupo de los Tres, tomando como consecuencia de ello el rol de depositaria de dichos acuerdos suscriptos por los países y marco institucional y normativo del proceso de integración regional latinoamericano.

En el marco de la ALADI, actualmente se han suscripto más de 80 acuerdos de Preferencia Arancelaria Regional y Acuerdos de Alcance Regional, entre sus países miembros. Entre los Acuerdos de Alcance Regional se encuentran las nóminas de apertura de mercados a favor de países de menor desarrollo económico como lo son Bolivia, Ecuador y Paraguay y los Acuerdos de Cooperación Científica, Tecnológica y Cultural. En cuanto a los Acuerdos de Alcance Parcial, estos son suscriptos entre dos o más países, sin que sea obligatorio la participación de todos, los que pueden ser comerciales, de complementación económica, industrial agropecuarios.

La articulación con terceros países<sup>8</sup> está dada por tres regímenes distintos, para lo cual el Tratado de Montevideo de 1980, contempla las normas para regular cada uno de los distintos tipos de acuerdos establecidos a fin de evitar vulnerar los objetivos de la Asociación. Estos tres regímenes son:

Acuerdos con otros países y áreas de integración económica de América Latina. (Art. 25)

---

<sup>8</sup> Con respecto a la relación con terceros países el Tratado incluye el Capítulo IV sobre “Convergencia y cooperación con otros países y áreas de integración económica de América Latina” que contempla la posibilidad de establecer regímenes de asociación o de vinculación multilateral que propicien la convergencia con estos países o áreas de integración, incluyendo la posibilidad de acordar una preferencia arancelaria latinoamericana. Asimismo, el TM 80 prevé que los países miembros suscriban acuerdos de alcance parcial con estos países o áreas.

Acuerdos con otros países en desarrollo o sus respectivas áreas de integración económica, fuera de América Latina. (Art.27).

Acuerdos con terceros países no incluidos en las dos categorías anteriores. (Art. 44).

Este tipo de Acuerdos han contribuido a expandir el comercio interregional.

Con la firma del Tratado de Montevideo de 1980 pasan a ser estados miembros de la ALADI: República Argentina, República de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Chile, República de Colombia, República del Ecuador, Estados Unidos Mexicanos, República del Paraguay, República del Perú, República Oriental del Uruguay, República Bolivariana de Venezuela.

La República de Cuba es aceptada como miembro en la Décima Reunión del Consejo de Ministros por la Resolución 5100, pasando a ser de esta manera estado miembro de la ALADI el 26 de Agosto de 1999.

Para ser estado parte de la ALADI el Art. 58 establece que puede ser cualquier país latinoamericano que lo solicite y ser aceptado, previa negociación con los países miembros, conforme la resolución 239 del Comité de Representantes<sup>9</sup>. Este Comi-

---

<sup>9</sup> El Comité de Representantes, determinado por los artículos 35 a 37 y 43 del TM80, es el órgano político permanente y foro negociador. En su seno se analizan y acuerdan las iniciativas destinadas a cumplir los objetivos fijados por el Tratado. El mismo está compuesto por un Representante Permanente de cada país miembro con derecho a un voto y un Representante Alterno.

Respecto al período de sesiones, las mismas se realizan cada 15 días y sus resoluciones son adoptadas por el voto afirmativo de dos tercios de los países miembros. El Comité de Representantes tiene un Presidente y dos Vicepresidentes quienes se reemplazan alternativamente a aquél en casos de impedimento o ausencia, respetando el orden alfabético de los países

té de Representantes va a estar asesorado por un Grupo de trabajo que va a considerar la solicitud de adhesión al tratado y propone las acciones necesarias para la negociación con el solicitante; asimismo va a clasificar al país solicitante dentro de las categorías previstas en el tratado y va a analizar también su participación de este en los distintos Acuerdos que han sido celebrados.

Luego el grupo presenta el informe al Comité de Representantes poniendo a su conocimiento los estudios, acciones desarrolladas y recomendaciones. Finalmente es el Consejo de Ministros, quien por el voto afirmativo de los dos tercios de los países miembros y sin que exista voto negativo, aceptar la adhesión de un país como miembro de la ALADI.

### 3. ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

La Organización Institucional de la ALADI<sup>10</sup> está conformada por los siguientes órganos:

- 1) Consejo de Ministros de Relaciones exteriores<sup>11</sup>.

---

que representan, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 6 de su Reglamento.

<sup>10</sup> La estructura de la organización de la ALADI, conforme a los artículos 28 y 29 del TM80, está compuesta por tres órganos políticos. El primero de ellos el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el segundo la Conferencia de Evaluación y Convergencia y por último el Comité de Representantes. Asimismo existe un órgano técnico que es la Secretaría General.

<sup>11</sup> El Consejo de Ministros, determinados en los artículos 30 a 32 y 43 del TM80, es el órgano supremo de la ALADI y adopta las decisiones que corresponden a la conducción política superior del proceso de integración. Se conforma por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros. Sin embargo, cuando en alguno de éstos la competencia de los asuntos de integración estuviera asignada a un Ministro o Secretario de Estado diferente, los países miembros pueden estar representados, con plenos poderes, por el Ministro o Secretario respectivo. Su Regla-

- 2) Conferencia de Evaluación y Convergencia<sup>12</sup>
- 3) Comité de Representantes: Órganos auxiliares
- 4) Grupo de Trabajo
- 5) Secretaría General<sup>13</sup>

#### **4. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

En el Tratado de Montevideo de 1980 que instituye la ALADI, no contiene un procedimiento de solución de controversias a nivel regional, lo cual no implica que se haya desentendido de establecer normas regionales destinadas a la solución de diferencias que se presentasen entre los países miembros.

Los Ministros de la ALALC y otras Resoluciones del Consejo de Ministros de la ALADI encomendaron reglamentar las competencias de los órganos de la ALADI establecidas en los Artículos 35 y 38 del Tratado de 1980, a fin de resolver situaciones no contempladas en las normas de la asociación, dando lugar a proyectos tendientes a establecer un procedimiento regional de Solución de controversias.

Es así que el 22 de marzo de 1990, el primer intento se vio reflejado con la Resolución N° 114<sup>14</sup> del Comité de Representan-

---

mento fue aprobado por la Resolución 1 de la Primera Reunión del Consejo de Ministros celebrada el 16 de noviembre de 1983.

<sup>12</sup> La Conferencia de Evaluación y Convergencia, definida en los artículos 33, 34 y 43 del TM80, tiene a su cargo, entre otras atribuciones, examinar el funcionamiento del proceso de integración en todos sus aspectos, propiciar la convergencia de los acuerdos de alcance parcial.

<sup>13</sup> La Secretaría General es el órgano técnico de la ALADI. Su accionar se orienta a la consecución de los objetivos de la Asociación y se compone por personal técnico y administrativo. Es dirigida por un Secretario General, el cual cuenta con el apoyo de dos Secretarios Generales Adjuntos, electos por un período de tres años, renovable por igual término.

tes<sup>15</sup> con un proyecto destinado a preservar el cumplimiento de las normas del tratado de Montevideo de 1980 y de los acuerdos celebrados por la Asociación.

El Artículo 35 en su inciso m) de TM80 establece “*El Comité es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:..... m) Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado.*”

La Resolución ha procurado la reglamentación de dicho inciso institucionalizando la consulta entre los países miembros

<sup>14</sup> La Res N° 114 determina en su articulado el procedimiento para “preservar el cumplimiento de las normas del Tratado de Montevideo y de los compromisos contraídos a través de los Acuerdos concertados por los países miembros y de las Resoluciones dictadas por los órganos de la Asociación”. En tal sentido, define que: “1. Cualquiera de los países miembros podrá solicitar la celebración de consultas al país o países miembros que, a su entender, apliquen medidas incompatibles con los compromisos asumidos en virtud de lo dispuesto por el Tratado de Montevideo 1980 o por las resoluciones pertinentes de la Asociación. La solicitud será comunicada, asimismo, al Comité de Representantes. Las condiciones de negociación establecidas en cualquiera de los mecanismos de liberación previstos en el Tratado de Montevideo 1980, no se considerarán comprendidas en esta Resolución. 2. En toda solicitud deberán exponerse las razones que la justifican, acompañándose los antecedentes que se estimen necesarios a esos efectos. 3. Las consultas se iniciarán dentro de los cinco días de cursada la solicitud de parte y deberán finalizar dentro de los diez días hábiles de iniciadas. A este respecto, los países miembros se comprometen a responder diligentemente las solicitudes de consulta que se les formulen y a llevarlas a cabo sin dilaciones con la finalidad de alcanzar una solución mutuamente satisfactoria”.

<sup>15</sup> El Reglamento fue aprobado por la Resolución 1 del Comité de Representantes de fecha 18 de marzo de 1981, incorporándose al mismo las modificaciones introducidas por Resoluciones 184 y 234 del Comité de Representantes de fechas 22 de diciembre de 1993 y 12 de noviembre de 1997, respectivamente.

al establecer que cualquiera de ellos podrán solicitar la celebración de consultas al país o países miembros que, a su entender apliquen medidas incompatibles con los compromisos asumidos en virtud de lo dispuesto por el Tratado de Montevideo 1980 o por las resoluciones pertinentes de la asociación, por lo cual tiene un alcance limitado.

Este procedimiento es facultativo por el cual la consulta debe ser cursada dentro de los cinco días contados a partir de la presentación de la solicitud y deberá finalizar a los diez días hábiles de iniciada, a su vencimiento de no haberse logrado una solución satisfactoria los países miembros solo podrán plantear el asunto al comité de Representantes, quienes propondrá las fórmulas que estime más convenientes para resolver la cuestión planteada.

Este sistema no fue un mecanismo efectivo para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros ya que carece de capacidad de coerción y solamente se limita a encauzar la nueva controversia al plano bilateral, por lo cual los países miembros siguieron en la búsqueda de mecanismos que permitieran establecer mecanismos regionales de solución de controversias a través de acuerdos regionales que no prosperaron.

Es así, que al carecer la ALADI de un sistema regional de solución de controversia, los países miembros fueron supliendo esta carencia a través de acuerdos específicos suscriptos entre ellos, los cuales se han ido perfeccionando, hasta llegar en muchos casos a contar con mecanismos de arbitraje. Al crecer los compromisos de índole comercial se hace cada vez más necesario contar con estos mecanismos a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos brindando seguridad jurídica.

Hoy encontramos, producto de esta evolución, un verdadero tribunal Permanente de arbitraje dentro del MERCOSUR con el marco jurídico del Protocolo de Olivos.

Asimismo dentro de la Comunidad Andina también hay previsto un sistema de solución de controversias mediante el Tribunal

Andino de Justicia, ante el cual un grupo de países miembros de la ALADI solucionan allí sus controversias.

En los acuerdos regionales más recientes se incluye una cláusula llamada “Opción de Foro Excluyente”, esto se debe a que los países miembros de la ALADI también lo son de la OMC lo que implica que tienen abierta esa jurisdicción en forma complementaria a la contenida en los acuerdos regionales, en aquellos casos en que la misma recaiga tanto en normas contenidas en el acuerdo regional como en los acuerdos con la OMC, lo que determina que la OMC puede ser utilizado como un Órgano de apelación. Es así que esta cláusula al ser incluida en el acuerdo provoca que las partes se comprometan a accionar únicamente ante el foro al que recurran en primer lugar con competencia exclusiva.

## 5. EVOLUCIÓN DE LA ALADI

El nacimiento de la ALADI fue una respuesta innovadora frente al cambio de circunstancias y de contexto. El objetivo integracionista fue así acompañado de nuevos instrumentos que permitieron el avance. No obstante, ese avance, la evolución del proceso ha presentado ciertas cuestiones que se plantean como desafíos, y ellas son:

- 6) El desarrollo de la integración priorizando la vía bilateral o subregional y con un estancamiento en la vía regional.
- 7) El desarrollo de la integración con pronunciado sesgo hacia lo comercial y en particular hacia el comercio de bienes, con escaso desarrollo de otras materias y áreas que hacen a la integración.

Los últimos acontecimientos en la ALADI han demostrado que hay voluntad política de avanzar<sup>16</sup>. En la última reunión

---

<sup>16</sup> Mediante la Res 78 ALADI/CM.XVII, de 21 de agosto de 2014 se determina la ampliación de la ALADI. En tal sentido, el artículo primero

del Consejo de Ministros, las Resoluciones aprobadas por los países miembros, dejan ver esa voluntad de consolidar una visión regional al proceso y de continuar con las negociaciones hacia un espacio de libre Comercio, considerando otros aspectos que compensen el énfasis comercial que ha tenido el proceso históricamente.

Otro hecho histórico ha sido que a instancias del Consejo, ha reunido por primera vez la Conferencia de Evaluación y Convergencia, lo que es un hecho también relevante en el esfuerzo que deben realizar los países en identificar los diferentes matices en cuanto a tiempos y prioridades diferentes de cada uno de los países miembros.

---

de la citada resolución establece “Instruir al Comité de Representantes para que identifique mecanismos adicionales para promover la adhesión al Tratado de Montevideo 1980 de los países latinoamericanos que aún no lo hayan hecho, de conformidad con la invitación formalizada por este Consejo de Ministros durante anteriores sesiones”. Asimismo, el artículo segundo determina “Encomendar al Secretario General a que continúe sus contactos con los países latinoamericanos no miembros de la ALADI y les ofrezca toda la información y apoyo técnico necesarios”.



## CAPÍTULO 4

### EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA)

*Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva*

#### 1. BREVE ANÁLISIS DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

El hecho concreto que marca el inicio del proceso de integración en Centroamérica se remonta a la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores Centroamericanos, desarrollada el 14 de octubre de 1951 en la cual se produjo la firma del documento conocido como la carta de San Salvador, mediante la cual se dio origen a la organización de estados centroamericanos (ODECA).

A pesar de la voluntad manifiesta de querer conformar una instancia de cooperación en Centroamérica, la realidad imperante es compleja ya que la idiosincrasia propia de cada país como así también la historia de violencia política y subdesarrollo de enormes repercusiones y profundas raíces, sumado a una realidad geopolítica que siempre la ha tenido muy dependiente de los procesos políticos en Estados Unidos, hacen del proceso de integración un desafío para los líderes de los países miembros.

Para superar tales obstáculos, el SICA ha centrado el esfuerzo en impulsar una agenda común de Seguridad Democrática Regional que tenga como objetivo central implementar la estrategia de seguridad de Centroamérica y México, concluyendo que estas nuevas amenazas y riesgos tienen carácter transnacional con efectos nacionales, y por lo tanto se requiere de esfuerzos comunes transfronterizos.

## **2. ASPECTOS GENERALES DE LA SICA.**

La integración es el proceso que tiene por objetivo fundamental constituir a Centroamérica y la República Dominicana, en una Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo.

El proyecto histórico de la integración, se remonta al 14 de octubre de 1951, cuando Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, pusieron en marcha la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA). Dicha Organización alcanzó significativos avances y sentó las bases para la integración económica, social y política de la Región.

Con la entrada en vigencia, a principios de los años noventa, del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA (Organización de Estados Centroamericanos), que data de 1951, se crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que representa el marco político e institucional de la integración.

El concepto de integración que el Protocolo de Tegucigalpa plantea y que el SICA plasma, incluye diversos campos de la actividad humana, complementándose unos a otros, promoviendo las sinergias. Es un proceso de carácter sistémico, que posteriormente, en el año 1994, fue plasmado en la Alianza para el Desarrollo Sostenible, que se constituye en un marco soportado por cuatro pilares: político, socio cultural, económico y manejo sostenible de los recursos naturales.

Los Estados miembros del SICA son Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Asimismo, y en carácter de Estado asociado encontramos a República Dominicana.

La conformación del SICA se materializa mediante la rúbrica del Protocolo de Tegucigalpa, el 13 de diciembre de 1991; siendo modificadorio de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), de 1962 y plasma en su cuerpo normativo el ideario que sostenía Centroamérica respecto de la región como una zona de paz, libertad, democracia y desarrollo.

Posteriormente el instrumento internacional se han suscripto una serie de documentos complementarios que coadyuvan a la materialización de una región más integrada sufrió algunas modificaciones a su plexo normativo, destacando:

- Firma del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, el 29 de octubre de 1993. Este documento determina que las partes se comprometieron a alcanzar, de manera voluntaria, gradual, complementaria y progresiva, la Unión Económica Centroamericana, para ello se constituye el Subsistema de Integración Económica, cuyo órgano técnico y administrativo es la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), con sede en Guatemala.
- Tratado de la Integración Social Centroamericana del 30 de marzo de 1995. Mediante este documento se organiza, regula y estructura el Subsistema Social, que comprende el área social del SICA; siendo su objetivo impulsar la coordinación, armonización y convergencia de las políticas sociales entre sí y con las demás políticas de los Estados Miembros del SICA.
- Conformación de la Alianza para el Desarrollo Sostenible (ALIDES) el 12 de octubre de 1994. en términos generales esta estructura se orienta a conformar una estrategia regional integral de desarrollo que abarca las áreas de democracia, desarrollo sociocultural, desarrollo económico y manejo sostenible de los recursos naturales y mejora de la calidad ambiental.
- El Tratado Marco de Seguridad Democrática fue suscrito en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995. Dicho instrumento instituyó el Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática, el cual se basa en la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones y el Estado de Derecho; en la existencia de gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto y en el irrestricto respecto de to-

dos los derechos humanos en los Estados Centroamericanos.

- Los fundamentos del Modelo de Seguridad Democrática son entre otros, el fortalecimiento del poder civil, el balance razonable de fuerzas, la seguridad de las personas y sus bienes, la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, el combate a la narcoactividad y al tráfico de armas.

### **3. BASES Y OBJETIVOS.**

La base está dada por el compromiso asumido por los estados miembros en los Artículos 5° y 6° en que acepten plenamente las obligaciones de esta Carta, mediante su aprobación, ratificación o adhesión, y que lo pongan en vigor de conformidad con sus procedimientos constitucionales. I de la obligación de abstenerse de adoptar medidas unilaterales que pongan en peligro la consecución de los propósitos y el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA.

Los Objetivos surgen del artículo N° 3 Y N° 4 del Protocolo De Tegucigalpa A La Carta De La Organización De Estados Centroamericanos (ODECA); transcritos a continuación:

*Artículo 3.- El Sistema De La Integración Centroamericana tiene por objetivo fundamental la realización de la integración de Centroamérica, para constituirla como Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo. En ese sentido, se reafirman los siguientes propósitos:*

*Consolidar la democracia y fortalecer sus instituciones sobre la base de la existencia de Gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto, y del irrestricto respeto a los Derechos Humanos.*

*Concretar un nuevo modelo de seguridad regional sustentado en un balance razonable de fuerzas, el fortalecimiento del poder*

*civil, la superación de la pobreza extrema, la promoción del desarrollo sostenido, la protección del medio ambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de armas.*

*Impulsar un régimen amplio de libertad que asegure el desarrollo pleno y armonioso del individuo y de la sociedad en su conjunto.*

*Lograr un sistema regional de bienestar y justicia económica y social para los pueblos centroamericanos.*

*Alcanzar una unión económica y fortalecer el sistema financiero centroamericano.*

*Fortalecer la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional.*

*Reafirmar y consolidar la autodeterminación de Centroamérica en sus relaciones externas, mediante una estrategia única que fortalezca y amplíe la participación de la región, en su conjunto, en el ámbito internacional.*

*Promover, en forma armónica y equilibrada, el desarrollo sostenido económico, social, cultural y político de los Estados miembros y de la región en su conjunto.*

*Establecer acciones concertadas dirigidas a la preservación del medio ambiente por medio del respeto y armonía con la naturaleza, asegurando el equilibrado desarrollo y explotación racional de los recursos naturales del área, con miras al establecimiento de un Nuevo Orden Ecológico en la región.*

*Conformar el SICA sustentado en un ordenamiento institucional y jurídico, y fundamentado asimismo en el respeto mutuo entre los Estados miembros.*

*Artículo 4.- Para la realización de los propósitos citados el SICA y sus Miembros procederán de acuerdo a los principios fundamentales siguientes:*

- a) *La tutela, respeto y promoción de los Derechos Humanos constituyen la base fundamental del SICA.*
- b) *Paz, Democracia, Desarrollo y Libertad, son un todo armónico e indivisible que orientará las actuaciones de los países miembros del SICA;*
- c) *La identidad centroamericana como manifestación activa de los intereses regionales y de la voluntad de participar en la consolidación de la integración de la Región.*
- d) *La solidaridad centroamericana como expresión de su profunda interdependencia, origen y destino común;*
- e) *La gradualidad, especificidad y progresividad del proceso de integración económica, sustentado en el desarrollo regional armónico y equilibrado; y el tratamiento especial a países miembros de menor desarrollo relativo; la equidad y reciprocidad; y la Cláusula Centroamericana de Excepción.*
- f) *La globalidad del proceso de integración y la participación democrática, en el mismo, de todos los sectores sociales.*
- g) *La seguridad jurídica de las relaciones entre los Estados Miembros y la solución Pacífica de sus controversias.*
- h) *La buena fe de los Estados Miembros en el cumplimiento de sus obligaciones, absteniéndose de establecer, convenir o adoptar medida alguna que sea contraria a las disposiciones de este instrumento o que obstaculice el cumplimiento de los principios fundamentales del SICA o la consecución de sus objetivos.*
- i) *El respeto a los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), y las Declaraciones emitidas en las Reuniones Presidenciales centroamericanas desde mayo de 1986.*

#### 4. ÓRGANOS INTERNOS

El Sistema de la Integración Centroamericana establece los siguientes órganos:

- La Reunión de Presidentes
- El Consejo de Ministros
- El Comité Ejecutivo (CE-SICA)
- El Secretaría General (SG-SICA)

Forman parte de este Sistema:

- La Reunión de Vicepresidentes
- El Parlamento Centroamericano (PARLACEN)
- La Corte Centroamericana de Justicia (CCJ)
- El Comité Consultivo (CC-SICA)

Mientras que las Secretarías del SICA son:

- Secretaría General de la Coordinación Educativa y Cultural Centroamericana (SG-CECC).
- Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA).
- Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano (SE-CMCA).
- Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Hacienda o Finanzas de Centroamérica y República Dominicana (SE-COSEFIN).
- Secretaría de Integración Turística Centroamericana (SIT-CA).
- Secretaría de la Integración Social Centroamericana (SIS-CA).

- Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica (SE-COMISCA).
- Secretaría Técnica del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica (ST-COMMCA).
- Secretaría Ejecutiva de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (SE-CCAD).
- Secretaría Ejecutiva del Consejo Agropecuario Centroamericano (SE-CAC).

#### Instituciones Especializadas:

- Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE).
- Consejo Fiscalizador Regional del SICA (CFR-SICA).
- Comisión Centroamericana de Estadísticas del Sistema de la Integración Centroamericana (CENTROESTAD)
- Instituto Centroamericano de Administración Pública Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP).
- Centro para la Promoción de la Micro y Pequeña Empresa en Centroamérica (CENPROMYPE).
- Consejo Registral Inmobiliario de Centroamérica y Panamá (CRICAP).
- Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor (CONCADECO).
- Consejo Superior Universitario Centroamericano (CSUCA).
- Comisión para el Desarrollo Científico y Tecnológico de Centroamérica, Panamá y República Dominicana (CTCAP).
- Comité de Cooperación de Hidrocarburos de América Central (CCHAC).



- Consejo de Electrificación de América Central (CEAC).
- Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE).
- Ente Operador Regional (EOR)
- Comisión Técnica Regional de Telecomunicaciones de Centroamérica (COMTELCA).
- Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea (COCESNA).
- Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo (CO-CATRAM).
- Centro de Coordinación para la Prevención de Desastres Naturales en América Central (CEPREDENAC).
- Comité Regional de Recursos Hidráulicos (CRRH).
- Foro Centroamericano y República Dominicana de Agua Potable y Saneamiento (FOCARD-APS).
- Consejo de Institutos de Seguridad Social de Centroamérica y República Dominicana (CISSCAD).
- Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá (IN-CAP).
- Organización del Sector Pesquero y Acuícola del Istmo Centroamericano (OSPESCA).
- Consejo del Istmo Centroamericano de Deportes y Recreación (CODICADER).
- Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y Delitos Conexos (CCP).
- Comisión Trinacional del Plan Trifinio (CTPT).

## **5. PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia esto surge del Artículo 35 del Protocolo De Tegucigalpa a la Carta De La Organización De Estados Centroamericanos (ODECA).

Los Estados Centroamericanos han incluido el principio de arreglo pacífico de controversias a partir de los Acuerdos de Paz de Esquipulas I y II y del Tratado Marco de Seguridad Democrática, suscrito en la XVII Cumbre de Presidentes de Centroamérica del 15 de diciembre de 1995.

En el ámbito regional, el único instrumento de solución de controversias existente es el instrumento denominado “Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica” o “Tratado Centroamericano sobre Solución de Controversias Comerciales” y que es parte del Anexo I, Resolución No. 170-2006 (COMIECOXLIX).

### **5.1. ASPECTOS Y MARCO NORMATIVO.**

En marco de la integración centroamericana el Tratado Centroamericano sobre Solución de Controversias Comerciales tiene como objetivo garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y obligaciones derivados de los instrumentos de Integración Económica Centroamericana, en congruencia con las disposiciones en materia de solución de diferencias del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Asimismo, determina un mecanismo jurídico que permite a los Estados Parte solucionar sus controversias en materia comercial de una manera adecuada, consistente y expedita, siguiendo un procedimiento seguro y previsible.

Según el artículo 3 de dicho documento, el procedimiento señalado en ese mecanismo se aplicará:

- a) *A la prevención o a la solución de todas las controversias entre los Estados Parte relativas a la aplicación o a la interpretación de los instrumentos de la integración económica en lo que se refiere exclusivamente a sus relaciones de comercio intrarregional;*
- b) *Cuando un Estado Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otro Estado Parte eso podría ser incompatible con las obligaciones de los instrumentos de la integración económica;*
- c) *Cuando un Estado Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otro Estado Parte, aun cuando no contravenga las obligaciones de los instrumentos de la integración económica, causa o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios del intercambio comercial entre sus territorios que razonablemente pudo haber esperado recibir de su aplicación.*

Para estos efectos, el término anulación y menoscabo podrá interpretarse conforme a la jurisprudencia sobre el párrafo 1b) del artículo XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) en los casos en que no existe infracción.

En este contexto, cobra relevancia el papel desarrollado por la Corte de Justicia Centroamericana como instancia jurisdiccional del SICA, cuya misión de garantizar el respeto al Derecho Comunitario Centroamericano en su aplicación e interpretación y la divulgación de su conocimiento para favorecer el amplio acceso a la justicia comunitaria, pronta y cumplida, contribuir al desarrollo e integración jurídica regional con acceso igualitario a la justicia con enfoque de género en la Región.

Para ello, la Corte tiene competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad

de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el “Sistema de la Integración Centroamericana”, y para sujetos de derecho privado. (Estatuto Corte Centroamericana de Justicia).

Dentro de la competencia de la Corte se encuentra (Art. 22):

- d) *Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. (...)*
- e) *Conocer y fallar, si así lo decide, como árbitro, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio ex aequo et bono, si los interesados, lo convienen; (...)*”

Existen además, otros instrumentos derivados que dan competencias a la Corte Centroamericana de Justicia en cuanto a la resolución alterna de conflicto, ellos son:

1. El Tratado de Seguridad Democrática en Centroamérica: Suscrito en San Pedro Sula, Honduras el 15 de diciembre de 1995. Entró en vigencia el 26 de diciembre de 1997, fue ratificado por Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua. Sus artículos 45 y 67 dicen, respectivamente:

*Artículo 45. Sin perjuicio de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos sobre arreglo pacífico de controversias, las partes reafirman su obligación de resolver cualquier diferencia que pueda poner en peligro la paz y la seguridad de la región por la vía de la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o cualquier otro medio pacífico de solución de controversias.”*

*Artículo 67. Toda controversia sobre la aplicación o interpretación del presente Tratado será elevada al conocimiento de la Reunión de Presidentes y, en caso de no resolverse, se utilizarán los medios de solución pacífica de las controversias estipuladas en el artículo 45, y en su caso, serán sometidas al conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia.”*

2. Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central: Suscrito en Guatemala, el 30 de diciembre de 1996. El numeral 35 cita: “Las controversias que surjan entre los Gobiernos respecto a la interpretación y aplicación del Tratado, que no sean resueltas mediante negociación, se remitirán, para su arbitraje, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Centroamericana de Justicia o a otro organismo que acuerden las partes, para su resolución definitiva.”

Este Artículo 35 fue reformado en el Protocolo al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central (Hecho en la ciudad de Panamá, a los 12 días del mes de julio de mil novecientos noventa y siete (1997);..”El Art. 6: El Artículo 35 se leerá así: “*Artículo 35: Las controversias que surjan entre los Gobiernos respecto a la interpretación y aplicación del Tratado, que no sean resueltas mediante negociación se someterán a arbitraje.*”.

3. Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero, de Activos y Conexos: Suscrito en Panamá, el 22 de julio de 1997. “*Artículo 20: En toda controversia sobre la aplicación o interpretación del presente Convenio se utilizarán los medios de solución pacífica de controversias, y en su caso serán sometidas al conocimiento de la Corte Centroamericana de Justicia*”.
4. Nuevo Convenio Constitutivo del Centro de Coordinación para la Prevención de los Desastres Naturales en América Central (CEPREDENAC): Suscrito en la ciudad de Belice el 3 de septiembre del año 2003 (sustituyó el de octubre

de 1993). El artículo 16 determina que *“Toda controversia sobre la interpretación o aplicación del presente Convenio, deberá tratarse de solucionar a través de la negociación entre los Estados Partes, los buenos oficios o la mediación del Consejo de Representantes, y cuando no pudiera llegar a un arreglo, las partes o el Consejo, lo podrán someter a la Corte Centroamericana de Justicia.”*

## CAPÍTULO 5

### LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

*Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva*

#### 1. ESTADOS INTEGRANTES, CONDICIONES DE INGRESO, INDICADORES SOCIALES Y ECONÓMICOS

La Comunidad Andina (CAN)<sup>1</sup> es una comunidad conformada por cuatro países cuyo objetivo común es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo a través de la integración andina, sudamericana y latinoamericana.

Cabe recordar que esta comunidad también está integrada por países miembros asociados, como lo son Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

#### 2. BASES Y OBJETIVOS

Dentro de los objetivos de la CAN se destacan:

- Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social;
- Acelerar su crecimiento y la generación de ocupación;
- Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

---

<sup>1</sup> El proceso andino de integración se inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Está constituida por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, además de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI).

- Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional;
- Fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.
- Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

La Comunidad Andina contempla el desarrollo de temas en diversos ámbitos políticos, sociales, culturales, ambientales y comerciales, entre otros, que contribuyan a los esfuerzos nacionales orientados a combatir la pobreza, la inequidad y la exclusión social; recuperar la armonía y el equilibrio entre el hombre y la naturaleza; y posibilitar la participación social y espacios de diálogo con la sociedad civil, entre otros.

### **3. PRINCIPALES LOGROS**

- Una Zona de Libre Comercio en funcionamiento desde 1993 en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, a la que terminó de incorporarse el Perú el 1 de enero de 2006.
- Un arancel externo común vigente desde el 1 de febrero de 1995.
- La liberación de los servicios de transporte en sus diferentes modalidades.
- El incremento, en más de 82 veces, de las exportaciones intrasubregionales, al pasar de 111 millones de dólares, en 1970, a 9 072 millones de dólares en 2005.
- El incremento del componente manufacturero de los productos que comercializan los andinos entre sí, de 48 por ciento, en 1970, a más del 85 por ciento en el 2007.



- Se dan pasos de trascendental importancia para la libre circulación de personas con la creación del Pasaporte Andino y la aprobación de una norma comunitaria que permite a los turistas andinos viajar entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú portando solamente sus Documentos Nacionales de Identificación.
- La suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y el Mercosur permite dar un salto cualitativo en el proceso de conformación de un espacio sudamericano de integración.
- Se desarrolla el Proyecto “Acción con la Sociedad Civil para la Integración Regional Andina” (SOCICAN) que, mediante un Fondo Concursable, promueve la participación de la sociedad civil en la integración.

#### **4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CAN**

El crecimiento del flujo comercial y financiero que se viene desarrollando entre los países o bloques económicos suscita, con frecuencia, conflictos o controversias, que deben ser abordados para no impedir el libre intercambio y la convivencia pacífica de los pueblos. Ello ha planteado la necesidad de diseñar procedimientos de solución de controversias que posibiliten superar las situaciones de conflicto que origina la naturaleza cambiante de los nuevos modelos contractuales y las más variadas formas de operación comercial, así como la acción de los Estados por dominar los mercados.

El esquema tradicional de la jurisdicción ordinaria en cada uno de los países y aún la jurisdicción internacional no han logrado satisfacer plenamente los requerimientos de confianza, seguridad y rapidez que demandan las relaciones comerciales y de inversión.

Lo que ha dado origen al surgimiento de nuevos mecanismos de solución de controversias en un esfuerzo de adecuar

la cultura del comercio, basada sustancialmente en el más rápido intercambio y la fluida intermediación, con la necesidad de justicia. El medio tradicional de enfrentar las controversias ha sido y lo es, hasta ahora, el órgano jurisdiccional ordinario en el ámbito soberano de las naciones y la jurisdicción internacional o supranacional cuando libremente los países se someten a ella. Junto a éstos han surgido otros mecanismos que buscan una solución más rápida del conflicto.

Siguiendo la tendencia de categorizar las etapas del desarrollo tecnológico en generaciones podemos afirmar que existen cuatro generaciones de medios de tratamiento de controversias o conflictos. La primera lo constituye la jurisdicción ordinaria, según la cual las partes someten a un tercero, que no haya sido seleccionado expresamente, para que dicte (*iuris dictio*) la solución del conflicto.

La segunda generación es la refrescada figura del arbitraje que, a diferencia del esquema tradicional, tiene un carácter auto compositivo por la selección de los juzgadores; de igual manera la conciliación y también la mediación. La tercera constituyen la negociación, el minijuicio o el servicio legal prepagado, e incluso las opiniones de los paneles de expertos que facilitan un arreglo o solución directo de las controversias.

Mientras que la última generación es el mecanismo interno o dispositivo que tiene cada contrato, convenio o acuerdo, y que actúa automáticamente cuando se presenta la discrepancia o conflicto como son las garantías a la primera solicitud o los créditos documentarios que, a diferencia de los otros, superan el prerrequisito farragoso de la prueba.

## **5. EL CONFLICTO Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN**

Basta apreciar las relaciones comerciales económicas, políticas y culturales entre los países, la acción de las grandes transnacionales y el esfuerzo de los países por conquistar un mercado, para

comprender lo que es una controversia o un conflicto comercial internacional.

En primer lugar la controversia requiere de dos partes, por lo menos, para existir, principalmente en las relaciones de mercado en el que las asimetrías de poder evidencian una desigualdad de fuerzas entre los distintos operadores. El segundo elemento es la acción, sin embargo a veces los conflictos sólo son percibidos por una o ambas partes, quedando, al menos en un primer momento, sólo en la mente de los actores o en el de uno de ellos. De tal manera que se puede suscitar un conflicto sin que ocurra una acción.

El conflicto es pues una conexión entre partes; por lo tanto, la acción debe crear la relación para que nazca el conflicto, y ese es un tercer elemento. La relación expresada por un silencio o una respuesta de la otra parte.

El conflicto surge al momento de que estos tres elementos conjunta y secuencialmente, a menos que una de las partes decida no reaccionar y aceptar o admitir lo pretendido por la primera. Sin embargo, si existieran métodos o procesos aceptados que claramente enfrentasen la controversia brindando una solución inmediata, previamente admitida por las partes, el conflicto quedaría resuelto.

En este marco se destaca que la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son los órganos competentes para administrar y resolver los procedimientos y las controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En primer lugar se destaca que la Secretaría General debe velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y para ello dispone de un poder resolutorio propio, en las materias previstas en el Acuerdo de Cartagena, tales como, requisitos específicos de origen, determinación de restricciones y gravámenes, diferimientos arancelarios, salvaguardias, dumping, subsidios

y competencia comercial de acuerdo a lo establecido en la Decisión 425.

La Comunidad Andina de Naciones en su Tratado de creación, el llamado Acuerdo de Cartagena, constituyó el Tribunal de Justicia (art. 47) como órgano de solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Mientras que, más tarde, a través de la Decisión 472<sup>2</sup>, introdujo la figura del arbitraje como un medio adicional de solución de controversias.

Los dos mecanismos se articulan dentro del ordenamiento jurídico andino que está constituido por:

- El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales
- La Decisión 472, que codifica el órgano jurisdiccional y los medios de solución de controversias.
- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina
- Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina
- Los convenios de complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y el marco del proceso de integración subregional andina. (Art. 1 de la Decisión 472<sup>3</sup>).

---

<sup>2</sup> La Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina lo codifica y precisa el ámbito y las funciones jurisdiccionales. Dicha norma, junto con la Decisión 500 (Estatuto de Tribunal de Justicia) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos) constituyen el cuerpo orgánico jurídico de la administración de justicia comunitaria.

<sup>3</sup> Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende: “El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;

La Secretaría General, además, administra la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, mediante un procedimiento regulado por el Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, establecido mediante la Decisión 623.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la CAN es el órgano jurisdiccional encargado de dirimir, en forma definitiva, las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Sus competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y desarrolladas en su Estatuto - Decisión 500.

Asimismo se aprecia que el diferente nivel de desarrollo económico y tecnológico de cada país, los distintos intereses de sus unidades económicas y las relaciones preferentes con otros Estados suscita, con frecuencia, confrontaciones que paradójicamente van creciendo a medida que el proceso va escalando hacia la formación de un mercado común latinoamericano. Estos aumentan a medida que los temas de convergencia y la intensidad de las relaciones laborales, culturales y comerciales fluyen.

De tal manera que las controversias se presentan sin que los Estados miembros lo quieran expresamente, sino que la propia interrelación en cada uno de los campos de las relaciones comunitarias, acicateada por la competencia, conlleva a la fricción y con frecuencia al conflicto, y ellas, debido a su dinamismo, serán mayores en el ámbito comercial.

## **6. EL PAPEL DE LOS CONFLICTOS COMERCIALES**

El desafío de alcanzar un intercambio comercial equitativo en el plano internacional es materializar que las fuerzas de la oferta

---

Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”.

y la demanda, la acción de las transnacionales y el interés de los Estados sean equilibrados para que el mismo resulte beneficioso para todos.

En esta coyuntura, los países e individuos con menores posibilidades comerciales se constituyen como la parte más vulnerable de las relaciones comerciales, derivando en posibles conflictos que traspasan las fronteras del plano nacional y regional.

Esta posible interacción conflictiva deriva necesariamente en la necesidad de contar con instancias o mecanismos en donde poder dirimirlas; destacando que en dicho relacionamiento puede derivar, nos siempre, en la insatisfacción de alguna de las partes debido al choque de intereses.

En este escenario, podemos apreciar que a medida que los procesos de integración se hacen más fluidos, surgen mayores posibilidades de colisión entre los países miembros; ello determina que para que el proceso de integración sea efectivo es necesario que los mecanismos tiendan a lograr una adecuada y mínima satisfacción de los intereses de las partes.

Un proceso de integración que conlleve en sí mismo reglas y pautas de relacionamiento que permitan una adecuada y equitativa distribución de beneficios y alcance un balance de las partes determinará la conformación de un mercado confiable y justo.

Por ello, se considera que si la posibilidad de zanjar los conflictos es baja, menor será la credibilidad en la integración económica. Como bien señala la Unión Europea, en su libro de acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios “En todos los Estados miembros, la no ejecución (o mala ejecución) de los contratos puede dar lugar a un procedimiento de resolución del litigio resultante. Desde el punto de vista económico, el procedimiento juega también (y sobre todo) un papel preventivo: a falta de procedimientos eficaces, tienden a aumentar los casos de no ejecución y, a mediano plazo, lo que resulta afectado es el funcionamiento del mercado; en cambio, la existencia de procedimientos apropiados de resolución de litigios

favorece la ejecución espontánea de las obligaciones contractuales”<sup>4</sup>.

Por ello, es claro que la implementación de mecanismos de solución de controversias cuyo objetivo ser la solución de los conflictos tiene como función la de dotar de credibilidad al proceso de integración, mejorar la confianza en la existencia de la justicia hacia las partes interesadas.

## **7. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS - ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO**

La Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son los órganos competentes para administrar y resolver los procedimientos y las controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En su condición de órgano ejecutivo de la Comunidad Andina, la Secretaría General debe velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y para ello dispone de un poder resolutivo propio, en las materias previstas en el Acuerdo de Cartagena, tales como, requisitos específicos de origen, determinación de restricciones y gravámenes, diferimientos arancelarios, salvaguardias, dumping, subsidios y competencia comercial de acuerdo a lo establecido en la Decisión 425.

De igual manera dispone de un poder resolutivo en las materias que la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores le delegue las que pueden ser de de naturaleza normativa o administrativa. La Secretaría General, además, administra la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, mediante un procedimiento regulado

---

<sup>4</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia y solución de Litigios en materia de Mercado Único*, Com. (93) 576 final, N° catálogo: CV-CO- 93-614-ES-C, 16 de noviembre de 1993.

por el Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, establecido mediante la Decisión 623.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su parte, es el órgano jurisdiccional encargado de dirimir, en forma definitiva, las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Sus competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y desarrolladas en su Estatuto - Decisión 500.

## **8. TEMAS PRIORITARIOS PARA LA CAN**

La Comunidad Andina contempla el desarrollo de temas en diversos ámbitos políticos, sociales, culturales, ambientales y comerciales, entre otros, que contribuyan a los esfuerzos nacionales orientados a combatir la pobreza, la inequidad y la exclusión social; recuperar la armonía y el equilibrio entre el hombre y la naturaleza; y posibilitar la participación social y espacios de diálogo con la sociedad civil, entre otros.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) aborda la resolución de controversias mediante los mecanismos denominados de primera y segunda generación; es decir la justicia ordinaria con un Tribunal de Justicia, y la del arbitraje.

En ambos casos, los mecanismos (jurisdiccional y arbitral) están sistematizados dentro del ordenamiento jurídico comunitario que constituye el más avanzado orden en la subregión, pues deja en el Tribunal de Justicia la salvaguardia del proceso de integración, así como el cumplimiento de los derechos y obligaciones que del tratado de integración se deriven, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.

La CAN, en su Tratado constitutivo –Acuerdo de Cartagena– constituyó el Tribunal de Justicia como órgano de solución de controversias que se produzcan a raíz de la aplicación



del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; asimismo, y por medio de la Decisión 472 se introdujo la figura del arbitraje como un medio adicional de solución de controversias.

Los dos mecanismos citados se articulan en el ordenamiento jurídico andino por medio de:

- El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales.
- La Decisión 472, que codifica el órgano jurisdiccional y los medios de solución de controversias.
- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina.
- Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina.
- Los convenios de complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí y el marco del proceso de integración subregional andina. (art. 1 de la Decisión 472).

