

# UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ALCA (ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS)

**Elvira Méndez Chang**

Abogada, Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Profesora Principal de Derecho Internacional Público y Solución de Controversias Internacionales en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Miembro Asociado del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI-PUCP).

## 1. INTRODUCCIÓN.

En la negociación del texto del Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)<sup>1</sup>, uno de los capítulos que ha concitado interés es el referido a la solución de controversias. Si bien me he referido a este tema anteriormente<sup>2</sup>, considero necesario actualizar lo planteado<sup>3</sup>, realizando algunos comentarios y aportes con miras a brindar a nuestros negociadores mayores elementos jurídicos que puedan ser considerados al momento de llevar adelante esta negociación multilateral.

Estas reflexiones se refieren al Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), teniendo como referencia la información obtenida a partir del tercer borrador de texto<sup>4</sup> ya que, como es de conocimiento general, el acuerdo aún se encuentra en proceso de negociación.

Debido a no contar con un texto definitivo y dado que los borradores han presentado cambios no sólo en los temas tratados sino en el orden de los mismos y la numeración de los artículos, se hará una referencia indicativa del artículo sobre el tema comentado y, en muchos casos, se prescindirá de hacer la transcripción del texto y de las secciones del capítulo correspondiente. Asimismo, debemos recordar que, dado el estado de la negociación, hay muchos aspectos pendientes de desarrollo y que serán consolidados en el futuro, cuando se adopte el texto definitivo de este capítulo del Acuerdo.

Por estas consideraciones, el presente no puede entenderse como un análisis exhaustivo de dicho capítulo; más bien es un conjunto de reflexiones con miras a hacer algunas precisiones y comentarios que permitan lograr un texto final que sea más adecuado a la realidad e intereses de los Estados participantes del proceso en el tema de solución de controversias internacionales.

Antes de analizar las principales líneas desarrolladas sobre la solución de controversias en el ALCA, quiero mencionar que si bien es técnicamente acertado que se incluyan normas claras sobre solución de controversias en el acuerdo (sin desmedro de la remisión a anexos, acuerdos u otros textos para el desarrollo de cuestiones más específicas), percibo un intento de normar con mucho detalle algunos aspectos que pueden tener, entre otras, dos consecuencias: que el texto definitivo de este capítulo reglamente excesivamente los aspectos referidos al sistema de solución de controversias, con lo cual éste puede resultar poco flexible frente a situaciones novedosas y, de otro lado, hacer más lenta la negociación por la dificultad de conciliar los distintos intereses y posiciones en juego. Esto es muy sensible cuando se tiene en cuenta la diferencia de desarrollo y tamaño de las economías de los Estados en la negociación del ALCA.

En general, considero conveniente contar con disposiciones sobre solución de controversias en el

1 En adelante, me referiré a este acuerdo por sus siglas, ALCA.

2 Teniendo en cuenta el borrador del acuerdo (versión del 1 de agosto de 2003), he realizado algunas reflexiones sobre este tema en una ponencia presentada en el marco del Seminario Internacional "El ALCA y sus repercusiones en América Latina", realizado los días 28 y 29 de agosto de 2003 en La Paz, Bolivia, dentro de las actividades de la Red de Postgrado en Integración del Instituto Internacional del Convenio Andrés Bello. Posteriormente, ésta fue publicada en: INSTITUTO INTERNACIONAL DE INTEGRACIÓN - RED DE POSTGRADOS EN INTEGRACIÓN - CONVENIO ANDRÉS BELLO. *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*

y sus repercusiones en América Latina. La Paz (Bolivia): Instituto Internacional de Integración, 2003, p. 177-204.

3 Para la preparación de este artículo, se ha tenido en consideración el tercer borrador de Acuerdo del ALCA (versión del 21 de noviembre de 2003) que, no siendo confidencial, puede ser consultado en la página oficial del ALCA: [http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Worddocs03/Chapter11\\_s.doc](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Worddocs03/Chapter11_s.doc)

4 Hay que tener en cuenta que los textos más recientes tienen carácter confidencial, por lo que he preferido discutir lo planteado en el tercer borrador dado que a éste es público y se puede acceder al mismo en la página mencionada en la nota 3.

acuerdo porque permite que los Estados Partes cuenten con reglas comunes aplicables. De este modo, no hay la incertidumbre sobre qué Estados y en qué términos éstos están vinculados por estas reglas, como sucede cuando hay una remisión del tema a un tratado multilateral posterior específico sobre solución de controversias<sup>5</sup>. Sin embargo, estimo necesario que estas disposiciones se articulen con las otras obligaciones internacionales contraídas por los Estados, para evitar superposiciones o contradicciones que hagan difícil lograr una solución oportuna y eficaz a un problema planteado.

## 2. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES.

La obligación de solucionar pacíficamente las controversias internacionales<sup>6</sup>, recogida en el tercer párrafo del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas<sup>7</sup>, establece que los Estados deben resolver sus diferencias a través de los medios pacíficos que libre y voluntariamente elijan (ello en aplicación del primer párrafo artículo 33 párrafo 1 de la Carta de Naciones Unidas<sup>8</sup>). Por ello, se puede advertir que en las últimas décadas las negociaciones internacionales (sean bilaterales o multilaterales) han apuntado al establecimiento de normas referidas tanto a las cuestiones sustantivas como a la solución de las controversias sobre éstas.

El dinamismo y la complejidad de las relaciones internacionales hacen que el establecimiento de reglas de juego claras y de consenso en la materia del acuerdo (el fondo) no sean suficientes, pues pueden surgir problemas de interpretación, aplicación e

incumplimiento, entre otros, de las obligaciones internacionales. De ahí que resulta necesario formular mecanismos que brinden una solución equitativa, rápida y eficaz a las controversias. Por ello, la mayoría de tratados, sean éstos bilaterales o multilaterales<sup>9</sup>, se refieren a la solución de controversias.

Al referirme a un sistema de solución de controversias, entiendo un conjunto de conceptos, reglas y principios que rigen la determinación de la controversia, los mecanismos pacíficos de solución y los efectos de los mismos. En tal sentido, no se trata de cláusulas aisladas o residuales<sup>10</sup> en la materia sino del establecimiento de un conjunto orgánico de normas que establecen una gama de mecanismos a los que las partes en controversia pueden acceder e incluso activar sin el consentimiento de la otra<sup>11</sup>. Asimismo, en atención a la materia, como por ejemplo en materia comercial, se pueden determinar los medios que las partes pueden emplear en el ámbito internacional (entre éstas) y aquellos que serán empleados en el plano interno (entre particulares).

En el ALCA, el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias se refiere tanto a la solución de controversias internacionales que activarán mecanismos especiales, como a la solución de aquéllas que se ventilan en el plano interno, estableciendo la posibilidad de utilizar tanto el ámbito judicial como también los medios alternativos.

