

**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL:
CONSIDERACIONES A LA LUZ
DE LA PRÁCTICA RECIENTE**

por FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ACTUAL CONTEXTO DESCENTRALIZADO DE SISTEMAS DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS

1. La relación entre el sistema arbitral de arreglo de controversias y los procedimientos no jurisdiccionales. (El arbitraje como pieza esencial de la lógica de la transacción presente en los diferentes sectores del Ordenamiento)

- A) *El arbitraje facultativo como posible cauce para la constitución de procedimientos integrados de solución*
- B) *Modelos de interrelación en los recientes convenios que ratione materiae o ratione loci prevén el recurso al arbitraje obligatorio*
 - a) El arbitraje en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados
 - b) El arbitraje y la conciliación en el marco de los acuerdos de cooperación económica. Especial referencia a Mercosur y TLCAN
 - c) La Conciliación y el arbitraje en el seno de la OSCE. A propósito de la Convención de Estocolmo de 15 de diciembre de 1992

2. El arbitraje como sistema alternativo al arreglo judicial de controversias

- A) *El procedimiento arbitral en el convenio de 10 de diciembre de 1982 sobre Derecho del Mar*
- B) *La solución de controversias en la OMC. El papel del arbitraje*

III. CARACTERIZACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ARBITRAJE A LA LUZ DE LA PRÁCTICA RECIENTE

1. Las Partes en el procedimiento arbitral Internacional

- A) *Las Organizaciones Internacionales*
- B) *Las entidades infraestatales.*
- C) *Las personas físicas y jurídicas*

2. Las reglas procesales arbitrales con especial referencia a los incidentes de procedimiento

- A) *Competencia del Tribunal*
- B) *La intervención de terceros en el proceso arbitral*
- C) *Medidas Provisionales en el proceso arbitral*

3. La aplicación flexible del derecho material establecido en el compromiso arbitral. Especial referencia a las sentencias de 9 de octubre de 1998 y 17 de diciembre de 1999 en el arbitraje entre Eritrea y Yemen

4. Nuevas perspectivas respecto de la eficacia del laudo arbitral: el asunto relativo a la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)

- A) *Los aspectos formales de la atribución de la competencia al TIJ: La cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción obligatoria como cauce de apreciación de la nulidad del laudo*
- B) *El límite al ejercicio de la competencia del TIJ en controversias de nulidad del laudo arbitral*

IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente curso es el de determinar la capacidad del mecanismo arbitral de arreglo de controversias para hacer frente a los nuevos retos que plantea la realidad normativa internacional. Desde el punto de vista de la solución de conflictos, son dos las tendencias que marcan la pauta en el actual orden jurídico internacional: por una parte, la especialización, lo que genera la aparición de múltiples subsistemas jurídicos dotados de mecanismos específicos de solución de litigios y, por otra, y dentro de tales particularismos, la necesidad de apertura de los procedimientos clásicos de arreglo a nuevos partícipes a los que es preciso reconocer al menos un *locus standi* procesal. Como ha puesto de relieve T. Treves, la proliferación de tribunales internacionales no es el producto de la casualidad, sino que responde a la mayor complejidad del ordenamiento internacional y al hecho de que éste afecte no sólo a los Estados, sino a las organizaciones internacionales y a las personas naturales y jurídicas¹.

En este contexto, como ha puesto de relieve K. Zemanek, la tendencia hacia la creación de órganos permanentes de arreglo de controversias en el seno de subsistemas se orienta en dirección a la conciliación o al arbitraje². En efecto, las normas secundarias de arreglo de controversias propias de regímenes constituidos en torno a una concreta regulación material contemplan mayoritariamente el procedimiento jurisdiccional arbitral como técnica adecuada de solución actuando alternativa o residualmente con otros mecanismos no jurisdiccionales o con procedimientos judiciales o cuasi-judiciales. Igualmente es constatable la irrupción del sistema arbitral en el seno de iniciativas de carácter regional de solución de conflictos. En definitiva, se tiende a una descentralización en cuanto a técnicas de solución de controversias en la que la combinación de mecanismos políticos y jurisdiccionales constituye una constante. Junto al procedimiento arbitral clásico de naturaleza facultativa y de estructura consensual, la emergencia de procedimientos arbitrales sectoriales obligatorios pone de relieve una clara evolución de la institución que afecta a sus elementos estructurales. Como han puesto de relieve Orrego y Pinto, en el actual contexto de evolución de la Sociedad Internacional, la necesaria innovación de los sistemas de arreglo de controversias abre múltiples oportunidades al arbitraje, especialmente desde la especialización material y de la potenciación de la institucionalización a través de la Corte Permanente de Arbitraje. El reforzamiento del sistema arbitral de solución vendría igualmente de la capacidad de adaptación de la regla de derecho aplicable en una *flexibility within legal limits* que garantizaría una solución del litigio integradora de diversos intereses de las Partes y, por ende, la eficacia de la solución adoptada³.

¹ Vid. TREVES, T., «Recent trends in the settlement of international disputes», *CEBDI*, 1997, p. 435.

² Vid. ZEMANEK, K., «General Course on Public International Law», *R des C*, t. 266 (1997), pp. 282-284.

³ Vid. las referencias al procedimiento arbitral en el trabajo de ORREGO VICUÑA, F., y PINTO, Ch., *Revised Report prepared for the Centennial of the First International Peace Conference pursuant to United Nations General Assembly Resolutions A/RES/52/154 and A/RES/53/99*, especialmente los párrafos 116

Nuestra intención será, por tanto, poner de relieve tales elementos de evolución para, a través de un estudio de sus características, dibujar con trazos nítidos la técnica arbitral como instrumento de pacificación al servicio de las nuevas necesidades normativas internacionales.

II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ACTUAL CONTEXTO DESCENTRALIZADO DE SISTEMAS DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS

1. La relación entre el sistema arbitral de arreglo de controversias y los procedimientos no jurisdiccionales. (El arbitraje como pieza esencial de la lógica de la transacción presente en los diferentes sectores del Ordenamiento)

A) *El arbitraje facultativo como posible cauce para la constitución de procedimientos integrados de solución*

El principio básico de libertad de elección de medios de solución de conflictos internacionales, corolario de la obligación de solución de controversias por medios pacíficos, conlleva el reconocimiento de la soberana autonomía de los sujetos de derecho internacional para fijar el sistema más adecuado en cada ámbito material o territorial de relación.

La práctica arbitral reciente demuestra una clara preferencia a establecer sistemas de arbitraje facultativo en relación a las controversias tanto en materia de delimitación fronteriza como de responsabilidad internacional⁴. Y ello en la medida en que no siempre el resultado perseguido es la delimitación pura y simple del trazado o la determinación y cuantificación de la obligación de reparar, sino una solución pacificadora y duradera en el tiempo.

El papel transaccional del arbitraje ha sido puesto de relieve en diferentes ocasiones, incluso estableciendo formalmente sistemas que, actuando en paralelo con un procedimiento en curso, pudieran alcanzar una solución negociada. Es destacable en tal sentido el procedimiento puesto en marcha en el *asunto relativo al emplazamiento de los hitos fronterizos en la zona de Taba* (Egipto/Israel). El artículo IX del compromiso arbitral de 11 de septiembre de 1986 preveía la constitución de una Sala en el seno del propio Tribunal compuesta por tres de sus miembros (los dos árbitros designados por los Estados más un tercero nombrado por el Presidente del Tribunal) cuyo fin era explorar las posibilidades de un acuerdo que resolviera la controversia sin llegar al laudo. El mandato de la Sala se extendía en el tiempo hasta que la fase escrita del proceso arbitral estuviera completa. Hasta tanto, y teniendo

a 121. Una visión sumamente crítica de los logros alcanzados con ocasión de la labor de las Naciones Unidas en orden a promocionar los métodos de arreglo pacífico de controversias en el marco del decenio sobre el Derecho internacional así como de las propuestas elaboradas en el seno de la Tercera Conferencia Internacional de la Paz es la contenida en el trabajo de RIQUELME CORTADO, R. M., «La promoción de medios y métodos de arreglo pacífico de las controversias en la conmemoración del centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz (1899-1999)». ADI, vol. XV, 1999, pp. 385-478.

⁴ Vid. en relación a los campos de incidencia del arbitraje a partir de la Segunda Guerra Mundial a GRAY, Ch., y KINGSBURY, B., «Developments in dispute settlement inter-State arbitration since 1945», BY-BIL, vol. 65, 1992, pp. 107-109.

do en cuenta los argumentos formulados por las partes, el compromiso arbitral preveía la posibilidad de formular una recomendación a las Partes en el litigio principal que, de ser aceptada, hubiera puesto fin al procedimiento contencioso. Pese a la constitución de la Sala y a los intentos de solución pactada, no fue posible la formulación de una propuesta admisible por ambas Partes⁵.

Otro destacado asunto en el que el procedimiento arbitral y la solución no jurisdiccional han actuado estrechamente unidas es el relativo a las *diferencias entre Francia y Nueva Zelanda nacidas del incidente del Rainbow Warrior*. *Reglamento de 6 de julio de 1986 del Secretario General de las Naciones Unidas*. El resultado de la controversia en su primer estadio se saldó mediante una suerte de mediación con el compromiso expreso de aceptación de la propuesta finalmente formulada. Consecuencia directa de la solución ofertada por el Secretario General fue, como es sabido, la celebración de tres Canjes de Notas constitutivos de acuerdo. La solución propuesta por el secretario General, concebido en realidad como un primer estadio precontencioso de la controversia, preveía en su apartado 5 el recurso con carácter subsidiario a un arbitraje tal y como finalmente fue llevado a cabo⁶.

Sirvan estos ejemplos como expresión de los vínculos posibles entre modelos de arreglo de naturaleza no jurisdiccional y el arbitraje internacional. Ciertamente, el sistema arbitral permite un gran margen de maniobra a las Partes para combinar, en una suerte de sistema integrado, el procedimiento jurisdiccional con mecanismos acordados de arreglo, especialmente en situaciones en las que el interés de las Partes radica en alcanzar, ante todo, una solución pacificadora y duradera en el tiempo.

B) *Modelos de interrelación en los recientes convenios que ratione materiae o ratione loci prevén el recurso al arbitraje obligatorio*

Es evidente una clara tendencia hacia la combinación de procedimientos de arreglo en los que el peso recae centralmente sobre los sistemas no jurisdiccionales, siendo concebido el recurso al arbitraje como subsidiario en unos casos y alternativo en otros a la conciliación obligatoria. Semejante evolución se percibe con claridad en diferentes ámbitos normativos tanto universales como regionales. Así, detendremos nuestra atención tanto en recientes proyectos codificadores, como en el estudio de iniciativas de carácter regional como es el caso de la OSCE o TLCAN y MERCOSUR.

a) El arbitraje en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados

La parte tercera del proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1996 se dedica (arts. 56 a 60 y Anejos I y II) a ofertar a las Partes una batería de sistemas de arreglo que pivotan, esencialmente, sobre la conciliación y el arbitraje. Ante todo, conviene subrayar el hecho sumamente significativo de la exclusión del re-

⁵ Vid. el texto del compromiso, así como una reseña de los hitos más importantes del funcionamiento de la Sala en el RSA, vol. XX, pp. 9-10.

⁶ Vid. la primera fase del asunto gestionado desde la Secretaría General de las Naciones Unidas en el RSA, vol. XIX, pp. 199-221. El posterior arbitraje, cuyo fundamento y reglas esenciales de constitución y funcionamiento ya fuera establecido por el propio SG, puede consultarse en el RSA, vol. XX, pp. 215-284.

curso a un sistema judicial de arreglo que funcionara de manera alternativa al procedimiento arbitral. La razón estriba en la clara intención de la Comisión de crear un mecanismo jurisdiccional obligatorio para las Partes en el futuro tratado al margen del grado de compromiso de los Estados respecto de otros mecanismos de solución. En efecto, sorprende que entre las normas secundarias la CDI sitúe la responsabilidad del Estado fuera de la jurisdicción del TIJ.

El procedimiento arbitral podrá activarse de común acuerdo en el momento en que bien haya sido imposible constituir la Comisión de Conciliación prevista en el artículo 56, bien las partes hayan sido incapaces de formular una solución convenida en los seis meses siguientes al informe final de la Comisión. Esta relación entre procedimientos que sitúa claramente al arbitraje como sistema de cierre de los mecanismos no jurisdiccionales se altera en el caso de que una de las Partes implicadas en la controversia haya adoptado contramedidas respecto de la otra. En este caso, «el Estado respecto del cual se hayan adoptado las contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la controversia a un Tribunal arbitral de conformidad con el Anejo II de los presentes artículos»⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante dos situaciones distintas en las que puede intervenir el procedimiento arbitral: una, basada en el mutuo acuerdo, donde el tribunal arbitral se constituirá en todo caso a partir de un compromiso y otra fundada en la iniciativa unilateral de un Estado en la que el órgano podrá pronunciarse «no solamente sobre la licitud de las contramedidas, sino también sobre el conjunto de la controversia»⁸. De esta suerte el proyecto de artículos ha optado por una denominada vía intermedia en la que el procedimiento de arreglo de la controversia actúa como un mecanismo reductor de posibles abusos y arbitrariedades en la reacción unilateral al ilícito. Como ha puesto de relieve O. Schachter en una valoración positiva del sistema de arreglo, se introduce un mecanismo de control de legalidad de las posibles represalias en una controversia evitando un riesgo de escalada en cuanto a la posible reacción que a su vez puede generar la contramedida inicial⁹.

b) El arbitraje y la conciliación en el marco de los acuerdos de cooperación económica. Especial referencia a Mercosur y TLCAN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1993¹⁰ constituye un palmario ejemplo de combinación de sistemas de solución de controversias. En primer término, es de reseñar la opción inicial de las Partes de someter la disputa a los mecanismos específicos previstos en el Tratado o de aplicar las reglas de solución establecidas en el seno del GATT. El artículo 2.005 del Tratado dispone, en efecto, la libertad de las Partes para aplicar el mecanismo cuasi-judicial establecido en 1994 o, por el contrario, recurrir a la vía abierta por los capítulos XIX y XX del TLCAN.

⁷ Cfr. el apartado 2 del art. 58.

⁸ Cfr. DAUDET, Y., «Travaux de la Commission de Droit International», *AFDI*, 1995, p. 575.

⁹ De acuerdo con este autor, la solución finalmente alcanzada introduce importantes elementos de flexibilidad y estabilidad en la aplicación del derecho de la responsabilidad internacional. Y ello en la medida en que inicialmente la reacción unilateral continúa siendo una prerrogativa del Estado lesionado, aunque la posible revisión *a posteriori* de la legalidad de la contramedida puede provocar una autolimitación del Estado al valorar las posibles reacciones. *Vid.* en este sentido a SCHACHTER, O., «Dispute Settlement and countermeasures in the International Law Commission», *AJIL*, vol. 88, 1994, pp. 471-477.

¹⁰ *Vid.* su texto en el *ILM*, vol. 32, 1993, pp. 607 ss.

Dejando al margen el sistema de arreglo de controversias surgidas de la aplicación por un Estado Parte de cuotas *antidumping* y compensatorias y que deberán ser estudiadas en el seno de un denominado «panel» binacional previsto en el capítulo XIX (arts. 1.901 a 1.911), las disputas nacidas de la interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado de Libre Comercio deberán seguir un proceso que se articula en torno a una doble vía de solución: por una parte, buenos oficios, conciliación y mediación ante la Comisión de Libre Comercio establecida en el artículo 2.001 y, por otra, el procedimiento arbitral previsto y regulado en los artículos 2.008 a 2.019. La concepción del sistema en su conjunto parte del reconocimiento de un amplio margen a la Comisión que podrá optar por aplicar cualquier modelo de solución no jurisdiccional en un plazo que, en defecto de acuerdo entre las Partes, se fija en los 30 días siguientes a la inicial reunión que estudie el caso. La constitución de un «panel» arbitral corresponderá a la propia Comisión a solicitud por escrito de cualquiera de las partes en la controversia. Aunque concebido de manera subsidiaria a los sistemas no jurisdiccionales, lo cierto es que la práctica demuestra que la solución arbitral emerge como un sistema fácilmente utilizable en defecto de solución negociada. Tanto lo exiguo de los plazos otorgados a la fase prejurisdiccional, como la ausencia de una regulación procedimental de esta fase, la convierten en un estadio tentativo de arreglo que será superada rápidamente en favor del sistema jurisdiccional. En el *asunto de la medida de salvaguardia impuesta por los Estados Unidos de América a las escobas de mijo mexicanas*, sentenciado el 30 de enero de 1998¹¹, se pone claramente de relieve lo limitado de las consultas entre las Partes y la escasa eficacia de la Comisión de Libre Comercio, órgano al que según el artículo 2.007 del Tratado le corresponde constituirse en institución mediadora o conciliadora. De igual manera, en el *asunto de los aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agropecuarios originarios de Estados Unidos*¹², carece de entidad el proceso previo a la solución arbitral, de suerte que una rápida sucesión de aparentes consultas y una fugaz intervención de la citada Comisión dan paso a la constitución del correspondiente «panel» arbitral. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el sistema arbitral se concibe como un procedimiento jurisdiccional sumamente ágil de carácter escrito, con un simple trámite de audiencia a las partes una vez completada la comunicación inicial y la correspondiente réplica.

