

CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS PROCEDIMENTALES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Virdzhiniya PETROVA GEORGIEVA

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

El proceso judicial y arbitral internacional se basa en una serie de principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”. Dichos principios cardinales constituyen “estándares procesales mínimos”, “principios del proceso internacional”, “normas procesales fundamentales” o “principios de justicia procesal”.¹ Para los propósitos limitados de la presente investigación, se analizarán cuatro principios generales del derecho aplicables en los procedimientos iniciados ante órganos judiciales y arbitrales internacionales: el principio *compétence de la compétence*, el principio *iura novit curia*, el principio *nemo iudex in causa sua* y el principio *res iudicata*.²

Un órgano judicial o arbitral (interno o internacional) es autorizado a pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su competencia para resolver los casos que le son sometidos. Dicho poder se basa en la aplicación de un principio general del derecho, común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la comunidad internacional. El principio *compétence de la compétence* (en francés) o *kompetenz-kompetenz* (en alemán) se basa en la teoría del

¹ Gaffney, John P., “Due Process in the World Trade Organization, the Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System”, *American University International Law Review*, 1999, vol. 14, p. 1179.

² Para más detalles acerca de la aplicación de estos principios ante los tribunales internacionales, véase Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 171-307.

Estado,³ y permite evitar la paradoja de una sentencia de incompetencia.⁴ Asimismo, dicho principio constituye una base necesaria para la buena impartición de la justicia en el ámbito internacional. Si un órgano judicial o arbitral internacional no se pudiera pronunciar competente, *motu proprio*, se correría el riesgo de paralizar el arreglo pacífico de las controversias internacionales.

El principio *compétence de la compétence* se aplica en el proceso arbitral internacional y garantiza la eficacia en la impartición de la justicia por parte de los órganos arbitrales internacionales. El derecho aplicable al arbitraje internacional y los laudos de los órganos arbitrales internacionales reconocen la vigencia e importancia de dicho principio para el funcionamiento de este medio pacífico de solución de las controversias.

Así, por ejemplo, el principio *compétence de la compétence* se encuentra “cristalizado” en el artículo 16-1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁵ Lo establecido en dicha disposición es retomado casi literalmente en el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.⁶

En el famoso caso *Charming Betsey*, que resolvió la primera comisión arbitral, establecida según las reglas del Tratado Jay en 1797,⁷ uno de los

³ Una de las teorías centrales de la ciencia y filosofía política postula que el Estado, como ente soberano, es dotado de la competencia de su competencia. El Estado es un ente soberano y autosuficiente, porque es libre de pronunciarse, por su propia iniciativa, sobre su propia competencia.

⁴ Si un tribunal que se declara incompetente, es, en realidad, competente, la validez de la sentencia sería afectada por el error en la apreciación de la competencia. Si, en cambio, la jurisdicción se declara incompetente porque en realidad lo es, entonces, la sentencia que determine dicha incompetencia no sería válida, porque sería pronunciada por una jurisdicción incompetente. Por lo tanto, el órgano judicial no podría, en ningún caso, declararse incompetente.

⁵ De conformidad con dicha disposición: “1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

⁶ Según el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, así como acerca de toda excepción relativa a la existencia o a la validez de un acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

⁷ La controversia en el caso *Betsey* de 1797 se originaba en una sentencia de una Corte inglesa. En particular, se contestaba el carácter definitivo de dicha sentencia y la competen-

comisarios señaló que “el poder de decidir si una petición particular entra en la competencia de este órgano, me parece inherente a su propia constitución e indispensable para el cumplimiento de cualquiera de sus deberes...”⁸ El principio *compétence de la compétence* fue aplicado en términos similares por otros tribunales arbitrales de principios del siglo XX. Así, por ejemplo, en el caso *Dreyffus Frères et Cie et al.*, de 1900,⁹ el tribunal arbitral consideró que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes para admitir que las jurisdicciones internacionales determinan por sí mismas su propia competencia.¹⁰

La aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* en el arbitraje internacional se refuerza por la regla de separabilidad de la cláusula compromisoria del acuerdo arbitral en el cual se inserta. De conformidad con dicha regla, la invalidez del acuerdo arbitral (un contrato entre partes privadas o un tratado entre Estados, por ejemplo) no implica, *ipso iure*, la nulidad de la cláusula compromisoria. Por ende, aun en caso de dudas sobre la validez del acuerdo arbitral, la separabilidad de la cláusula compromisoria permite al tribunal arbitral internacional determinar su propia competencia.¹¹ No obstante, en algunos casos los tribunales internos de los Estados se han pronunciado en contra de la competencia de un órgano arbitral internacional para pronunciarse, *motu proprio*, sobre su competencia en casos de dudas sobre la validez del acuerdo arbitral.