A continuación, teniendo en cuenta los elementos planteados en el tercer borrador del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA, se desarrollarán algunos aspectos referidos al sistema de solución de controversias en el plano internacional y en el plano interno.

5 Esta remisión a otro instrumento internacional no resulta conveniente ni práctico, tal como sucedió en el Pacto de la Sociedad de Naciones, donde el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional era un tratado independiente y, como consecuencia, no había necesariamente identidad entre los Estados miembros de la Sociedad de Naciones y los Estados partes de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En el ámbito interamericano, el art. 26 de la Carta de la Organización de Estados Americanos remitió este tema al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá de 1948; éste desarrolló un sistema de la solución de controversias que es objeto de diversas críticas y no tiene una aplicación generalizada, resultando poco eficiente para llegar a resultados satisfactorios en la región. Sin embargo, se han dado fórmulas más articuladas como aquella del ámbito andino, en el que el sistema del Acuerdo de Cartagena (1969) fue modificado a través de tratados posteriores, entre los que están el que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1979) y su Estatuto (1983). Asimismo, el MERCOSUR, proceso de integración que surge del Tratado de Asunción (1991), tiene una regulación transitoria para la solución de controversias en el Anexo III de dicho tratado; pero el sistema se desarrolló en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, el cual será reemplazado por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, suscrito en 2002, cuando éste entre en vigor.

6 Sobre esta obligación, se sugiere revisar: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 5a. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 563-567.

7 El principio de solución pacífica de controversias internacionales está recogido en el Artículo 2 párrafo 3 de la Carta de Naciones Unidas: "Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por los medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia."

8 El principio de libre elección de los medios está recogido en el Artículo 33 párrafo 1 de la Carta de Naciones Unidas: "Las partes de una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección."

9 Véase el tratado constitutivo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD).

10 Si bien la solución de controversias internacionales era una materia de discusión en las negociaciones, muchos tratados sólo contaban con una cláusula que se refería a la negociación u otro medio de solución de manera general y no a un sistema de solución de controversias propiamente dicho.

11 Se entiende que los Estados se someten obligatoriamente a tales medios sin necesidad de acuerdo posterior; por ello, son entendidos como obligatorios. Por ejemplo, el Tribunal Andino de Justicia para ciertas acciones en el marco de la Comunidad Andina de Naciones.



### 3. SOBRE LAS CONTROVERSIAS COMPRENDIDAS EN EL TERCER BORRADOR DE CAPÍTULO XXIII DEL ALCA.

Si bien el ALCA llevará al establecimiento de normas que regulan las relaciones entre Estados, su aplicación hará que personas naturales y jurídicas reciban sus efectos en los territorios de los Estados partes. Por ello, es indispensable tener en cuenta que cualquier sistema de solución de controversias que se establezca en el ALCA debe reconocer la necesidad de contar tanto con medios internacionales como con mecanismos internos que permitan una solución justa, oportuna, rápida y eficaz.

Al respecto, los negociadores han advertido que las controversias pueden surgir tanto en el plano internacional como en el plano interno, brindando reglas generales para hacer frente a dichas controversias, sin embargo, las negociaciones y el tercer borrador del ALCA han dado mayor énfasis a las controversias internacionales entre Estados. Cabe señalar que han propuesto medios que pueden presentar problemas de superposición con otros sistemas establecidos en otros tratados multilaterales.

En cuanto a las controversias que puedan ser de competencia de autoridades nacionales, sea en aplicación del derecho interno o de las normas de Derecho Internacional Privado, se brindan pautas generales que requieren ser contrastadas y articuladas con el derecho interno y la realidad de cada Estado.

#### 3.1. LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS PARTES.

Al señalar cuál es el ámbito de aplicación del Capítulo XXIII sobre Solución de controversias en el ALCA, se establece que las controversias que se someterán a estas disposiciones son aquellas relativas a la interpretación o aplicación del ALCA, así como la afectación de los beneficios esperados por los Estados partes. Aparentemente, una a interpretación literal del texto sería suficiente para determinar cuáles controversias son el objeto de los medios de solución planteados; pero cabe hacer algunas precisiones.

- 12 Esta definición fue dada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (1924). Véase: INFANTE CAFFI, María Teresa. "La solución judicial de controversias entre Estados". En: *Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, Número 41, p. 63; REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 826-827.
- 13 Los Estados son considerados sujetos originarios y principales de Derecho Internacional. Sobre la definición y elementos del Estado, véase DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Duodécima edición. Madrid: Tecnos, 1999, p. 221-226; también CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p.46.

Las controversias sobre las cuales los Estados partes se obligan a buscar una solución pacífica serán internacionales. Una controversia internacional se define como una disputa o desacuerdo sobre una cuestión de orden jurídico o de hecho, o una oposición de tesis jurídicas o de interés entre las partes<sup>12</sup>. Las partes en esta controversia, es decir, los que tienen tal desacuerdo u oposición, deben tener subjetividad jurídica internacional; además, para su solución, debe ser aplicable el Derecho Internacional.

En el ALCA, los Estados partes de este tratado, los cuales tienen subjetividad en el Derecho Internacional<sup>13</sup>, cuentan con un sistema para la solución de sus controversias internacionales<sup>14</sup>. Debemos entender que ingresan al sistema de solución de controversias tanto los Estados partes del ALCA que tienen directamente una controversia, llamados "Partes Contendientes"<sup>15</sup> como también a aquellos Estados partes que tengan un interés comercial sustancial en dicha controversia pese a no ser Parte Contendiente llamados "Terceros"<sup>16</sup>.

#### A) LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES QUE VERSEN SOBRE CUESTIONES JURÍDICAS O POLÍTICAS.

Como se pudo observar en la definición de controversia internacional, el desacuerdo u oposición puede versar tanto sobre cuestiones de derecho, de hecho o intereses. Al referirnos al ámbito de aplicación del capítulo XXIII, observamos que las disposiciones del capítulo correspondiente del ALCA aluden a las controversias que versan sobre la interpretación y aplicación del acuerdo, las cuales estarían referidas a cuestiones de orden jurídico.

No obstante, cabe plantearse si el capítulo del ALCA se refiere sólo a las llamadas controversias internacionales denominadas "jurídicas" o también a cualquier otra clase de controversia internacional. Pero, ¿por qué resulta relevante discutir sobre el tipo de controversia internacional referido en este acuerdo?