En el ámbito de MERCOSUR, el Anexo III del Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991 sitúa a las negociaciones directas como el principal camino para la solución de controversias nacidas de la interpretación y aplicación del texto del Tratado. Concordantemente, el Protocolo de Brasilia de 17 de diciembre de 1991 jerarquiza los sistemas sucesivos de arreglo a partir de las negociaciones directas, pasando por la intervención del Grupo de Mercado Común hasta desembocar en un eventual proceso arbitral. Ciertamente, no es posible obviar los trámites previos al sistema jurisdiccional, pero también es claro que la sucesión de instancias negociadoras directas o sometidas a tutela institucional no pueden impedir en ningún caso el que se active el procedimiento arbitral a solicitud de cualquiera de las Partes implicadas en la controversia. De acuerdo con los artículos 3 y 6 del citado protocolo de Brasilia, el plazo máximo de solución con carácter previo a la apertura del trámite jurisdiccional no excederá de 45 días en su conjunto. En todo caso, la competencia del Grupo del

¹¹ Asunto registrado en la Secretaría del TLCAN como USA-97-2008-01.

¹² El denominado informe final del Panel Arbitral es de 2 de diciembre de 1996. Registrado como CDA-95-2008-01.

Mercado Común en tanto que órgano designado convencionalmente para intervenir en el litigio en defecto de acuerdo directo entre las Partes, es de mera recomendación a la luz de las observaciones de los Estados y de los informes técnicos que hubiera podido recabar (art. 5). Desde una perspectiva estrictamente procedimental, al igual que ocurría en el ámbito del TLCAN, el arbitraje no se concibe exclusivamente como un mecanismo residual de cierre del sistema de arreglo, sino que, por el contrario, y en tanto no se establezca un sistema judicial autónomo en el seno del Mercosur, está llamado a constituir una importante pieza al servicio de un incipiente proceso de integración. Prueba de ello es la sentencia de 28 de abril de 1999 en la *controversia sobre Comunicados número 37 del 17 de diciembre de 1997 y número 7 de 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de medidas restrictivas al Comercio Recíproco*, que enfrentó a Argentina contra Brasil¹³.

c) La Conciliación y el arbitraje en el seno de la OSCE.

A propósito de la Convención de Estocolmo de 15 de diciembre de 1992

La apertura a la firma el 15 de diciembre de 1992 de la convención relativa a la conciliación y al arbitraje en el seno de la CSCE, marca el punto de llegada de un largo proceso negociador cuya gestación se inició ya en 1973 con efímeros éxitos intermedios como lo fue el informe de La Valeta de 1991. La juridificación del mecanismo de arreglo de controversias a partir de la iniciativa Suiza, se caracteriza por constituir un sistema de geometría variable que huyendo de la lentitud y solemnidad del procedimiento ante el TIJ, tenga en cuenta la especificidad europea¹⁴.

Junto con un mecanismo de conciliación obligatoria previsto en el artículo 20¹⁵, el tratado establece un sistema de arbitraje facultativo derivado bien de un acuerdo

¹³ La sentencia, en efecto, además de pronunciarse de manera concreta respecto de las restricciones impuestas por Brasil al Comercio de determinados productos argentinos, constituye una defensa institucional del debilitado proceso integrador que surge del Tratado de Asunción. La ralentización del mismo con el consiguiente incumplimiento de los plazos preestablecidos para el desmantelamiento arancelario, pieza clave en el pretendido proceso integrador, conduce al tribunal arbitral a forzar una interpretación expansiva de las normas del tratado constitutivo y del derecho derivado del mismo con el fin de justificar la ilicitud tanto de las restricciones arancelarias y no arancelarias que haya adoptado Brasil o que pudieran adoptarse en el futuro. Vid. el texto del laudo en www.mercosur.org.uy/español/snor/normativa/LAUDO.HTM. Similares argumentos son apreciables en el laudo de 27 de septiembre de 1999 (Argentina/Brasil) sobre subsidios a la exportación y producción de carne de cerdo. Los párrafos 53 a 57 determinan el derecho aplicable por el Tribunal arbitral *ad hoc*. Su lectura pone de relieve la voluntad de constituir, a través de decisiones jurisdiccionales arbitrales, un claro fundamento jurídico del proceso integrador deducido de la voluntad de los Estados Parte en Mercosur y plasmada en el Tratado de Asunción. En defecto de regulación concreta en materia de desarme arancelario, pieza clave de cualquier proceso integrador, el sistema arbitral tiende a erigirse en el órgano de salvaguardia del débil referente normativo en el que se basa Mercosur. Mediante interpretaciones teleológicas del Tratado Constitutivo y extrapolando conceptos y criterios establecidos por la OMC con carácter general, el órgano arbitral trata de establecer unas bases comunes que, al menos, impidan retrocesos en el incipiente camino hacia la integración. Vid. el presente laudo en www.mercosur.org.uy/español/snor/normativa/Laudoarbitral.htm.

¹⁴ Vid. en relación al conjunto del proceso de negociación que ha conducido a la adopción de la convención a SICILIANOS, L.-A., «Le mécanisme de règlement des différends au sein de la CSCE Approuvé à Stockholm», *AFDI*, 1993, pp. 901-918.

¹⁵ Vid. de manera especial respecto a los límites y objetivos de la conciliación obligatoria a LEBEN, Ch., «La mise en place de la Cour de Conciliation et d'arbitrage au sein de l'Osce», *RGDIP*, 1995, pp. 135-148.

ad hoc, bien de declaraciones unilaterales de aceptación de la competencia del tribunal arbitral que pueden verse acompañadas de reservas en una serie de materias tasadas. En este segundo caso, la demanda de sometimiento del litigio a arbitraje estará mediatizada por la necesidad de acudir previamente al procedimiento de conciliación tal y como se deduce del artículo 26.3, lo que no ocurre en relación al procedimiento iniciado por acuerdo entre las Partes. El mecanismo arbitral previsto en los artículos 26 a 32 se inspira en buena medida en el estatuto del TIJ aunque con variaciones especialmente en lo tocante a las posibles medidas provisionales y a la intervención de terceros ante la Corte. En efecto, el artículo 23.5 hace referencia a las medidas que pueden adoptarse, las cuales «deberían» ser tomadas por las Partes en la controversia, lo que puede considerarse como una afirmación de la obligatoriedad de las mismas. El artículo 29, por su parte, regula la hipótesis de una intervención de terceros en términos amplios, pues cabe tal posibilidad para cualquier Estado miembro de la CSCE, aun cuando no sea parte en la Convención con independencia del objeto de la controversia principal¹⁶.

En definitiva, la opción arbitral se abre paso una vez más como principal, y en este caso único, remedio jurisdiccional que puede actuar de manera combinada o independientemente de la conciliación.

2. El arbitraje como sistema alternativo al arreglo judicial de controversias

Si la negociación, mediación y conciliación actúan con frecuencia en una simbiosis perfecta con el procedimiento arbitral, en la medida en que su flexibilidad permite una adecuación del mecanismo jurisdiccional a las características propias de cada ámbito normativo, no es menos cierto que el arbitraje se inscribe igualmente con frecuencia en un catálogo de medios judiciales de solución, que lo convierten en una opción alternativa o preferencial frente al TIJ o a otros sistemas judiciales o cuasi-judiciales. Fijaremos nuestra atención en dos sectores del ordenamiento internacional con especial transcendencia por el grado de aceptación de sus normas y por la importancia cualitativa de sus previsiones como son el derecho del Mar y la regulación del comercio internacional, con especial referencia al sistema de arreglo de controversias en la OMC.

A) *El procedimiento arbitral en el convenio de 10 de diciembre de 1982 sobre Derecho del Mar*

La Parte XV de la Convención, en vigor desde el 16 de noviembre de 1994, incorpora un sistema de arreglo de controversias en defecto de previsión específica de las Partes en sentido distinto. El artículo 287 oferta un catálogo de instancias de solución de libre aceptación por las Partes en la convención: el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Tribunal Internacional de Justicia, Tribunal Arbitral General y Tribunal Arbitral Especial (sólo para determinadas categorías de litigios). En la práctica, la consecuencia lógica de semejante disponibilidad de medios es una enor-

¹⁶ Vid. respecto de los aspectos más relevantes de la regulación del arbitraje a CAFLISH; L., «Vers les mécanismes pan-européens de règlement pacifique des différends», *RGDIP*, 1993, pp. 26-29.

me disparidad de opciones de procedimientos, en ocasiones, excluyentes entre sí¹⁷. En este contexto, el artículo 287.5 del Tratado determina que «si las Partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, ésta sólo podrá ser sometida a procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII, a menos que las Partes convengan otra cosa». Por su parte, el párrafo 3 de este mismo artículo 287 establece la presunción en favor del arbitraje en el caso de que no exista declaración expresa optando por uno de los sistemas de arreglo.

A la luz de semejante previsión convencional, parece clara la opción por el mecanismo arbitral como preferente en tanto no se produzca una manifestación expresa que lo excluya o relegue a un segundo plano¹⁸. Conviene recordar en este sentido que, además del arbitraje general previsto en el Anejo VII, se dispone un procedimiento especializado en atención a diferentes materias en el Anejo VIII llevado a cabo por expertos designados por las Partes que, además de la función jurisdiccional, podrán realizar una función consultiva o de mero establecimiento de los hechos que han generado la controversia. Igualmente, actúa en favor de la vía arbitral el hecho de constituir ésta una opción procesal abierta en favor de las Organizaciones Internacionales. El Anexo IX, prevé la posibilidad de elección de medios de solución en favor de las organizaciones con expresa exclusión del TIJ. De esta suerte, en caso de que un Estado inmerso en el litigio haya elegido exclusivamente el Tribunal Internacional de Justicia como es el caso de Argelia, Noruega, Holanda, España, Suecia o Gran Bretaña, el recurso al arbitraje se perfila como único medio habilitado para canalizar la controversia en defecto de pacto en contrario.

Por otra parte, la Convención ha dotado al mecanismo arbitral de instrumentos procesales útiles de intervención rápida en combinación posible con otros órganos jurisdiccionales. Así, las medidas provisionales pueden solicitarse por cualquiera de las Partes en el arbitraje permitiendo salvarse la lentitud de los trámites inherentes a la puesta en marcha del proceso. El artículo 290.5 autoriza a las Partes en el proceso arbitral a someter, de mutuo acuerdo, la solicitud de medidas provisionales a cualquier Tribunal o, en defecto de acuerdo, al Tribunal Internacional de derecho del Mar. Una vez constituido el órgano arbitral, éste podrá modificar, revocar o confirmar tales medidas¹⁹.

¹⁷ Vid. el estado de la elección de procedimiento por los diversos Estados Parte en www.un.org/Depts/los/los_sdml.htm.

¹⁸ Vid. respecto al fortalecimiento del procedimiento arbitral en el contexto de la Parte XV de la Convención a OXMAN, B. H., «The rule of law and the United Nations Convention on the law of the Sea», *EJIL*, vol. 7, 1996, pp. 367-370. En el mismo sentido TREVES, T., «Recent Trends in the settlement...», *op. cit.*, pp. 409-411. Otros autores desde una perspectiva funcional de los diversos mecanismos establecidos prevén una opción procedimental en función del objeto de la controversia. Así Oda se inclina por atribuir al arbitraje un relevante papel en relación a las controversias en materia de delimitación fronteriza debido, esencialmente, a la mayor capacidad del órgano arbitral para adecuar la regla de derecho aplicable a las particulares circunstancias de cada caso. Vid. ODA, S., «Dispute settlement prospects in the law of the sea», *ICLQ*, vol. 44, 1995, pp. 869-871.

¹⁹ La por el momento escasa práctica de aplicación de la Parte XV del tratado nos ofrece un supuesto de recurso inicial al arbitraje previsto en el Anexo VII en el caso *M/V Saiga* que enfrentó a San Vicente y Granadinas con Guinea. El 22 de diciembre de 1997 el Gobierno de San Vicente y Granadinas formula una notificación al gobierno de Guinea instando un procedimiento arbitral de carácter general, proponiendo la adopción de un conjunto de medidas provisionales de acuerdo con el art. 290.5 del Tratado. El procedimiento no prosperó en su concepción arbitral en la medida en que ambas partes acordaron la transferencia del caso al Tribunal de Derecho del Mar mediante Canje de Notas de 20 de febrero de 1998. El 22 de fe-

B) *La solución de controversias en la OMC. El papel del arbitraje*

El Memorándum de acuerdo relativo a las reglas y procedimientos por las que se rige la solución de controversias establece un procedimiento integrado de arreglo basado tanto en una profundización del sistema clásico de conciliación internacional como en una paulatina judicialización institucionalizada en el seno de la nueva Organización²⁰. Como ha señalado R. Bermejo al valorar el Memorándum, la tendencia es clara en el sentido de articular un mecanismo obligatorio y específico en el ámbito de las diferencias comerciales que «limita la aplicabilidad de los principios generales de solución de diferencias del derecho internacional y el derecho de los Estados miembros a adoptar contramedidas en respuesta a violaciones continuadas de obligaciones internacionales»²¹. En efecto, agotada la negociación directa y los buenos oficios, una de las partes puede solicitar la constitución de un grupo especial compuesto por expertos independientes que, basándose en el derecho aplicable, emitirá un informe que será adoptado como definitivo por el Órgano de Solución de Controversias. Cabe un sistema de apelación cuya decisión posee de hecho autoridad de cosa juzgada en derecho del comercio internacional.

Junto a lo que ha dado en llamar conciliación reforzada o cuasi-judicial, el Memorándum de arreglo de controversias introduce un procedimiento nuevo en el seno de las relaciones comerciales internacionales: el arbitraje. El articulado del comentado Anejo 2 institucionaliza el procedimiento arbitral al que se le atribuye una posible doble función: bien como procedimiento autónomo de solución, bien como procedimiento subsidiario de la conciliación relacionado con la aplicación efectiva de las decisiones del Órgano de Solución de Controversias.

En tanto que procedimiento autónomo, se concibe como arbitraje rápido basado en una aceptación mutua del compromiso con posibilidad de intervención de otros miembros de la OMC, previo acuerdo de las Partes litigantes²². Como arbitraje en el ámbito de la ejecución de las recomendaciones tomadas en el seno del Órgano de Arreglo de Controversias, el arbitraje podrá intervenir bien respecto a la fijación de un plazo para el cumplimiento de las recomendaciones del grupo especial que de-

brero se notifica formalmente al Tribunal la sumisión de las Partes. La aplicación del párrafo 5 del artículo 290 ha tenido una manifestación reciente en la decisión de 27 de agosto de 1999 en el asunto *Southern Bluefin Tuna* (Nueva Zelanda c. Japón/Australia c. Japón). No habiéndose elegido con carácter previo al origen formal de la controversia un procedimiento de arreglo en virtud del artículo 287 del Convenio, el 15 de julio de 1999 se instituye un procedimiento arbitral en virtud del Capítulo VII. El 30 de julio Nueva Zelanda introduce una demanda de indicación de medidas provisionales ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar solicitando la adopción cautelar de limitaciones al ejercicio de la pesca de determinadas especies migratorias al considerar que Japón podría haber violado los artículos 64 y 116 a 119 de la Convención sobre Derecho del Mar bajo el argumento de la existencia de programas experimentales de pesca. La decisión del Tribunal, aceptando los argumentos de la parte demandante, establece, entre otras medidas, la fijación de un cupo de capturas máximo permisible para cada uno de los Estados litigantes. El texto íntegro de los casos registrados ante el Tribunal como números 3 y 4 puede consultarse en www.un.org/Depts/los/ITLOS/Order-tuna34.htm.

²⁰ No les falta razón a quienes ven en el sistema de conciliación cuasi-judicial instaurado en el seno de la OMC el origen de un derecho jurisprudencial del comercio internacional en vías de formación. *Vid.* el interesante estudio de CANAL-FORGUES, E., «Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)», *RGDIP*, 1994-3, pp. 689-707.

²¹ Cfr. BERMEJO, R., «La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1997*, Bilbao, 1998, p. 116.

²² Art. 25 del Memorándum de 15 de abril de 1994.

cide en primera instancia o del órgano de apelación²³, bien en relación a las controversias surgidas de las medidas compensatorias o de suspensión de concesiones impuestas al Estado incumplidor²⁴.

En la práctica, la intervención arbitral se ha centrado en los procedimientos de los artículos 21.3 y 22.6. Son de reseñar en este sentido, entre los asuntos terminados, las decisiones arbitrales dictadas en aplicación del artículo 22.6 relativas al *Régimen aplicable a la importación, a la venta y distribución de bananas* que enfrentó a las Comunidades Europeas con Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras y México²⁵; *asunto de las Medidas relativas a las carnes y productos cárnicos (hormonas)* entre las Comunidades Europeas frente a Estados Unidos y Canadá que versó igualmente sobre el nivel de suspensión demandado por estos dos últimos países derivado de la restricción comunitaria a la importación de productos cárnicos norteamericanos y canadienses²⁶ o, en fin, el asunto conocido como *Medidas relativas a la importación de salmones* iniciado por Canadá frente a Australia²⁷. Diferentes arbitrajes han sido llevados igualmente a cabo en el ámbito del citado artículo 21.3.c). Entre ellos mencionaremos a título de ejemplo el derivado de las demandas de las Comunidades Europeas y Estados Unidos contra Corea con ocasión de las *Tasas sobre bebidas alcohólicas*. Previa designación de un árbitro de mutuo acuerdo entre las Partes, el 4 de junio de 1999 fue dictada su decisión relativa al plazo otorgado a Corea para hacer efectiva la previa recomendación del Órgano de Arreglo de Controversias²⁸.