Así, por ejemplo, en la *contradicción de tesis 51/2005-PS*,¹² la SCJN consideró que en caso de disputa sobre la validez de una cláusula compromisoria, les correspondía a los tribunales internos y no al tribunal arbitral internacional pronunciarse sobre dicha cuestión. De igual modo, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia, en el caso *BG Group vs. Argentina*¹³ estimó que los tribunales estadounidenses y no los árbitros internacionales son competentes para decidir sobre cuestiones referentes a la validez de la cláusula compromisoria.¹⁴

cia de la Comisión arbitral internacional para pronunciarse sobre un caso ya resuelto por un tribunal inglés interno. Cheng, Bing, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1951, p. 275.

⁸ *Idem*.

⁹ *Dreyffus Frères y Cie et al.*, Francia c. Chile, 1900.

¹⁰ *Ibidem*, p. 99.

¹¹ Landolt, Philipp, “The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz”, *Journal of International Arbitration*, 2013, vol. 30, p. 512.

¹² SCJN, Tesis jurisprudencial 25/2006; SCJN, Contradicción de tesis 51/2005-PS.

¹³ *BG Group, PLC v. Republic of Argentina*, 24 de diciembre de 2007.

¹⁴ Uwem, Ndifreke, “A Reiteration of Undesired Complexity for a Simple Principle: Kompetenz-Kompetenz under the FAA and the UNCITRAL Model Law”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2018, vol. 25, p. 448.

La aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* en el arbitraje internacional puede ser sujeta a un control por parte de los tribunales internos de los Estados. Dicho control se ejerce después de la determinación de la competencia del tribunal arbitral y/o una vez que éste haya dictado el laudo arbitral. Como se dijo con anterioridad, la incompetencia del tribunal arbitral internacional es uno de los motivos establecidos en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros para la denegación del exequátur o para la anulación del laudo arbitral por parte de los tribunales internos.

Así, por ejemplo, en el caso *Dallah vs. Government of Pakistan*,¹⁵ un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París invocó el principio *compétence de la compétence* (*kompetenz-kompetenz*) para considerarse competente para resolver una controversia entre el demandante y el gobierno de Pakistán en materia de inversiones. Posteriormente, dicha decisión fue controlada por la Suprema Corte del Reino Unido —país donde se solicitaba la ejecución del laudo arbitral ante tribunales internos—. Según la House of Lords, el tribunal arbitral era competente para determinar su competencia para resolver la controversia, pero la determinación podría ser sujeta a control por parte de los órganos judiciales del Reino Unido. De igual modo, en el caso *Devas v. Antrix*,¹⁶ otro tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París determinó que, de conformidad con el principio *compétence de la compétence*, le correspondía determinar su propia competencia para resolver la controversia entre las partes. Una de las partes solicitó la intervención de la Corte Suprema de India para pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral. El tribunal interno consideró que una vez constituido el tribunal arbitral, le correspondía determinar su propia competencia, sin que la determinación pudiera ser controlada por la Corte en esta fase específica del procedimiento.¹⁷

El control judicial respecto a la aplicación del principio *compétence de la compétence* por parte de los órganos arbitrales internacionales solamente ocurre en escenarios “patológicos”, es decir, cuando una de las partes decide recurrir en contra de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia o en contra de la obligatoriedad y ejecutoriedad de un laudo arbitral. Si ambas partes deciden someterse al procedimiento arbitral y aceptan cumplir con lo establecido en el laudo dictado al término de dicho procedimiento, la

¹⁵ UK Supreme Court, *Dallah vs. Government of Pakistan*, 3 de noviembre de 2010.

¹⁶ *Devas vs. Antrix (ICC Case No. 18051/ CYK)*, 1o. de julio de 2011.

¹⁷ *Antrix vs. Devas*, Supreme Court of India, 10 de mayo de 2013.

decisión del tribunal arbitral sobre la aplicación del principio *compétence de la compétence* queda desprovista de todo tipo de control.

