

*Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico**

Jorge Armando Corredor Higuera**

Recibido: octubre de 2014

Aprobado: marzo de 2015

Resumen

El documento desarrolla lo correspondiente a la materialización de una serie de principios procesales comunes a todos los sistemas de solución de controversias dentro del derecho internacional económico. Para tal fin, se determinarán las dinámicas de fragmentación del derecho internacional público y la generación de regímenes especiales, los cuales cuentan con diversos mecanismos de interacción entre ellos. Igualmente, se analizarán los fundamentos de los principios del derecho internacional público y cómo estos responden a las dinámicas existentes entre los derechos domésticos y el derecho internacional para finalizar con la determinación de cuáles podrían ser los principales principios procesales dentro de los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico.

Palabras clave: principios generales del derecho, derecho internacional económico, fragmentación del derecho internacional, sistema de solución de controversias.

* Este artículo es producto de los procesos de investigación desarrollados por el Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia dentro de la línea de investigación de derecho financiero y de la integración. La investigación se desarrolló en el transcurso del año 2013 y fue financiada por la Universidad Externado de Colombia.

** Jorge Armando Corredor Higuera, abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia, LL. M. Derecho Internacional, Inversiones, Comercio y Arbitraje, impartido por la Universidad de Heidelberg- Universidad de Chile. Docente investigador del Departamento de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia y profesor en pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como docente de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional de Colombia en las áreas de derecho de mercado de valores, inversión extranjera y derecho de la integración; docente de posgrado de la Universidad Santo Tomás de Colombia en el módulo de Inversión Extranjera; docente de pregrado de la Universidad INCCA de Colombia en las áreas de contratos, personas, bienes y derecho de menores; docente de pregrado Universidad Católica de Colombia en Contratos. Bogotá, Colombia. jorgearmando.corredor@gmail.com

An Approximation to Procedural Principles Applicable in Systems of Controversies Solution of International Economic Law

Abstract

This document develops the materialization of a series of procedural principles which are common to all systems of controversies solution within International Economic Law. For this purpose, international public law fragmentation dynamics and generation of special regimes, which have different interaction mechanisms among them will be determined. Likewise, principles of international public law and how these respond to exiting dynamics among domestic laws and international law will be analyzed and it will be finished with determination of which could be the main procedural principles within controversies solution systems of international economic law.

Key words: General principles of law, International economic law, international law fragmentation, controversies solution system.

Introducción

Durante las últimas décadas se ha presentado un crecimiento del comercio internacional de bienes y servicios representado en procesos de liberación económica, inversión extranjera, avances tecnológicos e innovaciones en materia de productos y servicios financieros (ONU, 2006).

Bajo tales antecedentes, el derecho internacional ha tenido que dar respuesta a estas dinámicas económicas por medio de una disciplina especial que responda con parámetros regulatorios a las relaciones económicas de los distintos sujetos del derecho internacional, la cual se ha denominado como derecho internacional económico (Enríquez, 2006).

Ahora bien, dicho proceso regulatorio se ha representado en un crecimiento exponencial de tratados internacionales y la participación de nuevos actores, lo cual, a la postre, generó la aparición de regímenes especiales que respondieran a estas nuevas dinámicas. Así, se pueden destacar el derecho internacional de inversiones, los tratados internacionales y normas de *soft law* de la arquitectura financiera internacional (Baquero, 2013), tratados constitutivos de la OMC, tratados de libre comercio, entre otros.

En aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones propias de cada régimen especial se ha implementado una serie de sistemas de solución de controversias. Así, cada uno de estos sistemas cuenta con características especiales en materia procedimental, probatoria y de ejecución de las decisiones, de acuerdo con la naturaleza jurídica de las partes que intervienen en ellos (controversias entre Estados, entre particulares, y entre Estados e inversionistas).

Bajo tales antecedentes, el problema de investigación de este artículo es: ¿Existen unos

principios generales procedimentales comunes a los principales sistemas de solución de controversias en el derecho internacional económico?

La existencia de dichos principios procedimentales en materia de derecho internacional económico se fundamentan en i) los puntos de interrelación de cada uno de los regímenes especiales; ii) los principios generales del derecho internacional, los cuales interactúan entre los distintos regímenes especiales y entre estos y los derechos nacionales, y iii) las garantías mínimas procesales que se deben reconocer en cualquier tipo de procedimiento y que son aceptadas por la comunidad internacional.

El presente trabajo contiene una parte introductoria en la que se determinará cuál es la dinámica del derecho internacional en el proceso de globalización y cómo este genera el nacimiento de principios procesales comunes a los sistemas de solución de controversias internacionales. A continuación se examinará cuáles son, en nuestro criterio, los principales principios procesales dentro del derecho internacional económico para finalizar con unas conclusiones sobre la materia.

Por último, se precisa que este trabajo es exploratorio y se analizarán algunos sistemas de solución de controversias que hacen parte del derecho internacional económico, ya que por la extensión del documento se hace imposible hacer un análisis más pormenorizado del tema. La metodología de investigación de este trabajo consistió en el análisis de fuentes bibliográficas e información pública. El trabajo es de tipo descriptivo y de enfoque cualitativo, pues tiene el propósito de explicar las características del tema tratado con fundamento en el análisis de las fuentes de información. No se realizaron estudios de campo ni encuestas.

1. *Los regímenes autónomos y la fragmentación del derecho internacional público*

El derecho internacional ha tenido en el último siglo una expansión sin precedentes en sus instituciones y regulaciones normativas, especialmente en lo concerniente al número de tratados ratificados por los Estados (ONU, 2006), la multiplicación de actores, la proliferación de tribunales internacionales y la diversificación de regímenes especiales.

Tal dinámica en el derecho internacional ha generado un proceso que se ha denominado por parte de la doctrina como fragmentación en el derecho internacional¹. Así, dicha fragmentación es un proceso dinámico generado por i) la colisión de normas, toda vez que en el derecho internacional no existe una única jurisdicción y un sistema jerárquico de normas, y ii) conflictos políticos por existir intereses de un grupo específico que distan de otros intereses y del interés de la comunidad internacional (Fischer & Gunther, 2004).

No se debe perder de vista que la fragmentación del derecho internacional es solo un reflejo de la fragmentación multidimensional de la sociedad global (Fischer & Gunther, 2004), toda vez que responde a las necesidades e intereses de nuevos actores de la globalización que requieren una serie de disposiciones normativas con el fin de regular sus propios intereses a través del derecho internacional o por medio de estándares de regulación creados por los propios actores².

¹ En este sentido, la Comisión de Derecho Internacional, analizó este fenómeno en los siguientes términos: i) Los tratados internacionales se desarrollan en un número de grupos históricos, funcionales y regionales los cuales son independientes entre sí y cuyas relaciones son en cierta medida similares a la de los sistemas independientes del derecho local y ii) la propia ley, es decir, el conflicto entre tratados internacionales es un desarrollo de la ley que gobierna la revisión de los instrumentos multilaterales y definen los efectos de la revisión (ONU, 2006, p.11) (Traducción libre)

² Es el caso de la *lex mercatoria* (Sousa Santos, 1998) o la regulación de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones TIC (Frossini, 1982).