## **9. ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO**

En términos generales podemos apreciar respecto del derecho comunitario andino que tanto el derecho material, la jurisprudencia, la propia experiencia de los países andinos y algunas normas nacionales, como la Constitución de Colombia (1968), reconocen la existencia de este ordenamiento jurídico.

Se destaca que el este ordenamiento, tal como lo ilustra el art. 1 de la Decisión 472, ya comentado, sigue un orden kelseniano al referir de forma piramidal una escala de normas comunitarias partiendo en primer lugar del Tratado del Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; continuando con el tratado de creación del Tribunal de Justicia (Decisión

472<sup>5</sup>); las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; las resoluciones de la Secretaría General; y, finalizando, con los convenios de complementación industrial.

De tal manera que el ordenamiento está constituido por un derecho material –como son el Tratado, sus Decisiones, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Estabilidad– un derecho jurisprudencial, las sentencias que emita y un conjunto de principios como el de aplicación directa, y el de la preeminencia.

El primer principio se refiere a la capacidad que tienen la norma comunitaria y las resoluciones del Tribunal para producir efectos jurídicos en forma directa sobre sus cinco países miembros sin que se requiera de previa homologación; por tal motivo el ordenamiento jurídico andino es imperativo y de aplicación obligatoria para los países miembros.

En base a este principio, los sujetos beneficiarios pueden accionar requiriendo la debida y correcta aplicación de la norma

---

<sup>5</sup> El del anexo de la Decisión 472 determina en su Artículo 5 que *“Créase el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en el presente Tratado, y sus Protocolos Modificatorios. El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador”*.

Mientras que el 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 jurisperitos de notoria competencia. Los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, podrá modificar el número de magistrados y crear el cargo de Abogado General, en el número y con las atribuciones que para el efecto se establezcan en el Estatuto a que se refiere el Artículo 13.

comunitaria; es decir que sus efectos produzcan derechos y obligaciones para los particulares al igual que las normas de sus respectivos derechos nacionales, posibilitando que puedan exigir su observancia ante sus propios tribunales naturales.

Básicamente, los ciudadanos pueden exigir jurisdiccionalmente, ante la administración de justicia de sus países, el cumplimiento de las obligaciones y el respeto de los derechos emanados del ordenamiento comunitario pudiendo accionar contra el Estado que actúe de manera incompatible con las normas comunitarias.

Por su parte, los jueces nacionales, de acuerdo con las prescripciones del derecho interno, tienen el poder y el deber de preterir las normas internas que contravengan el orden jurídico comunitario; anular las disposiciones de naturaleza legislativa y administrativa que lo infrinjan; y establecer la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de tal infracción.

Este principio de preeminencia de la norma comunitaria, es la condición que tiene el ordenamiento comunitario andino de primar sobre cualquier norma del derecho interno de los países miembros que se le oponga sin importar la jerarquía de la norma nacional; destacando que esta preeminencia no tiene facultad derogatoria sobre los derechos nacionales sino que establece su inaplicabilidad.

Por lo descripto podemos apreciar que el ordenamiento jurídico comunitario se caracteriza por:

- Establecer limitaciones y obligaciones a los poderes de los Estados miembros.
- La creación de una institución supranacional con capacidad para imponerles nuevos derechos y obligaciones a dichos Estados y a sus ciudadanos en particular.
- Fijar objetivos que persigue la integración andina, los instrumentos jurídicos e institucionales para alcanzarlos.

- El reparto de competencias legislativas, administrativas y judiciales entre los Estados y los órganos comunitarios.
- La aplicación de derecho positivo emanado de sus órganos se aplica directamente en el territorio de los países miembros.

Esta es una característica inédita en América Latina, pues permite a la estructura orgánica de la Comunidad Andina generar un ordenamiento jurídico que convive con el derecho interno de cada uno de sus países miembros y que en caso de incompatibilidad –siguiendo la pirámide kelseniana– prevalece sobre este último.

Este ordenamiento jurídico comunitario, requiere de un órgano específico que garantice que los órganos comunitarios ejerzan sus competencias de conformidad con el Acuerdo de Cartagena, sin invadir los poderes que los Estados Miembros se han reservado para sí.

### **1) Organización**

La estructura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, tiene su sede en la ciudad de Quito – Ecuador -, está definida en el “Protocolo Modificador del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, firmado el 28 de Mayo de 1996; destacando que su entrada en vigor fue a partir del 25 de agosto de 1999.

En este marco, se aprecia que la Decisión 472 de la CAN define su ámbito como las funciones jurisdiccionales, la Decisión 500 (Estatuto de Tribunal de Justicia) y la Decisión 425 (Reglamento de Procedimientos Administrativos) constituyen el cuerpo orgánico jurídico de la administración de justicia de la comunidad de naciones.

Debido a que el Tribunal tiene dos ámbitos, el mismo cuenta con dos mecanismos de solución de controversias. El primero de ellos, el de carácter jurisdiccional y el segundo de naturaleza arbitral.

El primero debe ser tratado singularmente, aunque éste sea consustancial a la existencia de un tribunal de justicia, y no precisamente un mecanismo especial y nuevo de solución de controversias; mientras que a posteriormente se apreciará la función arbitral; en ambos casos la función jurisdiccional como la arbitral están contenidas dentro de lo que se conoce como el derecho comunitario andino, que debe ser tratado para comprender sus reales dimensiones.

El Tribunal de Justicia que está integrado por cinco magistrados<sup>6</sup> oriundos de los países miembros; destacando que durante el desempeño de sus funciones gozarán de plena independencia y no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente. (Art. 6 de la Decisión 472) y su mandato dura un período de seis años, renovándose parcialmente cada tres años y pudiendo ser reelegidos por una sola vez (art. 8 de la Decisión 472).

Finalmente, los magistrados podrán ser removidos a requerimiento del gobierno de un país miembro únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieran incurrido en falta grave.

## **2) Jurisdicción supranacional**

La existencia de un ordenamiento jurídico comunitario, sin precedentes en América Latina, cuyas reglas se tornan efectivas dentro de los Estados y para los propios Estados, requiere de un tribunal capaz de dictar el derecho y la sanción en caso de su incumplimiento.

Al crearse el Tribunal de Justicia, sus Estados miembros, los organismos comunitarios y las personas naturales y jurídicas pasaron a tener sus derechos protegidos por el conjunto de las reglas

---

<sup>6</sup> Se ha previsto la figura de suplentes, que serán dos por cada magistrado, quienes podrán reemplazar a los titulares en los casos de ausencia definitiva o temporal, así como de impedimento o recusación. Dichos suplentes deberán reunir las mismas cualidades que los titulares.

comunitarias como así también por la capacidad y el poder de decisión del órgano administrador de justicia supranacional.

En este marco, se puede sostener que los países miembros de la CAN optaron por la supranacionalidad de su Tribunal de Justicia dejando a un lado el esquema de la acción intergubernamental que determina que se deje fuera la opción de quedar sometido a la jurisdicción de un órgano que esté por encima de la soberanía de los propios países creadores.

Si bien es acertado que los países de la CAN hayan creado organismos supranacionales, como es la Comisión o el Tribunal de Justicia, cuya jurisdicción abarca a los cinco países miembros; también lo es debido a que sus competencias van más allá de los sistemas de solución de controversias previstos en acuerdos bilaterales o multilaterales de libre comercio.

Estas competencias permiten:

- Controlar la legalidad de las decisiones de los órganos comunitarios con capacidad decisoria.
- Vigilar la legalidad comunitaria de las acciones de los miembros de la CAN.
- Asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario.
- Conocer las controversias laborales que se suscitan en instituciones del Sistema Andino de Integración.
- Posee facultad arbitral.

El Tribunal de Justicia de la CAN constituye como uno de los más avanzados mecanismos de solución de controversias en el ámbito de las organizaciones económicas internacionales, al permitir que un juez cuente con los amplios poderes con una jurisdicción supranacional.

Respecto de la acción de nulidad el Tribunal de Justicia, dentro de su ámbito jurisdiccional, ejerce el control de la legalidad

del derecho comunitario; destacando que este control sigue la misma tendencia que el derecho constitucional moderno y el derecho internacional público, destinada a proteger a las partes del poder político o particularmente, en el caso, los posibles excesos de algún órgano de la Comunidad Andina.

En la doctrina y en el derecho latinoamericano se conoce esta acción como una “acción de inconstitucionalidad” que se utiliza en muchas direcciones y con fines diversos, pero su núcleo central es el control de las leyes o las normas.

### **3) La Nulidad - El modelo concentrado y difuso**

El derecho comunitario andino ha seguido un sistema dual respecto al control jurisdiccional de las normas, tal como lo representan las Decisiones de los órganos comunitarios; pudiendo admitir la acción de nulidad conforme el “modelo concentrado” y el “modelo difuso”.

Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y los Convenios que adopten los países miembros entre sí y en el marco del proceso de integración son susceptibles de estar sometidas al control concentrado de la legalidad por parte del Tribunal de Justicia. Pero también se reconoce el “modelo difuso”.

- a) El modelo concentrado, conforme a lo establecido al primer párrafo del art. 20 de la Decisión 472, determina que el Tribunal de Justicia defina si un país miembro ha incumplido las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino.

La acción puede ser interpuesta por la Secretaría General, por los países miembros, o por las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos; destacando que la acción es precedida de una etapa prejudicial que se plantea ante la Secretaría General y que se encuentra regulada en el Tratado del Tribunal de Justicia y el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decisión 425).

Esta acción y sus consecuencias han sido eficientes y eficaces, pues la práctica ha demostrado que los países han cumplido con las sentencias y en consecuencia con sus obligaciones.

- b) El control difuso es un control de cumplimiento del ordenamiento jurídico corresponde al Tribunal de Justicia de la CAN como así también a lo dictado por los órganos judiciales nacionales, quienes ejercen un control difuso sobre el cabal cumplimiento del ordenamiento comunitario.

El control se ejerce mediante la facultad prevista en el segundo párrafo del art. 20, así como del mecanismo de interpretación prejudicial, dirigido a garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario.

Los Estados y los particulares pueden entablar una acción de nulidad acudiendo a la jurisdicción del Tribunal (modelo concentrado) dentro de los dos años de la entrada en vigencia de la norma impugnada; luego de transcurrido dicho plazo legal podrá demandarse ante los jueces la inaplicabilidad de la norma (modelo difuso), quienes consultarán ante el Tribunal acerca de la legalidad de dicha norma.

#### **4) Proceso de Nulidad**

Este mecanismo se puede emplear en dos momentos:

- Durante el proceso se pueden interponer y plantear medidas cautelares, incluida la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio denunciados de nulidad, cuando dicha ejecución pudiera causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil subsanación hasta que se emita la sentencia definitiva.



- Dentro de la acción de nulidad, los jueces de cada uno de los países miembros se encuentran obligados a consultar al Tribunal Andino acerca de la legalidad de una norma contenida en una Decisión, Resolución o Convenio, cuando una parte dentro de un proceso o el propio juez nacional cuestionen su validez y la consideren inaplicable al caso concreto.

De esa manera, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales podrá solicitar a sus propios jueces o tribunales la inaplicabilidad de la norma comunitaria al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a la naturaleza de la acción (art. 19, 20 y 17 de la Decisión 472).

Para que proceda la acción son necesarios tres requisitos:

- Existencia de un conflicto planteado ante los jueces o tribunales nacionales.
- Que cualquiera de las partes en el proceso interno considere que una norma comunitaria pudiera tener relevancia para decidir el asunto controvertido.
- Que una de las partes, o el propio juez nacional, considere que la validez de esa norma comunitaria pueda estar afectada por haber sido dictada o acordada con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.

La resolución que el Tribunal Andino emite absolviendo la consulta de validez, al igual que en la interpretación prejudicial, deberá ser aplicada obligatoriamente por el juez nacional. Si en dicha sentencia el Tribunal considera que la norma no contraviene el ordenamiento comunitario y por tanto declara su validez, esa declaratoria sólo producirá efectos en el caso concreto.

A pesar de ello, en el supuesto de que el Tribunal declare la invalidez de la norma comunitaria, se estaría en presencia de una regla carente de eficacia jurídica no sólo respecto del caso concreto si no erga omnes, pues una norma inválida lo es per se y no sólo para un caso específico.

Es una cuestión de lógica jurídica. Empero, siguiendo la teoría del control difuso, podría concluirse que la invalidez es sólo para el caso concreto, es decir al acto jurídico específico, pero que no se extiende al universo de otras circunstancias.

## **5) La Acción de Incumplimiento**

Esta es una de las acciones más singulares en el ordenamiento jurídico andino debido a que permite a los ciudadanos comunitarios plantear una acción de incumplimiento sobre cualquier disposición emanada por un órgano de la CAN, previo agotamiento de una fase administrativa ante la Secretaría General.

La sentencia correspondiente, cuando fuere un particular el reclamante, “constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere” (art. 30 de la Decisión 472).

Asimismo, se determina la obligatoriedad a la Secretaría General de solicitar el pronunciamiento del Tribunal, cuando el dictamen que emita sea de incumplimiento y el país miembro persista en la conducta que ha sido objeto de observaciones; siendo los plazos para que el país miembro o el particular afectado, pueda acudir directamente al Tribunal cuando la Secretaría General no emita su dictamen es de setenta y cinco días.

Dentro de esta acción, el Tribunal prevé también un procedimiento abreviado cuando se trate de aquellos casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción, o cuando se trate de un “incumplimiento flagrante”; de igual manera posibilita incoar medidas cautelares para lograr la suspensión provisional de la medida

presuntamente infractora en caso de ésta causare o causase al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Una de las funciones más importantes de la acción<sup>7</sup> es permitir el acceso directo de los particulares a ejercitarla, posibilitando articular los mecanismos necesarios para vigilar el cumplimiento de las obligaciones y derechos pactados; destacando que es una garantía procesal adicional que tienen los particulares, junto a las de sus propias jurisdicciones nacionales, cuando vean afectados sus derechos.

De todas formas es necesario destacar que las condiciones de acceso de los particulares a la acción de incumplimiento no son las mismas que para la acción de nulidad. En efecto el artículo 25 del Tratado del Tribunal Andino, señala que solo las “personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos” pueden acudir a la Secretaría General y al Tribunal en acción de incumplimiento.

La existencia significativa de procesos jurisdiccionales por incumplimiento, alrededor de 80 acciones entre 1996 al 2004, es un reflejo de la madurez institucional de la Comunidad Andina, del cual no se conocen precedentes.

## **6) La Interpretación Prejudicial**

La interpretación prejudicial procede en los casos en los que la sentencia sea susceptible de recursos en el derecho interno nacional. (Art. 33 de la Decisión 472), a pesar de ello y debido a razones de economía procesal el Juez nacional por si solo podrá

---

<sup>7</sup> El Tribunal Andino, en sentencia del 1 de febrero de 2002, señala que para acreditar la legitimación de un particular para entablar una acción de nulidad se requiere fundamentalmente, “... que se beneficie directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración”.

emitir sentencia si es que, al llegar la oportunidad, el Tribunal no hubiera emitido pronunciamiento.

Es necesario establecer que la interpretación del Tribunal debe estar “referida al caso concreto” así como la aclaración de que el Tribunal “no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso” (art. 34), con la cual se consagra el principio de la objetividad de la sentencia posibilitando una estricta actuación del juez.

## **7) El Recurso por Omisión o Inactividad.**

En la doctrina jurídica se le conoce como “acción de cumplimiento”, o también “acción por omisión o inactividad” como prefiere llamarlo la Decisión 472 cuyo art. 37 señala: *“Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas...podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones”*.

Así, los tres órganos de la Comunidad Andina de Naciones están obligados a cumplir y ejecutar las normas comunitarias; en caso de no ocurrir, sea por omisión o inacción, los propios órganos comunitarios, los países miembros y los particulares podrían accionar exigiendo o pidiendo se reparen las omisiones en las que pueden incurrir los órganos de la CAN.

La acción por omisión procede tanto contra la inactividad de naturaleza normativa así como contra la inactividad administrativa; a pesar de ello es bueno precisar que no basta la simple abstención para que proceda el recurso sino también que tal inactividad conlleve el incumplimiento de una obligación emanada del ordenamiento jurídico comunitario, y sea imputable a la estructura institucional de la CAN.

## **8) El proceso de arbitraje en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**

En mayo de 1979, y tomando como modelo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se creó el Tribunal de Justicia de la CAN comenzando a funcionar en el 1984; destacando que a medida que el proceso de integración fue avanzando en medio de tropiezos, deserciones y resistencias a cumplir muchas decisiones, se planteó la necesidad de ampliar las competencias del Tribunal para hacer más efectivas y eficaces las resoluciones de los órganos comunitarios así como amparar los actos de los agentes económicos.

Por tales motivos, en el año 1990 el Consejo Presidencial Andino dispuso la reforma del Tribunal de Justicia, derivando en el Protocolo de Cochabamba, que introdujo una serie de reformas entre las que se destacan las correspondientes a los medios de Solución de Controversias mediante la cual se 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.

En este marco, y mediante la Decisión 472 de setiembre de 1996, el Tribunal de Justicia de la CAN asume dichas funciones y facultades específicas de solución de controversias; siendo la función arbitral la de dirimir las controversias que se suscitan entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros; así como las que se deriven de los propios particulares como consecuencia de los contratos de carácter privado.

## **9) Arbitraje Comercial**

El arbitraje, como medio de solución de controversias mediante el cual se trata de resolver las diferencias de las partes a través de la actuación de una o varias personas escogidas expresamente por ellas ha sido replanteado en la época contemporánea a fin de atender a las necesidades de un intercambio cada vez

más frecuente entre naciones con diferentes sistemas jurídicos y con soberanías distintas.

El arbitraje comercial internacional y la conciliación se han enfrentado con la dificultad de desarrollarse a través de sistemas jurídicos distintos y diferentes percepciones sobre la ley aplicable y las contingencias del Derecho Internacional Privado respecto de la eficiencia de la norma extranjera.

Por tales motivos, la armonización de estos mecanismos se hicieron en primer lugar dentro de cada sistema; ello explica el porqué de la existencia de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que se refiere a la ejecución de laudos extranjeros, a fin de no interferir con la acción de los jueces y árbitros nacionales que expresan la acción soberana de cada Estado.

Los primeros esfuerzos tendentes a darle una dimensión internacional al arbitraje le correspondieron a América Latina, cuando se suscribió el Tratado sobre Derecho Procesal Internacional, en 1889; a posteriori en el año 1975 se aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), que ha sido ratificada por Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, lo que ubicó a la región en el grupo de países más avanzados en materia de solución de controversias.

El citado instrumento legal viene a superar a la Convención de Nueva York por cuanto organiza y estructura el procedimiento arbitral al señalar, en su art. 3, que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se realizará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); sin embargo no define con claridad lo que se entiende por laudo arbitral pero consagra la figura del arbitraje comercial internacional.

Se han propuesto una serie de reglas y procedimientos tanto para el arbitraje como para la conciliación comercial interna-

cional; siendo los principales procedimientos los elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y por la Cámara de Comercio Internacional de París.

Sin embargo, existen otros procedimientos, como son:

- El Convenio MIGA (Multilateral Investment Guaranty Agency)<sup>8</sup> para las inversiones, que también prevé un medio de conciliación.
- La Overseas Private Investment Corporation (OPIC)<sup>9</sup>, para solución de controversias en el ámbito de la inversión privada.

---

<sup>8</sup> El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones o MIGA, por sus siglas en inglés, fue constituido el 12 de abril de 1988, como parte del Banco Mundial, con la finalidad de fomentar la inversión extranjera en los países en desarrollo. El sistema ofrecido por MIGA se encuentra vigente en Venezuela desde el 10 de mayo de 1994. El objeto de MIGA es transferir a la agencia de seguros, mediante el pago de una prima, los riesgos que pueden existir frente a ciertas inversiones internacionales y que, por su naturaleza política, son difíciles de cuantificar.

MIGA ofrece seguros a largo plazo contra riesgos no comerciales a los inversionistas que cumplan con los requisitos de admisión. Ello persigue incentivar las inversiones de capital y tecnología hacia países en vías de desarrollo en condiciones compatibles con sus necesidades, políticas y objetivos en materia de crecimiento, y sobre la base de normas equitativas y estables para el tratamiento de los capitales extranjeros. Cualquier persona natural o jurídica, actuando en función comercial, puede disfrutar de las garantías que se otorgan, una vez que haya demostrado la factibilidad económica de la inversión, su legalidad y adaptación a los propósitos de desarrollo del país receptor y la existencia de un clima de seguridad jurídica.

<sup>9</sup> La Overseas Private Investment Corporation (Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero, OPIC) es la institución financiera de desarrollo del gobierno de Estados Unidos. La misma moviliza capital privado para ayudar a resolver problemas críticos de desarrollo y, me-

- El Tribunal Marítimo, para conflictos navieros, y las Cortes de Arbitraje de Suiza.
- El International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) del Banco Mundial, igualmente llamado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que mediante tratado suscrito por sus Estados miembros aprobó la Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States, que administra las disputas de inversiones extranjeras y denuncias contra los Estados por parte de particulares.
- El Overseas Economic Cooperation Fund, de la Agencia de Cooperación Económica del Japón.
- La Kreditanstalt für Wiederaufbau<sup>10</sup>, de Alemania, que regulan las posibles controversias en los programas de asistencia y cooperación internacional.

Recientemente, y desde fines del siglo pasado a causa de la llamada Iniciativa para las Américas, se creó el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, que ha sido di-

---

dante ello promueve la política exterior de Estados Unidos. La OPIC cumple con su misión al brindarle a los inversores servicios financieros, garantías, seguros contra riesgos políticos, y apoyo para fondos de inversión en private equity.

<sup>10</sup> KfW es un banco alemán gubernamental de desarrollo con sede en Fráncfort y fundado el 16 de diciembre de 1948 por Hermann Josef Abs como parte del Plan Marshall. Las siglas KfW significan Kreditanstalt für Wiederaufbau (al español, Instituto de Crédito para la Reconstrucción o Banco de Crédito para la Reconstrucción). Los propósitos de esta institución consisten en la realización de contratos públicos como el fomento a medianas empresas de reciente fundación y la financiación de proyectos de infraestructura, técnicas de ahorro de electricidad y construcción de viviendas. Otras actividades llevadas a cabo por KfW Bankgruppe son la financiación de créditos de formación de empresas y la cooperación al desarrollo.



señado para proporcionar a los agentes que realicen negocios dentro del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)<sup>11</sup>.

En el caso particular de la CAN, en el año 1996, a través del art. 38 de la Decisión 472 se admite el arbitraje comercial como un mecanismo de solución de controversias. Por ello, se aprecia que el arbitraje es un mecanismo consagrado comunitariamente y del cual pueden hacer uso los Estados contratantes, los operadores comerciales y los particulares en general, con la única limitación que dichos contratos, convenios o acuerdos estén regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

#### **10) La función arbitral en el Tribunal de Justicia y en la Secretaría General.**

La función arbitral de la CAN posee cuatro características básicas:

- Se trata de un medio que es admitido como mecanismo de solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la CAN.
- Se concede al Tribunal de Justicia, que tiene una estructura heterocompositiva, es decir sus miembros son designados

---

<sup>11</sup> Los esfuerzos para unir las economías de las Américas en una sola área de libre comercio se iniciaron en la Cumbre de las Américas, que se llevó a cabo en Miami, EEUU, en diciembre de 1994. Los Jefes de Estado y de Gobierno de las 34 democracias de la región acordaron la creación de un Área de Libre Comercio de las Américas, o ALCA, en la cual se eliminarán progresivamente las barreras al comercio y a la inversión. Resolvieron igualmente que las negociaciones con miras a lograr el acuerdo finalizarían a más tardar en el año 2005 y que lograrían avances sustanciales en el establecimiento del ALCA para el año 2000. Los Jefes de Estado y de Gobierno instruyeron además a sus Ministros responsables del comercio para que adoptaran una serie de medidas iniciales concretas para la creación del Área de Libre Comercio de las Américas. Sus decisiones con relación a estas medidas se encuentran en la Declaración de Principios y el Plan de Acción de la Cumbre de Miami.

antes y sin participación de las partes en conflicto, una función autocompositiva o arbitral ya que la naturaleza del arbitraje conlleva la designación de los árbitros por accionar y decisión de las partes.

- Asigna a un mismo órgano facultades de coerción, pues el tribunal puede imponer sus sentencias cuando así lo resuelva y también sus laudos cuando actué como árbitro.
- Instituye dos unidades arbitrales, el Tribunal mismo y la Secretaría General, como organismos autónomos.

Al dotar al mismo órgano, el Tribunal Andino de Justicia, de la función jurisdiccional para resolver las acciones de nulidad, de incumplimiento, de interpretación judicial, así como el recurso de omisión o inactividad; y adicionalmente la función arbitral para las cuestiones vinculadas a “... la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del sistema Andino de Integración o entre estos y terceros...” (Art. 38, primer párrafo de la Decisión 472) así como “... las controversias que se suscitan por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.” (art. 38, segundo párrafo), se refundieron dos funciones que tienen características jurídica y procesal diferente.

El Tribunal de Justicia, como sus miembros, tienen una cultura específica para su actuación desde el origen mismo de su formación como tribunal pues sus magistrados deben conocer prácticamente todo el derecho comunitario, tanto sustantivo como adjetivo; mientras que el arbitraje tiene una cultura distinta debido a que utiliza un método o procedimiento específico o las partes pueden diseñarlo y arribar a decisiones en razón de la especificidad de la controversia y en donde el árbitro es escogidos por las partes.

#### a) Ámbito del Arbitraje

El art. 38 de la Decisión 472, posibilita determinar dos ámbitos del arbitraje:

- El que corresponde al Tribunal de Justicia.
- El referido a la Secretaría General.

En el primero, éste se extiende a las siguientes situaciones:

- Controversias entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.
- Controversias entre órganos del Sistema Andino de Integración y terceros, sean particulares o no.
- Controversias entre cualquier país miembro o los órganos del Sistema Andino de Integración con terceros países.
- Controversias entre personas naturales o jurídicas derivadas de la aplicación o interpretación de contratos regidos por el ordenamiento de la Comunidad Andina.

Se aprecia que la Decisión 472 efectúa una apreciación extensiva a la consideración mercantil por cuanto abarca cualquier contrato de carácter privado como podría ser el de suministro o compraventa, el contrato de distribución, de representación o mandato comercial, de transferencia de créditos y cobros, contratos de leasing, construcción pesada, de consultoría, de ingeniería, concesión de licencias, de inversión, financiación, de banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones u operaciones de “joint venture” y transporte en general.

Asimismo, el artículo 38 no hace distinción entre la nacionalidad de las partes que acuerdan someter a arbitraje sus diferencias; ello permite estimar que cualquier particular de cualquier país, o que tenga su establecimiento fuera de la Subregión, podría acudir y ser amparado por el Tribunal de Justicia.

Por su parte la Secretaría General tiene la competencia de dirimir las controversias cuando se trate de la aplicación o interpretación de contratos entre particulares regidos por el ordena-

miento jurídico de la CAN; debiendo entender en consecuencia que cualquier contrato, sea civil o comunitario, entre personas naturales o jurídicas, sin importar su naturaleza o tipo está contemplado con la única limitación de estar vinculado al ordenamiento jurídico de la Comunidad.

b) Elementos del Arbitraje.

Al analizar el arbitraje en la Comunidad Andina de Naciones conviene apreciar los elementos propios y singulares del proceso, apreciando tres consideraciones: el consentimiento de las partes, la causa justa y la forma o fórmula arbitral. Las mismas son fundamentales, ya que su ausencia afecta la validez del mecanismo.

c) Consentimiento de Las Partes.

Este proceso expresa “*la voluntad de las partes*” como condición previa para dar inicio al proceso de negociación, debiendo la misma ser expresa y manifiesta; destacando que es la expresión la que le da carácter de obligatoriedad para las partes y para la plena ejecución del laudo en el plano internacional.

El arbitraje es, por naturaleza, un acuerdo libre de voluntades de las partes, sean sujetos individuales, personas jurídicas o Estados y busca recomponer cualquier asimetría de poder que exista entre las partes, al momento de suscribir o realizar el contrato o convenio subyacente; de tal manera que la libre expresión y decisión de sometimiento es la razón suficiente de su existencia particular, distinta a la acción jurisdiccional en la que las partes no se pueden resistir a su sometimiento y, si así lo hicieran, serían penadas con el apremio.

En tal sentido, se aprecia que el arbitraje está previsto en los artículos 38 y 39 de la Decisión 472. En concordancia con la naturaleza de la institución jurídica, es absolutamente voluntario, como así lo reconocen literalmente el art. 38 in fine al decir que el Tribunal es competente para conocer de controversias “... cuando las partes así lo acuerden”. En igual sentido el art. 39 al afirmar que la Secretaría es competente para dirimir “... las

*controversias que le sometan particulares”. Ninguno de los numerales señala “deberán someterse a arbitraje”.*

d) La Causa Justa.

La «causa justa» es otro elemento fundamental en este medio de solución, de tal manera que la decisión o compromiso arbitral debe guardar una equivalencia con los valores jurídicos y principios del proceso de integración en el que se ha pactado y debe resolverse; asimismo debe mantener una equivalencia y relación con el negocio comercial que constituye el motivo de la operación.

Por tales motivos la Decisión 472 fija el ámbito de su competencia al ordenamiento jurídico comunitario.

La elección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias es libre, pero como toda libertad, tiene sus límites: en este caso, algunos asuntos no pueden ser arbitrables y, con frecuencia, tampoco conciliables. Por ello, la mencionada Decisión marca dos delimitaciones: la esfera del ordenamiento jurídico comunitario y los actores que pueden acudir a él - órganos del Sistema Andino de Integración y cualquier particular -.

La «causa justa» y la licitud del objeto, o del asunto en discusión, son elementos sustanciales en el arbitraje; por ello la consecuencia inevitable para un contrato así afectado es, necesariamente, la nulidad absoluta que se proyecta, indefectiblemente, sobre la validez del laudo<sup>12</sup>.

e) La Fórmula Contractual.

El tercer elemento lo conforma la forma o la fórmula contractual, que viene a ser la objetivación de la voluntad explicitada anteriormente; generalmente las disposiciones y convenciones internacionales requieren la forma escrita para los efectos de reconocimiento y ejecución de los laudos en el exterior.

---

<sup>12</sup> PÉREZ VARGAS, Víctor. «El contrato de arbitraje en el comercio internacional». *Revista Judicial*, a XI, N.º 40, p. 123, San José- marzo 1987.

Al existir diferentes fórmulas arbitrales que las partes adoptan e insertan expresamente en sus contratos, no se puede afirmar que exista una aceptación presunta o tácita del arbitraje o que el silencio por sí solo significa aceptación de una propuesta arbitral.

En tal sentido, se sostiene que el texto según el cual las partes optan por someter sus futuras diferencias, o las que ocurran aunque ellas no lo hayan previsto, varía de acuerdo con las exigencias de los sujetos o la recomendación de las diferentes entidades que asumen un arbitraje institucional o proponen un medio administrado.

Debido a que no se ha reglamentado el arbitraje en la CAN, ni existe una fórmula contractual o modelo de cláusula que los operadores o los órganos del Sistema Andino de Integración puedan utilizar para incluirla en sus convenios, contratos o acuerdos se han propuesto dos fórmulas<sup>13</sup>, que siguen los lineamientos de la del CNUDMI, para cada uno de los dos niveles de arbitraje (Tribunal y Secretaría General); *“Todo litigio, controversia o reclamación que derive de este contrato o que guarde relación con éste, su interpretación, aplicación, incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con las disposiciones de su Tratado de Creación, su Estatuto y su Reglamento de Arbitraje.”*

#### f) Tipos de Arbitraje.

El arbitraje en general puede adoptar diferentes tipos según el enfoque o procedimiento específico; en tal sentido se puede distinguir el arbitraje de conciencia y de derecho, el arbitraje de Estado y el privado, el comercial y el civil, el institucional y el ad hoc, el bilateral y el multilateral, así como el nacional y el internacional.

---

<sup>13</sup> BALDEÓN, Genaro. Propuesta de instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina, Lima, Biblioteca Digital Andina, 2001, p. 34

A pesar de ello, y tratándose del arbitraje en la CAN, es pertinente tener que incluir como clasificación el tipo nacional y el internacional, de tal manera que en la presente tipología solo mencionaremos los cinco primeros tipos o variables.

Asimismo, podría agregarse a esta clasificación el arbitraje estatutario, contenido en los estatutos de las sociedades comerciales, y el testamentario, incluido en un testamento, pero excepto en el primer caso, que es un arbitraje específico para las relaciones orgánicas de las empresas comerciales y que podría estar incluido en los estatutos de las empresas multinacionales andinas (Decisión 292), el arbitraje testamentario no es una figura del ordenamiento jurídico comunitario sino más bien del Derecho Civil de cada país miembro.

Ciertos doctrinarios<sup>14</sup> sostienen que también podría incluirse en esta clasificación al arbitraje voluntario y al obligatorio; dependiendo si esto constituye una equivocación metodológica y epistemológica, porque no se pueden clasificar las cosas y las categorías jurídicas por lo que no son sino por lo que, en esencia, son.

En efecto, si como se ha demostrado y es entendible el arbitraje es fundamentalmente voluntario, no se puede clasificar como un tipo o variable al llamado arbitraje obligatorio, porque

---

<sup>14</sup> Los pocos que sostienen esta clasificación se basan en las leyes N° 26850 y N°27330 dadas en el Perú a fines del gobierno de Fujimori (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), que establecían en su art. 53 la obligatoriedad del arbitraje y la conciliación en las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación de los contratos suscritos con el Estado y que luego fueron refundidos en el año 2001 en el Texto Único Ordenado (D. S. 012-2001-PCM de la Ley N° 26850), que transcribe textualmente dicho numeral y con el mismo ordinal, consagrando el arbitraje obligatorio. Ello, sin embargo, es una norma antijurídica; porque el derecho y la ley establecen que el arbitraje es una jurisdicción excepcional que tiene carácter voluntario, como expresamente lo señalan los arts. 1 y 33 de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje del Perú, que sigue la Ley modelo de la CNUDMI, incorporada al derecho interno de los países de la Comunidad Andina.

ello es una desnaturalización de institución que sustancialmente es voluntaria.

De tal manera que dicha norma, que se refiere a la obligatoriedad arbitral, es antijurídica, ya que sólo es válida una clasificación en mérito a sus variantes sin que pierda su esencia o naturaleza jurídica básica y no por lo que dicha figura no lo es en propiedad. En todo caso es una patología de la ley peruana que no se puede extender a las condiciones propias o naturaleza del arbitraje y no cabe entre los elementos básicos de la institución.

#### 1) Arbitraje de conciencia y de derecho

El arbitraje de conciencia o de equidad, también conocido como “ex aequo” o “ex bono” es aquel que se basa en los criterios de conciencia y en la buena fe del árbitro que conoce el conflicto.

Por su parte el arbitraje de derecho, también conocido como “stricto iure” es el que basa en el estricto cumplimiento de las normas de Derecho, leyes o tratados; al mismo tiempo puede considerar los usos y costumbres libremente aceptados por las partes, como ser las medidas de seguridad y de control estipuladas por las partes en sus contratos comerciales.

Esta diferenciación es plenamente entendible en los cinco países miembros ya que sus respectivas legislaciones específicas así lo distinguen; por su parte el Tribunal de Justicia prevé los dos tipos de arbitraje tal como todas las instituciones de arbitraje internacional lo admiten casi de manera unánime.

Por su parte la Secretaría General sólo se reconoce el “criterio de equidad y de procedencia técnica”. Al haberse incluido el término de procedencia técnica se exige que, al emitir el laudo la Secretaría, se efectúe bajo el criterio de conciencia pero que además sea viable técnicamente - por tratarse de contratos entre particulares- y que su ejecución y cumplimiento se encuadre dentro de su posibilidad y realización material.

#### 2) Arbitraje de Estado y Privado



El arbitraje de Derecho público es aquel que se celebra entre Estados soberanos, sobre la base del respeto de las reglas del Derecho Internacional; en tal sentido, y a modo de ejemplo, cuando los Estados se someten a la Corte Internacional de Justicia de la Haya para cualquier controversia jurídica respecto de algún otro Estado que haya suscrito cláusula similar.

En este caso de sometimiento, también se puede apreciar que la propia Corte reconoce la libre voluntad expresada por los Estados de someterse o no a la jurisdicción arbitral, ya que aun cuando cada Estado miembro de las Naciones Unidas lo es también de la Corte, para someterse a la jurisdicción de ésta se requiere expresamente que acepte en forma unilateral su competencia, como lo estipula el art. 36 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia.

Esta modalidad ha sido utilizada con cautela por parte de los países latinoamericanos, en mérito al razonamiento de la llamada doctrina Calvo, que tiene su origen en la desconfianza del arbitraje público. A pesar de ello, se ha venido imponiendo por la fuerza de los organismos financieros internacionales que, mediante la concreción de convenios internacionales, hacen que nuestros países renuncien a sus soberanías sometándose a convenios internacionales como el Convenio MIGA del Banco Mundial o el Convenio OPIC de los Estados Unidos de América.

El arbitraje de Derecho privado es aquel que se desarrolla entre sujetos o personas de Derecho privado, que también incluye a las empresas públicas que tengan estatutos de personas jurídicas de Derecho privado, en cuyo caso el Estado se despoja de su “*ius imperium*” para revestirse del “*ius gestionis*”, es decir, para mostrarse como un sujeto privado.

En este marco, la Secretaría General sería el órgano en donde sería viable un arbitraje de derecho privado, por la calidad de los particulares que lo reclamen, aun cuando el prerequisite

de la razón material deberá ser la vinculación con el ordenamiento jurídico comunitario.

### 3) Arbitraje Comercial y Civil

Se entiende por arbitraje comercial aquel que se realiza cuando la controversia o el asunto recae en el campo del comercio internacional o de un contrato de comercio internacional como los que estamos tratando; mientras que el arbitraje civil incluye cualquier otro asunto o conflicto diferente del comercial e incluso diríamos del financiero.

Conforme el art. 1 de la Ley Modelo de la UNCITRAL (1985), que han seguido muchos países de la CAN, se señala que un arbitraje es internacional si se dan tres condiciones:

- Cuando al momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.
- Cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones comerciales, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.
- Cuando las propias partes expresamente así lo hayan convenido.

En general, se puede apreciar que todo arbitraje comercial puede ser internacional, pero que todo arbitraje civil es usualmente nacional, excepción hecha de aquellos que se refieren al destino de los bienes producto de una herencia o de un legado testamentario, siempre que alguno de ellos esté ubicado en un país distinto de aquel en el que se hace el testamento.

El ordenamiento jurídico comunitario no hace distingo alguno entre estos tipos de arbitraje por lo que se podrían someter a jurisdicción arbitral los contratos o acuerdos civiles o comerciales entre las partes, desde que sean contratos privados y estén

regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Incluso podría darse el caso de un contrato celebrado por un Estado que actúa bajo la esfera de *ius gestionis*, que es visto por la Secretaría General.

#### 4) Arbitraje Institucional y Ad Hoc

Cuando el arbitraje es administrado por una institución específica se dice que estamos frente a un arbitraje institucional; desatacando que este mecanismo se puede pactar al momento de la celebración del contrato o con posterioridad, siendo que, usualmente, las instituciones tienen una fórmula arbitral que se incluye textualmente en el contrato o se acepta a posteriori y se suscribe de manera simultánea.

La institución arbitral es la que facilita la infraestructura administrativa, la selección de los árbitros, el procedimiento y las notificaciones y de allí deriva el nombre también de arbitraje administrativo.

En el caso de América Latina existen varias instituciones arbitrales que prestan este servicio, tales como ser el Centro de Arbitraje de México (CAM), la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC), la Cámara de Comercio de Lima, el Centro Internacional de Administración y Comercio (CIAC) y el Centro de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) del Perú, la Cámara de Comercio de Buenos Aires y la Cámara de Comercio de Bogotá.

Por otra parte el arbitraje ad hoc es, en cambio, conducido directamente por los propios árbitros, quienes convienen sus reglas específicas y sus procedimientos, aunque pueden acudir a una institución arbitral para que les facilite su infraestructura administrativa y secretarial.

En esta instancia, se requiere que las partes se pongan de acuerdo respecto de la ley que va a ser aplicada al fondo del asunto, el procedimiento, el mecanismo de selección de los árbi-

tros, el lugar de arbitraje, el idioma y las etapas probatorias, de peritaje y del laudo en sí.

La Secretaría General es la única que puede administrar el arbitraje, debido a que así lo determina el art. 39 de la Decisión 472; en cuyo caso, dicho órgano puede facilitar el procedimiento, la infraestructura y proporciona la nómina de árbitro para ser seleccionados por las partes que requieren de su servicio de solución de controversias.

Es de destacar que no se puede aseverar que el Tribunal de Justicia Andino también pueda actuar como institución administradora de un arbitraje, pues precisamente lo que establece prístinamente el art. 38 es que actúa con doble función: la jurisdiccional y la arbitral.

Admitir lo contrario sería chocante con la condición de un Tribunal de Justicia que, por esencia, tiene otras condiciones como la de ser juez natural, es decir que existe antes del conflicto y no es seleccionado por las partes.

Por ello, sólo la Secretaría General podría caer dentro de la clasificación de arbitraje institucional, pero no el Tribunal de Justicia debido a que la función recae en el propio órgano de administración de justicia comunitario y no podría renunciar o delegar en terceros tal expresa facultad pues estaría negando una administración de justicia expresamente encomendada por los propios países.

##### 5) Arbitraje Bilateral o Multilateral

Como su nombre lo ilustra, en el arbitraje bilateral interviene dos partes, aunque cada una de ellas puede ser un país, una empresa o un solo individuo; mientras que el arbitraje multilateral involucra a más de dos partes e incluso más de dos controversias.

Nada impide que cualquiera de estos dos tipos de arbitraje pueda desarrollarse dentro del Tribunal de Justicia como en la Secretaría General.

## CAPÍTULO 6

### LA COMUNIDAD DEL CARIBE (CARICOM)

*Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva*

#### 1. DESARROLLO HISTÓRICO

El CARICOM<sup>1</sup> fue creada en 1973 y tiene su sede en Georgetown, Guyana. Es una organización de 15 Estados del Caribe y dependencias británicas. Los miembros de pleno derecho son: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominicana, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago (las Islas Vírgenes Británicas y las Islas Turks y Caicos son miembros asociados). Las Bahamas pertenecen a la Comunidad pero no a su mercado común, mientras que Anguila, República Dominicana, Haití, México, Puerto Rico, Surinam, y Venezuela son países observadores.