Iura novit curia (el juez conoce el derecho) o *iura novit arbiter* constituye un adagio latín que reenvía a prácticas muy antiguas del derecho romano, relativas a la determinación de la función del juzgador y de las partes en la resolución de las controversias. Según este principio, el juzgador es el encargado de conocer o saber el derecho, y las partes son responsables de demostrarle los hechos.¹⁸ Esta repartición se expresa, además, en otro adagio del derecho romano: *damni factum, dabo tibi ius* (“dame los hechos y yo te daré el derecho”). Es necesario que los juzgadores conozcan el derecho, porque si no lo conocieran dependerían por completo de lo que las partes determinen como “derecho”. La ausencia de derecho determinado por las partes impediría a los jueces y árbitros ejercer su función; asimismo, las partes, de común acuerdo, podrían “deformar” el derecho para “hacerlo decir” lo que más les convenga.¹⁹

El principio *iura novit arbiter* se reconoce en distintos instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje internacional.

Así, por ejemplo, en las Recomendaciones de la Asociación de Derecho Internacional (ILA, por sus siglas en inglés) respecto a la Determinación del Contenido del Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional²⁰ se establece que en cualquier momento del procedimiento los árbitros deben identificar el derecho aplicable y determinar sus alcances.²¹ Al determinar los alcances del derecho aplicable al asunto, los árbitros podrán basarse en todas las fuentes apropiadas (incluyendo legislación, jurisprudencia, alegatos de los abogados de las partes, opiniones de expertos, trabajos académicos, entre otros).²² El principio *iura novit arbiter* se reconoce también en algunos reglamentos de arbitraje.²³

¹⁸ Verhoeven, Joe, “Juris novit curia et le juge international”, disponible en: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Verhoeven_CT_video_1.html.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *ILA Recommendations on Ascertainaing the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*.

²¹ 1a. Consideración.

²² 9a. Consideración.

²³ Así, por ejemplo, en virtud del artículo 22-1 c) del Reglamento Internacional de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres: “Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes en cualquier momento, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte, y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para: (c) realizar las indagaciones urgentes o necesarias —según el Tribunal Arbitral— y determinar y delimitar la autorización del Tribunal Arbitral para identificar de oficio los hechos, leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio

Dicho principio permite a los árbitros internacionales resolver una controversia aun si las reglas del derecho aplicable no fueron correctamente invocadas por las partes. De igual modo, de conformidad con el principio *iura novit curia*, los árbitros son competentes para realizar una calificación jurídica y derivar efectos jurídicos de los hechos presentados por las partes. Si las partes no han determinado el derecho aplicable al arbitraje (tanto la *lex arbitrii* como la *lex causae*), esta determinación será realizada por los árbitros una vez que se constituya el tribunal arbitral internacional. Los miembros de dicho tribunal tienen la obligación de invocar *sua sponte* normas jurídicas relativas a la protección del orden público.²⁴

De ahí que el principio *iura novit arbiter* resulta indispensable para el ejercicio de la función arbitral internacional. Como lo señalaron los árbitros en el caso *Duke Energy International Peru Investments No. 1 v. Republic of Peru*,²⁵ el funcionamiento eficaz del arbitraje sería afectado si los árbitros no tuvieran la libertad de pronunciarse sobre el derecho aplicable a la controversia que les es sometida.

El principio general *nemo iudex in causa sua* proviene del adagio latín *nemo debet esse iudex in propria causa sua, quia no potest case iudex et pars* (“nadie debe ser juez de su propia causa, porque no se puede ser (a la vez) juez y parte”). Otras dos versiones de dicho principio se expresan en las máximas *ne quis in sua causa iudicet vel sibi ius dicat* (“nadie debe examinar su propia causa como un juez o hacerse un juicio a sí mismo”) y *nemo potest esse simul actor et iudex* (“nadie puede ser parte y juez al mismo tiempo”).²⁶ El objetivo principal de estas tres máximas consiste en subrayar el rechazo de toda asimilación entre los juzgadores y las partes en un juicio. En los sistemas pertenecientes a la familia jurídica romano-germánica el principio *nemo iudex in causa sua* forma parte de las reglas que gobiernan el ejercicio mismo de la función judicial

arbitral”. En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 14.2 de dicho Reglamento: “Salvo acuerdo por escrito de las partes en contrario al amparo del Artículo 14.1., el Tribunal Arbitral estará dotado de la más amplia discreción para el ejercicio de las funciones legalmente previstas por las leyes o normas que el Tribunal Arbitral estime aplicables. En todo caso, las partes harán todo lo posible para la equitativa, efectiva y rápida instrucción del procedimiento”.