A su vez, la fragmentación del derecho internacional generó una serie de "regímenes autónomos"³ que responden a las necesidades de los actores globales de contar con una serie de normas sustantivas y procesales. Así, se puede destacar el derecho internacional ambiental, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho comunitario, el derecho internacional comercial, el derecho internacional de la inversión extranjera, entre otros (ONU, 2006).

Ahora bien, es importante determinar si los "regímenes autónomos" son independientes entre sí o, si por el contrario, existe una relación entre ellos. Frente a este punto, se debe destacar que en el derecho internacional hay dos posiciones a saber: una según la cual, los regímenes autónomos no pueden tener puntos de contacto, porque la solución y la aplicación de las normas deben estar contenidas dentro del mismo régimen⁴. Por el contrario, otro grupo parte del supuesto según el cual, los regímenes autónomos cuentan con puntos de interacción entre sí, creando un sistema de redes en el contexto de un derecho global, es decir, actúan como un "universo". Por lo tanto, hay una relación de coordinación entre los regímenes, siempre y cuando estén dentro de los límites rectores del derecho internacional (como es el caso del *ius cogen*):

Hemos yuxtapuestos dos aproximaciones a los regímenes autónomos que proceden fundamentalmente de diferentes premisas, una universalista y otra

³ No se debe perder de vista que dichos "regímenes autónomos" son una subcategoría de la "*lex specialis*" ya que cada uno de éstos crea un conjunto de derechos, principios, reglas y obligaciones.

⁴ Un ejemplo de dicha situación se materializa por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el Caso rehenes de Teherán, en donde se analiza las consecuencias de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y su relación con el derecho internacional de la responsabilidad de los Estados. En resumen, la CIJ determinó que en el caso de cualquier violación de la Convención por las acciones ilegales de la misión diplomática y consular, se debe aplicar la norma especial. Por lo tanto, no es necesaria la aplicación de las normas generales de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

particular. La primera, toma "todo" del ordenamiento jurídico como punto de partida. Este último parte de un examen detallado de uno de los subsistemas particulares, seguido de una discusión sobre cómo se ajusta lo particular en el cuerpo de la legislación y de las instituciones. Dependiendo de si elegimos la perspectiva universalista o particularista, si vemos por primera vez el universo o los planetas, el análisis tiende a dar resultados diferentes. Si nos centramos en el universo, la ley del universo (el derecho internacional general) rige los planetas. Si nos centramos en los planetas, las reglas planetarias (las reglas del subsistema) dejan poco espacio para la ley universal (Simma & Pulkowski, 2006, p.506) (Traducción libre).

Dichos procesos de interacción se materializan a través de procesos heterárquicos⁵ por medio de los cuales, los regímenes autónomos cuentan con relaciones de comunicación en materia de poder y autoridad entre sí, y entre ellos y el derecho nacional y la sociedad global: "Tras el colapso de las jerarquías jurídicas, la única opción realista es desarrollar formas heterárquicas de ley que se limitan a la creación de relaciones entre los fragmentos sueltos de la ley" (Fischer & Gunther, 2004, p. 1017) (Traducción libre)

Por lo tanto, los regímenes autónomos interactúan a través de dos mecanismos, a saber: 1) una relación interna a través de puntos comunes aplicables a todos los regímenes representados, por ejemplo, en principios generales y normas del *ius cogens*; 2) una relación externa entre: i) los regímenes autónomos y el derecho nacional y ii) los regímenes autónomos y comunidades transnacionales⁶ –tales como sectores económicos, inversionistas,

⁵ Un sistema heterárquico es aquel en el cual existen superposiciones, multiplicidad de elementos, pero todos los elementos participan sin que exista una subordinación

⁶ La justificación de esta posición parte de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann bajo el argumento de que ningún sistema puede ser aislado de los otros sistemas sociales. Ver Simma y Pulkowski (2006, p. 501) y Fischer y Gunther (2004, p. 1011).

multinacionales, ONG, banca internacional, minorías sociales y étnicas, grupos multiculturales entre otros⁷.

Así, esta red entre los regímenes autónomos responde a una serie de necesidades de los actores globales, los cuales generan un mayor dinamismo del derecho internacional y una mayor fricción de los intereses que están de por medio, y que son catalizados por un fuerte activismo judicial por parte de los tribunales internacionales (Kjaer, 2012).

De esta manera, se generan formas de administración normativa global en el cual las funciones de carácter administrativo y normativo se desarrollan en un ámbito global por medio de tratados internacionales, decisiones vinculantes de organizaciones internacionales, acuerdos, recomendaciones y decisiones no vinculantes dentro del contexto del *soft law* (Nico & Benedict, 2006).

De lo expuesto se puede concluir que dentro de este complejo sistema de interrelaciones entre los regímenes autónomos, el derecho internacional y el derecho local se genera una serie de redes de interacción, que en nuestro objeto de estudio se representan a partir de una serie de principios generales procesales comunes en cada uno de los sistemas de solución de controversias en materia de derecho internacional económico.

Así, dichos principios procesales comunes parten de los principios generales que sobre la materia han reconocido todas las naciones, los cuales responden a las necesidades y problemáticas de los actores que participan en el sistema del derecho internacional económico

⁷ Esta dinámica de interacción entre sistemas normativos es producto del proceso de globalización, en el cual existe una interdependencia internacional a través de tratados internacionales, organismos internacionales que velan por el cumplimiento de los tratados, sistemas de solución de controversias dentro de organismos internacionales, códigos de conducta, reglamentos, normas y demás normas de *soft law*, entre otros (Esty, 2005).

como lo son los Estados, multinacionales, ONG, organizaciones internacionales e individuos. Igualmente, los distintos tribunales existentes dentro del esquema del derecho internacional económico han jugado un papel trascendental en el desarrollo e interpretación de dichos principios procesales comunes.

Bajo tales antecedentes, en el siguiente acápite se procederá a analizar cuál ha sido el desarrollo que los diferentes tribunales les han dado a las interacciones existentes entre los regímenes autónomos que hacen parte del derecho internacional económico para continuar con el análisis de los principales principios procesales del derecho internacional económico y cuál ha sido su desarrollo jurisprudencial. Veamos:

2. Puntos de interacción dentro de los sistemas de solución de controversias en el derecho internacional económico

Por razón de la complejidad del proceso de fragmentación del Derecho Internacional Público, cada régimen autónomo ha establecido una normativa especial "lex specialis", tanto de tipo sustancial como procesal dentro del contexto del derecho internacional económico en aras de atender a las necesidades de cada uno de los agentes que participan en dichos sistemas. Así, a título de ejemplo se analizarán algunos regímenes autónomos dentro del contexto del derecho internacional económico con el fin de contextualizar el objeto de estudio.

