

Fortalecimiento de las Políticas de Integración e Inserción Internacional
Washington DC, 3 al 5 de enero, 2009



*Spaghetti Bowl, Jurisdicciones
Concurrentes y Convergencia:*
Problemas Legales por
Proliferación de Mecanismos de
Solución de Controversias

Jaime Granados
Especialista en Comercio
Sector Integración y Comercio

Contenido

- **Proliferación y ¿fragmentación?**
- **Interacción de regímenes**
- **Jurisdicciones Concurrentes**
- **Selección de foro**
- **Reflexiones finales**

Proliferación

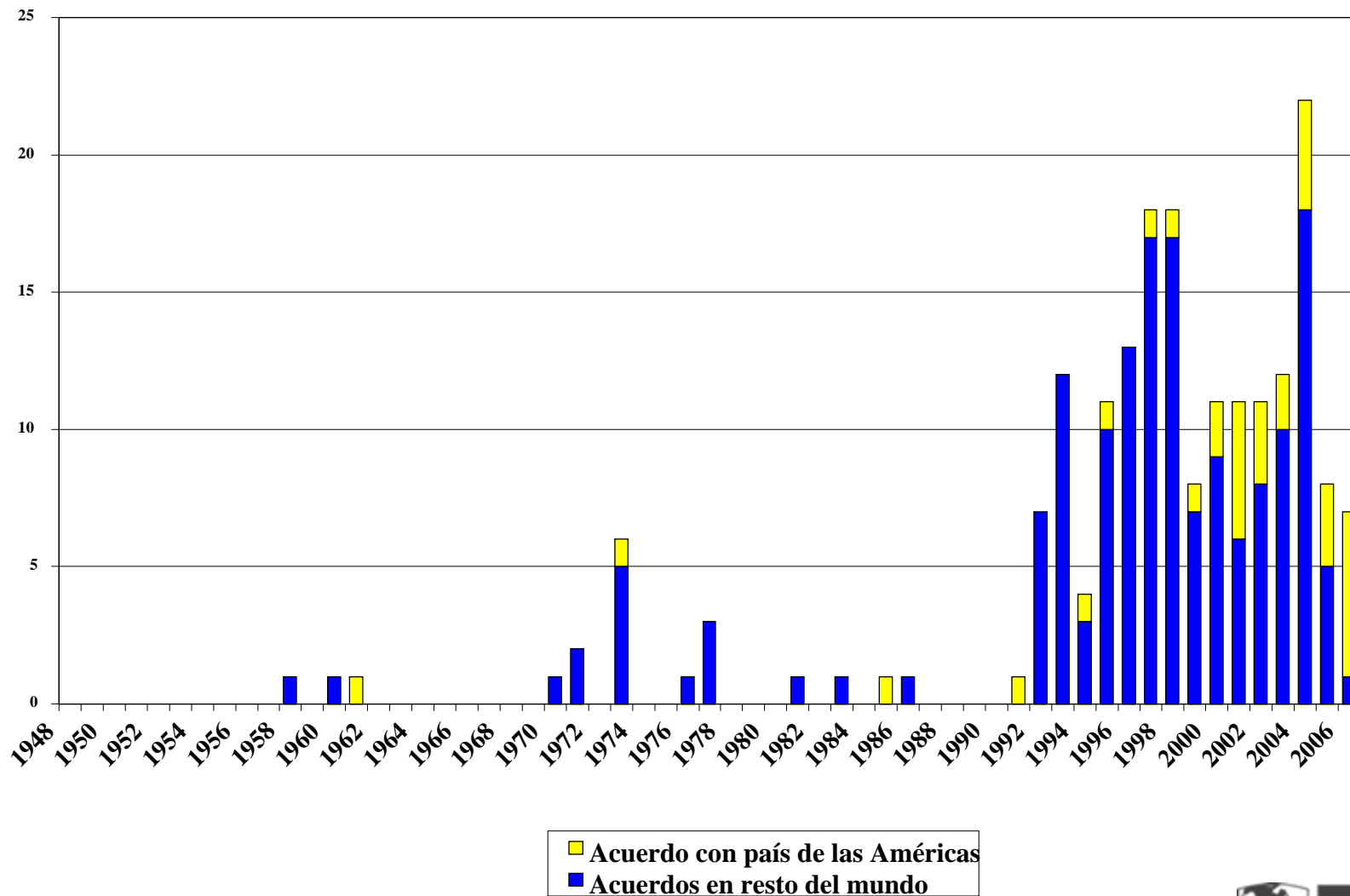
- **Legalización de las relaciones internacionales en muchos ámbitos:**