Fue el resultado de cumplir con la esperanza de la integración regional que surgió con la creación de La Federación de las Indias Occidentales Británicas en 1958; su desaparición en 1961 puede considerarse su verdadero comienzo, tras quince años de esfuerzo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La creación de la Comunidad del Caribe y Mercado Común (CARICOM) fue el resultado de un esfuerzo de 15 años para cumplir con la esperanza de la integración regional, que nació con la creación de la Federación de las Indias Occidentales británica en 1958. La Federación de las Indias Occidentales llegó a su término en 1962, pero su fin, puede ser considerado como el verdadero comienzo de lo que hoy es la Comunidad del Caribe.

<sup>2</sup> La primera Conferencia de Jefes de Gobierno se realizó en julio de 1963 en donde todos los mandatarios consideraron necesario estrechar

Posteriormente en 1965, el 15 de diciembre se establece el acuerdo Dickenson Bay, Antigua y Barbuda, por el que se crea la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA)<sup>3</sup>, integrada por Antigua y Barbuda, Barbados, Guyana, y Trinidad y Tobago, a la que se unieron en 1968 Dominica, Granada, St Kitts- Nevis- Anguila, Santa Lucía y San Vicente, las Granadinas, Montserrat y Jamaica.

En 1971, hizo lo propio Belice (entonces Honduras Británica). También se crean el Banco de Desarrollo del Caribe<sup>4</sup>, y el Secretariado Regional del Commonwealth del Caribe. Establecida como un instrumento para la inserción internacional de sus miembros, y para integrar sus economías, la Asociación, buscaba fomentar el desarrollo simétrico de la región a través de políticas centradas en:

La cooperación económica a través del Mercado Común del Caribe, la coordinación de la política exterior, y la colaboración

---

la cooperación con Europa, África y América Latina. Dos años más tarde, los primeros ministros de Barbados y la Guayana Británica y el Primer Ministro de Antigua plantearon la posible creación de un Área de Libre Comercio en el Caribe resultó en el anuncio de planes concretos para establecer una zona de libre comercio tales. En diciembre de ese año, se suscribió el Acuerdo en Dickenson Bay, para establecer la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA).

<sup>3</sup> El CARIFTA entró en vigor el 1 de mayo de 1968. La idea original era la de permitir que todos los territorios de la Región participasen de la Asociación. En los Jefes Séptima Conferencia de Gobierno en octubre de 1972, líderes del Caribe decidieron transformar CARIFTA en un mercado común y establecer la Comunidad del Caribe de que el Mercado Común sería una parte integral.

<sup>4</sup> El Banco de Desarrollo del Caribe es una entidad financiera internacional cuyo objetivo es promover la cooperación y la integración regional y financiar proyectos de desarrollo económico, social e institucional en el área del Caribe. La entidad fue fundada el 18 de octubre de 1969 y comenzó a operar el 16 de enero de 1970. Actualmente la sede de la institución se ubica en Wildley, Saint Michael, Barbados y cuenta con 25 miembros.

de campos como la agricultura, la industria, el transporte y las telecomunicaciones. Sus principales actividades incluyen la coordinación de las políticas económicas y la planificación del desarrollo, la elaboración y la institución de proyectos especiales para los países menos desarrollados dentro de su jurisdicción. Funciona como un mercado regional único para muchos de sus miembros (mercado único del CARICOM), y la solución de controversias comerciales regionales.

**Los temas principales son:**

- La necesidad de implementar de manera completa los acuerdos y establecer mecanismos que aseguren su vigencia.
- Establecer mecanismos de solución de controversias modernas y transparentes.
- Racionalizar las instituciones del proceso de integración. Creando una real autoridad supranacional.
- Profundizar las reformas macroeconómicas y estructurales. Estas reformas dieron las bases para los progresos demostrados por el comercio intrarregional y en el desempeño de las economías en el pasado reciente.
- De modo particular se requiere profundizar las reformas en educación, gobierno y en el área de la diversificación de exportaciones.
- Atraer inversiones extranjeras con alto contenido tecnológico, con vistas a producir el cambio del paradigma de desarrollo en la región.

Todo ello se requiere para la viabilidad del proceso y su inserción en la economía globalizada. Facilitar la comercialización de determinados productos agrícolas de especial interés para los países menos adelantados (a través del Protocolo de Comercialización Agrícola), y proporcionar un período más largo para eliminar los aranceles aduaneros sobre determinados productos

que son más importantes para los ingresos de los países menos adelantados<sup>5</sup>.

### **Los órganos principales:**

- Conferencia de jefes de estado
- Consejo de Ministros

Los órganos principales son asistidos por 4 consejos, 3 comisiones y una secretaría que constituye el principal órgano administrativo.

### **Consejos:**

- Consejo de Finanzas y Planificación (COFAP)
- Consejo de Comercio y Desarrollo económico (COTED)
- Consejo de Relaciones Internacionales (COFCOR)
- Consejo de Desarrollo Humano y Social (COHSOD)

### **Comisiones:**

- Comité de Asuntos Legales: da asistencia legal a los órganos y comités
- Comité de Presupuesto: examina el presupuesto y trabaja en el programa de la Secretaría, también da recomendaciones al Consejo de Ministros.
- Comité Banco Central de Gobernadores: da recomendaciones al Consejo de Finanzas y Planificación en materia monetaria y fiscal.

Es posible distinguir dos etapas en la existencia de CARI-COM:

La primera etapa término con una profunda crisis –ya analizada–; basta observar un sencillo hecho, el Mercado Común

---

<sup>5</sup> Consultado en [www.caricom.org](http://www.caricom.org).



de CARICOM<sup>6</sup> no pudo ser implantado por falta de un poder ejecutivo de carácter supranacional. En aquel momento, llegó a plantearse que el éxito principal de CARICOM era simplemente seguir existiendo, a pesar del enorme cúmulo de problemas, dificultades y expectativas no realizadas que le aquejaban.

Posteriormente los otros ocho territorios del Caribe se adhirieron a él. Las Bahamas se convirtieron en el 13 ° Estado miembro de la Comunidad el 4 de julio de 1983, aunque no es miembro del Mercado Común. En 1991, las Islas Vírgenes Británicas y las Islas Turcas y Caicos se convirtieron en miembros asociados de la Comunidad del Caribe; Anguila en julio de 1999. Las Islas Caimán se convirtieron en el cuarto miembro asociado de la agrupación regional el 16 de mayo de 2002, y las Bermudas se asociaron a partir del 2 de julio de 2003. Surinam se convirtió en el 14 ° Estado miembro de la Comunidad del Caribe el 4 de julio de 1995. Haití se convirtió en miembro provisional desde el 4 de julio de 1998 y el 3 julio de 2002 en miembro pleno. Actualmente pertenecen como observadores Aruba, Antillas Neerlandesas, Colombia, México, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela.

---

<sup>6</sup> El CARICOM tiene los siguientes objetivos: 1) Mejorar los niveles de vida y trabajo, 2) Garantizar el pleno empleo de la mano de obra y otros factores de producción, 3) Acelerar el sostenido desarrollo económico, 4) Ampliar las relaciones comerciales y económicas con terceros Estados, 5) Mejorar los niveles de competitividad internacional, 6) mejorar los aspectos organizativos de la entidad para incrementar la producción y productividad, 7) lograr una mayor influencia económica, como la eficiencia de los Estados miembros para hacer frente a terceros Estados, grupos de Estados y cualquier otra entidad, 8) Alcanzar un mayor nivel de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y 9) lograr una mayor cooperación entre las partes, mediante el funcionamiento de los servicios y actividades comunes en beneficio de sus pueblos, la promoción acelerada de un mayor entendimiento entre sus pueblos y el avance de su desarrollo social, cultural y tecnológico y la intensificación de las actividades en áreas como la salud, la educación, el transporte y las telecomunicaciones.

En Junio de 1981 se firma el Tratado constitutivo de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECS), además de Monserrat (a pesar de ser colonia de Inglaterra), donde los países de menor desarrollo relativo profundizaron sus vínculos de integración. Dos acciones marcan este esquema: la Unión Monetaria y a partir de 1983 el Banco Central para todo el Caribe Oriental; a su vez el tratado preveía el establecimiento de un arancel externo común, la armonización de los incentivos fiscales a la industria, acuerdos sobre doble tributación y la formación de una Corporación de Inversiones del Caribe (CIC), destinada a canalizar la inversión en empresas de los países menos desarrollados.

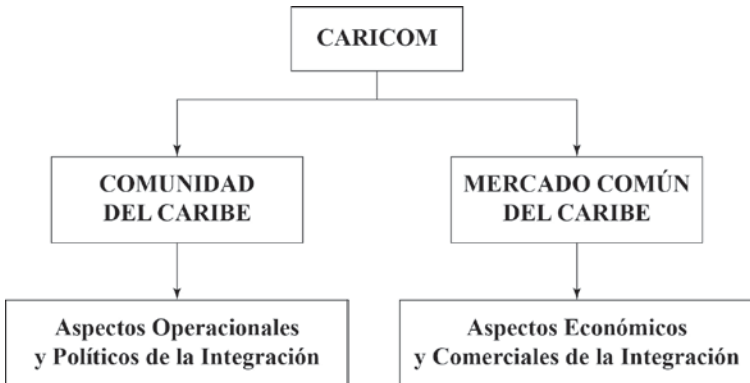
Los rasgos distintivos principales de la segunda etapa son: un renovado compromiso con la integración del área, incluyendo su “ampliación” y “profundización”, políticas económicas comunes liberales, (se aplican medidas de estabilización, reformas y apertura), debilitamiento relativo de los estados nacionales, el sector privado incrementa su protagonismo en la integración al igual que las organizaciones no gubernamentales, el esfuerzo exportador de bienes y servicios se convierte en el elemento principal, se erosiona todo el sistema de preferencias construido en los últimos 25 años. En síntesis, CARICOM entró en un estilo de integración, que CEPAL ha caracterizado como regionalismo abierto.

En la actualidad CARICOM<sup>7</sup> cuenta con quince miembros plenos, cinco miembros asociados y siete observadores; sus órganos

---

<sup>7</sup> En virtud del Tratado hay varias instituciones responsables de la formulación de políticas y la realización de las funciones en materia de cooperación. En tal sentido, las siguientes son las entidades establecidas por o bajo los auspicios de la Comunidad y que son reconocidas como instituciones de la Comunidad. A saber; 1) La Comunidad del Caribe comprende los órganos y organismos establecidos por el Tratado Revisado de Chaguaramas. Hay algunas organizaciones autónomas o semi-autónomas que no están dentro de esa estructura central de la CARICOM, pero forman parte de lo que puede llamarse el Sistema de CARICOM. Estos son Entidades Tratado (establecidos por el Tratado revisado), Instituciones de la Comunidad (reconocido o designado con arreglo

máximos son la Conferencia de Jefes de Estado y el Consejo de Ministros. Esta es su estructura:



En el año 2010, se aprecia que el proceso de integración ha dado paso a una nueva etapa de reforma que abarca la ampliación de sus objetivos y temas de agenda como así también a mejorar los estándares de vida y trabajo de la población, lograr el pleno

---

al artículo 21) y las Instituciones Asociados (reconocido en el artículo 22 como tener relaciones funcionales con la Comunidad), 2) Las Entidades de Tratados son las que se establecen expresamente por el Tratado revisado, cuyas funciones y otros datos se recogen en el Tratado. Los Miembros están obligados a participar en los acuerdos relativos a la CDF y CCC, ya que se consideran como parte integrante de la Comunidad. Estos son el Fondo de Desarrollo de la CARICOM (CDF) (artículo 158) y la Comisión de la Competencia de la CARICOM (CCC) (artículo 171); 3) La Corte Caribeña de Justicia (CCJ) es el Tribunal de la Comunidad, con jurisdicción obligatoria y exclusiva para conocer de las controversias relativas a la interpretación y aplicación del Tratado Revisado - Artículo 211 (1). El funcionamiento de la CCJ es apoyado por la Comisión Regional de Servicios Judiciales y Jurídicos (establecido por el Acuerdo CCJ) y el Fondo Fiduciario CCJ (establecido por el Convenio de Fondos revisado). El RJLSC también nombra a los miembros de la Comisión de la Competencia de la CARICOM.

empleo de todos los factores de producción y el desarrollo económico sostenible, expandir el comercio y las relaciones con terceros estados y alcanzar altos niveles de competitividad internacional.

Por otra parte, se han articulado acciones tendientes a fomentar la participación de la sociedad civil, motivo por el cual se creó la “Asociación de Parlamentos de la Comunidad del Caribe” (ACCP).

Por otra parte, los desafíos que se le presentan al CARI-COM son el mero reflejo y proyección de los problemas de sus Estados miembros; por tal motivo resulta necesario que el bloque ayude a la transformación productiva de sus economías (dependientes de asistencia financiera extra regional), además de que a esta situación se suma el hecho de que aún persisten asimetrías entre ellos que obstaculiza la plena potencialidad de un Mercado común.

La Conferencia de Jefes de Estado, fija la política general; puede emitir directivas políticas que deben ser seguidas por el Consejo y por las demás instituciones de la Comunidad, tiene a su cargo la conclusión de tratados en nombre de la Comunidad, y el establecimiento de sus relaciones con Organizaciones y terceros estados. El Consejo de Ministros, asume la responsabilidad del funcionamiento de la organización del Mercado Común; está conformado por un Ministro de Gobierno designado por cada estado; éstos órganos son asistidos por la Secretaría Regional del Commonwealth del Caribe que es reconocida como la Secretaría de la Comunidad y del Mercado Común; es el principal órgano administrativo y está encabezado por un Secretario General; y por cuatro consejos:

La Comunidad está integrada por varias instituciones con responsabilidad para formular políticas y realizar funciones relativas a la cooperación en áreas específicas; los estados están representados por un Ministro de Gobierno en cada una y las decisiones se aprueban por unanimidad; no obstante las recomendaciones

pueden ser adoptadas con el voto favorable de las dos terceras partes, con la participación obligatoria de por lo menos dos países de menor desarrollo. El financiamiento de estas instituciones varía, algunas se financian bajo la estructura de sociedades anónimas, cuyo capital está conformado por el aporte de los estados, otras en cambio dependen de las contribuciones gubernamentales y algunas generan ingresos por la venta de servicios, donaciones y contribuciones.

Como puede verse la estructura institucional es abordada tanto en sus aspectos jurídicos, como en el de su financiamiento. En la terminología de la teoría de la integración económica, CARICOM es un híbrido entre unión aduanera y mercado común. Es importante señalar además, que los estados miembros están clasificados dentro de la Comunidad, como “países de mayor desarrollo” y “países de menor desarrollo”; a la primera categoría pertenecen Barbados, Guyana, Jamaica, Trinidad y Tobago y Bahamas que es miembro de la Comunidad pero no del Mercado Común.

La conferencia está facultada para realizar algún cambio en este aspecto, siempre que se decida mayoritariamente. Este régimen dispone a favor de los países de menor desarrollo relativo normas de origen menos rigurosas, un mayor acceso al financiamiento para el desarrollo procedente del Banco de Desarrollo del Caribe, y la capacidad para ofrecer condiciones más favorables en virtud del esquema de incentivos fiscales.

A lo largo de su vigencia el tratado de Chaguaramas ha sido sujeto a enmiendas, dichos protocolos introducen importantes cambios en el esquema, estos son:

**Protocolo I:** en vigencia provisional desde el 4 de julio de 1997, ha conducido a la reestructuración de los órganos, las funciones y los procedimientos institucionales. Se introduce el sistema de votación por mayoría calificada en reemplazo de la unanimidad.

**Protocolo II**, relativo al comercio de servicios, entró provisionalmente en vigor en 1998, regulando el derecho de establecimiento, la prestación de servicios y los movimientos de capital, introduce la regla del "stand still" con respecto a las restricciones, y a la vez prevé una reducción progresiva de las restricciones existentes. Persiste en la política comunitaria de facilitar la libre circulación de personas, en este caso para la prestación de servicios profesionales y empresariales.

**Protocolo III**, sobre política industrial, tiende a la armonización de la normativa en la materia.

**Protocolo IV**, de política comercial, (Trade Policy) consolida regulaciones correspondientes a distintos campos: libre movimiento de bienes, arancel externo común, régimen de origen, disposiciones aduaneras y cláusulas de salvaguardia.

**Protocolo V**, en materia de agricultura (Agricultural Policy), procura estimular la diversificación de la producción.

**Protocolo VI**, (Transport Policy) regula los servicios del transporte aéreo y marítimo.

**Protocolo VII**, (Disadvantaged Countries, Regions and Sectors) tiene por objeto mejorar la condición de los países, regiones y sectores en situación menos ventajosa.

**Protocolo VIII**, se refiere a políticas de competencia (Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies).

**Protocolo IX**, establece un régimen de solución de controversias (Disputes Settlement).

El Tratado y sus protocolos anexos, introducen una cantidad de cláusulas de salvaguardia, que califican el libre movimiento de bienes, ubica el comercio de servicios en condiciones poco menos que similares a las del comercio de bienes, limita el movimiento de capital a apenas un movimiento regulado y niega

que los estados tengan alguna obligación de garantizar la libertad de movimiento de las personas.

## **2. LA CORTE DE JUSTICIA DEL CARIBE (CCJ)**

La CCJ es el tribunal judicial regional establecido por el "Acuerdo que establece la Corte de Justicia del Caribe", cuyos orígenes datan de 1970, cuando la delegación de Jamaica en la Sexta Conferencia de Jefes de Gobierno, que se reunió en Jamaica, propuso la creación de un Tribunal de Apelación del Caribe en sustitución de la Comisión Judicial del Consejo Privado.

En este sentido, el Tribunal de Justicia del Caribe es más que un tribunal de última instancia para los Estados miembros<sup>8</sup> de la Comunidad del Caribe ya que además de sustituir al Comité Judicial del Consejo Privado, la CCJ se le atribuye la jurisdicción originaria respecto de la interpretación y aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad del Caribe.

En el ejercicio de su jurisdicción de apelación, la CCJ puede examinar y determinar las apelaciones en materia civil y penal de los tribunales de derecho común en las jurisdicciones de los Estados miembros de la Comunidad y que son partes del Convenio Constitutivo de la CCJ; destacando que en el ejercicio de su jurisdicción de apelación, la CCJ será el tribunal municipal más alta de la región.

### **Solución de controversias**

*Artículo 19: Solución de conflictos*

*Cualquier conflicto concerniente a la interpretación o aplicación de este Tratado, con excepción de lo previsto y particularmente señalado en los artículos 11 y 12 del anexo, será resuelto por la Conferencia.*

---

<sup>8</sup> Los Estados miembros firman el Acuerdo que establece la CCJ de acuerdo para hacer cumplir sus decisiones en sus respectivas jurisdicciones, como las decisiones de sus propios tribunales superiores.

*Anexo: Artículo 11 - Procedimiento de Solución de Conflictos en el Mercado Común*

1. *Si cualquier Estado Miembro considera que algún beneficio acordado en este anexo o algún objetivo del Mercado Común está siendo o puede ser frustrado y no se ha logrado una solución satisfactoria entre los Estados implicados, cualquiera de ellos puede someter el asunto al Consejo.*

*Anexo: Artículo 12 - Del Tribunal*

- a) *Los Estados Miembros se comprometen a emplear los procedimientos prescriptos en este artículo para la resolución de cualquier contienda señalada en el inciso 1 del artículo 11 y renunciar a cualquier otro método de solución.*

## **Protocolo Modificadorio del Tratado**

*Artículo V*

*Sustituir los Artículos 8 y 9 del Tratado con el siguiente texto:*

*Artículo 7(a)*

*Funciones y facultades de la Conferencia*

....

8. *Sin perjuicio de cualquier otra disposición del presente Tratado, la Conferencia podrá considerar y solucionar controversias entre Estados Miembros, incluidas las controversias relativas a la interpretación y aplicación del presente Tratado.*

*Artículo VI*

*Sustituir el artículo 10 del Tratado con el siguiente texto:*

*Artículo 8*

*Composición y funciones del Consejo de Ministros de la Comunidad*

....

4. *Sin perjuicio de la generalidad contenida en las disposiciones anteriores, corresponderá al Consejo de la Comunidad:*

*(f) asegurar la operación eficiente y el desarrollo ordenado del mercado y la economía únicos de CARICOM, en particular me-*



*diante la resolución de los problemas que resulten de su funcionamiento, tomando en cuenta para ello el trabajo y las decisiones de COTED.*

*(g) recibir y considerar los alegatos de incumplimiento de las obligaciones resultantes de la aplicación del presente Tratado, incluidas las controversias surgidas entre órganos subsidiarios de la Comunidad.*



## CAPÍTULO 7

### EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

*Gustavo Carrizo Adris*

#### 1. SUS ORÍGENES

El sistema de resolución de controversias del MERCOSUR<sup>1</sup> tiene por objetivo la resolución de conflictos entre los Estados partes en relación a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción (TA)<sup>2</sup>, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, y las normas adoptadas por los órganos del MERCOSUR<sup>3</sup>.

El sistema de resolución de controversias ha ido evolucionando progresivamente desde la fundación del MERCOSUR hasta llegar al esquema actual establecido en el Protocolo de Olivos (PO)<sup>4</sup>.

La necesidad de crear mecanismos de resolución de controversias fue comprendida desde los comienzos con la celebración

---

<sup>1</sup> Toda la documentación oficial del MERCOSUR se puede encontrar en <http://www.MERCOSUR.org.uy>

<sup>2</sup> *Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Tratado de Asunción), "BOM", Nro. 1, págs. 13 a 31.*

<sup>3</sup> VINUESA, Raúl Emilio, "The MERCOSUR Settlement of Disputes System", en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 5, Number 1, Martinus Nijhoff Publishers. 2006, pp. 77-87(11)

<sup>4</sup> *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*. Sanc. 09/10/2002; Promul. 18/10/2002; publ. 21/10/2002.

del TA<sup>5</sup>. El Anexo III del TA estableció las primeras normas consagradas a la resolución de controversias entre los EP, regulando que en caso de conflictos, estos debían resolverse mediante métodos no judiciales. Los EP debían inicialmente tratar de alcanzar un acuerdo a través de negociaciones directas. Si estas fracasaban, la controversia debía someterse al Grupo de Mercado Común (GMC), el órgano ejecutivo del MERCOSUR, y eventualmente al Consejo de Mercado Común (CMC), el órgano de decisión más importante dentro de la estructura institucional del MERCOSUR. Se estableció que este sistema de carácter transitorio sería válido por un periodo de tiempo muy acotado, hasta diciembre de 1994. Los EP mediante tres Protocolos, Brasilia, Ouro Preto y Olivos, fueron delineando el sistema actualmente vigente. El TA junto a estos Protocolos constituyen la base del acervo jurídico mercosureño, son sus instrumentos fundacionales<sup>6</sup>.

En 1993 entró en vigencia el *Protocolo de Brasilia para la solución de controversias (PB)*<sup>7</sup>. Sus fuentes son los Capítulos 18 y 19 del Pacto entre los EEUU y Canadá de 1988 así como el Tratado de Libre Comercio entre Chile y México de 1991<sup>8</sup>. Este instrumento introduce dos importantes novedades al sistema regulado en el TA. Se establece, por un lado, un sistema de resolución

---

<sup>5</sup> DE LOS SANTOS, Mabel Alicia y PARLATORE Liliana Josefina, “El arbitraje comercial en el ámbito del MERCOSUR”, *JA*, 1992, T. III, p. 693.

<sup>6</sup> BOLDORINI, María Cristina, “Protocolo de Brasilia para la solución de controversias”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro. 6, p. 485.

<sup>7</sup> MERCOSUR/CMC/DEC Nro. 01/1991 (I). Firmado en Brasilia, el 17 de diciembre de 1991, en vigencia desde el 23 de abril de 1993, “BOM”, No.1, págs. 49 a 57.

<sup>8</sup> DAVEREDE, Alberto Luis, “El sistema de solución de controversias del MERCOSUR”, *L.L.*, T 1992-B, p. 1049. El Emb. Daverede es uno de los redactores del Protocolo de Brasilia.

de controversias entre los EP de carácter arbitral<sup>9</sup> a cargo de tribunales arbitrales *ad hoc*<sup>10</sup> y por el otro, de manera limitada y mediata, se permite el acceso de los particulares (personas físicas y jurídicas) al sistema<sup>11</sup>.

La adopción del procedimiento arbitral como instancia para la solución de controversias en el PB permite un cierto grado de control por parte de los EP, por ejemplo en la designación de los árbitros, también es cierto que la posibilidad de decidir sobre cuestiones relativas al proceso de integración en un ámbito ajeno a la negociación política es un punto de inflexión en la orientación del proceso<sup>12</sup>.

En 1995 entró en vigencia el Protocolo de Ouro Preto (POP)<sup>13</sup>, de carácter fundamental en la consolidación del proceso de integración regional<sup>14</sup>. Este tratado otorga al MERCOSUR

---

<sup>9</sup> ESTOUP, Luis Alejandro, "Tribunal arbitral vs. Tribunal jurisdiccional: cuál de ellos necesita el MERCOSUR", *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Suplemento Nro. 1, junio de 1998, p. 1.

<sup>10</sup> AMORINO RIZZO, Raquel y RODRÍGUEZ Elena, "El arbitraje ¿es una solución eficiente de conflictos en el ámbito del MERCOSUR?", *LL.*, T. 1994-B, p.769.

<sup>11</sup> HALPERIN Marcelo, "Los particulares y el MERCOSUR: el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", *Integración Latinoamericana*", mayo de 1992, p.61.

<sup>12</sup> SANGUINETTI, Julio Luis, "MERCOSUR: las alternativas del diseño institucional definitivo", *Integración Latinoamericana*, junio de 1994, p. 11.

<sup>13</sup> MERCOSUR/CMC/DEC Nro. 01/1991 (I). Firmado en Brasilia, el 17 de diciembre de 1991, en vigencia desde el 23 de abril de 1993, "BOM", No.1, págs. 49 a 57.

<sup>14</sup> RIMOLDI DE LADMANN, Eve, "La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto", en RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.), *MERCOSUR y Comunidad Europea*, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 205.

personalidad jurídica internacional<sup>15</sup> y establece su sistema institucional completando la escueta estructura contenida en el TA. En lo que se refiere a la solución de controversias, el sistema regulado en el PB fue confirmado por el POP (art. 43), extendiendo la validez de aquel más allá del periodo transitorio, que finalizaba en diciembre de 1994. De hecho el PB continuó vigente hasta su derogación por el Protocolo de Olivos.

Además introduce algunas modificaciones en el sistema ya establecido por el PA<sup>16</sup>. Se prevé la posibilidad de plantear controversias ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM)<sup>17</sup> ya que (...) *corresponderá a la Comisión de Comercio del MERCOSUR la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares - personas físicas o jurídicas -, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 o 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia* (art. 21 POP).

El sistema contemplado en los anteriores Protocolos adolecía de graves falencias. Entre ellas se pueden mencionar, la complejidad del procedimiento instrumentado, la imposibilidad del acceso directo de los particulares al órgano jurisdiccional y su situación de indefección frente al rechazo de su reclamo en la

---

<sup>15</sup> UZAL, María Elsa, “En el umbral de la supranacionalidad: el Protocolo de Ouro Preto y su anexo”, *RDCO* 1995-A, p. 311.

<sup>16</sup> CHOER MORAES, Henrique, “O novo sistema jurisdiccional do Mercosul – Um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, N° 39, 2002, p. 59.

<sup>17</sup> La Comisión de Comercio del *MERCOSUR* tiene por responsabilidad la aplicación de la política comercial común el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-*MERCOSUR* y con terceros países. (Decisión CMC N° 13/93 y arts 16 a 21 del Protocolo de Ouro Preto).

Sección nacional del GMC<sup>18</sup>, la omisión de recursos para la solución de conflictos entre los órganos del MERCOSUR así como la falta de control de la legalidad de los actos de estos órganos<sup>19</sup>, las serias dificultades en crear una jurisprudencia mercosureña<sup>20</sup> y tanto de garantizar uniformidad en las decisiones pronunciadas por el órgano arbitral<sup>21</sup> derivadas de la característica ad hoc en la conformación del tribunal<sup>22</sup>.

## 2. SISTEMA ACTUAL – PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El Protocolo de Olivos para la resolución de controversias (PO), vigente desde el 1 de enero de 2004<sup>23</sup>, estableció el sistema actual para la resolución de controversias<sup>24</sup>. El instrumento es innovador<sup>25</sup>. El nuevo sistema presenta avances significativos

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Florencia, “Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del MERCOSUR y la CEE”, *Integración Latinoamericana*, Nro. 185, INTAL, diciembre 1992, Año 17, p. 35.

<sup>19</sup> RADESA, Emilio, FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa, “Solución de controversias en el MERCOSUR”, *ED*, 29 de mayo de 1995, p. 6.

<sup>20</sup> DALLA VÍA, Alberto R., “Solución de controversias”, en *MERCOSUR, - Perspectivas desde el Derecho Privado*, Ed. Universidad, p. 232.

<sup>21</sup> DE ARAUJO, Nadia, “Solução de controvérsias no MERCOSUL”, *JA*, III, julio septiembre, 1997, p. 832.

<sup>22</sup> SANGUINETTI Julio Luis, “MERCOSUR: las alternativas del diseño institucional definitivo”, *Integración Latinoamericana*, junio de 1994, p.12.

<sup>23</sup> El Protocolo de Olivos fue reformado por el *Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos* de enero del 2007.

<sup>24</sup> Ver además CMC Decisión n° 37/03.

<sup>25</sup> ARAÚJO, Nadia. “O Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e as Opiniões Consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com o common law e algumas idéias para o futuro” en SOUZA JUNIOR,

en relación al procedimiento anterior establecido en el PB<sup>26</sup>. Entre ellos se pueden destacar:

- la cláusula de elección del foro,
- la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR),
- la implementación de los mecanismos de regulación de las medidas compensatorias,
- la incorporación de normas procedimentales inspiradas en el modelo de la OMC,
- la intervención opción del GMC,
- la mejoras en el procedimiento de reclamo de los particulares.

Sin embargo se omite reglamentar los conflictos entre los órgano del MERCOSUR entre sí, entre estos y uno o algunos de los EP o con particulares.

## 2.1. LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL FORO

Se trata de una de las novedades incorporadas en el PO que mayor debate han generado en la doctrina. En todo conflicto existe la posibilidad de ser juzgado por distintos tribunales<sup>27</sup>. La opción del foro, en general es realizada por el accionante. Esta facultad, que configura “fórum shopping”, se caracteriza por la

---

Lauro da Gama (Editor), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XV – Direito Internacional. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 111.

<sup>26</sup> OCTAVIANO MARTINS, Eliane M., “Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos”, *Cadernos PROLAM/USP*, Año 5 - vol. 1 - 2006, p. 79-93.

<sup>27</sup> LAVRANOS, Nikolaos; VIELLIARD, Nicolas, “Competing Jurisdictions between MERCOSUR and WTO”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7, Leiden, (2008), 205–234, p. 212.



posibilidad que tiene el demandante de someter el litigio a una jurisdicción que considera más conveniente para sus intereses. En el caso del MERCOSUR, la experiencia demostró además, que frente a un fallo negativo por parte del Tribunal arbitral ad hoc, existía la posibilidad de ocurrir a otra instancia internacional para buscar solución el caso. La disputa entre Argentina y Brasil en caso Pollos, originariamente resuelto por el tribunal ad hoc del MERCOSUR<sup>28</sup> y luego por el panel de la OMC<sup>29</sup> así lo explicita<sup>30</sup>. Con el objeto de evitar la reiteración de esta situación, se incluyó esta cláusula en el PO<sup>31</sup>.

Conforme el Art. 1, par. 2°:

*Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante.*

---

<sup>28</sup> Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina.

<sup>29</sup> WTO/DS 241. Véase también Panel Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WTO case no WT/DS332/R (12 June 2007); Appellate Body Report, idem, WTO case no WT/DS332/AB/R (3 December 2007).

<sup>30</sup> PENA Celina, ROZEMBERG, Ricardo, "MERCOSUR: A different approach to institutional development", FOCAL – Canadian Foundation for the Americas - Policy Paper, <http://www.focal.ca/pdf/MERCOSUR.pdf>.

<sup>31</sup> LAVRANOS, Nikolaos, VIELLIARD, Nicolas, "Competing Jurisdictions Between MERCOSUR and WTO", Law & Practice of International Courts & Tribunals, 2008, Vol. 7, N° 2, p. 205-234.

*Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro.*

*Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo al párrafo anterior, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto, definido en los términos del artículo 14 de este Protocolo.*

Esta cláusula ha sido objeto de críticas por aquellos que sostienen que debería darse preferencia al sistema del MERCOSUR, en tanto que acuerdo regional ya que de lo contrario se frenaría el proceso de integración, se evitaría la creación de un sistema de una jurisprudencia mercosureña<sup>32</sup> y se permitiría el ingreso de Estados no partes en los conflictos surgidos dentro de la zona de integración económica<sup>33</sup>.

Si bien el PO no otorga a los tribunales del MERCOSUR competencia exclusiva, evitando que las controversias nacidas en el seno de éste no sean ventiladas en otras instancias internacionales, la cláusula de elección del foro otorga seguridad jurídica en tanto que asegura que una misma cuestión no se someta a más de un sistema de resolución de controversia.

Para algunos autores, la inclusión de esta cláusula responde a las tendencias actuales del Derecho internacional aplicables a los procesos de integración regional, ya que favorece la interdependencia económica y la interrelación jurídica de los Estados.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> BIACCHI GOMES, Eduardo, “Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul e perspectivas”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, N°. 42, 2003, p. 85.

<sup>33</sup> MORALES DE PAULA, Guilherme, “A cláusula de eleição de foro do Protocolo de Olivos e seus efeitos contraproducentes para o Mercosul”, *Revista Esc. Direito Pelotas*, Nro. 6 (1), 2005, p. 195.

<sup>34</sup> BERTONI Liliana, “Características de la actuación de los tribunales en el MERCOSUR”, *JA 2002-II*, fasc. 4, p. 41.

## 2.2. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS PARTES

El PO introduce cambios importantes en el procedimiento de resolución de controversias entre EP. El sistema actual para la resolución de controversias consta de las siguientes etapas: 1) negociaciones obligatorias, 2) conciliación opcional, 3) arbitraje 4) recurso de revisión del laudo.

### a) Negociaciones directas

Los EP involucrados en una disputa deberán tratar de solucionarla mediante negociaciones directas<sup>35</sup>, informado a la SAM acerca del resultado de las negociaciones<sup>36</sup>. De manera que, *que la instancia arbitral jamás puede iniciarse sin un previo mecanismo obligatorio de negociaciones directas*<sup>37</sup>.

### b) Etapa de conciliación

Si la etapa de negociación no fuera exitosa, o la disputa se resolviera de manera parcial, los EP en conflicto pueden acordar llevar la cuestión a consideración del GMC (art. 6.2 PO), el cual analizará los argumentos de ambas partes y dictará recomendaciones de carácter no vinculante (art. 7 incs. 1 y 2 PO).

### c) Procedimiento arbitral ad hoc

En caso de fracaso de la etapa de negociación o de la de conciliación ante el GMC, una de las partes en el conflicto, podrá iniciar la etapa de arbitraje comunicando su intención a la SAM. De manera que se permite que las partes en una controversia, luego del fracaso de las negociaciones directas puedan acceder

---

<sup>35</sup> Art. 4 PO.

<sup>36</sup> Ver Art. 5(2) del PO.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ, Wilfrido, "El Nuevo Tribunal Arbitral del MERCOSUR" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.2006*. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr27.pdf>

al procedimiento arbitral sin necesidad de la intervención previa de los órganos políticos del MERCOSUR (CMC y GMC).

El tribunal arbitral ad hoc estará compuesto por tres árbitros, uno elegido por cada uno de los EP de una lista presentada por los EP obrante en la SAM y un tercero seleccionado de común acuerdo (Art. 9, 10 y 11 del PO).

El tribunal podrá, a pedido de una de las partes, solicitar medidas provisionales si hubiere presunción de daños graves e irreparables de uno de los litigantes con el mantenimiento de la situación actual (Art. 15 del PO)<sup>38</sup>.

Contra la decisión del tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede presentar un recurso de aclaratoria (art. 28 del PO) y también un recurso de apelación ante el TPR (art. 17.1 del PO).

Si en el plazo de 15 días de la notificación (art. 17.1 PO) no se interpusiere recurso de revisión contra la decisión adoptada por el Tribunal arbitral ad hoc, esta tendrá efecto de cosa juzgada (art. 26.1 PO).

### 2.3. TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

El aspecto más importante introducido por el PO es la creación del Tribunal Permanente de Revisión<sup>39</sup>, ya que se trata de una innovación significativa en la estructura institución del MERCOSUR y en el procedimiento de resolución de controversias<sup>40</sup>. Representa un perfeccionamiento del sistema de resolución de controversias, al que confiere dinamismo. Con el estableci-

---

<sup>38</sup> *Ibidem*

<sup>39</sup> Arts. 17 a 24 PO.

<sup>40</sup> COUTINHO, Kalyani Rubens Muniz. *Protocolo de Olivos: um novo sistema de solução de controvérsias para o Mercosul*. Brasília, n. 0010, setembro. 2004. 16 p. En:

<http://www.avocato.com.br/doutrina/ed0010.2004.gui0003.htm>

DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El Protocolo de Olivos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, pp. 577-621.

miento de este órgano jurisdiccional se obtendrá mayor coherencia entre los pronunciamientos emanados de los tribunales arbitrales ad hoc, se contará con una jurisprudencia uniformizada que permitirá evitar interpretaciones diversas en cuestiones sometidas a consideración del árbitro/juez del Mercosur. No hay dudas en que un sistema de resolución de controversias basado en tribunales arbitrales no favorece la necesaria seguridad jurídica que debe impregnar al proceso de integración. Por ello el rol de TPR es fundamental. Este tribunal ejercerá la función de integración y homogenización de los laudos arbitrales. Creemos ver en ello la concreción de un proceso de creación del Derecho del MERCOSUR a través de la jurisprudencia que otorgará mayor seguridad jurídica tanto a los EP y a los particulares.

Este órgano jurisdiccional cuenta con tres funciones: es instancia de apelación, es tribunal de instancia única y como órgano de consulta.

- Instancia de apelación

Conforme al art. 17, los EP pueden presentar un recurso de revisión al TPR, contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince (15) días a partir de la notificación del mismo. Las razones de la apelación se referirán exclusivamente a cuestiones jurídicas y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc objeto de recurso. Sin embargo cuando el tribunal arbitral se pronunció *ex aequo et bono*, el laudo no puede ser objeto de recurso alguno (art. 17.3 PO).

El TPR, creado en 2004 y con sede en Asunción del Paraguay, fue delineado a partir del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. El art. 18 del PO establece la estructura del TPR. Estará compuesto de cinco miembros.

1. *El Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por cinco (5) árbitros.*

2. *Cada Estado Parte del MERCOSUR designará un (1) árbitro y su suplente por un período de dos (2) años, renovable por no más de dos períodos consecutivos.*
3. *El quinto árbitro, que será designado por un período de tres (3) años no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes, será elegido por unanimidad de los Estados Partes, de la lista a que hace referencia este numeral, por lo menos tres (3) meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del MERCOSUR. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo.*
4. *No lográndose unanimidad, la designación se hará por sorteo que realizará la Secretaría Administrativa del MERCOSUR entre los integrantes de esa lista, dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento de dicho plazo.*
5. *La lista para la designación del quinto árbitro se conformará con ocho (8) integrantes. Cada Estado Parte propondrá dos (2) integrantes que deberán ser nacionales de los países del MERCOSUR.*
6. *Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro.*

La normativa del PO establece en relación al pronunciamiento del TPR que:

1. *El Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc.*
  2. *El laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. (Art. 22 PO)*
- Tribunal de instancia única

Cuando los EP así lo acuerden, el TPR podrá actuar como tribunal arbitral por vía de *per saltum* (art. 23 PO). En este supuesto:

1. *Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo.*
2. *En este supuesto los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada.*

Una vez emitida la decisión, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrán solicitar una aclaración del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión y sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación (art. 28 PO).

Así mismo el TPR puede actuar como instancia única en casos urgentes y excepcionales (art. 24 PO y art. 1 de la Decisión 23/04 del CMC).

- Órgano de consulta

Esta función responde a un viejo anhelo expresado por la doctrina jurídica mercosureña<sup>41</sup>. Su principal función es garanti-

---

<sup>41</sup> “...La necesidad de un órgano jurisdiccional cuyos fallos e interpretaciones sean acatados por los sujetos de derecho involucrados en las normas del Tratado, sin excepción alguna, está consagrada por la naturaleza misma de un “mercado común” con aspiraciones de ser tal. Esa conclusión esta asociada al éxito mismo de la empresa que se han propuesto los países miembros, máxime si se considera que las negociaciones han conducido a la elaboración de un “Tratado marco”...” LABANDERA

zar una interpretación uniforme del derecho del MERCOSUR (art. 3 del PO, art. 2 de las Decisiones 37/03 y 02/07 del CMC).

- Procedimiento de reclamos de particulares

El PO introduce también modificaciones en el procedimiento de reclamos de particulares<sup>42</sup>. En comparación con el sistema anterior, los cambios son significativos<sup>43</sup>. Sin embargo sigue sin contemplarse el acceso directo de los particulares al procedimiento de resolución de controversias, debiéndose en todo caso realizarse a través de la Sección nacional del GMC.

Conforme al art. 39 PO, un particular, ya sea persona física o jurídica, puede iniciar un reclamo con *motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.*

El trámite se iniciará presentado el reclamo ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios (art. 40.1).

El particular reclamante deberá aportar elementos que funde su reclamo el cual será analizado por la Sección Nacional del GMC del EP incoado quien determinará la verosimilitud de la violación

---

*IPATA Pablo, “Aspectos jurídico-institucionales que operan como freno para la integración”, Revista de Derecho del Mercosur, p. 75.*

<sup>42</sup> EUFROSINA SARAIVA Silva, *Das reclamações de particulares no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL*, “Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI”, Brasília, 2008, pp. 2596 a 2613.

<sup>43</sup> VENTURA Deisy, *Les asymmetries entre le MERCOSUR et l’Union européenne – Les enjeux d’une association interrégionale*. L’Harmattan, Paris, 2003, pp. 190 a 197.



y la existencia o amenaza de un perjuicio, para que el reclamo sea admitido por la Sección Nacional y para que sea evaluado por el GMC y por el grupo de expertos, si se lo convoca (art. 40.2).

La Sección Nacional del GMC que haya admitido el reclamo deberá entablar consultas con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de aquéllas, una solución inmediata a la cuestión planteada. Dichas consultas se tendrán por concluidas automáticamente y sin más trámite si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince (15) días contado a partir de la comunicación del reclamo al Estado Parte al que se atribuye la violación, salvo que las partes hubieren decidido otro plazo, (art 41.1). Si no se llegase a una solución, la Sección nacional del GMC elevará el reclamo sin más trámite al GMC (art. 41.2).

Corresponde al GMC evaluar si el reclamo cumple con los requisitos contemplados en el art. 40.2 del PO. Su pronunciamiento podrá ser rechazar el reclamo o admitirlo. Rechazará el reclamo cuando compruebe que no se han cumplido con los requisitos exigidos por la normativa vigente. Su pronunciamiento debe ser por consenso (art. 42.1.).