En el contexto de los casos reseñados, no deja de llamar la atención la relación existente entre el sistema cuasi-judicial de arreglo de controversias a partir de las recomendaciones del OSD, cuya función será declarar el derecho infringido, y la intervención del arbitraje en fase de ejecución dirimiendo las concretas modalidades compensatorias derivadas de la infracción, es decir, cuantificando la reparación efectiva a través de una transacción económica admisible por las partes en la controversia.

Podemos concluir afirmando con Canal-Forgues, que la creación de un sistema de arreglo como el descrito en la OMC pone de relieve una situación generalizada de efervescencia en el ámbito del arreglo pacífico de controversias, que es el resultado de la mundialización del orden jurídico internacional y, sin duda, de la internacionalización de la economía, lo que, en este caso, explica y facilita la mutación de los mecanismos clásicos de arreglo de controversias. El destino de esta transformación se orienta esencialmente hacia la búsqueda de una transacción entre las Partes. Con tal fin, los procedimientos de mediación, de conciliación e incluso de arbitraje aban-

²³ Art. 21.3.c) del Memorándum.

²⁴ Art. 22.6 del Memorándum.

²⁵ Registrado como WT/DS27. El resultado de la primera y principal decisión relativa al litigio entre las comunidades y los Estados Unidos fue comunicado a las Partes el 6 de abril de 1999. En este caso, los árbitros debieron resolver una disputa derivada de la pretensión norteamericana de imponer una suspensión de ventajas comerciales equivalente a la restricción de importación comunitaria a estos productos agrícolas, pretensión que fue considerada como inadecuada por las Comunidades. El órgano arbitral redujo, en efecto, el nivel de la suspensión propuesto por los Estados Unidos.

²⁶ Registrado como WT/DS62 (Estados Unidos) y WT/DS48 (Canadá). En esta ocasión el órgano arbitral redujo igualmente la pretensión inicial de los demandantes, especialmente el montante demandado por Canadá.

²⁷ Registrado como WT/DS18.

²⁸ Asuntos registrados como WT/DS75 y WT/DS84.

donan frecuentemente el corsé de su definición teórica para ayudar a conseguir prioritariamente una solución media aceptable para las Partes en el litigio²⁹.

III. CARACTERIZACIÓN DE ALGUNOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL ARBITRAJE A LA LUZ DE LA PRÁCTICA RECIENTE

1. Las Partes en el procedimiento arbitral Internacional

El procedimiento arbitral no es ajeno a la evolución del modelo de subjetividad internacional. Si partimos del hecho de que, como afirma el profesor Casanova i la Rosa, «de una comunidad basada en el paradigma de la uniformidad y simplicidad de los Estados se ha pasado a un nuevo paradigma regido por la asimetría y la complejidad»³⁰, es congruente pensar que los sistemas de arreglo de controversias, y en especial el sistema arbitral, por su intrínseca geometría variable y adaptable participan de las transformaciones estructurales del sistema.

Además de los Estados soberanos, las Organizaciones Internacionales tanto con personalidad oponible *erga omnes* como aquellas que posean subjetividad limitada únicamente respecto a los sujetos que expresamente la han reconocido, se sitúan en una posición de igualdad formal en el litigio arbitral frente a otros Estados u Organizaciones. El compromiso arbitral o el acuerdo o cláusula de arbitraje obligatorio podrán reconocer un *locus standi* procesal a las organizaciones, estatus negado, como es sabido, al menos con carácter general en el ámbito contencioso ante el Tribunal Internacional de Justicia.

Pero la posibilidad de participar activamente en el sistema de arreglo arbitral de controversias no termina en las Organizaciones Internacionales, sino que puede alcanzar a otras entidades no reconocidas como sujetos de pleno derecho a las que, sin embargo, se atribuye un estatuto internacional particular con transcendencia jurídica. En este orden de ideas, puede afirmarse que el arbitraje está desempeñando un importante papel en el actual contexto de multiplicación de jurisdicciones surgido, entre otros factores, de la necesidad de extender la competencia de los órganos jurisdiccionales internacionales en su composición y en su naturaleza a materias y partes que han permanecido excluidas de su ámbito de jurisdicción³¹.

A) Las Organizaciones Internacionales

La progresiva institucionalización de la sociedad Internacional conlleva la participación de una multiplicidad de sujetos derivados o secundarios en los procesos de creación y aplicación del derecho. Los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales y los acuerdos de Sede determinan su estatuto jurídico y, en muchos

²⁹ Vid. tales reflexiones en CANAL-FORGUES, E., «Le système de règlement des différends...», *op. cit.*, p. 701.

³⁰ Cfr. CASANOVAS I LA ROSA, O., «Unidad y Pluralismo en Derecho Internacional Público», *CIBDI*, 1998, vol. II, p. 158.

³¹ Vid. en relación a los motivos de la emergencia de una pluralidad de jurisdicciones en el actual sistema internacional de arreglo de controversias a TREVES, T., «Recent trends in the settlement of international disputes», *CIBDI*, 1997, vol. I, pp. 427-430.

casos, especifican los mecanismos de solución de controversias derivados tanto de su relación con los Estados que las crean como con terceros Estados en el ejercicio de sus competencias³². La práctica convencional evidencia una multiplicidad de posibles mecanismos de solución no jurisdiccional junto con una recurrente previsión al sistema arbitral en caso de implicación de una Organización en un litigio. Así, en los convenios multilaterales de codificación o desarrollo progresivo no puede dejar de mencionarse lo establecido en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales* abierta a la firma el 21 de marzo de 1986. El artículo 66 y el anexo sobre los procedimientos de arbitraje y de conciliación establecidos en virtud de dicho artículo reservan la vía jurisdiccional a las controversias surgidas de la alegación de una causa objetiva de nulidad originaria o sobrevenida del tratado. El cauce de la opinión consultiva ante el TIJ se revela como prioritario, aunque con las limitaciones derivadas del artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas. En caso de rechazo a la pretensión de opinión o ante la existencia de un acuerdo expreso entre las partes que obvie la vía consultiva, el procedimiento arbitral surge con fuerza como principal sistema de arreglo. Ello es así, hasta el punto de que, como ha subrayado la doctrina, puede afirmarse la tendencia hacia una auténtica institucionalización del procedimiento arbitral financiado por las Naciones Unidas y que goza de un soporte amplio de la Secretaría General³³.

Otros proyectos codificadores recientes incluyen igualmente el procedimiento arbitral entre los métodos de arreglo de controversias al servicio de las Organizaciones Internacionales. Tal es el caso, por ejemplo, de la *convención sobre el derecho de los cursos de agua para fines distintos de la navegación*, hecha en Nueva York el 21 de mayo de 1997³⁴. Su artículo 33 contempla el recurso al arbitraje como subsidiario de otros métodos no jurisdiccionales y alternativo al TIJ. En todo caso, de acuerdo con el artículo 3.10.b), el procedimiento arbitral será el único de carácter jurisdiccional que pueden utilizar las Organizaciones Internacionales, especialmente las de integración económica regional. Igualmente, el artículo 7 del *Anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 permite a las Organizaciones formular las mismas opciones de procedimiento establecidas a los Estados en virtud del artículo 287, con la excepción de la remisión al TIJ. En el caso de que en una controversia entre un Estado y una Organización respecto a la interpretación y aplicación de la Convención, el Estado únicamente haya aceptado la competencia del Tribunal Internacional de Justicia, como es el caso de España, «se considerará que la Organización y el Estado miembro de que se trate han aceptado el arbitraje tal y como se prevé en el Anexo VII, salvo que las Partes en la controversia convengan otra cosa»³⁵.

³² Vid. sobre la tipología más habitual de controversias en las que son parte organizaciones a SOBRINO HEREDIA, J. M., «Principales manifestaciones de la Personalidad Jurídica Internacional de las Organizaciones Internacionales», en la obra de DÍEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 71-73.

³³ Vid. una interesante reseña del procedimiento previsto en el Convenio de Viena de 1986, entre otros, en DECAUX, E., «Arbitrage entre sujets du Droit International: Etats et Organisations Internationales», *Juris-Classeurs de Droit International*, 1990, pp. 18-19.

³⁴ Aprobada por la Resolución 51/229 de la AG de 21 de mayo de 1997.

³⁵ Vid. el texto íntegro de la Convención en el BOE n.º 39, de 14 de febrero de 1997. El tratado entró en vigor para España el 14 de febrero de 1997. El citado Anexo IX opta claramente por el procedimiento ar-

Sirvan estas referencias como expresión elocuente del paulatino reconocimiento formal de la capacidad de litigar en sede jurisdiccional en favor de las Organizaciones a través del mecanismo arbitral, tendencia recogida por el Tribunal Permanente de Arbitraje en las *optional rules for arbitration involving international Organizations and States* de 1 de julio de 1996 construidas tomando como modelo las reglas arbitrales UNCITRAL adaptadas a la naturaleza de la controversia regida por el derecho Internacional Público³⁶.

La *jurisprudencia arbitral* nos ofrece algunos interesantes ejemplos en relación a la competencia de las Organizaciones en orden a instar procedimientos contenciosos de naturaleza arbitral, así como al estatuto de estos sujetos en el transcurso del proceso. La interpretación y aplicación de los acuerdos de sede constituye el ámbito en el que con mayor frecuencia surgen controversias resueltas mediante arbitraje. Y ello en la medida en que la mayor parte de las cláusulas compromisorias de arreglo de controversias establecidas en tales convenios prevén el sistema arbitral como eje central del procedimiento de solución³⁷. La naturaleza de las pugnas obedece, en muchas ocasiones, al intento del Estado de sede de someter a su control a la Organización y a sus funcionarios, especialmente en lo relativo a la aplicación de privilegios e inmunidades convencionalmente reconocidos.

En el *asunto del laboratorio Europeo de Biología Molecular c. República Federal de Alemania*, el Tribunal Arbitral constituido en virtud del acuerdo de sede de 10 de marzo de 1974 fue requerido para resolver una controversia relativa al alcance de los privilegios fiscales del Laboratorio y sus empleados³⁸. Alemania pretendía que, como principio, se reconociera una posición subordinada de la organización a la legislación y jurisdicción del Estado territorial, de suerte que el alcance efectivo de los privilegios e inmunidades reconocidos en el acuerdo de sede fuera determinado por referencia al texto del tratado constitutivo interpretado en función del derecho fiscal alemán. Consiguientemente, sólo en el caso de que los actos exentos de tributación tuvieran carácter de acto oficial de la organización estarían amparados por el tratado constitutivo y por el acuerdo de sede. Semejante tesis alemana conlleva reconocer una desigualdad material entre el Estado y la organización subor-

bitral en una aplicación simétrica a las Organizaciones del sistema general previsto para las controversias entre Estados. Se descarta de esta suerte la opción preferente en favor del Tribunal Internacional del Mar, a pesar de constituir una vía posible de acceso a la solución judicial del litigio.

³⁶ Vid. su texto en la obra editada el TPA titulada *Basic Documents, conventions, rules, model clauses and guidelines*, La Haya 1998, pp. 97-123.

³⁷ El propio acuerdo de sede de 26 de junio de 1947 entre los Estados Unidos de América y las Naciones Unidas prevé, en defecto de solución negociada, el recurso a un procedimiento ante un tribunal compuesto por tres árbitros [sección 21.a) del acuerdo]. En relación a España, conviene subrayar el hecho de que todos los convenios celebrados con Organizaciones Internacionales, con el fin de establecer de manera permanente los servicios centrales de tales organizaciones en nuestro país, incluyen cláusulas de sometimiento al arbitraje. Los acuerdos son los siguientes: Convenio de sede con la Comisión Internacional de Pesquerías del Atlántico Sudoriental, *BOE* de 26 de noviembre de 1974 (art. 26); Convenio entre España y la Organización Mundial del Turismo relativo al estatuto jurídico de dicha organización en España, *BOE* de 6 de julio de 1977 (art. 26); Convenio de Sede, privilegios e inmunidades entre el Gobierno Español y la Oficina de Educación Iberoamericana, *BOE* de 14 de noviembre de 1966 (art. 20); Convenio de Sede, privilegios e inmunidades entre el gobierno de España y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, *BOE* de 24 de febrero de 1972 (art. 20); Convenio de Sede entre el Estado Español y la Comisión Internacional para la conservación del atún atlántico, *BOE* de 17 de noviembre de 1971 (art. 26); Acuerdo de sede entre el reino de España y el consejo Oleícola Internacional, *BOE* de 12 de septiembre de 1989 y 7 de septiembre de 1991 (art. 18).

³⁸ Vid. el texto íntegro del laudo en el *International Law Reports*, vol. 105, pp. 1-74.

dinando la segunda al primero además de afirmar una subordinación formal en la medida en que no cabría una controversia *inter partes* regida por el derecho internacional, sino un litigio en el que la posición de una de las partes aparece condicionada por un marco normativo interno que le impediría hacer valer su condición de sujeto internacional de pleno derecho en orden a la interpretación y aplicación de una norma internacional. El tribunal falló en contra de la pretensión alemana al afirmar que «on the level of public international law the EMBL and the Federal Republic of Germany are in a position of formal equality». A partir de aquí, el estatus sustantivo de la organización deberá establecerse a partir de los instrumentos internacionales constitutivos y de sede interpretados de acuerdo con las reglas hermenéuticas propias del derecho de los tratados, únicas que pueden guiar la labor del órgano arbitral.

En definitiva, puede afirmarse que las Organizaciones Internacionales encuentran en el arbitraje el instrumento procedimental adecuado en orden a afirmar su capacidad como sujeto de derecho internacional en el momento de aplicar el derecho del que forma parte. Y ello tanto *ad extra* en su relación con terceros Estados ajenos a la organización, como *ad intra* entre sus miembros, excepción hecha de aquellas Organizaciones de integración en las que existe una institucionalización judicial en cuanto a la interpretación y aplicación de los tratados constitutivos y del derecho derivado.

B) *Las entidades infraestatales*

Como es notorio, el ordenamiento internacional no contempla, en cuanto a las técnicas de aplicación, un estatuto particular de entidades subestatales que les permita actuar en el ámbito del derecho de la responsabilidad o en el del arreglo pacífico de controversias.

Sin embargo, ejemplos de la práctica convencional en materia de arreglo de controversias, así como asuntos recientes de la práctica arbitral ponen de relieve una limitada y condicionada presencia en el orden jurisdiccional internacional de entidades subestatales. En tal sentido, conviene poner de relieve en primer término la curiosa previsión de un régimen característico de responsabilidad internacional y de arreglo de las controversias surgidas en el ámbito del convenio de la *Carta de la Energía*, importante pieza del régimen jurídico internacional del comercio e investigación en este campo³⁹. El artículo 23 del tratado señala las obligaciones de los Estados Partes en relación a autoridades subnacionales a las que se reconoce cierta especificidad en la medida en que prevé la existencia de situaciones en las que el incumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados tenga su origen en entidades subestatales respecto de las cuales se atribuye al Estado una función de supervisión y rectificación. La especial consideración de tales entidades se proyecta igualmente en el arreglo de controversias, pues el artículo 27 referido inicialmente de manera exclusiva a las controversias entre Estados resueltas mediante un órgano arbitral, contempla en su apartado 3.i) la puesta en marcha de un sistema específico contemplado en el Anexo P al tratado en el caso de que, en el curso de la elaboración del laudo, el Tribunal arbitral tenga constancia de que un gobierno o autoridad regional o local haya adoptado

³⁹ Hecha en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Cfr. su texto íntegro en el *ILM*, 1995-2, pp. 360-412.

medidas que contravengan las obligaciones contenidas en el tratado. En este caso, una nueva disputa nacerá de tales medidas reconociéndose al Estado perjudicado el derecho a exigir garantías de cumplimiento de las obligaciones convencionales frente al Estado del que formen parte las entidades subestatales infractoras o demandarle una compensación adecuada a los perjuicios sufridos. Caben igualmente medidas de reacción frente al ilícito de carácter equivalente si no se llegan a adoptar tales garantías o compensaciones en un plazo razonable. La valoración de las mismas en caso de estimarse excesivas, correrá a cargo del mismo tribunal arbitral llamado inicialmente a dirimir la controversia⁴⁰. Se reconoce, en definitiva, a las entidades subestatales un estatuto tutelado y supervisado por el Estado del que formen parte, aunque indirectamente sus actos pueden poseer una transcendencia jurídico-internacional al ser valorados autónomamente como causa directa de una controversia entre Estados resuelta, en todo caso, a través de un procedimiento arbitral.

Por otra parte, la práctica reciente demuestra la eficacia del procedimiento de arbitraje en situaciones conflictivas surgidas de litigios que han afectado a la propia estructura estatal y en las que la solución de controversias pretende determinar la delimitación y demarcación fronteriza entre entidades no soberanas que, sin embargo, reciben el reconocimiento de un concreto *locus standi* procesal.