- Comercio
- Derechos Humanos
- Aduanas
- Tráficos de drogas
- Inversión extranjera
- Ambiente
- Derecho del Mar
- Aviación Civil
- Justicia criminal
- Propiedad Intelectual

- **Legalización implica un aumento en...**

- Grado de obligatoriedad de las normas
- Precisión y complejidad de las normas
- Delegación de funciones de interpretación, monitoreo e implementación a un tercero

ARCs notificados a OMC



Fuente: INT, 2007 con datos de OMC



¿Fragmentación?

- ¿De qué? ¿Qué es?
- ¿Está sucediendo?
- **R// Depende de la visión del Derecho Internacional...**
 - Visión universalista o sistemática
 - Visión unitarista
- **Cada visión tiene diferentes soluciones a los problemas que surgen por las interacciones entre regímenes**

¿Cómo interactúan los regímenes? OMC vrs ARCs

- **Universalistas (idealistas, sistemáticos)**
 - Derecho Internacional como sistema coherente
- **Particularistas (realistas, pragmáticos)**
 - Derecho Internacional es no más que la suma de una serie de subsistemas con poca relación entre sí, regímenes auto-contenidos

Universalistas (1)

- **Derecho Internacional General**

- **Derecho Internacional Especial**
 - OMC
 - Unión Europea, Comunidad Andina
 - Derecho del Mar
 - Derechos Humanos
 - Propiedad Intelectual
 - Inversión
 - Aviación, Laboral, Criminal, Ambiental, Espacial, etc

Universalistas (2)

Derecho Internacional General

■ Fuentes:

- Costumbre
- Principios Generales del Derecho

■ Contenido:

- Reglas primarias
 - Derechos y obligaciones sustanciales: uso de la fuerza, genocidio, derechos humanos, etc
- Reglas secundarias
 - Caja de herramientas para mantener el sistema: reglas sobre creación de normas, operación, inter-relación y cumplimiento: Ej: derecho de los tratados, responsabilidad del Estado, relaciones entre normas, solución de controversias

Universalistas (3)

Derecho Internacional General

- **¿Jerarquía?:**
 - *Jus Cogens*
 - El resto: costumbres y convenios

- **Consecuencias: (salvo Jus Cogens)**
 - Países pueden convenir reglas diferentes
 - Normas y costumbres tienen misma fuerza obligatoria
 - No hay jerarquía *a priori*
 - Principio de continuidad: salvo que se convenga otra cosa, la norma o costumbre prevalece (si OMC no convino otra cosa, se aplican las reglas del Derecho Internacional General)

Universalistas (4)

- Riesgo de fragmentación del Derecho Internacional
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: principal elemento de cohesión del sistema
- Rol de los Arts. 31 y 32 como catalizadores
- Necesidad de integración sistemática como regla de interpretación (Art.31.3.c)
- Ver Conclusiones del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, 2006. Remitido a la Asamblea General de la ONU, aprobación pendiente

Universalistas (5)

- **Tendencia a la “constitucionalización” en el Derecho Internacional:**
 - Estructura
 - Cierta jerarquía
 - Valores comunes
 - Mecanismos de interacción

Particularistas (1)

- Derecho Internacional General no se aplica a los subregímenes
- No hay legislador internacional central
- No hay mecanismos de cumplimiento centrales
- No hay fundamentos comunes, ni valores compartidos por todos
- Fragmentación, consecuentemente, parte de la premisa equivocada (constitucionalización también!)
- Derecho Internacional es todavía primitivo

Particularistas (2)

- **Dificultades del Derecho Internacional General**
 - Fuentes: costumbre como concepto difícil
 - Contenido: principios no se aplican dentro de los subregímenes, por ejemplo, responsabilidad estatal
 - Problemas de la Convención de Viena
- **En consecuencia, las relaciones entre diferentes instrumentos internacionales constituye tema difícil para el que hay pocas reglas a priori**

Particularistas (3)

- **Diferentes fundamentos del Derecho Internacional y del Derecho del Comercio Internacional:**
 - Derecho Internacional: soberanía, consentimiento del Estado, paz y seguridad
 - Derecho comercial internacional: el mercado como mejor instrumento para el bienestar económico

¿Cómo interactúan los ARC y la OMC en el plano legal?