Si decidiere admitir el reclamo, el GMC convocara a un grupo de expertos, compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos (art. 43.1.), quienes tendrán que pronunciarse en el plazo de treinta días contados a partir de su designación (art.2.2.). El particular reclamante y los EP involucrados en el caso tendrán oportunidad de ejercer su derecho de defensa (art. 42.3.).

En el supuesto que el grupo de expertos presente una opinión unánime contra de un EP, cualquier otro EP podrá reclamar al infractor la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas adoptadas. Si no se cumpliera en el plazo de 15 días,

el EP reclamante podrá incoar el procedimiento arbitral regulado en el PO (art. 44.1).

Pero en el supuesto en que se rechazase por unanimidad el reclamo o que se considerase infundado (art. 44.2.), o el grupo de expertos no concluye un informe por unanimidad (art. 44.3), el GMC dará por terminado el proceso. Sin embargo el EP reclamante podrá iniciar el procedimiento arbitral conforme la reglamentación del PO.

## CAPÍTULO 8

### EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN -NAFTA) Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Luis Fernando Castillo Argañarás*

#### 1. INTRODUCCIÓN

El “Tratado de Libre Comercio de América del Norte” (TLCAN - NAFTA) Fue firmado por los Presidentes de Estados Unidos y México y por el Primer Ministro de Canadá, el 17 de diciembre de 1992.

Las negociaciones para el tratado se iniciaron hacia junio de 1990; pero entre sus antecedentes podemos citar los siguientes convenios entre Estados Unidos y México:

- Acuerdo sobre Comercio de productos Textiles de 1984
- Memorandum de Entendimiento en Materia de Subsidios Compensatorios de 1985
- Acuerdo Marco de Principios y Procedimientos de Consulta sobre Relaciones de Comercio e Inversión de 1987 y 1989
- Comunicado Conjunto de los Presidentes de México y Estados Unidos de mayo de 1990.

Por otro lado, entre Canadá y Estados Unidos se había firmado el Acuerdo de Libre Comercio de 1987 que entró en vigor el 1 de enero de 1989.

En oportunidad de la firma, George Bush manifestó “el NAFTA representa el primer paso gigantesco hacia la realización de un sueño que nos ha inspirado por mucho tiempo: el sueño

de un hemisferio unido por la cooperación económica y la libre competencia (...) y llegará pronto el momento en que el comercio sea libre desde Alaska hasta la Argentina, cuando todo ciudadano de las Américas tenga oportunidad de compartir el nuevo crecimiento y creciente prosperidad”<sup>1</sup>

Es el primer acuerdo de integración regional de alcance general que involucra a países con niveles de desarrollo dispares”<sup>2</sup>. El TLCAN significó el establecimiento de una zona de libre comercio “en el territorio de lo que se conoce geográficamente como América del Norte que en aquel momento poseía el mayor número de habitantes en el mundo”.<sup>3</sup>

La particularidad de este acuerdo es que incluye tres mecanismos distintos de solución de controversias. El primero relativo a la interpretación, aplicación y violación al Acuerdo (Capítulo 20). El segundo regula las controversias sobre cuotas anti dumping y compensatorias. El tercero establece el mecanismo de solución de conflictos entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión (Capítulo 11).

Teresa Gutierrez-Haces puntualiza que “El Capítulo XI del TLCAN logró por primera ocasión que un tratado de libre comercio introdujera un capítulo específico que regulara y legislara

---

<sup>1</sup> ARNAUD, Vicente Guillermo. *MERCOSUR, Unión Europea, NAFTA y los Procesos de Integración Regional*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996. Pág. 226

<sup>2</sup> MONGE-NARANJO, Alexander, *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries*. Department of Economics. Northwestern University. August. 2002, Pág. 1. Disponible en: <http://www.econ.psu.edu/~aum26/NaftaFDIexcludedCountries.pdf> (última consulta 9/12/2013)

<sup>3</sup> GUTIERREZ – HACES, Teresa, “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” en *Economíaunam* Vol. 1 N° 003. 2004. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814> (última consulta 5/2/2013)

de manera supranacional la inversión extranjera. Su contenido detallado solo se conoció públicamente hasta que el Tratado había sido rubricado por los mandatarios de México, Canadá y Estados Unidos y ratificado por sus respectivos cuerpos legislativos”<sup>4</sup>. Patrick Dumberry señala que “el Capítulo 11 es “realmente revolucionario”<sup>5</sup>; mientras que James McIlroy considera que “es controvertido en los países desarrollados”<sup>6</sup>. En vista de estas opiniones, surgen los siguientes interrogantes: ¿Cómo fueron las negociaciones y percepciones de los actores internacionales involucrados? ¿Cuál es el alcance del sistema de protección de las inversiones extranjeras en NAFTA? ¿Cuáles son las principales disposiciones que se establecen? ¿Cómo es el sistema de solución de controversias establecido por el Capítulo 11? La respuesta a estos interrogantes nos permitirá llegar a las conclusiones.

## 2. LAS NEGOCIACIONES EN TORNO AL CAPÍTULO 11

James McIlroy señala que el Capítulo 11 es controvertido en Estados desarrollados porque permite las demandas entre países desarrollados entre sí<sup>7</sup>. Tradicionalmente, los Tratados Bilaterales de inversiones están basados en un poder económico asimétrico, porque ellos involucran las inversiones que se realizan desde los países desarrollados hacia los en vías de desarrollo. Para el mismo autor, NAFTA “altera esta asimétrica relación porque la solución de controversias no estarán focalizadas sola-

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, Pág. 36

<sup>5</sup> DUMBERRY, Patrick . “The NAFTA Investment Dispute Settlement Mechanism. A Review of the Latest Case-Law” en *The Journal of the World Investment*. Vol. 2, N° 1 Switzerland. 2001. Pág. 151

<sup>6</sup> McILROY, James, “NAFTA’s Investment Chapter. An Isolated Experiment or a Precedent for a Multilateral Investment Treaty?” en *The Journal of the World Investment*. Vol. 3, N° 1 Switzerland. 2001. Pág. 130

<sup>7</sup> *Ibíd.*, Pág. 129

mente entre estado desarrollado vs. Estado en vías de desarrollo. Así, encontraremos controversias Estado desarrollado vs. Estado desarrollado en las cuales estos países deberán defender las medidas que tomaron. Estos no estarán más a la ofensiva, ellos podrán estar también a la defensiva”<sup>8</sup>

Uno de los puntos centrales que generaba ansiedad en los Estados Unidos por la inclusión del Capítulo 11 era el mecanismo de arbitraje. No obstante, el arbitraje tiene una larga tradición en la política comercial de Estados Unidos. Así, tras la revolución norteamericana, se firmó el Tratado Jay de 1794 mediante el cual se garantizaba a los acreedores británicos el derecho a solicitar mediante arbitraje los daños producidos durante la guerra de la independencia. Así, como consecuencia de la guerra civil, se utilizó el arbitraje en el caso de las reclamaciones de Alabama<sup>9</sup>.

Por otro lado, “Canadá y Estados Unidos tuvieron una extensa y relativamente abierta relación comercial desde el siglo diecinueve. Aunque las negociaciones hacia un acuerdo de libre comercio fracasaron reiteradamente por los temores canadienses de una anexión o dominación económica. No antes de 1986 pudieron comenzar las negociaciones que condujeron al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos”<sup>10</sup>

La autora citada anteriormente<sup>11</sup> estima que las inversiones extranjeras fue el punto central de interés para Estados Unidos en la celebración del Acuerdo de Libre Comercio con Canadá. Así, el gobierno de Trudeau había provocado malestar en Estados Unidos en la década de los setenta con una política económica nacionalista que limitaba el nivel de inversiones extranjeras en Canadá.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*

<sup>9</sup> HEINDL, Jennifer A., “Towards a History of NAFTA’s Chapter Eleven” en *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 24 N° 2. 2006. Pág. 676

<sup>10</sup> *Ibidem*

<sup>11</sup> *Ibidem*

Recordemos que Pierre Trudeau estableció la Agencia de Examen de la Inversión Extranjera (*Foreign Investment Review Agency*) encargada de seleccionar e incluso rechazar la inversión extranjera si esa inversión podría ser contraria a los intereses de Canadá<sup>12</sup>. Así, en 1972, “el gobierno canadiense declaró que intentaría cambiar algunas modalidades del intercambio comercial de Canadá fuera de los Estados Unidos, hacia Europa. Pero en los años 80, después de mucho debate, el gobierno conservador –anticipando el abandono de las barreras al comercio alrededor del mundo– llevó al Canadá al Tratado de Libre Comercio Canadá-EE.UU.”<sup>13</sup>. No obstante, “este país resistió la fuerte presión que Estados Unidos trató de imponer y el acuerdo final no quedó como éste lo hubiera querido”<sup>14</sup>.

Canadá decidió involucrarse en las negociaciones que conducirían a la firma de TLCAN después que Estados Unidos y México anunciaron formalmente sus intenciones de firmar un acuerdo bilateral de inversiones. Este hecho ponía a Canadá en una difícil situación. La historia mostraba que el comercio y la inversión canadiense eran prácticamente inexistentes con México y América Latina. Surgía el indicio de que México podría pasar a ocupar el lugar de Canadá en el mercado estadounidense. En ese sentido, Canadá fue forzado a participar en negociaciones con México a fin de proteger sus intereses de mercado en la región<sup>15</sup>. Cameron y Tomlin, citados por Heindl<sup>16</sup>, consideran que Canadá estimaba que el acuerdo entre Estados Unidos y México podía resultar en acuerdo comercial central en Norte América con Méxi-

---

<sup>12</sup> LOZANO, Georges “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) desde una Perspectiva Canadiense” en *Seminario CILEA* – Bologna. 1999. Pág. 2

<sup>13</sup> *Ibídem*

<sup>14</sup> HEINDL, Jennifer A, Óp. Cit. 2006. Pág. 676

<sup>15</sup> *Ibídem*, Pág. 677

<sup>16</sup> *Ibídem*

co ganando potencialmente tratamientos preferenciales y mejor acceso al mercado que Canadá.

En ese sentido, Canadá percibió que un acuerdo multilateral podía ofrecer un mejor sentido de equidad que acuerdos bilaterales separados entre dos pequeñas economías y una potencia económica<sup>17</sup>.

Por su parte, México siempre se caracterizó por una economía cerrada; pero logró pasar de ella “al ingreso en el GATT y al aumento de la liberalización principalmente a través de decisiones del ejecutivo, con una mínima participación legislativa o intervención de los intereses empresariales y laborales (al menos muchos grupos empresariales y laborales importantes no fueron consultados). Poco después, durante la presidencia de Carlos Salinas (1988-1994), se profundizaría la liberalización comercial, y con ella vendría el fortalecimiento del Ministerio de Comercio y una pequeña pero creciente participación del Congreso”<sup>18</sup>. En ese sentido, “la administración de Salinas buscaba un flujo importante de inversión extranjera directa (IED) para estimular el crecimiento económico. Mientras que durante el mandato de De la Madrid la economía se había comenzado a liberalizar y se había obtenido un superávit comercial por casi todo el período, el valor de las exportaciones había permanecido prácticamente estático y el promedio de crecimiento económico estuvo cerca de cero en toda su etapa presidencial”<sup>19</sup>.

Ortiz Mena considera que “la administración de Salinas tuvo que forjar una nueva relación con el mundo desarrollado, en especial con Estados Unidos y la Unión Europea. México no podía seguir manteniendo una política exterior defensiva basada

---

<sup>17</sup> *Ibíd*em

<sup>18</sup> ORTIZ MENA, Antonio, “La Creación de Políticas Comerciales en América: Lo que se Puede Aprender de la Experiencia Mexicana” en *Aldea Mundo*, Año 10, N° 19. 2005. Pág.9

<sup>19</sup> *Ibíd*em



en la premisa de que los países industrializados explotan y se aprovechan de las naciones menos desarrolladas. Tanto Salinas como Ernesto Zedillo (1994-2000) entendieron la necesidad de una nueva política económica exterior que promoviera la cooperación y se centrara en los intereses compartidos entre México y los países industrializados”<sup>20</sup>.

Según relata Jennifer Heidl<sup>21</sup>, las negociaciones del TLCAN comenzaron en Junio de 1991 en Toronto. Incluían 19 grupos de trabajo organizados en seis áreas:

- Acceso al mercado
- Normas comerciales
- Servicios
- Inversiones
- Propiedad intelectual
- Solución de controversias

Maryse Robert, citada por Heidl<sup>22</sup>, relata que “un negociador por cada país presidía cada grupo. Los Jefes de Negociadores, Julius Katz (EE.UU), Herminio Blanco Mendoza (México) y John Weeks (Canadá) se reunían regularmente para discutir los más controvertidos temas”. Durante el período de negociaciones se realizaron siete reuniones ministeriales. Sumados a los negociadores gubernamentales, existía un cuerpo de comités asesores del sector privado, incluyendo negocios, trabajadores y representantes del sector académico de cada país<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*. Pág. 10

<sup>21</sup> HEINDL, Jennifer A, Óp. Cit. 2006. Pág. 679

<sup>22</sup> *Ibidem*

<sup>23</sup> *Ibidem*

Según señala Heindl, durante las negociaciones referentes al área de inversiones, Canadá quería conservar el Capítulo 11 lo más cercano al Acuerdo de Libre Comercio firmado con Estados Unidos. Especialmente pretendía mantener el derecho a revisar ciertas inversiones extranjeras. Estados Unidos, por su parte, pretendía evitar esas disposiciones.<sup>24</sup>

Las compensaciones por expropiaciones fue un tema importante para México. Típicamente, los tratados bilaterales con Estados Unidos contienen una cláusula que señala que en caso de expropiación, la compensación debe ser “*prompt, adequate, and effective*”. Este lenguaje específico con el cual Estados Unidos ha opuesto a México la expropiación de los intereses americanos en la industria petrolera mexicana en 1938. Por lo tanto, estos vocablos son considerados controversiales en México<sup>25</sup>. De acuerdo a Folsom, citado por Heindl<sup>26</sup>, éste país sufrió históricamente arbitrajes injustos lo que motivó la inclusión de la Cláusula Calvo en su Constitución. Estados Unidos insistía en incluir las palabras “*prompt, adequate and effective*”. México estaba dispuesto a realizar concesiones siempre que ellas no figurasen. Un negociador anónimo describió los resultados: “Las negociaciones en Dallas fueron para crear un derecho que no violara la Constitución de México. Debíamos elaborar un lenguaje para la expropiación que no usara las palabras ‘*prompt, adequate and effective*’. Hay tres párrafos, si usted los lee a ellos, podrá encontrar que dicen exactamente las tres palabras, pero con otros vocablos”.<sup>27</sup> Por otro lado, Estados Unidos insistía en incluir el arbitraje como obligatorio para solucionar las controversias. Otro punto importante en las negociaciones fue el consenso en la definición de inversión en el Capítulo 11.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> *Ibidem*. Pág. 681

<sup>26</sup> *Ibidem*. Pág. 682

<sup>27</sup> *Ibidem*. Pág. 682

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN, OBJETIVOS Y OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CAPÍTULO 11

El Capítulo 11 está compuesto por 39 artículos, cuatro anexos y consta de tres Secciones. Ellas son:

- Sección A, Inversiones, Artículos 1101 – 1114.
- Sección B, Solución de Controversias entre un Estado Parte y un Inversor de otro Estado Parte, Artículos 1115-1138.
- Sección C, Definiciones, Artículo 1139.

El ámbito de aplicación del Capítulo 11 está circunscripto en el Art. 1101:

1. *Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:*
  - (a) *los inversionistas de otra Parte;*
  - (b) *las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y*
  - (c) *en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.*
2. *Una Parte tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, y de negarse a autorizar el establecimiento de inversiones en tales actividades.*
3. *Este capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida en que estén comprendidas en el Capítulo XIV, "Servicios financieros".*
4. *Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud*

*y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo. “*

El concepto de inversión está definido en el Art. 1139, que transcribimos para una mejor interpretación:

**“inversión** significa;

- (a) *una empresa;*
- (b) *acciones de una empresa;*
- (c) *obligaciones de una empresa:*
  - (i) *cuando la empresa es una filial del inversionista, o*
  - (ii) *cuando la fecha de vencimiento original de la obligación sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;*
- (d) *un préstamo a una empresa,*
  - (i) *cuando la empresa es una filial del inversionista, o*
  - (ii) *cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;*
- (e) *una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;*
- (f) *una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);*
- (g) *bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y*

- (h) *la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:*
  - (i) *contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o*
  - (ii) *contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;*

pero inversión no significa:

- (i) *reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:*
  - (i) *contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o*
  - (ii) *el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o*
- (j) *cualquier otra reclamación pecuniaria; que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) al (h);*

Se puede apreciar que el concepto de inversión es muy amplio y por lo tanto la cobertura o protección brindada por el Capítulo 11 es como un “escudo necesario para proteger a los inversores extranjeros”<sup>28</sup>. A pesar de su amplitud, no fue adoptado conforme los deseos de EE. UU. Así, el Capítulo 11 excluye

---

<sup>28</sup> JONES, Ray C. “NAFTA Chapter 11 Investor – to State Dispute Resolution: A Shield to be Embraced or a Sword to be Feared?” en *Brigham Young University Law Review*. 2002. Pág. 528

de inversión los préstamos a empresas estatales como así también los reclamos pecuniarios basados en contratos de compra venta internacional de bienes o servicios<sup>29</sup>.

Una cuestión que se puede señalar es que el Capítulo 11 se aplica a las “medidas” de una Parte. Ellas son definidas como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica” (Art. 201.1).

Según James Mc Ilroy, existen algunas críticas al Capítulo 11; ya que crea obligaciones para los gobiernos pero no para las corporaciones privadas. Esto establece algunos desequilibrios a favor de los intereses de los capitales privados en detrimento de los intereses públicos. Por otro lado, el objetivo es amplio porque contempla el pasado, el presente y el futuro; ya que el artículo 1101 (1) cubre las medidas “mantenidas” como las que serán “adoptadas”.<sup>30</sup>

El Capítulo 11 establece una serie de obligaciones sustantivas a los Estados hacia los inversores extranjeros. Ellas se encuentran desde el Art. 1102 al 1114.

La primera obligación se refiere al principio de trato nacional. En ese sentido, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones” (Art. 1102 Ap. 1 y 2).

---

<sup>29</sup> HEINDL, Jennifer A, Op. Cit. 2006. Pág. 683

<sup>30</sup> McILROY, James, Op. Cit. 2001. Pág. 131

La segunda obligación está relacionada con el principio de la nación más favorecida. Así, “cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones. (Art. 1103, Ap. 1) y “cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. (Art. 1103 Ap. 2).

En el Art. 1105 se establece la obligación de un mínimo nivel de trato. Así, “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena.”

El Art. 1106 prohíbe a las Partes del Tratado imponer ciertos “requisitos de desempeño” a los inversores extranjeros. No se les podrá imponer que deben exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; o alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional, etc.

El Art. 1109 establece la obligación que el Estado receptor de la inversión “permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora”. Estas transferencias incluyen ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión; hasta productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión e incluidos

los pagos por préstamos y las compensaciones por violaciones al Tratado.

El Art. 1110 establece una serie de disposiciones relativas a expropiaciones. En ese orden de ideas, ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre base no discriminatoria; c) siguiendo el debido proceso legal; d) mediante el pago de una indemnización. Esta compensación debe ser pronta, adecuada y efectiva. Debe ser realizada al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago. Aunque, si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago (Art. 1110).

Ray C. Jones<sup>31</sup> considera que de los artículos 1101 al 1116 surgen cinco reglas primarias que regulan los reclamos. Ellos son:

---

<sup>31</sup> JONES, Ray C. Op. Cit. 2002. Pág. 531



1. una calificación de “inversor” de acuerdo al régimen establecido por el Tratado,
2. una “inversión” en otro Estado Parte del NAFTA,
3. una “medida” relativa a inversor o inversiones de otro Estado Parte,
4. una “medida” viola una disposición cubierta por el Tratado,
5. un “daño” al inversor o a la “inversión” relacionada con la violación alegada.

Uno de los últimos objetivos del NAFTA es promover e incrementar las oportunidades de inversiones extranjeras entre los tres Estados y asegurar su exitosa implementación. (Art. 102.1). Asimismo, se procura establecer igual trato entre los inversores de acuerdo con el principio de reciprocidad. En ese sentido, el tratado establece un mecanismo de solución de controversias entre un Inversor y un Estado Parte mediante un reclamo ante un tribunal arbitral.

#### **4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

David R. Haig, citado por Jones<sup>32</sup>, considera que el Capítulo 11 del NAFTA es, en esencia, un acuerdo trilateral de inversiones injertado en un acuerdo que está relacionado directamente con la liberalización y equidad en el comercio de bienes y servicios. Al igual que todo tratado moderno en su naturaleza contiene disposiciones para la solución de controversias y como tratado de inversiones sigue simplemente el ya establecido modelo para la solución de controversias entre un inversor y un Estado<sup>33</sup>. El mismo autor agrega que el objetivo fundamental del Capítulo 11 de solución de controversias fue crear negocios entre los inversores y los Estados receptores. En ese sentido, los inversores aceptan realizar inversiones en otro Estado

---

<sup>32</sup> *Ibíd.* Pag-531

<sup>33</sup> *Ibíd.*

convencidos que se les asegura el disfrute de los estándares básicos de justicia y equidad establecidos en la Sección A del Capítulo 11. Esta protección es esencial para los inversores extranjeros que están sometidos a la autoridad legislativa del Estado receptor quedando vulnerables a sus facultades regulatorias de este Estado<sup>34</sup>.

Oscar Cruz Barney señala que “la sección B del Capítulo XI del TLCAN responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos (...) de ahí la creación de un mecanismo arbitral especial para prevenir y resolver las controversias que pudieren surgir cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho”<sup>35</sup>. El sistema implementado para solucionar las controversias es el Arbitraje; pero primero debe recurrirse a las consultas y negociación.

Bockstiegel enseña que la opción básica para la solución de controversias para las empresas privadas es el tribunal nacional o el arbitraje; pero mientras que para recurrir a los tribunales nacionales no se necesita ningún acuerdo específico entre las partes; para que el arbitraje sea exigible es necesario que las partes lo hayan elegido mediante un tratado de arbitraje o exista una cláusula de arbitraje en un contrato. En los negocios entre empresas privadas, el arbitraje es el método preferido de solución de controversias tanto a nivel nacional como internacional. Estimamos también que el arbitraje es un buen método para solucionar las controversias entre Sujetos de Derecho Internacional y otros entes que no lo son<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibíd*em

<sup>35</sup> CRUZ BARNEY, Oscar. “Protección al Medio Ambiente y Solución de Controversias en Materia de Inversiones en el TLCAN” en *Revista de Derecho Privado*, V. 3, N° 7. México. Enero – Abril. 2004. Pág. 49

<sup>36</sup> BOCKSTIEGEL, Karl Heinz, “The Settlement of Disputes Regarding Space Activities After 30 Years of The Outer Space Treaty” en *LAFPE-*

Bernardo María Cremades estima que el arbitraje aparece como la solución más indicada y apropiada en los conflictos comerciales; sobre todo si tienen carácter internacional<sup>37</sup>.

Alvarado Velloso<sup>38</sup> lo conceptúa como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos, y al que se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, eventualmente acatar su decisión. Al respecto reflexiona Caivano que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario – al menos en el arbitraje voluntario – que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro<sup>39</sup>.

Cremades<sup>40</sup> considera que la importancia creciente que está adquiriendo el arbitraje comercial internacional en los últimos años radica fundamentalmente en su eficacia; y ésta tiene que ver fundamentalmente con:

- *El respaldo que tiene que supone la voluntad de las partes*: quienes se someten a arbitraje adquieren un compromiso de estar y pasar por lo que disponga la tercera persona que eligen de común acuerdo, refrendan con su palabra y establecen de común acuerdo el camino a seguir para obtener el apaciguamiento de sus relaciones.

---

RRANDERIE, Gabriel (Editor): Outlook on Space Law Over The Next 30 Years. Kluwer Law International. The Netherlands. 1997. Pág. 244

<sup>37</sup> CREMADES; Bernardo María, Estudios sobre Arbitraje. Editado por Marcial Ponds. Madrid. 1997. Pág. 16

<sup>38</sup> CAIVANO, Roque J. Arbitraje. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. Pág. 49

<sup>39</sup> *Ibíd.* Pág. 50

<sup>40</sup> CREMADES; Bernardo María, *Op. Cit.* 1977. Pág. 119

- *El prestigio de los protagonistas del arbitraje*: el arbitraje vale lo que valgan los árbitros que lo protagonizan; y la confianza de la que a lo largo de los años puedan haberse hecho acreedoras las instituciones permanentes de administración arbitral.
- *El respaldo del Estado*: si una de las partes no hace honor a su palabra dada, sino cumple el compromiso de estar y pasar por la solución arbitral, la eficacia del arbitraje queda refrendada por la ejecutabilidad forzosa del laudo arbitral. Los Estados han tomado parte en el reconocimiento y garantía de los laudos arbitrales construyendo un entramado internacional de normas por medio de los convenios y tratados multilaterales o bilaterales.
- *Fuerza social de los medios económicos internacionales*: el alto porcentaje de laudos arbitrales que son voluntariamente ejecutados responde en buena medida al respaldo que los medios económicos internacionales están dando a la jurisprudencia arbitral. Los laudos dictados en procedimiento de arbitraje se han constituido en verdadera “opinio juris” de los usos y costumbres internacionales, de forma que por vía arbitral está apareciendo una nueva “lex mercatoria” internacional. Quien no cumple con un laudo arbitral no será considerado confiable a la hora de contratar, su prestigio comercial internacional sufrirá un detrimento.

No obstante, las ventajas del arbitraje, existen fuertes críticas al sistema establecido por el Capítulo 11. En ese sentido podemos señalar, siguiendo a Jones<sup>41</sup>, que los Estados ponen en riesgo su propia soberanía y la posibilidad de disponer libremente la facultad democrática de elaborar sus propias leyes con total independencia sin temores a tener que indemnizar a inversores extranjeros por cualquier regulación que los afecte de manera

---

<sup>41</sup> JONES, Ray C. Op. Cit. 2002. Pág. 528

negativa. Jones<sup>42</sup> continua sintetizando las críticas y señala que algunos consideran que los reclamos en el marco del Capítulo 11 han llegado a constituir una “espada” en manos de los inversores extranjeros permitiéndoles atacar a los Estados Partes del NAFTA, en lugar del “escudo” que pretende ser<sup>43</sup>.

## 5. EL ARBITRAJE EN EL CAPÍTULO 11

Después de haber visto las opiniones positivas y negativas a favor del arbitraje entre un inversor extranjero y un Estado receptor podemos realizar un breve análisis del sistema establecido por el Capítulo 11.

Los inversores extranjeros no pueden acudir al sistema de arbitraje establecido sin antes agotar los recursos internos en el Estado receptor de la inversión. Se brinda la posibilidad de que sea el mismo Estado que solucione el acto cometido contra el inversor extranjero

El mecanismo del Capítulo 11 se basa en los siguientes principios<sup>44</sup>:

- Igual tratamiento para los inversores de las Partes de conformidad con el principio de reciprocidad internacional
- Debido proceso legal
- Composición imparcial del Tribunal

El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que su-

---

42 *Ibíd*em

43 *Ibíd*em

44 UNCTAD, *Dispute Settlement. Regional Approaches*. 6.1, NAFTA. United Nations. New York. 2003. Pág. 23

frió pérdidas o daños. (Art. 1116. 2). Antes de iniciar el arbitraje, las Partes deben someter la cuestión a consultas o negociaciones (Art. 1118). En ese sentido, a fin de favorecer las consultas y negociaciones, el reclamo puede ser sometido a arbitraje solo después que transcurrieron seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que lo motivaron (Art. 1120.1).

El inversionista notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación (Art. 1119).

El inversor debe consentir por escrito el arbitraje de conformidad con las disposiciones del Capítulo 11 (Art. 1121). Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado (Art. 1122).

El inversionista debe por escrito renunciar a iniciar o continuar cualquier proceso bajo tribunales judiciales o administrativos de acuerdo al derecho interno de una de las Partes (Art. 1121).

El Art. 1120 del Tratado establece la posibilidad que un inversionista pueda someter una reclamación al arbitraje deben haber transcurrido seis meses El arbitraje se puede llevar a cabo conforme a los siguientes mecanismos:

- el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
- las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

Al día de la fecha solo Estados Unidos de América es parte del Convenio de Washington de 1965 que establece el Centro

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (CIADI).<sup>45</sup> Por lo tanto, la solución de controversias se regirán por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o bien por las Reglas de Arbitraje de CNUDMI o UNCITRAL

Las reglas de arbitraje elegidas por el inversionista gobernarán el procedimiento, excepto cuando sean modificadas por las disposiciones del Capítulo 11. Por ejemplo: a) artículo 1123 relativo al número de árbitros; b) artículo 1126 que establece que un inversor o una Parte puede solicitar al Secretario General del CIADI que establezca un tribunal especial para asumir la jurisdicción.

El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto (Art. 1136). El Capítulo 11 no contiene disposiciones para apelar el laudo o solicitar su revisión o nulidad; pero diferentes soluciones pueden brindarse de acuerdo a las reglas de arbitraje seleccionadas por el inversor.

## **6. CONCLUSIONES GENERALES**

El TLCAN se caracteriza por ser un acuerdo que vincula a países con distintos niveles de desarrollo a nivel regional. Además tiene la particularidad de establecer tres mecanismos distintos de solución de controversias siendo uno de ellos aplicable a diferencias entre inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión (Capítulo 11).

El Capítulo 11 del TLCAN es revolucionario porque a diferencia de los tratados bilaterales de inversión, que involucra en general a Estados desarrollados y en vías de desarrollo; éste capítulo permite vincular a Estados desarrollados entre sí. Surge también una relación trilateral dejando de lado la bilateralidad. Por otro lado, al surgir diferencias entre Estados desarrollados, ellos deberán

---

<sup>45</sup> Ver: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 21 de enero de 2013).

defender sus posiciones y posturas. Ya no es solamente la relación Estado desarrollado vs Estado en vías de desarrollo.

Este capítulo protege las inversiones extranjeras conforme están reguladas en el Art. 1139 del Tratado. Si bien, es una definición amplia, no fue adoptada conforme los deseos de EE. UU. En ese sentido, se excluye de inversión los préstamos a empresas estatales como así también los reclamos pecuniarios basados en contratos de compra venta internacional de bienes o servicios.

Entre las críticas que se le formulan al sistema que establece es que crea obligaciones para los gobiernos pero no para las corporaciones privadas. Por lo tanto, instaura desequilibrios a favor de los intereses privados en perjuicio de los intereses públicos. Así, establece las obligaciones de trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo, prohíbe imponer determinados requisitos de desempeño; e implementa una regulación para las expropiaciones. No obstante, este capítulo es criticado porque consideran que menoscaba la soberanía; ya que limita al Estado en su facultad de legislar independientemente y libre de temores de tener que indemnizar a inversores extranjeros por cualquier regulación que los impacte de manera negativa.

El sistema de solución de controversias que incorpora es el arbitraje. Entre las ventajas de este mecanismo se encuentran el respaldo que le brindan las partes al someter la controversia al mismo, el prestigio de los árbitros y de las instituciones arbitrales, el compromiso de las partes en cumplir el laudo final, entre otras.

Este Capítulo 11 es un avance hacia los acuerdos multilaterales tratando de dejar atrás la bilateralidad. Puede ser considerado como novedoso en materia de regulación internacional de protección de las inversiones extranjeras.



## CAPÍTULO 9

### EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN DE NACIONES DEL SUR (UNASUR)

*Stella Zeballos*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Fuera de Europa, América Latina es la región del mundo donde la integración regional tiene la más larga tradición. En Europa, a pesar de las diferentes interpretaciones de la esencia y los objetivos de la integración regional y de diferentes grados de apoyo para su profundización y ampliación, hay una convergencia de esfuerzos en favor de un proyecto, la Unión Europea. Otras iniciativas colaterales están en su mayoría subordinadas a ella o al menos son compatibles con el alcance y los objetivos de la UE. En América Latina, por su parte, la intención de lograr la unidad y la solidaridad a través de la integración regional se enfrenta con la diversidad y la heterogeneidad del subcontinente<sup>1</sup>. Incluso en presencia

---

<sup>1</sup> La larga tradición de la elaboración teórica del regionalismo en América Latina se remonta a la primera mitad del siglo XIX. En 1815 en su carta de Jamaica, Simón Bolívar propuso la constitución de una federación de repúblicas hispanas como la única solución viable para lograr el desarrollo político, económico y social del continente. No había ninguna connotación anti-imperialista y anti-Estados Unidos y Brasil no se incluyó en el proyecto. En 1826, sin embargo, Bolívar llegó a resistirse a la inclusión de los Estados Unidos en el Congreso de Panamá. En el año 1844, el intelectual y político argentino Juan Bautista Alberdi propuso la creación de una Unión de América Latina destinada a fomentar la prosperidad y la cooperación. Este proyecto exterioriza un carácter anti-estadounidense y anti-imperialista. A mediados del siglo XIX, se establecieron los principios fundamentales y duraderos de regionalismo latinoamericano: la actitud a adoptar hacia los Estados Unidos, el papel de Brasil en un con-

de afinidades ideológicas e intereses internacionales compatibles, la integración regional latinoamericana se caracteriza por una serie de proyectos en competencia, a veces con agendas divergentes e incompatibles<sup>2</sup>.

De allí que la integración latinoamericana no sea ciertamente un tema fácil de abordar. Para entender la UNASUR es necesario tener en cuenta las complejas relaciones entre los Estados de la región así como las presiones del mundo exterior, ya se de los EE.UU., Europa o del mundo en general globalizado que constituyen elementos fundamentales a considerar en el estudio de los procesos de integración que se han desarrollado en la región.<sup>3</sup>

## 2. HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR)

La UNASUR reúne actualmente el enfoque y las expectativas de todo el subcontinente. En el siglo XX, América del Sur diversificó sus relaciones internas y alentó múltiples soluciones hacia un desarrollo sostenible y una coexistencia pacífica, aunque con resultados diversos.

En 1948 fue creada la Organización de Estados Americanos (OEA), constituyendo un foro intergubernamental y multilateral para el continente. Sin embargo, este proyecto será

---

cierto de naciones de habla española, y la búsqueda de desarrollo como justificación y objetivo de la asociación regional.

<sup>2</sup> GARDINI, Gian Luca, “Unity and diversity in Latin American visions of regional integration: a comparative analysis of Mercosur and Alba”, *Annual Conference of the Società Italiana di Scienza Politica (SISP)*, Rome, September 2009. <http://www.sisp.it/files/papers/2009/gian-luca-gardini-518.pdf> (visitado agosto 2013).

<sup>3</sup> KASPAR Petr, *The Logic of UNASUR, its origins and institutionalization*, Tesis de Maestría, Universidad de Aalborg, Dinamarca. [http://projekter.aau.dk/projekter/files/53154638/The\\_LOGIC\\_OF\\_UNASUR.pdf](http://projekter.aau.dk/projekter/files/53154638/The_LOGIC_OF_UNASUR.pdf) (visitado agosto 2013).

irremediablemente asociado a la política exterior de los Estados Unidos hacia América Latina, por lo que no se vieron satisfechos plenamente los deseos regionales de integración sin interferencia hegemónica externa.

Teniendo como modelo la integración económica europea, en 1960, se firmó el Tratado de Montevideo que establece la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que procuró el desarrollo social y económico de la región a través de la creación de una zona de comercio (y en última instancia, de un mercado común) en América Latina. En 1980 fue reemplazada por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) atento a que los objetivos de la ALALC se mostraron poco realista, debido a la inmensidad y la variedad de territorios, regímenes políticos y disparidades socio-económicas de la región.

En este contexto, los proyectos más pequeños, con menos miembros y mayor concentración geográfica pronto demostraron ser el camino para una mejor integración en el continente.

En 1969 con el Acuerdo de Cartagena, Bolivia, Chile (quien se retirará en 1976), Colombia, Ecuador y Perú y más tarde, Venezuela, formaron el Pacto Andino, hoy Comunidad Andina (CAN). A pesar de la gestión para lograr una menor pero sustancial integración, se otorgó supranacionalidad a sus órganos (raramente logrado antes en toda la región), a pesar de lo cual la CAN comenzó a perder tracción, debido a la falta de voluntad política, así como a la firma de Acuerdos de Libre Comercio entre los EE.UU. con Perú y Colombia. Estos acuerdos comerciales afectaron directamente el propósito central de la CAN provocando la salida de Venezuela de la organización en 2006.

En la década del 90 el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) surgió como el pináculo de la integración regional sudamericana. Con el Tratado de Asunción firmado en 1991, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay crearon un mercado común, con una política común comercial entre los países del Cono Sur.

Desarrollado por el Eje Brasilia-Buenos Aires, este bloque logró eliminar con cierto éxito algunas barreras arancelarias al comercio intrazona y aumentar el desarrollo de relaciones comerciales entre sus Estados partes. Sin embargo, al igual que en la CAN, la disminución en la voluntad política y la falta de una mayor evolución institucional minaron la meta de liderazgo regional que el MERCOSUR anhelaba.

Cada vez más frustrados por la incapacidad general para avanzar hacia una mayor integración regional similar a la Unión Europea, los gobiernos latinoamericanos decidieron iniciaron una serie de reuniones de alto nivel para acelerar el debate. En el año 2000, la primera Cumbre de Jefes de Estado emitió la Declaración de Brasilia, que prevé el establecimiento de una zona de libre comercio entre la CAN y el MERCOSUR hacia 2005. Sin embargo, en ese momento, los países de América del Sur estaban más interesados en el éxito de las negociaciones en torno al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que podría permitir el acceso efectivo de los exportadores locales a mercados más desarrollados, como el de los Estados Unidos.

La siguiente cumbre, en Guayaquil en 2002, no logró concretar una solución regional atento al apoyó al ALCA. Esta opción, sin embargo, pronto se estancó, debido principalmente a disputas comerciales en torno a la regulación de los derechos de autor con los Estados Unidos, llevando inevitablemente al fracaso del proyecto del ALCA en la Cumbre de Mar del Plata en 2005.

Ante tal resultado, los líderes de los países de América del Sur se reunieron en Cuzco, Perú, en 2004, para sentar las bases la Comunidad Sudamericana de Naciones. Se destacó los valores compartidos entre los estados miembros, su interconexión, y la necesidad de hacer frente a varios desafíos internos y externos, se decidió gradualmente fusionar el MERCOSUR y la CAN a partir de la convergencia comercial, sin duplicación institucional, buscando una mayor integración política, económica, social y energética.

Durante esta cumbre, se establecieron los pilares iniciales del proyecto sudamericano. La primera fue la coordinación de las políticas exteriores nacionales con el objetivo de establecer América del Sur como un grupo regional en el sistema internacional. La segunda fue la convergencia de la CAN, MERCOSUR, Chile, Guyana y Surinam en una misma estructura de integración. La tercera fue la cooperación y la integración en los ámbitos de la energía y las comunicaciones a través de la IIR-SA<sup>4</sup>. Por último, se añadió un amplio conjunto de asuntos, incluyendo el tratamiento de las asimetrías regionales y la cooperación financiera, con la propuesta para la creación del Banco del Sur.<sup>5</sup>

Las Cumbres en Brasilia y Cochabamba en los dos años siguientes promovieron ampliar el ámbito de actuación en un proyecto identidad sudamericana que podría unir a todos los estados y sus ciudadanos.

En 2007, en la primera Cumbre Energética Suramericana, se decidió cambiar el nombre de la futura organización a Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), estableciéndose el plazo de un año para formalizar su creación. Y, aunque el conflicto entre Colombia y Ecuador puso en peligro este objetivo, el 23 de mayo de 2008 en Brasilia, el Tratado Constituyente de la UNASUR fue firmado por los representantes de Brasil, Argentina, Venezuela, Ecuador, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Perú, Guyana y Surinam.

## **2.1. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA UNASUR**

Desde el primer momento, si bien se tuvo en cuenta la integración bajo la forma de la Unión Europea, el ejemplo a seguir

<sup>4</sup> Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana.

<sup>5</sup> SANAHUJA, Jose Antonio, "Post-liberal regionalism in South America: the case of UNASUR". *EUI Working Papers, RSCAS 2012/05*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme-13, pág. 10.

en la creación de la UNASUR procuró ser novedoso y diferente para abarcar distintos aspectos políticos, social, ambiental, cul-tural y económico con la posibilidad de suscribir acuerdos secto-riales concretos en cuestiones de energía, infraestructura, finanzas políticas sociales, educación, etc. Alcanzar un nivel de integración profunda, la construcción supranacional de institu-ciones democráticas, la activa participación de grupos civiles de la sociedad y el visible desarrollo económico y social de cada Estado miembro son razones suficientes para perseguir en Amé-rica del Sur un modelo similar al europeo pero con elementos propios.

El ambicioso proyecto puede ser fácilmente apreciado en los objetivos establecidos por la Tratado Constitutivo.

Sus objetivos generales están expresados en el art. 2 del Tratado Constitutivo, de 2008:

*“Construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”*.<sup>6</sup>

Por su parte los objetivos específicos, según lo reglado en el art. 3 del Tratado Constitutivo son:

*“ el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de*

---

<sup>6</sup> Tratado Constitutivo UNASUR, artículo 2.

*UNASUR en el escenario internacional; el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región; la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región; el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables; la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros; la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana; la coordinación para fortalecer la lucha contra el terrorismo, el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa”<sup>7</sup>.*

## **2.2. OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DE LA UNASUR**

Conforme lo regula su instrumento constitutivo, la UNASUR goza de subjetividad internacional (art. 1 Tratado Constitutivo), cuenta con órganos propios de naturaleza intergubernamental.

Al regular la estructura institucional de la UNASUR (art. 4 Tratado Constitutivo), se ha procurado evitar que pudiera interferir con las ya existentes de la CAN y de MERCOSUR.

Los órganos regulados por el Tratado Constitutivo son:

- **El Consejo de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno** (art. 6 Tratado Constitutivo), que asume el rol de locomotora de la organización, encargado de establecer las princi-

---

<sup>7</sup> Tratado Constitutivo UNASUR, artículo 3.

pales directrices políticas, planes de acción, prioridades y proyectos de la UNASUR.

- El **Consejo de Ministros y Ministras de Relaciones Exteriores (art. 8 Tratado Constitutivo)**, encargado para la ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno.
- El **Consejo de Delegados y Delegadas (art. 9 Tratado Constitutivo)**, formado por representantes permanentes en cargados de supervisar el funcionamiento general de la Unión.
- La **Secretaría General (art. 10 Tratado Constitutivo)**, con sede en Quito, con el mandato para manejar la tarea administrativa.