El Acuerdo Marco General de Paz para Bosnia y Herzegovina, en vigor desde el 21 de noviembre de 1995, incorpora el sistema arbitral como el único capaz de constituirse en un elemento pacificador en el difícil equilibrio surgido tras la guerra. El artículo VI del tratado marco en relación al Anexo V denominado «acuerdo de arbitraje» determinan la creación de un sistema de arbitraje para resolver los conflictos internos en Bosnia⁴¹. Es interesante señalar, a la hora del establecimiento del acuerdo relativo al arreglo de controversias, que, como se recordará, las Partes en el tratado son las Repúblicas de Croacia, Bosnia y Herzegovina y la República Federativa de Yugoslavia. Los destinatarios de la obligación arbitral fueron la República Sprska y la Federación de Bosnia y Herzegovina que, según el artículo I apartado 3 de la Constitución de la República de Bosnia (Anejo 4), constituyen las dos entidades que conforman el Estado. Si es llamativo que terceros Estados ajenos a la República de Bosnia regulen la estructura interna del Estado, incluyendo los mecanismos de arreglo de controversias, más sorprendente si cabe es que las entidades negocien en pie de igualdad la materialización de un mecanismo arbitral de delimitación fronteriza entre ambas entidades como así ocurrió en la zona de Brcko. En efecto, el artículo V del Anexo 2 (que prevé el establecimiento de una línea de separación entre ambas entidades) determina la obligación para las partes (RFY y RS) de aceptar un arbitraje vinculante aplicando las reglas procesales de la CNUDMI. Esta previsión ha sido aplicada en la práctica mediante una sucesión de laudos de 14 de febrero de 1997, 15 de marzo de 1998 y 5 de marzo de 1999⁴². Como ha puesto de relieve J.-M. Sorel, las sentencias han tenido como objetivo regular las diferen-

⁴⁰ Vid. un estudio y valoración del régimen de responsabilidad y de arreglo de controversias establecido en la Carta de la Energía en WAELE, T. W. y WOUTERS, P. K., «State Responsibility in a liberalised world economy: "State privileged and subnational authorities" under the 1994 Energy Charter Treaty. An Analysis of Articles 22 and 23», *NYBIL*, vol. XXVII, 1996, en especial los apartados 3.2 y 3.6.2.

⁴¹ Vid. el texto del Acuerdo Marco General de Paz y los anexos en el *Doc S/1995/999* de 30 de noviembre de 1995.

⁴² El conjunto de la documentación referida al caso, incluyendo el acuerdo de sometimiento de la controversia a arbitraje así como el conjunto de los laudos, puede consultarse en www.ohr.int/docul/.

cias relativas al establecimiento de una línea de demarcación entre entidades partes del mismo Estado soberano, por lo que no puede hablarse de un arbitraje interestatal en el sentido clásico, sino del establecimiento de una demarcación interna que, sin embargo, en la práctica constituye una auténtica frontera⁴³.

Atendiendo a nuestro objeto de estudio y al margen de otras consideraciones relativas al derecho adjetivo y material aplicable al caso, podemos formular las siguientes observaciones a la luz del resultado final del litigio contenido en el asunto conocido como *Brcko arbitration. Arbitral tribunal for Dispute over Inter-Entities Boundary in Brcko area. Final award*. En primer término, los acuerdos de Dayton, ejemplo de mecanismo multilateral de solución de controversias territoriales en casos de desmembramiento de entidades estatales, contempla el recurso a un sistema arbitral previsto entre entidades cuasi-estatales con una amplísima capacidad de interrelación internacional. En segundo lugar, merece destacarse el hecho de que técnicamente esta posibilidad ha sido factible en la medida en que los citados acuerdos constituyen una *norma de cobertura* que habilita a las entidades subestatales a actuar procesalmente en una controversia cuyos resultados van a ser internacionalmente oponibles y para cuya solución van a ser aplicadas normas de derecho internacional público y la equidad. A la luz del resultado final contenido en el laudo, debe advertirse el doble plano en el que se inscribe este arbitraje donde de un lado se intenta preservar la unidad formal del Estado de Bosnia-Herzegovina frente al riesgo de implosión por parte de las entidades que lo componen y, de otro, se otorga carta de naturaleza internacional a entidades infraestatales a las que se reconoce expresamente capacidad para litigar ante instancias y procedimientos propios del ordenamiento internacional.

A nuestro juicio, el presente caso constituye una expresión de la importancia del procedimiento arbitral internacional como instrumento de arreglo moldeable y adaptable a cualquier situación de hecho o de derecho, lejos de la insuperable rigidez que impone un sistema judicial y de la extrema volatilidad de las soluciones propuestas mediante sistemas no jurisdiccionales de solución. Además de amparar en su seno a partes que, en principio, carecen de personalidad jurídica internacional, la solución arbitral permite una constante valoración y transacción de los intereses presentes en la causa de suerte que, aun partiendo de norma internacional aplicable como es el caso de los acuerdos de Dayton, la solución finalmente alcanzada introduce elementos políticos ajenos a la estricta solución de demarcación y delimitación territorial⁴⁴.

En esta dinámica de solución transaccional de crisis internacionales en las que emergen entidades de incierto perfil jurídico-internacional a las que es preciso reconocer un relativo *locus standi*, al menos de manera transitoria, se inscribe la actividad de la denominada Comisión de Arbitraje de la Unión Europea creada el 3 de

⁴³ Cfr. SOREL, J.-M., «L'arbitrage sur la zone de Brcko: tragi-comédie en trois actes et un épilogue à suivre», *AFDI*, 1997, pp. 253-270.

⁴⁴ Así, por ejemplo, el laudo final de 5 de marzo de 1999 valoró detenidamente los intereses de la República Srpska tendentes a obtener una garantía de la continuidad territorial entre las diferentes partes de la entidad; de la Federación empeñada en obtener la transferencia del municipio de Brcko y de la «comunidad internacional» cuyo principal interés a juicio de órgano arbitral no era otro que la consecución de un retorno de refugiados y desplazados. La conclusión adoptada por el tribunal afirmó que «the more equitable and wiser course, we believe, is to place such responsibilities in the hands of a new multi-ethnic democratic District government under international supervision». Cfr. el párrafo 56 del laudo.

septiembre de 1991. Son numerosas las dudas acerca de la naturaleza de este órgano y del carácter de sus decisiones en la medida en que, la creación del órgano fue una decisión ejecutiva de la CE y sus Estados miembros al margen de cualquier compromiso de sometimiento del litigio al arbitraje y de cualquier opción de designación de los miembros del órgano arbitral. Puede afirmarse, en este sentido, que la Comisión Badinter ha constituido un órgano jurisdiccional atípico dotado de competencia consultiva pero cuyas decisiones poseen una importantísima dimensión operativa⁴⁵.

En este contexto de singularidad del órgano, nos interesa destacar en este momento lo específico de las partes destinatarias de las opiniones de la Comisión. Como ha puesto de relieve Craven, la Comisión no ha arbitrado en controversias entre Estados, sino entre actores que al menos en el momento de la Constitución del órgano, carecían de la condición de Estado⁴⁶. Así se reconoce formalmente en el acto mismo de creación de la Comisión al referirse a las «autoridades relevantes» entre las que se aplicará el arbitraje⁴⁷.

De nuevo nos encontramos con el arbitraje como mecanismo absolutamente moldeable y adaptable a la naturaleza del conflicto y de los actores que intervienen en el mismo. Los elementos estructurales del arbitraje se han alterado en este caso hasta el punto de situarlo formalmente extramuros del sistema clásico de solución arbitral. Sin embargo, atendiendo al sometimiento de los destinatarios a las decisiones y a la eficacia probada al menos de parte de las mismas, no es posible negar a la Comisión Badinter un componente jurisdiccional con evidentes repercusiones para el estatuto internacional futuro de las partes en la controversia, sean Estados o entidades subestatales.

C) *Las personas físicas y jurídicas*

La emergencia del individuo en el orden jurídico internacional constituye un factor de desestabilización pero a la vez de progreso en la elaboración y aplicación de normas. Dos son esencialmente los ámbitos en los que esta presencia es especialmente destacable: las normas que garantizan el cumplimiento de los Derechos Humanos y del Derecho humanitario y las disposiciones reguladoras de las relaciones económicas internacionales. Es en este segundo ámbito en el que se plantea con insistencia la posibilidad de incorporar a entidades privadas al sistema internacional de solución de controversias en lo que Orrego y Pinto denominan «privatización de la Justicia internacional». Las razones esgrimidas son de tres tipos: en primer lugar, por la importancia de los individuos como actores primarios de la economía de mercado, lo que requiere un acceso directo y rápido a los sistemas de arreglo de controversias frente a otros actores sean o no de carácter estatal. En segundo término, porque la propiedad privada y los derechos individuales constituyen en la actualidad un elemento esencial del estado liberal democrático y conforman la

⁴⁵ Vid. una recopilación sistematizada de las opiniones de la Comisión Badinter en la obra de ORTEGA TEROL, J. M., *Textos y Documentos sobre los desmembramientos de la Unión Soviética y de Yugoslavia*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 71-113.

⁴⁶ Vid. el trabajo de CRAVEN, M. C. R., «The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia», *BYBIL*, pp. 333-413.

⁴⁷ Vid. la declaración conjunta de 28 de agosto de 1991 en la que se indica la necesidad de creación del órgano arbitral.

sociedad internacional. La defensa de los mismos es requerida en términos de igualdad con el Estado bajo reglas de derecho aplicables a ambos. Por último, porque la aplicación del derecho constituye el factor clave para un adecuado funcionamiento de la economía de mercado⁴⁸.

Tales consideraciones están presentes en múltiples ámbitos normativos internacionales especializados que habilitan fórmulas para dar entrada a individuos en los mecanismos de solución de controversias, de suerte que una instancia internacional, aplicando reglas de derecho internacional oponibles a los Estados, podrá conocer litigios cuyas partes sean entidades de naturaleza privada. Históricamente, semejante posibilidad no ha sido ajena al arbitraje internacional bajo la fórmula de los Tribunales Arbitrales Mixtos, establecidos tras el fin de la Primera Guerra Mundial por el propio Tratado de Versalles con el fin de asegurar, como apunta Decaux, el arreglo de situaciones particulares sobre la base de reglas establecidas por los Estados que instituyen el órgano de arreglo y fijan el derecho aplicable⁴⁹. Igualmente la Comisión Arbitral sobre bienes, derechos e intereses en Alemania surgida de la Convención sobre arreglo de cuestiones derivadas de la guerra y de la ocupación de 26 de mayo de 1952 entre los Estados aliados y la República Federal de Alemania, prevé un acceso directo de particulares al órgano arbitral. Puede considerarse como heredero de esta tradición el Tribunal de controversias Irán-Estados Unidos nacido de los acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981⁵⁰. Se trata de un órgano intergubernamental de carácter arbitral establecido mediante un Tratado celebrado entre Estados soberanos que deben nombrar a los árbitros. Como ha puesto de relieve Charney, este Tribunal implícitamente y en ocasiones de manera explícita utiliza la doctrina tradicional de las fuentes en derecho internacional particularmente tal y como es articulada por el Tribunal Internacional de Justicia⁵¹.

Dejando al margen instrumentos como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI) que, aunque con connotaciones de Derecho internacional público, resuelve litigios a través de reglas de Derecho internacional privado⁵², podemos advertir que sectores normativos tan importantes como

⁴⁸ Cfr. ORREGO VICUÑA, F., y PINTO, Ch., «Revised report prepared for the Centennial...», *op. cit.*, párrafos 11 y 101.

⁴⁹ Vid. DECAUX, E., «Arbitrage entre sujets du droit international: Etats et organisations Internationales», *Juris-Classeurs*, fasc. 245, parágrafo 61, p. 19.

⁵⁰ La naturaleza, estructura y jurisprudencia de este Tribunal ha merecido numerosos estudios entre los que destacaríamos el de KHAN, R., *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1990, así como la bibliografía citada en pp. 327-343.

⁵¹ Vid. CHARNEY, J., «Is International Law threatened by multiple international tribunals?», *R. des C.*, t. 271 (1998), pp. 192-197.

⁵² Ciertamente, como ha puesto de relieve VIVES CHILLIDA, el sistema arbitral del CIADI, presenta conexiones con el Derecho internacional en un doble aspecto. Por una parte, en cuanto al derecho aplicable el art. 42 del Convenio de Washington establece una función residual al derecho internacional como ordenamiento llamado a cubrir posibles lagunas dejadas por la inexistencia de norma interna aplicable, amén de constituir un marco de referencia genérico que evitaría contradicciones entre el derecho interno y el derecho internacional. Por otra parte, el sistema jurídico internacional general estará igualmente presente en cuanto al régimen de responsabilidad internacional que puede surgir del incumplimiento del laudo. No debe olvidarse en este sentido que la articulación de un sistema como el previsto por el CIADI tiene una relación directa con la protección diplomática en la medida en que recurrir al Centro implica una renuncia al ejercicio de la protección que quedará sin efecto en el supuesto de inejecución de la sentencia definitiva. Vid. un estudio en profundidad de la estructura, procedimiento y efectos de los laudos emitidos en este contexto en VIVES CHILLIDA, J. A., *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

el Derecho del Mar prevén igualmente la posibilidad de admitir, bien vía Tribunal Internacional del Mar, bien vía arbitraje general del Anejo VII, la posibilidad de litigar por los particulares. En concreto, el artículo 187 de la Convención dispone la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos para conocer las controversias entre la Autoridad y un posible contratista, empresa estatal o persona natural o jurídica que posea la nacionalidad de un Estado Parte o sea controlado por éste o por sus nacionales [art. 153.2.b)], en materia de interpretación y aplicación de contratos o planes de trabajo, actos u omisiones de una parte contratante que afecte a derechos o intereses de terceros, denegación de contratos, cuestiones jurídicas relacionadas con su negociación u otros aspectos relativos a la responsabilidad de la Autoridad. Por su parte, El artículo 13 del Anejo VII extiende el conjunto de las disposiciones establecidas en materia de solución arbitral *mutatis mutandi* a toda controversia en que intervengan entidades distintas a los Estados Partes.

Esta tendencia a abrir cauces a las personas físicas o jurídicas para participar en los procedimientos de arreglo es admitida por el Tribunal Permanente de Arbitraje al considerar que los Estados, las Organizaciones y las partes privadas pueden encontrar en la potenciación del arbitraje un medio adecuado para conseguir mayores dosis de justicia y efectividad en el arreglo de controversias. El TPA podrá desempeñar un importante papel en esta línea mediante la recomendada inclusión sistemática en tratados y contratos de cláusulas que prevean su designación como institución de solución de controversias⁵³.

Aun cuando pueda constatarse una tendencia en favor de los particulares en tanto que partes en el procedimiento arbitral, lo cierto es que su progresión es lenta en la medida en que la soberanía estatal sigue constituyendo un límite —que en el ámbito de las relaciones económicas internacionales es ya difícil de mantener— para la aceptación formal de una legitimación para litigar en pie de igualdad con el Estado. Así lo demuestra, por ejemplo, el procedimiento arbitral previsto en MERCOSUR en favor de reclamaciones privadas. El Protocolo de Brasilia en su capítulo V y las disposiciones concordantes del Protocolo de Ouro Preto reconocen a las personas físicas o jurídicas legitimidad para formular reclamaciones con motivo de la aplicación por los Estados Parte de medias legales o administrativas de efecto restrictivo discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo de Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común, incluidas las directivas de la Comisión de Comercio del Mercado Común. Sin embargo, en su puesta en práctica el sistema está fuertemente mediatizado por los Estados, hasta el punto de llevar a autores como Rey Caro a afirmar que «los procedimientos pergeñados otorgan a los particulares un protagonismo muy limitado, quedando en manos de alguno de los órganos de Mercosur y de los Estados Parte en el Protocolo, las instancias más decisivas. Se ha reconocido a los particulares sólo un derecho de iniciativa»⁵⁴. En el ámbito de la

⁵³ Vid. en este sentido el documento titulado *Initial comments of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration on the Report «The Peaceful settlement of disputes: prospects for the Twenty-First century»*, parágrafos 9-10. El texto puede consultarse en www.minbuza.nl/english/conference/c_peace_docs.html.

⁵⁴ Cfr. estas afirmaciones y una descripción general del sistema de solución de controversias en el trabajo de REY CARO, E. J., «Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el Mercosur. Antecedentes, realidad y perspectivas». En la obra colectiva PUEYO LOSA, J., y REY CARO, E. J. (coords.), *Mercosur: nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Usal, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pp. 95-146. El pasaje transcrito en pp. 132-133.

OMC tampoco existe, por el momento, un mecanismo de acceso directo de particulares al procedimiento de arreglo previsto en el Memorándum.

En suma, puede afirmarse una incipiente línea de articulación de mecanismos de acceso de los particulares, personas físicas o jurídicas, a los mecanismos de arreglo de controversias, pero siempre bajo la tutela de los Estados que instauran tales sistemas y a través de instancias preferentes, aunque no únicamente, arbitrales. Por el momento no pasan de ser epifenómenos en el conjunto de los mecanismos de carácter público creados y regidos por el Derecho internacional público.

2. Las reglas procesales arbitrales con especial referencia a los incidentes de procedimiento

Las Partes, de mutuo acuerdo, y el Tribunal Arbitral una vez constituido deberán fijar las pautas procesales de actuación especialmente en lo tocante a las fases en las que se articula el procedimiento, la cantidad y calidad de las piezas procesales y los plazos máximos para la presentación y sustanciación de cada una de ellas.