En la doctrina internacionalista, se ha planteado la clasificación de las controversias internacionales en jurídicas y políticas<sup>17</sup>. Una controversia jurídica es aquella en la que, para su solución, se requiere la aplicación del Derecho Internacional vigente, sin

- 14 Hasta el momento en que se ha elaborado esta investigación, el borrador del capítulo se refiere principalmente a controversias entre Estados. En esa línea, el Artículo 39.1 establece que en ningún caso, una organización, individuo o grupos de individuos, por su propia iniciativa, podrán presentarse en cualquier fase del procedimiento.
- 15 Según la definición dada en el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.
- 16 Este Estado parte es denominado "Tercero" en el Artículo 18 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA. Según lo previsto en este Capítulo, el Tercero puede participar en el procedimiento de solución de controversias.
- 17 Sobre esta clasificación y críticas, véase: INFANTE CAFFI, María Teresa. *Ob. cit.*, p. 63-66.

proponer variaciones a las reglas de juego existentes en la comunidad internacional. En este tipo de controversia se enmarcan las referidas a la interpretación y aplicación de los tratados. Se entiende que las controversias jurídicas pueden ser resueltas de modo satisfactorio a través de medios jurisdiccionales, tales como el arbitraje o tribunales internacionales.

De otro lado, en la controversia política, la pretensión implica una modificación del Derecho Internacional. Ésta puede ser resuelta, de modo más satisfactorio, a través de medios diplomáticos o políticos, en los cuales hay una mayor participación de las partes y éstas mantienen un control sobre el proceso, dado que no hay un resultado obligatorio que se les imponga.

Se puede discutir si las controversias internacionales, por su complejidad, pueden ser fácilmente clasificadas en jurídicas y políticas. Algunos instrumentos internacionales, tales como en el segundo párrafo del art. 36 párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>18</sup> y el tercer párrafo del art. 36 párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas, al hablar de las recomendaciones que hace el Consejo de Seguridad en materia de solución pacífica de controversias<sup>19</sup>, se refieren expresamente a las controversias de orden jurídico y plantean que el medio jurisdiccional o jurídico es el más adecuado para resolverlas.

Sin embargo, los problemas que surgen en las relaciones internacionales cuentan con muchos elementos, por lo que no se puede hablar de sólo controversias jurídicas o políticas sino de controversias complejas en las que se pueden identificar aspectos jurídicos y políticos, a su vez así como sociales, económicos y culturales, entre otros.

Una primera lectura del borrador del capítulo XXIII del ALCA sobre solución de controversias podría llevar a afirmar que sólo se refiere a controversias jurídicas (interpretación y aplicación del tratado) y, por consiguiente, esto explica el desarrollo de los medios jurisdiccionales, incluyendo entre éstos al llamado Grupo Neutral. Pero considero que también hay controversias cuyos elementos no son exclusivamente jurídicos, pues la complejidad de los problemas internacionales que aborda el ALCA lleva

a identificar tanto elementos jurídicos y políticos, pudiendo también hacer referencia a otros, en las disputas entre los Estados.

Dentro del ámbito de aplicación del acuerdo se incluyen las controversias que surjan cuando un Estado parte considere que una medida actual o futura de otro Estado parte es incompatible con las obligaciones contraídas en este acuerdo o que pueda causar anulación o menoscabo de los beneficios que razonablemente se esperan de la aplicación del tratado. Estimo que esta pretensión no sólo podría entenderse como jurídica porque, si bien está referida a obligaciones internacionales, abre la posibilidad de discutir los alcances y efectos económicos de dichas medidas así como las expectativas de los Estados partes, lo cual hace mucho más compleja la búsqueda de una solución.

Así, teniendo en cuenta las materias reguladas en este acuerdo, se puede apreciar que la determinación de los beneficios esperados y su posible detrimento tiene aspectos de orden jurídico, ya que tendríamos que aplicar o interpretar las disposiciones sobre las obligaciones de las partes en el acuerdo. Sin embargo, el análisis no se puede basar exclusivamente en cuestiones técnico-jurídicas pues queda claro que los Estados buscarán llegar a una solución equitativa, mutuamente satisfactoria, en la que se tomen en cuenta los intereses de las partes, las asimetrías, aspectos coyunturales y elementos políticos que, sin duda, lleven a cuestionar o plantear la modificación de las normas existentes. Prueba de ello es el interés de contar con disposiciones que tomen en consideración el nivel de desarrollo de un Estado parte y el tamaño de su economía<sup>20</sup> al resolver la controversia, cuando en ésta se encuentre involucrado al menos un Estado en desarrollo. Estas controversias podrán ser resueltas, si los Estados partes así lo acuerdan, a través de los medios diplomáticos previstos en el ALCA<sup>21</sup>.

De este modo, si las controversias contienen elementos políticos y económicos importantes, la aplicación de este capítulo de solución de controversias podrá llevar a que los Estados partes puedan someterlas a medios diplomáticos (negociación, buenos oficios, mediación y conciliación) o jurisdiccionales (llámese grupo neutral, arbitraje o tribunales internacionales);

18 Artículo 36 párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional."

19 Artículo 36 párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas: "Al hacer recomendaciones de acuerdo con este Artículo, el

Consejo de Seguridad deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte."

20 El Artículo 6 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA señala que se debe prestar particular atención al nivel de desarrollo y tamaño de la economía de un Estado en desarrollo si éste es parte en una controversia.

21 Como los buenos oficios, mediación y conciliación previstos en el artículo 44 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.



los primeros tendrán que considerar tanto los elementos políticos como las obligaciones internacionales existentes; los segundos tendrán jurisdicción y, sin dejar de lado los elementos jurídicos relevantes, deberán tener en cuenta los elementos políticos que tenga dicha controversia.

De lo anteriormente mencionado, se puede añadir que algunos supuestos de controversias en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas del acuerdo pueden contar con elementos políticos que hagan compleja su solución. Por ello, los negociadores deben, al diseñar el sistema de solución de controversias del ALCA, recordar que no se puede tomar como premisa la clasificación de controversias en jurídicas y políticas pues, en el marco de las relaciones internacionales, es difícil separar los elementos jurídicos de los políticos. Es más, muchas controversias con marcados elementos políticos pueden ser planteadas en términos jurídicos y ser sometidas a tribunales internacionales<sup>22</sup>. De este modo, quedará librado a la decisión de las partes de la controversia dirigirla hacia los medios diplomáticos o jurisdiccionales que estimen más adecuados para la solución de la controversia<sup>23</sup>.

#### B) DERECHO APLICABLE.

Se han dado argumentos para sostener que todas las controversias internacionales que caen dentro de su ámbito de aplicación del capítulo XXIII, versen sobre cuestiones jurídicas o políticas, podrán estar sometidas a las disposiciones sobre solución de controversias del ALCA. Ahora, es menester establecer cuál sería el derecho aplicable para resolver la cuestión de fondo.

El Acuerdo y sus anexos servirán de marco jurídico para la solución de las controversias que surjan entre los Estados partes del ALCA. Además, en la medida que este tratado se enmarca dentro del Derecho Internacional, debe tenerse en cuenta las normas generales así como los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados entre los Estados partes que, en concordancia con lo dispuesto en el ALCA, resulten aplicables (*lex specialis*).