La estructura orgánica se completa con la **Presidencia Pro Tempore** (art. 7 Tratado Constitutivo) ocupada por cada uno de los estados miembros, con duración de un año.

Se trata de la estructura de integración política, social, cultural y económica de mayor envergadura a nivel sudamericano.

Dado que la base sobre la cual se construye la UNASUR es política y geoestratégica, la estructura institucional del proceso de integración se completa con Consejos sectoriales:

- Consejo de Defensa  
Su objetivo es organizar la seguridad colectiva. Se trata esencialmente de organizar un mecanismo de seguridad colectiva regional, de no intervención en los asuntos internos de los otros Estados.
- Consejo Energético  
Es un órgano encargado de considerar instancias que, en materia energética, tengan en común las naciones que conforman la UNASUR. Creado el 4 de mayo de 2010 en la



ciudad Los Cardales, Argentina. A partir de esta instancia, se llama a compatibilizar la producción de energías con la producción agrícola y la preservación del ambiente.

El proyecto se integra con cuatro líneas: petróleo, gas, ahorro de energía y energías alternativas, como biocombustibles, energía eólica, solar e hídrica.

Este ente organiza mecanismos de Cooperación Energética, Redes Regionales de Gasoductos, el Anillo Energético, Sistemas de interconexión Eléctrica, Producción común de Biocombustibles, Plataformas comunes de explotación. Estas actividades tienen como finalidad brindar “*seguridad energética*” a la zona.

- Consejo de Infraestructura

Tiene como meta el desarrollo de la infraestructura. Se parte del presupuesto que las naciones unidas por rutas, puentes, gasoductos, oleoductos u otros tipos de redes, ayudará a que los pueblos desarrollen un contacto permanente y colaborando a desarrollar relaciones de amistad, solidaridad e intercambio.

Con el fin de lograr estos propósitos, UNASUR incluyó varios mecanismos institucionales existentes. Entre ellos, la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura de América del Sur (IIRSA)<sup>8</sup>, creado en 2000. El IIRSA entra en ese planteo, se inspira de la filosofía de la construcción europea. El IIRSA tiene como objetivos promover el transporte, las telecomunicaciones y los proyectos de energía a fin de aumentar el comercio regional intrarregional.

- Banco del Sur

---

<sup>8</sup> [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/comunicado\\_brasilia\\_esp.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/comunicado_brasilia_esp.pdf)

Un proyecto estratégico en lo financiero es el Banco del Sur que se prevé que va a financiar el desarrollo de la región, y disponer de requisitos que no tienen la inflexibilidad ni el peso desproporcionado que significa el pago de los préstamos que tienen otras instituciones. Se espera que los países de la UNASUR negocien en conjunto y no por separado como ha venido ocurriendo hasta ahora. Si se acuerda una obra conjunta como la construcción de un gasoducto, de una refinería o un complejo hidroeléctrico, el financiamiento resultará mucho más conveniente que si cada estado negociara por separado. Dadas las características de las instituciones financieras mundiales, la región también precisa actuar en conjunto para tener mayor peso. De manera que frente a la necesidad de inversiones considerables en el subcontinente llevó a la creación en 2007 del Banco del Sur con el objetivo de financiar la economía regional actuando como una entidad de crédito regional similar el Banco Mundial. Si bien no es formalmente parte de la Unión.

Se espera, de esta manera, superar el problema recurrente del endeudamiento externo y la necesidad regional de solicitar préstamos a instituciones multilaterales de crédito como el FMI o BM, que imponen negociaciones y condiciones de créditos que son muy desfavorables a los países.

### **3. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS DE LA UNASUR**

Analizando el sistema contemplado en los instrumentos de la UNASUR, se observa que la clave de los arreglos de controversias no está tanto en el plano jurídico sino en el político.

El Tratado Constitutivo de 2008 en su art 21 regula el sistema de solución de diferencias y prevé tres etapas, a saber:

1. Negociaciones directas entre las partes en conflicto.

2. Si no se llegara a un acuerdo por la vía anterior, las diferencias se someterán a consideración del Consejo de Delegados y Delegadas para pronunciarse y emitir recomendaciones para solucionar la controversia en el plazo de 60 días desde su recepción.
3. En caso de no alcanzarse una solución en esta instancia, se elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión.

El mecanismo regulado privilegia ante todo las negociaciones directas entre las partes. Lo cual presenta las ventajas de ser rápido y directo, con la contrapartida que si una de las partes bloquea la negociación, ésta queda anulada.

En caso que las negociaciones directas fracasaren, interviendrá el Consejo de Delegados quien emitirá sus recomendaciones en sesenta días. Esta instancia no es vinculante puesto que se limita a recomendar soluciones.

Si, en esta instancia tampoco se alcanzare una solución, la controversia se elevará al Consejo de Cancilleres que lo considerará en una próxima reunión posterior. No se especifica para esta instancia ningún sistema especial de actuación.

El Consejo de Delegados o de Cancilleres tomará decisiones o recomendaciones solo por el mecanismo del consenso<sup>9</sup>. Esto implica que la voluntad de las partes permite arribar a soluciones políticas pero al mismo tiempo puede trabar los consensos y a largo plazo terminar obstaculizando algunos procesos. Es por eso que en cierto tiempo deberá considerarse otro mecanismo más perfeccionado y eficaz, en especial ante la falta de regulación de un mecanismo jurisdiccional, lo cual constituye un im-

---

<sup>9</sup> SOLÓN Pablo, “Reflexiones a mano alzada sobre el Tratado de UNASUR”, Revista de la Integración, julio 2008, nro. 2, Sec. Gral. de la CAN, pág. 13.

portante elemento de debilidad del esquema para la solución de diferendos propuesto.

El Tratado Constitutivo en su art. 14 regula el Diálogo Político como método hábil para la construcción de la integración, de intercambios, acuerdos políticos, debate y por ende también a la solución de controversias.

*“La concertación política entre los Estados Miembros de UNASUR será un factor de armonía y respeto mutuo que afiance la estabilidad regional y sustente la preservación de los valores democráticos y la promoción de los derechos humanos.*

*Los Estados Miembros reforzarán la práctica **de construcción de consensos** en lo que se refiere a los temas centrales de la agenda internacional y promoverán iniciativas que afirmen la identidad de la región como un factor dinámico en las relaciones internacionales”.*<sup>10</sup>

El art. 14 define la concertación entre las Partes como método armonioso y respetuoso como factor vinculante entre ellas, lo que implica afianzar la estabilidad regional, los valores democráticos y los derechos humanos. El diálogo político es un sistema heredado del Grupo de Río<sup>11</sup>, el cual fue muy utilizado y logró encontrar soluciones a muchas situaciones de conflicto en la región.

La dificultad de este proceso puede surgir si se presentan diferencias ideológicas que puedan llegar a frenar el proceso. El sistema tiene un fuerte anclaje de acuerdos y mecanismos de concertación política. El interrogante es qué ocurrirá en los momentos de oscilación del péndulo político. Asimismo hay que subrayar que en el sistema se prevé la concertación y no la unanimidad.

---

<sup>10</sup> Tratado Constitutivo UNASUR, art. 14.

<sup>11</sup> Su denominación correcta es Grupo Permanente de Consulta y Concertación Política.

Desde el punto de vista regional, la participación de la UNASUR como mediador y como pacificador y de cierta manera como autoridad que interviene cada vez que hay crisis entre dos países de la zona o crisis de la democracia entre los estados miembros, le da legitimación como marco de cooperación y resolución de conflictos de seguridad<sup>12</sup>. La Organización de Estados Americanos (OEA), aunque más institucionalizada sufre de un fuerte desgaste de manera que los tratados interamericanos para la defensa no son aceptados por los países miembros.

De manera que en la práctica la UNASUR va forjándose como autoridad regional. Este método seguido por la organización, presenta la ventaja de ofrecer soluciones frente a la urgencia de una controversia. Los presidentes se movilizan inmediatamente y toman decisiones en pocas horas. Esto fue muy visible en la crisis de Colombia por la instalación de bases militares norteamericanas o en Bolivia cuando fue la crisis en Pando<sup>13</sup>.

Esta coordinación en la toma de decisiones a nivel regional, define un método eficiente y adaptado a cada situación para resolver los conflictos. Sin embargo esta manera de resolver crisis presenta inconvenientes y tiene límites.

En teoría el Tratado constitutivo de la UNASUR, prevé la labor de coordinación entre organismos especializados de los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, las drogas, la trata de personas, tráfico de armas pequeñas y armas ligeras, la delincuencia organizada transnacional y otras

---

<sup>12</sup> SERBIN Andrés, “Multipolaridad, liderazgos e instituciones regionales: Los desafíos de la UNASUR ante la prevención de crisis regionales”, Anuario CEIPAZ, N°. 3, 2009-2010, pág. 231.

<sup>13</sup> CABALLERO SANTOS Sergio, “UNASUR y su aporte a la resolución de conflictos sudamericanos: el caso de Bolivia”. *DOCUMENTOS DE TRABAJO IELAT*, N° 44, Instituto de Estudios Latinoamericanos Universidad de Alcalá, Noviembre 2012.

amenazas, así como para promover el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción en masa, entre otras cuestiones; sin embargo la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de Estados a miembros de UNASUR; hasta ahora no ha establecido un mecanismo judicial para la solución de controversias.

Actualmente se encuentran preparación los lineamientos jurídicos y políticos para el establecimiento de un centro regional para la solución de controversias en materia de inversiones, como alternativa al CIADI y a otros tribunales elegidos por compañías transnacionales para accionar contra los Estados<sup>14</sup>.

Si se observan los diferentes sistemas de solución de controversias regulados en los distintos bloques de integración a nivel mundial, se comprobará que aquellos esquemas que desarrollaron un modelo con un sistema jurisdiccional son los que alcanzaron un mayor grado de desarrollo en el sistema, en particular cuando el procedimiento adoptado es la resolución judicial para encontrar soluciones a sus controversias, como por ejemplo, la Unión Europea, el CARICOM, la CAN y el SICA.

El establecimiento de un tribunal dotado de jurisdicción para resolver las controversias, es decir *con capacidad de “decir el derecho”*, constituye el mecanismo más avanzado y con mayor capacidad para contribuir al desarrollo de un modelo de integración regional.<sup>15</sup> Sin embargo la creación de un órgano jurisdic-

---

<sup>14</sup> UNASUR prepara líneas jurídicas para su centro de solución de conflictos de inversiones. Agencia de Noticias Andes, 05/31/2013, <http://www.andes.info.ec/es/politica/unasur-prepara-lineas-juridicas-centro-solucion-conflictos-inversiones.html>. (Visitada en septiembre 2013).

<sup>15</sup> DRNAS DE CLEMENT, Zlata “El sistema de solución de controversias de UNASUR y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”. *Anuario XI (2008) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 337 a 351.

cional de tales características ha sido dejada de lado atento a que ello implicaría conferirle facultades supranacionales.

En ese sentido UNASUR no está entre los más avanzados al carecer de tribunal de justicia o un sistema de arbitraje. Si consideramos el método de diálogo político y el procedimiento de solución de diferencias normado en el art. 21, podemos concluir que el adoptado no es el método más avanzado, ni el más desarrollado. La UNASUR ha adoptado mecanismos de solución de controversias débiles y politizadas para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Pero en la etapa actual de crecimiento de este esquema de integración, el sistema “colegiado” de intervención y reacción de los Presidentes de cada Estado parte ha permitido alcanzar resultados rápidos y positivos.

#### **4. LA RELACIÓN ENTRE LA UNASUR Y EL MERCOSUR**

Una cuestión que se plantea problemática es la relación entre los esquemas de integración, la UNASUR y el MERCOSUR. De manera que la coexistencia de procesos de integración y su eventual superposición no se puede obviar.

Según el Tratado constitutivo, la UNASUR tiene como objetivo el fortalecimiento de la integración regional a través de un proceso que permita ir más allá de la mera aproximación de los esquemas de integración ya existentes, buscándose la convergencia de los Estados partes del MERCOSUR y la CAN en el eje de la integración sudamericana, a la que se suma Chile que no pertenece a ninguno de aquellos y Guyana y Surinam, tradicionalmente más vinculados hacia el Caribe<sup>16</sup>. Por su parte, el

---

<sup>16</sup> SERBIN Andrés., “América del Sur en un mundo multipolar. ¿Es la UNASUR la alternativa?”, *Nueva Sociedad*, Caracas, n. 219, p. 145-

MERCOSUR, en su dimensión ampliada, incorporó a Venezuela como miembro<sup>17</sup>. Recientemente Bolivia solicitó formalmente su incorporación como Estado parte<sup>18</sup>. Otros países de la región: Chile, Colombia y Ecuador, tienen status de Estados asociados. Esta progresiva expansión del MERCOSUR exterioriza su vocación sudamericana.<sup>19</sup>

Ambos procesos de integración tienen objetivos comunes en cuestiones económicas y políticas, aunque con distinto énfasis. Si bien el MERCOSUR desde su origen centró su acción en una agenda comercial, ha incorporado en sus temas cuestiones vinculadas a la defensa de la democracia, los derechos humanos y sociales llevándolo a una perspectiva más cercana a lo político. La UNASUR, por su parte, es esencialmente un proceso político.

En cuanto a sus diferencias, los dos procesos de integración presentan distintos grados de avance y concreción.

El MERCOSUR ha desarrollado compromisos jurídicos que, aunque imperfectos, no resultaría fácil dejarlos de lado atento a los vínculos creados entre los Estados Partes. No caben dudas entonces que el MERCOSUR tiene “una embrionaria identidad”<sup>20</sup>. Además en sus años de existencia El MERCOSUR

---

156, 2009. En [www.nuso.org/revista.php?n=219](http://www.nuso.org/revista.php?n=219). Visitada en septiembre de 2013.

<sup>17</sup> Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, 2006.

<sup>18</sup> Protocolo de Adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR, 2012.

<sup>19</sup> CARDONA CARDÓN Diego, “El ABC de UNASUR, doce preguntas y respuestas”, *Revista de la integración*, Secretaría General de la CAN, julio 2008, Nro. 3, pág. 24.

<sup>20</sup> PEÑA Félix, “La integración del espacio sudamericano, ¿La UNASUR y el MERCOSUR pueden complementarse?”, *Nueva Sociedad*, No. 219, enero-febrero de 2009, pág. 56.



consiguió presencia jurídica e institucional y cuenta con una estrategia de integración basada en la complementariedad económica entre sus socios, mediante acuerdos sectoriales que permitan optimizar la utilización y movilidad de los factores de la producción.

La UNASUR, por su parte, tiene objetivos más amplios vinculados a cuestiones tan diversas vinculadas a lo social, económico, energético, financiero, educativo, entre otras. La meta perseguida es la construcción de un área de integración política entre sus Estados miembros que eventualmente, podría constituirse en una instancia capaz de enfrentar los conflictos en la región y hasta reemplazar a la OEA, en la que los EE.UU. conservan un rol fundamental.

De lo descripto se podría concluir que las diferencias marcadas entre estos dos procesos de integración podrían actuar como elemento dinamizador llevando a la complementación entre ambos a partir de su especialización, de manera que mientras el MERCOSUR actuaría como espacio económico común, la UNASUR sería el foro político necesario para profundizar el proceso de integración regional<sup>21</sup>.

## **5. PERSPECTIVAS**

Los posibles méritos de la UNASUR son indiscutibles. Se prevé una responsabilidad compartida y el futuro común para las naciones (una vez consideradas irreconciliables), y propone una identidad regional común que fomenta el papel exterior de América del Sur en el mundo.

---

<sup>21</sup> PEÑA, Félix, ¿LA GOBERNABILIDAD DEL ESPACIO GEOGRÁFICO SUDAMERICANO?: ¿Una cuestión en procura de un liderazgo político colectivo?

[http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&nea\\_gno=informes/2007-08](http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=negociaciones&nea_gno=informes/2007-08). Visitada en septiembre 2013.

A primera vista, la UNASUR tiene todas las herramientas para llevar adelante con éxito su objetivo de integrar a los estados del subcontinente en un proyecto común. Cuenta con las experiencias de los intentos anteriores que aportan conocimientos en la creación de un multilateralismo eficaz, está dotada de los principios rectores y de una organización formal bien definida, incluso encontramos la voluntad política de seguir adelante con la integración.

Sin embargo, cuando se analiza más detenidamente, la UNASUR presenta debilidades fácilmente constatables. En primer lugar, desde una perspectiva teórica, esta organización es difícil de explicar. Desde un punto de vista neo – funcionalista, la falta de instituciones supranacionales y hasta la evidente falta de la voluntad política de crearlas resulta problemático. El énfasis otorgado al Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno y sus amplios poderes evidenciaría la intención de construir un proceso de integración de carácter intergubernamental. De allí surge la dificultad en sostener la personalidad jurídica internacional de la UNASUR.

Resulta más propio describir a la UNASUR como un marco de convergencia de esquemas de integración regional, “un acuerdo de asociación transregional” que abarca varias organizaciones regionales o subregionales constituyendo un acuerdo político unitario mayor<sup>22</sup>.

Asimismo las sociedades civiles de los Estados miembros han sido excluidas del proceso, sin poder contribuir críticamente en la construcción del proyecto de integración, circunstancia agravada por las promesas incumplidas del Parlamento Suramericano<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *La convergencia de los procesos de integración regional*. En <http://www.acader.unc.edu.ar> (visitada en septiembre de 2013).

<sup>23</sup> Tratado constitutivo UNASUR, Art. 17.

Si bien el MERCOSUR y la UNASUR constituyen dos procesos de integración regional que conjugan elementos tanto políticos como económicos, sus características específicas permiten el desarrollo de cierto grado de complementación entre ambos esquemas.

De manera que para superar los obstáculos descriptos, la UNASUR, inevitablemente, habrá de enfrentar los temores de la supranacionalidad creando mecanismos institucionales que sobrepasen la autoridad de los estados en cuestiones donde se puedan alcanzar resultados exitosos y mejorar de esta manera la integración plena en pos del desarrollo y el crecimiento común.



## CAPÍTULO 10

### LA COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS (CELAC)

*Jorge Salsa  
Alejandra Villanueva*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Es un organismo intergubernamental de ámbito regional, heredero del Grupo de Río y la CALC, la Cumbre de América Latina y del Caribe que promueve la integración y desarrollo de los países latinoamericanos.

La CELAC fue creada el martes 23 de febrero de 2010 en sesión de la Cumbre de la unidad de América Latina y el Caribe, en Playa del Carmen, Quintana Roo, México. Posteriormente, en la Cumbre de Caracas, Venezuela, realizada los días 2 y 3 de diciembre de 2011, quedó constituida definitivamente. La I Cumbre de la CELAC se celebró en Chile en enero de 2013 mientras que la II Cumbre se llevó a cabo en La Habana, Cuba los días 28 y 29 de enero de 2014.

Cabe destacar que no participan de esta instancia de cooperación los Estados Unidos ni Canadá por cuanto ambas naciones forman parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y también de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el objetivo de este mecanismo es impulsar un espacio regional propio, determinado por los derechos inalienables a la independencia, soberanía e igualdad de los Estados, ejercida por los pueblos de América Latina y el Caribe.

En términos generales se puede caracterizar a la CELAC, como una instancia que agrupa a los 35 países latinoamericanos y caribeños independientes, quienes también se agrupan

por regiones. En el Caribe, la Comunidad del Caribe (CARICOM, conformada en 1973) y la Asociación de Estados del Caribe (AEC); en Suramérica, la Unión de Naciones de Suramérica (UNASUR); en Centroamérica, el Sistema de Integración Centroamericano (SICA, 1993); y México que se vincula al resto de América del Norte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, 1994).

Los países caribeños son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, Haití, Jamaica, Granada, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago; mientras que los centroamericanos son: Honduras, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

Por su parte, las naciones suramericanas son la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam y Venezuela.

## **2. ASPECTOS GENERALES DE LA CELAC.**

La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) es un mecanismo intergubernamental de diálogo y concertación política, que vez reúne de forma permanente a los treinta y tres países de América Latina y el Caribe.

Surgido con el objetivo y con el compromiso de avanzar en el proceso gradual de integración de la región, manteniendo la búsqueda de un constante equilibrio entre la unidad y la diversidad política, económica, social y cultural de los 600 millones de habitantes de América Latina y el Caribe con el objetivo de fortalecer una instancia cooperación netamente latinoamericana de cara a los demás bloques comerciales y políticos preexistentes.

Desde diciembre de 2011, la CELAC contribuye a fortalecer el diálogo entre los países de la región, en aspectos tales como, el desarrollo social, la educación, el desarme nuclear,

la agricultura familiar, la cultura, las finanzas, la energía y el medio ambiente.

Por mandato de los Jefes de Estado y de Gobierno, la CELAC se yergue como una instancia regional que busca articular una postura unificada y consensuada frente a cuestiones ríspidas que pueden proyectarse como factores divisorios en plano regional.

Por tales motivos, la CELAC se conforma como único interlocutor, que luego de seguir las reglas de funcionamiento, puede alentar, promover y proyectar una voz concertada de América Latina y el Caribe en la discusión de los grandes temas globales, con el objetivo de buscar una mejor inserción y proyección de la región en el ámbito internacional.

En 2010 se celebró en México la XXI Cumbre de Río, en la cual se fijó como objetivo el profundizar la integración en un marco de "solidaridad, cooperación, complementariedad y concertación política" de los países latinoamericanos y caribeños. El encuentro se denominó *Cubre de la Unidad de América Latina y el Caribe*. Como resultado de ella, se acordó la creación de la CELAC y con ello la desaparición del Grupo Río.

Entre los objetivos de CELAC, se destaca:

- Reafirmar que la preservación de la democracia y de los valores democráticos, la vigencia de las instituciones y el Estado de Derecho, el compromiso con el respeto y la plena vigencia de todos los derechos humanos para todos, son objetivos esenciales de nuestros países.
- Intensificar el diálogo político entre nuestros Estados y traducir, a través de la concertación política, nuestros principios y valores en consensos. La región requiere de una instancia de concertación política fortalecida que afiance su posición internacional y se traduzca en acciones rápidas y eficaces que promuevan los intereses latinoamericanos

y caribeños frente a los nuevos temas de la agenda internacional.

- Intensificar para ello, la concertación de posiciones regionales de cara a reuniones y conferencias de alcance global y adoptar un perfil más dinámico a favor de la concertación política y del trabajo de interlocución con otras regiones y países en la convicción de que ese diálogo contribuye a proyectar a la región y aumentar su influencia en el escenario internacional globalizado e interdependiente.
- Impulsar una agenda integrada, con base en el patrimonio del Grupo de Río y los acuerdos de la CALC, así como de los mecanismos y agrupaciones de integración, cooperación y concertación ya existentes, que constituyen todos, de conjunto, un valioso activo regional que se sustenta en los principios y valores compartidos, con el propósito de dar continuidad a nuestros mandatos mediante un programa de trabajo que promueva vínculos efectivos, la cooperación, el crecimiento económico con equidad, justicia social, y en armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible y la integración de América Latina y el Caribe en su conjunto.

Los días 2 y 3 de diciembre de 2011 tuvo lugar la I Cumbre de la CELAC en Venezuela que reunió a presidentes y representantes de 33 países de la región latinoamericana y caribeña, constituyendo de manera oficial y definitiva este organismo. Los mandatarios presentes en la cumbre manifestaron esperanza que la consolidación de la CELAC pueda suponer la liberación de los países latinoamericanos de la tutela tradicional de Estados Unidos y Europa posibilitando el avance en la integración de los pueblos, la resolución de sus conflictos así como la promoción del desarrollo económico.

En la reunión de Caracas se pretende que el nuevo organismo, que excluye a los países norteamericanos mayoritariamente anglosajones (Estados Unidos y Canadá), quede perfilado



tras el proceso de constitución iniciado en el seno del Grupo de Río. La siguiente reunión se celebró en Chile en 2013.

En esa oportunidad, el presidente de Panamá, ofreció la ciudad de Panamá como sede para la secretaría ejecutiva de la CELAC.

La anterior Cumbre América Latina, el Caribe y la Unión Europea (EU-LAC) pasó a tener a la CELAC como entidad representante de la región de América Latina y el Caribe en la interlocución con la Unión Europea, por lo que la IV Cumbre ALC-UE pasó a denominarse I Cumbre CELAC-UE, siendo realizada en enero de 2013.

La declaración aprobada por la III Cumbre de la Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe (CELAC) reafirma su carácter social poniendo énfasis en temas como pobreza, cambio climático, educación e igualdad de género.

"Reafirmar nuestra firme determinación de erradicar la pobreza, el hambre y la desigualdad en la región como requisito indispensable para alcanzar el desarrollo sostenible, a través de la articulación de las políticas económicas, sociales y ambientales con la participación ciudadana integral y equitativa", dice la Declaración de Belén.

Para luchar contra los flagelos evidenciados pide aplicar acciones regionales con una visión de mediano y largo plazo, entre las que destacan las siguientes:

- Implementar el Plan para la Seguridad Alimentaria, Nutrición y Erradicación del Hambre 2025 de la CELAC, elaborado por la FAO, CEPAL y ALADI en seguimiento al mandato reiterado en el Plan de Acción de la CELAC 2014.
- Funcionamiento de un Grupo de Trabajo de Agricultura Familiar y Desarrollo Rural, así como ejecutar su Plan de Acción 2015.

- Reiterar a la FAO para que a la brevedad posible lleve a cabo las acciones necesarias para conceptualizar y definir el término soberanía alimentaria.
- En el segundo semestre de 2015 se realizará en Venezuela la II Reunión de Ministros, Ministras y Altas Autoridades de Desarrollo Social para la Erradicación del Hambre y la Pobreza de la CELAC, con el fin de evaluar los avances alcanzados.
- Reiterar a la FAO para que a la brevedad posible lleve a cabo las acciones necesarias para conceptualizar y definir el término soberanía alimentaria.
- En el área laboral, la CELAC plantea reiterar la necesidad de realizar un estudio sobre los mecanismos existentes para fortalecer las competencias laborales y de certificación, especialmente en el segmento de la población joven.
- En materia de drogas, se planea continuar los trabajos en el marco del Mecanismo de Cooperación y Coordinación CELAC–UE en materia de drogas.
- En el tema de ciencia, tecnología e innovación se prevé avanzar en la identificación e implementación de mecanismos de cooperación en la esfera de la ciberseguridad que permita enfrentar las ciberamenazas, particularmente aquellas que afecten la seguridad de los Estados, organizaciones e individuos.

En este marco, la CELAC tiene como atribuciones la interlocución de la Comunidad con otros países y grupos regionales, resaltando el diálogo de la CELAC con la Unión Europea, el Foro CELAC- China, el Mecanismo de Diálogo con la Federación de Rusia, así como los acercamientos con la República de Corea, el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo, Turquía y Japón.

A raíz de los objetivos manifiestos por la CELAC, como así también debido a su intencionalidad manifiesta de conformarse en un instancia de cooperación latinoamericana con peso propio, que podemos afirmar que la CELAC se orienta a complementar la arquitectura regional ya existente sobre la base de la no duplicación de esfuerzos, con el fin de potenciar elementos comunes y fomentar la complementariedad.

En términos generales podemos sostener que la CELAC es un mecanismo de diálogo y concertación política, que su accionar se basa en la búsqueda del consenso para por accionar en el plano regional e internacional, que avanza sobre la convergencia de acciones e intereses comunes facilitando una mayor presencia de nuestra región en el mundo y que surge como un espacio para enfrentar los desafíos comunes que se le presentan en el plano internacional.



# CAPÍTULO 11

## INVERSIONES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: EL PROYECTO DENTRO DE LA UNASUR Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

*Javier Echaide*

### 1. INTRODUCCIÓN

La región sudamericana es la región más afectada en el mundo en materia de demandas arbitrales referentes a inversiones privadas. El foro más acudido en la materia es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial y con sede en Washington. Sin embargo no es el único foro a donde las empresas multinacionales pueden recurrir a fin de emplazar demandas contra los Estados territoriales en donde ellas invirtieron y por medidas que estos Estados han tomado. El régimen de protección de inversiones extranjeras constituido por Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) y por las reglas, casos y tribunales constituidos en el CIADI y otros foros, se encuentra actualmente en el centro de un fuerte debate a nivel internacional, tanto en el ámbito académico internacional<sup>1</sup> como también –y como era de esperarse– entre los Estados más afectados.

Así es como se han realizado ya dos Conferencias Ministeriales de Países Afectados por Intereses Transnaciona-

---

<sup>1</sup> “Declaración Pública sobre el Régimen de Inversión Internacional”: <http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Declaraci%C3%B3n-P%C3%ABblica.pdf>; “Injusticia...” (<http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-5990-2012-05-13.html>) (consultado en febrero 2015).

les (la primera realizada en Guayaquil, Ecuador, el 22 de abril de 2013<sup>2</sup> y la segunda en Caracas, Venezuela, el 10 de septiembre de 2014<sup>3</sup>) que han convocado a más de treinta países de América Latina, Asia y África para tratar problemas que este régimen ha presentado para esos países. A nivel regional, el debate se ha vehiculado en la búsqueda de mecanismos de solución de disputas en materia de inversiones alternativos a los foros habituales tales como el CIADI, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, la Cámara de Comercio de Estocolmo o los arbitrajes *ad hoc*. Paralelamente en nuestra región, se ha venido avanzando en negociaciones sobre un mecanismo de solución de controversias dentro de la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR).

El siguiente es un trabajo centrado en algunos aspectos problemáticos del régimen de protección de inversiones y del sistema de arbitraje –esencialmente centrado en el CIADI– y su comparación con el borrador del *Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en materia de Inversiones de la Unión de Naciones Suramericanas– UNASUR* (en adelante “Centro UNASUR”) tomado por los discursos oficiales en la región<sup>4</sup> como posible alternativa al Convenio de Washington

---

<sup>2</sup> “Impulsan el Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales” (<http://notas.org.ar/2014/09/11/observatorio-sur-transnacionales-venezuela-ecuador/>) (consultado en febrero 2015).

<sup>3</sup> “Países afectados por intereses transnacionales crearán Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales”

(<http://www.vtv.gov.ve/articulos/2014/09/10/paises-afectados-por-intereses-transnacionales-crearan-observatorio-del-sur-sobre-inversiones-y-transnacionales-1245.html>) (consultado en febrero 2015)

<sup>4</sup> “Correa pidió crear “urgente” un tribunal de arbitraje regional y revisar el funcionamiento de la UNASUR”

(<http://www.telam.com.ar/notas/201412/87782-correa-pidio-crear-urgente-un-tribunal-de-arbitraje-regional-y-revisar-el-funcionamiento-de-la-unasur.html>);

“Uruguay asume la presidencia temporal de UNASUR”

de 1965, fundante del CIADI. Debe considerarse que, debido a encontrarse en negociación el texto del Centro UNASUR, los análisis que realizamos del mismo son preliminares y se encuentran ajustados a conversaciones en curso. Asimismo, enmarcamos este trabajo en la elaboración de propuestas alternativas al régimen de arbitraje de inversiones vigente.

Lo que se denomina aquí como régimen de protección de inversiones es un entramado dual de normas internacionales y de su puesta en acción dentro del sistema de arbitraje en materia de inversiones generalmente constituido por las interpretaciones de tribunales arbitrales *ad hoc*, siendo los del CIADI los que mayor frecuencia poseen en dirimir controversias en este campo. Por lo tanto, con el fin de analizar el nuevo mecanismo regional de solución de disputas en materia de inversiones de la UNASUR, resultan ineludibles las menciones a algunos de los problemas que el sistema de arbitraje sobre inversiones posee, especialmente el del, que celebró sus cincuenta años a fines de febrero de 2015.

El régimen de protección de inversiones presenta una gran cantidad de problemas para los países en desarrollo. Muchos

---

(<http://www.notimerica.com/politica/noticia-iberoamerica-uruguay-assume-presidencia-temporal-unasur-urge-crear-centro-arbitraje-regional-20141205005506.html>); “Comisión de UNASUR alista Centro de Arbitraje Regional”

(<http://www.noticierolegal.com/component/content/article/35-unasur/8180-comision-de-unasur-alista-centro-de-arbitraje-regional.html>);

“UNASUR tendrá su centro de arbitraje sobre inversiones en este mismo año”

([http://noticias.lainformacion.com/policia-y-justicia/corte-o-tribunal-internacional/unasur-tendra-su-centro-de-arbitraje-sobre-inversiones-en-este-mismo-ano\\_THORIEyffiOLYBXZoN8gn6/](http://noticias.lainformacion.com/policia-y-justicia/corte-o-tribunal-internacional/unasur-tendra-su-centro-de-arbitraje-sobre-inversiones-en-este-mismo-ano_THORIEyffiOLYBXZoN8gn6/)); “La UNASUR tendrá su centro de arbitraje en el 2015”

(<http://www.elciudadano.gob.ec/la-unasur-tendra-su-centro-de-arbitraje-en-el-2015/>) (consultados en febrero 2015).

de ellos están dados en la *forma* en que las normas y derechos son interpretados por los tribunales arbitrales, pero otros tantos son dados por motivos de *fondo*, es decir, por cómo fue pensado y constituido el régimen y la dirección que éste ha tomado.<sup>5</sup>

Los problemas *formales* quizás puedan ser resueltos dentro del mismo sistema de solución de controversias vigente mediante reformas que el mismo necesita al efecto de superar estos inconvenientes en su funcionamiento. Pero no por ello se han de resolver los problemas *de fondo*. Éstos tienen que ver con la dirección y el objetivo del sistema arbitral y del régimen de normas internacionales para la protección de las inversiones extranjeras, lo cual acepta premisas que no han sido probadas por la empiria, así como en mitos que los hechos refutan y que poseen una clara dirección en garantizar la brecha existente entre países desarrollados y en desarrollo, así como en garantizar ciertos privilegios para el capital privado transnacional.

Habiendo establecido esta diferencia entre los problemas de forma y de fondo, se evidencia que una posible reforma del sistema puede quizás resultar insuficiente para corregir la dirección y objetivo del régimen vigente de reglas, normas y de la dinámica misma de las instituciones e institutos jurídicos puestos en acción. Asimismo, un cambio de régimen sin que éste refleje reglas

---

<sup>5</sup> ZIADÉ, Nassib: “Is ICSID heading in the wrong direction?”, *Global Arbitration Review*, 24/02/2015. Disponible en:

<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33574/is-icsid-heading-wrong-direction/> (consultado en marzo 2015). En ese artículo, el ex Secretario General del CIADI Nassib Ziadé expresa sus críticas hacia la dirección que el organismo posee y fundamenta con ello los motivos de su renuncia en 2011. GHARAVI, Hamid: “ICSID annulment committee s: the elephant in the room”, *Revista GAR*, 24/11/2014.

Disponible en:

<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33193/icsid-annulment-committees-elephant-room/> (consultado en marzo 2015). Este artículo se aboca a críticas sobre los Comités de Anulación de laudos dentro del CIADI y las irregularidades que socavan la legitimidad del organismo.



diferentes a las existentes hoy no será una propuesta que en su esencia sea realmente alternativa. Existe entonces una variedad de medidas que pueden ser tomadas, pero deben ser consideradas en conjunto para que en efecto se produzca un reequilibrio entre los derechos de la ciudadanía en general y las ventajas que puedan otorgarse a inversiones privadas, nacionales o extranjeras, a fin de impulsar una dinámica productiva que pueda mostrar resultados positivos para un desarrollo que a su vez sea beneficioso para la sociedad.

Nuestra intención está orientada a brindar una crítica objetiva así como propuestas alternativas que puedan dar respuesta a los principales problemas causados para la región por el régimen de protección de inversiones vigente y del sistema de arbitraje para la solución de diferencias en dicha materia.

## **2. EL ABANDONO DE LA “CLÁUSULA CALVO” Y UN *IUS STANDI UNIDIRECCIONAL DE FACTO***

Uno de los primeros problemas que el régimen de protección de inversiones presenta es la ruptura de la denominada “Cláusula Calvo”, doctrina jurídica desarrollada por el Canciller argentino Carlos Calvo (1824-1906) que establecía que cualquier disputa que una empresa extranjera debiera mantener con el Estado huésped de su inversión debía tramitarse dentro de la jurisdicción doméstica, es decir ante los tribunales del Estado territorial. Sin embargo, muchas veces esto podía implicar que, ante cualquier arbitrariedad por parte de ese Estado territorial, la empresa extranjera viera sus derechos lesionados y que los alcances de los medios judiciales locales resultaran insuficientes o carentes de la imparcialidad necesaria como para impartir verdadera justicia. Esta situación, que sirve siempre de primer motivo para criticar a las instituciones locales de los países en desarrollo, ya tenía un remedio dentro del derecho internacional y era mediante el instituto de la protección diplomática generada a partir del derecho consuetudinario.

La protección diplomática es aquella que el Estado de la nacionalidad de la persona extranjera –sea esta física o jurídica– ejerce sobre el Estado territorial ante un acto u omisión de éste en supuesta violación con el derecho internacional. El bien protegido en este caso son las buenas relaciones internacionales, ya que la afectación de nacionales de un Estado en el extranjero bien puede acarrear conflictos diplomáticos que las entorpezcan y, eventualmente, acareen su ruptura. Para poder ejercerla se requieren de algunos requisitos básicos como ser el vínculo de nacionalidad<sup>6</sup> entre el Estado que desea ejercer dicha protección

---

<sup>6</sup> La Corte Internacional de Justicia (CIJ) definió en el caso *Nottebohm* de 1955 que el vínculo de nacionalidad debía ser *efectiva* y que no basta con ostentar una determinada nacionalidad entre varias para que la persona pueda “elegir” qué nacionalidad invocar en un caso de protección diplomática, o bien que un Estado con quien no se posee mayor vínculo que un pasaporte decida optar por el ejercicio de dicha protección por mera conveniencia. Se trata de que el Estado con quien se tiene el principal vínculo jurídico, económico, filiar, e incluso afectivo, sea el que deba decidir si opta por ejercer o no la protección diplomática sobre la persona afectada por la medida llevada a cabo por el Estado territorial. En el caso mencionado se trató de una persona de múltiple nacionalidad: alemana, guatemalteca y liechtensteiniana. Tras la entrada en la II Guerra Mundial por parte de Guatemala, la declaración de guerra a Alemania implicó el arresto de los ciudadanos alemanes en el territorio así como el desapoderamiento de sus bienes. Friedrich Nottebohm fue apresado y luego deportado a los EE.UU. y sus bienes fueron confiscados como nacional de un Estado enemigo. Para que su reclamo prosperase, Nottebohm utilizó su múltiple nacionalidad para que Liechtenstein ejerciera un reclamo por protección diplomática a su favor contra Guatemala ante la CIJ. La Corte denegó el reclamo de Liechtenstein contra Guatemala fundándose en el hecho de que Nottebohm, aun siendo alemán, hacía 30 años que era un residente permanente en Guatemala y sostenía además tal nacionalidad, poseía sus vínculos familiares, su asiento de negocios y ejercía sus obligaciones fiscales y derechos políticos en Guatemala, manteniendo un vínculo *efectivo* con dicho país. Por este motivo la Corte definió que el Estado que tiene el derecho de ejercer su protección es aquel de la nacionalidad *efectiva* de la persona

y la persona afectada directamente<sup>7</sup> por la medida del Estado territorial. Otro de los requisitos es el agotamiento de los recursos judiciales dentro de la jurisdicción del Estado territorial. Este punto puede considerarse cubierto para los casos en donde se tenga sentencia firme de la máxima instancia procesal correspondiente, como así también en aquellos casos en donde se demuestre una demora injustificada en el mantenimiento de la causa judicial con el simple de llevarla a su caducidad. Este aletargamiento injustificado y arbitrario también se lo considera como equivalente a un agotamiento de los recursos internos, pues se busca que los mecanismos institucionales del Estado no sirvan como de manto de impunidad para actos por éste cometido y que resulten arbitrarios y violatorios del derecho internacional. El último requisito es más controvertido y tiene que ver con el principio de “manos limpias” (*clean hands*) en el derecho internacional, por el cual la persona beneficiada de la protección diplomática no debería haber incurrido en ningún comportamiento que le significara como respuesta la medida estatal que la afecta. Lo que se intenta evitar son actos de provocación que impliquen una respuesta por parte del Estado territorial que pudiera lesionar ciertos derechos de esa persona (libertad personal, libre tránsito, detención de documentación, etc.).

---

afectada y que la protección diplomática no opera de manera indistinta en el caso de múltiples nacionalidades.

<sup>7</sup> La CIJ también decidió en 1970 en el fallo *Barcelona Traction* que el vínculo de nacionalidad deber ser sobre la persona (en este caso era jurídica) que hubiera sido afectada directamente por la medida tomada por el Estado territorial. En el caso en cuestión, los accionistas de la empresa *Barcelona Traction Light and Power Co.*, de nacionalidad belgas, gestionaron con el gobierno de su país que intercediera con España por una medida de control de capitales que les impedía hacerse de sus réditos económicos. Los accionistas no eran los afectados directos por la medida tomada sino la empresa. Las personas jurídicas, al estar constituidas bajo la ficción que las separa de las personas físicas que las componen, resultan ser entes separados de los accionistas que las controlan.

Como puede observarse, el derecho internacional consuetudinario ya poseía mecanismos previamente a la constitución del régimen de protección de inversiones para proteger a los nacionales en el extranjero, fueran éstos personas físicas o jurídicas. Una diferencia que la protección diplomática presentaba era que ante un eventual reclamo indemnizatorio, era el Estado de la nacionalidad del afectado quien en principio percibía el monto correspondiente y no la empresa afectada por la medida. Esto es así dado que ni el individuo ni organizaciones económicas como las empresas gozan del estatus jurídico internacional como sí lo gozan los Estados u otros sujetos de derecho internacional.

En cambio, lo que las normas actualmente sostienen en los TBI es, por ejemplo, el derecho de que el inversionista extranjero pueda demandar al Estado territorial directamente ante una instancia internacional, no sólo evadiendo la jurisdicción local sino además accionando contra un sujeto de derecho internacional *como si fuera* otro sujeto de la misma naturaleza jurídica. Esta capacidad le permite percibir directamente los montos indemnizatorios con prescindencia de la actuación de su Estado de nacionalidad, no obstante el individuo (sea persona física o jurídica) no es un sujeto de derecho internacional pues carece de muchas de las atribuciones y capacidad de éstos poseen, como ser la de celebrar tratados que establecen las obligaciones antedichas, por ejemplo.

El CIADI se constituyó a partir del Convenio de Washington –o “Convención CIADI”- de 1965 e inició sus funciones en 1966. América Latina fue la región del mundo que adversó la idea de crear esta instancia, pues se mantuvo firme a la Doctrina Calvo. Fue así como el primer borrador de la Convención del CIADI, que se elaboró en 1963 y fue aprobada por la Junta de Gobernadores del Banco Mundial en su reunión anual en Tokio en 1964, recibió la reprobación de diecinueve Estados de América Latina, incluyendo a Argentina, Brasil y México, quienes votaron en contra – además de Irak y de Filipinas– en lo que se conoce en la literatura

especializada como el “No de Tokio” y del cual se cumplen en la actualidad cincuenta años.<sup>8</sup>

El ingreso masivo de los países de la región al régimen del *CIADI* se dio mediante la ratificación de su tratado constitutivo así como por la celebración de centenares de *TBI*, la gran mayoría dentro de la década de 1990, e implicó un progresivo abandono a la aplicación de la “Cláusula Calvo” en los contratos de concesión firmados durante los procesos de privatización impulsados mayormente por gobiernos neoliberales de la región.

