

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS NEGOCIACIONES DEL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS¹

Carlos VÉJAR BORREGO

SUMARIO: I. *Contexto*. II. *Antecedentes y situación actual*.
III. *Principales temas en discusión*. IV. *Temas específicos de
discusión*.

I. CONTEXTO

Actualmente el Área de Libre Comercio de las Américas (de aquí en adelante ALCA) cuenta con nueve grupos de negociación, incluyendo el grupo sobre solución de controversias, en los cuales se tratan materias relacionadas con el acceso a los mercados, inversión, servicios, compras del sector público, agricultura, derechos de propiedad intelectual, subsidios, *antidumping* y derechos compensatorios y política de competencia, entre otros,²

¹ Nota 1: el contenido de este artículo es entera responsabilidad del autor y no expresa la posición oficial del gobierno de México en las negociaciones del ALCA. Todos los documentos citados en este artículo son públicos, la mayoría de ellos pueden ser consultados en el sitio oficial del ALCA en Internet.

² La declaración conjunta de los ministros responsables del comercio de los 34 países del ALCA, emitida durante la cuarta reunión ministerial de comercio celebrada en San José, Costa Rica, el 19 de marzo de 1998, se recomendó el inicio de las negociaciones del ALCA, estableciendo nueve grupos de negociación sobre acceso a mercados; inversión; servicios; compras del sector público; solución de controversias; agricultura; propiedad intelectual; subsidios, *antidumping* y derechos compensatorios, y política de competencia. Los trabajos de los grupos de negociación comenzaron a partir del 30 de septiembre de 1998. Además de los grupos de trabajo, se crearon las siguientes entidades:

y de cuya discusión se pretende acordar un texto que establezca los compromisos de los 34 países del ALCA en las diversas materias, no más allá de diciembre del 2005.³

Una vez en vigor, los compromisos arriba mencionados estarán potencialmente sujetos a incumplimiento o a diversas interpretaciones por parte de los gobiernos responsables de la aplicación del acuerdo, lo cual hace necesario contar con un mecanismo “general” de solución de controversias. Dicho mecanismo tendrá como principal objetivo, además de garantizar la certidumbre jurídica para los agentes económicos de los compromisos adquiridos conforme al Acuerdo, evitará entre otros, la adopción de medidas unilaterales o una eventual denuncia del acuerdo por alguno de los miembros ante una violación real o supuesta de las obligaciones sustantivas del acuerdo por algún otro miembro. Para ello, el grupo de negociación trabaja en la elaboración de un capítulo que contenga un mecanismo de solución de controversias “idóneo” para el ALCA.

No obstante la discusión sobre un mecanismo general para la solución de controversias, existe la posibilidad de que lleguen a existir mecanismos específicos para la solución de controversias sobre una materia en específico, como lo sería un mecanismo diseñado de manera particular para las cuestiones relacionadas con la inversión (mecanismos inversionista vs. el Estado), o de que llegaran a existir excepciones para aplicar el mecanismo

Comité Técnico de Asuntos Institucionales, Grupo Consultivo sobre Economías más Pequeñas y Comité de Representantes Gubernamentales sobre la Participación de la Sociedad Civil.

³ Estos compromisos han sido reiterados por los ministros responsables del comercio de los 34 países en diversas ocasiones, la última durante la reunión sostenida en Quito, Ecuador, el 1o. de noviembre del 2002. Véase Declaración ministerial de dicha reunión. “Mientras que reconocemos que los procesos del ALCA y de la OMC están vinculados, insistimos que las negociaciones del ALCA tienen una meta diferente, que es la creación de un Área de Libre Comercio de una manera que sea consistente con las disposiciones relevantes de la OMC”. Declaración Ministerial de Toronto, Canadá, 4 de noviembre de 1999.

de solución de controversias del ALCA sobre diversas materias o aspectos de las mismas, o bien que determinadas controversias se remitan de manera automática al mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

II. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

El contenido del borrador del capítulo de solución de controversias sobre el que discuten las delegaciones de los 34 países no fue el resultado de una imposición unilateral por parte de ninguno de los participantes en la negociación, sino que es el resultado del consenso alcanzado por las diversas delegaciones después de más de un año de haber discutido como grupo de trabajo los diferentes enfoques para el inicio de las negociaciones.⁴