Las normas del ALCA también se vinculan con conceptos, instituciones y principios del Derecho Internacional general; a modo de ejemplo, en el

Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias, se aplica el principio de solución pacífica de controversias que tiene carácter imperativo por ser una norma de *ius cogens*. Por ello, al dar solución a una controversia resultan aplicables las normas provenientes de las distintas fuentes del Derecho Internacional, sin limitarlas exclusivamente al texto del ALCA ni a las establecidas en el primer párrafo del art. 38 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dado que para que estas normas resulten aplicables no se requiere disposición expresa pues constituyen el marco jurídico internacional fundamental para resolver las controversias.

En cuanto a la interpretación del ALCA, resultan de aplicación los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 puesto que recogen las reglas generales de interpretación de tratados<sup>24</sup>.

Por lo anteriormente mencionado, considero innecesaria la inclusión de una referencia expresa respecto a la aplicación de los principios de Derecho Internacional<sup>25</sup> y de reglas de interpretación del Derecho Internacional Público, tal como se presenta en las "Disposiciones generales" del Capítulo XXIII del ALCA.

Por consiguiente, respecto al ALCA, puedo afirmar que el Derecho aplicable a las controversias internacionales no se limita al texto del acuerdo sino que incluye todas aquellas normas que forman parte del "sistema"<sup>26</sup> jurídico internacional y que serán interpretadas según las reglas generales aplicables a los tratados.

#### C) LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL GENERAL DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES: ALGUNAS PRECISIONES.

Como se mencionó anteriormente, hay que distinguir el derecho aplicable para la solución de la controversia internacional surgida dentro del ámbito del ALCA (cuestión de fondo) de las normas sobre solución de controversias aplicables a los Estados partes. A continuación, me referiré a estas últimas.

22 Véase algunos ejemplos en MÉNDEZ CHANG, Elvira. "Mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención sobre el Derecho del Mar". En: NAMIHAS, Sandra(ed.). *Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982*. Lima: Fondo Editorial PUCP, IDEI-PUCP, Sociedad Peruana de Derecho Internacional e Instituto de Estudios Histórico Marítimos, 2001. p. 232.

23 De acuerdo al principio de libre elección de los medios previsto en el Artículo 33 párrafo 1 de la Carta de Naciones Unidas.

24 Sobre interpretación de tratados, véase también: RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Ob. cit.*, p. 206-207.

25 En las "Disposiciones generales" del Capítulo XXIII, se mencionan, además de los principios de derecho internacional, a los principios de buena fe, confidencialidad, pronta solución, economía procesal, acceso efectivo, entre otros.

26 Si se entiende que, dada la complejidad de sus disposiciones y su articulación con otras obligaciones internacionales bilaterales y multilaterales, se trata de un conjunto orgánico y complejo de normas sobre la materia regidos por el Derecho Internacional.

A partir de 1945, exista la obligación general de solucionar las controversias internacionales que surjan entre los sujetos de Derecho Internacional a través de medios pacíficos, sin recurrir al uso de la fuerza<sup>27</sup>. Dentro de esta obligación general, los Estados pueden acordar reglas especiales en virtud de las cuales precisen los mecanismos adecuados para lograr esta solución pacífica.

En el ALCA, reafirma la obligación de los Estados partes de buscar una solución pacífica, mediante la cooperación, a la controversia internacional. Los mecanismos de solución de controversias previstos en el ALCA serán aplicables sólo a los Estados partes de dicho acuerdo.

El principio de solución pacífica de controversias internacionales<sup>28</sup> establece una obligación de comportamiento<sup>29</sup>; es decir, basta que el Estado, de buena fe, demuestre disposición a escoger un medio pacífico, siga tratando de arreglar la controversia o brinde propuestas de solución para que se pueda entender que está cumpliendo con dicha obligación. Dado que no se trata de una obligación de resultado, no se puede exigir que las partes solucionen la controversia dentro de un plazo determinado<sup>30</sup>. A efectos de hacer frente a situaciones en las que se pueda dilatar la obtención de un resultado sin violar el principio de solución pacífica de controversias, se recomienda que los Estados pacten, antes del surgimiento de una controversia, los procedimientos y plazos permitan lograr un resultado dentro de un período de tiempo razonable.

En este capítulo del ALCA en análisis, los Estados negociadores propugnan un arreglo rápido ("pronto") que sea mutuamente satisfactorio. A la obligación de solución pacífica de controversias internacionales, que es una obligación de comportamiento, los Estados buscan establecer procedimientos adecuados y plazos razonables que permitan prever un resultado para la controversia, una vez puesto en marcha el sistema establecido en el acuerdo.

Es importante mencionar que los Estados, al obligarse internacionalmente a procedimientos que lleven a un arreglo de sus controversias, están

27 La Carta de las Naciones Unidas establece dos principios básicos: la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza (Artículo 2 párrafo 4 de la Carta) y la solución pacífica de controversias internacionales (Artículo 2 párrafo 3 de la Carta). A éstos se añade el principio de la libre elección de los medios (Artículo 33 de la Carta de la ONU), que se basa en la igualdad jurídica de los Estados.

28 Tal como ha sido formulado en el Artículo 2 párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625 -XXV- de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970).

29 CASSESE, Antonio. *Ob. cit.*, p. 217.

30 Salvo que se haya pactado un medio cuyo procedimiento establezca plazos, como en el caso del arbitraje o el recurso a los tribunales internacionales.

ejerciendo su derecho a la libre elección de los medios. Este principio de Derecho Internacional se basa en la igualdad jurídica de los Estados y en el respeto de su soberanía. La ventaja de no tener límites para la elección del medio es que el Estado tiene amplia libertad para elegir el mecanismo de solución de controversias que considere más adecuado, teniendo tiempo suficiente para analizar los elementos de la controversia, evaluar el *timing*, elaborar estrategias y tomar la decisión que estime conveniente. La desventaja es que, al tener todos los Estados el mismo derecho de elegir el medio más adecuado sin contar con un límite de tiempo para hacerlo, puede ser que la controversia se quede sin resolver, generándose daños o situaciones irreversibles, los cuales hagan más difícil la solución final de la controversia.

Por ello, se busca establecer, con el consentimiento de los Estados partes, un sistema de solución de las controversias que los Estados consideren adecuado para la defensa de sus intereses, pero con plazos que lleven a la solución de la controversia en un período de tiempo razonable. Para ello, hay trabajos de juristas e instituciones, así como tratados multilaterales, que establecen diversos sistemas de llevar a la solución equitativa y eficaz de las controversias internacionales, sea recurriendo a los medios diplomáticos y jurisdiccionales existentes o estableciendo fórmulas creativas.

En el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA hay cierta flexibilidad y apertura en cuanto a los medios y el marco institucional aplicable pues se brindan varias posibilidades para la elección del foro por los Estados partes involucrados en la controversia.