La consecuencia más evidente de tal afirmación es la existencia de una multiplicidad de opciones procedimentales. Al abordar las reglas esenciales por las que se debe regir el arbitraje conviene abordar de manera especial aquellos aspectos menos nítidos en la regulación convencional y que, sin embargo, presentan una importancia capital en la práctica. En este sentido, centraremos nuestra atención en los denominados incidentes de procedimientos, especialmente en las excepciones de incompetencia, la intervención de terceros y las medidas provisionales. La mayor parte de los acuerdos y compromisos arbitrales carecen de previsiones respecto de tales extremos, carencias que las reglas generales contenidas en los convenios de arbitraje no subsanan en la medida en que, como apunta el profesor Torres Bernárdez, tales normas no constituyen un código completo de procedimiento arbitral sino que enuncian reglas generales que deberán adecuarse al caso concreto⁵⁵. Con carácter general los compromisos, acuerdos extremadamente simples, únicamente regulan la composición del órgano y el procedimiento de designación de los árbitros, las fases en las que articula el procedimiento, el derecho material aplicable en términos sumamente genéricos así como plazos y requisitos de emisión del laudo. Raramente pueden observarse previsiones acerca de la competencia del tribunal arbitral y del procedimiento de tramitación de episodios que pueden afectar tanto competencia misma del órgano jurisdiccional como a los derechos y deberes de las partes y de terceros ajenos inicialmente al proceso principal. En definitiva, aspectos que tienen mucho que ver con la eficacia del procedimiento arbitral en su conjunto y que son esenciales en orden a la agilidad y credibilidad del sistema.

A) Competencia del Tribunal

La competencia de los Tribunales arbitrales para pronunciarse prejudicialmente respecto de cuestiones relativas a la competencia para conocer un asunto sometido a

⁵⁵ Vid. TORRES BERNÁRDEZ, S., «L'arbitrage interétatique (Avec de références particulières à la Convention européenne pour le règlement des différends du 29 avril 1957)». En la obra *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: perspectives d'avenir*, Nijhoff Dordrecht/Boston/London, 1991, p. 250.

su jurisdicción ha sido claramente establecida por la jurisprudencia arbitral. Son numerosas las ocasiones en las que han existido pronunciamientos claros y expresos en este sentido. Destacaremos entre ellas las vertidas por el Tribunal arbitral Franco-Chileno en la sentencia de 20 de octubre de 1900 en el *asunto del Guano*⁵⁶. Frente a la pretensión peruana de negar la competencia del tribunal para pronunciarse respecto de la admisibilidad de una demanda de reconocimiento de una deuda, éste afirmó «Qu'il est d'ailleurs évident que sil'on déniait aut tribunal la faculté de statuer sur sa compétence, toute perspective d'aboutir à un jugement sur le fon deviendrait illusoire...». En la misma línea llegó a afirmar «Qu'il est au contraire de principe que les Tribunaux sont compétentes pour connaître des questions préjudicielles dont la solution doit influer sur la sort des litiges dont ils sont régulièrement saisis; qu'on n'aperçoit pas de raison pour admettre que ce principe ne s'impose pas aux Tribunaux Arbitraux internationaux, comme aux Tribunaux ordinaires»⁵⁷. En todo caso, el límite de la capacidad del órgano arbitral vendrá dado por el texto del compromiso que marca los límites de su actuación y que, en materia de competencia, deberá ser interpretado estrictamente⁵⁸. La extralimitación de su función por referencia al acuerdo que marca los límites competenciales del Tribunal Arbitral le hará incurrir en un intolerable exceso de poder, pues como señaló la jurisprudencia arbitral en el *asunto de la doble nacionalidad (Italia/Reino Unido)* sentenciado el 8 de mayo de 1954 por la Comisión de Conciliación anglo-italiana, en tal caso se estarían creando reglas de derecho, al margen de la función jurisdiccional e invadiendo un ámbito legislativo ajeno por completo a la finalidad para la que fue creado el órgano arbitral⁵⁹.

B) *La intervención de terceros en el proceso arbitral*

Como apuntara S. Torres, arbitraje e intervención, constituyen conceptos escasamente compatibles entre sí. En efecto, el sistema arbitral llamado consensualmente a dirimir una concreta controversia se compadece mal con la participación de terceros ajenos a la causa. Aunque el incidente de intervención haya sido previsto en diferentes convenciones generales sobre arreglo de controversias, su materialización en el seno de un arbitraje dependerá, como principio, de su admisión expresa en el marco del compromiso bilateral.

La práctica arbitral ofrece pocos ejemplos de intervención. Son reseñables principalmente los asuntos surgidos en el ámbito de las Comisiones Arbitrales, cuya finalidad ha sido resolver controversias derivadas de lesiones a derechos y bienes de nacionales de una de las partes en el curso de un conflicto bilateral o multilateral. La escasa jurisprudencia existente sí apunta los elementos que delimitan la capacidad de intervención y los posibles efectos de la misma.

⁵⁶ Vid. el asunto en el RSA, vol. XV, pp. 99 ss.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 100-101.

⁵⁸ La interpretación estricta de las reglas de competencia exige, como ha afirmado la jurisprudencia, el rechazo de la utilización de criterios hermenéuticos tales como la analogía o la interpretación extensiva. Vid. en tal sentido la sentencia de 24 de julio de 1967 dictada por la Comisión arbitral sobre bienes derechos e intereses en Alemania en el *asunto Internationaal Administratie Kantoor NV c. República Federal de Alemania*. Vid. su texto en cuanto a la competencia del Tribunal en COUSSIRAT-COUSTÈRE y EISEMAN, «Répertoire de la Jurisprudence arbitrale...», *op. cit.*, t. III, vol. III, n.º 3.719, p. 1420.

⁵⁹ Vid. el texto del laudo en el RSA, vol. XIV, pp. 28-36.

En primer lugar, el procedimiento de intervención no puede pretender la introducción de nuevas demandas diferentes de la demanda principal tal y como fue expresamente afirmado por la Comisión Arbitral sobre bienes, derechos e intereses en Alemania en el *asunto Reino de Grecia c. República Federal de Alemania* (n.º 19) sentenciado el 16 de mayo de 1958. En segundo término, y de la mano del mismo órgano arbitral en el *asunto Greek Powder & Cartridge Co. c. República Federal de Alemania* (n.º 7), puede afirmarse con rotundidad la necesidad de la existencia de un interés legítimo que pudiera ser afectado por la decisión en el litigio principal⁶⁰. De esta suerte se está reconociendo como aplicable al proceso arbitral una doctrina que posteriormente fue confirmada por el TIJ al aplicar el artículo 62 de su Estatuto en el sentido de rechazar las denominadas intervenciones impropias que pretenderían amparar el reconocimiento de nuevos derechos en favor del interviniente, lo que constituiría un nuevo procedimiento diferente del inicialmente planteado⁶¹.

En relación al necesario vínculo de jurisdicción entre las Partes en la controversia y el sujeto interviniente, es claro que la propia estructura arbitral determina la exigencia del reconocimiento expreso del derecho a intervenir bien en el texto del compromiso, bien en el acuerdo de arbitraje obligatorio que vincule a las partes. La duda en este sentido radica en determinar la existencia de un derecho de intervención y la consiguiente competencia del órgano para resolver el incidente en el caso en que no exista una expresa previsión convencional al respecto. A nuestro juicio, para poder afirmar la capacidad del órgano arbitral en orden a dirimir el incidente de intervención será necesario, al menos, una habilitación para resolver aquellos aspectos que no hayan sido expresamente regulados en el texto del compromiso de arbitraje. Numerosos acuerdos prevén semejante capacidad del tribunal arbitral por delegación de las partes. Podemos señalar, por citar un ejemplo claro de la práctica, la previsión contenida en el compromiso de 23 de octubre de 1985 previo al *asunto relativo a la pesca en el interior del Golfo de San Lorenzo* entre Francia y Canadá. El artículo 5 determina que en los aspectos no regulados directamente por el acuerdo o por los artículos 67 a 78 de la Convención de 1907 en tanto que regla supletoria incorporada por referencia al texto del compromiso, «le Tribunal décidera de sa propre procédure et de toutes les questions relatives à la conduite de l'arbitrage»⁶². Esta remisión bastará para considerar competente al Tribunal en orden a apreciar tanto la legitimidad del interés para intervenir y, por ende, para pronunciarse respecto a su competencia para solventar el incidente.

La jurisprudencia arbitral reciente ofrece algún supuesto de intervención referida a cuestiones de índole económica resueltas ante un tribunal arbitral cuya función no es otra que interpretar y aplicar un tratado multilateral. El TLCAN ofrece en este sentido un magnífico ejemplo de regulación de la intervención de terceros bajo dos

⁶⁰ Vid. la reseña de ambos asuntos en lo que se refiere a la intervención en la obra de COUSSIRAT-FOUSTÈRE y EISEMANN, *Répertoire de la Jurisprudence arbitrale Internationale*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, n.º 3.808 y n.º 3.809.

⁶¹ Vid. el excelente estudio relativo a la intervención ante el TIJ al hilo de la intervención de Nicaragua en la controversia fronteriza terrestre insular y marítima entre Honduras y El Salvador de RIQUELME CORTADO, R., *La intervención de terceros Estados en el proceso internacional*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁶² Cfr. su texto en el RSA, vol. XIX, p. 227. En parecidos términos se pronuncian la mayor parte de los compromisos, respecto de cuestiones de fondo o de procedimiento con especial referencia a la competencia del tribunal en el caso de que no existe una expresa previsión convencional. Vid. el art. 4 del compromiso de 12 de marzo de 1985 arbitral entre Guinea-Bisau y Senegal en el que expresamente se señala la necesidad de mayoría de los árbitros para resolver aspectos no regulados por las Partes. Su texto en el RSA, vol. XX, p. 123.

posibles modalidades: una, al amparo del artículo 2.008.3 referido al caso de que «una tercera parte que tiene un interés sustancial en el asunto». En tal caso, «tendrá derecho a participar como parte reclamante mediante la expresión formal de su intención de intervenir al secretariado y a las Partes contendientes». La otra fórmula abierta a terceros es la prevista en el artículo 2.013, que hace referencia a la mera participación de la «parte que no sea contendiente y que, sin embargo, alegue un interés en la causa». En este caso, el tercer Estado tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las partes contendientes.

Hasta la fecha, de los dos laudos emitidos en el marco del capítulo XX (arreglo de controversias) del TLCAN, uno ha planteado un ejemplo de intervención ex artículo 2.013 por parte de México en el denominado caso de los *aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agropecuarios originarios de los Estados Unidos* de 20 de diciembre de 1996⁶³. Aun reconociendo este país que no tiene un «interés comercial específico en la disputa», su interés radica en participar en el debate jurídico abierto con ocasión de la controversia, especialmente en lo tocante a la interacción entre las reglas de intercambio comercial establecidas en el seno del propio tratado de Libre Comercio y los acuerdos elaborados en el seno del GATT⁶⁴.

C) Medidas provisionales en el proceso arbitral

La práctica convencional en materia de arbitraje pone claramente de relieve un reconocimiento amplio de la capacidad de los tribunales arbitrales para establecer medidas cautelares. Así, el artículo 33 del Acta General de arbitraje revisada en 1949, el artículo 31 de la Convención Europea de 1957, el artículo 26 de la Convención de Estocolmo de 15 de diciembre de 1992 o, sectorialmente, el artículo 290 del Convenio de las Naciones Unidas sobre derecho del mar de 10 de diciembre de 1982.

A diferencia de los incidentes de intervención en los que debe existir una habilitación concreta o genérica para afirmar la competencia del órgano arbitral, en el caso de las medidas cautelares la jurisdicción incidental es inherente a la propia función del Tribunal, al igual que el resto de tribunales internacionales⁶⁵. Se trata de una consecuencia lógica de la obligación que compete a las partes en cualquier litigio de abstenerse de realizar actos que pudieran agravar la controversia entre las Partes o provocar de hecho la imposibilidad futura de hacer frente a las obligaciones internacionales que pudieran derivarse del laudo⁶⁶.

⁶³ Expediente del Secretariado n.º CDA-95-2008-01.

⁶⁴ Vid. los párrafos 108 a 112 del laudo.

⁶⁵ Vid. en relación a la competencia inherente para la adopción de medidas cautelares los asuntos *Behring International inc c. Islamic Republic Iranian Air Force et al.*, de 21 de junio de 1985 y *United Technologies International inc. c. The Islamic Republic of Iran et al.* de 10 de diciembre de 1986. Ambos asuntos fueron resueltos por la sala tercera del tribunal iraní-americano de reclamaciones. En lo referente a las medidas provisionales, las afirmaciones del Tribunal en ambos casos puede consultarse en COUSSIRAT-FOUSTÈRE, V., y EISEMAN, P., *Répertoire de la Jurisprudence arbitrale internationale*, Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, n.º 3.874 y 3.875 en t. III, vol. III, pp. 1630-1635.

⁶⁶ Vid., por ejemplo, lo afirmado por la sentencia de la Comisión de Conciliación franco-italiana actuando en tanto que colegio arbitral, creada mediante canje de notas de 2 de febrero de 1951, en el asunto *Patrimonio Giuseppe Canino* (Francia/Italia) de 3 de octubre de 1960. RSA, vol. XIII, pp. 448-452.

La jurisprudencia arbitral, por su parte, revela la existencia de algunos supuestos de este tipo de medidas referidas a controversias de orden económico y nunca en litigios que afecten a disputas políticas o reclamaciones territoriales. Y ello, porque en este último tipo de conflictos la intervención arbitral en todo caso tendrá por objeto el conseguir una solución definitiva a partir de una negociación orientada hacia el arbitraje que parte de un *status quo* político o territorial estable entre las Partes, aunque susceptible de ser alterado por el laudo entendido como apostilla jurisdiccional de un inconcluso proceso negociador previo⁶⁷. Ello no significa en modo alguno que las Partes no puedan libremente pactar en este tipo de litigios la posible adopción de medidas cautelares⁶⁸, o que, como hemos señalado, en defecto de pacto, pueda afirmarse la existencia de poderes implícitos.

La determinación y cuantificación de la reparación subsiguiente a la comisión de un ilícito es el ámbito en el que han intervenido habitualmente las medidas provisionales. Y ello en la medida en que a través de tal iniciativa puede evitarse la adopción de contramedidas. Así lo señaló muy claramente el Tribunal Arbitral en el *asunto relativo al acuerdo concerniente a los servicios aéreos del 27 de marzo de 1946 entre los Estados Unidos de América y Francia* (sentencia de 9 de diciembre de 1978)⁶⁹.

Además de en conflictos de responsabilidad surgidos de la interpretación o aplicación de tratados bilaterales, las controversias arbitrales en las que se aprecia la adopción de medidas cautelares han surgido bien subsiguientemente a la conclusión de un conflicto armado, bien como consecuencia a una situación de crisis internacional⁷⁰. En este ámbito, y en particular en relación a la jurisprudencia del Tribunal de reclamaciones entre Irán y Estados Unidos, es donde mejor se aprecian las características de las medidas provisionales en el arbitraje internacional, deudoras en gran medida de la doctrina del TIJ.

Como es notorio, las decisiones provisionales *pendente litis* constituyen un medio para evitar un perjuicio irreparable para con los derechos o bienes sometidos

⁶⁷ En este sentido, es revelador el texto de diferentes compromisos de arbitraje en controversias territoriales excluyendo de manera expresa o tácita cualquier medida cautelar. Así en el acuerdo de 11 de septiembre de 1986 entre Egipto e Israel para demarcar la frontera en la zona de Taba se excluyó de manera expresa en su artículo XI la competencia del Tribunal para decretar medidas cautelares. El *status quo* territorial entre ambos Estados se estableció en el acuerdo bilateral de paz de 26 de marzo de 1979, al que siguió un acuerdo de 25 de abril de 1982 relativo al proceso de demarcación en el que expresamente se preveía un procedimiento llamado a resolver las cuestiones técnicas relativas a la frontera internacional entre ambos Estados. *Vid.* el texto del compromiso y de los aspectos más relevantes del acuerdo de 1982 en el RSA, vol. XX, pp. 8-13.

⁶⁸ *Vid.* en este sentido el art. 11-2 del compromiso arbitral de 12 de marzo de 1985 previo al *asunto de la delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal*. Su texto en el RSA, vol. XX, p. 124.

⁶⁹ De acuerdo con el párrafo 96 del laudo: «The power of a tribunal to decide on interim measures of protection, regardless of whether this power is expressly mentioned or implied in its statute, leads to the disappearance of the power to initiate counter-measures to the extent that the tribunal so provides as an interim measure of protection». Cfr. el texto en el RSA, vol. XVIII, pp. 445-446.