A cada grupo de trabajo del ALCA se le encomendaron diversas tareas específicas, todas ellas enfocadas en general al estudio de la viabilidad de celebrar un tratado de libre comercio. De manera particular, al grupo de solución de controversias tomó como punto de partida para sus trabajos un documento preparado por la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre mecanismos existentes para la solución de controversias en los acuerdos bilaterales y subregionales en el hemisferio.⁵ Específicamente, al grupo se le instruyó:

⁴ Los grupos de trabajo fueron establecidos en la declaración conjunta de los ministros responsables de comercio del ALCA el 30 de junio de 1995 en Denver, Colorado, sobre las siguientes áreas: acceso a mercados; procedimientos aduaneros y reglas de origen; inversión; normas y barreras técnicas al comercio; medidas sanitarias y fitosanitarias; subsidios, *antidumping* y derechos compensatorios; y sobre economías más pequeñas. Durante la segunda reunión ministerial sobre comercio celebrada en Cartagena, Colombia, en marzo 21 de 1996, se establecieron los grupos de trabajo de compras del sector público; derechos de propiedad intelectual, servicios, y política de competencia, y durante la tercera reunión ministerial celebrada en Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, el 16 de mayo de 1997, se creó el grupo de solución de diferencias.

⁵ Inventario sobre Mecanismos de Solución de Controversias, Procedimientos y Textos Legales establecidos por los Acuerdos, Tratados y Arreglos

- a. Preparar un inventario sobre los procedimientos y mecanismos de solución de diferencias establecidos por los acuerdos, tratados y arreglos de integración existentes en el hemisferio y los de la OMC, adjuntando los textos legales.
- b. Sobre la base de este inventario, identificar las áreas de convergencia y divergencia entre los sistemas de solución de diferencias en el hemisferio, incluso con respecto al grado en que se han empleado estos sistemas.
- c. A la luz de los distintos temas que abarcará el acuerdo del ALCA y otros factores relevantes, intercambiar puntos de vista sobre posibles enfoques para la solución de diferencias en el mencionado acuerdo, según el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias en la OMC.
- d. Formular recomendaciones específicas sobre los pasos a seguir para la construcción del ALCA en esta área.⁶

Tomando en cuenta los trabajos realizados por el grupo de trabajo y una vez que éste se convirtió en grupo de negociación, se establecieron los siguientes objetivos para el mismo:

1. Establecer un mecanismo justo, transparente y eficaz para la solución de controversias entre los países del ALCA, tomando en cuenta, entre otros, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC.
2. Diseñar medios para facilitar el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de diferencias para resolver controversias privadas en el marco del ALCA.⁷

de Comercio e Integración existentes en el Hemisferio y en la OMC:
http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_disp/Spanish/dsm_toc.asp

⁶ Véase Declaración de Bello Horizonte; Minas Gerais, Brasil, 1999.

⁷ Véase Declaración de San José, Costa Rica, *op. cit.* El mandato para diseñar medios para facilitar y fomentar el uso del arbitraje y otros medios alterna-

Además de acordar un texto de solución de controversias, el grupo debe revisar aquellas disposiciones especiales sobre solución de controversias elaboradas por los distintos grupos a fin que este grupo sea el que examine la compatibilidad de estas dichas disposiciones con las que se acuerden en él.⁸

Con estos objetivos generales en cuenta se desarrolla actualmente la negociación del capítulo de solución de controversias para el ALCA. El texto de dicho capítulo, como ya se mencionó, es el resultado de varias reuniones de trabajo, que originalmente compilaba las similitudes y diferencias contenidas en los diversos mecanismos de solución de controversias acordados por los 34 países del ALCA en sus diversos tratados y acuerdos comerciales celebrados, sobre el cual las delegaciones han incluido o eliminado propuestas, o alcanzado un consenso sobre la permanencia de otras.⁹

III. PRINCIPALES TEMAS EN DISCUSIÓN

En la negociación de un capítulo de solución de controversias resulta de la mayor importancia tomar en cuenta experiencias previas, para mejorar el mecanismo que está sujeto a negociación. En tal medida, se puede decir que los mecanismos de

tivos de solución de diferencias para resolver controversias privadas en el marco del ALCA no será analizado en el presente artículo; únicamente nos enfocaremos al mecanismo general de solución de controversias entre Estados.