Así, los Estados podrán someterse al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>31</sup> u otro acuerdo regional (como la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI-, la Comunidad Andina de Naciones -CAN<sup>32</sup>- y el Mercado Común del Sur -MERCOSUR<sup>33</sup>-), entre otros; en esta categoría se incluiría el ALCA), según elección del Estado parte demandante<sup>34</sup>. Esta norma recoge el principio de la libre elección de los medios

31 Para revisar algunos temas sobre el arreglo de controversias en la OMC, véase: PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio*. Lima: Fondo Editorial PUCP, IDEI-PUCP, 2002.

32 Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Andino de Justicia tiene, según el derecho comunitario, competencia obligatoria en ciertos supuestos previstos y en virtud de las acciones que se pueden presentar ante él.

33 Sobre el arreglo de controversias en el MERCOSUR, véase: MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): Estudio de sus mecanismos*. Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones, 2000; también el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, suscrito en 2002 y aún no vigente.

34 Artículo 8.1 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.



pues, además de lo antes mencionado, los Estados partes también podrán acordar, en cualquier momento, los medios<sup>35</sup> de que prefieran para cumplir con la obligación general de solucionar pacíficamente sus controversias. De ahí que, el consentimiento del Estado sigue siendo fundamental, de conformidad con el principio recogido en el primer párrafo del art. 33 párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas. Además, salvo en los procedimientos previstos ante los medios de naturaleza jurisdiccional, los plazos son flexibles. Sin embargo, en el ALCA, cabe subrayar que iniciados los procedimientos de solución de controversias en el foro elegido no se podrán iniciar otro procedimiento sobre el mismo asunto en otro foro (exclusión de foro)<sup>36</sup>.

Si bien la libre elección de los medios es un principio de Derecho Internacional que no se ve menoscabado por el sometimiento de los Estados a acuerdos en los que se establezca un sistema de solución de controversias internacionales, es necesario establecer algunas pautas de coordinación que eviten superposiciones y contradicciones entre los sistemas mundiales multilaterales (OMC)<sup>37</sup> y los regionales (ALADI, CAN, MERCOSUR, entre otros), así como entre los sistemas regionales entre sí. Asimismo, no debemos olvidar que se deben establecer ciertas reglas de coordinación entre los sistemas así como ciertos parámetros de razonabilidad para una elección del foro, ya que podría darse que una controversia pueda ser llevada a un sistema en atención a situaciones de coyuntura, *forum shopping* o *timing* de algún Estado.

#### D) LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS.

El Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA establece la obligación de realizar consultas, de carácter confidencial, entre los Estados partes sobre una medida adoptada o cuando haya un asunto que pueda afectar el funcionamiento o aplicación del acuerdo. Esta obligación debe cumplirse en un breve plazo<sup>38</sup> para asegurar contar con las reacciones correspondientes.

La finalidad del intercambio de opiniones es precisar las posiciones de las partes, las que harán posible la identificación de los desacuerdos u oposiciones. Al conocer cuál es la controversia, las partes estarán en mejores condiciones de tratar de

negociar la solución de la misma y podrán identificar el medio más adecuado para resolverla.

Aunque las consultas no son un fin en sí mismas, ayudan a buscar una solución negociada a cualquier desacuerdo que pudiera surgir entre las partes. Esta obligación de realizar consultas permite contar con elementos que hagan más fácil y rápido llegar a acuerdos, sea sobre el fondo o sobre el medio; sobre este último, puede ser la negociación u otros mecanismos pacíficos. Por ello, las consultas permiten el cumplimiento de la obligación de solución pacífica de controversias y propician la adecuada elección de los medios.

Si bien se han establecido plazos y prórrogas para las consultas, estimo conveniente que el texto final de este capítulo del ALCA tenga en cuenta plazos adecuados y razonables para llevarlas a cabo así como brindar mecanismos que faciliten el intercambio de información entre los Estados partes.

#### E) LOS MEDIOS QUE PUEDEN SER ELEGIDOS.

Como regla general, los Estados pueden elegir cualquier medio pacífico de solución de controversias internacionales<sup>39</sup>. A menos que contraigan obligaciones internacionales, no se puede limitar *a priori* sus posibilidades de elección de los medios pacíficos que pueden ser utilizados por los Estados.

Existen medios diplomáticos o políticos (tales como negociación, buenos oficios, mediación y conciliación)<sup>40</sup> y medios jurisdiccionales (arbitraje y tribunales internacionales)<sup>41</sup> para solucionar sus controversias internacionales. Asimismo, las organizaciones internacionales tienen medios para poner fin a sus desacuerdos<sup>42</sup>; inclusive, pueden establecer un medio híbrido o *sui generis*<sup>43</sup>.

Una interpretación literal del tercer borrador de texto del ALCA podría llevar a afirmar que sólo se puede procurar la solución de las controversias internacionales a través de los medios previstos en el acuerdo. Sin embargo, el análisis de los artículos del ALCA dentro del marco del Derecho Internacional me permite señalar que no se menoscaba la libertad de los Estados de elegir el medio más adecuado, trátase de aquellos mecanismos reconocidos de modo amplio y

35 Estos medios serían el arbitraje, los buenos oficios, la mediación y la conciliación.

36 Artículo 8.2 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

37 Sugiero revisar los comentarios en PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Ob. cit.*, p. 204-207.

38 De un lado, se tiene previsto regular los casos de urgencia, donde las consultas tendrían un procedimiento más corto. Esta regulación resulta positiva y ayudará a fortalecer la confianza entre los Estados partes (Artículo 10 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA). De otro lado, si la parte consultada es un Estado en desarrollo,

podrá hacer uso de una prórroga del plazo (Artículo 9.3 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA).

39 Por el principio de libre determinación de los medios (Artículo 33 párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas).

40 DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 758-762; REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Ob. cit.*, p. 831-842.

41 CASSESE, Antonio. *Ob. cit.*, p. 215-216.

42 Sobre la OMC, PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Ob. cit.*, p. 71 y ss.

43 Como el Grupo Neutral, planteado en el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA, que trataré más adelante.

general por los tratados, doctrina y práctica de los Estados, así como el establecimiento de nuevos mecanismos, según los requerimientos de las partes.

Como regla general, en el ALCA se establece que los Estados partes pueden elegir libremente los medios para la solución de las controversias internacionales y no excluyen acudir a medios diplomáticos o políticos, medios jurisdiccionales o aquellos otros que quieran utilizar. También podrán recurrir a aquellos medios previstos en el sistema de la OMC o en los acuerdos regionales. Por ello, es importante que el Estado conozca los elementos de la controversia y evalúe cuidadosamente cuál medio es más idóneo para lograr una solución equitativa, rápida y eficaz para la controversia.

#### LOS MEDIOS DIPLOMÁTICOS<sup>44</sup>.

El Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA se refiere expresamente a algunos de los medios diplomáticos, tales como la negociación, los buenos oficios, la conciliación y la mediación<sup>45</sup>, que podrán iniciarse en cualquier momento por acuerdo de los Estados partes. Sin embargo, cabe la posibilidad que, articulando lo previsto en el ALCA con otros acuerdos internacionales (sean éstos regionales o no), exista ya un sometimiento obligatorio a algún medio diplomático.