²⁴ Lew, Julian, “Iura novit curia and due process”, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, núm. 72/2010, p. 14.

²⁵ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, 1o. de marzo de 2011, párr. 96.

²⁶ Swartzenberger, Georg, “The *Nemo Iudex in Sua Causa* Maxim In International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482.

y arbitral. En los órdenes jurídicos de *common law*, dicho principio es uno de los componentes básicos de la doctrina de justicia natural (*natural justice*).²⁷

El principio *nemo iudex in causa sua* fundamenta dos requerimientos imperativos, inherentes a la noción misma de derecho y de justicia: la independencia y la imparcialidad del juzgador. El derecho a un tribunal independiente e imparcial constituye, además, un derecho humano garantizado en todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.²⁸

Resulta difícil distinguir la independencia de la imparcialidad de un juzgador. En términos generales, tanto la independencia como la imparcialidad permiten al juez o árbitro definirse como un “tercero” respecto a las partes y respecto a la controversia que se le somete. Si el juzgador no es parte, entonces no será parcial (*partial* en inglés y en francés), sino imparcial (*impartial* en inglés y en francés). De igual modo, si el juez o árbitro es un “tercero”, éste no debe ser dependiente de influencias o tentativas de subordinación externas.²⁹

En general, la independencia se refiere a la ausencia de influencias provenientes del exterior. La independencia garantiza así un “libre juicio”, indispensable a la buena impartición de la justicia.³⁰ Por su parte, la imparcialidad se refiere a los prejuicios o tendencias que un juez o árbitro puede tener respecto a una de las partes en un caso concreto. En el *Dictionnaire de droit international public* se enuncia que la imparcialidad de los jueces, árbitros,

²⁷ Dicha doctrina se refiere a la necesidad de impartir la justicia de manera natural, es decir, conforme con los principios de la naturaleza, basados en la igualdad y la equidad. La *natural justice* se basa en dos máximas del derecho romano: *nemo iudex in causa sua* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) y *audi alteram partem* (“nadie debe ser condenado sin ser escuchado previamente”).

²⁸ Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. De la misma manera, el artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...”. El mismo derecho protegido por el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 7o. de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

²⁹ Jouannet, Emmanuelle, “Actualité des questions d’indépendance et impartialité des juridictions internationales: la consolidation d’un tiers pouvoir international?”, *Indépendance et impartialité des juridictions internationales*, Pedone, 2003, p. 273.

³⁰ *Ibidem*, p. 283.

expertos o cualquier otra persona que desempeña una función similar significa “no tomar partido, no tener prejuicios ni conflictos de interés” respecto a las partes o respecto a la cuestión jurídica que se debe resolver.³¹

El respeto del principio *nemo iudex in causa sua* garantiza la credibilidad moral, la legitimidad y la confianza de las partes³² en el arbitraje internacional.³³

La mayoría de los reglamentos de arbitraje contienen disposiciones expresas relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros internacionales. Así, por ejemplo, dichos requisitos se reconocen en el artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI,³⁴ en el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI³⁵ y en el artículo 17-1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo.³⁶ Es de señalarse que las Reglas de Arbitraje del CIADI guardan silencio respecto a la necesaria independencia e imparcialidad de los árbitros.³⁷ Esta laguna del

³¹ *Ibidem*, p. 291.

³² Manzanares Bastida, Bruno, “The Independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration”, *Revist@ E-Mercatoria*, 2007, vol. 6, p. 3.

³³ González de Cossío, Francisco, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002, núm. 32.

³⁴ En virtud de dicha disposición: “Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”. Según el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional: “(1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”.

³⁵ En virtud de dicho artículo: “Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto”.

³⁶ Según esta disposición: “El árbitro deberá ser imparcial e independiente”. De igual modo, según el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo: “(2) La persona a quien se solicite aceptar el nombramiento de árbitro, deberá revelar cualquier circunstancia que pueda originar dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. Si, a pesar de ello, fuese nombrado, deberá inmediatamente, mediante declaración por escrito, hacer la misma revelación a las partes y a los otros árbitros. (3) El árbitro que se entere, en el curso del procedimiento arbitral, de cualquier circunstancia que pueda descalificarlo, deberá informarlo inmediatamente, por escrito, a las partes y a los otros árbitros”.