⁷⁰ Históricamente, la reparación de daños ocasionados a Estados o a nacionales ha sido una práctica habitual ya desde las denominadas comisiones mixtas de arbitraje especialmente en el siglo XIX y primer tercio del siglo XX. Constituían estos órganos una forma de ejercer la protección diplomática en la que los particulares reclamantes eran formalmente ajenos al procedimiento. Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial florecen los Tribunales Arbitrales Mixtos derivados del Tratado de Versalles y que actuarían hasta 1930. Tras la Segunda Guerra Mundial, la técnica se repite bajo la fórmula de Comisiones de Conciliación o de Comisiones Arbitrales como la surgida del acuerdo entre los Estados aliados y la República Federal de Alemania de 26 de mayo de 1952. Lo significativo de esta última comisión es el acceso directo a la comisión por parte de particulares, aun constatando el carácter jurisdiccional internacional del órgano arbitral.

dos a controversia jurisdiccional⁷¹. Siendo éste el objeto esencial de las medidas, las causas que pueden desencadenarlas son múltiples en función de los bienes o derechos a proteger. En este sentido, diferentes decisiones arbitrales han planteado la cuestión de los posibles perjuicios para el resultado final del litigio derivados de la existencia de decisiones judiciales adoptadas en el orden interno de una de las Partes o en el seno de otro órgano judicial internacional. Así, en el *asunto E-System Inc c. The Islamic Republic of Iran* de 4 de febrero de 1983 resuelto ante el plenario del tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos, se plantea el conflicto entre posibles procedimientos que pudieran abocar a decisiones contradictorias indicando como criterio general que «...under both international and domestic law an arbitration award takes precedence over decisions by national courts and that an agreement between the parties to refer a dispute to arbitration requires the parties not to submit the same dispute to domestic courts». Esta obligación de evitar la duplicidad de instancias conlleva que, caso de plantearse la confrontación entre decisiones adoptadas por un juez nacional y un laudo «which was established by inter-governmental agreement will prevail over any decisions inconsistent with it rendered by Iranian or United State Courts». En el presente asunto, el Tribunal arbitral adoptó, como medida provisional, la obligación dirigida al Gobierno iraní de suspender las actuaciones judiciales ante los tribunales internos hasta tanto fuera sustanciada la reclamación objeto de litigio ante el Tribunal Internacional⁷². En esta misma línea de preservación a través de medidas cautelares de la independencia y primacía de los laudos internacionales se sitúa lo afirmado por este mismo tribunal irano-americano en el *asunto Bendone-Derossi International c. The Government of the Islamic Republic of Iran* de 7 de junio de 1984. La existencia de una sentencia arbitral previa sobre la misma reclamación por la Cámara de Comercio Internacional fue argüida por una de las partes con el fin de demandar al Tribunal la adopción de medidas encaminadas a hacer posible y garantizar la ejecución del laudo preexistente dictado por la ICC. La pretensión fue rechazada en los siguientes y elocuentes términos: «This Tribunal is not a national court; it has a specific international character. It is not a manifestation of any one national public authority, and it cannot invest such other awards with any validity or status under any system of national law that those awards do not already possess⁷³».

En cuanto a la eficacia en la protección de bienes o derechos mediante las correspondientes medidas provisionales, merece destacarse la preservación de los mismos incluso a través de la posibilidad de su transferencia. En el *asunto McCo-*

⁷¹ En relación a los derechos protegidos, ya afirmó el TIJ en 1951 que el objeto de las medidas provisionales puede ser preservar los respectivos derechos de las partes hasta tanto se produzca la decisión del Tribunal. Vid. en este sentido el *asunto Anglo-Iraní Oil Co.* (Gran Bretaña c. Irán), CII, *Recueil*, 1951. La jurisprudencia arbitral ha matizado esta afirmación al circunscribir el alcance de los derechos susceptibles de ser protegidos a los derechos que las partes efectivamente posean en el transcurso del procedimiento con exclusión de «eventuales derechos futuros» que pudieran derivarse de la causa. Vid. respecto de las expectativas de derechos en tanto que objeto de medidas cautelares el laudo de 30 de noviembre de 1958 dictado por la Comisión arbitral sobre bienes derechos e intereses en Alemania (convención de 26 de mayo de 1952) en el *asunto Eric M. Hermann c. República Federal de Alemania*. Reseña y selección de textos en COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISSEMAN, P., «Répertoire...», *op. cit.*, n.º 3.867, p. 1626.

⁷² Cfr. los pasajes transcritos en la obra de COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISEMAN, P., «Répertoire de la Jurisprudence...», *op. cit.*, n.º 3.871, t. III, vol. III, pp. 1627-1628.

⁷³ Cfr. la citada afirmación de la sala I del Tribunal en COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISSEMAN, P., «Répertoire de la Jurisprudence...», *op. cit.*, n.º 3.873, pp. 1629-1630.

llough & Company, Inc c. Ministry of Post, Telegraph and Telephone et al., el Tribunal arbitral Irán-Estados Unidos, partiendo de la premisa bien establecida en Derecho internacional público del derecho y la obligación de los órganos jurisdiccionales de conservar los respectivos derechos de las Partes y asegurar que la autoridad y jurisdicción del tribunal será absolutamente efectiva, «determines that the conservation of both, the goods and the rights of the Parties requires that the Respondent's property be transferred to an alternative location». Corresponderá al Tribunal valorar la adopción de semejante medida atendiendo a los dos criterios básicos bien establecidos en la jurisprudencia internacional: la posibilidad de un perjuicio irreparable a los bienes o derechos de las Partes y a la necesidad de evitar la agravación o extensión de la controversia ⁷⁴.

3. La aplicación flexible del derecho material establecido en el compromiso arbitral. Especial referencia a las sentencias de 9 de octubre de 1998 y 17 de diciembre de 1999 en el arbitraje entre Eritrea y Yemen

Uno de los aspectos esenciales del compromiso arbitral es la libre elección del derecho aplicable a la controversia. Como ha señalado la doctrina, «El órgano arbitral ha de atenerse al acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable, pudiendo aquéllas acotar, jerarquizar y fijar en el tiempo las normas y principios sobre los que ha de fundarse la sentencia. Por lo mismo también pueden las Partes facultar al órgano arbitral para dictar una decisión *ex aequo et bono*» ⁷⁵.

Podemos señalar, en este sentido, la existencia de criterios procesales comúnmente aplicables y que determinan el margen de maniobra de los árbitros y, por ende, la posible extralimitación o incorrecta aplicación de las reglas sustantivas llamadas a regir el arreglo de la controversia.

La principal cuestión viene dada por la posible aplicación de la equidad en los procedimientos arbitrales, especialmente en el caso de que el compromiso no prevea disposición alguna respecto de la regla de derecho aplicable. La práctica enseña que en el arreglo arbitral la capacidad de actuación del órgano viene determinada por el imperio del derecho internacional aun en caso de silencio del compromiso, salvo acuerdo expreso en contrario que prevea la incorporación como criterio decisorio de la equidad autónoma, variable y de naturaleza subjetiva directamente generadora de la solución a la controversia. En términos generales, la práctica arbitral afirma en este sentido que «à défaut de clauses particulières déterminant, dans le compromis, le droit pouvant servir de base à la décision de l'arbitre... cet arbitre est tenu de se borner au rôle de juge et de statuer sur la base du respect du droit...» ⁷⁶. En relación de manera específica a la equidad en el litigio, si tomamos como ejemplo el *asunto relativo a la frontera occidental Indo-Pakistani (Rann de Kutch)*, podemos concluir con la exclusión clara de la posibilidad de juzgar el caso de acuerdo a la equidad entendida como *ex aequo et bono*. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal arbitral en su decisión de 23 de febrero de 1966.

⁷⁴ Cfr. los pasajes transcritos de la sentencia en la obra de COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISSEMAN, P., «Répertoire...», *op. cit.*, n.º 3.874, pp. 1630-1634.

⁷⁵ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 859.

⁷⁶ Cfr. este texto en el *asunto Diverted Cargoes* (Grecia/Gran Bretaña, sentencia de 10 de junio de 1955), *RSA*, vol. XII, p. 69.

[...] An international tribunal will have the wider power to adjudicate a case *ex aequo et bono* and thus to go outside the bounds of law, only if such power has been conferred on it by mutual agreement between the Parties.

The Tribunal cannot find that the agreement of 30 June 1965 does authorize it clearly and beyond doubt to adjudicate *ex aequo et bono*.

Therefore, and as the Parties have not by any subsequent agreement consented to confer the power upon the Tribunal to adjudicate *ex aequo et bono*, the Tribunal resolves that it has no such power⁷⁷.

Es evidente, por tanto, la radical exclusión de la posibilidad de establecer una relación de sustitución entre equidad y derecho en defecto de manifestación expresa que lo autorice. El papel de la equidad se debe limitar a una función *infra legem* subsidiaria de la regla de derecho en aras a una correcta interpretación o aplicación de la misma o a una equidad *praeter legem* llamada a cubrir las eventuales lagunas existentes en el ordenamiento internacional, evitando el *non liquet*⁷⁸. En sentido contrario, si las partes han pactado la solución de la controversia mediante la aplicación de la regla de la equidad incluso *contra legem*, el órgano arbitral deberá actuar de acuerdo con el encargo arbitral de suerte que aplicar la regla de derecho expresamente excluida implicará un motivo de nulidad de la decisión.

Siendo éstas las reglas básicas que determinan la capacidad del Tribunal Arbitral en relación al derecho material, conviene en este punto hacer una referencia a la tendencia hacia la superación de un criterio estrictamente formalista de aplicación del derecho, intentando conseguir una solución pacificadora y duradera en el tiempo al conflicto en el que interviene el arreglo arbitral. La lógica de la transacción tiende a imponerse hasta el punto de distorsionar, en ocasiones, la regla aplicable adaptándola al caso concreto. El arbitraje en el *asunto Eritrea-Yemen* constituye un magnífico ejemplo de balance entre la justicia individual del caso concreto y la necesidad de predecibilidad demandada por la sociedad internacional⁷⁹. Como ha puesto de relieve la doctrina al abordar el caso, la aspiración de las Partes al recurrir al arbitraje en orden a restablecer y desarrollar la necesaria cooperación entre ambos

⁷⁷ Cfr. la decisión en el RSA, vol. XVII, p. 11. El Tribunal no hace sino repetir lo afirmado reiteradamente por otros órganos arbitrales como es el *asunto Continental Insurance Company* (Estados Unidos de América/Japón) donde la Comisión americano-japonesa de bienes creada en virtud del acuerdo de 12 de junio de 1952 afirmó que «Failing a specific provision authorizing the Commission to decide a case *ex aequo et bono*, the Commission cannot base its decisions on purely equitable grounds...». Cfr. el texto de la sentencia en el RSA, vol. XIV, p. 479.

⁷⁸ Este tipo de equidad complementaria fue reconocida en la práctica arbitral en asuntos tan significados como el relativo a la *responsabilidad de Alemania por causa de los daños causados en las colonias portuguesas del Sur de África (incidentes de Maziua y de Naulilaa)* (Alemania/Portugal), sentencia de 31 de diciembre de 1928. El Tribunal arbitral llegó a afirmar que «A défaut de règles du droit des gens applicables aux faits litigieux, les arbitres estiment devoir combler la lacune, en statuant suivant les principes d'équité, tout en restant dans le sens du droit des gens, appliqué par analogie, et en tenant compte de son évolution». Cfr. RSA, vol. II, p. 1016.

En la misma línea, el Tribunal arbitral en el *asunto George Pinson/Estados Unidos Mejicanos* (Francia/México), sentencia de 19 de octubre de 1928, reconoció la posibilidad de que la equidad «soit invoquée encore comme principe supplémentaire de décision dans le cas où le droit positif est silencieux, ou comme correctif dans les cas exceptionnels où l'application du droit strict amènerait à des résultats évidemment injustes. Dans le premier cas, l'équité fait fonction de source subsidiaire de droit international; dans le second, invoquer l'équité équivaut à confesser que pour cela, il a quelquefois besoin de correction par un principe supérieur, qu'on indique par justice ou par équité». Cfr. RSA, vol. V, p. 355.

⁷⁹ Vid. el texto de la sentencia sobre la primera fase en www.pca-cpa.org/ER-YEAwardTOC.htm.

Estados no solamente fue acentuada, sino que estuvo muy presente e influyó en el Tribunal en el proceso de elaboración del laudo⁸⁰.

El artículo 2 del compromiso arbitral de 3 de octubre de 1986 determina el derecho aplicable, con exclusión expresa de la posibilidad de juzgar *ex aequo et bono*. El proceso se vertebra según la misma disposición en dos fases distintas y separadas: una, relativa a la soberanía territorial y a la definición del ámbito de la controversia entre Eritrea y Yemen que deberá ser resuelta conforme a los principios, reglas y prácticas del derecho internacional aplicables en la materia y, especialmente, sobre la base de los títulos históricos. Otra, relativa a la delimitación de las fronteras marítimas construidas sobre la sentencia anterior y sobre los criterios delimitadores generalmente establecidos en la Convención sobre el Derecho del Mar⁸¹.

La primera fase se saldó con un laudo de 9 de octubre de 1998, merecedor de serias dudas en lo relativo a la técnica de aplicación del derecho, pero alabado por cuanto supone de instrumento pacificador de un conflicto histórico entre ambos países.

Son básicamente dos las cuestiones que interesa destacar desde nuestra perspectiva de estudio: por una parte, la noción de título histórico como regla aplicable y, en su defecto, la utilización de otros títulos de atribución de la soberanía como la unidad o proximidad geográfica. Por otra parte, conviene igualmente hacer una referencia al establecimiento de un régimen específico sobre la pesca en la zona objeto de la controversia que se superpone al régimen de atribución de la soberanía⁸².

La discusión sobre los títulos históricos se saldó con la constatación de la imposibilidad de sentenciar en base a los elementos de prueba suministrados por las Partes, por lo que el tribunal acude a otros criterios constitutivos de un título que le permita la atribución de la soberanía. En un estudio pormenorizado de los diferentes grupos de islas, la *ratio decidendi* variará en un intento de alcanzar una solución salomónica que contentara a ambas Partes. Así, aplica el criterio de la contigüidad en aquellas islas más próximas a Eritrea en defecto de un claro mejor título⁸³, utilizando la figura de la consolidación histórica del título yemení mediante la prueba de efectividades y otros títulos jurídicamente relevantes más sólidos que los alegados por Eritrea en relación a las islas más orientales del archipiélago en litigio. Y ello porque no es posible demostrar un ejercicio continuado y pacífico por una de las Partes de las funciones estatales en el interior del territorio, debiendo acudir a la presunción de un control efectivo a partir de un hipotético *animus occupandi*.

Como es obvio, tanto la contigüidad territorial como argumento para otorgar la soberanía a Eritrea en un conjunto de islas, como el *animus occupandi* sin una auténtica toma material del territorio como justificación suficiente para atribuir la soberanía a Yemen sobre otra porción de islas, constituyen un débil fundamento decisorio en derecho internacional basado en presunciones que, sin embargo, ha sa-

⁸⁰ Cfr. el trabajo de MARQUÉS ANTUNES, N. S., «The Eritrea-Yemen arbitration: first stage — The last title to territory re-averred», *ICLQ*, vol. 49, 1999, pp. 362-386.

⁸¹ Cfr. el texto del compromiso en www.lawschool.cornell.edu/library/pca/ER-YEcompromis.htm. Una reseña del texto del compromiso puede consultarse en DOBELE, J.-F., «Le compromis d'arbitrage signé par l'Érythrée et le Yemen à Paris le 3 octobre 1996», *AFDI*, 1996, pp. 477-481.

⁸² Vid. una interesante glosa de la sentencia en DISTEFANO, G., «La sentence arbitrale du 9 octobre 1998 dans l'affaire du différend insulaire entre le Yemen et l'Érythrée», *RGDIP*, 1999, pp. 851-890.

⁸³ Vid. los párrafos 467 a 482 del laudo.

tisfecho a las partes en la controversia⁸⁴. La lógica de la transacción imperante en el laudo en lo tocante a la atribución de la soberanía territorial se manifiesta con mayor claridad si cabe en relación al establecimiento de un régimen específico sobre el ejercicio de actividades pesqueras en la zona objeto de arbitraje. En efecto, partiendo de la idea de la necesaria adaptación de los principios y reglas del ordenamiento internacional a una sociedad con tradiciones y valores propios y teniendo en cuenta el objeto final del arbitraje que no es otro que restablecer y desarrollar la cooperación entre ambos Estados, el Tribunal establece la obligación a Yemen de garantizar el libre acceso a las aguas bajo su soberanía a los pescadores de ambos países sin ninguna restricción por razón de nacionalidad⁸⁵.

Por su parte la *sentencia de 17 de diciembre de 1999* que establece la concreta delimitación de la frontera marítima, ha mantenido la línea anterior de establecer cauces permanentes de arreglo de la controversia, abordando aspectos ajenos a su función delimitadora⁸⁶. Merece destacarse en este sentido tanto el régimen de exploración y explotación de los recursos petrolíferos existentes en la zona fronteriza, como las consideraciones en torno al particular régimen de pesquerías establecido en la sentencia de 1998. En efecto, el capítulo III titulado «Petroleum Agreements and Median Lines» aborda la repercusión que un trazado realizado atendiendo al reparto de la soberanía previamente sentenciado tendría respecto a los acuerdos que tradicionalmente habían distribuido equitativamente los recursos minerales a partir de una hipotética línea media entre las costas de Eritrea y Yemen. Aun cuando el Tribunal reconoce expresamente la imposibilidad de atender a tal criterio de reparto al realizar la tarea técnica de la delimitación fronteriza, no deja, sin embargo, de pronunciarse respecto del particular contexto en el que se produce el laudo, señalando en el párrafo 85 la importancia de la práctica preexistente y la necesidad de su ponderación por el Tribunal en orden a atemperar el concepto de soberanía excluyente acuñado en Europa en época relativamente reciente. Consiguientemente, el párrafo 86 afirma la existencia de una obligación de información y consulta recíproca acerca de los descubrimientos de recursos minerales en torno a la línea de delimitación, amén de sugerir a las Partes la posibilidad de una explotación conjunta de los recursos canalizada a través del correspondiente acuerdo.

