

Principios procesales en el comercio internacional

Carlos H. Reyes Díaz*

Sumario: I. Introducción. II. Fragmentación Del Derecho Internacional. III. Principios Procesales. IV. Acceso a los Mecanismos. V. *Forum Shopping*. VI. Transparencia. VII. Acuerdo de Voluntades. VIII. Evitar Duplicidad de Foros. IX. *Lis Alibi Pendens* y *Res Iudicata*. X. Garantías Procesales. XI. *In Dubio Mitius*. XII. Agotamiento de Recursos Internos. XIII. Contrastes Entre la Jurisdicción Nacional y la Internacional. XIV. Reflexiones Finales. XV. Fuentes De Consulta.

Resumen: El derecho procesal comercial internacional ha experimentado un crecimiento inusitado en las últimas décadas. La creación desmedida de mecanismos de solución de controversias comerciales se ha constituido no sólo como una alternativa de la jurisdicción nacional, sino, en muchos casos, en la primera opción de los litigantes que cada vez encuentran en sus contrapartes a ciudadanos y empresas extranjeros, debido al convulsionado mundo en plena globalización. Los principios procesales que aplican todos estos tribunales tienen rasgos similares, al tiempo que comparten características con los tribunales nacionales. La armonización de estos principios es una alternativa posible para la coexistencia de todos estos tribunales de la también llamada “justicia alternativa”.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

En los primeros años del siglo XXI, resulta evidente que el mapa de la comunidad internacional como se conoció por mucho tiempo, ya no es el mismo. En la segunda mitad del siglo XX, los Estados dejaron de ser los únicos actores de las relaciones internacionales; ahora se duda incluso que sean los principales. Esta situación se manifiesta de múltiples maneras.

En el campo del derecho comercial internacional, comandado por la OMC en el ámbito multilateral, resulta claro que los Estados no son los únicos que pueden ser Miembros de dicho organismo, ya que, como lo establece el artículo 33 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT en inglés), pueden ser Partes Contratantes (hoy Miembros de la OMC) los Estados o “Territorios Aduaneros” distinto(s) del Estado que disfrute de completa autonomía en la dirección de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el mismo GATT, podrá(n) adherirse a él (...) en las condiciones que fije el gobierno representante de dicho territorio y las demás Partes Contratantes por mayoría de dos tercios (hoy por consenso). Dentro de aquellos Miembros de la OMC que no tienen el carácter de Estado, se encuentran los territorios aduaneros de la Unión Europea (con personalidad jurídica independiente de la de sus miembros); Hong Kong, China (independiente de China); y el “Taipei Chi-

no” compuesto por Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu¹.

Todos los Miembros de la OMC, Estados o no, pueden y tienen celebrados acuerdos comerciales con diferentes socios de todo el mundo. El hecho que refleja una realidad comercial contundente es el que, a la fecha, todos los integrantes de la comunidad internacional tienen tratados bilaterales o han suscrito tratados multilaterales en materia comercial. Si se toma en cuenta que cada tratado establece sus propios mecanismos de solución de controversias, en muchos casos específicos, en otros remitiendo a procedimientos como el de la OMC, entre otros, queda en evidencia la fragmentación del derecho internacional comercial.

Son precisamente los procedimientos de solución de controversias comerciales los que han influido en la reconfiguración de los mapas mundiales en este inicio de siglo, como será explicado más adelante. El estudio de los principios procesales que gobiernan las relaciones comerciales internacionales es una tarea interesante, ya que no existen tribunales que resuelvan más conflictos internacionales al año que los tribunales comerciales, liderados por la OMC, pero seguidos por tribunales como la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), además de tri-

¹ Todos los miembros de la OMC www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

bunales regionales como el TLCAN y el de la Unión Europea.

Estos tribunales son de variada manufactura, pero comparten principios procesales fundamentales para resolver conflictos. Estos principios no difieren completamente de los principios nacionales, pero tampoco son esencialmente los mismos. Quizá en la armonización de estos principios procesales se encuentre la solución a problemas como el de la fragmentación del derecho internacional.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL²

Algo que debe entenderse antes de tratar los principios procesales en la solución de conflictos internacionales es la llamada fragmentación del derecho internacional, porque es precisamente de ella que nacen nuevos principios procesales. Se dice que el derecho internacional se ha fragmentado porque en décadas recientes han proliferado organismos internacionales, acuerdos comerciales, tratados y organismos sobre derechos humanos, derecho comercial, derecho de las inversiones, derecho del mar, derecho ambiental, entre una variedad

muy amplia de materias que se han “independizado”, por decirlo de alguna manera, del tronco común del derecho internacional general.

Estas materias, una vez creadas, reclaman su propia independencia y autonomía técnica y operativa respecto de la comunidad internacional que les dio origen. En otras palabras, a mediados del siglo pasado la Organización de las Naciones Unidas (ONU) era el organismo internacional por antonomasia, el centro neurálgico de las relaciones internacionales, la fuente creadora de tratados y organismos subsidiarios que conformaban las ramas del centro natural que era la misma ONU. El derecho internacional general nacía y se desarrollaba en la ONU y esta organización, por su parte, se apoyaba en el derecho internacional como su herramienta más importante para cumplir sus objetivos, específicamente, el logro de la paz mundial después de la cruenta etapa de la Segunda Guerra Mundial³.

Pero la creación de estos organismos internacionales (OCDE⁴, FMI⁵, BM, entre otros) y la celebración de una cantidad muy numerosa de tratados multilaterales, bilaterales, regionales, etc., ha propiciado un desbordamiento de normas e instituciones incapaces de ser controladas por la

² Para mayor información sobre este tema, ver: *Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, en: Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de la Comisión de Derecho Internacional, Organización de las Naciones Unidas, 58 Período de Sesiones, mayo-agosto, 2006.