En el caso del derecho internacional de las inversiones se establecen reglas de protección tanto a los inversionistas como a las inversiones en materia de expropiación del Estado y medidas arbitrarias e ilegales de este contra el inversor. Dentro de dichos mecanismos de protección se puede traer a colación la consagración de estándares tales como el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo, la no restricción en las transferen-

cias, entre otros. Entre los mecanismos de protección procesal se destaca la implementación de un sistema de consulta en el cual las mismas partes buscan una solución a la controversia y, en caso de fallar esta, un sistema de arbitraje mixto entre Estados y particulares sometidos a las reglas de arbitraje del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados "Convenio CIADI".

Dentro de los acuerdos constitutivos de la Organización Mundial del Comercio nació el acuerdo denominado: entendimiento sobre solución de diferencias –ESD–, por medio del cual se definen las normas y procedimientos para la solución de controversias sobre el posible incumplimiento de obligaciones entre los Estados parte de la Organización Mundial del Comercio –OMC–⁸. Así, el campo de aplicación del ESD se limita a las posibles violaciones de alguno de los derechos adquiridos por los Estados dentro del Acuerdo de Marrakech y los Acuerdos establecidos en el Apéndice 1 del precitado Entendimiento⁹.

⁸ Artículo 1.1. del ESD: "Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento "acuerdos abarcados"). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados" (OMC, Marrakech 1993).

⁹ De conformidad con el apéndice 1 del ESD se entiende por acuerdo abarcado (OMC, Marrakech 1993):

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo IA: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

Anexo IB: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Anexo IC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

El ESD establece un mecanismo de solución de controversias entre las partes, denominado "Consulta", seguido por la constitución de un "Grupo Especial" y un "Órgano de apelación" cuya función es revisar las decisiones del Grupo Especial y unificar las interpretaciones dentro del sistema de solución de controversias.

En los Tratados de Libre Comercio celebrados por distintos países se ha establecido una serie de mecanismos de solución de controversias cuando existen violaciones de las obligaciones pactadas en dichos tratados, caracterizados por un mecanismo de consulta y por la constitución de "Paneles" o "Grupos Especiales".

Ahora bien, en los últimos años dichos regímenes han interactuado a pesar de su especialidad, como es el caso de la relación entre los principios generales del comercio internacional –tales como el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida, transparencia, etc.– y los principios generales del derecho de inversiones (Weiler, 2003).

Así, algunas decisiones de tribunales de arbitramento en inversiones han determinado la importancia de los acuerdos de la OMC y su jurisprudencia en la interpretación y aplicación de los tratados bilaterales de inversión (BIT). Es el caso de la definición de "circunstancias similares" dentro de la cláusula de trato nacional y su relación con el artículo III: 2 del Acuerdo General de Servicios de la OMC destacándose sobre el particular los casos SD Myers contra Canadá (CIADI, 2000), Occidental contra Ecuador (CIADI, 2004) y Feldman contra México (CIADI, 2002).

Igualmente, algunos inversionistas han solicitado la aplicación de obligaciones de los

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles

Acuerdo sobre Contratación Pública

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

Acuerdos Marco de la OMC dentro de procesos arbitrales de inversión con el fin de solicitar el reconocimiento y la indemnización de perjuicios causados por la violación del Estado receptor de la inversión de normas de la OMC, destacándose los casos de Methanex contra United States¹⁰ (Verhoosel, 2006), Kenex Ltd. contra United States¹¹ y Canfor Corporation contra United States¹².

Por otra parte, dentro del contexto del Órgano de Apelación de la OMC en el caso de CE-Hormonas se aplicó el principio de precaución, estableciéndose criterios de interacción entre el derecho ambiental y la regulación en materia de comercio internacional:

Nos parece importante señalar, sin embargo, algunos aspectos de la relación del principio de cautela con el Acuerdo MSF. En primer lugar, ese principio no ha sido incluido en el texto del Acuerdo como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho Acuerdo. En segundo lugar, el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 de dicho Acuerdo. Coincidimos, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela. Éste también se refleja en el sexto párrafo del preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3. Estos textos reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección

¹⁰ Methanex contra USA <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf>. Consultado Marzo 10 de 2014. Hora 10:00 a. m.

¹¹ Notice of arbitration, Kenex LTD. contra United State. August 2nd, 2002. <http://www.state.gov/documents/organization/13204.pdf> Consultado febrero 10 de 2014. Hora: 2:00 p. m.

¹² Canfor Corporation ("Canfor") contro the Government of the United States of America. Notice of Arbitration and Statement of claim (UNCITRAL Case). July 9th, 2002. <http://www.state.gov/documents/organization/13203.pdf>. Consultado Febrero 20 de 2014. Hora 10:00 a. m.

sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes (Órgano de Apelación de la OMC, 1998, Caso Hormonas, párrafos 123-125).

Se puede concluir que los regímenes que conforman el derecho internacional económico cuentan con puntos de interacción los cuales han sido interpretados y aplicados en diferentes mecanismos de resolución de controversias. Bajo esta dinámica de interacción, pueden ser aplicados e interpretados principios procesales generales comunes a todos los sistemas de solución de controversias que actúan entre los sistemas y los complementan, tal y como se desarrollará a continuación.

3. *Los principios procesales en el derecho internacional económico*

Al hablar de principios del derecho internacional público se debe remitir en primera medida a las fuentes del derecho internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³.

Así, para determinar la existencia de dichos principios generales es necesario realizar un proceso comparativo de los principales sistemas jurídicos del mundo y de su implementación en los diferentes Estados en aras de establecer unos criterios de coordinación entre el derecho internacional público y los ordenamientos jurídicos internos.

¹³ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece: "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59" (ONU, 1945)

Bajo este planteamiento, la mayoría de ordenamientos jurídicos domésticos del mundo han reconocido una serie de principios básicos en la solución de controversias judiciales, destacándose entre ellos el derecho al debido proceso, los efectos vinculantes de las sentencias "*res iudicata*", la libertad probatoria, el derecho de contradicción, etc.

Ahora bien, como dichos principios procesales son comunes a la mayor parte de los Estados que hacen parte de la comunidad internacional, estos han sido aplicados e interpretados por tribunales internacionales en diferentes ocasiones. Es así como la Corte Internacional de Justicia aplicó en sus fallos los principios elementales del derecho procesal, destacándose el uso de la prueba indiciaria cuando existan dificultades para la obtención directa de pruebas¹⁴, *res iudicata*¹⁵, litisdependencia¹⁶ entre otros (Brownlie, 2008).

Ahora bien, estos principios procesales no solo responden a unos criterios de interacción entre los derechos domésticos y el derecho internacional sino que hacen parte del sinnúmero de vasos comunicantes que existen entre los distintos regímenes autónomos dentro del proceso de fragmentación del derecho internacional, es decir, a pesar de que cada régimen puede hacer uso de dichos principios, estos son transversales a todos los sistemas de solución de controversias en el ámbito del derecho internacional económico.