En principio, la obligación de solucionar pacíficamente las controversias lleva a que los Estados negocien de buena fe y con miras a lograr un acuerdo. Para una adecuada negociación, es necesario que se cumpla con la obligación de realizar consultas entre los Estados partes cuando surja una controversia sobre la interpretación o aplicación del acuerdo; con ello, se determina la controversia, las posiciones e intereses de las partes. Al conocer las opiniones, se puede trazar una estrategia de negociación más adecuada y precisar también los intereses de las partes, contando entonces con mayores y mejores elementos para diseñarla.

44 Son medios diplomáticos, políticos o no judiciales aquellos autocompositivos o heterocompositivos en los que el resultado depende directamente de la voluntad de las partes. Entre ellos, tenemos a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación.

45 Artículo 44 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

46 Artículo 44.2 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

47 Al respecto, véase: PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Ob. cit.*, p. 206.

48 Estos medios son llamados jurídicos o judiciales, en los que un tercero resuelve la controversia y ello obliga a las partes. Entre ellos, tenemos al arbitraje y los tribunales internacionales (como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones).

49 El arbitraje internacional y los tribunales internacionales tienen similitudes y pocas diferencias sustanciales; la

En general, el ALCA no desarrolla pautas sobre la negociación u otros mecanismos diplomáticos pero subraya la necesidad que las diligencias realizadas en estos medios sean confidenciales<sup>46</sup>. Sin embargo, cabe preguntarse si las asimetrías existentes entre los Estados podrán hacer menos atractivos los medios diplomáticos por las presiones y diferencias de poder<sup>47</sup>.

#### LOS MEDIOS JURISDICCIONALES<sup>48</sup>.

Los medios jurisdiccionales<sup>49</sup> de solución pacífica de controversias internacionales son aquellos en los que un tercero, aplicando el Derecho Internacional, resuelve de manera definitiva una controversia, imponiendo el resultado a las partes. Estos medios jurisdiccionales están muy difundidos para la solución de controversias y tienden a ser entendidos como los que mejor resuelven controversias jurídicas<sup>50</sup>. Pero, pese a brindar una solución obligatoria a la controversia dentro de un plazo determinado, dado que tienen procedimientos preestablecidos, no resultan atractivos para los Estados porque suelen producir un resultado "ganador - perdedor". Ello se explica porque, en vista de tesis jurídicas contrapuestas, el árbitro o juez, por lo general, ampara una posición y rechaza la otra.

El Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA puede apreciar una cierta preferencia<sup>51</sup> por los medios jurídicos de solución de controversias porque, además del arbitraje y los tribunales internacionales que puedan ser competentes, se establece un mecanismo de solución de controversias de naturaleza jurisdiccional: el Grupo Neutral.

#### EL ARBITRAJE.

Con relación al arbitraje previsto en el ALCA, los Estados partes de una controversia podrán recurrir a este medio si se ponen de acuerdo y deberán notificarlo a los otros Estados partes<sup>52</sup>.

diferencia principal sería el carácter permanente del tribunal internacional. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 765.

50 A modo de ilustración, el Perú se encuentra sometido al Tribunal Andino de Justicia y también a la jurisdicción obligatoria de Corte Internacional de Justicia por medio de la Resolución Legislativa No. 28011 de 17 de junio de 2003.

51 Piérola Castro afirma que esta preferencia por el "procedimiento legalista" se funda en que éste minimiza los efectos de las asimetrías; si se trata de un ente permanente, reduce los costos de administración y genera estabilidad sobre los criterios adoptados. PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Ob. cit.*, p. 206.

52 Artículo 37 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.





El arbitraje se funda en el consentimiento de las partes. Este consentimiento puede ser expresado en un compromiso (para las controversias surgidas o existentes) o en una cláusula compromisoria (controversias futuras). En el compromiso, se debe indicar el objeto (materia controvertida), la designación de los árbitros, las reglas de procedimiento y el derecho aplicable.

Si se acuerda recurrir al arbitraje, una vez iniciado el procedimiento arbitral, los Estados partes no podrán recurrir al Grupo Neutral para ventilar esta controversia.

La fórmula del ALCA no excluye que los Estados partes celebren compromisos para someter sus controversias a arbitraje. Pero, como ya se mencionó, una vez iniciado el arbitraje, no podrán recurrir al Grupo Neutral para el mismo asunto.

Es importante resaltar que el arbitraje puede resultar obligatorio en virtud de la aplicación de otros tratados internacionales en los cuales estos Estados también son partes. Esta remisión general, basada en la voluntad y prevista expresamente en el acuerdo, no da pautas acerca del procedimiento arbitral. En el arbitraje, la controversia planteada será resuelta de modo definitivo y obligatorio, a través de un laudo.<sup>53</sup>

#### EL GRUPO NEUTRAL.

En el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA se establece un nuevo medio, el Grupo Neutral<sup>54</sup>, cuya naturaleza es híbrida; éste es un mecanismo interesante en la búsqueda de un arreglo equitativo, rápido y eficaz. Según este tercer borrador del texto del ALCA, el Grupo Neutral tiene una naturaleza jurisdiccional, de carácter no permanente y especializado, estando su composición y funcionamiento regulado en dicho acuerdo.

El Grupo Neutral tendrá competencia para resolver las controversias que caen dentro del ámbito de aplicación de este Capítulo del ALCA. Este Grupo Neutral se establece cuando el Estado parte que solicitó las consultas lo plantea por escrito.<sup>55</sup>

En el tercer borrador del acuerdo (versión del 21 de noviembre de 2003) se eliminó la disposición que en la versión anterior (del 1 de agosto de 2003) establecía un sometimiento obligatorio del Estado parte, sin necesidad de acuerdo especial, a la

jurisdicción del Grupo Neutral en las materias de su competencia. Pese a la eliminación de esta disposición, se puede afirmar que la intención de los negociadores es darle una naturaleza jurisdiccional al Grupo Neutral y que los Estados partes se sometan obligatoriamente a este medio. Considero que asumen que, por la redacción general de este Capítulo XXIII, los Estados partes ya están sometidos al Grupo Neutral, de modo que no es necesario colocarlo expresamente. Sin embargo, esto no resulta obvio. Por consiguiente, para evitar dilaciones en la expresión del sometimiento (situación que se daría en el caso que se entendiese que éste fuera facultativo) y cualquier discusión sobre su competencia, estimo que debió mantenerse esta disposición.