³⁷ Esta cuestión se aborda únicamente en el artículo 57 del Convenio de Washington. En virtud de dicha disposición: “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión

Reglamento del CIADI ha sido muy criticada; por ende, se ha propuesto la inclusión de una disposición similar a la contenida en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI respecto a la posibilidad de recusar los árbitros ante cualquier duda razonable en torno a su independencia e imparcialidad.³⁸

Los requerimientos de independencia e imparcialidad de los árbitros también se establecen en los derechos internos de los Estados.³⁹ Adicionalmente, se han adoptado importantes instrumentos de *soft law* que precisan el contenido de dichos requerimientos.⁴⁰ Así, por ejemplo, en virtud de las Líneas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, “Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.

Las exigencias de imparcialidad e independencia constituyen una de las principales causas de las solicitudes de recusación de los árbitros internacionales. Asimismo, de conformidad con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, la ausencia de independencia e imparcialidad de los árbitros es una de las causas de

o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV”.

³⁸ Prundaru, Ana, “Will Proposed ICSID Arbitration Rule 23 put an End to Legitimacy Concerns of Arbitrator Disqualifications?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2019, disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/06/will-proposed-icsid-arbitration-rule-23-put-an-end-to-legitimacy-concerns-of-arbitrator-dis-qualifications/?doing_wp_cron=1596208942.3510820865631103515625.

³⁹ En este sentido, el artículo 1427 del Código de Comercio Mexicano establece que “... V. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes”. Según el artículo 1428 del Código de Comercio Mexicano: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento”.

⁴⁰ Así, por ejemplo, dichas obligaciones figuran en los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional. De igual modo, en 1987, la *International Bar Association* adoptó el Código de Ética para Árbitros (*IBA Rules of Ethics*) y, en 2004, la misma institución publicó las Líneas Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration*).

anulación de un laudo arbitral por parte de un tribunal interno. Existen varios casos concretos de la práctica arbitral internacional que ejemplifican dichos supuestos.

Así, por ejemplo, en el caso *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace LTD*,⁴¹ una de las partes demandó la recusación de un árbitro por pertenecer a la misma asociación de abogados (Chamber of Barristers) que la otra parte. En el caso del *buque Catalina*,⁴² se solicitó la recusación de un árbitro que había dicho que “todos los portugueses son mentirosos”. En el asunto *Buraimi Oasis*,⁴³ se cuestionaba la independencia e imparcialidad de uno de los árbitros por haber sido anteriormente consejero del Estado parte en la controversia. En el caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*,⁴⁴ uno de los árbitros fue culpado de imparcialidad por haber fungido, antes de la constitución del tribunal arbitral, como jurisconsulto de una de las partes. En el caso *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers*,⁴⁵ se demandó la recusación de un árbitro que se había reunido previamente con la parte que lo había designado. *A contrario*, en un caso reciente, la Corte Suprema de Justicia de Perú⁴⁶ se negó a anular un laudo arbitral extranjero sólo porque un árbitro conocía a los abogados de una de las partes y había fungido como coárbitro con uno de ellos en otro tribunal arbitral internacional. En el caso *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. Argentina*,⁴⁷ resuelto con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se decidió la recusación de un árbitro porque éste había sido abogado de una de las partes en el anterior caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic*.⁴⁸ En el caso *EDF International S.A. vs. Argentina*,⁴⁹ resuelto bajo los auspicios del CIADI, se demandó la recusación de la profesora

⁴¹ England and Wales High Court, *Laker Airways Inc. v. FLS Aerospace*, 20 de abril de 1999.

⁴² *The Owners of the Steamship “Catalina” and Others vs. The Owners of the Motor Vessel “Norma”*, 29 de julio de 1938.

⁴³ *Buraimi Oasis*, 30 de octubre de 1954.

⁴⁴ Supreme Court of the United States, *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 18 de noviembre de 1968.

⁴⁵ United States Court of Appeal, *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers*, 30 de diciembre de 1993.

⁴⁶ Suprema Corte de Perú, Casación No. 2267-2017.

⁴⁷ *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina*, Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandror, 17 de diciembre de 2017.