⁸ Véase Declaración Ministerial de Quito, durante la Séptima Reunión de Ministros de Comercio del Hemisferio, Quito, Ecuador, 1 de noviembre de 2002.

⁹ No obstante las diferencias y diversidad de disposiciones contenidas en cada acuerdo, son tres los modelos que subyacen: el modelo OMC, el modelo TLCAN y el Modelo Mercosur (y en menor medida algunas diferencias contenidas en los mecanismos acordados dentro de la “comunidad andina”). En mi opinión, la negociación del capítulo pretende, principalmente, asemejar (o depurar) las distintas propuestas existentes para conseguir el mecanismo de mayor eficacia adecuado para el ALCA, procurando que en el ALCA tenga un mecanismo que evite en la mayor medida posible los “defectos” de los mecanismos existentes.

solución de controversias son el resultado de la aplicación evolutiva de mecanismos ya existentes.¹⁰

La discusión del capítulo versa en numerosas ocasiones sobre si se deben adoptar disposiciones similares a las de los acuerdos regionales o bilaterales o si deben adoptarse disposiciones similares a las contenidas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, para lo cual se debe ponderar la experiencia de los miembros en dichos procedimientos y tratar de determinar qué resulta mejor para el ALCA.¹¹

No obstante que la mayor parte de las discusiones giran en torno a cuestiones como las arriba mencionadas, existen otros temas externos al texto de negociación de solución de controversias que no permiten que se llegue a un acuerdo definitivo sobre el capítulo de solución de controversias, sino hasta que tales factores hayan sido definidos o resueltos.¹² Tal es el caso de los temas relacionados con la estructura institucional y las cuestiones presupuestales del ALCA, el número de materias comerciales que estarán cubiertas por el tratado y si las mismas estarán sujetas en su totalidad al mecanismo de solución de controversias, cuestiones que muy probablemente no serán resueltas sino hasta el final de las negociaciones del acuerdo.¹³

¹⁰ A manera de ejemplo, para una descripción de la evolución del mecanismo de solución de diferencias de la OMC véase: Trebillock, Michael J. and House, Robert, *The Regulation of International Trade*, 2a. ed., 2001, Nueva York, Routledge, pp. 51-58.

¹¹ La experiencia de cada miembro es distinta y en mayor medida se refiere al mecanismo de la OMC, ya que las controversias conforme a tratados bilaterales o regionales son escasas (conforme al TLCAN, en casi diez años desde su entrada en vigor, únicamente dos casos Estado-Estado han llegado a la etapa de panel arbitral, escobas de mijo y transporte transfronterizo).

¹² Nos referimos a factores externos del propio proceso de negociación del ALCA, sin ignorar la existencia de factores ajenos a las negociaciones *per se*, que pudieran entorpecer las negociaciones, como lo serían los cambios políticos o circunstancias económicas globales o de manera más específica para el proceso del ALCA, los avances y resultados de las negociaciones en la Ronda Doha de negociaciones de la OMC.

¹³ Para tratar los aspectos generales que afectan a todo el tratado, tales como las cuestiones institucionales y las presupuestales, así como las excepciones

En conclusión, resultará esencial definir las obligaciones sustantivas del ALCA antes de terminar de moldear al mecanismo de solución de diferencias.

A manera de ejemplo sobre algunos de los temas que no pueden ser acordados, en tanto no se resuelvan esos otros “factores externos”, están: la existencia de un tribunal permanente *vs.* un tribunal *ad-hoc* para la solución de controversias; si cada parte cubrirá los costos de aquellos procedimientos en que participe o si serán cubiertos con el eventual presupuesto del ALCA; si las audiencias se celebrarán en el país en controversia o en la sede del ALCA. Todos ellos, temas que requieren, entre otras cosas, que se defina si existirán recursos económicos permanentes para el ALCA o si existirá una institución dentro del ALCA que brinde asistencia administrativa al grupo de expertos, ya que sin recursos y sin instituciones permanentes con capacidad suficiente sería prácticamente imposible acordar la existencia de un tribunal permanente o de contemplar opciones que requieran de un apoyo institucional.