En lo tocante al régimen de la pesca, el capítulo IV del laudo insiste en la preservación del mismo en los términos en los que había sido reconocido en la sentencia de 1998, de suerte que «it does not depend, either for its existence or for its protection, upon the drawing of an international boundary by this Tribunal». No será preciso, en consecuencia, acuerdo alguno que perpetúe los derechos de los pescadores de ambos Estados⁸⁷.

⁸⁴ Como ha sido subrayado en importantes y recientes estudios sobre la prueba del título en controversias sobre adquisición del título de soberanía territorial, el título de contigüidad entendido como base de soberanía territorial no tiene fundamento en derecho internacional. Igualmente un mero *animus occupandi* sin la confluencia del necesario elemento material carece de relevancia jurídica a efectos de atribución del título. Vid. en este sentido a LÓPEZ MARTÍN, A. G., *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

⁸⁵ Cfr. los párrafos 525 y 526 del laudo.

⁸⁶ El texto de la sentencia de diciembre de 1999 puede consultarse en www.pca-cpa.org/ERYE2TOC.htm.

⁸⁷ Respecto del régimen de la pesca vid. los párrafos 87-112. Cfr. el pasaje transcrito en párrafo 110.

4. Nuevas perspectivas respecto de la eficacia del laudo arbitral: el asunto relativo a la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)

A pesar de que la práctica totalidad de los compromisos arbitrales afirman el carácter definitivo y obligatorio de las sentencias, la práctica ha demostrado la existencia de múltiples conflictos derivados de la negativa a ejecutar la decisión alegando vicios invalidantes del laudo. De esta suerte, como ocurrió por ejemplo en el *asunto del canal del Beagle*, a la controversia inicial pretendidamente resuelta a través de un arbitraje, se superpone otra cuyo objeto será la determinación de los elementos de derecho que pudieran provocar la nulidad de la decisión impugnada⁸⁸. La negativa a ejecutar sin la existencia de un cauce de solución del nuevo litigio situaría la controversia en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado que se niega a ejecutar. En este sentido, puede afirmarse que el procedimiento arbitral presenta una debilidad estructural que no la posee el TIJ u otros sistemas judiciales de solución que, al menos formalmente, prevén estatutariamente medios institucionales para hacer cumplir la decisión. Arbitrar un mecanismo externo al litigio sometido a arbitraje es útil, al menos, para que el Estado «perdedor» no se apueste de buena o mala fe tras la defensa de una legalidad pretendidamente infringida como pretexto para incumplir con la obligación de ejecución derivada del compromiso arbitral.

El procedimiento jurisdiccional que ha culminado con la sentencia del TIJ de 12 de noviembre de 1991 ha constituido un hito importante en el conjunto del sistema internacional de arreglo pacífico de controversias, pues por primera vez el Tribunal ha sido llamado a resolver un litigio cuyo objeto central fue la impugnación de una sentencia arbitral en el marco de su *competencia obligatoria*. En efecto, el asunto de la sentencia arbitral del Rey de España, la habilitación al Tribunal tuvo su origen en un compromiso *ad hoc* de sometimiento del concreto litigio a la jurisdicción del Tribunal⁸⁹.

Además de por su carácter pionero, la sentencia presenta un notable interés porque viene a abrir un nuevo procedimiento de apreciación de la validez del laudo ar-

⁸⁸ Vid. la declaración de nulidad argentina en el *ILM*, vol. XVII, pp. 740-742. Una relación de las circunstancias que rodearon esta declaración puede observarse en el trabajo de MONCAYO, G., «La médiation Potificale dans l'affaire du Canal du Beagle», *R. des C.*, t. 242 (1993-V), pp. 328-334.

⁸⁹ La demanda fue instada por Honduras al amparo de lo establecido en el Tratado de Washington de 21 de julio de 1957 que disponía el sometimiento de la controversia surgida de la impugnación nicaragüense de la validez de la sentencia del Rey de España dictada el 23 de diciembre de 1906 y la consiguiente inejecución de la misma. Desde la perspectiva de la atribución de la competencia al TIJ, merece destacarse el hecho de que el sometimiento de la concreta controversia no supone un reconocimiento de la existencia de una competencia del Tribunal para conocer la pretendida causa de nulidad de un laudo. Por el contrario, se han seguido los dictados establecidos por el CPJI en el *asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica* (Bélgica/Grecia), donde expresamente se afirmó que: «since the arbitral award to which these submissions relate are, according to the arbitration clause under which they were made, "final and without appeal", and since the Court has received no mandate from the Parties in regard to them, it can neither confirm nor annul them either wholly or in part». Cfr. CPJI *Series A/B*, n.º 78, p. 174. En este sentido, el tratado de Washington de 1957, constituye el acuerdo especial habilitante exigido por el TPJI. E incluso existiendo tal capacidad expresamente otorgada, el Tribunal en este caso fue sumamente reacio a entrar a juzgar la validez del laudo a la luz de las causas invocadas por Nicaragua. Como ha puesto de relieve REISMAN, la Corte se escudó en la existencia de una discutible situación de estoppel para evitar en la medida de lo posible entrar a valorar los diferentes motivos esgrimidos por Nicaragua. Vid. un estudio en profundidad del papel del TIJ en este caso en REISMAN, W. M., «The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication», *R. des C.*, t. 258 (1996), pp. 253-290.

bitral, auténtico caballo de batalla de la eficacia del procedimiento arbitral. Como valoración inicial, podemos adelantar que, ante todo, la asunción por el TIJ de la competencia de apreciación de la validez de una sentencia arbitral evidencia un cambio en cuanto a las concepciones dominantes acerca del papel del Tribunal en relación a las decisiones arbitrales⁹⁰. Por otra parte, la apertura de esta vía puede presentar indudables ventajas desde un doble punto de vista: por una parte, desde una óptica estrictamente jurídica, el sistema implica una garantía procesal añadida en favor de las Partes en orden a confirmar la regularidad del proceso arbitral y a garantizar su ejecución, reduciendo en consecuencia los factores de oportunidad política ajenos al arbitraje. Políticamente el sistema repercutiría, como apunta Lattanzi, en una mayor credibilidad del laudo internacional en la medida en que un posible juicio externo sobre la decisión estimularía a los árbitros a la aplicación correcta y puntual de las normas procesales y sustantivas que, de acuerdo con el compromiso, deben regular el procedimiento arbitral⁹¹.

Profundizando en el necesario estudio de la sentencia del TIJ, detendremos nuestra atención acto seguido tanto en los aspectos formales del proceso con especial referencia a las cuestiones de competencia del Tribunal, como en el alcance material de la jurisdicción de la Corte al apreciar la validez de las decisiones arbitrales.

A) *Los aspectos formales de la atribución de la competencia al TIJ:
La cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción obligatoria
como cauce de apreciación de la nulidad del laudo*

El reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal de cara a la construcción de una vía de control externa de la validez del laudo plantea, ante todo, la cuestión de la jurisdicción de la Corte desde el punto de vista de la justiciabilidad de la controversia, a la luz de los diferentes párrafos del artículo 36.2 del Estatuto. Igualmente, será preciso considerar los efectos de la posible condición de reciprocidad y su incidencia en la competencia del Tribunal, especialmente en lo tocante a la denominada reserva sobre otro procedimiento de arreglo de la controversia.

La cuestión de la competencia del Tribunal fue planteada inicialmente en relación a la demanda en indicación de medidas provisionales formulada por Guinea-Bissau y resuelta mediante Ordenanza de 2 de marzo de 1990⁹². En efecto, este Estado basó su pretensión pura y simplemente en el principio de mutualidad en la aceptación de la jurisdicción a través de las correspondientes cláusulas facultativas, siendo confirmada tal base de jurisdicción por la Corte en los siguientes términos:

20. Considérant que, en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires, point n'est besoin pour la Cour, avant de décider

⁹⁰ Como expresión del parecer dominante de la Corte respecto de su capacidad de actuación, merece destacarse la opinión del juez LACHS al comenzar su opinión individual señalando que: «... rien ne permet de dire que la Guinée-Bissau s'est rendue coupable d'un abus de procédure en contestant la sentence de 1989 devant la Cour. En effet, toute partie à une instance, et plus encore un gouvernement qui se doit de défendre les intérêts permanents d'une nation, a le droit intrinsèque de chercher à en faire annuler le résultat si elle estime que la décision prise est fondamentalement viciée. Cela est vrai même des décisions qualifiées de définitives». Cfr. LACHS, M., «Opinión individual», CIJ, *Recueil 1991*, p. 92.

⁹¹ Vid. LATTANZI, F., «Inesistenza e nullità delle sentenze arbitrali in una pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia», *RDI*, 1992-1, pp. 49-50.

⁹² Vid. *CIJ Recueil 1990*, p. 64.

d'indiquer ou non de telles mesures, d'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne peut indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.

22. Considerant que les deux déclarations faites conformément à l'article 36 paragraphe 2, du Statut semblent constituer *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée⁹³.

El reconocimiento de la competencia inicial ha sido confirmado en relación al fondo del asunto⁹⁴, lo que implica ante todo, un reconocimiento de la justiciabilidad de la controversia de acuerdo con los apartados a) y b) del apartado segundo del artículo 36 del Estatuto del Tribunal. En efecto, en contra de ciertas opiniones doctrinales, el Tribunal ha tenido el acierto de considerar como incardinable en su ámbito competencial las cuestiones de validez del laudo, tanto en lo relativo a la *determinación y formulación* de las normas consuetudinarias generales que rigen la validez del laudo (los motivos de nulidad), como en lo tocante a la apreciación de la aplicación de las normas sobre nulidad al caso concreto; capacidad de apreciación que necesariamente implica una *interpretación del compromiso arbitral* en orden a determinar la concurrencia de las circunstancias invalidantes⁹⁵.

Para llegar a este resultado, es notorio que el Tribunal ha debido determinar, además de la existencia de un sometimiento mutuo a su jurisdicción, el cumplimiento de la *condición de reciprocidad* en la aceptación entendida como «el área de “coincidencia” de los consentimientos manifestados por ambos Estados reconociendo la jurisdicción obligatoria de la Corte»⁹⁶. Desde nuestra perspectiva de estudio, conviene centrarnos en el ejercicio efectivo de la condición de reciprocidad teniendo en cuenta, de manera especial, la posible formulación de reservas que pudieran tener por efecto el negar la competencia del Tribunal. En concreto, la dificultad que podría denominarse como habitual deriva del sometimiento de la competencia del TIJ a la no existencia de otro procedimiento de arreglo de la controversia previamente consensuado entre las Partes sobre el fondo del asunto⁹⁷. En el caso que nos ocupa, Se-

⁹³ *Ibid.* pp. 68-69. En relación a las medidas provisionales *vid.* el trabajo de BEVERIDGE, F., «Case concerning the Arbitral award of 31 de July 1989 (Guinea-Bissau V. Senegal): Provisional measures, Merits», *ICLQ*, vol. 41, 1992, pp. 891-896.

⁹⁴ *Vid.* la afirmación que en este sentido realiza el Tribunal en el *CIIJ Recueil*, 1991, p. 62, parágrafo 24.

⁹⁵ En el mismo sentido se pronuncia el juez AGUILAR MAWDSLEY al señalar que: «Las controversias sobre la validez o nulidad de las sentencias arbitrales plantean, en efecto, cuestiones de interpretación del compromiso arbitral, que es un verdadero tratado entre los Estados partes, y en ellas se discuten cuestiones que ciertamente entran en la esfera del derecho internacional.» Cfr. AGUILAR MAWDSLEY, A., «La validez o nulidad de las sentencias arbitrales en el Derecho internacional Público», *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 37.

⁹⁶ *Vid.* en este sentido el excelente trabajo de TORRES BERNÁRDEZ, S., «La “reciprocidad” en el “sistema de jurisdicción obligatoria” establecido en el artículo 36 párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia», *Cursos de Vitoria de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, pp. 317-438.

⁹⁷ Como enseña TORRES BERNÁRDEZ, la mayor parte de las declaraciones incluyen reservas sobre controversias para las que las Partes hayan convenido o convengan otros medios de arreglo pacífico. Otras declaraciones podrán afectar igualmente a la competencia del tribunal en función de criterios *ratione personae* o *ratione temporis*. Entre las primeras cabe subrayarse las reservas sobre controversias con Estados que han dado lugar a procedimientos judiciales o arbitrales por no haber aceptado dicho Estado la jurisdicción obligatoria de la Corte en la fecha de comienzo de tales procedimientos. Entre las segundas mencionaremos la exclusión de toda controversia preexistente a la Declaración, lo que incluye cualquier fundamento, razón,

negal formuló tal reserva en su declaración de 2 de agosto de 1985; mientras que la de Guinea, de 7 de agosto de 1989, no contenía reserva alguna. El Tribunal solven-
tó el posible escollo que para su competencia pudiera derivarse de la imposibilidad
de juzgar nuevamente un asunto previamente decidido arbitralmente mediante la
constatación de la naturaleza autónoma de la controversia de nulidad del laudo res-
pecto del litigio inicial sobre el fondo (delimitación de la frontera marítima entre las
Partes). En efecto, ya desde el momento de la resolución de la demanda de indica-
ción de medidas provisionales, el TIJ consideró inaceptable la pretensión guineana de
acuerdo con los siguientes argumentos:

Considérant [...] que la requête prie donc la Cour de se prononcer sur
l'existence et la validité de la sentence, mais qu'elle ne la prie de se pro-
noncer sur les droits respectifs des Parties dans la zone maritime en cause;
qu'en conséquence les droits allégués dont il est demandé qu'ils fassent
l'objet de mesures conservatoires ne sont pas l'objet de l'instance pendant
devant la Cour sur le fond de l'affaire; et qu'aucune mesure de ce genre ne
saurait être incorporée dans l'arrêt de la Cour sur le fond⁹⁸.

En efecto, faltaba la necesaria identidad entre los objetos de las distintas con-
troversias⁹⁹; circunstancia que por otra parte fue admitida por las Partes litigantes
que no llegaron a esgrimir procesalmente la reserva¹⁰⁰.

Las valoraciones que ha merecido la sentencia del TIJ en materia de jurisdicción
han sido cautas, cuando no abiertamente negativas, en la medida en que se ha con-
siderado, por una parte de la doctrina, que de esta suerte se establece una pirámide
judicial en cuyo vértice se situaría el TIJ con competencias casacionales, lo que
atentaría contra el carácter definitivo y obligatorio del laudo¹⁰¹.

causa, orígenes, definiciones o bases que existan con anterioridad a la fecha de la declaración, incluso si la
controversia se sometiere a la Corte con posterioridad a dicha fecha. *Vid.* una sistematización de cada una
de las reservas contenidas en las declaraciones de aceptación en el trabajo de TORRES BERNÁRDEZ, S., «La
"reciprocidad" en el sistema...», *op. cit.*, pp. 433-436. Un estudio pormenorizado de la tipología de reser-
vas de este género puede consultarse en el trabajo de JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La Clausula Facultativa de la Ju-
risdicción Obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. Sus Efectos para España*, Dykinson, Ma-
drid, 1999.

⁹⁸ Cfr. *CIJ Recueil*, 1990, p. 70, parágrafo 26.

⁹⁹ Ciertamente, la diferenciación estricta entre los elementos que componen las controversias ha sido
uno de los aspectos más difíciles de establecer por la Corte. Así se demostró con ocasión de la demanda de
Guinea sobre medidas provisionales y se reiteró en la sentencia sobre el fondo, dando la impresión, a juicio
de algún autor, que el TIJ sobrepasa la simple cuestión de validez en la medida en que en determinados pa-
rágrafos realiza un juicio de valor respecto de lo incompleto de la delimitación marítima establecida en la
decisión arbitral. *Vid.* en este sentido a COTTEREAU, G., «La validité de la sentence arbitrale du 31 juillet
1989 (Guinea-Bissau, Senegal). Arrêt de la CIJ du 12 novembre 1991», *RGDIP*, 1992, pp. 753-775.

¹⁰⁰ Las dificultades que para el Tribunal pudieran haberse planteado en el caso de que Senegal hubiera
esgrimido sus reservas a la competencia de la Corte fueron sin embargo obviadas en la medida en que «les
Parties ont reconnu qu'il avait lieu de distinguer le différend de fond qui les oppose relativement à la deli-
mitation maritime de celui qui concerne la sentence rendue par el Tribunal, et que seul ce dernier différend,
qui est né postérieurement à la déclaration du Sénégal fait objet de la présente instance devant la Cour». Cfr.
CIJ Recueil, 1991, p. 24.