Bajo estos antecedentes, en las próximas líneas se desarrollarán los que consideramos como los principios procesales más relevantes del derecho internacional económico, sin desconocer la

¹⁴ Corte Internacional de Justicia. (1949). Corfu Channel Case (UK vs. Albania) Reporte, p. 4 (18). (Corte Internacional de Justicia, 1949)

¹⁵ Corte Internacional de Justicia. (1954) Effect of Award of the UN Administrative Tribunal. Reporte, p. 53. (Corte Internacional de Justicia, 1954)

¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional. (1925) Mosul Boundary Case, N.º 6, p. 20. (Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925)

existencia e importancia de otros, los cuales por razón de la extensión de este trabajo no pueden ser analizados. Para dicha enunciación y con fines estrictamente académicos se dividirán los principios en principios procesales esenciales y principios procesales formales.

3.1 Principios procesales esenciales

Son aquellos que establecen los ejes rectores de cualquier tipo de proceso y sin los cuales se desconocerían tanto la materialización de los derechos exigibles como los derechos fundamentales de las partes procesales. En otras palabras, el desconocimiento de dichos principios desnaturaliza el proceso por existir un alto grado de arbitrariedad. Ahora bien, dentro de dichos principios procesales esenciales podemos traer a colación:

3.1.1. Debido proceso

Las garantías del derecho fundamental al debido proceso han sido reconocidas por todos los tratados internacionales de derechos humanos¹⁷ y hacen parte del ordenamiento jurídico de la mayoría de las naciones civilizadas¹⁸, razón por la cual, hace parte integral del *ius cogens* (Quispe, 2006). Por tal razón, en cualquier sistema de solución de controversias dentro del contexto del derecho internacional económico existe la obligación de respetar dicha garantía universal.

Tal situación se ha visto reflejada en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC. Así, el artículo 18.1 del Acuerdo de ESD obliga al Grupo Especial a no mantener ningún tipo de comunicación ex parte con alguna de las partes del conflicto. En igual sentido, el órgano

de apelación de la OMC se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la obligación de respetar el derecho fundamental al debido proceso dentro del sistema de solución de controversias, tal y como sucedió en el caso de Brasil-Coco Deshidratado¹⁹.

No obstante, dentro del mismo sistema no existe una posición homogénea de lo que se debe entender por debido proceso, ya que interactúan nociones como buena fe, equidad y derecho natural, tal y como ha quedado representado en decisiones tanto de Grupos Especiales como del Órgano de Apelación (Mitchell, 2005).

En materia de inversiones, el debido proceso se garantiza en los niveles sustancial y procesal. Así, del contenido de la cláusula de trato justo y equitativo se ha determinado que dicha protección se circunscribe al "estándar mínimo de protección" en el cual está incluido el respeto a las garantías mínimas procesales a favor del inversionista por parte del Estado receptor de la inversión (González de Cossio, 2009).

Por otra parte, dentro del arbitraje de inversiones existe la obligación de respetar los postulados mínimos del debido proceso. Así, en casos de posibles violaciones a las garantías mínimas del debido proceso, los afectados pueden hacer uso de la causal de anulación por "un incumplimiento grave de una norma fundamental del procedimiento"²⁰ en aras de contrarrestar los efectos jurídicos de un laudo dictado contrario a las garantías mínimas. Sobre el punto, tribunales de arbitramento de inversiones han establecido:

¹⁷ Entre los que se pueden destacar: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 (ONU, 1966); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.º (OEA, 1969); Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6.º (Concejo de Europa, 1950).

¹⁸ A título de ejemplo: Constitución Política de Colombia, artículo 29 (República de Colombia, 1991); Constitución Española de 1978 artículos 9.3, 24, 25.1 (España, 1978); Constitución Alemana de 1949 (República Federal Alemana, 1949)

¹⁹ Órgano de Apelación OMC. (1997). Brasil- measures affecting desiccated coconuts. (Órgano de apelación de la OMC, 1997)

²⁰ Artículo 52 Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (I) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (González de Cossio, 2009).

Un primer comentario sobre esta disposición se refiere al término "grave". Para que el quebrantamiento de una "regla fundamental de procedimiento" constituya una causal de nulidad, debe ser serio. El Comité considera que esto establece un criterio tanto cuantitativo como cualitativo: el quebrantamiento debe ser sustancial y debe ser tal que prive a una parte del beneficio o protección prevista por la norma. Un segundo comentario se refiere al término "fundamental": incluso un quebrantamiento grave de una regla de procedimiento no originará la nulidad, a menos que la regla sea "fundamental" (González de Cossio, 2009, p. 214).

Finalmente, en los sistemas de solución de controversias establecidos dentro de los tratados de libre comercio existe una alusión al punto. En el artículo 21.10 del capítulo 21.º del TLC entre Colombia y Estados Unidos se establecieron unas garantías al derecho de defensa y contradicción de las partes al igual que la publicidad del procedimiento (República de Colombia-Estados Unidos de América, 2006).

3.1.2 *Igualdad de las partes procesales*

La igualdad procesal busca que las partes, en cuanto piden justicia, sean puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones (Calamandrei, 2005). Así, las partes tienen la posibilidad de ejercer su derecho de acción y defensa de acuerdo con las condiciones propias de cada proceso, sin que lo anterior signifique que las partes tengan una igualdad estricta.

Así, el artículo 20.12 del TLCAN garantiza a los Estados en controversia ejercer como mínimo su derecho de defensa y contradicción ante el correspondiente panel (Canadá, Estados Unidos, México, 1994).

Por otra parte, el Órgano de Apelación de la OMC en el caso Hormonas determinó sobre la igualdad procesal que "una reclamación de

que un grupo especial desestimó o distorsionó la evidencia que se le presentó, en efecto, una reclamación de que el Grupo Especial, en mayor o menor grado, le negó justicia fundamental a la parte que presenta evidencia" (Órgano de Apelación de la OMC, 1998, Caso Hormonas, parágrafo 133).

3.1.3 *Principios sobre garantías mínimas de la prueba*

Uno de los pilares de cualquier sistema de solución de controversias es lo correspondiente a las garantías mínimas en materia probatoria, entendiendo por tales el derecho a probar, contradicción de la prueba, publicidad, necesidad, libertad probatoria, valoración de la prueba, carga de la prueba, entre otros. Aunque por la complejidad del tema no es procedente realizar un estudio pormenorizado de dichas garantías, sí se analizarán algunos ejemplos que nos permitan tener una visión de su aplicación en el derecho económico internacional.

En el caso del ESD las partes de la controversia pueden presentar las pruebas que consideren oportunas ante el Grupo Especial en las oportunidades para tal fin: en el momento en que las partes presentan y establecen el caso, y cuando las partes hacen uso de su derecho de contradicción (Unctad, 2003).

En materia de valoración de pruebas, el Órgano de Apelación en el caso EC- Hormonas interpretó el artículo 11 ESD²¹ y determinó que es procedente la revisión de la decisión vía apelación cuando el Grupo Especial exceda los límites de sus facultades discrecionales en cuanto a la valoración de los hechos y apreciación de las pruebas:

²¹ En este sentido, el artículo 11 establece sobre el particular que: "...grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados..." (Órgano de apelación de la OMC, 1998, Caso Hormonas).