Pese a lo previsto respecto al Grupo Neutral, con ello no se soluciona una posible superposición de supuestos de sometimiento obligatorio a otros medios que pueda tener un Estado parte, no existiendo una previsión que brinde preferencia a la fórmula del Grupo Neutral previsto en el ALCA frente a otro medio jurisdiccional. Cabe recordar que si se optó por el arbitraje, entonces ya no podrá llevarse la controversia ante el Grupo Neutral. Esta elección del medio depende de la libre decisión del Estado parte. Por ello, podría interpretarse que el Estado que solicitó las consultas estaría en condiciones de definir el medio en dichos supuestos, lo cual llevará también a discutir situaciones asimétricas que subyacen a dicha elección.

En cuanto a su naturaleza, es importante señalar que este Grupo Neutral, si bien tiene elementos de los medios diplomáticos en la medida que hay una cierta participación de los Estados partes, es entendido en este capítulo como un medio jurisdiccional de solución de controversias toda vez que se constituye en un tercero que, aún contando con el concurso activo de las partes y de expertos convocados, resuelve la controversia de modo definitivo y obligatorio<sup>56</sup>.

Al surgir una controversia, los Estados partes podrán someterse al Grupo Neutral para solucionarla y elegirán a los miembros de dicho grupo de la lista que les proporcionará la Secretaría del ALCA<sup>57</sup>. El Grupo Neutral estará conformado por tres miembros, los cuales conocerán la controversia y buscarán una solución según los términos de la presentación y contestación dados por los Estados partes; para ello, tienen un procedimiento establecido en el acuerdo<sup>58</sup>.

53 Sobre los recursos frente a los laudos en arbitrajes internacionales, véase: SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 643-646.

54 Artículos 11 al 15 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

55 Artículo 11 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

56 El Artículo 24.6 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA afirma que "las decisiones del Grupo Neutral serán finales y obligatorias para las partes contendientes." Pero cabe el recurso de apelación.

57 Sobre la conformación del Grupo Neutral, aún no se ha llegado a un acuerdo. Una propuesta es que el Grupo Neutral esté conformado por personas naturales, especialistas en materias comerciales y Derecho Internacional de reconocida probidad, quienes serán elegidos de las listas que actualizará periódicamente la Secretaría del ALCA en base a las propuestas de los Estados partes.

58 Para las normas de procedimiento aplicables ante Grupo Neutral, véase: el Anexo I del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

Cabe resaltar que el Grupo Neutral emite un informe preliminar<sup>59</sup>, teniendo en cuenta cuestiones de hecho y de derecho, así como lo actuado en el procedimiento correspondiente. Este informe preliminar tiene carácter confidencial. Los Estados partes podrán hacer observaciones a dicho informe. Ello permite una mayor participación de las partes en la búsqueda de una solución mutuamente satisfactoria, dando mayor espacio de expresión de sus posiciones e intereses. Luego de estas observaciones y con todos los elementos que permitan elaborar un resultado, el Grupo Neutral preparará el informe final<sup>60</sup>, que tiene carácter definitivo y obligatorio para las partes.

Frente al Informe Final del Grupo Neutral, se puede interponer el recurso de apelación<sup>61</sup> ante el Órgano de Apelación, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de dicho Informe. El Órgano de Apelación está conformado por siete personas (que, en cada caso actúan en colegiados de tres personas) y tiene convocatoria permanente. Este Órgano de Apelación resolverá cuando el recurso se refiera a cuestiones de derecho del Informe Final del Grupo Neutral o a su interpretación. Frente a la decisión de este Órgano de Apelación, sólo cabe el recurso de aclaración<sup>62</sup>.

### **3.2. LAS CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES.**

El borrador del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA está centrado en el tratamiento de las controversias internacionales entre los Estados partes. Sin embargo, la aplicación del tratado podrá dar lugar al surgimiento de controversias entre el Estado y los particulares (personas naturales o jurídicas), así como entre los particulares entre sí. La solución de estas controversias es tratada brevemente en el mencionado capítulo; a continuación pasaré a analizar los mecanismos previstos.

Tratándose de controversias entre Estados y particulares, quiero señalar que los medios de solución aplicables serán aquellos dispuestos en los tratados vigentes y en el derecho interno.

Las controversias entre particulares serán resueltas, a falta de tratados que regulen la materia<sup>63</sup>, a través de los mecanismos establecidos por las normas del derecho interno. Por ello, en el ALCA, se señala que los Estados partes promoverán y facilitarán recurrir al arbitraje y a otros medios alternativos de solución

de controversias para resolver las que surjan entre los particulares<sup>64</sup>.

Frente a este tema, cabría preguntarse si los Estados partes están en condiciones de brindar, a través de sus tribunales nacionales o de medios alternativos (llámese mediación, conciliación o arbitraje, entre otros) una respuesta equitativa, rápida y eficaz frente a las pretensiones y demandas de los particulares en cuanto a la interpretación y aplicación del ALCA. Cada Estado parte debe evaluar su ordenamiento interno para determinar si requiere o no establecer o modificar, según el caso, las normas relativas al arbitraje y otros medios de solución de controversias con miras a que éstos resulten adecuados frente a las expectativas de las partes. Asimismo, es importante que los Estados partes ratifiquen los principales instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

En el Perú, estas controversias pueden ser resueltas por el Poder Judicial o a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la negociación, la conciliación y el arbitraje.

En cuanto a recurrir al Poder Judicial, existen una serie de elementos que llevan a que los particulares no sientan que éste es un medio apropiado para llegar a una solución equitativa. En primer lugar, hay que revisar las disposiciones procesales correspondientes porque pueden resultar inadecuadas para resolver problemas comerciales que requieren celeridad, dado que el paso del tiempo puede causar cuantiosos daños. Asimismo, se debe tener presente que, debido a la excesiva carga jurisdiccional de los jueces, los plazos no se cumplen, lo que genera malestar entre los litigantes y pérdidas comerciales. Un elemento adicional a considerar es la falta de una formación jurídica adecuada de los jueces para resolver tales controversias, puesto que requieren conocimientos no sólo de derecho interno sino también especiales (con relación a la materia controvertida) y del Derecho Internacional. A ello se suma la desconfianza en el Poder Judicial por los casos de corrupción. Actualmente, el Perú busca realizar una reforma integral que permita, entre otras cosas, contar con jueces con una formación jurídica especializada, sin embargo, esta reforma requiere discusión y consenso a nivel de los distintos actores y operadores del Derecho en el Perú, lo cual hace previsible carecer de una respuesta satisfactoria en el corto plazo.

59 Artículo 23 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

60 Artículo 24 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

61 Artículo 27 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

62 Artículo 29 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

63 Como aquellos tratados referidos al arbitraje.

64 Artículo 47 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.



En cuanto a los medios alternativos de solución de controversias, en el Perú se puede buscar un arreglo a través de la negociación<sup>65</sup>, conciliación<sup>66</sup> y arbitraje<sup>67</sup>. Si bien se han impulsado y regulado dichos medios de solución de controversias, aún no resultan de uso masivo, sea por desconocimiento o por los costos. Sin embargo, podrían ser más adecuados para resolver controversias en las cuales se requiere un conocimiento especializado de temas comerciales y se mantiene la confidencialidad. A pesar de tener aspectos positivos para los particulares, estos medios alternativos tienen problemas vinculados al cumplimiento de los acuerdos o de los laudos, así como de la ejecución de estos últimos.