Esta legitimación procesal activa (*ius standi*) en favor de las empresas transnacionales constituye un privilegio por una doble vía. Primero, porque las empresas locales no gozan de la misma posibilidad de demandar internacionalmente a su Estado por una medida que las afecte. Segundo, porque –aun cuando las normas *formalmente* no lo indican de esta manera– el mecanismo actúa de manera unidireccional: habiéndose diseñado precisamente para la protección de las inversiones, tal cometido hace referencia directa a la protección del capital privado por simple definición de la disciplina económica, que establece que la erogación realizada por el Estado se denomine “gasto” mientras que la erogación realizada por el sector privado siempre se categorice como “inversión”. El régimen, orientado a la protección de la inversión, no está concebido como “protector del gasto”, lo que motiva que la naturaleza de los procesos arbitrales que se efectúan dentro del mismo sean iniciados por las empresas que “invierten” y no por el Estado que “gasta”.

Desde el punto de vista *de iure*, el sistema de solución de controversias no limita el *ius standi* a “ciertas” personas jurídi-

---

<sup>8</sup> RONDÓN DE SANZÓ, Hildegard: *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, edición de la autora, Caracas, 2012. BOEGLIN, Nicolas: “El CIADI y América Latina. Críticas, denuncias y busca de alternativas”, en *Bretton Woods Project*, <http://www.brettonwoodsproject.org/es/2013/12/el-ciadi-y-america-latina/> (consultado en agosto 2014).

cas. Por ende, en lo formal los Estados están técnicamente habilitados para demandar a las empresas inversionistas, pero en los hechos, la legitimación para accionar se da en la dirección contraria.

Existen distintas posiciones respecto de la posibilidad de otorgarle a las empresas transnacionales el *ius standi* para demandar a los Estados ante foros internacionales especializados en inversiones. Parte de la doctrina es permisiva a esta situación, y en los casos más críticos se reconoce la necesidad de fijar algún tipo de limitación o de requisito previo para acceder al foro. Otro sector no menor de la doctrina –crítica al actual régimen de protección de inversiones– entiende que debe reinstalarse la Doctrina Calvo y que la capacidad de accionar contra el Estado por parte de un sujeto de derecho privado interno sólo pueda darse dentro de la jurisdicción doméstica.

Quizás pueda emplearse un criterio conjunto que establezca que la aplicación de la “Cláusula Calvo” en los contratos internacionales bien puede resultar previa y obligatoria reservando la jurisdicción internacional como un recurso complementario. Existen en otros ámbitos internacionales similares criterios que requieren el agotamiento de los recursos domésticos como instancia previa y obligatoria para poder acudir a jurisdicciones internacionales si el reclamo no ha sido tratado en forma acabada.

Resulta claramente polémico que mecanismos internacionales de solución de controversias puedan ser garantes de nuevos privilegios de actores transnacionales por encima de las normas y regulaciones sancionadas democráticamente por los Estados, así como también resulta cuestionable que estas normas se establezcan por sobre los derechos de las comunidades y de la ciudadanía. La jurisdicción nacional favorecería el tratar las controversias con un cúmulo más rico de obligaciones a los que los Estados han decidido someterse, tanto por la legislación nacional como por las normas

internacionales. Y frente a casos arbitrarios,<sup>9</sup> el recurso ante jurisdicciones complementarias podría servir para garantizar seguridad jurídica tanto para los inversionistas como a las comunidades y los Estados, y en una forma mucho más equilibrada. En consecuencia, el problema no está dado en la falta de credibilidad de las jurisdicciones nacionales sino en la transparencia de los sistemas judiciales, lo que supone reforzar la jurisdicción en vez de eludirla.

De la misma manera el *ius standi* internacional debería ser bidireccional: que las empresas pudieran demandar al Estado y que éstas pudieran ser demandadas también frente a esas cortes internacionales. Con ello, si el motivo del acceso a la jurisdicción internacional es la falta de seguridad jurídica de un sistema judicial doméstico, también podría serlo para una comunidad determinada que podría demandar a la empresa ante este mecanismo. La seguridad jurídica no es patrimonio sólo de entes transnacionales; es de toda la comunidad, lo cual incluye al Estado y a los ciudadanos. No sería entonces un régimen que protegería sólo a las inversiones sino de uno que brindaría seguridad jurídica en un sentido más abarcativo en materia de inversión.

### 3. EL DEBER DE TRANSPARENCIA

Algo generalmente poco tratado al momento de analizar el régimen de protección de inversiones mediante el sistema arbitral, es que su dinámica proviene del arbitraje comercial privado pero aplicado a organizaciones públicas dentro del derecho internacional. Marcos como el CIADI son proveídos por sujetos de derecho público o institucionalizados dentro de entes intergubernamentales con personería jurídica propia que, por ende, poseen carácter de personas jurídicas del ámbito público. Sin embargo, poseen

---

<sup>9</sup> No se piensa a esta instancia como una sede de “ultra-apelación” sino como una jurisdicción a la que pudiera recurrirse para el control del debido proceso legal o ante una arbitrariedad manifiesta de la interpretación de la legislación nacional aplicable.

una lógica propia de instituciones privadas. Esto opaca la legitimidad democrática con la que estos organismos públicos deben contar. Esta característica esencial debe verse reflejada en aspectos como la transparencia de los procesos o la base normativa aplicable al momento de decidir sobre el fondo de los casos.

La idea de que una controversia pueda ser resuelta por un tercero *ad hoc* llamado al efecto, es una figura mucho más flexible pero que aparta la resolución de conflictos del sistema judicial clásico. En el ámbito privado se le suele anteponer algún tipo de instancia en donde un tercero interviniente (el mediador) intentará resolver la cuestión de un modo más cercano a la libre voluntad de las partes –aunque dentro de un marco normado legalmente– al momento de la controversia y de acuerdo a lo contratado. En el ámbito laboral esto se ve comúnmente y se percibe en la falacia de una negociación para arribar a un acuerdo entre partes que se presentan como iguales pero que no lo son. De este modo, se busca más el arribo a un acuerdo *inter partes* que la aplicación de la ley de una forma objetiva, logrando en general el pretendido objetivo de reducir la cantidad de causas judiciales en juzgados superados por la cantidad de expedientes en trámite, pero que a la vez no garantiza necesariamente los criterios de justicia en los acuerdos arribados en el sentido de “dar a cada uno lo suyo”.<sup>10</sup>

Los Estados son entes de carácter público y las controversias ventiladas dentro del régimen de inversiones pueden afectar también temas de interés público por cuanto los montos a pagarse –tanto para las defensas en los casos como para las posibles indemnizaciones a ser asumidas por el Estado– se originan de los fondos públicos provenientes de los impuestos y contribuciones aportados por toda la sociedad.

En ese sentido, las controversias no pueden permanecer bajo carácter reservado y para el conocimiento sólo de las partes en litigio. Debería aplicarse una *cláusula compromisoria de transparencia*

---

<sup>10</sup> Definición de justicia en el primer párrafo de las Institutas de Justiniano (año 533 d.C.).



*pública* que obligue a los Estados a publicar sus presentaciones y las resoluciones adoptadas por el Tribunal en los casos en curso. Eso facilitaría el *accountability* de los actos públicos, no obligaría al inversionista privado a hacerlo pero sí serviría para la transparencia y seguimiento de los laudos/sentencias que se pudieran producir.

Una de las propuestas más generalizadas en los análisis críticos al régimen actual es la de incrementar la transparencia de los procesos arbitrales. Ello implica, entre otras medidas posibles, hacer públicos todos los documentos presentados en los casos excepto en casos extremos donde se demuestre la necesidad de confidencialidad; que las audiencias sean públicas y abiertas para la participación de personas interesadas –incluyendo por internet vía *live streaming*– o permitir presentaciones y participación de partes interesadas no contendientes por medio de la figura de *amicus curiae*, como podría ocurrir con organizaciones sociales especializadas en los casos presentados u organizaciones comunitarias afectadas en los mismos.

Los Estados Unidos y Canadá ya han incorporado algunas de estas normas de transparencia en algunos de sus acuerdos de inversiones, por ejemplo: TBI Canadá-China (Artículo 28); NAFTA (Artículo 1137(4)). La Comisión Europea también lo ha incluido en su mandato de negociación del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y los Estados Unidos (TTIP).<sup>11</sup> Sin embargo no parecen haber sido incorporadas dentro de los borradores para a creación del Centro UNASUR como posible foro alternativo en materia de inversiones. Aun siendo simples reformas dentro del sistema, este tipo de medidas deberían ser consideradas.

---

<sup>11</sup> La Comisión Europea lo ha propuesta en su mandato de negociación del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones entre la Unión Europea y los Estados Unidos (TTIP). Ver: Draft TTIP Text– Trade in Services, Investment and E-Commerce (2 July 2013) [http://eu-secretdeals.info/upload/EU-Investment-Text-TTIP-v\\_July2nd-2013\\_v1.pdf](http://eu-secretdeals.info/upload/EU-Investment-Text-TTIP-v_July2nd-2013_v1.pdf)

## 4. MONTO DE LAS DEMANDAS

### 4.1. CRITERIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE MONTOS

Como ya sostuvimos, Suramérica es la región más perjudicada por el régimen internacional existente en el CIADI así como en otros foros.<sup>12</sup> La región debería tomar, por lo tanto, un sistema de solución de controversias en materia de inversiones con un equilibrio entre los derechos privados del inversionista extranjero y el interés público que los Estados deben asegurar en tanto derechos de los pueblos que habitan en su territorio y que producen las riquezas que serán las que podrán ser complementadas por la inversión extranjera para el desarrollo de la región. Se trata, por ende, de un balance entre intereses y derechos, con contrapesos para que puedan equilibrarse el interés privado de un inversionista y el interés público de toda la sociedad.

Otro tipo de medidas que deben ser observadas es la proporción en los montos de las demandas. En el actual régimen de protección de inversiones no existe ningún tipo de impedimento para que una empresa que haya invertido mil dólares pueda demandar luego al Estado por mil millones. Simplemente no hay restricciones ni un criterio establecido para fijar montos.

Al respecto, un concepto polémico dentro del régimen que resulta determinante para fijar montos indemnizatorios y que árbitros defienden y critican por igual es el de “expectativas legítimas” –no incluido en los TBI– como extensión incorporada dentro del trato justo y equitativo –que sí figura en estos tratados–. Recordemos que en el derecho internacional quienes elaboran las normas son los Estados como únicos entes soberanos, no los jueces o árbitros como puede ocurrir dentro del derecho interno, ni siquiera para cubrir una laguna jurídica para un caso

---

<sup>12</sup> Según el propio CIADI, América del Sur es la región más afectada con demandas dentro del régimen de protección de inversiones, con el 27% sobre el total de demandas (CIADI, 2014 (Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2014-1), consultado en mayo 2014).

concreto. Por ende, la posibilidad de que pueda surgir un concepto que no está claramente definido dentro de las obligaciones que los Estados deciden asumir en los tratados, es algo muy cuestionable. El concepto de “expectativas legítimas” no figura incorporado a las normas sino que surge de una interpretación expansiva de los árbitros. Además, es realmente dudoso en los hechos poder establecer un monto predeterminado, sin variables condicionantes, de los réditos futuros de una inversión a un muy largo plazo.

En lo que se refiere a la creación de un sistema alternativo de solución de controversias sobre inversiones en el ámbito del UNASUR, por ejemplo, se presentan dos problemas: Primero, la referencia a las normas no figura dentro de ningún tratado constitutivo de un centro o tribunal arbitral, sino en los tratados sobre inversiones: los TBI. Los borradores de las actuales negociaciones del Centro UNASUR hacen referencia a que dicho tratado constitutivo no afecta las obligaciones contraídas por otros instrumentos jurídicos en materia de inversiones, por ejemplo los TBI (Art. 2 del Borrador de Acuerdo). Ello significa un problema de arrastre, pues por otro tipo de cláusulas –como en trato de la nación más favorecida- una interpretación expansiva podría ampliar las obligaciones establecidas en los TBI que continuarían siendo el “combustible jurídico” del nuevo régimen regional.

El segundo problema es que nada establece topes mínimos ni máximos para los reclamos. En principio, aplicar un tope a las demandas podría significar un *corset* a los reclamos que genuinamente puedan emplazarse. Pero el sistema vigente muestra otra versión: el caso de Ecuador es un ejemplo de ello, pues sin ser el país con más cantidad de demandas dentro del CIADI posee el 22% de su PIB comprometido en el monto de las demandas interpuestas por inversores extranjeros, lo cual equivale a casi la mitad del presupuesto anual del Estado ecuatoriano. Una situación así jaquea la actividad política un Estado soberano, aun cuando dichas inversiones no han significado ni la décima parte de tales

montos.<sup>13</sup> Asumir ese riesgo implicaría un traslado de los costos del riesgo empresario a la esfera del Estado, respondiendo con dinero público riesgos que garantizan beneficios privados.

## 4.2. DESCARTE DE DEMANDAS FRÍVOLAS

La Comisión Europea ha propuesto la inclusión de un mecanismo para que se desestimen de manera temprana las demandas frívolas.<sup>14</sup> Para ello pueden pensarse tres mecanismos: 1) Que el inversor que pierde el caso pague todos los gastos de arbitraje del Estado. No se aplica el criterio de “costas por su orden” en estas situaciones. 2) Dar al Centro arbitral la posibilidad de desestimar demandas que no pasen determinados estándares. 3) Incluir el pago de un bono de litigio (una “tasa de justicia”, como suele denominarse) como ocurre en muchas sedes judiciales ante los tribunales domésticos. Actualmente, el inversionista demandante acciona sin adelantar ningún tipo de compromiso, caución, ningún monto que ofrezca seriedad al planteo, por lo que acaba aplicando su demanda en forma gratuita por mera prueba para lograr sus pretensiones económicas, mientras que paralelamente puede intentar los mismos fines por otros foros. Esto no ocurre si un individuo decide accionar judicialmente ante ningún tribunal doméstico.

Sin embargo, este mecanismo no está tampoco previsto dentro del borrador del Centro UNASUR. Algunos debates regionales

---

<sup>13</sup> Según algunos cálculos preliminares de la Comisión de Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) de la Rep. de Ecuador, el posible monto total de las demandas contra el Ecuador arriba a montos que podrían comprometer el 22% del PIB del país, mientras que las inversiones extranjeras han generado por cada millón de dólares invertido poco más de un puesto de trabajo nuevo. Ver: [www.caitisa.org](http://www.caitisa.org).

<sup>14</sup> EC Factsheet on Investor-to-State Dispute Settlements [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc\\_151791.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/october/tradoc_151791.pdf) (pág. 8).

en materia de solución de controversias sobre inversiones parecen encontrarse rezagados comparados con los que hoy se escuchan dentro de los centros de pensamiento en las regiones más beneficiadas por el régimen. Extraña que los países más perjudicados se mantengan tan conservadores respecto de las innovaciones que se figuran en otros foros regionales y a nivel internacional.

## **5. JURISDICCIÓN DEL CENTRO Y BASE NORMATIVA APLICABLE**

Para que la jurisdicción del CIADI, del Centro UNASUR o de cualquier otro sea aplicable debe existir una cláusula de prórroga de la jurisdicción doméstica en favor del mismo. El tema de la prórroga de la jurisdicción es algo delicado, pues la jurisdicción es uno de los atributos de la soberanía de un Estado. En principio, no resulta recomendable que la defensa de los intereses de los particulares en un tema normativo de carácter de derecho internacional dispositivo (algo que no ocurre por ejemplo con obligaciones *erga omnes* o *ius cogens* como es el ámbito de protección de los derechos humanos) pueda ser prorrogado en favor de tribunales extranjeros o internacionales. Existen algunas salvedades, no obstante, que puede realizarse sobre un método para la resolución de controversias en este tipo de materias, a saber: 1) por vía negociada entre Estados (protección diplomática); 2) manteniendo la jurisdicción doméstica (Doctrina Calvo) mediante el agotamiento de los recursos internos; 3) mediante un mecanismo de solución de controversias regional (podría ser el Centro UNASUR) de jurisdicción complementaria a la nacional y con carácter prioritario frente a cualquier otro foro.

Estimamos la conveniencia de que la jurisdicción doméstica deba mantenerse, retomando la doctrina iniciada por el jurista argentino/uruguayo Carlos Calvo y aceptada ampliamente por el derecho internacional. El establecimiento de esta doctrina, conocida como la “Cláusula Calvo” gracias a su incorporación en los contratos internacionales o en los tratados aplicables al tema

de inversiones, creemos que debe ser sostenido mediante el agotamiento de los recursos internos del Estado territorial.

También la jurisdicción del Centro hace al alcance frente a empresas provenientes de Estados que no sean miembros de la UNASUR o del Centro y a la cláusula de consentimiento que el Estado debe otorgar para que dicha jurisdicción sea aplicable. De igual manera, aquí se hacen referencias al desdoblamiento del velo societario y a la eficacia del sistema. Los Borradores del Acuerdo del Centro UNASUR no contemplan más que la simple prórroga de jurisdicción que puede hallarse en otro tipo de organismos similares –como el CIADI– o, mismo, en los TBI. Si el sistema vigente ha mostrado abusos en cuanto a la extensión de la jurisdicción o sobre la expansión de las interpretaciones, cuál es el motivo por el que podría creerse que un nuevo sistema con las mismas reglas, el mismo derecho de fondo e incluso la posibilidad de nombrar al mismo tipo de árbitros, podría resultar en una alternativa diferente simplemente porque se encuentra en la región.

Una respuesta en favor del Centro UNASUR está dada en la correlación de fuerzas dentro del escenario político. Pues creemos que es una visión errada. El establecimiento de un entramado institucional cristaliza esa correlación de fuerzas existente al momento en que la institución se fundó. Infinidad de ejemplos apoyan esta definición, bástese mencionar el “derecho de veto” de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU o la composición de votos dentro de la Junta de Gobernadores del FMI y el Banco Mundial para nombrar los más notorios. Si bien esa correlación de fuerzas puede ser dinámica, las instituciones suelen no serlo, pues resultan de acuerdos políticos y jurídicos que por lo general no son revisados en forma permanente. Se requieren de reformas –con nuevos acuerdos políticos y también jurídicos– que reflejen esa elección por el cambio y fije, otra vez, la nueva correlación de fuerzas.

En “**Aguas del Tunari v. Bolivia**”, una empresa boliviana demandó a Bolivia por un contrato firmado en Bolivia, con domicilio de cumplimiento en el territorio de ese país (la concesión de

agua potable y saneamiento de la ciudad de Cochabamba), pero no ante los juzgados bolivianos sino ante el CIADI. La demandante fue Aguas del Tunari S.A., persona jurídica de nacionalidad boliviana, y no sus empresas accionistas que eran extranjeras. La separación jurídica que supone el principio del velo empresario entre los miembros de una empresa y la empresa en sí misma (la persona jurídica es una persona distinta de los sujetos que la componen) fue algo completamente soslayado por el tribunal arbitral del CIADI. El caso terminó laudándose a favor de la empresa por una indemnización no fijada, pero que motivó escándalo y una rebelión popular en toda la región de Cochabamba; por lo que acabó por negociarse en términos simbólicos: el monto final de la indemnización fue de treinta centavos de dólar estadounidense.

“**Chevron v. Ecuador**” (I y II) es un caso por el que la petrolera estadounidense reclama ante el CIADI contra el Estado ecuatoriano por un juicio que la empresa perdió en manos de las comunidades indígenas afectadas por derrames de petróleo en las nacientes del río Amazonas. Lo que analistas ya catalogan como un “ecocidio” y que la Corte Suprema de Ecuador sentenció con una indemnización de US\$ 9.000 millones, Chevron intenta presentarlo como una “expropiación indirecta” de sus inversiones en Ecuador. El caso está actualmente en trámite.

Un caso similar es “**Burlington Resources v. Ecuador**” que afectó derechos de pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana, la salud pública, la protección del medio ambiente, la gestión de recursos naturales (petróleo), contratación pública, y el orden público por conflictos violentos por la explotación de petróleo. El demandante, una gran empresa de extracción de recursos con sede en EE.UU., tiene intereses en varias áreas de explotación en remoto áreas de la selva tropical. Las participaciones en estas áreas fueron otorgadas por el gobierno ecuatoriano en la década de 1990 como parte de los programas de ajuste estructural impulsados por los organismos financieros internacionales. La empresa demandante no pudo llevar a cabo sus operaciones planificadas debido a la oposición local a sus actividades de expropiación

y de exploración. Inició su demanda contra Ecuador alegando que un incumplimiento por parte del gobierno para proteger sus operaciones de la oposición indígena local. La demandante también se opuso a las medidas del gobierno para aumentar los niveles de participación pública bajo contratos de producción compartida. En una decisión inicial sobre su jurisdicción, el tribunal redujo su autoridad a las reclamaciones de expropiación bajo el TBI EE.UU.-Ecuador. El tribunal se declaró incompetente sobre presuntas violaciones de las normas de trato justo y equitativo y plena protección y seguridad, sobre la base que la demandante no aportó la suficiente antelación de estas afirmaciones. El trámite de nulidad del laudo está pronto a resolverse.

El caso Burlington también es importante desde el punto de vista de los árbitros involucrados, pues no se trata de un tribunal arbitral cualquiera: los tres miembros resultan ser del grupo selecto de quince árbitros sobre los centenares de juristas de todo el sistema de arbitraje sobre inversiones y que han acabado resolviendo más del 50% de las demandas. Ellos son: Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza, Presidente), Francisco Orrego-Vicuña (Chile, nombrado de oficio por el inversor), y Brigitte Stern (Francia, nombrada por el Estado). Esta cuestión toma en cuenta lo concentrado que se encuentra el arbitraje internacional de inversiones que, a pesar de que los árbitros provienen de listados con un sinnúmero de nombres, más de la mitad de los casos discutidos acaban siendo decididos por un grupo de tan solo quince personas que en casi todos los casos poseen un punto de vista pro-inversor.<sup>15</sup>

**“Aguas Argentinas y otros v. Argentina”** fue un caso en donde el consorcio empresario liderado por la francesa Suez demandó ante el CIADI por la rescisión del contrato de concesión de agua potable y saneamiento más grande del mundo, luego de que el gobierno argentino la multara once veces por incumplimientos

---

<sup>15</sup> Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia: *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*, CEO & TNI, Bruselas y Amsterdam, 2012.



en los compromisos de inversión establecidos en el contrato y tras haberse establecido judicialmente la responsabilidad de la empresa por distribuir agua en al menos siete distritos –casi todas de la zona sur del Gran Buenos Aires, incluyendo Lomas de Zamora, Temperley y Berazategui– con niveles de nitratos que triplicaban los valores máximos tolerables para el organismo humano. Aun con los procesos judiciales perdidos, las multas aplicadas y, consecuentemente, la concesión rescindida en 2006, la empresa inició una demanda por unos US\$ 1.700 millones contra del Estado ante el CIADI, de la que finalmente obtuvo finalmente un laudo favorable por unos US\$ 165 millones y que Argentina pagó en diciembre de 2013.

Hay más casos cuya jurisdicción es dudosa. “**Beccara v. Argentina**” y “**Abaclat v. Argentina**”, ambos invocando el TBI Argentina-Italia y con trámite pendiente de resolución, refieren al endeudamiento público y la posibilidad de reestructuración de la deuda soberana, y la estabilidad del sistema monetario en una crisis financiera. Las demandas se originaron a partir de la respuesta de la Argentina a su severa crisis estructural de 2001-2002. Después de devaluar su moneda como parte de una reforma económica general, Argentina dejó de pagar su deuda externa al tiempo que ofreció los tenedores de bonos una obligación reducida como parte de una reestructuración. Los demandantes son algunos de los tenedores de bonos que se negaron a la oferta de reestructuración (*holdouts*). Los casos siguen pendientes, sin embargo, en una decisión de procedimiento, el tribunal del caso Beccara limitó la apertura de los procedimientos. Demandantes y Estado demandado estuvieron de acuerdo en que la adjudicación definitiva del tribunal debía ser pública. Sin embargo, el demandante solicitó la confidencialidad de otros aspectos de los procedimientos sobre la base de los desacuerdos con la Argentina sobre, entre otras cosas, si la Argentina podía acceder a una base de datos de identificación de los distintos demandantes individuales. En respuesta, el tribunal restringió la publicación de escritos y registros de audiencia, la prueba pericial de otros arbitrajes, y la correspondencia específica

entre las partes contendientes. En síntesis, Argentina desconoce quiénes les está demandando y quiénes serían los beneficiarios de la posible indemnización reclamada...

Lo que estos últimos dos casos también demuestran que el arbitraje de inversiones ofrece un foro adicional, más allá de los procesos supervisados por el FMI de reestructuración de la deuda o el litigio en el foro contractualmente acordada (como tribunales de Nueva York, Londres, Berlín o Tokio), para la toma de decisiones sobre los derechos legales de los acreedores. Esto podría presentar complicaciones y desafíos para reestructuraciones ordenadas de deudas soberanas. Las restricciones del tribunal en materia de procedimiento ponen límites significativos en el registro público de las actuaciones. La principal razón del tribunal para hacerlo fue el riesgo de propagación de información falsa y antagonizar la disputa. Sin embargo, la decisión también impidió el escrutinio público de la independencia, la imparcialidad, y la calidad del proceso basado en la revisión por fuera del tribunal de los materiales invocados. Así, la decisión contradice el principio de la toma de decisiones judiciales abiertas y responsables.

“**Fedax v. Venezuela**” es un caso por el cual el CIADI reconoció como inversionista extranjero al tenedor de un cheque... La lista puede seguir, pero si uno se detiene, pareciera que los escándalos siempre se producen en países latinoamericanos. Pues no, los hay más nuevos y en países europeos.

Tal es el caso de “**Vattenfall v. Alemania (I)**” sobre energía (carbón), gestión de recursos (agua, ríos), protección del medio ambiente (conservación de la vida silvestre), y legislación local (aprobaciones ambientales y elecciones municipales). La empresa sueca de energía Vattenfall planeaba construir y operar una planta de energía a carbón en Hamburgo. La planta produciría electricidad y calefacción. Los habitantes de la ciudad se opusieron al establecimiento de la planta haciendo hincapié en su impacto sobre el cambio climático y sobre el río Elba. Según la empresa, esta oposición contribuyó a las demoras en la emisión de los permisos requeridos para el control de las emisiones y el uso

del agua, así como de la eventual denegación de un permiso de uso de agua para la producción de la planta. El proceso de aprobación se llevó a cabo junto con las elecciones locales en las que la planta fue un tema importante de la campaña electoral, donde ganó el Partido Verde alemán, quien tomó las demandas sociales y transformó al rechazo de la instalación de la planta en una posición de gobierno en Hamburgo. Después de un litigio en los tribunales nacionales, los permisos fueron emitidos a Vattenfall con restricciones. Vattenfall presentó entonces un aviso de intención de llevar el tema a arbitraje bajo la Carta de Energía Europea en busca de US\$ 1,9 mil millones en concepto de indemnización.

Este fue el primer arbitraje de inversión conocido contra Alemania. Se destaca el papel de los funcionarios nacionales en representación de otros niveles de gobierno en el arbitraje de inversión, y también plantea preguntas sobre el impacto de arbitraje de inversión en la capacidad de los gobiernos para adoptar o modificar las medidas ambientales, en especial después de las elecciones. Los requisitos ambientales aquí acordados para la planta de energía se retiraron previamente, y se emitió un controvertido permiso impuesto por las condiciones de acuerdo fijadas por la empresa para retirar la demanda.

Recientemente, en mayo de 2012, la misma empresa volvió a demandar a Alemania por al menos US\$ 1.000 millones. Este nuevo caso (“**Vattenfall c/ Alemania (II)**”) tiene como eje principal el atacar una medida de política pública tomada por Alemania de revertir su plan de energía nuclear tras el desastre de Fukushima, Japón, en 2011. Dicho accidente motivó a que el gobierno alemán revisara toda su política energética y reconsiderase la decisión de mantener su plan de energía nuclear. Ante los reclamos de vastos sectores de la sociedad alemana, finalmente decidió revertir su política, lo cual significó revertir una decisión tomada en 2010 de extender la cantidad de años de los permisos de funcionamiento de las plantas vigentes. La transnacional sueca Vattenfall nuevamente se sintió afectada por dicha política

pública de iniciar un cambio hacia un régimen alternativo, más puro y seguro de fuentes de energía, y decidió presentar su segunda demanda contra el Estado alemán.

Casos en donde se atentan contra las políticas anti-discriminación como las fijadas por el *apartheid* se dan en “**Fores-ti v. Sudáfrica**” utilizando el TBI Italia-Sudáfrica. Se trata de un grupo de inversores que demandó a Sudáfrica debido al impacto de su legislación Empoderamiento Económico Negro sobre sus activos. La legislación destinada a combatir la discriminación racial del pasado que surge de *apartheid* en Sudáfrica. Requería empresas mineras a desprenderse de una parte de sus activos con el fin de aumentar la propiedad indígena. Finalmente, el caso se resolvió en términos que eran favorables a los reclamantes. Sudáfrica acordó reducir sustancialmente la participación en la propiedad que se requiere para la desinversión por los reclamantes.

Este caso indica que una demanda tratada de inversión puede afectar la aplicación de medidas de derechos humanos. Se plantea la posibilidad de que los gobiernos se verán disuadidos de la adopción de tales medidas, debido al riesgo de reclamaciones de los inversores. Además, se plantea la cuestión de si otros inversores en Sudáfrica, que previamente aceptaron los requisitos para la desinversión, podrían exigir una disminución de los requisitos para que coincida con el trato recibido por los demandantes en este caso.

Un caso similar presenta “**Postova Banka v. Grecia**”. En pleno colapso económico griego, el banco eslovaco y su accionista chipriota, Istrokapital, demandaron a Grecia en 2013 utilizando los TBI Eslovaquia-Grecia y Grecia-Chipre luego de que Grecia cambiara sus condiciones de seguro sobre sus bonos de deuda soberana dentro del estado de necesidad y ante el cambio de circunstancias que despertó la conocida bancarrota del país en 2008. En 2010 la agencia de calificación de riesgos Standard & Poor’s bajó la calificación de los bonos de deuda griegos al último estrato dado que su situación económica crítica lo llevaría a una obligada reestructuración para no caer en *default*. Ese mismo año Postova vendió sus bonos de deuda griega. En 2013 emplazó su demanda reclamando

por la diferencia causada por la recalificación dada por las agencias a los bonos griegos considerando que dicha recalificación le había hecho perder el 53.5% de su valor. Lo insólito es que responsabilizó a Grecia por dicha pérdida y no a las calificadoras de riesgo. Casos como los de Argentina o Grecia muestran cómo los tenedores de bonos pueden afectar las reestructuraciones de deudas soberanas, a lo que debe sumarse las conocidas demandas contra nuestro país ante jurisdicciones locales como las de EE.UU. (el mentado litigio de los “fondos buitres”) y que comprometen seriamente la capacidad de pago de los países.

El caso de “**Philip Morris v. Uruguay**” es un caso que está haciendo tomar conciencia al Estado uruguayo sobre el régimen de protección de inversiones, incluso si este resulta ser la primera demanda contra Uruguay dentro del CIADI. En 2010 el gobierno decidió incrementar su política de protección a la salud siguiendo la implementación del Acuerdo Anti-Tabaco de la OMS mediante la sanción de una ley anti-tabaco de avanzada a nivel mundial. La nueva legislación aumenta el porcentaje cubierto en las marquillas de cigarrillos por fotografías de efectos del alto consumo de tabaco y también restringe a las empresas tabacaleras a dedicarse a la venta de un solo producto por marca. La transnacional suiza Philip Morris argumentó que dichas políticas significaban una “expropiación indirecta” de sus eventuales ganancias a futuro y utilizó el TBI Suiza-Uruguay para plantear una demanda ante el CIADI, aun cuando el Acuerdo Anti-Tabaco de la OMS prevé un mecanismo especial de solución de controversias para esos casos.

Este único caso hizo ver al gobierno uruguayo de la capacidad institucional que las empresas pueden tener de revertir políticas públicas legítimas mediante los mecanismos de demandas arbitrales dentro del CIADI y otros foros, y ha motivado a Uruguay a entablar negociaciones directamente con Suiza para pronunciar una declaración conjunta sobre los límites y la correcta interpretación de sus voluntades al momento de haber celebrado el TBI entre ambos países, pues también ha despertado la preocupación del gobierno suizo de cómo este régimen de pro-

tección de inversiones puede atacar las políticas públicas no sólo del Uruguay o de los PED, sino de cualquier otro Estado.

De los casos mencionados surge cómo con casos concretos este régimen de inversiones puede atentar contra la posibilidad de que los Estados puedan reestructurar sus deudas soberanas, la posibilidad de que los Estados puedan ejercer su política monetaria, la fijación el salario mínimo, la lucha contra discriminación racial, el derecho a acceder a fuentes seguras y asequibles de agua, las políticas de salud y de lucha contra el tabaco, el cambio de legislación aprobado por los parlamentos locales, la protección contra la contaminación y los derechos de la naturaleza, etc. Como puede observarse, la legitimidad del régimen se ve amenazada cuando es utilizado para contrarrestar los derechos de los Estados de poder ejercer su poder de regulación aun estando dentro de los márgenes legales.

## **5.1. DEFINICIONES PARA EL CENTRO UNASUR**

En el Borrador de Acuerdo del Centro UNASUR no hay cláusulas que den cuenta de estas preocupaciones o que puedan aplicarse frente a posibles usos abusivos del mecanismo de solución de disputas. Está claro que los inversionistas pueden contar con mecanismos a utilizar para protestar frente a medidas que consideren ilegales y que lesionen sus intereses; pero también se evidencia una práctica cada vez más reiterada de abuso de las reglas de dichos mecanismos. Una polémica interesante cae, por ejemplo, sobre la definición de “nacional” como limitante o no de la legitimación procesal activa por parte de un inversionista privado en contra del Estado territorial donde se ha alojado dicha inversión. La propuesta de la UNASUR puede contener una exclusión de nacionalidad, es decir definir quienes *no* serían considerados nacionales, algo que no se evidencia de la lectura de los borradores del Acuerdo.

Otra propuesta sería determinar explícitamente los criterios de atribución de nacionalidad en los instrumentos que cada Estado celebre prestando su consentimiento a la jurisdicción del nuevo

Centro. La idea principal sería que pudieran accionar empresas extranjeras que directamente están relacionadas a la inversión y que se ven afectadas por una medida del Estado, mas no sus accionistas o entes controladores ulteriores, de modo que se tenga certeza de los derechos y la protección otorgada por los tratados internacionales y no que un accionista último minoritario, por el mero hecho de poseer una acción comprada en bolsa de una controlante de la controlante de la controlante de una empresa, pueda hacerse del *ius standi* de demandar al Estado huésped de la inversión como si hubiera adelantado capital en forma directa en el territorio donde actúa la filial. También debería incorporarse alguna limitación para evitar casos como el de “**Aguas de Tunari v. Bolivia**”, en donde una empresa local puede demandar *per se* a su Estado ante el CIADI eludiendo la jurisdicción local. Una persona jurídica constituida localmente no debería de poder acceder a jurisdicciones foráneas, pues no se trata de un extranjero sino de una empresa nacional con accionistas extranjeros, y éstos solamente deberían poder demandar si la medida los afecta en forma directa, tal como sentó la jurisprudencia internacional en el conocido caso “Barcelona Traction” (CIJ, 1970).

## 5.2. EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

Otra reforma necesaria dentro del régimen actual es el retiro del consentimiento al arbitraje. El Convenio CIADI contempla esta posibilidad en una forma específica y siempre que el Estado expresamente haya presentado una solicitud de exclusión sobre temas o áreas específicos. Un ejemplo a citar es el de Ecuador que, enmarcado en lo dispuesto por el Art. 25(4) del Convenio CIADI, retiró su consentimiento a ser objeto de demandas que se relacionaran con recursos naturales dos años antes de retirarse definitivamente del organismo.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> El gobierno ecuatoriano, en diciembre de 2007, notificó al CIADI que de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio del CIADI “no

Otra forma de retiro del consentimiento más amplia es el retiro directo del CIADI mediante la denuncia de su convenio constitutivo. El retiro del Estado del CIADI no obsta que mantenga su membresía dentro del Banco Mundial, pero deja de obligarle respecto de demandas sobre inversión. El Estado pasaría a ser un Estado no miembro del CIADI y solamente podría ser objeto de demandas ante el Mecanismo Complementario de dicho organismo, cuya jurisdicción eventualmente debería ser aceptada caso por caso.

Una posible estrategia para que un futuro Centro del UNASUR pase a ser la opción preeminente –luego del agotamiento de los recursos locales– del arbitraje en la materia podría ser que los países miembros del UNASUR desaforen estas cuestiones de los organismos cuestionados. Más allá de la salida del CIADI de Bolivia (2007), Ecuador (2009) y Venezuela (2012), esta iniciativa no es siquiera novedosa incluso en el caso argentino, pues, más allá de que no hayan sido aprobados, resultan numerosos los proyectos de ley presentados por distintas extracciones partidarias

---

*consentirá en someter a [su] jurisdicción las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros*". Notificación de Ecuador al CIADI del 4/12/2007, disponible en:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.

Adicionalmente indicó que: *“Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”*. Sobre los efectos de esta notificación, véase a Montañés, Marco Tulio y Andrade Cadena, Xavier: “Introductory Note to Ecuador's Notice under ICSID Article 25(4)”, en: *International Legal Materials*, Volumen 47. Washington D.C.: American Society of International Law, 2008, pp. 154-161. Citado en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/renuncia-al-arbitraje-previsto-en-un-tratado-el-caso-ecuatoriano/> (consultado en marzo 2015).



(del oficialismo y de la oposición) dentro del Congreso Nacional acerca de excluir a la Argentina de la jurisdicción del CIADI y de las cláusulas de foro de los TBI.<sup>17</sup> plantearan su retiro en bloque

---

<sup>17</sup> Todos estos proyectos que se detallan a continuación han reclamado por la denuncia o nulidad del Convenio de Washington de 1965 así como de los tratados bilaterales de inversión. Desde el año 2005 a la fecha pueden encontrarse, por orden cronológico, los siguientes:

Proyecto de Ley 6737-D-05 encabezado por el diputado Luis Zamora (Autodeterminación y Libertad, oposición),  
<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/ccomercio/PROYECTOS/2005/Diputados%202005.htm>;

Proyecto de Ley 5939-D-2009 encabezado por el diputado Juan Carlos Vega (Coalición Cívica, oposición),  
Disponible en:  
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5939-D-2009>;

Proyecto de Resolución 3053-D-2010 encabezado por el diputado Sergio Basteiro (Partido Socialista, oposición),  
Disponible en:  
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3053-D-2010>;

Proyecto de Resolución 7135-D-2010 encabezado por el diputado Fernando Solanas (Proyecto Sur, oposición),  
Disponible en:  
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7135-D-2010>;

Proyecto de Ley 7137-D-2010 encabezado por el diputado Fernando Solanas (Proyecto Sur, oposición),  
Disponible en:  
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7137-D-2010>;

Proyecto de Ley 1201-D-2011 encabezado por el diputado Eduardo Macaluse (Solidaridad e Igualdad y Frente Amplio Progresista, oposición),  
Disponible en:  
<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1201-D-2011>;

Proyecto de Declaración 1836-D-2011 encabezado por el diputado Juan Mario Pais (Frente para la Victoria, oficialismo),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1836-D-2011>;

Proyecto de Ley 1311-D-2012 encabezado por el diputado Fernando Solanas (Proyecto Sur, oposición),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012>;

Proyecto de Ley 2708-D-2012 encabezado por el diputado Fabián Rogel (Unión Cívica Radical, oposición),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2708-D-2012>;

Proyecto de Ley 8544-D-2012 encabezado por la diputada Liliana Parada (Unidad Popular, oposición),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=8544-D-2012>;

Proyecto de Ley 6347-D-2013 encabezado por la diputada Liliana Parada (Unidad Popular, oposición),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6347-D-2013>;

Proyecto de Declaración 6499-D-2013 encabezado por el diputado Carlos Heller (Partido Solidario y Nuevo Encuentro, oficialismo),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6499-D-2013>;

Proyecto de Ley 5545-D-2014 encabezado por el diputado Claudio Lozano (Unidad Popular, oposición),

Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5545-D-2014>

Todos los datos consultados en marzo 2015.

del CIADI y de los demás foros en donde esta jurisdicción pudiera ser emplazada por demandas presentadas por las ETN. De este modo, las demandas irían a un “no lugar” ya que los países de la región no estarían dentro del régimen vigente sino que ofrecerían uno alternativo: regulación regional de la inversión, jurisdicción doméstica ante controversias (“Cláusula Calvo”) y jurisdicción arbitral complementaria en el Centro UNASUR.

## **6. LA NORMA APLICABLE Y EL CRITERIO DEL ANTECEDENTE VINCULANTE (*STARE DECISIS*)**

El Borrador de Acuerdo para el establecimiento del Centro UNASUR posee una abierta intención de instalar a este nuevo foro regional dentro de las opciones en materia de solución de controversias sobre inversiones. Dentro de la temática de las inversiones extranjeras puede encontrarse una diversidad de foros para la resolución de conflictos: el CIADI,<sup>18</sup> la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE),<sup>19</sup> la Corte Permanente de Arbitraje (CPA)<sup>20</sup> de La Haya, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, pero más conocida por su sigla en inglés como “reglas UNCITRAL”),<sup>21</sup> son los foros más conocidos a los que se pueden sumar otros más específicos surgidos de tratados de libre comercio (TLC) como el estipulado en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (o NAFTA, en inglés). Sin embargo, sobre las normas aplicables, los estándares sustantivos e incluso las reglas procesales suele aplicarse *de facto*

---

<sup>18</sup> <http://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx> (consultado en marzo 2015).

<sup>19</sup> <http://english.chamber.se/> (consultado en marzo 2015).

<sup>20</sup> [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1303](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1303) (consultado en marzo 2015).

<sup>21</sup> <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html> (consultado en marzo 2015).

el criterio del precedente judicial (*stare decisis*) típico del *common law* anglosajón pero no de otros sistemas jurídicos –como el sistema continental que se practica en gran parte de Europa y en toda América Latina– y mucho menos del derecho internacional.

Existen razonadas críticas en cuanto a la aplicación del criterio del *stare decisis* anglosajón en foros que son internacionales e incluso en casos con Estados que no poseen dicho sistema jurídico.<sup>22</sup> La pregunta que cabe es si un nuevo centro de arbitraje en la materia, esta vez dentro de la región como el que se proyecta en la UNASUR, mostrará una continuidad en esta utilización de jurisprudencia producida por tribunales que no son los propios o siquiera son tribunales estables, puesto que muchos son establecidos a propósito de cada caso (*ad hoc*).