- **Pregunta muy compleja!**
- **Como primer paso: tratar de encontrar una solución en las disposiciones de cada tratado**

¿Qué dicen al respecto OMC y los ARC en las Américas?

- **Afortunadamente, casi todos los ARC contienen disposiciones sobre relación con OMC y otros:**
 - Confirman compromisos ante OMC y otros acuerdos
 - En caso de conflicto, prevalece el ARC, en la medida de la inconsistencia, salvo que se disponga lo contrario
 - Referencia reglas de interpretación del Derecho Internacional
- **Desafortunadamente, la OMC es parca al respecto:**
 - Instrumentos se deben interpretar de conformidad con las reglas de interpretación del Derecho Internacional
 - Otras evidencias de régimen auto-contenido en el ESC

Elementos de régimen auto-contenido en la OMC

- Decisiones no pueden aumentar o disminuir derechos de los Miembros (Art.3.2)
- Términos de referencia limitados (aunque ampliables por acuerdo de las partes)
- Jurisdicción exclusiva para solución de disputas bajo los acuerdos cubiertos (Art.23)
- Controles discursivos, constitucionales y políticos contra el activismo judicial

Por ello...

- ARCs parecieran ser más permeables a tomar en cuenta decisiones de OMC y otros foros en la solución de conflictos
- OMC pareciera ser, hasta ahora, un régimen relativamente más cerrado a la influencia de otros subregímenes de Derecho Internacional

Pero...

¿Cómo ha evolucionado la jurisprudencia en OMC?

¿Qué han dicho al respecto los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC? (1)

- Relaciones Comercio y Ambiente, OMC y ARCs...
- Uso de criterios de interpretación del Derecho Internacional: Arts.31 y 32 de Viena
- Se ha admitido la aplicación de reglas del Derecho Internacional General tales como las costumbres internacionales no específicamente prohibidas por OMC (Corea- Compras Gubernamentales, 2000)

¿Qué han dicho al respecto los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC? (2)

- **Con frecuencia se han aplicado otras normas del Derecho Internacional General:**
 - Solución de diferencias:
 - Legitimación (CE-Banano)
 - Representación por abogados privados (CE-Banano)
 - Competencia (EUA-Ley Antidumping)
 - Carga de la prueba (EUA-Camisas y Blusas)
 - Tratamiento del derecho interno (India-Patentes)
 - Aceptabilidad de *amicus curiae* (EUA-Camarones/Tortugas)
 - Autoridad para realizar inferencias adversas (Canadá-Exp.Aviones)
 - Economía judicial (EUA-Camisas y Blusas)



¿Qué han dicho al respecto los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC? (3)

- **Con frecuencia se han aplicado otras normas del Derecho Internacional General (continuación):**
 - Derecho de los tratados:
 - Principio de no retroactividad (Brasil-Cocos disecados)
 - Error en la formación del tratado (Corea-Compras Gobierno)
 - Responsabilidad del Estado
 - Disposiciones sobre contramedidas (CE-Banano)
 - Atribución (Canadá-Lácteos)

- **También se han aplicado acuerdos OMC no cubiertos:**
 - Entendimiento sobre las Relaciones OMC-FMI
 - Actos de Organos de OMC tales como “waivers” (CE-Banano)

- **Y normas de Derecho Internacional Especial:**
 - Convención de Lomé (CE-Banano)

¿Qué han dicho al respecto los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación de la OMC? (4)

- **¿Qué se observa a *grosso modo* en esta aplicación de normas del Derecho Internacional General?**
 - OMC ha sido un régimen abierto al Derecho Internacional en materias procesales, relacionadas con formación e interpretación de normas, legitimación activa, representación, no retroactividad y otros temas no sustanciales
 - OMC se ha mostrado más cerrada cuando a través de la introducción del Derecho Internacional ingrese el proteccionismo comercial a su ámbito
 - No se observan cambios importantes al balance entre derechos y obligaciones de los Miembros, sobretodo los desarrollados
 - Sin embargo, hay cambios recientes (ambientales)

En consecuencia...