⁴⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

⁴⁹ *EDF International S.A. SAUR International S.A. León Participaciones Argentinas S.A. (Claimants) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Challenge Decision Regarding Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler.

suiiza y famosa árbitra Gabrielle Kaufmann-Kohler por su nombramiento como miembro del directorio de un consorcio bancario suizo que mantenía negocios comunes con la compañía EDF. No obstante, la recusación fue rechazada, porque se consideró que la resolución de la controversia entre EDF y Argentina tendría un impacto *de minimis* sobre el bienestar económico, emocional y psicológico de la profesora Kaufmann-Kohler.⁵⁰ En un caso entre Croacia y Eslovenia, resuelto bajo los auspicios de la CPA, un árbitro tuvo que renunciar por haber sostenido una conversación telefónica con la abogada de Eslovenia, durante la cual se discutieron cuestiones relativas al procedimiento y a la resolución de la controversia interestatal.⁵¹

El principio *res iudicata* (“autoridad de la cosa juzgada”) tiene su origen en el derecho romano,⁵² y se relaciona con dos importantes máximas: *interest reipublicae ut sit finis litium* (“el interés público exige que haya un fin a la litigación”) y *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (“nadie debe actuar dos veces para la misma causa”).

Ese principio general del derecho tiene dos efectos: un efecto positivo y un efecto negativo. Su efecto negativo se refiere a la imposibilidad de relitigar un mismo caso una vez que éste haya sido resuelto por una sentencia definitiva. En este primer aspecto, el principio *res iudicata* se expresa en las máximas *non bis in idem* (“no dos veces por la misma cosa”) o *bis de eadem re non sit actio* (“no debe repetirse la acción relativa a un mismo acto”).⁵³ Dicho en otros términos, una sentencia definitiva es obligatoria para las partes,⁵⁴ y éstas deben ejecutarla de buena fe. El efecto negativo del principio *res iudicata* concierne únicamente a las sentencias definitivas que pronuncie un determinado tribunal. Si una sentencia puede ser contestada mediante un recurso de segundo grado (apelación, revisión, etcétera), dicho principio no se le aplicaría.

El principio *res iudicata* se aplica únicamente si se reúnen tres condiciones cumulativas: identidad de partes, objeto y causa de una demanda. La

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 73.

⁵¹ Zivkovic, Patricia, “Severe Breaches of Duty of Confidentiality and Impartiality in the Dispute between Croatia and Slovenia: Is Arbitration Immune to such Violations”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015, disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/07/29/severe-breaches-of-duty-of-confidentiality-and-impartiality-in-a-dispute-between-croatia-and-slovenia-is-arbitration-immune-to-such-violations/?doing_wp_cron=1596213804.3329749107360839843750.

⁵² Una referencia al principio *res iudicata* puede ser encontrada en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador bizantino justiniano (en el libro 50 del *Digesto*, capítulo 17 y en las *Institutas*, IV, 13. 5).

⁵³ Berlin Conference 2004, “Res iudicata and Arbitration”, *Report of the International Law Association*, International Commercial Arbitration, p. 2.

⁵⁴ Cheng, Bin, *op. cit.*, p. 337.

primera condición se expresa en la máxima *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (“la cosa convenida entre los unos no perjudica ni aprovecha a los otros”). La segunda condición exigida para la aplicación del principio de *res iudicata* se refiere a la identidad de la causa de la demanda, o identidad de la causa de la disputa. Una demanda puede tener otro objeto a partir del momento en el que se basa en hechos distintos y/o hace valer derechos diferentes a los invocados en el primer caso, ya juzgado por una jurisdicción internacional. La causa de la demanda se refiere, por lo general, a la violación de las normas internacionales que fundamentan el interés jurídico de la demanda.

La aplicación del principio *res iudicata* no cubre todo el contenido de una sentencia o laudo arbitral. Dicho principio concierne únicamente al dispositivo (*dispositif*) y no a los considerandos de resolución. En los considerandos (*considérants/motifs or dispositive part*) de una sentencia, los jueces y árbitros aplican e interpretan las normas y principios jurídicos aplicables a los hechos que originan el litigio entre las partes. Dichos apartados exponen la argumentación jurídica o la motivación de la sentencia. El dispositivo (parte resolutoria/*dispositif/operative part*) se enuncia, generalmente, en la última parte de una sentencia internacional para establecer las consecuencias de la existencia (o inexistencia) de una violación del derecho aplicable al caso, respecto a cada una de las partes en la controversia.