Hasta el momento, el borrador del Centro UNASUR no contempla incluir una regla sobre fuentes de derecho aplicables. Una propuesta viable podría seguir los criterios dados por el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que también sirve doctrinariamente para establecer las fuentes numeradas del derecho internacional. Las fuentes principales del derecho internacional poseen un fuerte hincapié en la creación voluntaria de normas mediante la participación consentida de los Estados. Ello evidentemente contraría el establecimiento de normas vía interpretación o derecho pretoriano de los árbitros, con interpretaciones expansivas que van más allá de lo acordado por los Estados en los tratados.

Otra especial referencia debería hacerse respecto de demás normas de derecho más allá de los acuerdos de inversión, como son las Constituciones Nacionales, la legislación interna, los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado o incluso los propios contratos celebrados con la empresa. Estas también son obligaciones que el Estado ha asumido y una interpretación

---

<sup>22</sup> TURYN, Alejandro (2009): “Comentarios sobre las fuentes del derecho internacional en la protección de inversiones extranjeras”, en PINTO, Mónica (comp.), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009: 150-151.

congruente sería saludable para otorgar mayor seguridad jurídica a todos los posibles afectados (no sólo a las empresas) y mayor integralidad que supere la actual situación de fragmentación normativa internacional.

Por último, debe considerar seriamente evitar la formación del criterio del precedente (*stare decisis*) dentro del nuevo sistema del UNASUR. Ese criterio es propio del *common law* pero no del esquema jurídico de los países de la región –que siguen el derecho continental- ni tampoco del derecho internacional.<sup>23</sup> Hasta el momento la propuesta del Centro UNASUR sigue contemplando un sistema de arbitraje que no difiere demasiado del existente en el CIADI en la aplicación del *stare decisis*. Ello debería preocupar si lo que se busca es una *alternativa* a dicho sistema que tanto ha perjudicado a los países de la región. Por lo tanto, los precedentes sólo serían posibles de ser utilizados en casos de tribunales permanentes y bajo la forma jurisprudencial.

## **7. GARANTÍAS DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA**

### **7.1. UN TRIBUNAL PERMANENTE Y SEGUNDA INSTANCIA PROCESAL (APELACIÓN)**

Al estudiar la dinámica del sistema de arbitraje del CIADI se evidencian múltiples conflictos de intereses, falta de independencia y un cierto sesgo privatista que presentan muchos de sus

---

<sup>23</sup> ECHAIDE, Javier, “Sobre el derecho humano al agua y la fragmentación del derecho internacional: el régimen internacional de protección de inversiones vis-a-vis las obligaciones erga omnes en materia de derechos humanos”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja* (Fc. Derecho, UBA) – Año VIII, Número 12, Buenos Aires. Vista 19 de setiembre de 2014 en [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo\\_esp.php?ided=12&idsec=2&art=208](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp.php?ided=12&idsec=2&art=208).

árbitros.<sup>24</sup> A fin de sanear esta situación es necesario pensar en un sistema que reemplace el modelo de tribunales de arbitraje *ad hoc* por un cuerpo de jueces nombrados por los Estados y con carácter permanente por un periodo fijo. De esta manera se aislaría a los jueces de intereses externos. También ayudaría a que haya mayor consistencia y precisión en la interpretación de la norma y las decisiones.<sup>25</sup>

La UNCTAD ha incluido estas ideas en una batería de propuestas que presenta como posibles mejoras al sistema.<sup>26</sup> Pero esto también es insuficiente, pues debe considerarse que mientras que las reglas aplicables sigan teniendo una lógica de otorgamiento de derechos a las inversiones y no contemplen las obligaciones asumidas por los inversionistas en el marco jurídico doméstico o bien en los contratos firmados por ellos con las autoridades locales, el sistema mantendrá su sesgo.

Una crítica al argumento de establecer un tribunal permanente o corte siempre es la onerosidad, y es por eso que sería preferible un mecanismo arbitral más flexible. Pero no resulta cierto tampoco el argumento de que un mecanismo flexible de solución de disputas sea más rápido, efectivo y económico para las partes

---

<sup>24</sup> EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia (2012). Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones, Bruselas y Amsterdam, CEO & TNI, 2012. Vista 10 de agosto de 2014 en [http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando\\_la\\_injusticia\\_es\\_negocio-web.pdf](http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/cuando_la_injusticia_es_negocio-web.pdf) y <http://www.tni.org/es/briefing/cuando-la-injusticia-es-negocio>

<sup>25</sup> VAN HARTEN G., “A Case for International Investment Court”, *Inaugural Conference of the Society for International Economic Law*, 16 July 2008, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424)

<sup>26</sup> UNCTAD *World Investment Report 2013, Global value chains: investment and trade for development*, describes systemic deficiencies of ISDS. Pág. 116 [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf)

en litigio. El mecanismo imperante no es más rápido: tan solo el 36% de los casos presentados ante el CIADI se resuelven por acuerdo de partes. El 64% restante<sup>27</sup> aguarda la decisión final de un tribunal arbitral que suele demorar entre 7 y 10 años. El mecanismo arbitral puede ser flexible pero es a la vez complejo, de larga duración, comparable con los sistemas judiciales internos de los Estados, lo cuales cuentan con la ventaja de poseer reglas más claras y balanceadas para el arribo a una sentencia judicial.

Tampoco se trata de un mecanismo más efectivo: en rigor de verdad, la ejecución de los laudos arbitrales en definitiva depende de su reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero receptadas en las legislaciones internas de los Estados demandados<sup>28</sup>. Puede ocurrir que ello signifique un nuevo proceso ejecutivo a instancia judicial interna, con lo cual el laudo firme es comparable a un título ejecutivo que debe todavía ser presentado en sede doméstica.<sup>29</sup> Por ello es que los laudos favorables suelen resolverse por presiones políticas externas al mecanismo arbitral, lo cual suma argumentos a la falta de transparencia en la aplicación del sistema.

Por último, tampoco resulta económico: la ultraespecialización en la materia y los recovecos procesales y de fondo muchas veces provocan que se incremente el gasto utilizado por los Estados en su defensa con la contratación de bufetes privados. En realidad son pocos los Estados que dedican su defensa en arbitrajes ante este tipo de demandas en manos de las procuraciones oficiales. La contratación de bufetes privados –sea para que asesoren,

---

<sup>27</sup> CIADI, 2014 (Carga de casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2014-1) (Consultado en agosto 2014).

<sup>28</sup> En Argentina, los laudos dictados por organismos internacionales, tribunales arbitrales o tribunales extranjeros, para ser ejecutadas en el país, requieren de un procedimiento de reconocimiento de ejecución según el Art. 517 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CCyPr).

<sup>29</sup> Así ocurre por ejemplo en el caso argentino (Art. 517 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

auxilien o representen directamente la defensa del Estado— eleva los gastos en cientos de millones de dólares<sup>30</sup>, lo cual no difiere de los gastos que requiere el funcionamiento de una corte y el arreglo judicial. La diferencia del segundo caso está dada nuevamente en la claridad de los criterios aplicables sobre la interpretación de normas, así como en la previsibilidad del sistema sobre la utilización de antecedentes jurisprudenciales que, a diferencia del régimen arbitral, suele ser tomada en forma menos aleatoria.

Por ende, la creación de un cuerpo estable de magistrados en un Tribunal de carácter permanente no supone necesariamente gastos que resulten tan elevados en comparación con el sistema de arbitraje vigente. Posiblemente, un sistema basado en el arreglo judicial redunde en un sistema con mayor grado de transparencia y menor grado de arbitrariedad, lo cual ha de servir para re-equilibrar objetivamente la balanza de derechos y obligaciones entre Estado e inversor extranjero.

Es menester la consideración de este cuerpo permanente de magistrados no sólo para algunos recursos procesales, como ser la apelación —algo que es una de las propuestas presentadas dentro de las discusiones para el Centro UNASUR—. Incorporar este recurso es un reclamo sostenido desde sectores académicos como desde los Estados y que resulta evidentemente necesario, pero dicha alternativa no debería repetir la base de tribunales arbitrales *ad hoc* debido a los probados perjuicios y problemas que ello ha significado para los países de la región según la experiencia vivida por ellos dentro del régimen del CIADI.

Una Corte Permanente permitiría además estabilidad en los cargos de los magistrados, evitando el fenómeno de rotación de cargos que actualmente suelen practicar los árbitros del CIADI, que mañana serán abogados de empresas demandantes, para luego

---

<sup>30</sup> La auditoría que está llevando adelante la CAITISA en el Ecuador estima hasta el momento que los gastos realizados solamente en defensa frente a las demandas de inversionistas en este régimen asciende aproximadamente a los US\$ 118 millones de dólares para el Estado ecuatoriano.



volver a ser nombrados por dichas empresas como árbitros de próximos casos.<sup>31</sup> Sin embargo, hoy no existe ninguna limitación en la propuesta en mesa del UNSUR que impida casos de “puertas giratorias” en donde un árbitro pueda ocupar simultáneamente o sucesivamente rol de abogado de parte de un inversionista demandante en otro caso.

### **7.1. FINANCIAMIENTO Y SISTEMA DE DESCALIFICACIÓN DE ÁRBITROS**

Algunas de las reformas dentro del régimen actual pueden relacionarse con los motivos de descalificación y recusación de árbitros, los cuales son extremadamente limitados en el CIADI, así como en otros foros de arbitraje en materia de inversiones. La interpretación del grado de manifiesto de las causales de recusación depende del propio Tribunal Arbitral. En un régimen donde se reiteran casos de conflictos de intereses en sus árbitros y donde ocupan uno u otro lado del escritorio dependiendo de cada caso, es probable que los pedidos de recusación, atendidos por esos mismos árbitros, no prosperen.

Incluso para el caso de un sistema arbitral, existen códigos de conducta para árbitros y representantes de partes a nivel internacional. Los más reconocidos son los propuestos por el Colegio de Abogados Internacional (IBA por sus siglas en inglés),<sup>32</sup> aunque son de carácter voluntario y no son lo suficientemente estrictos. En el marco de las negociaciones del Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP, por sus siglas en inglés) con EE.UU., la Unión Europea ha propuesto recientemente incluir

---

<sup>31</sup> EBERHARDT, Pia y OLIVET, Cecilia, Op. Cit., 2012.

<sup>32</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) and on Party Representation in International Arbitration (2013) [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#conflictsofinterest](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest)

un código vinculante para árbitros.<sup>33</sup> Sin embargo, aún no ha presentado una propuesta más desarrollada de qué incluirá.

En este sentido, sostenemos que un Tribunal Permanente sería una propuesta superadora, pero bien podría irse por una propuesta *de minimis* como la aplicación de un Código de Conducta Vinculante de árbitros del UNASUR, algo que es compatible dentro del actual marco arbitral. Este Código al menos debería incluir dos requisitos básicos: (1) Que los árbitros no tengan conflictos de intereses que creen una apariencia de falta de imparcialidad; y (2) que no puedan ejercer ni como consultores ni como expertos en casos de inversión durante al menos dos o tres años después de sus servicios como árbitros.

La actual propuesta de la UNASUR contempla una serie de requisitos para los miembros del Tribunal Permanente en donde se menciona un “Código de conducta” pero sin que se pormenore sobre sus contenidos. Sería conveniente perfilar dichos contenidos en próximas etapas de negociación sobre este punto.

Sobre el financiamiento, la propuesta del Centro UNASUR deja en claro el financiamiento de dicha institución, pero mantiene sin embargo el carácter remunerativo que los árbitros utilizan en el CIADI: son ellos los que determinan sus propias remuneraciones y lo hacen por caso, sin criterios preestablecidos que brinden objetividad a su determinación. Por ende, el ánimo de lucro puede animar a los árbitros en su actividad que, sumada a la falta de limitaciones en la rotación de cargos, puede fomentar una repetición de la “industria del juicio” que se da actualmente en el CIADI pero dentro del ámbito regional.

---

<sup>33</sup> Draft TTIP Text (Limited) – Trade in Services, Investment and E-Commerce (2 July 2013) (as released by the German weekly DIE ZEIT on Febr. 27, 2014  
[http://eu-secretdeals.info/upload/EU-Investment-Text-TTIPv\\_July2nd-2013\\_v1.pdf](http://eu-secretdeals.info/upload/EU-Investment-Text-TTIPv_July2nd-2013_v1.pdf)

## **8. NUEVAS REGLAS, NUEVAS CLÁUSULAS**

### **8.1. TRATO NACIONAL, CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

No existen pruebas concluyentes de que los TBI atraigan la inversión externa. Esto hoy es sostenido desde organismos internacionales, académicos, sectores sociales, e incluso desde la boca de algunos árbitros. Por ende, los TBI no son la herramienta necesaria para promover la inversión sino que lo es el establecer un marco macroeconómico atractivo, el cual se da con elementos que van mucho más allá de las cláusulas establecidas en los TBI. Estos tratados actúan luego del fracaso de la inversión, por lo que el criterio de esperar el propio fracaso de la inversión que se adelanta no resulta un argumento convincente ni lógico.

Por ende, son necesarias nuevas reglas y con ellas nuevas cláusulas para nuevos tratados sobre inversión. Los TBI poseen cláusulas que han resultado problemáticas por la interpretación expansiva y por la vaguedad con las que han sido redactadas, tales como las de “trato nacional”, y el “nivel mínimo de trato” –especialmente el “trato justo y equitativo” que ha otorgado las justificaciones e interpretaciones más amplias que paralizan el diseño e implementación de políticas públicas responsables por parte de los gobiernos a nivel nacional pero también sub-nacional, local o municipal. Estas disposiciones ambiguamente formuladas abren la puerta a demandas inversionista-Estado por una amplia gama de medidas gubernamentales. Lo mismo ocurre con la “cláusula de la nación más favorecida” que hace radiales las obligaciones asumidas bilateralmente entre Estados (provocando el “efecto Mafezini” mediante el cual un inversionista de nacionalidad A puede reclamarle al Estado B los derechos y niveles de trato que éste acordó en un TBI con el Estado C, es decir un Estado ajeno a su nacionalidad).

Este tipo de cláusulas inhibe la posibilidad de concesiones mutuas en el ámbito de la integración regional ya que automáticamente se hacen extensivas a países extra regionales, con lo cual resultan muchas veces no en beneficios sino en impedimentos para avanzar en mayores grados de integración económica y comercial dentro de la región.

## **8.2. EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y DEFINICIÓN DE INVERSIÓN**

El propio concepto de “expropiación indirecta” o “medidas equivalentes a expropiación” es polémico en su naturaleza, así como en su interpretación y aplicación. Debe por ende restringirse la definición de expropiación a un acto directo de un gobierno que, por causas de utilidad pública, se apropia o nacionaliza un bien tangible de un inversionista por el cual se debe de pagar una compensación justa, y el reclamo debe producirse ante la violación de alguna de estas tres condiciones. Conceptos como el indemnizar por las expectativas de ganancia “esperada o futura” cuando éstas son inciertas resulta abusivo del sistema de protección de la inversión y otorga una altísima discrecionalidad a su cuantificación.

Lo mismo resulta respecto de la definición de inversión, la cual debe restringirse a bienes o propiedades “tangibles”. Existen áreas normalmente restringidas que hacen a las facultades gubernamentales o a temas estratégicos para los Estados, y muchos TBI incluyen estas áreas bajo la protección de la “inversión”. Algunos ejemplo de ello son las contrataciones públicas y las compras gubernamentales, los contratos de concesión de recursos naturales, los permisos reglamentarios, los derechos de propiedad intelectual, los instrumentos financieros (como los derivados, que han causado la explosión de la crisis financiera y económica que se vive mundialmente desde 2008), y las nociones ambiguas que predicen que “asumir riesgos” es una forma de inversión. De igual manera se consideran inversiones protegida a las de corto

plazo como bonos, inversión en bolsa de valores (“capitales golondrinas”) e incluso la deuda soberana.

Este tipo de “aperturas” en la definición de inversión es lo que habilita a que reclamos de naturaleza netamente comercial (que corresponderían a una jurisdicción del tipo OMC) puedan ser presentados bajo el amparo de los TBI como reclamos por inversiones.

### **8.3. CONTROLES DE CAPITALES Y REQUISITOS DE DESEMPEÑO**

Los TBI y los TLC generalmente impiden el diseño e implementación de controles de capitales y de requerimientos de desempeño, permiten o al menos toleran el flujo de capitales ilícitos y la evasión fiscal sin por ello privilegiar a las inversiones productivas por encima de las especulativas. Este es uno de los mayores riesgos que los TLC y los TBI tienen en común. Consecuentemente, el permitir la implementación de controles de capitales para prevenir y mitigar las crisis financieras resulta algo no sólo necesario sino conveniente para los Estados sobre todo en momentos de crisis económicas y financieras internacionales como las que hoy se viven. De hecho, muchos gobiernos han utilizado estos controles en el pasado con considerable éxito para prevenirlas. Estos controles también sirven para garantizar que los capitales que entran a un país coadyuven al desarrollo económico al requerir un tiempo mínimo de permanencia en el país anfitrión. Incluso el FMI ha reconocido la necesidad de aplicar controles de capitales y que las obligaciones bajo los TBI y TLC pueden reducir el margen de maniobra de los países para aplicar estas medidas públicas.

Además, los Estados tienen que ser capaces de exigir requisitos de desempeño a los inversionistas. La llegada de inversión externa depende más de las oportunidades de negocio que de la concesión de derechos extraordinarios. Estas exigencias no llevarán a la pérdida de competitividad para atraer inversión

extranjera si se convierten en estándares mínimos internacionales que impidan la competencia desleal entre nuestros países.

Con estas medidas, debe a su vez crearse un espacio para privilegiar la inversión productiva y respetuosa del medio ambiente y desalentar la especulativa. Para ello hay que implementar impuestos a las transacciones financieras e instrumentar controles a las salidas masivas de capital previniendo así crisis e inestabilidades recurrentes. Es necesario asegurar también que las inversiones “productivas” no sean por otro lado destructoras del medio ambiente, como por ejemplo ocurre con las industrias extractivas.

Todas estas propuestas son viables y ya se están discutiendo en diversos ámbitos internacionales incluyendo el UNASUR. Sin embargo, debemos reconocer que muchas de estas nuevas reglas exceden al ámbito regional. Pero validar la vinculación del nuevo sistema regional con tratados de inversiones que prohíben la implementación de medidas de control de capital y requisitos de desempeño impide a su vez un desarrollo más profundo de medidas convenientes que apunten hacia un nuevo régimen de inversiones que dé seguridad jurídica para todos los actores involucrados, de una forma más equilibrada, y que posibilite regulaciones y políticas públicas nacionales y/o regionales que colaboren con el desarrollo y desalienten prácticas que contravengan al interés público.

#### **8.4. CLÁUSULA DE SUPERVIVENCIA O ULTRACTIVIDAD**

Por último pero no menos importante, se encuentran las denominadas “cláusulas de supervivencia” o de “ultractividad” de los TBI.

Si bien la libre voluntad de las partes en un tratado es aceptable al momento de establecer las obligaciones jurídicas, cláusulas como la de ultractividad son jurídicamente poco convenientes. Los procesos de nulidad y terminación vía denuncia

de los tratados estipulados en la Convención de Viena de 1969 establecen mecanismos que permiten la generación de controversias a fin de dilucidar sobre las obligaciones pendientes al momento de denunciar un tratado. Esto permite salidas negociadas diplomáticamente e incluso en arreglo judicial a fin de hallar un entendimiento. Por ende, no resulta necesario la extensión por décadas de las obligaciones que son objeto de denuncia so pretexto de “estabilidad” para el inversor. Resulta abusivo sostener forzosamente el respeto por estas obligaciones una vez denunciadas, y suman un problema jurídico: si un tratado depende en su existencia de la voluntad en obligarse por un Estado y dicha voluntad fue retirada vía la denuncia, ¿cómo es posible que el Estado mantenga compromisos denunciados aun en contra de su voluntad? ¿Es posible que el Estado se obligue a futuro aun en los casos y cláusulas en que decide desobligarse? O mismo, en los casos de declaración de inconstitucionalidad de estos tratados (caso de Ecuador, por ejemplo): ¿cómo es posible que un sistema jurídico se vea forzado a tolerar como vigentes normas y cláusulas a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales? Ello daría nacimiento a un nuevo tipo de norma jurídica: la “norma inconstitucional pero vigente”, algo totalmente inaceptable bajo el bien entendimiento de cualquier sistema jurídico.

## 9. CONCLUSIONES

Dentro de un marco general de análisis, una propuesta alternativa sobre un sistema de solución de controversias en materia de inversiones para la región debe ofrecer soluciones a los problemas planteados dentro del régimen vigente, sobre todo en el ámbito del CIADI, y que son materia de debate actualmente en distintos organismos internacionales así como en el ámbito académico especializado a nivel global.

La actual propuesta del Centro UNASUR, en los términos que hasta el momento está siendo formulada, ofrece algunas reformas interesantes pero no significativas para constituir

un sistema alternativo en lo sustancial al mecanismo planteado en el CIADI.

Las reglas y la lógica propuestas en el Centro UNASUR son importadas del arbitraje comercial privado aunque de lo que se trata es de un organismo de carácter público, constituido por sujetos públicos del derecho internacional como son los Estados. En este sentido, la propuesta del Centro UNASUR debe, cuando menos, considerar los debates que se están dando a nivel internacional, incluso desde y dentro de los países desarrollados, organismos internacionales o ámbitos académicos especializados. Sorprende entonces que muchas de las propuestas que giran en estos debates resulten ser todavía más osadas en los debates del FMI, la academia de los países centrales o la UNCTAD y no en los bloques regionales de los países más perjudicados.

Hemos propuesto aquí una variedad de sugerencias que podrían perfectamente ser consideradas en el ámbito de la UNASUR. El objetivo del presente trabajo no ha sido sólo aportar nuevas ideas sino también vincular los debates académicos expertos, tanto de América Latina como de Europa y América del Norte, y buscar una sincronía con las negociaciones en curso a nivel regional. Estimamos que todavía hay una chance para incorporar muchas de estas contribuciones urgentes a fin de aprovechar la oportunidad histórica que la actual coyuntura nos ofrece a toda la región.



## CAPÍTULO 12

### LA ALIANZA PARA EL PACÍFICO

*Gustavo Carrizo Adris*

*Jorge Salsa*

*Alejandra Villanueva*

#### 1. ASPECTOS GENERALES

El 23 de mayo de 2013, en el marco de la VII Cumbre de Presidentes de la Alianza del Pacífico, los mandatarios de Chile, Colombia, México y Perú, pusieron en evidencia cual era la voluntad política del nuevo proceso de integración. Esta instancia de cooperación recoge el espíritu y resalta que la integración regional sigue siendo una estrategia de vinculación y desarrollo vigente para los países latinoamericanos.

Para su conformación la Alianza del Pacífico se nutre de los procesos económicos y los flujos económicos de la década del '90, como así también aquellos avances socio económicos, tales como el intercambio estudiantil, un régimen único de visas turísticas, entre otros aspectos, que si bien no representan un aspecto significativo a los fines comerciales si lo son como aspectos a tomar en cuenta a la hora de fortalecer la integración.

A pesar del innegable espíritu de integración, y de voluntad política puesta de manifiesto, se aprecia, como paso obligado para su fortalecimiento, dar respuesta a la cuestión de la solución de controversias ya que es una cuestión pendiente de resolución; a pesar de que esta problemática ha sido mencionada en las Declaraciones de Paranal y Calí respectivamente.

En tal sentido, y a nuestro entender, el proceso de solución de controversias que se establezca deberá ser lo suficientemente

amplio para dar respuesta a un creciente proceso de integración regional que busca establecer metas y objetivos claros y beneficiosos para todos los miembros de la alianza.

Según la Declaración de Lima, la intención de la alianza es “Alentar la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad” de las economías de sus países, a la vez que se comprometieron a “avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”.<sup>1</sup>

## **2. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS**

El principal objetivo de la Alianza del Pacífico es conformar un área de integración profunda que impulse un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías participantes, mediante la búsqueda progresiva de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Busca generar condiciones de crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías que la conforman.

La definitiva conformación de un bloque regional o proceso de integración que se oriente a crear un nuevo espacio de cooperación o a fortalecer uno ya existente conlleva necesariamente la ocurrencia de un acontecimiento que marque el inicio del mismo.

En este sentido, y en el caso particular de la Alianza del Pacífico este hito lo representa la decisión adoptada, el 28 de abril de 2011 en la ciudad de Lima, por los presidentes de Chile, Colombia, México y Perú al crear la Alianza.

A los ojos de la comunidad regional, este bloque de cooperación, fue presentado como una instancia de integración regional cuyo objetivo es alcanzar un área de integración profunda, que aliente un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad

---

<sup>1</sup> Declaración de Lima sobre la Alianza del Pacífico. Abril 28 de 2011

de las economías de los Estados firmantes, en particular hacia la región del Asia-Pacífico y que aliente a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, es decir instaurar un mercado común.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2011, los mandatarios se reunieron en la ciudad de Mérida en México, instancia en la cual suscriben la segunda Declaración en la cual manifiestan que el espíritu del proceso de integración encuentra su razón de ser en el objetivo de combatir la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.

Paralelamente, y en el mismo documento, se instruye a los ministros de Comercio Exterior como a los de Relaciones Exteriores a que finalicen los preparativos del Acuerdo Marco para que en un plazo no mayor a seis meses se suscriba el Tratado Constitutivo fundacional de la Alianza del Pacífico; asimismo se acuerda el establecimiento de una visa única de la Alianza con el objetivo de facilitar el tránsito de personas de negocios, como así también se da inicio a las negociaciones para instituir una plataforma de movilidad académica y estudiantil.

Desde el punto de vista jurídico, se aprecia que la IV Cumbre en la cual los Presidentes Estados Partes rubrican el Acuerdo Marco, y más precisamente a través de la Declaración de Paranál, los signatarios instrumentan un instrumento jurídico mediante el cual se sustentarán las bases de esta iniciativa de integración regional.

Al mismo tiempo, se conforma el Grupo Técnico de Asuntos Institucionales cuyo objetivo es la negociación de un régimen de solución de Controversias y un Acuerdo que abarque las inversiones y los servicios en la Alianza del Pacífico. En tal sentido, se avanza en las negociaciones para la eliminación de los aranceles y el establecimiento de un programa de actividades culturales, tendientes a afianzar la presencia de la Alianza en la región Asia - Pacífico.

Finalmente, se realiza la última Cumbre de Presidentes el 23 de mayo de 2013 en la ciudad de Cali, Colombia, en la cual se instrumentó la VII Declaración de la Alianza del Pacífico, mediante la cual los Estados Parte fijaron los principios, valores y objetivos enunciados en las Declaraciones anteriores y aprobaron la solicitud de Costa Rica para que inicie el proceso de incorporación a la Alianza, acordando la conformación de un grupo de trabajo para dicha tarea.

En términos generales los objetivos fijados por esta instancia de integración regional son:

- Construir un área de integración profunda, para lograr de manera progresiva la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, es decir la constitución de un mercado común.
- Promover un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de los Estados Parte, con miras a lograr un mayor bienestar, superar la desigualdad socioeconómica y la inclusión social de los ciudadanos; y
- Conformar una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, con proyección internacional, especialmente a la región Asia Pacífico.

Ninguna otra iniciativa de política exterior había generado tanto interés en la sociedad civil como la Alianza del Pacífico. A la fecha se han creado la Asociación de Mujeres de la Alianza del Pacífico, la Red Nacional de Emprendimiento conocida como “Emprende Colombia”, y la Asociación de Emprendedores de Latinoamérica (ASELA), entre otras iniciativas; se han firmado memorandos de entendimiento entre las Cámara de Comercio de las capitales de los países, las Confederaciones de Cámaras de Comercio de los países también trabajan de manera conjunta, al igual que las asociaciones de emprendedores y las Cámaras chinas y japonesas de los países de la Alianza. De igual manera las universidades, las asociaciones de grupos étnicos, están creando

cátedras de la Alianza del Pacífico y trabajando para vincularse de forma activa con este proceso de integración.<sup>2</sup>

### 3. LA ALIANZA Y LA REGIÓN

Desde un plano comparativo podemos sostener que la región de América Latina y el Caribe se han caracterizado, desde mediados del siglo pasado, por la simultaneidad en la constitución de procesos de integración regional, con la particularidad que un mismo Estado forme parte por ejemplo de hasta cinco procesos de integración a la vez.

En este marco, podemos sostener que la coexistencia y participación de un Estado en varias instancias de cooperación no necesariamente implica la extinción de los procesos ya comenzados con anterioridad, sino que tienden a complementarse.

Se observa en la región la coexistencia de procesos, tal es el caso de Comunidad Andina de Naciones y el MERCOSUR que originariamente fueron concebidos como procesos tendientes a fortalecer las áreas económicas y comerciales, y el bloque de la UNASUR y la CELAC que fueron proyectadas con un objetivo de tinte más político.

Es decir que los diferentes estilos o procesos de integración regional en América Latina y el Caribe oscilan entre perfiles tendientes a la preponderancia de materias comerciales o económicas y procesos con perfiles que priorizan lo político y social, como lo ha demostrado en este comienzo de siglo la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA).

En esta coyuntura internacional, y más precisamente en Sudamérica, la Alianza del Pacífico aparece como una alternativa integracionista, disputando con el MERCOSUR el protagonismo internacional en esta parte del continente.

---

<sup>2</sup>Todos por un nuevo País. “Cien preguntas de la Alianza del Pacífico”. MINCIT.

Los recientes acontecimientos acaecidos en el ámbito del MERCOSUR, es decir la suspensión provisoria a Paraguay, la incorporación de Venezuela, la recepción del Protocolo de adhesión de Bolivia, el despegue definitivo de Brasil como *Global-player*, al mismo tiempo que se ha paralizado la búsqueda de un mercado común, producto del impedimento de consolidar tanto una Unión Aduanera como una Zona de Libre Comercio, como así también un serio déficit institucional del proceso de integración determina que el bloque deba redefinir sus objetivos y los caminos para alcanzarlos.

Por su parte, la Alianza del Pacifico se caracteriza por ser un proceso de integración abierto, dinámico, pragmático y con cuyos objetivos específicos; ello explica el porqué de la solicitud formal de incorporación como Estado parte de Costa Rica, y que Uruguay haya manifestado su interés de ser un Estado observador de la Alianza para posteriormente ser un miembro pleno.

#### **4. EL ESQUEMA INSTITUCIONAL DE LA ALIANZA**

En lo que respecta al andamiaje institucional de la Alianza del Pacifico, el mismo es acorde a la lógica de los procesos de integración regional en América Latina y el Caribe.

En tal sentido, se puede sostener que la Alianza ostenta instituciones de tipo Intergubernamental, en donde los funcionarios que integran los órganos decisorios del proceso de integración cumplen funciones también en el ámbito gubernamental de alta jerarquía dentro de cada Estado miembro, por lo que no existe una institución dentro del marco de la Alianza que represente un interés comunitario distinto y superador al interés particular de cada Estado Parte.

Es decir que dentro del esquema institucional podemos hallar, por un lado instituciones que tienen poder decisorio y un fuerte componente político (Cumbres y el Consejo de Ministros) y por otro lado instituciones meramente técnicas, que van a hacer de soporte a los órganos decisorios.

En tal sentido podemos destacar que las reuniones cumbres es la instancia de decisión más alta dentro del proceso de integración regional; es decir que implica la reunión de Jefes de Estado de los países miembros y, consecuentemente, la conducción política y económica del proceso de integración.

Otra de las instancias está representada por el CONSEJO DE MINISTROS que es el órgano de mayor complejidad, ya que está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y por los Ministros encargados del Comercio Exterior; siendo sus atribuciones la de adoptar decisiones tendientes a cumplir con los objetivos y acciones específicas de la Alianza, como así también evaluar los resultados logrados, aprobar los programas de actividades y definir los lineamientos políticos del proceso de integración.

Por otra parte, encontramos al GRUPO DE ALTO NIVEL (GAN), que está integrado por los Viceministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior de los países miembros, es el responsable de supervisar los avances de los grupos técnicos, y al mismo tiempo, evaluar nuevas áreas en las cuales se pueda seguir avanzando y preparar propuestas para el relacionamiento externo de la Alianza.

Con respecto a los grupos técnicos cabe mencionar que en el marco de la Alianza existen los siguientes grupos técnicos:

- **Comercio e Integración:** Es el responsable de las negociaciones de desgravación arancelaria, acumulación de origen, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, facilitación de comercio y cooperación aduanera.
- **Servicios y Capitales:** Son quienes están a cargo del comercio electrónico, de las negociaciones sobre inversión, comercio transfronterizo de servicios, servicios financieros, telecomunicaciones, transporte aéreo, transporte marítimo, servicios profesionales de ingeniería y una potencial integración de las bolsas de valores.

- **Cooperación:** La plataforma estudiantil y académica, la red de investigación científica en materia de cambio climático, pequeñas y medianas empresas, interconexión física y el Fondo Común de Cooperación, son los principales temas abordados por este grupo.
- **Movimiento de Personas de Negocios y Facilitación para el Transito Migratorio:** Son los responsables por llevar adelante los principales temas de este grupo en lo que respecta a la libre circulación de personas de negocios, la facilitación del tránsito migratorio, la cooperación consular y un programa de estudio y trabajo para estudiantes, también como el esquema de cooperación e intercambio de información sobre flujos migratorios;
- **Asuntos Institucionales:** Es la instancia responsable por consensuar y acordar todos aquellos instrumentos relacionados con los asuntos institucionales de la Alianza.

En términos generales nos encontramos con una estructura institucional simple que permite que el proceso de toma de decisiones sea a la vez concentrado pero ágil, sin excesiva burocratización. Por tales motivos, y al momento de ir consolidándose el proceso de integración regional como así mismo se vayan incorporando nuevos Estados, se irá complejizando y fortaleciéndose con el paso del tiempo.

## 5. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En todo proceso de integración regional el mecanismo que se establece para diferir los conflictos tiende a otorgarle certeza y seguridad jurídica al mismo. Otras veces el Órgano encargado de solucionar las controversias asume el compromiso de sostener y profundizar el proceso de integración. En la Alianza del Pacífico la cuestión referida a la Solución de Controversias ha quedado todavía por resolver, pero ha sido mencionada tanto en la Declaración de Paranal como en la de Cali.



En la Declaración de Paranal se instruye a que se constituya un Grupo Técnico de Asuntos Institucionales para que negocie un régimen de solución de controversias, por su parte la Declaración de Cali, los Primeros Mandatarios, institucionalizaron el Grupo Técnico con el objetivo de que concluya las negociaciones y formalice un mecanismo de solución de diferencias que se ajuste al espíritu y a lo establecido en el marco de la Alianza.

Si bien no contamos con certezas en cuanto a que formato tendrá el sistema de solución de controversias de la Alianza, se prevé que el mismo se plantea como uno de los principales desafíos que debe enfrentar esta instancia de cooperación por cuanto es un paso necesario para su fortalecimiento y, consecuentemente, una instancia que permitirá sortear las diferencias o controversias que pudieran darse hacia el interior del bloque.

Desde que se comenzaron las negociaciones para la creación de la Alianza del Pacífico, es que los estados fueron conscientes de que un tratado de integración debe contar con un sistema de solución pacífica de controversias. Es por ello que en el anexo de la primera cumbre de dicha alianza, celebrada en la ciudad de Lima, Perú, a los 28 días del mes de Abril de 2011 los estados signatarios acuerdan priorizar, entre otros temas, sobre la cooperación y mecanismos de solución de diferencias con la idea de crear un grupo técnico para esta área, como así también para el resto de las áreas.<sup>3</sup>

Este tema es retomado en la cuarta cumbre, la cual tuvo lugar en Chile el día 6 de Junio de 2012, donde los representantes de los distintos estados participantes instruyen que se constituya un grupo técnico de asuntos institucionales para que negocie, entre otros asuntos, un régimen de solución de controversias.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Declaración Presidencial sobre la Alianza del Pacífico. Cumbre de Lima para la Integración Profunda. Lima. 28 de Abril de 2011.

<sup>4</sup> *IV Cumbre Alianza del Pacífico*, Antofagasta, Chile. 6 de Junio de 2012.

Ya en la séptima cumbre llevada a cabo en la ciudad de Cali, Colombia con fecha 23 de Mayo de 2013, los mandatarios de los estados parte instruyen como una de las primeras medidas concluir a más tardar el día 30 de Junio del mismo año, entre otros temas, los asuntos institucionales y solución de diferencias.<sup>5</sup>

Según surge del art. 17.3 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, (capítulo XVII) se establece que el procedimiento de solución de diferencias se aplica cuando:<sup>6</sup>

- a) Una medida vigente o en proyecto de otra Parte eso pudiera ser incompatible con las obligaciones previstas en el presente Protocolo Adicional.
- b) Otra Parte ha incumplido de alguna otra manera con las obligaciones previstas en el presente Protocolo Adicional.
- c) Una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las disposiciones del presente Protocolo Adicional.

Esto demuestra claramente que este sistema de solución pacífica de controversias no sólo es posible aplicarlo sobre un acuerdo o medida vigente, sino también para un proyecto del mismo.

Las controversias que puedan surgir de este protocolo, sus anexos, Acuerdo de la OMC, o cualquier otro acuerdo comercial donde las partes sean parte, pueden ser debatidas en cualquiera de los foros, quedando la elección a voluntad del reclamante. La elección de un foro o de un tribunal arbitral de este protocolo

---

<sup>5</sup> Declaración de Cali. Alianza del Pacífico. Cali, Colombia, 23 de Mayo de 2013.

<sup>6</sup> Art. 17.3 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

o de otro acuerdo de los mencionados anteriormente, excluye al resto de manera automática.<sup>7</sup>

Este protocolo admite la celebración de consultas entre las partes, como medio previo a la conformación de un tribunal arbitral para dirimir sus diferencias.<sup>8</sup>

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros.<sup>9</sup>Cada parte en la diferencia, en un plazo de 20 días contados a partir de la recepción de la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral, designará un árbitro, que podrá ser su nacional y propondrá hasta cuatro candidatos para actuar como presidente del tribunal arbitral. El presidente del tribunal arbitral no podrá ser nacional ni tener su residencia permanente en alguna de las partes en la diferencia. Esta información será notificada por escrito a la otra parte en la diferencia.<sup>10</sup>Si una parte en la diferencia no designa a un árbitro dentro del plazo estipulado, éste será seleccionado por la otra de la lista indicativa de expertos que pueden ser integrantes de grupos especiales de la OMC de la parte en la diferencia que no designó.

El tribunal arbitral notificará su proyecto de laudo a las partes en la diferencia dentro de los 90 días siguientes a la fecha

---

<sup>7</sup> Art. 17.4 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>8</sup> Art. 17.5 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>9</sup> Art. 17.13 inc. 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>10</sup> Art. 17.13 inc. 2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

de designación del último árbitro, salvo que las partes en la diferencia acuerden un plazo distinto.<sup>11</sup>

En casos de urgencia, el tribunal arbitral notificará su proyecto de laudo a las partes en la diferencia dentro de los 60 días siguientes a la fecha de designación del último árbitro, salvo que las partes en la diferencia acuerden un plazo distinto.<sup>12</sup>

En casos excepcionales, si el tribunal arbitral considera que no puede emitir el proyecto de laudo dentro del plazo de 90 días o 60 días para el caso de urgencia, deberá informar por escrito a las partes en la diferencia las razones que justifiquen la demora junto con un estimado de tiempo en el cual emitirá su proyecto de laudo. Cualquier demora no deberá exceder de un plazo de 30 días, salvo que las partes en la diferencia acuerden un plazo distinto.<sup>13</sup>

El tribunal arbitral basará su proyecto de laudo en las disposiciones pertinentes del presente Protocolo Adicional, de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, los escritos y argumentos orales de las partes en la diferencia, así como cualquier información y asesoría técnica que haya recibido de conformidad con el presente Protocolo Adicional.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 17.15 inc. 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>12</sup> Art. 17.15 inc. 2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>13</sup> Art. 17.15 inc. 3 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>14</sup> Art. 17.15 inc. 4 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

El proyecto de Laudo debe contener.<sup>15</sup>

- a) Resumen de los escritos y argumentos orales presentados.
- b) Las conclusiones con fundamentos de hecho y de derecho.
- c) Determinaciones sobre si una parte en la diferencia ha cumplido o no con sus obligaciones en virtud del presente Protocolo Adicional, o si la medida en cuestión es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 17.3 (c), o cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia.
- d) Sus recomendaciones, cuando sea aplicable, para que la parte reclamada ponga sus medidas de conformidad con el presente Protocolo Adicional. Asimismo, podrá sugerir la forma en que la parte reclamada podrá implementar el laudo arbitral.

Las conclusiones y determinaciones del tribunal arbitral y, cuando sea aplicable, cualesquiera recomendaciones, no podrán aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el presente Protocolo Adicional.<sup>16</sup>

Presentado el proyecto de laudo, las partes tiene 15 (quince) días, o el plazo que hubiesen acordado, para presentar observaciones al proyecto de laudo. Luego de presentadas las mismas, el tribunal podrá considerarlas y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Art. 17.15 inc. 5 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>16</sup> Art. 17.15 inc. 6 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>17</sup> Art. 17.15 inc. 7 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

El Tribunal Arbitral debe dar su laudo final en un plazo máximo de 30 (treinta) días contados desde la notificación del proyecto de laudo, salvo que las partes acuerden un plazo diferente.<sup>18</sup> El laudo final será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes en la diferencia.<sup>19</sup> En el mismo no pueden figurar los nombres de los árbitros que votaron a favor ni en contra. De existir urgencia, los plazos se reducen a la mitad.<sup>20</sup>

Habiendo sido las partes notificadas del laudo final, entre ellas deben acordar su cumplimiento, teniendo en cuenta las recomendaciones que ha hecho el tribunal para el caso.<sup>21</sup>

Las partes en la diferencia podrán, en cualquier momento, acordar la utilización de un medio alternativo de solución de diferencias, tales como los buenos oficios, conciliación o mediación.<sup>22</sup> Tales medios alternativos de solución de diferencias se conducirán de acuerdo con los procedimientos acordados por las partes en la diferencia.<sup>23</sup> Cualquiera de las partes en la diferencia

---

<sup>18</sup> Art. 17.16 inc. 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>19</sup> Art. 17.16 inc. 2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>20</sup> Art. 17.16 inc. 4 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>21</sup> Art. 17.19 inc. 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>22</sup> Art. 17.23 inc. 1 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

<sup>23</sup> Art. 17.23 inc. 2 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.

podrá iniciar, suspender o terminar en cualquier momento los procedimientos establecidos en el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 17.23 inc. 3 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Cartagena de Indias, D. T. y C., Colombia. 10 de Febrero de 2014.