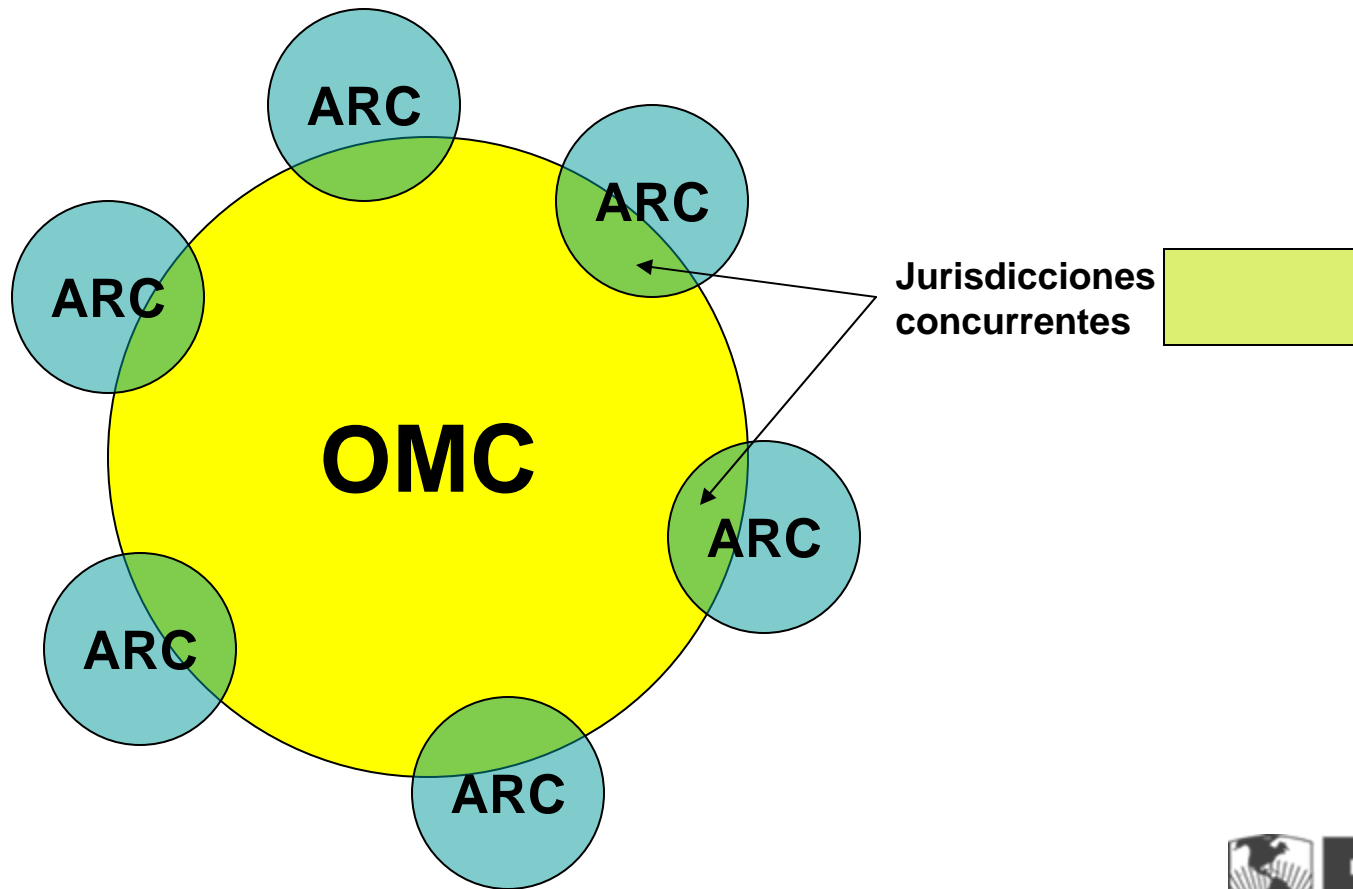
- El sistema OMC evoluciona, en gran medida para ajustarse a nuevas necesidades, ganando legitimidad.
- Otras normas ajenas a la OMC se usan como elementos interpretativos, no como derecho “aplicable”.
- Ausencia de una teoría legal adecuada que explique las interacciones
- Pero es quizás bajo esta lente que se puedan anticipar respuestas a algunos de los temas de la interacción y las jurisdicciones concurrentes entre OMC y los ARCs, construyendo un sistema desde abajo hacia arriba, por la vía jurisprudencial, no convencional