³ Sobre este tema, ver: Jackson, John H. *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*. Marcial Pons, Madrid, España, 2009.

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

⁵ Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial.

ONU, de manera que se les ha debido soltar cada vez más, creándose por ello un universo multidisciplinario difícilmente reversible en el corto plazo.

A la separación de estas disciplinas del centro del derecho internacional general, se le conoce como fragmentación. De las materias que antes eran una parte del derecho internacional y que hoy reclaman y, en muchos casos, han logrado su independencia, pueden mencionarse los derechos humanos, el derecho del mar, el derecho ambiental, y el derecho comercial, entre muchos otros. Por otra parte, temas como la salud pública, el terrorismo, la clonación y otros, pueden tratarse desde una perspectiva comercial o de derechos humanos, y las controversias derivadas de la aplicación de sus normas pueden resolverse en tribunales mundiales como la Corte Internacional de Justicia, o en tribunales especializados como el de la OMC o los de derechos humanos, o en tribunales regionales, como el del TLCAN o la Corte Europea.

Para algunos contendientes, la posibilidad de someter sus conflictos a diversas instancias, nacionales o internacionales, regionales o multilaterales, representa una ventaja. Para otros, un riesgo latente de duplicidad o multiplicidad de procedimientos que atiendan causas iguales o similares que deriven en resoluciones contradictorias o bien, múltiples resoluciones para un mismo problema.⁶

⁶ Sobre este tema, resulta interesante la opinión de Linton, Suzannah y Dr. Kebede Tiba, Firew, en: *ARTICLE: SYMPOSIUM: INTERNATIONAL JUDGES: The Internatio-*

Es por ello que resulta fundamental en estos días estar concientes de que los caminos del derecho internacional ya no siguen una misma línea lógica, que las diferentes materias han creado nuevos sistemas independientes imposibles de ignorarse. Pretender regresar al camino de un derecho internacional general cada vez parece más una utopía, pero tampoco resulta conveniente observar la dispersión de materias, organismos y tribunales sin tomar medidas al respecto. El derecho debe tener cierta libertad de acción atendiendo a sus propias disciplinas, porque ello permitirá seguir abriendo brechas del conocimiento especializado, pero debe tenerse presente que todas estas disciplinas transitan sobre caminos jerárquicamente similares. Decía *Marco Bronckers* en el año 2001, ya no sobre la ONU, sino ahora sobre la OMC, que si este organismo se está convirtiendo en el nuevo vehículo para la gobernanza global, debe quedar claro que “este vehículo no debe viajar sin un mapa del camino y debe considerar el tránsito de otros vehículos”.

Lo anterior puede traducirse en dos aspectos, el primero, que el mapa del camino debe ser uno que permita llegar a donde todo el sistema internacional busca llegar, a la convivencia pacífica, y el segundo, que si en el camino se encuentra con otros vehículos, deberán realizarse esfuerzos suficientes para transitar sin percances, es decir, persiguiendo en todo momento

nal Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals. The University of Chicago, Chicago Journal of International Law, USA, 2009.

la armonización del derecho, no tratando de establecer la jerarquía entre un sistema y otro, porque esto cada vez es más complicado.

La búsqueda de la jerarquía de normas y de tribunales es una característica de los sistemas jurídicos nacionales, pero no puede conseguirse en el ámbito internacional por múltiples razones que se expondrán más adelante.

III. PRINCIPIOS PROCESALES

La OMC tiene su propio mecanismo para solucionar controversias⁷ a cargo del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), órgano que reporta al Consejo General de la OMC. El OSD debe velar por el respeto que sus 153 Miembros deben observar de los acuerdos multilaterales y plurilaterales que constituyen la base jurídica de este organismo.

No obstante su labor, actualmente⁸ la OMC reconoce la existencia de 297 acuerdos comerciales regionales, entre acuerdos que constituyen áreas de libre comercio, uniones aduaneras, acuerdos de servicios y acuerdos con

cláusula de habilitación⁹. Muchos de estos acuerdos cuentan con mecanismos específicos de solución de controversias para la interpretación y aplicación de sus propias disposiciones. En muchos casos, estos mecanismos son un reflejo de los procedimientos ante la OMC, en otros reflejan normas similares a las nacionales, pero en algunos casos existen reglas particulares distintas, como en los procedimientos internos del capítulo XIX del TLCAN, los procedimientos del Tribunal Permanente de MERCOSUR¹⁰, y los correspondientes al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Todos los mecanismos encargados de resolver controversias comerciales internacionales, sin embargo, tienen principios procesales comunes como las etapas oral y escrita, derechos de audiencia y de debido proceso legal, entre otros que de igual forma son comunes a los procedimientos nacionales y a aquellos que no son comerciales.

Para el propósito de este trabajo, el análisis quedará suscrito a los principios procesales específicos de los

⁷ Información muy precisa sobre este mecanismo puede encontrarse en: Yerxa, Rufus y Wilson, Bruce: *“Cuestiones clave del sistema de solución de diferencias de la OMC. Los primeros diez años”*, Secretaría de la OMC, Ginebra, Suiza, 2007.

⁸ Información actualizada a julio de 2011, en www.wto.org/

⁹ Estos acuerdos son los que se celebran con la finalidad de otorgar un trato especial y diferenciado, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo. Estos acuerdos forman parte del derecho del GATT/OMC a partir de la decisión del 28 de noviembre de 1979, del propio GATT, como resultado de la Ronda Tokio de negociaciones.

¹⁰ Mercado común del Sur, constituido por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, por el Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991.

tribunales de comercio internacional, sin que por ello se pretenda decir que los demás tribunales no los apliquen, en algunos casos así será, aunque en otros no.