Es evidente que en tanto no se determinen estas otras cuestiones no se pueden descartar algunas de las propuestas existentes, ya que todo permanece como una posibilidad viable. Así, para no entorpecer el avance de las negociaciones se discuten en la “mesa” de negociación cualesquier posibilidades factibles, de conformidad con las propuestas presentadas por las delegaciones y tomando en consideración los factores externos existentes.

A manera de ejemplo sobre los temas particulares que se están discutiendo en el capítulo de solución de controversias del

generales, las definiciones generales, el preámbulo, los principios y objetivos del acuerdo, entre otros, el Comité de Negociaciones Comerciales (CNC) estableció un comité técnico de asuntos institucionales que le sirve de apoyo técnico y que es en donde se discuten y acuerdan algunos de estos temas, sujetos en su mayoría a la aprobación de los miembros del propio CNC. (El CNC está compuesto por los viceministros responsables del Área de Comercio, y tiene como función orientar el trabajo de los grupos de negociación, comités y grupos; tiene poder de decisión sobre la estructura general del acuerdo y otros temas institucionales, entre otras funciones).

ALCA y sin perjuicio del término definitivo que se adopte para cada tema al término de las negociaciones, podemos mencionar los siguientes:¹⁴

- Definiciones: el grupo discute los conceptos que de manera reiterada se repiten a lo largo del capítulo;
- Temas de cooperación: el grupo discute los aspectos relacionados con la cooperación internacional y la diplomacia para alcanzar soluciones satisfactorias;
- Tamaño de las economías: el grupo discute si debe darse y en qué medida un trato favorable y diferente para aquellos miembros que cuentan con escasos recursos para participar en un procedimiento de solución de controversias, tema que por tanto se relaciona con los costos en que se incurren y en los plazos en que las partes en disputa deben cumplir con la presentación de escritos, entre otros;
- Exclusión de foros: el grupo discute si debe permitirse o no que una controversia esté sujeta de manera exclusiva al mecanismo del ALCA, o si debe permitirse que la misma sea resuelta de manera simultánea conforme a un acuerdo bilateral, regional o multilateral;
- Etapa de consultas: el grupo discute el método para solucionar controversias sin llegar al establecimiento de un tribunal arbitral;
- Acumulación de procedimientos: el grupo discute los medios para permitir que un mismo órgano decisorio resuelva dos o más asuntos en virtud de similitudes específicas entre los mismos;
- Métodos alternativos para la solución de controversias: el grupo discute la existencia de otros métodos para solucio-

¹⁴ Para una versión completa del texto véase el segundo borrador del acuerdo ALCA, publicado en <http://www.alca-ftaa.org/> Los textos en negociación incluyen entre corchetes aquellos temas sobre los que los grupos no han alcanzado un consenso, según se instruyó en la declaración de Toronto, Canadá, del 4 de noviembre de 1999.

- nar controversias de manera paralela al mecanismo general, llámese conciliación, mediación o arbitraje;
- Establecimiento del “tribunal arbitral”: el grupo discute la forma de solicitar la integración, número de árbitros, métodos de integración automáticos o acordados, etcétera;
 - Listas de árbitros: el grupo discute la existencia o no de listas indicativas o listas exclusivas de posibles árbitros y obligación de sujetarse a las mismas o no;
 - Código de conducta de los árbitros y sus asistentes: el grupo discute las características y normas que deben cumplir los árbitros y sus asistentes al y para participar en un procedimiento de solución de controversias;
 - Pluralidad de partes demandantes: el grupo discute las reglas que regulen el desarrollo de la controversia cuando son varias las partes demandantes;
 - Reglas de procedimiento del “tribunal arbitral”: el grupo discute los plazos, etapas y requisitos a los que deberán ajustarse el tribunal y los participantes en el procedimiento;
 - Secretariado: el grupo discute sobre la institución que permita una administración neutral de los procedimientos: distribución de documentos, atención a las cuestiones administrativas de los procedimientos, fungir como memoria institucional de las decisiones, etcétera;
 - Participación de terceras partes: el grupo discute los derechos y obligaciones de las partes que manifiesten tener un interés comercial en una controversia entre otras partes;
 - *Amicus curiae*: el grupo discute la participación de los particulares en el procedimiento (reglas para la participación de terceros particulares en los procedimientos, ONGs);
 - Asesoría de expertos: el grupo discute las reglas para que el tribunal arbitral o las partes puedan recibir la asistencia profesional de técnicos o peritos especializados sobre alguna materia en disputa;