Es evidente que no todos los errores en la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos. . . El deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido es, entre otras cosas, una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas. Desestimar deliberadamente las pruebas presentadas al Grupo especial, o negarse a examinarlas, son hechos incompatibles con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos. La distorsión o tergiversación deliberadas de las pruebas presentadas al grupo especial son también actos incompatibles con una evaluación objetiva de los hechos. El hecho de "desestimar", "distorsionar" y "tergiversar" las pruebas, en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, supone no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo de expertos (Órgano de Apelación de la OMC, 1998, Caso Hormonas, párrafo 133).

En materia de arbitraje de inversiones las partes tienen la obligación procesal de probar los hechos bajo los criterios de la responsabilidad internacional de los Estados por un hecho ilícito, es decir, probar una acción u omisión atribuible al Estado que constituye una violación de una obligación internacional (ONU, 2002).

No obstante, se presentó una discusión en el arbitraje de inversiones de AAPL contra Sri Lanka en lo concerniente a la posible existencia de una verdadera obligación de resultado por parte del Estado cuando se presenta una violación del estándar de "Plena protección y seguridad". Así, se planteó una posible responsabilidad del Estado receptor de la inversión al pretender endilgarle una protección absoluta en contra de situaciones que afecten la integridad

física o jurídica del inversionista y la inversión (CIADI, 1990, Caso AAPL contra Sri Lanka, párrafo 67). Sin embargo, dicha postura ha quedado relegada en razón del desarrollo que se ha realizado por parte de los arbitrajes de inversión según la cual, el Estado receptor tiene la obligación de ejercer una debida diligencia en aras de proteger la inversión según las circunstancias propias del caso.

3.1.4 *Independencia e imparcialidad*

La independencia busca que los órganos encargados de solucionar el conflicto no se encuentren sometidos ni influenciados a presiones directas o indirectas, o a recomendaciones, consejos o dádivas. Por otra parte, la imparcialidad tiene como finalidad que los órganos de solución de controversias actúen bajo criterios de rectitud y honestidad, es decir, sin que exista ningún tipo de prejuicio en la toma de las decisiones.

Así, en el marco del ESD de la OMC existe una serie de normas de conducta encaminadas a que los miembros del Grupo Especial actúen de forma independiente, imparcial y sin conflicto de intereses. Por tal razón, los miembros del Grupo Especial tienen la obligación de manifestar cualquier circunstancia o interés que pueda afectar su independencia e imparcialidad tales como información familiar o personal, profesional, contractual y financiera.

En el contexto de arbitrajes de inversión bajo el Convenio CIADI se ha discutido la importancia de establecer criterios para materializar la independencia e imparcialidad de los árbitros²²,

²² Tal y como sucede en otros sistemas de arbitraje como es el caso de las reglas de arbitraje internacional de la UNCITRAL, las cuales establecen sobre el punto: "Artículo 12(1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas" (Malintoppi, 2008).

situación que se encuentra en proceso de construcción y debate (Malintoppi, 2008). No obstante, tanto el artículo 14.º del Convenio CIADI como el artículo 8.º del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (Anexo C Reglamento de Arbitraje) establecen que los árbitros deben contar con una elevada idoneidad moral y profesional en aras de garantizar un ejercicio independiente de su función (Malintoppi, 2008).

3.1.5 *Aplicación y observancia de las decisiones*

La credibilidad de cualquier sistema de solución de diferencias depende en gran medida del cumplimiento de las decisiones de los órganos creados para tal fin. Es así como todos los sistemas de solución de controversias consagran mecanismos de ejecución de sus decisiones.

En el marco del ESD de la OMC, artículo 21.3 del ESD, el Miembro afectado informará al Órgano de Solución de Diferencias en un término no mayor de 30 días desde la adopción del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación el propósito de cumplir con las recomendaciones (OMC, 1993).

Ahora bien, si la Parte afectada por la decisión del Panel, Grupo Especial u Órgano de Apelación no cumple con la recomendación o decisión en los plazos fijados, tal hecho trae como consecuencia la iniciación de negociaciones con el país reclamante con el fin de establecer una compensación mutuamente aceptable. En el sistema de la OMC, el artículo 22 ESD es explícito en afirmar que la compensación será voluntaria y nunca contraria a los acuerdos abarcados.

Así, cuando las partes en el conflicto no hubiesen llegado a un acuerdo en materia de compensación, la parte interesada puede suspender concesiones o beneficios de efecto equivalente con respecto a la otra parte²³.

²³ Es así como en el sistema de la OMC, de conformidad con el artículo 22 del ESD, el Miembro interesado en caso de no haberse

Otro ejemplo de tal situación es el reconocimiento sui géneris de los laudos arbitrales dentro del Convenio CIADI²⁴ toda vez que no es necesario el proceso de exequátur para solicitar el cumplimiento del laudo. Cuando los Estados contratantes ratificaron el Convenio tienen la obligación de reconocer el carácter obligatorio del laudo y asegurar su ejecución dentro de su territorio, independientemente de que el Estado o alguno de sus nacionales hubiese participado en el proceso arbitral. Así, los tribunales tienen la obligación de ejecutar el laudo como si este fuese una sentencia impartida por un tribunal nacional.

3.1.6 *Cosa juzgada*

Dicho principio tiene como finalidad el de brindar a cualquier decisión judicial una presunción de veracidad, es decir, dicha decisión no es objeto de ningún recurso procesal y es vinculante para las partes procesales y para terceros a los que se les extienden sus efectos. Ahora bien, dicho principio ha tenido una serie de excepciones en los sistemas de solución de controversias dentro del marco del derecho internacional económico.

acordado una compensación satisfactoria dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, puede solicitar autorización al OSD para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

²⁴ Artículo 54 Convenio CIADI: "1. Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un Tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus Tribunales federales y podrá disponer que dichos Tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales de cualquiera de los Estados que lo integran. 2. La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los Tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario general. La designación de tales Tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario general. 3. El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda" (CIADI, 1965).

En el arbitraje de inversión, el artículo 53 del Convenio CIADI reconoce la obligatoriedad del laudo sin que exista algún tipo de recurso de apelación, salvo los recursos de anulación y revisión que el mismo convenio establece (CIADI, 1965).

No obstante, por razón de la proliferación de un sinnúmero de tratados de inversiones y por las posibilidades a favor de los inversionistas de acudir a distintos foros según lo establecido por los mismos tratados, se han presentado casos contradictorios en materia de arbitraje de inversiones en donde se discutieron los mismos hechos, lo cual ha generado incertidumbre e inseguridad jurídica. Se destacan los casos de *Lauder y CME contra República Checa* en donde existían hechos similares pero se fallaron decisiones disímiles, razón por la cual, se planteó la posibilidad de una violación al principio de cosa juzgada (Fernandez, 2010).

Las decisiones de los grupos especiales y del órgano de apelación de la OMC son recomendaciones dirigidas a los Estados de la controversia y a los demás Estados sin que dichas decisiones tengan el efecto de cosa juzgada por ausencia de una decisión definitiva y vinculante (Sacerdoti, 2005).