El principio *res iudicata* se revela fundamental para el funcionamiento del arbitraje internacional. En virtud de su efecto positivo, un laudo arbitral es definitivo y obligatorio para las partes. Por su naturaleza misma, el arbitraje no cuenta con un mecanismo de apelación, confiado a una jurisdicción de segundo grado. Como se dijo con anterioridad, existen mecanismos muy limitados para impugnar una sentencia arbitral o para denegar su ejecución ante los órganos judiciales internos. Una vez reconocido por los tribunales estatales, un laudo arbitral adquiere la misma autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) que una sentencia judicial, dictada por un tribunal interno. La aplicación del efecto negativo del principio *res iudicata* en el arbitraje internacional es más problemática. En efecto, la prohibición de relitigar un caso sobre los mismos hechos y entre las mismas partes puede ser de difícil aplicación no sólo en las relaciones entre dos tribunales arbitrales internacionales, sino también en las que rigen la vinculación entre los órganos arbitrales internacionales y los tribunales internos.⁵⁵ Los efectos de la *res iudicata* en dichas

⁵⁵ Schaffstein, Silja, *The Doctrine of res iudicata before International Arbitral Tribunals*, PhD Thesis, Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva, p. 106.

relaciones han sido aclarados en el Reporte de la Asociación de Derecho Internacional sobre la *Res Judicata* en el Arbitraje Internacional.⁵⁶

El efecto positivo del principio *res iudicata* se encuentra cristalizado en numerosos instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje internacional. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: “1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”. De igual modo, dicho efecto se establece en numerosos reglamentos de arbitraje.⁵⁷ El efecto positivo del principio *res iudicata* se reconoce, además, en algunos tratados aplicables al arbitraje internacional.⁵⁸

Los tribunales arbitrales internacionales han aceptado excepciones a la aplicación del efecto positivo del principio *res iudicata* en muy limitadas circunstancias. Así, por ejemplo, el caso *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd (MDCL) v Ghana Investments Centre (GIC) and the Government of Ghana*,⁵⁹ los árbitros aceptaron reexaminar un laudo arbitral definitivo porque éste

⁵⁶ *ILA Report on Res Judicata in International Arbitration*.

⁵⁷ De conformidad con el artículo 34-2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “2. Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”. Según el artículo 26-9 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres: “Todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado sólo por el artículo 27). Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia puede ser válidamente realizada”. En virtud del artículo 34-6 del Reglamento de arbitraje de la CCI de París: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”.

⁵⁸ Así, por ejemplo, según el artículo III de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros: “cada parte contratante se compromete en reconocer el carácter obligatorio de los laudos arbitrales”. El artículo 4o. de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales”.

⁵⁹ UNCITRAL, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, 27 de octubre de 1989.

había sido obtenido por medios fraudulentos (en particular, era basado en falsos testimonios).

El efecto negativo del principio *res iudicata* no está expresamente establecido en el marco normativo del arbitraje internacional. No obstante, dicho efecto se considera como aceptado y obligatorio para las partes en este medio de solución de litigios.⁶⁰ Además, se puede hallar referencias al efecto negativo del principio *res iudicata* en algunos instrumentos de *soft law* aplicables en el arbitraje comercial internacional.⁶¹

Las condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* han sido aclaradas en numerosos casos de la práctica arbitral internacional.

Así, por ejemplo, en el caso *Channel Arbitration*⁶² entre el Reino Unido y Francia, la CPA consideró que “es generalmente reconocido que la autoridad de *res iudicata*, es decir la fuerza vinculante de una sentencia, se aplica sólo al dispositivo y no a la motivación de la misma” (sus considerandos). En el caso *número 8023* de 1995, un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la CCI de París estimó que la *res iudicata* de un laudo arbitral solamente se aplica al dispositivo, mas no a los considerandos del mismo.⁶³ En el caso *Trail Smelter*, el tribunal arbitral aplicó el principio *res iudicata* y estimó que los tres elementos requeridos para su aplicación en dicho asunto (identidad de partes, objeto y causa de la controversia) no eran reunidos.⁶⁴ Las condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* también fueron apreciadas en el caso *número 6293* de 1990, resuelto por un tribunal arbitral de la CCI de París.⁶⁵ En el caso *CME vs. Czech Republic*, el tribunal arbitral constituido en materia de inversiones con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tuvo que determinar si un caso previo resuelto entre Roland Lauder —el socio principal de la empresa CME— y la República Checa constituía *res iudicata* para la controversia sometida ante su foro.