- Métodos para cubrir los costos de los procedimientos: el grupo discute el pago de los árbitros, de los expertos, de las audiencias, traductores, asistentes, fotocopiado, etcétera;
- Estructura de la decisión emitida por el tribunal arbitral: el grupo discute si la decisión debe tener un contenido mínimo o si debe apegarse a determinada estructura, etcétera;
- Medidas provisionales: el grupo discute la adopción de medidas cautelares o preventivas cuando existan circunstancias de riesgo irreparable para alguna de las partes, hasta que se resuelva la controversia;
- Revisión o aclaración de la decisión del tribunal: el grupo discute la facultad de las partes para solicitar una aclaración sobre la decisión final emitida por el tribunal arbitral;
- Existencia de un órgano de apelación: el grupo discute si debe o no existir un órgano de apelación y si éste debe limitarse a las cuestiones meramente jurídicas;
- Confidencialidad y transparencia del procedimiento: el grupo discute sobre el carácter público o privado de los escritos y de las etapas del procedimiento y los medios para hacerlos accesibles al público en general;
- Anulación y menoscabo de los beneficios del acuerdo esperados por las partes: el grupo discute si deben o no permitirse y cómo debe probarse que determinadas medidas no violatorias del acuerdo perjudican los beneficios que una de las partes esperaba obtener del acuerdo, y
- Suspensión de beneficios: el grupo discute (adopción de medidas compensatorias en materia comercial en contra de otra parte) cuando la parte demandada no cumple con la decisión del panel o las partes en controversia no alcanzan un acuerdo mutuamente satisfactorio que permita solucionar la disputa.¹⁵

¹⁵ Nota: como se mencionó anteriormente, estos temas son sólo algunos de los asuntos que se discuten en el grupo de negociación de solución de contro-

El trabajo de los negociadores será alcanzar el consenso sobre el mayor número de temas, aunque muy probablemente algunos de los temas arriba mencionados (y algunos de los que lleguen a existir) no serán resueltos a nivel técnico (dentro de la mesa de negociación de solución de controversias), y tendrán que resolverse a nivel viceministerial o ministerial.

IV. TEMAS ESPECÍFICOS DE DISCUSIÓN

Todos los temas que se discuten en la mesa de negociación tienen su propio grado de dificultad para alcanzar un consenso; sin embargo, existen temas particularmente “difíciles”, ya que no todas las delegaciones persiguen los mismos objetivos respecto del mismo. Algunas delegaciones privilegian un sistema riguroso y otras un sistema más flexible; otras, la celeridad en los procedimientos *vs.* plazos más largos; otras, contar con un sistema con varias instancias *vs.* sistema uniinstancial, y otras un mecanismo con participación de terceros *vs.* participación limitada a los Estados, etcétera.

A manera de ejemplo, entre algunos de los temas que contemplan esta problemática en mayor medida están los siguientes: i) Establecimiento de un tribunal arbitral; ii) Existencia de un órgano de apelación; iii) Medidas en proyecto, y iv) Exclusión de foros.

1. Establecimiento de un tribunal arbitral

Una redacción imprecisa o sujeta a compromisos futuros en materia del establecimiento de un tribunal arbitral (como lo se-

verías del ALCA, según se desprende del segundo borrador del acuerdo de fecha 1 de noviembre del 2002, publicado en el sitio oficial en Internet del ALCA, y los mismos pueden ser eliminados, incrementados o modificados. Asimismo, la breve referencia contenida entre paréntesis es únicamente enunciativa para permitir una comprensión general sobre las discusiones, pero en ningún momento pretenden definir o limitar el alcance de las negociaciones ni lo que se debe entender por cada uno de estos temas.

ría el establecer listas de árbitros sujeta al consenso de las partes),¹⁶ pudiera resultar en una situación en que el mecanismo falle al no poderse establecer el tribunal arbitral.