Problemas por Jurisdicciones Concurrentes en OMC y ARCs

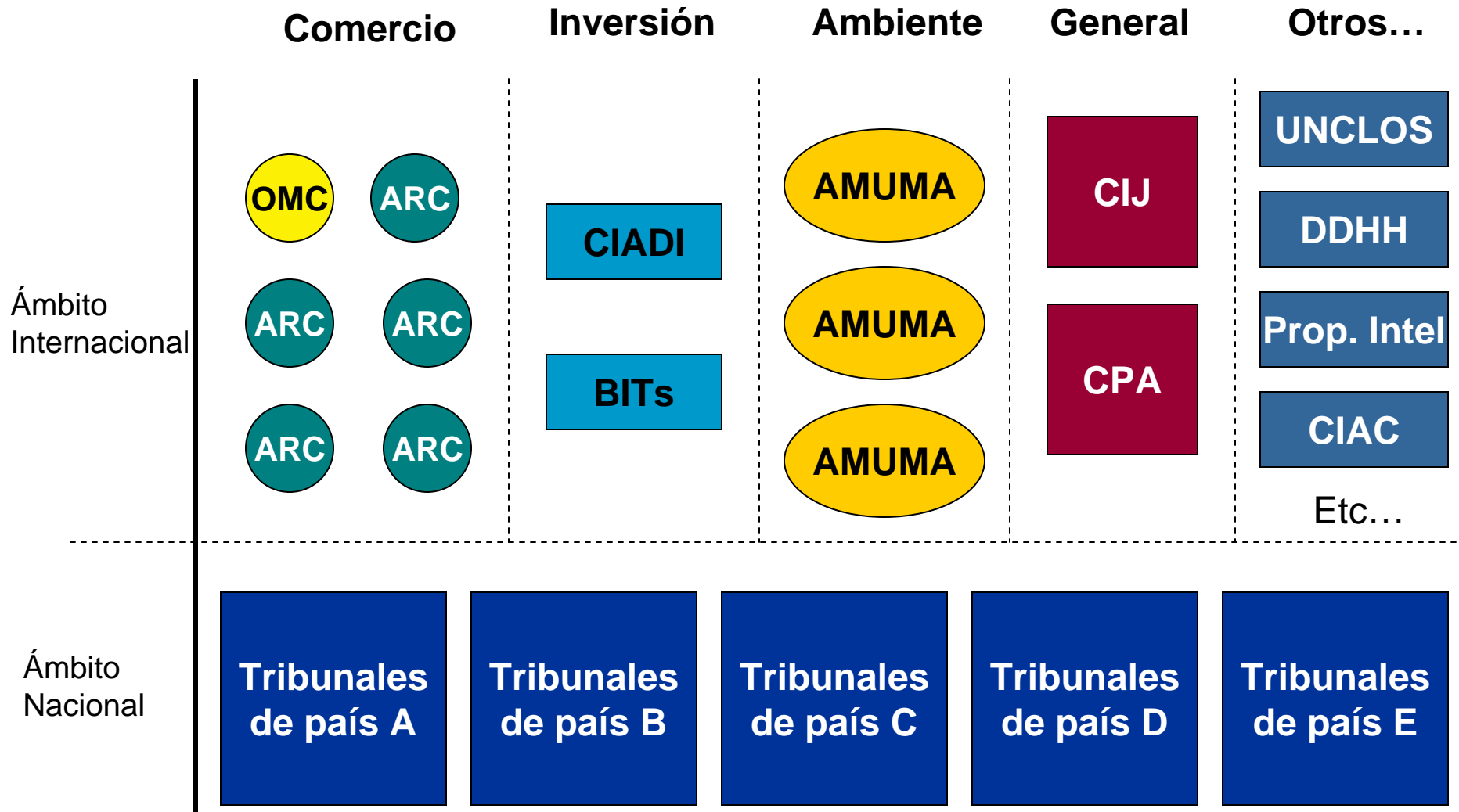
- **Definición de jurisdicciones concurrentes**
- **Causas de las jurisdicciones concurrentes**
- **Posibles efectos adversos de las jurisdicciones concurrentes**
- **¿Posibles soluciones a los problemas?**