3.2 Principios formales

En nuestro criterio, son aquellos principios que si bien cumplen un papel trascendental en cualquier proceso, su no cumplimiento o la forma de aplicación de estos no desnaturalizaría como tal el proceso. Ahora bien, dentro de dichos principios procesales esenciales podemos traer a colación:

3.2.1 Congruencia

Este principio también conocido como "consonancia" hace alusión a la necesaria armonía que debe existir entre la decisión de un juez u

órgano colegiado y lo que solicitaron y probaron las partes en la disputa.

En materia de arbitraje de inversiones, el principio de congruencia se representa en la prohibición que tienen los árbitros de extralimitar manifiestamente sus facultades, so pena de revocar el laudo a través del recurso de anulación. Así, en la decisión del recurso de anulación contra el laudo dictado por un tribunal de arbitraje de inversiones en el caso *Continental Casualty Company contra Argentina*²⁵ se desestimó la materialización de un fallo *ultra petita* al reconocer una indemnización a favor de Continental por una violación del trato justo y equitativo cuando dicha empresa no lo solicitó.

Se ha dicho que "Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es "manifiesto" cuando es "evidente por sí solo" de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo", y que esta causa de anulación exige que la extralimitación en las facultades sea "textualmente obvia" (traducción del Comité). El Comité considera que aun cuando fuera a aceptarse que el Tribunal se extralimitó en sus facultades en este caso al concluir *ultra petita* que se produjo un incumplimiento del TBI, la extralimitación en las facultades no fue "manifiesta" en este sentido. A fin de establecer si ha habido alguna extralimitación en las facultades en este caso es necesario realizar un examen cuidadoso de los argumentos presentados por las partes en el procedimiento arbitral básico. Aunque se afirmara que hubo extralimitación en las facultades, el Comité no considera que esta sea "evidente por sí sola", ni "textualmente obvia" (CIADI, 2009, *Continental Casualty Company vs Argentina*, parágrafo 267).

²⁵ Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial presentada por Continental Casualty Company y la Solicitud de Anulación Parcial presentada por la República Argentina (CIADI, 2009, Caso No. ARB/03/9) (Procedimiento de Anulación).

En el caso del ESD de la OMC, los Grupos Especiales quedan sometidos en sus decisiones al mandato uniforme establecido por las partes en los términos del artículo 7 del ESD. Así, si el Grupo Especial llega a una decisión por fuera de su mandato estaría incurriendo en un fallo *ultra petita* por violación del artículo 11 de ESD:

Por consiguiente el Grupo Especial, al hacer una constatación con respecto a una disposición que no se había sometido a su consideración, no hizo una evaluación objetiva del asunto que se había sometido a su consideración, como exige el artículo 11. Por el contrario, el Grupo Especial hizo una constatación con respecto a un asunto que no se había sometido a su consideración. De ese modo, el Grupo Especial actuó *ultra petita* y de manera incompatible con el artículo 11 del ESD (Órgano de Apelación de la OMC, 2007, Caso Chile- Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia, parágrafo 173).

3.2.2 Economía procesal

La economía procesal tiene como finalidad la obtención de resultados dentro del proceso con el empleo mínimo de actividad de todas las partes, claro está, respetando las garantías mínimas.

El principio de economía procesal se plasma en el ESD de la OMC en la facultad que tiene el Grupo Especial de no realizar un análisis de todas las pretensiones que le hace la parte demandante, ya que cuenta con la facultad de establecer cuáles reclamaciones están encaminadas a resolver de forma real las diferencias entre las partes (Órgano de Apelación de la OMC, Mayo de 1997, Caso EE. UU.-Medidas que afectan la importación de camisas y blusas de lana de mujer), claro está, sin terminar en una solución parcial del caso (Órgano de Apelación de la OMC, Noviembre de 1998, Caso Australia Japón, Parágrafo 223).

3.2.3 Jurisdicción y elección del fórum

Este principio procesal hace alusión a los elementos por medio de los cuales los tribunales internacionales determinan su competencia para resolver el caso objeto de conflicto.

Así, el artículo 1.1 del ESD establece la jurisdicción dentro del sistema de solución de controversias de la OMC tanto en el nivel de consulta como en materia de solución de diferencias²⁶. En este sentido, el ámbito de aplicación del Entendimiento se circunscribe a la anulación o menoscabo de algún derecho adquirido según el acuerdo de Marrakech – por medio del cual se estableció la OMC– y los acuerdos abarcados establecidos en el apéndice I del Entendimiento de Solución de Diferencias (Joel, 2005).

Por otra parte el artículo 25 del Convenio CIADI²⁷ establece las reglas en materia de jurisdicción

²⁶ Así, el citado artículo establece sobre el punto: "Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice I del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento "acuerdos abarcados"). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados" (Joel, 2005).

²⁷ Los requisitos consagrados en el artículo 25 del Convenio CIADI son: a. Consentimiento: las partes dentro del arbitraje deben manifestar su consentimiento de someter la controversia ante el Centro; b. Requisito por razón de la calidad de las partes: una de las partes del arbitraje debe ser un nacional de un Estado contratante del CIADI diferente al otro Estado contratante del CIADI que es parte en el Arbitraje y; c. Requisitos por razón de la materia: en términos generales son: la controversia se deriva siempre de una inversión y, la controversia como tal siempre debe ser jurídica (CIADI, 1965).

del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Del citado artículo se pueden desprender unos criterios generales para determinar la Jurisdicción del Centro (Zachary, 2009).

3.2.4 Ley aplicable al caso objeto de controversia

Otro principio procesal y que tiene una relación directa con el principio de jurisdicción es el concerniente a la ley aplicable a la controversia. Es de señalar, que en materia de solución de controversias internacionales las partes del conflicto son las que eligen el derecho a aplicar de forma previa en un tratado internacional o de común acuerdo antes de iniciarse el proceso. A falta de disposición, se aplicarán la ley interna o el derecho internacional público según el tipo de sistema de solución de controversia.

Así, el artículo 42 del Convenio CIADI establece la ley aplicable a la controversia²⁸ bajo las siguientes reglas:

- i) Las partes tienen la posibilidad de establecer cuál será la normativa que aplicará el Tribunal (Gaillard & Banifatemi, 2003). Por lo tanto, existe la posibilidad que las partes pueden determinar que la ley aplicable es la del Estado en que se realizó la inversión por razón de una relación contractual relacionada con la inversión, la ley de la nacionalidad del inversionista o la ley de un tercer Estado (UNCTAD, 2003). Igualmente, tanto en los tratados bilaterales de inversión como en los acuerdos multilaterales²⁹ existe una cláusula

²⁸ Artículo 42 del Convenio CIADI: "(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono" (CIADI, 1965).

²⁹ Artículo 1131 del TLCAN Derecho aplicable

Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de confor-

de este tipo. Así por ejemplo, en el artículo 10.22 (Capítulo X: Inversiones) del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos se establece que en primera medida se aplicará lo regulado en el tratado y en el derecho internacional y, en caso de ausencia de estos, se aplicará la legislación doméstica de las partes (República de Colombia-Estados Unidos de América, 2006)³⁰.

- ii) Cuando no hay acuerdo de las partes acerca de cuál es la ley aplicable, se aplica la segunda regla del artículo 42(1), según la cual, la ley aplicable es la del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional (Gaillard & Banifatemi, 2003).