En este sentido, cualquier escenario que contenga este tipo de disposiciones sujetas a la voluntad de las partes en su totalidad o que no sean claras en cuanto a los pasos a seguir en caso de que una de las partes contendientes en una controversia se niegue a designar árbitros para integrar un tribunal arbitral, ocasionaría una inseguridad jurídica, al no poder prever cómo y cuándo se iniciaría un procedimiento para la solución de una controversia. Por ello es de suma importancia contar con reglas claras y precisas al respecto.

Las discusiones en torno a este tema versan principalmente sobre los límites y alcances de la voluntad de las partes para integrar un tribunal arbitral, ocasionando cuestionamientos como los siguientes:

- ¿Debe existir un tribunal permanente o debe ser *ad hoc*?
- ¿Todos los tribunales deben estar integrados por tres o por cinco miembros, o si debe dejarse esto al acuerdo entre las partes?
- ¿La integración del tribunal será por mutuo acuerdo entre las partes o por sorteo?
- ¿La elección del presidente del tribunal será por los propios miembros propuestos o deberá ser un tercero de un país no parte quien fungirá como presidente (*v. gr.* como en la OMC lo hace su director general), o aquel que designen las partes?

¹⁶ En el capítulo XX del TLCAN las partes se comprometieron a establecer una lista de hasta treinta individuos, los cuales deberán ser designados por consenso (artículo 2009). Si bien la idea de establecer una lista acordada por consenso resulta altamente efectiva para integrar un panel ante la negativa de una de las partes de designar a sus candidatos, los cuales serían elegidos inmediatamente de entre los miembros de la lista (artículo 2011), en la práctica un mecanismo de este tipo puede ocasionar que “nunca” se llegue a establecer una lista, ya que la existencia de la misma estaría sujeta al consenso de las partes, lo cual puede no ocurrir jamás.

- ¿Los miembros deben ser nacionales de ambas partes en disputa o deben ser todos nacionales de otras partes?;
- ¿Debe incluir el tribunal un miembro de un país en desarrollo o de una pequeña economía cuando la parte demandada o demandante sea un país en desarrollo o pequeña economía?;
- ¿Debe existir una lista permanente de posibles árbitros?;
- ¿En caso de que exista una secretaría del ALCA, deberá proponer ésta candidatos a los miembros en disputa?;
- ¿Cuántas veces se puede recusar a un candidato y bajo qué supuestos?;
- ¿Cuáles son las cualidades que deben reunir los miembros del tribunal arbitral?;
- ¿Pueden ser miembros del tribunal funcionarios de gobierno?;
- ¿Qué sucede si renuncia o no puede ejercer su encargo un miembro del tribunal?;
- etcétera.

A modo de ejemplo sobre las diversas opciones que enfrentan los negociadores, México ha acordado distintas “fórmulas” con respecto a estos temas, particularmente con respecto a la integración de tribunales arbitrales, y actualmente existen dentro de los tratados negociados los siguientes modelos:

- a) *Grupo de expertos*, conformado por tres miembros, con establecimiento de listas integradas por individuos designados directamente por cada parte y una segunda lista con miembros de terceros países acordados por ambas partes, quienes fungirían como presidentes del grupo. En caso de que una parte no designe al miembro que le corresponde o no se llegue a un acuerdo con la otra parte para designar al presidente del grupo, dichos miembros serán designados por sorteo de entre los nombres contenidos en la lista respectiva, sorteo que realizará el secre-

tario general de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) a solicitud de cualquier parte, y en caso de que no exista la lista de expertos de terceros países, el secretario general de la ALADI designará al presidente de entre las lista indicativa de la OMC. De común acuerdo las partes podrán designar a alguien que no figure en la lista.¹⁷