Jurisdicciones Concurrentes:

Dos o más mecanismos de solución de controversias tienen jurisdicción para resolver un caso específico



Pero pueden haber interacciones jurisdiccionales mucho más complejas...



La fuente del problema más común en acuerdos comerciales: terminología concurrente

Lenguaje OMC en ARC en las Américas

- **Incorporación por referencia**
- **Repetición**
- **Parafraseo**
- **Revertir efectos contractuales de la OMC**
- **OMC-plus**
- **Términos del Arte**
- **Confirmación de derechos y obligaciones OMC**

¿Por qué se usa lenguaje de OMC en los ARC?

- Armonización de términos
- Dar estructura a los Capítulos de los ARC
- Base sobre la cual sentar disposiciones OMC-plus
- Someter ciertas normas clave de OMC a litigio regional
- Revertir ciertos efectos contractuales de OMC
- Implementar regionalmente Acuerdos Ronda Uruguay
- Codificar/rechazar/limitar decisiones del MSC de OMC
- Codificar/rechazar/limitar posibles interpretaciones de ciertas reglas/decisiones de OMC

Distribución de Jurisdicción en ARCs en las Américas

- Cláusulas de Selección de Foro más *electa una vía*
- Jurisdicción exclusiva de ARC para casos específicos
- Jurisdicción exclusiva de OMC para casos específicos
- No hay jurisdicción ARC para discutir derechos y obligaciones de OMC (o disposiciones sustancialmente equivalentes) (UE-Chile)
- No hay disposiciones específicas sobre jurisdicción
- No hay jurisdicción OMC cuando dos partes tienen reclamo OMC y una tercera parte desea intervenir y no logran acordar dónde discutir el tema (MEX-EFTA)

Inter-relacionando Referencias a OMC y Distribución Jurisdiccional en ARCs: Algunos Hallazgos (1)

- **Áreas en ARC con alta incidencia de incorporación, repetición y parafraseo de lenguaje OMC:**
 - PI, Servicios
- **Áreas con alta incidencia de jurisdicción exclusiva de los ARC:**
 - MSF
 - Ambiente
 - Salud

Inter-relacionando Referencias a OMC y Distribución Jurisdiccional en ARCs: Algunos Hallazgos (2)

- **Prevenir posibles efectos adversos de la concurrencia de jurisdicciones ha sido una consideración en el diseño y arquitectura de algunos ARC**
 - *Uso de términos del arte*
 - *Uso de técnicas de “acoplamiento de textos”*
 - *Cláusulas de selección de foro más electa una vía*
- **Sin embargo, en ciertas áreas, consideraciones de política han tenido mayor prioridad, particularmente en ARC Norte/Sur**

Posibles Efectos Negativos de las Jurisdicciones Concurrentes

- **Forum Shopping “Abusivo”** → ■ **Demandado forzado a litigar en foro difícil**
- **Procesos paralelos** } ↔ } ■ **Poca economía judicial**
- **Procesos sucesivos** } } ■ **Poca certeza jurídica**
- **Decisiones contradictorias** → ■ **Fragmentación del Derecho Comercial Internacional**

La difícil búsqueda de soluciones

1. ¿Controlar más el uso de lenguaje OMC en ARC?
2. ¿Cláusulas de jurisdicción más robustas?
3. ¿Permitir que el MSC de OMC establezca algunas de las reglas?
4. ¿Aplicar Principios Generales del Derecho?
5. ¿Opiniones Consultivas de la CIJ?
6. ¿Cooperación judicial internacional?
7. ¿Convergencia de los ARC en las Américas?
8. ¿Constitucionalización sistema mundial de comercio?