El principio base del comercio internacional es la autonomía de la voluntad de las partes. Las normas existentes en el comercio internacional se aplican, en su mayoría, cuando las partes no han optado por alguna regla diferente, es decir, de manera supletoria. Pero esta autonomía de las partes puede verse reflejada en varios aspectos, algunos que se mencionan a continuación.

IV. ACCESO A LOS MECANISMOS

El primer paso que debe definirse para solucionar una controversia consiste en determinar el foro que va a resolverla. En tiempos no muy remotos, el camino a seguir por el demandante para iniciar un procedimiento no tenía complicaciones, las jurisdicciones nacionales se encargaban de resolver todas las controversias siguiendo principios de derecho conflictual, como los de “*locus regit actum*” (el lugar donde acontece la situación que deriva en conflicto es el que rige el acto), “*lex rei sitae*” (específico para bienes inmuebles, será competente el juez y aplicable el derecho del lugar en donde se encuentre el bien), “*lex loci celebrationis*” (el derecho y jurisdicción competente serán los del lugar en donde se haya celebrado el contrato o cualquier acto jurídico), “*lex loci delicti comissi*” (derecho y tribunal compe-

tentes serán los del lugar en donde se cometió el delito), entre otros. Siguiendo estos principios, se definía claramente la jurisdicción que debía conocer y resolver cualquier controversia, así como el derecho aplicable tanto al fondo como al procedimiento aplicable en cada caso concreto.

Con el avance y proliferación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, estos principios dejaron de ser eficaces para definir la jurisdicción y el derecho aplicable porque fueron sustituidos por la voluntad de las partes, aunque no en todos los casos.

Se le conoce como “disponibilidad del derecho” cuando las partes en un procedimiento tienen la libertad de elegir el foro que consideren más adecuado para que resuelva su controversia, así como el derecho sustantivo y adjetivo que prefieran o consideren propicio para ser aplicado al caso concreto. Hay materias que no son disponibles por las partes, es decir, que no pueden elegir ni el tribunal, ni el derecho que será aplicable para solucionar su controversia. Esto sucede de manera general (salvo algunas excepciones) con la materia penal, la fiscal, la constitucional, la familiar, entre otras. Si una persona comete un delito en perjuicio de otra, no es dable al reclamado o a la voluntad de ambas partes elegir un tribunal diverso de aquel del lugar en donde se cometió el delito (*lex loci delicti comissi*), porque son materias de “orden público”. Este orden público es el limitante más importante para que las partes puedan o no disponer del derecho y varía de país en país.

V. FORUM SHOPPING¹¹

Ante la libertad de los litigantes para elegir un foro en lugar de otro para que resuelva su conflicto (sujeto a esa disponibilidad del derecho de la que ya se ha hablado), se ha formado una teoría conocida como “*forum shopping*”. Su denominación surge del anglicismo que refiere a que las partes pueden elegir entre una variedad de procedimientos, entre nacionales, extranjeros o internacionales, que pueden conocer de la controversia y dirimirla válidamente, es decir, emitir una decisión válida, obligatoria e inapelable ante otras instancias por el afectado por la misma.

La figura de *forum shopping* ha sido abusada cuando los contendientes deciden ejercer con libertinaje su derecho a acceder a tribunales alternativos a los nacionales para solucionar su conflicto; es decir, cuando el reclamante decide acudir no a uno, sino a varios tribunales para plantear una misma controversia para buscar que alguno de ellos resuelva a su favor. A esto se le ha conocido como “*forum hopping*”, en clara alusión a la “esperanza” que se tiene de que al menos un tribunal encuentre justificada su causa y resuelva a favor de sus intereses.

Existe un principio procesal relacionado con el acceso a la jurisdicción de un tribunal, por el cual se dice que el tribunal mismo es el que tiene la facultad para decidir si tiene jurisdicción o no. A este principio se le conoce como “*competencia de la competencia*”. Esto no se refleja en las jurisdicciones nacionales que tienen claramente definida su competencia, de manera que ejercen jurisdicción en las materias y en los casos que expresamente les confieren las leyes y demás ordenamientos nacionales. En los tribunales internacionales que carecen de permanencia, es decir, que se crean para conocer de una controversia y, al resolver, desaparecen, es generalmente la voluntad de las partes la que define tanto jurisdicción como derecho aplicable.

En su caso, un tribunal puede tomar la decisión de no ejercer jurisdicción por considerar que no es el foro más adecuado para resolver el conflicto específico sometido a su análisis, en cuyo caso se aplica el principio de “*forum non conveniens*”. Este principio sugiere que un tribunal se abstiene de conocer de un asunto por considerar que no es el foro más adecuado o existe un tribunal más conveniente para conocer del asunto planteado. En este caso, las partes deberán buscar una nueva alternativa para resolver su conflicto. No debe entenderse por este principio que el tribunal decida no resolver una controversia por carecer del conocimiento suficiente para hacerlo, ya que esta no es una facultad del tribunal. El principio de “*iura novit curia*” dispone que el juez está obliga-

¹¹ Un autor que ha trabajado intensamente este tema, así como en general, el de conflicto de normas en el derecho internacional, es Joost Pauwelyn, específicamente en su obra “*Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to other Rules of International Law*”, Cambridge University Press, New York, USA, Fifth printing, 2006.

do a resolver porque se supone que conoce del derecho, por esta misma razón se dice que los tribunales piden “dame los hechos, que yo te daré el derecho”; dos principios completamente distintos entre sí.

VI. TRANSPARENCIA

En el comercio internacional, un principio que ha surgido recientemente es el de transparencia. Los procedimientos llevados a cabo ante tribunales nacionales o ante arbitrajes comerciales, nacionales o internacionales, tienen cierto grado de confidencialidad porque protegen intereses particulares, generalmente empresariales, cuya divulgación podría poner en riesgo las ganancias económicas de dichas empresas, así como su reputación.