¹⁰¹ Basta simplemente constatar en este sentido la declaración hecha por el juez K. MBAYE, quien se re-
sistió a admitir la afirmación de la jurisdicción obligatoria de la Corte en el asunto sosteniendo que, a su jui-
cio, la competencia provenía de una suerte de *forum prorogatum* de la jurisdicción derivado de la acepta-
ción guineana de la competencia y la no oposición de Senegal. El motivo de tal actitud es expresado en los
siguientes y elocuentes términos por el juez: «Je ne vois pas pourquoi la Cour internationale de Justice

Sin embargo, a nuestro juicio, la discrepancia respecto a la validez de la sentencia puede y debe ser calificada como una controversia de orden jurídico y, en consecuencia, justiciable por la Corte. El acto jurídico que es la sentencia arbitral y del que emanan derechos y obligaciones para las Partes, debe estar sometido a las condiciones de validez que se derivan fundamentalmente del compromiso arbitral. Por consiguiente, el Tribunal deberá valorar el laudo a la luz de las reglas generales que rigen las causas de nulidad de la decisión y de las disposiciones del compromiso, especialmente a la hora de determinar la existencia de una interpretación manifiestamente errónea del mismo por los árbitros.

La sentencia de 12 de noviembre de 1991 corrobora en este sentido el carácter justiciable de la controversia de nulidad, en el marco del artículo 36.2 del Estatuto, otorgándole una naturaleza distinta y separada de aquella otra sobre el fondo del asunto. Ello limitará, por otra parte, el que determinadas reservas de remisión a otros procedimientos bloqueen la actuación de la Corte, pues el litigio de nulidad deviene controversia principal sin interrelación formal con la disputa que dio origen al laudo arbitral. El paso dado por el Tribunal es sumamente importante, pues abre un nuevo cauce en la apreciación de la validez del laudo, tradicionalmente reservada al ámbito exclusivamente bilateral. En efecto, incardinar esta clase de litigios en el ámbito de la jurisdicción obligatoria del TIJ otorga a los Estados «vencedores» en la disputa la posibilidad de solventar la situación de inejecución, y a los «perdedores» la posibilidad de atacar de buena fe el laudo a partir de argumentos exclusivamente jurídicos. Es mucho más peligroso para la integridad y la eficacia del arbitraje el dejar a la apreciación de las Partes la validez y eficacia de la sentencia que judicializar relativamente —no como casación— la estimación de regularidad del acto jurídico internacional.

B) *El límite al ejercicio de la competencia del TIJ en controversias de nulidad del laudo arbitral*

La afirmación de la competencia del Tribunal debe ser inmediatamente precisada desde la perspectiva del alcance material de su actuación pues el carácter definitivo e inapelable de la sentencia arbitral no puede ser cuestionado. En efecto, no estamos hablando de una modalidad de apelación o de revisión del laudo, sino de un juicio de validez del mismo de carácter objetivo. El valor de *res iudicata* de la decisión limita la actuación del Tribunal impidiendo un nuevo juicio en el que sea cuestionada la argumentación jurídica del órgano arbitral o la interpretación que hubiera podido otorgar a las reglas de derecho aplicables al caso, o la consideración que las pruebas aportadas hubieran merecido a los árbitros.

A la luz de lo señalado por el Tribunal en el asunto de Guinea-Bissau/Senegal, la cuestión fundamental a dilucidar radica en determinar la capacidad de la Corte de reinterpretar el compromiso arbitral. En otras palabras, es preciso conocer si el Tribunal posee la competencia en orden a pronunciarse respecto de la corrección de la interpretación del compromiso realizada por el órgano arbitral, cuestión especialmente

s'érigerait automatiquement en cour de cassation pour tous les Etats qui ont souscrit la déclaration prévue à l'article 36, paragraphe 2, de son Statut, à l'égard de toutes les sentences arbitrales dans lesquelles ces Etats seraient parties, quand bien même elle se garderait dans chaque cas de se comporter comme une juridiction d'appel ou de révision. Le fait d'évoquer l'existence d'un point de droit international à trancher ne suffirait certainement pas pour justifier une telle incursion dans un autre mode de règlement des différends entre Etats.» Cfr. la declaración en *CIJ Recueil*, 1991, p. 80.

transcendente en el caso de la alegación de exceso de poder en cuanto a la competencia arbitral, o de la pretensión de la incorrecta interpretación del derecho material aplicable previsto en el compromiso. En el asunto concreto, Guinea pretende la existencia de un exceso de poder de los árbitros al no haber resuelto una de las dos preguntas sometidas a su consideración. Frente a ello el TIJ responde en los siguientes términos:

la Cour n'a pas à se demander si le compromis était susceptible ou non de plusieurs interprétations en ce qui concerne la compétence du Tribunal, et dans l'affirmative à s'interroger sur celle qui eût été préférable. En procédant de la sorte, la Cour traiterait en effet la requête comme un appel et non comme un recours en nullité. La Cour ne saurait procéder de la sorte en l'espèce. Elle doit seulement rechercher si le Tribunal, en rendant la sentence contestée, a manifestement méconnu la compétence que lui avait été donnée par le compromis, en outrepassant sa compétence ou en ne l'exerçant pas ¹⁰².

El juez Sahabudden sitúa el problema jurídico en los siguientes términos:

en confiant à l'arbitre, que ce soit expressément ou par l'effet du droit, la compétence pour interpréter le compromis, dans quelles limites, si limite il y a, les parties s'engagent-elles à être liées par l'exercice de la compétence de l'arbitre qui entraînerait une interprétation erronée du compromis à propos de ses pouvoirs? ¹⁰³.

La respuesta es negativa en opinión del juez. En efecto, aunque quede al margen de toda duda el reconocimiento en favor del árbitro del principio de competencia de la competencia, lo cierto es que cabe una interpretación errónea del compromiso arbitral que puede viciar el laudo y que puede ser estimada por la Corte. La prohibición de convertir al TIJ en un órgano de apelación que pueda considerar si el asunto ha sido bien o mal juzgado, únicamente deberá abarcar el reexamen sobre el fondo del caso y no su competencia para valorar la interpretación otorgada por el órgano arbitral a la cuestión de sus poderes para resolver el litigio.

El enfoque nos parece correcto en el sentido de distinguir claramente, respecto de la capacidad de actuación del TIJ en la controversia de nulidad, entre, por una parte, el imposible reexamen sobre el fondo, así como sobre la apreciación de los elementos de hecho o documentales estimados para evaluar y decidir y, por otra, el posible juicio acerca de la interpretación incorrecta de las reglas sobre la competencia arbitral. No nos parece tan correcta, sin embargo, la pretensión del juez de reconocer al TIJ la capacidad de hacer prevalecer su propia interpretación sobre competencia, pues en tal caso estaríamos ante una apelación donde la nulidad del laudo podría provenir de una discrepancia de apreciación en la interpretación del compromiso arbitral, y no en el desconocimiento manifiesto y demostrable de las reglas sobre competencia establecidas en el compromiso ¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. *CIJ Recueil*, 1991, p. 69, parágrafo 47.

¹⁰³ Cfr. la Opinión Disidente de este juez en el *CIJ Recueil*, 1991, pp. 106-119.

¹⁰⁴ Tampoco es admisible, avanzando más allá en esta misma línea la tesis de los jueces AGUILAR MAWDSLEY, RANJEVA y WEERAMANTRY que propugnan una función de apelación sin ninguna clase de límites. Así, es ilustrativo el pasaje siguiente extraído de la opinión disidente de los dos primeros jueces: «la Cour a le devoir de vérifier que le Tribunal a fait une correcte et satisfaisante application des règles d'interprétation des traités en l'occurrence du compromis d'arbitrage.» Cfr. este texto en *CIJ Recueil*, 1991, p. 124.

En definitiva, podemos concluir que existen límites claros a la actuación del TIJ en sede de nulidad de la decisión arbitral, evitando cualquier actuación que implique una apelación de la misma. Límites que preservan la valoración de los hechos y pruebas, la argumentación jurídica a partir de las normas de derecho aplicable al caso y que determina el fallo sobre el fondo y, en fin, la interpretación del compromiso en materia de competencia siempre y cuando no constituya una interpretación manifiestamente incorrecta del mismo tomando como parámetro en orden a calificar tal corrección, los criterios dispuestos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En sentido contrario el TIJ podrá valorar la existencia de factores que ataquen la validez del compromiso, la incorrecta constitución del órgano arbitral, la indebida construcción de la sentencia, los vicios derivados de actuaciones fraudulentas de los árbitros, el exceso de poder del órgano arbitral por referencia a la competencia atribuida en el compromiso, y la existencia de errores *in iudicando* fundados en la indebida utilización para resolver el litigio de las normas materiales aplicables al caso.

Será responsabilidad final del TIJ administrar correctamente esta vía abierta por la sentencia de 1989, teniendo en cuenta los peligros que puede implicar para la efectividad de la función arbitral. El profesor Reisman advierte correctamente de la necesaria precaución que debe guiar al Tribunal cuando señala que:

The incorporation of the national institution of appeal, which has become a fundamental control mechanism for adjudication and a technique for increasing the likelihood of securing justice, presupposes a social and political context which does not exist in international politics. The idea of transforming the International Court into a international court of appeals may be misguided¹⁰⁵.

A su juicio es importante mantener las diferencias de función entre los diversos sistemas de arreglo de las controversias ofertadas a los Estados por el Derecho internacional, pues es un factor de enriquecimiento y de operatividad y eficacia del Ordenamiento en orden a resolver las controversias internacionales. De lo contrario,

Collapsing all roles into one «super» role actually impoverished it and will have, as an unintended and unwanted result, a reduction on the part of States' willingness to submit issues to third-party decision¹⁰⁶.

En este orden de ideas, es preciso distinguir claramente entre apelación y recurso de nulidad aunque en apariencia semejante distinción parezca artificial. De acuerdo con Thirlway, la delicada cuestión de las relaciones entre «procedural justice» y «essential justice» debe resolverse de manera tal que no se altere el resultado material alcanzado por el órgano arbitral en el laudo. En otras palabras, la constatación de defectos procesales invalidantes será el único campo posible de actuación del TIJ, y nunca cabrá la casación de lo definitiva y materialmente juzgado¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. REISMAN, W. M., «The supervisory jurisdiction of the international Court of Justice...», *op. cit.*, p. 389.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 390.

¹⁰⁷ Vid. THIRLWAY, H. W. A., «Procedural law and the International Court of Justice», *Fifty years of the International Court of Justice. Essays in honour of Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 389-405.

El resultado del procedimiento deberá ser, de acuerdo con Weil, un juicio «par lequel le juge se borne à constater la non-conformité d'un acte au droit international dans en tirer aucune conséquence quant à sa survie»¹⁰⁸. En otras palabras, la sanción frente a la constatación de motivos susceptibles de generar la nulidad del laudo será la declaración de inoponibilidad y no reconocimiento de la sentencia.

La competencia afirmada por el TIJ en el asunto comentado ha sido reiterada en recientes proyectos de codificación tan importantes como es el relativo a la Responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en primera lectura en 1996.

En efecto, una de las claves de la arquitectura procesal diseñada en el proyecto de artículos es la referida a la posibilidad de impugnar la validez del laudo. El artículo 60 incorpora una previsión tomada del artículo 37 del proyecto sobre procedimiento arbitral aprobado por la Comisión en su quinto período de sesiones¹⁰⁹ que permite abrir un procedimiento encaminado a determinar la posible nulidad total o parcial del laudo¹¹⁰. El sistema no está concebido como una segunda instancia que pueda reconsiderar lo bien o mal fundado de la decisión inicial, sino como un órgano suplementario que se pronuncie acerca de la vulneración de las pautas esenciales de funcionamiento del tribunal arbitral tales como la existencia de factores que ataquen la validez del compromiso, la incorrecta constitución del órgano arbitral, la indebida construcción de la sentencia, los vicios derivados de las actuaciones fraudulentas de los árbitros, el exceso de poder del tribunal por referencia a las competencias atribuidas en el compromiso o la existencia de errores *in iudicando* fundados en la indebida utilización del derecho material aplicable al caso (alteración injustificada de la regla aplicable).

IV. CONCLUSIÓN

La articulación del actual ordenamiento internacional obedece a una lógica de descentralización y especialización tanto material como territorial. Ello se refleja con claridad en los sistemas de arreglo de controversias con el surgimiento de numerosos foros alternativos a los procedimientos unitarios de arreglo. Las razones son múltiples. J. Charney ha señalado tres motivos de atomización de los procedimientos de solución como son: en primer término, la limitación estructural del TIJ para conocer litigios exclusivamente entre Estados o para emitir opiniones consultivas. En segundo lugar, la capacidad de adaptación procedimental de los foros alternativos a los intereses de las Partes y, por último, la posibilidad de incluir en

¹⁰⁸ Cfr. WEIL, P., «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *R. des C.*, t. 237 (1992-VI), p. 328.

¹⁰⁹ Vid. el texto en el *Doc. A/CN.4/113*, de 6 de marzo de 1958.

¹¹⁰ Según su tenor literal: «1. Si la validez del laudo arbitral es impugnada por una de las Partes en la controversia, y si en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de la impugnación las partes no se han puesto de acuerdo sobre otro Tribunal, la Corte Internacional de Justicia será competente, a petición formulada oportunamente por cualquier parte, para confirmar la validez del laudo o declarar la nulidad total o parcial.

2. Las cuestiones controvertidas que hayan quedado sin resolver por la anulación del laudo podrán, a petición de cualquier parte, someterse a un nuevo arbitraje ante un tribunal arbitral que se constituya de conformidad con el Anexo II de los presentes artículos». Cfr. el texto en el *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones. Asamblea General. Documentos Oficiales. Quincuagésimo período de sesiones. Suplemento n.º 10 (A/51/10)*.

el litigio factores tales como la especialización de los órganos de solución o elementos culturales propios y comunes a las Partes en la controversia¹¹¹.

En este contexto, un estudio de los principales subsistemas normativos nos demuestra que, al margen de supuestos en los que el alto grado de institucionalización limita la existencia de medios de arreglo como es el caso de la Unión Europea, la tendencia se orienta hacia una combinación de múltiples mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que interactúan entre sí a través de diversas formas de relación, básicamente de subordinación o complementariedad.

El arbitraje internacional, procedimiento cuantitativamente residual tras la creación del TIJ, ha emergido como una alternativa sólida de solución jurisdiccional que, por su carácter flexible, permite la incorporación en el momento de la solución del litigio de intereses y valores inherentes a los Estados, amén de permitir adaptar las reglas procedimentales a los requisitos de proximidad a las Partes, rapidez, eficacia y seguridad jurídica que demanda la Sociedad Internacional. En efecto, buena parte de las soluciones de arreglo ofertadas por los sectores normativos emergentes con mayor transcendencia cualitativa y cuantitativa disponen la posibilidad del recurso al arbitraje como fórmula correlativa o alternativa a la conciliación concebida, con carácter general, como el principal medio político. Tal es el proceso adoptado en ámbitos tan destacados como el de la responsabilidad de los Estados en perspectiva universal, o, territorialmente, en el seno de la OSCE. En otros casos, la solución arbitral no es la única de carácter jurisdiccional, sino que comparte espacio con procedimientos judiciales o cuasi-judiciales. Destaca en este sentido, las previsiones de la Parte XV de la Convención sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 o las disposiciones incorporadas en el ámbito del comercio internacional contenidas en el Memorándum sobre arreglo de controversias en el seno de la OMC de 15 de abril de 1994.

Si el arbitraje adquiere una posición destacada en el conjunto de los sistemas de arreglo es, como hemos advertido, por su naturaleza adaptable. Los elementos estructurales del procedimiento arbitral permiten su apertura a nuevos sujetos presentes en la litis que quedarían al margen de otros mecanismos judiciales de arreglo, especialmente del Tribunal Internacional de Justicia. Organizaciones Internacionales u otras entidades infraestatales encuentran en esta vía un cauce necesario de relación demandado como imprescindible en el actual orden internacional. Igualmente la necesidad de eficacia del mecanismo jurisdiccional de arreglo requiere la adopción de resortes procesales que, reconociendo la soberana autonomía jurisdiccional del órgano arbitral, permitan su intervención rápida en orden a preservar de manera eficaz los derechos de las Partes en el proceso a través de medidas provisionales o que articulen mecanismos flexibles de intervención de terceros, exigencia particularmente evidente en procesos que afectan a las relaciones económicas internacionales. Tales demandas de eficacia procesal pueden ser resueltas por el arbitraje como lo demuestra la propia jurisprudencia arbitral.

El arbitraje permite, en fin, la adaptación de la regla de derecho aplicable y no sólo a través del recurso a la equidad, sino mediante una aplicación flexible de las reglas de derecho que tenga en cuenta factores externos a la norma aplicable al caso de naturaleza histórica o cultural. Las sentencias recientes en el arbitraje Eritrea/Yemen constituyen un magnífico exponente en este sentido.

¹¹¹ Vid. CHARENEY, J., «Is International Law threatened by multiple international tribunals?», *R. des C.*, t. 271 (1998), pp. 132-133.

Podemos afirmar que el procedimiento arbitral de arreglo de controversias está llamado a desempeñar un papel esencial en un Ordenamiento Internacional en el que las soluciones a los conflictos no pasan por la correcta aplicación formal del derecho existente a través de cauces inmutables, sino mediante mecanismos que, sin renunciar a las garantías que un mecanismo jurisdiccional ofrece, sean capaces en una perspectiva transaccional de conseguir soluciones jurídicas estables y duraderas.