1. ¿Controlar más el lenguaje OMC en ARCs?

- **Hay razones sistémicas y políticas muy poderosas por las que se usa el lenguaje de OMC en ARCs!**

- **Algunas sugerencias básicas:**
 - Evitar repeticiones innecesarias
 - Parafraseo puede conducir a confusión
 - Para las disposiciones OMC-plus:
 - usar más las técnicas de “acoplamiento de textos”
 - confirmar (sin incorporar formalmente) lenguaje OMC, luego redacte el componente “plus” en términos legales claros.

2. ¿Cláusulas jurisdiccionales más robustas?

- ¿Cláusula de selección de foro más electa una vía? Buena práctica, pero podría no resolver todos los problemas
- ¿Cláusulas en ARC por las que temas de OMC se deban resolver únicamente en OMC? No muy efectivas
- ¿Jurisdicción exclusiva en ARC para temas que también podrían ser discutidos en OMC? Riesgos de fragmentación no se erradican completamente

➔ De nuevo: consideraciones de política son más fuertes que el objetivo sistémico de evitar posible fragmentación

➔ Países podrían querer mantener abiertas opciones de foro

3. ¿Permitir que el MSC de OMC progresivamente establezca algunas de las reglas?

- Centralización del proceso de decisión
- MSC de OMC reticente a dar consideración a decisiones o reglas de ARC
- Solución parcial: fragmentación es una calle de doble vía que requiere enfoque regional también (fragmentación podría seguir ocurriendo sin que ningún caso llegue al MSC de OMC)
- Mejor solución: que las partes convengan en darle jurisdicción al grupo especial para que evalúe también las disposiciones del ARC (Art.7.3 del ESC de OMC) y que aplique las reglas del Derecho Internacional Público

4. ¿Aplicar ciertos Principios Generales del Derecho? (1)

- Principios generales del derecho:
 - ↑ • *Res judicata*?
 - ↑ • Estoppel?
 - ↑ • Comity?
 - ↑ • *Lis alibi pendens*?
 - ↑ • Abuso del derecho?
 - ↑ • *Lex specialis, lex posteriori*?
 - ↓ • *Forum non convenience*?

4. ¿Aplicar ciertos Principios Generales del Derecho? (2)

- **Problemas:**

- Algunas de esas doctrinas podrían no ser de fácil aplicación en el contexto de las interacciones legales OMC/ARC
- En algunos casos, si se buscara codificar soluciones aplicando esos principios, deberían ser modificados de tal manera que podrían resultar muy complejos y disfuncionales
- Diferencias en el “remedio” podría justificar que un mismo hecho sea juzgado en paralelo por dos o más foros y ello no implica concurrencia
- Diferencias en contexto y propósito entre los Acuerdos podría requerir diferentes interpretaciones de normas idénticas

5. ¿Opiniones Consultivas a la CIJ?

- Enfoque de caso por caso: un sistema se podría crear paulatinamente
- Tendría que trabajar muy rápidamente
- Acuerdo de OMC tendría que ser modificado
- Poca aceptación política en OMC

6. ¿Cooperación Judicial Internacional?

- Objetivo: concientizar e inducir a un mayor reconocimiento inter-judicial y a la integración sistémica del Derecho Internacional
- ¿Podría esto mejorar la situación en presencia de restricciones en el texto de la ley? Probablemente no.

7. ¿Convergencia de ARCs en las Américas?

- No es una solución específica al problema
- Primeros intentos hacia la convergencia han sido muy difíciles: ALCA, ALADI, Iniciativa del Pacífico, Comunidad Sudamericana de Naciones, Caminos para la Prosperidad...
- Iniciativas subregionales (MCCA, RD-CAFTA) y Foro ARCO

8. ¿Constitucionalización del sistema comercial?

- No es una solución específica al problema: implicaciones legales, políticas y económicas importantes que van mucho más allá del problema de jurisdicciones concurrentes
- Más que una solución, requiere otro “*cambio de paradigma*” en Derecho Internacional
- Definitivamente no es una solución de corto plazo!