- b) *Panel arbitral*, integrado por tres miembros, con designación libre de un miembro por cada parte, quien podrá ser nacional de cualquier parte, y el tercer miembro, el cual fungirá como presidente del panel, será acordado por las partes y quien no podrá ser nacional de ninguna de ellas. En caso de que una o las partes no hayan designado al miembro del panel que le corresponde, el director general de la OMC, a petición de una de las partes, hará las designaciones necesarias.¹⁸
- c) *Panel, grupo arbitral o tribunal arbitral*, integrado por cinco o tres miembros. Las partes, por acuerdo, designarán a los miembros del panel. En caso de que no logren llegar a un acuerdo, una de ellas, por sorteo, designará al presidente, quien no podrá ser nacional de la parte que lo designa. Cada parte seleccionará a dos o un miembro nacional de la otra parte. En caso de que una parte no designe a

¹⁷ Decreto promulgatorio del Décimo Sexto Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica, núm. 5, celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay, firmado en Montevideo, Uruguay, el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 28 de febrero de 2001. Con un sistema similar, excepto por la participación del secretario general de la ALADI, cuenta el tratado con Israel. Decreto promulgatorio del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel, firmado en la ciudad de México el diez de abril de dos mil, publicado en el *DOF* el 28 de junio de 2000.

¹⁸ Decreto promulgatorio del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, firmado en la ciudad de México el veintisiete de noviembre de dos mil, publicado en el *DOF* el 29 de junio de 2001.

los panelistas que le corresponden, éstos serán seleccionados por sorteo de entre los miembros que contenga la(s) lista(s) de panelitas que previamente hayan acordado las partes (en el caso del tratado con triángulo del norte existen dos listas: una de nacionales y una de extranjeros, quienes podrán fungir como presidentes del tribunal arbitral. En caso de que sean varias las partes demandantes, una de ellas, electa de común acuerdo, designará a los árbitros).¹⁹

- d) *Panel arbitral*, compuesto por tres miembros. Cada parte designa un miembro y propone tres candidatos para fungir como presidente del panel. Si una parte no designa a su árbitro o no logran un acuerdo sobre el presidente del Tribunal, éstos serán designados por sorteo de entre los árbitros propuestos por una o ambas partes.²⁰

¹⁹ Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicado en el *DOF* el 20 de diciembre de 1993. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, publicado en el *DOF* el 11 de enero de 1995. Decreto Promulgatorio del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en la ciudad de Santiago de Chile el diecisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho, publicado en el *DOF* el 28 de julio de 1999. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, publicado en el *DOF* el 10 de enero de 1995. Decreto de promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua, publicado en el *DOF* el 1 de julio de 1998. Decreto Promulgatorio del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, firmado en la ciudad de México, el veintinueve de junio de dos mil, publicado en el *DOF* el 14 de marzo de 2001. Decreto Promulgatorio del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, publicado en el *DOF* el 9 de enero de 1995.

²⁰ Decreto promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo, y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea, publicado en el *DOF* el 26 de junio de 2000.

2. *Existencia de un órgano de apelación (modelo TLCAN o modelo OMC)*

El TLCAN contempla un modelo de solución de controversias “uniinstancial”. Es el mismo tribunal arbitral o panel el que decide la controversia. El panel emite un informe preliminar que deberá apegarse a una estructura determinada (artículo 2016) sujeto a observaciones de las partes contendientes, para luego emitir un informe final (artículo 2017), mientras que el modelo OMC permite que el informe del grupo especial esté sujeto a apelación ante un grupo de individuos distintos a aquellos que conformaron el grupo especial (artículos 16.4 y 17 del ESD). Éstas son las dos diferencias principales entre los modelos predominantes que se discuten en el texto del borrador del ALCA. Sin entrar a la discusión sobre cuál de estos modelos es el “mejor”, lo cierto es que ambos sistemas han permitido la solución de las diferencias. Sin embargo, establecer un órgano permanente en el ALCA, como lo es el órgano de apelación de la OMC, requiere de recursos permanentes y de una secretaría administrativa que dé apoyo a este grupo de individuos, y cuya viabilidad depende de factores externos, como se mencionó anteriormente.