Por otra parte, el artículo 3.2. del ESD de la OMC establece la regla general en materia de ley aplicable (OMC, 1993)³¹. Así, tanto el Grupo

midad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección. (Canadá, Estados Unidos, México, 1994).

³⁰ "Artículo 10.22: derecho aplicable

Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presente de conformidad con el artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el artículo 10.16.1 (b)(i)(A), el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este acuerdo y con las normas aplicables del derecho internacional.

Sujeto al párrafo 3 y a las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presente de conformidad con el Artículo 10.16.1 (a)(i)(B) o (C) o con el artículo 10.16.1 (b)(i)(B) o (C), el tribunal deberá aplicar:

Las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes pueden haber acordado; o

Si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera:

La legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; y

Las normas del derecho internacional, según sean aplicables. (República de Colombia-Estados Unidos de América, 2006).

³¹ Artículo 3.2. "...El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resolu-

Especial como el Órgano de Apelación tienen la obligación de aplicar los acuerdos de la OMC. No obstante, en la interpretación de tales Acuerdos los citados Órganos pueden hacer uso de las fuentes del derecho internacional público, según lo consagrado por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho internacional y la doctrina de los principales académicos del derecho internacional (Pauwelyn, 2003).

3.2.5 *Consulta y procesos político diplomáticos en la solución de conflictos*

La etapa de consulta o conciliación entre las partes como requisito de procedibilidad al debate jurídico es un principio procesal de los sistemas de solución de controversias del derecho económico internacional.

Así, de conformidad con el artículo 4.5 y 3.10 del Acuerdo de ESD de la OMC, las consultas tienen como finalidad la búsqueda de mecanismos amigables de solución de controversias en aras de concretar la situación fáctica y jurídica de la disputa entre los Estados y, materializar un mecanismo de autocomposición entre los Estados Miembros en pro del principio de economía procesal (OMC, 1993)³². Es así como el Órgano de Apelación de la OMC estableció sobre el particular que:

En virtud del párrafo 8 del artículo 3, cuando un Miembro ha actuado de manera incompatible con un acuerdo abarcado, se presume que esa incompatibilidad anula o menoscaba ventajas resultantes para otros Miembros. Recae entonces en el Miembro demandado la

ciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados..." (OMC, 1993).

³² Artículo 4.6 del ESD: "el proceso de consulta es esencialmente uno político-diplomático. Las consultas se realizan sin perjuicio a los derechos de cualquier Miembro en posteriores procedimientos legales" (OMC, 1993).

carga de refutar esa presunción demostrando que la infracción no dio lugar a anulación o menoscabo. Observamos que el párrafo 8 del artículo 3 equipara el concepto de "anulación o menoscabo" y el de "efectos desfavorables para otros Miembros", aunque el ESD no define los "efectos desfavorables" (Órgano de Apelación de la OMC, 2005, Caso CE-Subvenciones a la exportación de azúcar, párrafo 296).

Por otra parte, en el caso del Capítulo Veintiuno del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, el párrafo 1 del artículo 21.4 establece que la consulta procede respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento del acuerdo. (Ver cuadro).

3.2.6 *Otros principios procesales formales*

Dentro de este catálogo de principios podemos traer a colación el principio de la doble instancia y el de impugnación de las decisiones, sin desconocer la existencia de otros principios como lo son el de intermediación de la prueba, el principio dispositivo o inquisitivo y el de oralidad del proceso.

En cuanto al principio de doble instancia, dentro del contexto de solución de diferencias de la OMC existe el Órgano de Apelación. Así, dicho Órgano otorga mayor seguridad jurídica y efectividad en relación con otros sistemas de solución de diferencias, ya que es un tribunal internacional permanente que atiende las apelaciones de informes emitidos por los Grupos Especiales.

En cuanto al principio de impugnación, el Convenio CIADI reconoce la posibilidad de recurrir el laudo a través de los recursos de revisión y anulación, en los términos de los artículos 50, 51 y 52 del citado Convenio (CIADI, 1965).

Consulta en la OMC	Consulta TLC Colombia- Estados Unidos
<p>Durante el proceso de consulta en el sistema de controversias de la OMC puede acaecer una de las siguientes posibilidades: que las partes lleguen a un acuerdo de la controversia, el cual debe ser notificado al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), con la posibilidad de que otros Miembros pueden presentar cualquier punto en relación con las soluciones logradas en el OSD o en cualquier otro órgano relevante de la OMC (artículo 3.6 ESD). En caso contrario, si las partes no logran solucionar la diferencia en el lapso de 60 días desde la recepción de la solicitud de consultas, la parte reclamante puede solicitarle al OSD el establecimiento de un Grupo Especial para que decida sobre la diferencia. La parte reclamante puede solicitar un Grupo Especial durante el período de 60 días, si las Partes consultantes de manera conjunta consideran que las consultas no han logrado la solución de la diferencia (Artículo 4.7 ESD)</p>	<p>De conformidad con el artículo 21.5 del TLC, si las partes no llegan a un acuerdo dentro de los 60 días después de la entrega de la solicitud de consulta, 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes percederos u otro plazo que acuerden las Partes, cualquiera de éstas estarán legitimadas para solicitar por escrito la convocatoria de "la Comisión"³³, la cual contendrá las razones para la solicitud, la identificación de la medida y, una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación.</p>

Fuente: Construcción propia

4. Conclusiones

Con fundamento en lo expuesto se puede determinar que si bien cada uno de los sistemas de solución de diferencias analizados hacen parte de regímenes especiales en el derecho internacional –fenómeno propio de un proceso de fragmentación– que responden a las necesidades particulares de sus usuarios –en este caso, Estados e inversionistas–, también es cierto que tales sistemas presentan una serie de principios procesales comunes plasmados tanto en términos políticos –consultas, consentimiento para la constitución de los Tribunales y cumplimiento de las decisiones– como jurídicos –jurisdicción, ley aplicable al caso y solución jurisdiccional de los conflictos– lo cual hace mucho más complejo su entendimiento y aplicación.

Dichos principios procesales comunes son el resultado de los procesos de interacción

heterárquicos entre los diferentes regímenes autónomos y entre estos y los principios procesales reconocidos por los diferentes derechos domésticos. Igualmente, dichos principios procesales comunes han respondido a las necesidades e intereses sustantivos y procesales de los diferentes agentes que participan en el derecho internacional económico, tal y como ha sido desarrollado por los diferentes tribunales que hacen parte de dicho sistema.

Finalmente, se puede señalar que por la actualidad de tales temas su tratamiento tanto por la doctrina internacional como por las decisiones de tribunales internacionales está en proceso de desarrollo, por lo cual se invita a los potenciales lectores de este escrito a realizar un aporte a esta tema, el cual es de vital importancia para el desarrollo del derecho internacional económico.