Proliferación y Forum Shopping

Criterios para la selección del foro (OMC vrs ARCs):

- Derecho aplicable
- Ventajas procedimentales
- Disponibilidad de trato especial y desarrollo efectivo
- Participación de terceras partes, incluyendo a partes privadas
- Admisión de *amicus curiae*
- Apelación
- Naturaleza legal de la decisión
- Remedios disponibles
- Costos del litigio
- Ventajas políticas del foro

Reflexiones finales (1)

- Interacción legal entre OMC y ARC y otros acuerdos es compleja
- Diferentes visiones del Derecho Internacional parecieran dificultar la tarea de discernir esas relaciones
- ARCs en las Américas parecieran ser más permeables a la interacción con el resto del Derecho Internacional
- OMC pareciera ser un régimen legal más cerrado
- Sin embargo, decisiones del MSC de OMC han abierto estratégicamente la OMC al Derecho Internacional:
 - Claramente en temas procesales
 - No así en temas de sustancia, sobretodo cuando podrían comportar proteccionismo o romper el balance actual de derechos y obligaciones

Reflexiones finales (2)

- Los mecanismos de solución de controversias de los ARCs en las Américas son efectivos en la mayoría de los casos
- Concurrencia de jurisdicciones en OMC y ARCs implican riesgos de procesos paralelos y/o sucesivos y decisiones contradictorias
- Este es un tema sistémico: la situación se agrava al entrar en escenas otros acuerdos internacionales (ambiente, laboral, ddhh)
- Mayoría de ARC en las Américas fueron redactados de manera que se eviten los problemas más obvios
- Sin embargo, ni los ARCs ni la OMC ofrecen soluciones claras a la gama de problemas: todavía pueden haber procesos paralelos y/o sucesivos, decisiones contradictorias y hasta *Forum Shopping* abusivo

Reflexiones finales (3)

■ Hallar soluciones no es fácil:

- Con respecto al diseño de ARCs:
 - Mantener alternativas abiertas pareciera ser una importante preferencia de política
 - No es fácil modificar Acuerdos
- Con respecto a las limitaciones del Derecho Internacional:
 - Las complejidades del Derecho Internacional en las interacciones entre OMC/ARC están pendientes de ser abordadas
 - Reticencia en OMC a dar seria consideración a decisiones en ARC
- ¿Un Convenio Internacional sobre Jurisdicciones Concurrentes?
 - No hay ambiente y quizás no sea necesaria. Por ello, las soluciones deben ser proporcionales y exploradas al más bajo nivel posible aplicando, con mucha cautela, algunos Principios Generales del Derecho

Reflexiones finales (4)

- **Combinación de enfoques podría reducir algunos riesgos:**
 - Trabajar a nivel de ARC: cuidadosas referencias a OMC y uso de cláusulas jurisdiccionales: selección de foro/electa una vía
 - Necesidad de integración sistémica en la interpretación del Derecho Internacional: MSCs de OMC y ARCs podrían clarificar algunas de las interacciones legales OMC/ARC (lo cual con el tiempo podría facilitar un acuerdo multilateral)
 - La integración normativa y distribución de autoridad: evitar que la integración normativa amenace la autoridad depositada en las instituciones creadas por el derecho internacional
 - Cooperación judicial internacional y “comity”, sobre todo a nivel de OMC
 - Partes den jurisdicción a OMC para juzgar ARC (Art.7.3). Panel puede juzgar o pedir a mecanismo regional que juzgue (Art.13.1)

Reflexiones finales (5)

- El sistema legal de la OMC evoluciona: se abre paulatinamente.
- Si no se altera el balance de derechos y obligaciones de los Miembros, ni se introduce proteccionismo, será más fácil que la OMC acepte influencia de ARC a través de decisiones del MSC, por la vía del Derecho Internacional General
- Una OMC robusta contribuiría mucho más (habría menos acuerdos regionales!)
- Importancia de una Agenda de Desarrollo de Doha exitosa y de ejercicios de convergencia en las Américas



jaimeg@iadb.org

Banco Interamericano de Desarrollo / www.iadb.org