En las jurisdicciones nacionales, generalmente se tienen reglas definidas en ordenamientos jurídicos y administrativos para proteger los expedientes de particulares en controversia. Por su parte, en arbitrajes y demás mecanismos alternativos internacionales, las reglas varían. Conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no hay una disposición expresa en materia de confidencialidad, salvo por lo dispuesto por el artículo 20(7) que autoriza expresamente al Tribunal Arbitral a tomar medidas para proteger secretos industriales e información confidencial. No hay una regla general de confidencialidad porque se entiende que las partes tienen la última palabra en todas las reglas de procedimiento, debido al principio de autono-

mía que priva en todas las etapas del arbitraje privado, aunque se sobreentiende que todas las etapas arbitrales serán confidenciales de facto, incluyendo el laudo, a menos que las partes dispongan lo contrario.

En los arbitrajes mixtos, en los que una de las partes es un particular y la otra un Estado representado por una de sus autoridades gubernamentales, la confidencialidad queda sujeta estrictamente a la información confidencial de la empresa, no así para el Estado, es decir, todo el proceso debe ser transparente en la actividad gubernamental por razones de publicidad que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos, es una regla complementaria de la rendición de cuentas y de acceso a la información pública gubernamental, principios que se han ido armonizando en épocas recientes en muchos países, dentro de los que puede contarse a México. El arbitraje por excelencia en esta materia es el arbitraje de inversiones, que se realiza a cargo del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial. Aunque es necesario precisar que la transparencia es algo reciente en este procedimiento. El primer caso que permitió que la audiencia oral fuera abierta al público fue el de *Methanex*, apenas en junio de 2004.¹²

Lo mismo ha sucedido en los procedimientos de solución de controversias del TLCAN, capítulos XIX y XX, por las mismas razones de la participación del

¹² Ver: González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 287.

Estado como contendiente, la información es pública y las audiencias también, con algunas restricciones.

En la OMC, desde 2005 se permitió la publicidad de las actuaciones, con excepción de las audiencias en la etapa de consultas, todas las demás actuaciones son públicas, aunque carentes del interés de las partes y terceros en el procedimiento porque, como lo dice González de Cossío, “no es tanto que se quiera saber el contenido de lo ventilado sino la percepción de secrecía lo que propicia la crítica”.¹³

VII. ACUERDO DE VOLUNTADES

El arbitraje se fundó en la premisa del acuerdo de voluntades, tanto para las normas procesales como para las sustantivas. Ante la falta de acuerdo de las partes se aplican las normas del Centro Arbitral ante el cual se presenta la controversia. En los otros como en los paneles del capítulo XIX, se ha discutido mucho si existe acuerdo o no, porque la solicitud de establecimiento de un panel la realizan los importadores y exportadores afectados por la resolución de la autoridad investigadora que determina la cuota compensatoria derivada de la existencia de una práctica desleal de dumping o de subvenciones. Pero, en ningún momento se le pregunta a la autoridad investigadora (su contraparte) su aceptación para participar en el procedimiento ante paneles. La discusión es porque hay quienes opinan que el

acuerdo de voluntades constituye un acto previo a la controversia, otorgado por los países firmantes del TLCAN, vigente desde 1994, de manera que la controversia puede resolverse por un panel sin necesidad de otorgar el consentimiento al momento de que surja cada controversia. Sea cual sea la respuesta, a la fecha no ha habido ningún panel que rechace su jurisdicción por falta de acuerdo de voluntades de las partes en controversia.

En la OMC, es necesario que se agote el procedimiento de consultas para que un panel pueda analizar el caso. Lo que analiza un panel de la OMC es si un país violó o realizó alguna acción que produjo una circunstancia de anulación y menoscabo de los derechos concedidos por los acuerdos de la OMC. El acuerdo de voluntades está contenido en la membresía al propio organismo, porque dicha membresía implica la adopción de los acuerdos multilaterales, dentro de los que se encuentra el Entendimiento de Solución de Diferencias, ordenamiento que dispone las normas generales del procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

VIII. EVITAR DUPLICIDAD DE FOROS

Es un principio de buena fe en el derecho internacional el hecho de que las partes traten de resolver sus controversias por medios pacíficos, como también lo es que, al elegir el mecanismo que consideren más adecuado para resolver sus diferencias, no intenten iniciar nuevas reclamacio-

¹³ *Ibid*, Nota a pie 47.

nes ante otros foros (como ya se explicó anteriormente con el *forum shopping*). A este principio se le conoce en latín como “*Una via electa non datur recursus ad alteram*”, que significa que una vez electo un camino procesal se elimina la posibilidad de acceder a otro procedimiento.

Algunos tratados establecen disposiciones específicas sobre la obligación de no acudir a otro foro cuando se ha iniciado una controversia ante uno previo; otras disposiciones obligan a que se inicien controversias ante foros específicos y no ante otros; otros más impiden aceptar solicitudes sobre materias que no son de su jurisdicción. Lo más importante en cualquier controversia es la solución mutuamente aceptada por los contendientes. Por lo mismo, es impensable que pueda lograrse el acuerdo y comprobar buena fe cuando uno de ellos inicia controversias simultáneas ante varios foros para resolver una misma diferencia.