Para abordar temas referidos a la solución de controversias entre particulares, los Estados partes del ALCA podrán establecer un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas<sup>68</sup> integrado por especialistas o expertos en materias comerciales internacionales privadas. Este Comité Consultivo deberá, previo estudio y evaluación, presentar informes y recomendaciones de carácter general con relación al arbitraje y otros medios de solución de controversias que se empleen entre particulares. Considero que este Comité Consultivo podrá brindar una opinión ponderada y técnica sobre la utilización y eficiencia de estos medios en el plano interno, así como realizar aportes con miras a mejorarlos.

Si bien el Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA no desarrolla lo relativo a la solución de controversias entre particulares, éste es un tema que cada Estado parte debe evaluar y tomar las medidas oportunas para contar con medios de solución de controversias adecuados.

#### 4. REFLEXIONES FINALES.

En el tercer borrador de Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA hay muchos temas y aspectos que aún se deben definir en las negociaciones multilaterales. La existencia de un texto con muchos corchetes muestra la dificultad de la negociación; no obstante, debe llevar a establecer criterios más claros y adecuados al momento de adoptar el texto definitivo del acuerdo.

Como se ha analizado anteriormente, el ámbito de aplicación de este capítulo del ALCA se refiere principalmente a las controversias internacionales entre los Estados miembros.

En cuanto a las controversias internacionales, éstas podrán versar tanto de cuestiones jurídicas como aquellas que se refieren a aspectos políticos o económicos. Asimismo, cabe mencionar que el sistema de solución que se trata de construir en el ALCA tiene en consideración la obligación internacional general de arreglar pacíficamente las controversias entre los Estados partes, buscando que los medios diplomáticos y jurisdiccionales a los que se pueda recurrir sean elegidos libremente por los Estados partes antes del surgimiento de las controversias. De este modo, se garantiza que existirán mecanismos y procedimientos acordados que pueden ser activados por un Estado (como las consultas y el Grupo Neutral) y que permitirán, respetando la soberanía del Estado, llegar a una solución equitativa, rápida y eficaz, tratando de evitar mayores dilaciones en la elección del medio y en la búsqueda de dicho resultado. Ello no menoscaba el derecho del Estado soberano a acordar con otro Estado parte del ALCA el medio de solución de su controversia que sea más adecuado.

Asimismo, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales que se establezcan, hay que buscar fórmulas claras pero flexibles que permitan evitar la superposición de sistemas de solución de controversias y, en caso de que esto suceda, brindar reglas que se pronuncien por la preferencia de aplicación de ciertos mecanismos, para evitar que sea el llamado Estado "demandante" el que tenga libertad de acudir a cualquier foro, aunque éste no resulte el más conveniente para las partes.

Éste es el momento en el cual los Estados negociadores tienen que establecer posiciones claras respecto a qué medios, con qué características y con cuáles procedimientos se quiere contar, teniendo en cuenta las asimetrías que se dan entre algunos de los futuros Estados partes del ALCA. Si bien es conveniente contar con reglas de juego claras, no se debe caer dentro de un excesivo reglamentarismo en cuanto a los medios pero sí insistir en establecer ciertos parámetros que apunten al logro de un resultado dentro de un plazo adecuado. No hay que perder de vista que, una vez establecido el sometimiento obligatorio a un determinado medio de solución de controversias, sea éste diplomático o jurisdiccional, el Estado deberá cumplir su obligación internacional.

Si bien los medios jurisdiccionales presentan algunas ventajas, se debe reflexionar si los Estados deben mostrar preferencia por éstos en el ALCA. En esta línea, se debe aclarar la naturaleza del Grupo

65 Con relación a la teoría de la negociación, véase: DRUCKMAN, Daniel, y ORMACHEA, Iván. *Negociación de la teoría a la práctica*. Lima: IDEI - PUCP, Fondo Editorial PUCP, 2003.

66 Para la conciliación, véase: GUZMÁN BARRÓN S., César. Algunos aspectos sobre las materias conciliables en el Perú. EN: *Taller de Derecho*. Lima: Año 1, N°1, 2002, p. 321-332; también ORMACHEA, Iván. *Manual de Conciliación*. Lima: IPRECON, 1999.

67 Sobre el arbitraje en el Perú, véase: GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional en la sección segunda de la ley N° 26572*. Tesis para obtener el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico en la PUCP. Lima: 2003.

68 Artículo 47.3 del Capítulo XXIII sobre Solución de Controversias del ALCA.

Neutral que, en mi opinión, es híbrida ya que no resulta siendo un medio exclusivamente jurisdiccional sino permite una participación importante de los Estados partes en la búsqueda de la solución de las controversias. Asimismo, se debe hacer un esfuerzo por contar con un mayor número de expertos nacionales que puedan ser considerados en la nómina de potenciales miembros del Grupo Neutral.

Con relación a las controversias entre particulares, hay que tener en cuenta las disposiciones del derecho interno de cada Estado y que permiten acceder tanto al Poder Judicial como a medios alternativos. Para que los particulares tengan confianza en recurrir al Poder Judicial de un Estado, éste debe contar con jueces especializados, normas procesales claras, procedimientos con plazos razonables y un costo adecuado. Mientras exista una insuficiente formación de los jueces nacionales en las materias sobre las que versarán las controversias, la carga jurisdiccional sea excesiva y haya lentitud en el desarrollo de los procesos, unido a ciertos niveles de corrupción, los particulares tendrán la percepción que acudir al Poder Judicial no les permitirá resolver sus

controversias. Si los particulares someten sus controversias a los medios alternativos de solución, tales como la negociación, la conciliación y el arbitraje, deben contar con reglas claras que fomenten la confianza. Sin embargo, debe tenerse presente que los medios alternativos tienen mayores costos y, en caso de requerir ejecución, nuevamente se remiten al Poder Judicial. Otro tema está referido a la posibilidad de acudir al arbitraje internacional; para ello, es menester tener presente la legislación nacional, la cual puede permitir que la solución de dichas controversias recaiga en un fuero distinto al nacional y que el derecho aplicable sea el derecho interno de otro Estado.

Estas son algunas reflexiones preliminares sobre un tema que aún está en discusión. Resulta un reto lograr que en las próximas negociaciones se pueda perfilar un sistema adecuado de solución de controversias que, teniendo en cuenta los intereses de los Estados de menor desarrollo y las asimetrías existentes, permita llegar a una solución equitativa, rápida y eficaz en las futuras controversias en el marco del ALCA. 