Bibliografía

- Baquero, M. (2013). Estabilidad financiera y comercio justo de servicios financieros. En G. A. Ramírez & E. M. Marín (Eds.), *Comercio justo, globalización y medio ambiente* (pp. 313-367). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*. New York: Oxford.
- Calamandrei, P. (2005). *Instituciones de derecho procesal civil*. Bogotá: Leyer.
- Canadá, Estados Unidos y México. (1994). *Tratado de libre comercio de América del Norte TLCAN*.
- Chile-Estados Unidos. (2002). *Tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos*.
- Chile-Colombia. (2006). *Tratado de libre comercio entre Colombia y Chile*.
- CIADI. (1965). *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*. Washington: Estados Unidos.
- CIADI. (1990). Caso AAPL contra Sri Lanka, Award, 27 June 1990, parágrafo 67. Consultado en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ital034.pdf>
- CIADI. (2000). *Caso SD Myers contra Canada, First Partial Award*, 13 November 2000, 40 ILM. Consultado febrero 10 de 2014. Hora 10:00 a. m., en http://ita.law.uvic.ca/documents/PartialAward_Myers_000.pdf.
- CIADI. (2002). *Caso Feldman contra México, Award*, 16 December 2002, 18. *Review- FILJ* (2003). Consultado febrero 10 de 2014. Hora 10:00 a.m, en <http://www.investment-law-digest.com/cases/Feldman-Mexico-Award-16-December-2002.aspx>
- CIADI. (2004). *Caso Occidental contra Ecuador, Award*, 1 July 2004, 12 ICSID. Consultado febrero 10 de 2014. Hora 10:00 a. m., en http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.
- CIADI. (2009). *Caso No. ARB/03/9, Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial presentada por Continental Casualty Company y la Solicitud de Anulación Parcial presentada por la República Argentina. Procedimiento de Anulación*. Consultado en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2291_Sp&caseId=C13
- Concejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma: Italia.
- Corte Internacional de Justicia. (1945). *Reglamento*. Haya: Países Bajos.
- Corte Internacional de Justicia. (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Haya: Países Bajos.
- Corte Internacional de Justicia. (1949). *Corfu Chanel Case (UK vs. Albania) Reporte*.
- Corte Internacional de Justicia. (1954). *Effect of Award of the UN Administrative Tribunal*. Reporte.
- Corte Permanente de Justicia Internacional. (1925). *Mosul Boundary Case*.
- Enríquez, D. (2006). El derecho internacional económico. Apuntes para un crítica contemporánea. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen 6*, pp. 251-299.
- España. (1978). *Constitución Española de 1978*. Madrid: España.
- Esty, D. (2005). Good Governance at the supranational Scale: Global Administrative Law. *The Yale Law Journal, Volumen 115*, (Número 7), pp. 1493-566.
- Fernandez, E. (2010). Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversión extranjera. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM*, Número 22.
- Fischer, A., & Gunther, T. (2004). Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, (Número 1005).
- Frossini, V. (1982). *Cibernética, derecho y sociedad*. Roma: Tecnos.
- Gaillard, E., & Banifatemi, Y. (2003). The meaning of "and" in Article 42 (1), second sentence, of the Washington Convention: the Role of international law in the ICSID choice of the law process. *International Center for settlement of investment dispute: ICSID review*, 376.
- González de Cossio, F. (2009). *Arbitraje de inversiones*. México D.F: Porrúa.
- Joel, T. (2005). *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years*. New York: Cambridge University Press.
- Kjaer, P. (2012). La metamorfosis de la síntesis funcional. Una perspectiva europeo- continental sobre governance, derecho y lo político en el espacio transnacional. En H. Cárdenas, A. Mascareño, & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado Universal de su teoría. Aportes para el análisis de la complejidad social*

- contemporánea* (pp. 153-204). Santiago de Chile: RIL Editores.
- Malintoppi, L. (2008). Independence, impartiality and duty of disclosure of arbitrators. En F. Ortino, P. Muchlinski, & C. Schreuer (Coords), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (1282 págs.). New York: Oxford University Press.
- Mitchell, A. (2005). Due process in the WTO Disputes. En R. Yerxa, & B. Wilson (Edits), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years* (329 págs.). New York: Cambridge University press.
- Nico, K., & Benedict, K. (2006). Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *The European Journal of International Law*, *Voumen* 17, (Número 1), pp. 1-13.
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: Costa Rica.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. ONU
- ONU. (2002). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. ONU.
- ONU. (2006). *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Geneva: ONU
- Organización Mundial del Comercio –OMC–. (1993). *Entendimiento Relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de Diferencias -ESD-*. Marrakech: OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Noviembre de 1998). *Caso Australia Japón*. WT/DS18/AB/R. OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Mayo de 1997). *Caso EEUU- Medidas que afectan la importación de camisas y blusas de lana de mujer*. WT/DS33/AB/R. OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Enero, 1998). *Caso Hormonas* (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R). OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Abril, 2005). *Caso subvenciones a la exportación de azúcar* (WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R). OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Mayo, 1997). *Caso Brasil- measures affecting desiccated coconut*. WT/DS22/AB/R, 1997, DSR 1997. OMC.
- Órgano de Apelación de la OMC. (Mayo, 2007). *Caso Chile- Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia*. WT/DS207/AB/R. OMC.
- Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of norms in public international law. How WTO Law relates to other rules of international Law*. New York: Cambridge University Press.
- Quispe, F. (2010). *Ius cogen* en el sistema interamericano: su relación con el debido proceso. *Revista de Derecho*, (Número 34), pp. 43-78. Barranquilla: Universidad del Norte.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Colombia.
- República de Colombia-Estados Unidos. (2006). *Tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos*.
- República Federal Alemana. (1949). *Constitución Alemana de 1949*.
- Sacerdoti, G. (2005). The role of lawyers in the WTO dispute settlement system. En R. Yerxa, & B. Wilson (Eds.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement* (329 págs.). New York: Cambridge University Press.
- Simma, B., & Pulkowski, D. (2006). Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *The European Journal of International Law*, *Voumen* 17, (Número 3), pp. 483-529.
- Sousa Santos, B. (1998). *La globalización del derecho. Capítulo 2. La globalización, los Estados-nación y los campos jurídicos: ¿de la diáspora jurídica a la ecúmene jurídica?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- UNCITRAL. (1976). *Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL*.
- UNCITRAL. (2002). *Caso Canfor Corporation ("Canfor") contra the Government of the United States of America*. Notice of Arbitration and Statement of claim. July 9th.
- UNCITRAL. (2002). *Caso Notice of arbitration, Kenex LTD. contra United State*. August 2nd.
- UNCITRAL. (1976). *Caso Methanex contra United States of America*. Final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits.
- UNCTAD. (2003). *Dispute Settlement International Center for Settlement of investment disputes: Applicable Law*. Geneva: United Nations.
- Verhoosel, G. (2006). The use of investor- state arbitration under bilateral investment treaties to seek relief for breaches of WTO law. *Journal of International Economic Law*, *Voumen* 6, (Número 2), pp. 493-506. Oxford University Press.
- Weiler, T. (2003). The treatment of SPS measures under NAFTA Chapter 11: preliminary answers to an open-ended question. *Boston College International & Comparative Law Review*, *Voumen* 26, (Número 2), pp. 229-262.
- Zachary, D. (2009). *The international law of investment claims*. New York: Cambridge University Press.