Se dice que, para determinar el foro más conveniente para resolver una controversia, debe tenerse presente la “conexión substancial”. Esta conexión se refiere a los vínculos que existen entre el foro y las partes, o respecto del negocio materia de la controversia, de manera que si un conflicto se presenta entre un mexicano y un estadounidense, sobre un bien inmueble ubicado en México, DF, sería ilógico y carente de conexión substancial que la controversia tuviera que ser resuelta por un tribunal internacional con sede en París. Es verdad que las partes tienen la última palabra y si deciden hacerlo así, no habrá inconveniente, pero el tribunal

estará muy alejado del lugar en el que se encuentra el inmueble, realizará las actuaciones procesales en un idioma distinto al de las partes (o, en su caso, deberá contratar intérpretes y traductores), coordinará las audiencias en el lugar de su sede, entre otras circunstancias que harán que se incrementen los costos irremediablemente con cargo a las partes.

Es por lo anterior, que los tribunales en algunas ocasiones son proclives a declinar su jurisdicción a favor de un foro más adecuado para conocer y resolver algunas controversias cuando hay más puntos de conexión en otro foro.

El artículo 2005, párrafo 1 del TLCAN dispone que “...las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor¹⁴ (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante”. Esta es una clara disposición de exclusión de foros, aunque debe aclararse que esta disposición está contenida en el capítulo relativo a las controversias que surgen entre Estados contenido en el capítulo XX. La razón de que esta disposición no aplique a las controversias derivadas del capítulo XIX, es porque las controversias del capítulo XX y las de la OMC son esencialmente similares, no así las controversias sobre prácticas

¹⁴ Actualmente, todos los acuerdos en el marco de la OMC.

desleales, en las que las controversias no son entre Estados, sino entre importadores y exportadores, por una parte, y la autoridad investigadora nacional (gobierno), por la otra.

El mismo TLCAN, en su artículo 2005, párrafos 3 y 4, dispone que las controversias que surjan en materia de medio ambiente y conservación (párrafo 3) y las relacionadas con el sector agropecuario y sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, así como también sobre normalización (obstáculos técnicos al comercio), sólo podrán ser resueltas conforme a los mecanismos establecidos por el TLCAN; es decir, no podrán plantearse ante el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Estas disposiciones buscan dejar sin posibilidad a las partes para litigar sus asuntos en un foro ajeno al de América del Norte, sólo en las materias establecidas en el propio tratado.

En materia de prácticas desleales, la exclusión de foros no se da respecto del TLCAN y de la OMC, sino del TLCAN (capítulo XIX) y de la jurisdicción nacional y así lo dispone la Ley de Comercio Exterior. En otras palabras, cuando la autoridad investigadora nacional emite su resolución por la que determina la imposición de cuotas compensatorias definitivas, derivadas de la existencia de prácticas desleales de comercio, puede recurrir dicha resolución ante los tribunales nacionales o solicitar el establecimiento de un panel binacional, pero nunca ambas simultáneas. La razón de lo anterior, es porque el panel debe solicitarse dentro de los 30 días posteriores a la emisión de la resolución, en tanto que el recurso

de revocación establecido por la Ley de Comercio Exterior para combatir dicha resolución se interpondrá después de 30 días de su publicación y no antes, de manera que es temporalmente imposible iniciar ambos procedimientos de manera simultánea.

Por desgracia, no puede establecerse una barrera temporal en todas las situaciones por las que puedan iniciarse conflictos simultáneos, debido a la gran cantidad de foros que hay en el mundo, muchos de ellos competentes para resolver controversias de los mismos países o sobre las mismas materias.

De cualquier forma, sigue vigente la premisa por la que, plantear una misma controversia ante dos o más tribunales, es una violación al principio de buena fe que se deben los países y, ya específicamente, los contendientes en una controversia. Por ello, siguen buscándose fórmulas para evitar esta duplicidad o multiplicidad de procedimientos paralelos.

IX. LIS ALIBI PENDENS Y RES IUDICATA

Las figuras de litispendencia y cosa juzgada en el comercio internacional¹⁵ han sido objeto de análisis frecuente por los tribunales, precisamente debido al *forum shopping*. De

¹⁵ Más sobre este tema desde la perspectiva mexicana, en: Rodríguez Jiménez, Sonia. *Conexidad y Litispendencia Internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

manera simple se puede decir que la litispendencia (*lis alibi pendens*) establece que un tribunal no puede conocer de un caso por existir un tribunal alterno que está conociendo de la misma cuestión, es decir, hay un litigio pendiente de resolverse ante otro tribunal, sobre la misma cuestión que se presenta ahora ante otro tribunal.

Lo mismo sucede con la cosa juzgada (*res iudicata*), por la cual no existe un litigio pendiente de ser resuelto ante otro foro, sino que ya fue resuelto y ha causado estado por una decisión de otro tribunal. Ante la inconformidad de la parte afectada por la resolución de aquel tribunal, ésta inicia un nuevo procedimiento ante otro foro para buscar el beneficio no alcanzado previamente. Esta es la muestra más clara del *forum hopping* (que no *shopping*), sobre el que ya se discutió previamente.

Hasta ahora parece no existir mayor problema, la premisa es contundente, si un tribunal conoce de una controversia, otro tribunal debe de abstenerse de conocer y resolver ese mismo conflicto. Pero existen requisitos de procedencia de estas dos figuras, que complican ese supuesto inicial.

Para que pueda decirse que un tribunal debe de abstenerse de conocer de una controversia por cualquiera de los dos supuestos anteriores, deben cumplirse tres supuestos:

a) Que exista identidad de partes. El reclamante y el reclamado, con ese mismo carácter, deben ser los mismos en ambas controversias.

b) Que la materia de la controversia sea la misma. Es decir, ambos tribunales conocen sobre una investigación por prácticas desleales, el incumplimiento de contrato, la violación del trato justo y equitativo, etc.

c) Que sea la misma causa de acción. Cada tratado establece el procedimiento a seguir ante una eventual controversia, es decir, el mismo tribunal es el que conoce de ambas controversias.