## CAPÍTULO 13

### ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE MERCOSUR, CAN, ALADI, CELAC, SICA, CARICOM, ALIANZA PARA EL PACÍFICO Y NAFTA

*Gustavo Carrizo Adris  
Luis Fernando Castillo Argañarás  
(Directores)*

#### 1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y OBJETIVOS DEL SISTEMA

<b>ORGANISMO</b>	<b>INSTRUMENTOS</b>	<b>OBJETIVO</b>
MERCOSUR	<ol style="list-style-type: none"><li>1) Tratado de Asunción (1991)</li><li>2) Protocolo de Ouro Preto (1994)</li><li>3) Protocolo de Olivos (2002)</li></ol> <ul style="list-style-type: none"><li>• Decreto. 37/03</li><li>• Reglamentación del Protocolo.</li><li>• Decreto. 23/04</li><li>• Procedimientos casos de urgencia.</li><li>• Decreto. 30/04</li></ul> <p>Reglas modelo procedimientos.</p>	Ampliación de las dimensiones de sus mercados nacionales a través de la integración para “Alcanzar un mercado común” (Preámbulo Tratado de Asunción)

<p>NAFTA</p>	<p>Capítulo: XI SC s/ inversiones; Cap. XIX dumping y subsidios; Cap. XX cuestiones genéricas a. instituciones, b. genéricos/ sc y c. procedimientos internos y comerciales privadas, CAP. VII cuestiones agrícolas, CAP. XIV servicios financieros.</p>	<p>Integrado por EE.UU., Canadá y México (zona de libre comercio).</p>
<p>CAN</p>	<p>4) Acuerdo subregional andino (Acuerdo de Cartagena) Bogotá 1969</p> <p>5) Tratado de Creación del Tribunal de Justicia 1979</p> <p>6) Protocolos de Cochabamba 1996, Trujillo 1996, Sucre 1997. Decreto 472 COM. (CODIF. TJCA)</p> <p>7) Decreto 500 CONS (Estatuto TJCA)</p> <p>8) Reglamento específico-sumarios por incumplimiento de sentencias</p>	<p>“Formación gradual de un mercado común latinoamericano” (Art. 1 del Acuerdo de Cartagena)</p>

SICA	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Tratado gral. de integración económica (MANAGUA,1960)</li> <li>2) Carta de la ODECA 1962</li> <li>3) Protocolo de Tegucigalpa (PT) 1991 (creación del SICA)</li> <li>4) Enmienda al Art. 35 del PT (2002). Método de solución de controversias comerciales (arbitraje)</li> </ol> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estatuto de la CCJ 1992</li> <li>• Ordenanza de procedimientos de la CCJ 1995</li> <li>• Reglamento general 1995</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Integración de Centroamérica (art. 3 pt).</li> <li>• Alcanzar una unión económica” (art. 3.d pt)</li> </ul>
ALADI	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Tratado de Montevideo de 1980.</li> <li>2) Resolución 114 del Comité de Representantes. Marzo 1990.</li> <li>3) Resoluciones del Consejo de Ministros de LA ALADI.</li> </ol>	Sistema de integración regional. Formación de un área de preferencia económica para lograr un mercado común latinoamericano.

<p>CELAC</p>	<p>Creada el 23 de febrero de 2010 en sesión de la cumbre de la Unidad de América latina y el Caribe, en Quintana Roo, México. Posteriormente, en la cumbre de Caracas, Venezuela, realizada el 2 y 3 de diciembre de 2011, quedó constituida definitivamente.</p>	<p>Mecanismo intergubernamental de diálogo y concertación política e instancia de cooperación. Promueve la integración y desarrollo de los países latinoamericanos</p>
<p>ALIANZA DEL PACIFICO</p>	<p>1) Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. 2) Protocolo Adicional del Acuerdo Marco.</p>	<p>Convertirse en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial de proyección al mundo</p>
<p>CARICOM</p>	<p>1) Tratado de Chaguaramas. 2) IX Protocolos al Tratado.</p>	<p>Unión aduanera. Regionalismo abierto</p>

## 2. NATURALEZA DE LOS ORGANISMOS.

ORGANISMO	Naturaleza
<p>MERCOSUR</p>	<p><b>Sistema jurisdiccional de transición (Nota 18), de carácter intergubernamental con leves tendencias a pasar del modelo “power oriented” al “rule oriented”.</b></p>

MERCOSUR	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La opción de foro debilita el sistema</li> <li>• Combina medios de distinta naturaleza.</li> <li>• Tribunal arbitral ad hoc de primera instancia para resolver controversias interestatales.</li> <li>• Tribunal arbitral permanente de única instancia (cuestiones de hecho y de derecho) o de revisión para resolver en alzada cuestiones jurídicas de primera instancia entre Estados.</li> <li>• No se fundan disidencias en procedimientos contenciosos.</li> </ul> <p>Sí se fundan opiniones consultivas</p>
CAN	<p><b>Sistema jurisdiccional con capacidad para interpretar y aplicar de manera unificada el derecho de la integración.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Combina medios de distinta naturaleza.</li> <li>• Órgano judicial de carácter supranacional, comunitario, siendo sus pronunciamientos vinculantes sin homologación ni exequatur.</li> <li>• Competencia de “atribución” exclusiva en materia de integración. Compromiso de no sometimiento a ningún otro Tribunal (Art. 42 TCT) Admite mecanismos alternos en materia de inversiones de ámbito privado (Vg. Tratado de Protección de Inversiones Extranjeras).</li> </ul>
NAFTA	<p><b>Sistema jurisdiccional con capacidad para interpretar y aplicar de manera unificada el derecho de la integración.</b></p>

<p>SICA</p>	<p><b>Sistema jurisdiccional con capacidad para interpretar y aplicar de manera unificada el derecho de la integración.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Combina medios de distinta naturaleza.</li> <li>• Órgano principal del sistema jurisdiccional, permanente, supranacional, con capacidad para establecer doctrina jurisprudencial de carácter vinculante para los EM, los órganos y organismos del sistema y particulares; con personalidad jurídica propia, con inmunidad y privilegios para Magistrados y funcionarios y eximición de responsabilidad.</li> <li>• Tribunal interno, internacional, comunitario, de arbitraje, de consulta y constitucional. No competencia en materia de DD.HH. (excepto institucional del sistema de integración.)</li> <li>• Tribunal con competencia de “atribución” exclusiva en materia de integración. Garantía de interpretación uniforme, última instancia, obligada a fallar.</li> <li>• Reforma a PT 2002 neutraliza CCJ en materia de integración</li> <li>• “Representa la conciencia nacional de CA”.</li> </ul>
<p>ALADI</p>	<p>El Tratado de Montevideo de 1980, que instituye la ALADI, no contiene un procedimiento específico destinado a la solución de las controversias a nivel regional. Aunque sirve a dicho fin el Comité de Representantes por aplicación de la Resolución 114 y la Secretaría General.</p>

ALADI	La falta de un sistema regional fue resolviéndose a través de la adopción de regímenes específicos en los Acuerdos de alcance parcial suscritos entre sus países miembros al amparo del TM80.
ALIANZA DEL PACIFICO	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mecanismo de integración económica y comercial que incluye un importante componente de cooperación y un compromiso en materia de facilitación migratoria.</li> <li>• Impulsar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de las Partes, con miras a lograr un mayor bienestar, la superación de la desigualdad socio-económica y la inclusión social de sus habitantes.</li> </ul>
CARICOM	<p>Mecanismo de solución de controversias. Débil.</p> <p>Cuerpo de tres árbitros: dos elegidos por los países interesados y el tercero por los dos anteriores.</p> <p>Art 19: Solución de conflictos</p> <p>Cualquier conflicto concerniente a la interpretación o aplicación de este Tratado, con excepción de lo previsto y particularmente señalado en los artículos 11 y 12 del anexo, será resuelto por la Conferencia.</p>

### 3. ÓRGANOS DE LOS SISTEMAS.

ORGANISMO	Naturaleza
MERCOSUR	<p><b>Tribunal Arbitral Ad Hoc (Creado por Protocolo De Brasilia/Pb1991- Primer Laudo en 1999). Actualmente regido por Protocolo De Olivos.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 3 árbitros de lista registrada por cada EP en SAM (12 árbitros nacionales y 4 terceros árbitros).</li> </ul> <p>Cada EP designa 1 árbitro y al 3° de común acuerdo.</p> <p>*Tribunal Permanente de Revisión (Asunción) (creado por PO 2002-instal. 2004)-</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 5 árbitros. Cada EP 1 árbitro (duración 2 años, renovable por dos períodos consecutivos.). Quinto árbitro por unanimidad. (Duración 3 años no renovables salvo acuerdo). Si no hay unanimidad, sorteo. De lista de 8 árbitros nac. de PM (2c/EP).</li> <li>• Los laudos se adoptan por mayoría. Son obligatorios. Confidencialidad de deliberaciones y de votación.</li> </ul> <p>*Tribunales nacionales</p> <p>Objetivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Resolver controversias;-garantiza la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de la normativa en forma consistente.</li> </ul>



<p>CAN</p>	<p><b>Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Quito). (Creado en 1979 por Tratado, instalado en 1984).</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 5 magistrados (1 por PM)- independientes- duración 6 años, reelegibles por una vez. Elegidos por unanimidad de plenipotenciarios.</li> <li>• Consejo MRE en consulta con Tribunal puede modificar nº de Magistrados y crear cargo Ab. Gral. Quorum decisorio: 3</li> <li>• Magistrados removibles.</li> </ul> <p>Levantamiento de inmunidad por res. de otros magistrados solicitan su remoción. Resolución por unanimidad de plenipotenciarios.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• *SECRETARIO GENERAL P de Cochabamba (Art. 24-Proc. administrativo).</li> </ul> <p>*TRIBUNALES NACIONALES</p> <p>Objetivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros (Art. 4)</li> </ul>
<p>NAFTA</p>	<p><b>Comisión de Libre Comercio:</b> Órgano máximo del tratado, es el que dispone pasar a la integración del Panel Arbitral.</p> <p><b>Panel Arbitral:</b> Emite una recomendación vinculante que posibilita la imposición de medidas (denuncia del instrumento).</p> <p><b>Participación de Particulares:</b> En negocios de naturaleza privada pueden solicitar arbitraje o mecanismos alternativos.</p> <p><b>Comisión Consultiva:</b> Informa y recomienda el mecanismo más eficaz para la SC.</p>

<p>SICA</p>	<p><b>Corte Centroamericana de Justicia (Managua) (Creada por Art. 12 Pt 1991- Instalada en 1994).</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sesiones plenarias en Salas o Cámaras.</li> <li>• 1 magistrado por EM-10 años (ref. 2005 a 6 años) reelegible, elegidos por CSJ de cada EM, independiente, removible por 2/3 de votos de los otros Magistrados.</li> <li>• Resoluciones por mayoría absoluta.</li> </ul> <p>*Solución de controversias comerciales para el Subsistema Económico (Enmienda al PT de 2002).</p> <p>*Tribunales nacionales</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Objetivos:</li> <li>• Resolver los conflictos jurídicos del proceso de integración.</li> <li>• Asegurar el cumplimiento y desarrollo de los propósitos, principios y fines del PT, sus instrumentos complementarios. y actos derivados.</li> <li>• “Deber de garantizar el derecho” (Art. 12 PT; Arts. 2 a 6 del E).</li> </ul>
<p>ALADI</p>	<p>El Tratado de Montevideo de 1980, que instituye la ALADI, no contiene un procedimiento específico destinado a la solución de las controversias a nivel regional. Aunque sirve a dicho fin el Comité de Representantes y la Secretaría General por aplicación de la Resolución 114.</p>

ALIANZA DEL PACIFICO	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los Presidentes de los cuatro países son, en la práctica, el máximo órgano de decisión del proceso.</li> <li>• El Consejo de Ministros, integrado por los Ministros de Comercio Exterior y de Relaciones Exteriores.</li> <li>• El Grupo de Alto Nivel (GAN), conformado por los Viceministros de Comercio Exterior y de Relaciones Exteriores, es el encargado de supervisar los avances de los grupos técnicos.</li> <li>• Los grupos y subgrupos técnicos, compuestos por servidores públicos cuya función es negociar disciplinas relacionadas con los temas de la Alianza del Pacífico.</li> <li>• También participan en el proceso las agencias de promoción de los cuatro países (en el caso de México, ProMéxico), las cuales desarrollan programas conjuntos para promover el comercio y la inversión dentro y fuera de la región y el Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico (CEAP), para alentar la participación del sector en esta iniciativa.</li> </ul>
CARICOM	Corte de Justicia del Caribe (Ccj) Conferencia de los Jefes de Gobierno

#### 4. PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS

ORGANISMO	Naturaleza
MERCOSUR	Dec. 30/04 Reglas Modelo de Procedimiento: presentación, respuesta, pruebas, audiencia, alegatos, laudo.

<p>MERCOSUR</p>	<p>*Negociaciones directas (no exc. de 15 días) (obligación del Estado. de informar a GMC a través de la SAM de gestiones y resultados).</p> <p>*Procedimiento optativo ante GMC (no excede 20 días) GMC: recomendaciones (posible dictamen Grupo de Expertos).</p> <p>*Procedimiento arbitral ad hoc (medidas provisionales a solicitud).</p> <p>Laudo en 60 días prorrogables por 30 más.</p> <p>*Procedimiento de revisión: dentro de 15 de lo contrario entre 2 Estados: 3 árbitros ( 2 nacionales y 3 por sorteo)</p> <p>Contr. de más de 2 Estados: 5 árbitros.</p> <p>15 días para contestar recurso, 30 días para laudo prorrogables por 15 días más.</p> <p>*Procedimiento instancia única</p> <p>*Recurso de aclaratoria (15 días)</p> <p>*Cuestiones de medidas compensatorias</p> <p>Proc. excepcional de urgencia (bienes perecederos)</p>
<p>CAN</p>	<p>+demanda, contestación, pruebas, alegatos, sentencia.</p> <p>*Acción de nulidad: Act. EM, CCSG, participación. (igual que SICA)</p> <p>*Acción de incumpl: Act.PM, SG, participación Igual que SICA - etapa precontenciosa (SG de oficio o a pedido. de EM o participación, investigación adm. (60 d para inf. E+15d para dictamen SG). Si dictamen de Incumplimiento y SG no elevó a TJCA en 60 d, E recurre. a TJCA. Si dictámen de no incumplimiento o no dictamen en 65d, E puede ir ante Tribunal.</p>

CAN	<p>Si particular usa vía precontenciosa no puede acudir a Tribunal nacional). Si SG dicta resolución de existencia de gravamen o restricción o hay incumplimiento flagrante, dictamen motivado y E puede demandar directamente ante el Tribunal.</p> <p>*Rec. por omisión o inactividad: PM o participación. c/ Consejo, Comisión o SG, sol cumplimiento. d. Si en 30 d. no cumpl a Tribunal (30d).</p> <p>*demanda laboral Act. func.y empl.</p> <p>ARBITRAL: Contr. entre órganos; órganos y 3os.; participación. (ante SG o T). (Observ: admite participación. de 3os).</p>
SICA	<p>*demanda: -hechos y derecho controversia (acumulativos si no se excluyen entre sí);</p> <p>*contestación de demanda</p> <p>*pruebas: a solución. o de oficio por C si necesarias</p> <p>*audiencia de las partes</p> <p>*sentencia</p> <p><b>PROCEDIMIENTOS ESPECIALES CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES</b></p> <p>*demanda</p> <p>*informe de poder cuestionado</p> <p>*pruebas ( necesarias o no)</p> <p>*sentencia</p> <p><b>DEMANDAS DE NULIDAD</b></p> <p>*Actor EM: (certificación de órgano aprobatorio sin su voto)</p> <p>*Actor partic: ofrece prueba de perjuicio sufrido</p>

<p>SICA</p>	<p>DEMANDA DE INCUMPLIMIENTO.                  *copia de decisiones o resoluciones a cumplir                  *ofrecimiento de prueba de perjuicio sufrido.</p>
<p>ALADI</p>	<p>Artículo 35 de TM80                  El Comité es el órgano permanente de la Asociación y tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:                  Literal m) Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado;                  Artículo 38, literal i del TM80 y el artículo 5, literal f) de la Resolución del Consejo de Ministros de la ALALC de Agosto 1980. El procedimiento es de carácter facultativo, fija plazos para su iniciación y conclusión, a cuyo vencimiento sin haber logrado una solución satisfactoria, los países miembros podrán recurrir al Comité de Representantes para que éste proponga fórmulas (de carácter no vinculante) para resolver la cuestión planteada.</p>
<p>ALIANZA DEL PACIFICO</p>	<p>Tribunal Arbitral: Salvo que las Partes acuerden algo distinto, en el transcurso de 15 días siguientes a la entrega de la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral, los términos de referencia del tribunal arbitral serán: “Examinar, de manera objetiva y a la luz de las disposiciones pertinentes del Protocolo Adicional, el asunto al que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del tribunal arbitral y formular conclusiones, resoluciones y recomendaciones conforme a lo dispuesto en los Artículos 17.15 y 17.16.”</p>

<p style="text-align: center;">ALIANZA DEL PACIFICO</p>	<p>Las conclusiones y determinaciones del tribunal arbitral y, cuando sea aplicable, cualesquiera recomendaciones, no podrán aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el presente Protocolo Adicional.</p> <p>Cualquiera de las partes en la diferencia podrá presentar al tribunal arbitral observaciones escritas al proyecto de laudo, dentro de los 15 días siguientes a su notificación, o dentro de cualquier otro plazo establecido por el tribunal arbitral.</p> <p>Después de considerar dichas observaciones, el tribunal arbitral podrá reconsiderar su proyecto de laudo y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.</p>
<p style="text-align: center;">CARICOM</p>	<p>Anexo: Artículo 11 - Procedimiento de Solución de Conflictos en el Mercado Común</p> <p>1. Si cualquier Estado Miembro considera que algún beneficio acordado en este anexo o algún objetivo del Mercado Común está siendo o puede ser frustrado y no se ha logrado una solución satisfactoria entre los Estados implicados, cualquiera de ellos puede someter el asunto al Consejo.</p> <p>Anexo: Art.12 - Del Tribunal</p> <p>9. Los Estados Miembros se comprometen a emplear los procedimientos prescriptos en este artículo para la resolución de cualquier contienda señalada en el inciso 1 del artículo 11 y renunciar a cualquier otro método de solución.</p> <p>Protocolo Modificatorio del Tratado</p> <p>Art. V</p> <p>Sustituir los Arts. 8 y 9 del Tratado con el siguiente texto:</p>

<p>CARICOM</p>	<p>Artículo 7(a)                  Funciones y facultades de la Conferencia                  8. Sin perjuicio de cualquier otra disposición del presente Tratado, la Conferencia podrá considerar y solucionar controversias entre Estados Miembros, incluidas las controversias relativas a la interpretación y aplicación del presente Tratado.                  Art. VI                  Sustituir el art 10 del Tratado con el siguiente texto:                  Art. 8                  Composición y funciones del Consejo de Ministros de la Comunidad                  4. Sin perjuicio de la generalidad contenida en las disposiciones anteriores, corresponderá al Consejo de la Comunidad:                  (f) asegurar la operación eficiente y el desarrollo ordenado del mercado y la economía únicos de CARICOM, en particular mediante la resolución de los problemas que resulten de su funcionamiento, tomando en cuenta para ello el trabajo y las decisiones de COTED.                  (g) recibir y considerar los alegatos de incumplimiento de las obligaciones resultantes de la aplicación del presente Tratado, incluidas las controversias surgidas entre órganos subsidiarios de la Comunidad.</p>
<p>NAFTA</p>	<p>Procedimiento común: negociación y conciliación directa entre las partes.                  El cap. XX genérico establece que la solución se alcanzará de común acuerdo mediante la cooperación y las consultas.</p>



## CAPÍTULO 14

### CONSIDERACIONES FINALES

*Gustavo Carrizo Adris*

**I. LAS CONTROVERSIAS** constituyen un aspecto habitual de la política internacional. De allí que el arreglo pacífico de los litigios internacionales sea una cuestión crítica de nuestro tiempo.

La idea que las controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y no por el uso de la fuerza es de larga data, sin embargo, la creación de técnicas e instituciones con este objetivo es un fenómeno más reciente, dado que gran parte de los mecanismos actualmente existentes han sido creados en un período de poco más de 100 años.

No se pueden soslayar los factores legales y políticos que conforman el contexto en el que se toman las decisiones relativas a la resolución de las controversias de las cuales luego se pueden inferir modificaciones o nuevos desarrollos para los métodos de resolución de controversias actuales a fin de hacerlos más eficaces y fáciles de usar.

En efecto, se han desarrollado un gran número de formas diferentes de abordar los conflictos, aunque a menudo existe una brecha considerable entre lo que es posible en la teoría y lo que los Estados están dispuestos a hacer en la práctica. Por otra parte, incluso aun cuando un determinado método de resolución esté disponible y sea utilizado con frecuencia, no existe ninguna garantía de que será efectivo en un caso determinado.

Cuanto mayor es la interacción entre los Estados, tal como ocurre en un proceso de integración regional, mayores serán las oportunidades para la ocurrencia de desacuerdos. En consecuencia, la mayoría de las controversias internacionales involucran a Estados que son vecinos donde la naturaleza del entorno regional

es extremadamente importante. El hecho que los estados tengan mucho en común, incluso si llegan a estar separados geográficamente, las posibilidades de que sean capaces de resolver sus controversias por medios pacíficos son buenas.

**II. LOS PROCESOS** de integración económica regional que comenzaron a desarrollarse a mediados del siglo XX recibieron un fuerte impulso a partir de la globalización económica de fines del siglo pasado. La integración regional cumple con un doble propósito, por un lado generar mercados ampliados para los productos nacionales de los Estados partes y por otro lado posibilitar el posicionamiento de los países en el escenario internacional de mejor manera. Estos procesos de integración regional no están exentos de conflictos de naturaleza política o económica.

Frente a esta realidad todos los esquemas de integración económica prevén mecanismos a fin de solucionar estos conflictos regulando diferentes vías para resolución de controversias ya sea recurriendo a los mecanismos jurisdiccionales, como el arbitraje, la resolución judicial, el panel o bien a los diplomáticos, como la negociación, la mediación, la conciliación. Dadas las características particulares de los procesos de integración regional, suele apelarse a los métodos jurisdiccionales sin dejar de lado totalmente los métodos diplomáticos.

Se evidencia una clara cercanía entre los mecanismos utilizados por las organizaciones internacionales y aquellos empleados en los procesos de integración regional, sin embargo atento a las particularidades y a los objetivos más específicos, los conflictos asumen otras características que requieren por consiguiente otro abordaje<sup>1</sup>.

El arreglo de lo contencioso en un contexto multinacional y en particular en un espacio de integración económica regional,

---

<sup>1</sup> THEMAAT, Peter Ver Loren, *The Changing Structure of International economic law*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1981.

es algo particularmente complejo, puesto que pone en juego intereses en el plano privado, público e internacional en un mismo momento, de manera que un órgano a cargo de la resolución del conflicto necesitará contar con el apoyo de un órgano ejecutivo sólidamente constituido que asuma, en la solución de los litigios, un papel que no carece de analogías con el que desempeña el ministerio de justicia y el ministerio público en el marco del Estado.<sup>2</sup>

Si bien los distintos métodos de solución de controversias contemplados en los procesos de integración regional siguen en líneas generales las características del Derecho internacional, hay evidentes diferencias atento al objetivo planteado y al tipo de conflicto que deberán entender.

En los procesos de integración regional que se han analizado en el presente trabajo se ha podido observar la adopción de métodos de resolución de controversias diferentes.

Ciertamente, no se puede soslayar el hecho que entre los países americanos existe una clara predilección por el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en lugar del recurso judicial. Seguramente razones de índole histórica, ya que ha sido en el continente donde este mecanismo alcanza su desarrollo<sup>3</sup>, como por razones de índole política, la mayor participación de las partes en los distintos aspectos del procedimiento, son los motivos que han contribuido a su amplio desarrollo en los sistemas de integración regional americanos.

En paralelo a la integración económica, el proceso de integración en el área judicial se desarrolla de manera abierta, lo cual no puede ser totalmente determinada por las normas jurídicas por sí solas, sino que depende de los agentes que recurren

---

<sup>2</sup> PESCATORE, Pierre, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Instituto para la integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1973, p. 71.

<sup>3</sup> MONCAYO, VINUESA, GUTIERREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1990,

a las instituciones en su propio interés y por lo tanto impulsan la integración regional hacia adelante. Sin embargo, no pueden actuar solos, sino que dependen de los litigantes que llevan adelante sus reclamos. Un aspecto insoslayable en un proceso de integración regional, es que los órganos llamados a resolver las controversias deben además asegurar la interpretación y aplicación uniforme así como fijar el alcance de las normas desarrolladas por los órganos de integración. Los órganos jurisdiccionales regionales en el cumplimiento de sus funciones actúan como intérpretes de las normas jurídicas regionales en favor de una mayor integración regional con el fin de aumentar su influencia. En este sentido, ya sea a través del procedimiento de reenvío prejurisdiccional, adoptado en los sistemas comunitario andino y europeo, bien por medio de opiniones consultivas, seguido en el Mercosur, el órgano jurisdiccional comunitario promueve esta interpretación y aplicación uniforme. Pero además produce un efecto secundario y de trascendente importancia, incorpora en el proceso de construcción comunitaria a los órganos judiciales nacionales de los Estados partes. El órgano jurisdiccional asume plenamente el rol de agente del desarrollo del derecho de la integración, de manera que la jurisprudencia de estos órganos constituye un factor poderoso de evolución del Derecho de la integración en pos de la consecución de los objetivos, inmediatos y mediatos en la construcción comunitaria. Asume el rol de “guardián del derecho”.<sup>4</sup>

En este sentido los mecanismos de resolución de controversias desarrollados en el comercio internacional y ciertamente los regulados en los procesos de integración regional han adquirido singular importancia en los últimos años como instrumentos necesarios para dar solidez y credibilidad a los acuerdos comerciales en general y a los tratados de integración económica en particular. Se trata de instrumentos de absoluta necesidad.

---

<sup>4</sup> PESCATORE, Pierre, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Instituto para la integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1973, p. 77.

Ello es así por el creciente número de problemas de esquemas de integración que se manifiestan en el incumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados y la debilidad de los mecanismos de solución de controversias en particular la eficacia de los distintos mecanismos regulados para asegurar el cumplimiento de los tratados suscriptos entre los Estados partes de un esquema de integración regional.<sup>5</sup>

Un dato no menor a considerar en el contexto americano es el importante número de tratados de integración económica vigentes en la región. Los problemas derivados de esta multiplicidad de acuerdos y normas, puede apreciarse en una creciente burocracia acompañada de un importante volumen de normas jurídicas que deriva en confusión a la hora de aplicar normas y procedimientos, así como de la disminución en el atractivo de estos instrumentos para el sector privado; normas jurídicas diversas que podrían convertirse en barreras no arancelarias; y finalmente en dificultades en el cumplimiento de normas jurídicas y los procedimientos regulados en los tratados<sup>6</sup>.

Los problemas de cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por los Estados partes que registran algunos acuerdos regionales también podrían explicar la baja interconexión que registra el comercio intrarregional. En efecto, para algunos sistemas de solución de controversias que operan en la región, como por ejemplo el Mercosur y la CAN, se registran problemas en cuestiones directamente relacionados con los flujos comerciales. Para hacer frente a estos temas los países de la región han utilizado activamente los sistemas de solución de controversias que perfeccionaron durante los últimos años del siglo pasado y comienzos del presente y además se ha recurrido al sistema de solución

---

<sup>5</sup> SÁEZ, Sebastián, La integración en busca de un modelo: los problemas de convergencia en América Latina y el Caribe, "CEPAL - Serie Comercio internacional", N° 88, p. 20.

<sup>6</sup> *Ibídem.*

de controversias de la OMC para resolver sus disputas comerciales. En efecto, en algunos mecanismos regionales se ha regulado la opción del foro (Protocolo de Olivos en el Mercosur), junto a los mecanismos disponibles, la opción, de ocurrir a la OMC<sup>7</sup>. Ello en razón que, en la medida que haya posibilidad de competencia entre foros, habrá un estímulo a la búsqueda de eficiencia en los mismos. Pero las controversias sometidas a uno u otro foro deben ser respecto de las respectivas reglas cubiertas por éstos. Con lo cual se asegura una mejor construcción de reglas claras y precisas, ya que si las cuestiones acordadas no tienen igual nivel de elaboración que las disponibles a nivel multilateral, por ejemplo, los participantes podrán resolver sus controversias tomando en cuenta las mejores reglas y el mecanismo más seguro. Es decir, la calidad de un mecanismo de solución de controversias en el ámbito regional comprende como cuestiones centrales: el procedimiento acordado y los incentivos para asegurar su cumplimiento y las reglas respecto de las cuales este procedimiento se aplica<sup>8</sup>.

La utilización del sistema de resolución de controversias de la OMC para resolver los litigios entre Estados partes podría indicarnos la ausencia de ciertas reglas dentro de los acuerdos de integración celebrados entre Estados de la región, que habrían alcanzado un mejor desarrollo en el marco de la OMC así como la debilidad de los mecanismos de controversias acordados en el esquema de integración regional<sup>9</sup>. En el sistema normativo de la CAN, los Estados miembros sólo pueden recurrir al sistema reglado en el Derecho andino para resolver sus diferencias derivadas de disposiciones

---

<sup>7</sup> NEGRO, Sandra (coord.), “Número especial sobre solución de diferencias e implementación en procesos de integración regional”, *JA*, t. IV, fas. 9, Ed. Abeledo Perrot, noviembre 2013.

<sup>8</sup> SÁEZ, Sebastián, *Op. Cit.* p. 40.

<sup>9</sup> ANDRADE, Daniel Alberto, *La solución de diferencias en comercio internacional en el ámbito de la OMC y del Mercosur*, “STUDIA POLITICÆ”, Número 05, otoño 2005. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, p. 166.

de este esquema de integración por lo que no se observan controversias entre ellos en el marco de la OMC<sup>10</sup>. En cambio, en el Mercosur, los países pueden optar entre distintos foros en los que se puede resolver la controversia surgida.<sup>11 12</sup> Una posición crítica de parte de la doctrina sostiene que la opción de foro debilita el sistema de resolución de controversias<sup>13</sup>. Sin embargo, si bien ello puede ser así, también es cierto que los Estados han recurrido a este de facto prescindiendo de la ausencia de regulación que habilite tal opción en el ordenamiento jurídico del Mercosur. De manera que su reglamentación, aun con los reparos mencionados, colabora a conceder mayor certeza al sistema de resolución de controversias.

De manera que si bien no contribuiría estrictamente a los objetivos del sistema de resolución de controversias regulados

---

<sup>10</sup> Art. 42, del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.”

<sup>11</sup> Art. 1. par. 2. Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro.

<sup>12</sup> SÁEZ, Sebastián, *La integración en busca de un modelo: los problemas de convergencia en América Latina y el Caribe*, CEPAL - Serie Comercio internacional”, No 88.

<sup>13</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) Y MERCOSUR (MS)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina),

en el P.O.: "garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática", la inclusión en el sistema de la posibilidad de solicitar opiniones consultivas, puede resultar importante para uniformizar la interpretación del derecho del Mercosur en el ámbito de los Tribunales Superiores de los Estados Partes<sup>14</sup>.

Analizando los sistemas de solución de controversias del SICA y de la CAN, ambos adhieren al sistema de resolución judicial a diferencia del Mercosur, el que aún no ha alcanzado ese estadio institucional. Sin embargo, ello no quita que, en la vida real, los sistemas de solución de controversias no alcancen la proyección que las virtualidades de los textos normativos prometen. De manera que aun, sin desconocer la importante tarea desarrollada por los tribunales judiciales del SICA y de la CAN materia de derecho de la integración, no se puede dejar de considerar la paralización que sufre la Corte centroamericana de justicia y las crisis institucionales y frecuentes incumplimientos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia Comunidad Andina, estos sistemas, si bien cuentan con mecanismos sofisticados para la resolución de controversias, en el plano de la realidad, a veces falta la voluntad política de hacerlos valer su autoridad. En la contracara, el sistema del Mercosur, a pesar de la debilidad señaladas y la evidente falta de voluntad política en sus Estados partes para avanzar en la profundización del sistema, a través de los sucesivos laudos arbitrales han ido creando una suerte de doctrina jurisprudencial mediante la reiterada referencia a los pronunciamientos arbitrales precedentes y una interpretación a favor del proceso de integración más o menos explícita.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> CARRIZO ADRIS, Gustavo, El procedimiento de opinión consultiva en el Protocolo de Olivos sobre resolución de controversias, IJ Editores SA, Buenos Aires, 2010.

<sup>15</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, Un análisis comparativo de distintos sistemas de solución de controversias en zonas latinoamericanas de



La creación de una doctrina derivada de los laudos arbitrales pronunciados por los Tribunales arbitrales *ad hoc* constituye un aspecto novedoso a destacar del sistema de resolución de controversias del Mercosur.

En efecto, si observamos a la experiencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, hoy de la Unión Europea, contar con una jurisprudencia innovadora y efectiva es de particular importancia en la construcción comunitaria<sup>16</sup>. Ahora bien, a pesar que en un sentido estricto los laudos arbitrales no constituyen doctrina, los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del Mercosur en sus pronunciamientos se han referido a lo resuelto en laudos precedentes afirmando una interpretación en favor de la integración.<sup>17</sup>

Si bien el Protocolo de Olivos significó un avance en pos de la superación de estas debilidades lo cierto es que se quedó a mitad de camino. Así lo evidencia por ejemplo el sistema de opiniones consultivas regulado en el mencionado instrumento internacional. El procedimiento contemplado de opiniones consultivas no son prejudiciales a diferencia del sistema de reenvío reglado en los sistemas de la SICA y de la CAN y por cierto también en el sistema de la UE<sup>18</sup>.

Aun así, la innegable debilidad del Mercosur tanto en su estructura institucional como en su sistema de solución de controversias más la falta de voluntad política para profundizar el sistema,

---

integración: Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Comunidad Andina (CAN) Y MERCOSUR (MS), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar) (visitada 07/02/2015).

<sup>16</sup> PÉREZ OTEMIN, Jorge, El mercado común del sur, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, p. 112.

<sup>17</sup> DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, Op. Cit.

<sup>18</sup> CARRIZO ADRIS, Gustavo, El procedimiento de opinión consultiva en el Protocolo de Olivos sobre resolución de controversias, IJ Editores SA, Buenos Aires, 2010.

se observa por ejemplo en la no integración de los fondos necesarios para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión. Asimismo, la falta de mecanismos que aseguren la aplicación de los laudos arbitrales así como de un órgano judicial supranacional<sup>19</sup>, lleva a que las disputas entre los Estados partes muchas veces se canalicen a través de los mecanismos diplomáticos de solución de controversias.

A la luz de la experiencia de la CAN y el Mercosur así como de otros procesos de integración regional del continente americano, que en cierta medida resulta equiparable a la de la Unión Europea, se puede constatar las ventajas que conlleva la regulación de mecanismos de solución de controversias a través de órganos institucionales y las desventajas, por el contrario, de dejarlas al libre albedrío de las partes en conflicto.

**III. SOBRE LA BASE** de lo dicho aquí resulta oportuno referirnos al recurso judicial ya que entendemos es el sistema que colabora de manera clara y efectiva a otorgar al proceso de integración regional de la estabilidad necesaria para su afianzamiento.

En el plano internacional y en el regional, la relevancia del sistema normativo y de las instituciones jurídicas para la solución de controversias internacionales es un tema que ha generado una abundante y variada doctrina.

El primer punto a destacar es que el rol del derecho y de la resolución judicial en la controversia internacional.

Aunque las disputas internacionales suelen resolverse sin recurrir a órganos jurisdiccionales, el derecho frecuentemente desempeña un papel importante en la definición de los puntos en cuestión, y proporciona un marco para la negociación, la conciliación

---

<sup>19</sup> SCOTTI, Luciana B., *Cumplimiento e implementación de los laudos en el Mercosur*, en NEGRO, Sandra (coord.), “Número especial sobre solución de diferencias e implementación en procesos de integración regional”, “JA”, t. IV, fas. 9, Ed. Abeledo Perrot, noviembre 2013, p. 15.

o la presentación del caso de un Estado ante un foro político internacional. El derecho puede, por supuesto, también proveer un vehículo aceptable para una solución en la forma de un tratado. Para comprender el lugar de los métodos jurisdiccionales para la resolución de conflictos primero hay que tener claro el papel del juego el Derecho en este ámbito. En la resolución judicial, el enfoque más fructífero es quizás considerar las características especiales de los métodos legales para la solución.

Una característica destacable de la resolución judicial radica en que es determinante, debido a que las decisiones de los tribunales internacionales son consideradas como definitivas y obligatorias.

Un aspecto adicional de la resolución judicial, ligada a la cuestión de la imparcialidad, es que la solución de controversias por medios legales emplea un tipo especial de fundamentación. También muestra que las partes buscan una decisión que puede justificarse de una manera particular, en términos de reglas o principios en lugar de conveniencia o capricho del juzgador. Este requisito es la base de muchas de las normas relativas a la nulidad de sentencias (laudos), incluyendo la regla de que un juicio debe ser motivado y que un árbitro debe seguir sus instrucciones en cuanto al derecho aplicable.

Debido a que se basa en principios jurídicos, la resolución judicial proporciona una manera de solucionar los conflictos de manera racional, ordenada y autorizada.

La organización que impera en el procedimiento judicial, esto es la estructuración bien fundada del proceso que establece un marco para la presentación ordenada y el desarrollo de los argumentos relativos al conflicto, donde las cuestiones fácticas y técnicas involucradas en el proceso judicial puede ser objeto de examen sistemático y completo, constituye una diferencia significativa con respecto a otros mecanismos de resolución de controversias.

El propósito esencial de la resolución judicial es resolver las controversias por referencia al derecho o cuando ello esté autorizado, en virtud de otro fundamento. Esto requiere una decisión motivada, que se ocupe de los alegatos presentados por las partes y explique las conclusiones del juzgador. De ello se desprende que los pronunciamientos que no estén suficientemente motivados, basados en las cuestiones alegadas, o que evaden temas cruciales serán considerados defectuosos. Todo ello sin subestimar la dificultad que enfrenta cualquier órgano jurisdiccional colegiado en la redacción de un fallo. En cuanto técnica para hacer frente a los conflictos internacionales, la resolución judicial tiene propiedades que son particularmente valiosos.

Un elemento que no puede escapar a nuestro análisis es que en la actualidad existe un importante número de tribunales internacionales que está vinculado a la competencia entre foros a la que hiciéramos mención. Se trata de una cuestión relevante en el estudio de la resolución judicial.

En efecto como consecuencia de la multiplicación de los tribunales internacionales, existen en nuestros días un importante número de cuerpos judiciales, número que además está en aumento<sup>20</sup>. Desde los años 90 la Comunidad Internacional ha visto la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (1995) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1996), entre otros, a los cuales debemos agregar los mecanismos jurisdiccionales de resolución de controversias a nivel regional existentes y los de más reciente creación.

Esta proliferación plantea dos problemas, uno de procedimiento y otro sustantivo. El problema de procedimiento es establecer un sistema que solucione *a priori* los eventuales conflictos derivados de la situación en la cual una misma cuestión litigiosa

---

<sup>20</sup> ROMANO, Cesare P.R., "The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle", *International law and politics*, Vol. 31, p. 709.

pueda ser sometida a dos tribunales competentes, los cuales podrían dictar pronunciamientos diferentes. El problema de fondo es asegurar que cuando diferentes tribunales se ocupan de cuestiones jurídicas similares sus resoluciones sean consistentes.

Los problemas procesales y sustantivos consecuencia de esta multiplicación de tribunales, son cada vez más apremiantes y han llevado a algunos doctrinarios a cuestionar la necesidad de nuevos tribunales. No es posible hacer frente plenamente a este complejo asunto aquí, pero resulta oportuno discernir algunas cuestiones vinculadas. En primer lugar los factores que deben tenerse en cuenta ante las propuestas de creación de un nuevo tribunal. Sería absurdo establecer órganos que dupliquen el trabajo de los tribunales ya existentes, pero sería igualmente absurdo creer que la variedad actual de los tribunales puede proporcionar respuesta plenamente satisfactoria a todas las cuestiones que puedan plantear. Siempre serán necesarios nuevos órganos cuando hay demandas que no pueden ser satisfechas por los acuerdos existentes. Por tanto, una proliferación de tribunales en sí mismo no es ni buena ni mala. Todo depende de la justificación.

En segundo término, un problema de procedimiento con impacto en cuestiones sustantivos, tales como las excepciones de cosa juzgada y *litis pendencia*. Dado que en el plano internacional no existe una jerarquía de los tribunales internacionales, estas cuestiones se resuelven en la actualidad *de facto* por los tribunales involucrados, y como parece que no hay posibilidad de establecer una jerarquía en este sentido, esta situación probablemente continuará. Sería, sin embargo, útil si se pudiera regular normas jurídicas pertinentes en el plano internacional a la luz del tratamiento de cuestiones similares en la legislación nacional.

Y finalmente, la tercera cuestión se refiere a asegurar que las decisiones de los distintos tribunales internacionales sean consistentes. Sin duda, sería lamentable que, ante la proliferación de tribunales internacionales, el sistema jurídico internacional pierda su carácter de referencia común. Si bien no pareciera haberse

presentado una situación así, el riesgo, sin duda, existe y es, por supuesto, mucho más factible cuando se trata de otros tribunales.

**IV. LA ACTUACIÓN** del órgano judicial supranacional es de particular importancia para la consolidación del proceso de integración. En efecto, el tribunal supranacional cumple dos funciones fundamentales, por un lado, asegura el control de legalidad de los actos administrativos, ya que actúa como una autoridad de vigilancia de los actos comunitarios y por el otro, actúa como una instancia para la aplicación e interpretación uniformes de las normas comunes, lo cual impacta directamente en la actuación de los tribunales nacionales.

Además de estas características, un juez supranacional, mediante los mecanismos de aplicación del Derecho comunitario permite a las personas tener a su alcance, los medios legales para invocar la protección judicial que concede el Derecho comunitario.

Sin lugar a dudas, un tribunal supranacional es uno de los instrumentos, aunque no el único, apto para permitir la profundización del proceso de integración, ya que proporciona mayor estabilidad al bloque económico, garantiza la eficiencia y la uniformidad en la interpretación de las normas, verifica el funcionamiento adecuado de las instituciones comunitarias, permitiendo el acceso de personas y principalmente debido a las peculiaridades de la legislación comunitaria y supranacional, establece la interrelación de los tribunales nacionales y el juzgador supranacional, por lo que los jueces nacionales también aplican el Derecho comunitario.



Impreso por Editorial MNEMOSYNE  
en talleres gráficos digitales propios  
100 ejemplares - Setiembre de 2015  
México 1470 PB 4 - (C1097ABD)  
Buenos Aires - Argentina  
(5411) 4381 4270  
*info@mnemosyne.com.ar*  
*www.mnemosyne.com.ar*