3. *Medidas en proyecto*

El concepto de medidas en proyecto no es familiar para todos los países del ALCA, y por lo mismo será necesario que todos los miembros del ALCA compartan su definición y alcance a fin de poder incluirlo dentro del Acuerdo. El TLCAN incluye el concepto de medidas en proyecto de la siguiente manera (artículo 2004):

...las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o *en proyecto* de otra Parte, es

o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004 [énfasis añadido].

México ha incluido ese concepto del TLCAN en otros tratados celebrados con los siguientes países de América: Uruguay, Bolivia, Chile, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador, Colombia, Venezuela.

La primera pregunta es definir qué son las medidas en proyecto. Generalmente los tratados contienen una definición específica sobre lo que debe entenderse como medida. El propio borrador de texto de solución de controversias del ALCA incluye una redacción propuesta para este término:

[Medida: cualquier ley, decreto, acuerdo, disposición administrativa [o práctica gubernamental], [vigente [o en proyecto], entre otros;] [cualquier decisión vigente adoptada por una Parte en materia legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias y las mencionadas decisiones aún si no han entrado a regir por estar su vigencia condicionada al cumplimiento de un plazo o cuando la misma se limite a otorgar facultades a una determinada entidad o funcionario.²¹

Si bien puede quedar claro qué se deberá entender por “medida”, para algunos queda la duda sobre el complemento “en proyecto”. Por ejemplo, ¿debe entenderse por “medida en proyecto” cualquier iniciativa legislativa, y si debe permitirse que se solicite la integración de un tribunal arbitral para analizar dicha iniciativa, o únicamente debería permitirse la solicitud de consultas?

²¹ Segundo borrador del texto del Acuerdo del ALCA (solución de controversias), 2002.

No obstante ésta y otras preocupaciones en cuanto a una eventual “lluvia” de reclamaciones por medidas que nunca llegarán a ser aplicadas, la experiencia nos muestra que los países no inician procedimientos de solución de controversias en contra de cualquier medida en proyecto sin tener un grado de certeza sobre su eventual adopción.²²

El concepto de medida en proyecto contenido en el marco del TLCAN favoreció a México, al poder iniciar un procedimiento de solución de controversias por la adopción de Estados Unidos de una medida en proyecto que eventualmente entraría en vigor.²³

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la validez y conveniencia de incluir este concepto dentro del acuerdo del ALCA.

4. *Exclusión o elección de foros*

Con la celebración del ALCA, los gobiernos contarán con un mecanismo de solución de controversias adicional al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, y de los mecanismos contenidos en los tratados bilaterales o regionales que tengan celebrados con otros países del ALCA, para dirimir sus controversias.

Contar con un mecanismo adicional para solucionar controversias suscita diversas preocupaciones, principalmente ante el

²² En ningún tratado de los negociados por México que incluyen este concepto se ha iniciado un procedimiento de solución de controversias, excepto por el caso de escobas de mijo, en el marco del TLCAN, como se verá más adelante.

²³ Caso de la medida de salvaguardia impuesta por los Estados Unidos de América, las escobas de mijo mexicanas (USA-97-2008-01) Reporte final del panel de 30 de enero de 1998. México solicitó la celebración de consultas y reunión de la Comisión de Libre Comercio poco después de que el presidente de Estados Unidos determinara que aplicaría una medida de salvaguarda global que afectaba las exportaciones mexicanas de escobas de mijo, y una vez que el presidente estadounidense proclamó el incremento arancelario correspondiente, México solicitó la integración de un panel arbitral. Reporte final disponible en <http://www.nafta-sec-alena.org>.

supuesto de que se pudiera someter una misma controversia en distintos foros al mismo tiempo, y las consecuencias que tendría el obtener decisiones encontradas sobre un mismo asunto, o la interpretación que le pudieran llegar a dar los tribunales arbitrales a las decisiones emitidas en otros foros (cosa juzgada).²⁴ Es por ello que será necesario dejar en claro estas cuestiones, a fin de evitar en la medida de lo posible incongruencias dentro del sistema internacional de solución de controversias.

²⁴ En el artículo 23 del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, se menciona lo siguiente: “Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento...”.