En un escenario en el que existía un solo tribunal nacional o, en su caso, un tribunal internacional especializado en un tipo especial de controversias, era natural que fuera ese mismo tribunal el que conociera de casos de duplicidades, pero con la actual multiplicación de foros alternativos, no es tan fácil.

El ejemplo más claro de la complejidad de esta situación lo aportan los casos presentados ante TLCAN y OMC, pero no son los únicos. Hay casos presentados ante el tribunal del Mercosur y la OMC, entre la OMC y el Tribunal Internacional del Mar, por mencionar sólo algunos.

En algunos casos presentados ante el panel del capítulo XIX del TLCAN y el tribunal de la OMC, no se cumplió con los supuestos de la litispendencia y cosa juzgada antes referidos, por las siguientes razones:

a) Las partes en el TLCAN eran los importadores y los exportadores, combatiendo la resolución de la

autoridad investigadora nacional, mientras que en la OMC las partes en la controversia sólo pueden ser los Estados, los que defienden intereses de sus propios nacionales en estos procedimientos.

- b) La materia de la controversia siempre deriva del análisis supuestamente incorrecto que hace la autoridad investigadora nacional conforme a su propio derecho nacional, para determinar la existencia de una práctica desleal de comercio; en tanto que, ante la OMC, la materia de la controversia consiste en determinar la violación de los acuerdos del propio organismo o las circunstancias que, sin violar disposiciones, anulan o menoscaban derechos concedidos a las partes por los mismos acuerdos de la OMC.
- c) La causa de acción es evidentemente distinta, en el TLCAN la controversia la resuelve un panel binacional, en tanto que en la OMC, la controversia la resuelve el Órgano de Solución de Diferencias, previa decisión de los grupos especiales y, en su caso, del Órgano de Apelación.

En el caso del Pez espada,¹⁶ una controversia entre la Unión Europea

¹⁶ Las consultas en la OMC iniciaron en el año 2000; las partes alcanzaron un acuerdo provisional y suspendieron los procedimientos ante ambos tribunales en 2001. Un resumen muy preciso del caso puede encontrarse en *Linton, Suzannah*, Op. Cit., p. 15.

y Chile, dos tribunales conocieron del asunto, el de la OMC y el Tribunal Internacional del Mar. El primero, por violaciones de Chile a disposiciones de acceso a mercados garantizadas por Chile conforme a los acuerdos de la OMC, por impedirle a la Unión Europea capturar el pez espada en aguas territoriales del primero. El Tribunal Internacional del Mar conoció del asunto a solicitud de Chile, por supuestas violaciones de la Unión Europea ante la captura indiscriminada de una especie protegida en el ámbito internacional.

En este caso, tampoco se cumplen las circunstancias previstas para la litispendencia y la cosa juzgada, sino acaso, de lo que *Linton* denomina “*Multiple Institution Engagement (MIE)*”, o “Múltiples Instituciones Involucradas”, por las siguientes razones:

- a) Las partes, aunque las mismas en ambos procedimientos, no tenían su mismo carácter en ambos. Ante la OMC, la Unión Europea era la reclamante y Chile el reclamado, mientras que ante el Tribunal Internacional del Mar, era completamente contrario su papel en el conflicto.
- b) La materia de la controversia ante la OMC consistía en la violación de disposiciones comerciales de acceso a mercados, en tanto que en el Tribunal Internacional del Mar, la materia era la violación de disposiciones internacionales sobre conservación de especies marítimas protegidas.

- c) La causa de acción tampoco requiere de mucha explicación en este caso, dos tribunales completamente ajenos entre sí, que resuelven temas distintos, sin vínculo aparente entre ellos (de ahí la denominación de MIE).

Este caso advierte una complejidad mayor que el anterior porque en el anterior, todavía podría pensarse en la posibilidad de que un tribunal cediera su jurisdicción a favor de otro por tratarse de normas comerciales afines, lo que tampoco sería correcto por tratarse de reclamaciones distintas. Pero, en este último caso, sería impensable que cualquiera de los dos tribunales cediera su jurisdicción a favor del otro (por un supuesto *forum non conveniens*) porque ambos tribunales revisan cuestiones distintas: normas comerciales y normas ambientales, la decisión de los dos foros no podría interferir jurídicamente con la del otro.

El problema, sin embargo, se hubiera presentado para los pescadores del pez espada si un tribunal le hubiera dado la razón a la Unión Europea para que continuara pescando, mientras el otro hubiera prohibido su captura en aras de beneficiar a la especie protegida, como lo solicitaba Chile. Si, jurídicamente, ambas decisiones no se tocan, en el terreno de los hechos esta situación no habría tenido una salida fácil para los tribunales.

X. GARANTÍAS PROCESALES

Todos los procedimientos de solución de controversias comerciales internacionales comparten con los procedimientos nacionales la premisa del respeto por los derechos procesales de las partes, derechos variados que van desde el acceso al procedimiento, a presentar escritos, a presentarse en la audiencia oral, a presentar y desahogar pruebas, a tener una revisión completa y objetiva de las mismas, a una decisión fundada y motivada sobre el fondo de la controversia y (esto no en todos los casos) la posibilidad de apelar la decisión.

Los cambios que se dan en los procedimientos internacionales son derivados de la naturaleza misma del mecanismo, pero en ningún caso se busca dejar en estado de indefensión a las partes. Debe tenerse presente que estos mecanismos surgieron como alternativas de los procedimientos nacionales, por lo tanto siguen la misma línea que éstos, pero por obvias razones no pueden ser idénticos a los procedimientos nacionales (al menos no a todos, aunque generalmente son más afines al país o países que lo proponen), por el contrario, se crean con criterios que armonizan, por decirlo así, procedimientos de diversos países en general, para hacer un sistema que pueda ser conocido y operado por los litigantes en igualdad de circunstancias.

XI. IN DUBIO MITIUS¹⁷

Este es otro principio procesal de extracto puramente comercial internacional, por el cual se entiende que, si un país debe de adoptar una medida restrictiva del comercio en aras de salvaguardar intereses nacionales más valiosos, debe de, primero, considerar todas las alternativas posibles para afectar lo menos posible los intereses de sus socios comerciales, al tiempo que proteja sus intereses de manera efectiva.

Es común que, ante una situación en la que los países pretenden proteger intereses comerciales, ambientales, de salud pública, entre otros, realicen un cierre total de las fronteras a determinadas mercancías, en perjuicio de uno o varios mercados internacionales. Sin embargo, el cierre total de las fronteras pudiera ser la medida adecuada considerando el daño o amenaza, pero también podría ser una medida desproporcionada, con fines eminentemente proteccionistas.

En situaciones como la anterior, el tribunal deberá de tomar en consideración el daño causado o la amenaza de daño que pretenda causarse, para resolver si, bajo su criterio, el país que adoptó la medida restrictiva no tenía a su alcance medidas alternativas que

fueran menos lesivas a los intereses comerciales de su contraparte y que cumplieran al mismo tiempo con salvaguardar sus propios intereses nacionales de manera efectiva.

Esta es la razón de aplicar un principio que a la letra dice textualmente “en caso de duda, aplica la medida menos restrictiva posible”, similar al *in dubio pro reo* que se aplica en materia penal en beneficio de los derechos del acusado del orden criminal.

El Órgano de Apelación de la OMC se ha pronunciado en varios casos sobre este tema, siendo el de Hormonas a la Carne de Bovino, un caso entre Estados Unidos y Canadá como reclamantes, contra las entonces Comunidades Europeas, como demandadas, donde se emitieron precedentes sobre este principio.¹⁸

XII. AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS

En algunos casos seguidos ante tribunales comerciales internacionales se exige el agotamiento previo de los recursos internos nacionales para que el tribunal internacional pueda resolver y su decisión sea conforme a derecho, como en los tribunales que resuelven conflictos en materia de inversiones, como el del CIADI.

Este principio, no obstante lo anterior, es cada vez menos común. Los

¹⁷ Para mayor información sobre este tema, ver: Larouer, Christophe J. In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts, (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22

¹⁸ Los precedentes del Órgano de Apelación de la OMC sobre este principio, pueden encontrarse con las denominaciones WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, ambos en: www.wto.org/

tribunales internacionales de comercio se crearon para fungir como alternativas reales a los tribunales nacionales y por esta razón es que se han multiplicado exponencialmente. Sería ilógico pensar en el necesario y obligatorio agotamiento de recursos internos como requisito para acudir a tribunales internacionales, porque sería como duplicar la litis en perjuicio de los contendientes.

Lo mismo sucede con la homologación nacional, por la que se requiere del aval de un tribunal nacional respecto de la decisión de un tribunal internacional para que tenga efectos jurídicos válidos en el país en el que ha de ejecutarse la resolución. Dicen los que saben, que la homologación representa para las partes la necesidad de ganar dos veces el caso, una ante instancias internacionales y la otra ante las nacionales. Un claro disuasivo por los altos costos que implica, además del tiempo invertido.

Se entiende, quizá, que en las controversias sobre inversiones sea necesario el agotamiento de recursos internos por la participación del Estado como contraparte del inversionista, quien generalmente es el demandante por acciones del Estado contra sus inversiones. El agotamiento en estos casos es necesario porque el inversionista debe tener los argumentos suficientes para concluir que el Estado ha violado sus intereses y para ello no debe quedar duda de que las instituciones del Estado, dentro de las que se encuentran los propios tribunales, han violentado los derechos inherentes a la inversión privada. Cuando el

sistema nacional deja sin opción al inversionista, éste debe de tener una alternativa en una jurisdicción ajena a la de su contraparte para lograr la imparcialidad y objetividad necesaria. Pero en otras controversias no se dan las mismas condiciones, sin que por ello se convierta en una carga procesal para las partes.

XIII. CONTRASTES ENTRE LA JURISDICCIÓN NACIONAL Y LA INTERNACIONAL

Sin duda, los conflictos comerciales internacionales encuentran en los foros alternativos independientes una salida más satisfactoria para las partes, que el litigio en tribunales nacionales. Nadie se somete al tribunal de su contraparte de manera voluntaria y sin dudas previas sobre su imparcialidad. Pero ambas instancias tienen particularidades muy definidas importantes de ser destacadas, como las siguientes, entre otras:

1. **Jerarquía de fuentes.** Los tribunales nacionales se basan en un sistema de jerarquía de normas bien definido. Los tribunales internacionales carecen de estas fuentes, en el ámbito internacional los tratados tienen la misma jerarquía y esta discusión se limita exclusivamente a las normas de *ius cogens*.
2. **Jurisdicción obligatoria.** En los sistemas jurídicos nacionales existe una jurisdicción obligatoria para la solución de las controversias en

las que interviene alguna entidad del Estado, constituida por los tribunales de la federación. Por el lado internacional, se conoce a los arbitrajes por un lado, y a la mediación y demás medios autocompositivos, como justicia alternativa; sin embargo, es necesario precisar que el mecanismo de la OMC (aunque algunos no lo consideren así) no es una instancia alternativa para las partes, sino una instancia obligatoria, debido a que ningún tribunal en el mundo, excepto el OSD, tiene facultades para resolver una controversia derivada del incumplimiento de los acuerdos multilaterales y plurilaterales de la OMC. Que puede entenderse como parte de la justicia alternativa por no ser nacional es cierto, pero al mismo tiempo no porque no es un foro que sule a los tribunales nacionales, sino una instancia con vida propia y una jurisdicción exclusiva, a la par de la que tienen los tribunales estatales.

3. Revocación de decisiones. Los tribunales nacionales, precisamente debido a la jerarquía anterior, tienen facultades para revocar decisiones de otros tribunales nacionales. Los tribunales internacionales carecen de facultades para revocar decisiones de otros tribunales internacionales y, por supuesto, tampoco de tribunales nacionales. Esto se debe a que no hay una estructura jerarquizada en el ámbito internacional, por la que se disponga que algunos

tribunales internacionales estarán por encima de otros arbitrales o semijudiciales, ni viceversa. Esta es una característica exclusiva de los sistemas nacionales.

4. Jurisprudencia. Las decisiones de los tribunales nacionales llegan a ser obligatorias para casos posteriores bajo ciertas circunstancias. Los tribunales internacionales no operan generalmente con la premisa del *stare decisis*, es decir, lo que resuelven sólo obliga al caso específico, no a posteriores casos. En algunos casos, como en la OMC, las decisiones se constituyen en precedentes no obligatorios para casos posteriores, pero sí como referentes importantes que generalmente son citados para respaldar criterios y argumentar. Con estos precedentes se conforma la llamada "jurisprudencia de la OMC".

5. Centralización de normas. Los sistemas jurídicos nacionales tienen una clara sistematización de sus normas, todo su marco normativo deriva de un proceso definido, en el que participa el poder ejecutivo y el legislativo, con sus variantes dependiendo el sistema presidencia o parlamentario. En el sistema internacional, no existe tal unificación, el derecho internacional deriva del acuerdo entre Estados distintos entre sí para celebrar tratados, un mismo acuerdo para establecer la doctrina y los principios, pero no existe un organismo

central por el que se creen las normas, como sucede en los sistemas nacionales.

XIV. REFLEXIONES FINALES

El procedimiento de solución de controversias en el comercio internacional no nació de manera espontánea por ideas de teóricos internacionalistas, sino como una adaptación fusionada de los mecanismos nacionales. Por lo tanto, aunque las reglas varían en cierto grado, los principios procesales prevalecen y, en algunos casos, se crean nuevos como “*in dubio mitius*”.

Algunos principios como el de transparencia son resultado de la exigencia de la comunidad internacional en los años recientes y hoy forman parte indispensable de cualquier procedimiento en el que intervienen autoridades gubernamentales, con algunas excepciones muy específicas, como la audiencia en etapa de consultas en la OMC. No ha sido así en los arbitrajes comerciales privados, porque los particulares prefieren conservar su discrecionalidad por razones comerciales y a falta de un interés público, la voluntad de los litigantes es y ha sido la que prevalece.

El comercio internacional en general, y la solución de sus controversias en lo particular, es una disciplina que el derecho ha ido moldeando con mayor énfasis desde mediados del siglo pasado. Al día de hoy, son más las controversias comerciales las que se resuelven en el mundo que las de

cualquier otra materia, por tribunales de muy diversa naturaleza, nacionales e internacionales, jurisdiccionales, arbitrales, o incluso *sui generis*.

Las controversias comerciales, no obstante lo anterior, se desarrollan y resuelven sin la intervención del Estado nacional y, al no existir un orden supremo internacional, el cumplimiento de resoluciones queda depositado en la buena fe y la voluntad de los Estados, los que, al incumplirlas, son acreedores de sanciones económicas que pueden traducirse en el pago de montos en dinero o en el cierre temporal de las fronteras a ciertos productos. El Estado no queda fuera de ninguna manera de los procedimientos internacionales, porque la ejecución de estas resoluciones necesariamente cae en el ámbito territorial de alguno de los Estados, y el procedimiento de ejecución no es competencia de los tribunales internacionales, por lo mismo, existe una necesaria comunión entre ambos sistemas, el nacional y el internacional, para que los procedimientos comerciales internacionales sean efectivos. Así ha sido por muchos años ya y siguen siendo procedimientos efectivos.

Esta efectividad en los procedimientos internacionales queda de manifiesto si se toma en cuenta que muchos temas que por su naturaleza no son de competencia de la OMC, se han incorporado recientemente como los temas ambientales, de salud pública, de propiedad intelectual, entre otros.

Un sistema procesal internacional basado en normas claras, que respete los principios procesales acordados por la comunidad internacional, en los

que prevalece la buena fe y el cumplimiento efectivo de las resoluciones de los tribunales, es un sistema de mayor impacto mundial que, aunque no pretende sustituir al nacional, se constituye como una alternativa muy efectiva para resolver conflictos económicos, tan recurrentes y a la alza en estos tiempos.

XV. FUENTES CONSULTADAS

Cámara de Comercio Internacional, en México: www.iccmex.mx/

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI): <http://icsid.worldbank.org/>

Fragmentación del Derecho Internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, en: Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, de la Comisión de Derecho Internacional, Organización de las Naciones Unidas, 58 Período de Sesiones, mayo-agosto, 2006.

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 287.

Jackson, John H. *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*. Marcial Pons, Madrid, España, 2009.

Larouer, Christophe J. *In the Name of Sovereignty? The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts*, (2009). Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 22. http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/22

Linton, Suzannah y Dr. Kebede Tiba, Firew, en: *Article: Symposium: International Judges: The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals*. The University of Chicago, Chicago Journal of International Law, USA, 2009.

Pauwelyn, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, New York, USA, Fifth printing, 2006.

Organización Mundial del Comercio: www.wto.org/

Rodríguez Jiménez, Sonia. *Conexidad y Litispendencia Internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

Yerxa, Rufus y Wilson, Bruce. *Cuestiones clave del sistema de solución de diferencias de la OMC. Los primeros diez años*. Secretaría de la OMC, Ginebra, Suiza, 2007.