⁶⁰ Schaffstein, Silja, *op. cit.*, p. 134.

⁶¹ Así, por ejemplo, en virtud del principio 28 de los Principios ALI/UNIDROIT sobre Proceso Civil Transnacional: “28.1 Al aplicar las normas sobre litispendencia, el objeto del proceso queda determinado por las pretensiones de las partes contenidas en los escritos iniciales y en sus modificaciones. 28.2 Al aplicar las normas sobre la cosa juzgada, su alcance queda determinado por referencia a las pretensiones y defensas de las partes en los escritos iniciales, inclusive sus modificaciones, y por la parte dispositiva y fundamentos de la sentencia. 28.3 El concepto de cosa juzgada parcial referido a una cuestión de hecho o a la aplicación de la ley a los hechos deberá aplicarse sólo para prevenir una injusticia grave”.

⁶² CPA, *Case Concerning the Delimitation of the Continental Shelf Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic*, 14 de marzo de 1978, p. 295.

⁶³ ICC, *Case Number 8023*, 27 de noviembre de 1995.

⁶⁴ *Trail Smelter Case*, United States vs. Canada, 16 de abril de 1938.

⁶⁵ ICC, *Case Number 6293*, 1990.

El tribunal rechazó la aplicación del principio *res iudicata*⁶⁶ y consideró que las partes en los dos casos eran distintas, y que la causa de la demanda en ambas controversias se basaba en diferentes TBI. En el mismo sentido, en el caso *Smithkline Beecham Biologicals, S.A. v Biogen, Inc.*,⁶⁷ resuelto bajo los auspicios de la Asociación Americana de Arbitraje, el órgano arbitral internacional aceptó resolver una controversia entre las partes, aunque ya existía un laudo arbitral previo entre ellas, adoptado por la Corte de Arbitraje de Londres, argumentando que el segundo procedimiento arbitral era iniciado sobre la base de otro contrato vigente entre las partes y, por ende, el objeto de la demanda era distinto. En el reciente caso *Helnan International Hotels vs. Egypt*,⁶⁸ un tribunal arbitral del CIADI fue llevado a pronunciarse sobre un caso ya resuelto por un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de una institución egipcia de arbitraje (*Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*). El órgano arbitral del CIADI estimó que las tres condiciones cumulativas para la aplicación del principio *res iudicata* no estaban reunidas. En el caso *Amco vs. Indonesia*,⁶⁹ un tribunal arbitral del CIADI examinó un caso resuelto por otro órgano arbitral de la misma institución. Algunas partes del laudo arbitral previo habían sido sujetas a un procedimiento de reexamen y anuladas por el Comité *ad hoc* del Centro. El segundo tribunal arbitral consideró que la decisión del Comité *ad hoc* sobre la anulación del primer laudo arbitral no constituía *res iudicata*. En el mismo sentido, en el caso *Aipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*,⁷⁰ un tribunal arbitral del CIADI reconoció la *res iudicata* de un laudo arbitral previo, aun si éste había sido anulado por tribunales internos. En el caso *Gavazzi vs. Romania*,⁷¹ un órgano arbitral de la misma institución aceptó pronunciarse sobre una controversia, que ya estaba resuelta por un tribunal rumano interno, y estimó que las tres condiciones para la aplicación del principio *res iudicata* no se cumplían, porque la sentencia interna no tenía ni el mismo objeto ni la misma causa.

⁶⁶ UNCITRAL, *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, 14 de marzo de 2003, párrs. 435 y ss.

⁶⁷ TJUE, *Smithkline Beecham Biologicals, S.A. vs Biogen, Inc.*, Case C-181/95.

⁶⁸ *Helnan's International Hotels vs. Egypt*, ICSID Case No. 05/19.

⁶⁹ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, párr. 32.

⁷⁰ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07.

⁷¹ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25.

II. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS EN LOS PROCESOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Como se mencionó anteriormente, los jueces y árbitros internacionales conocen el derecho y son los únicos responsables de su interpretación y aplicación en los casos concretos que les son sometidos. No obstante, el principio *iura novit curia* no los convierte en entes omnisapientes, capaces de estudiar y conocer la resolución de todos los problemas fácticos, susceptibles de presentarse en las circunstancias específicas de un caso contencioso. Consecuentemente, los órganos judiciales y arbitrales internacionales suelen recurrir a expertos externos para cumplir con su función jurisdiccional.⁷²

El peritaje (*expertise*) es una medida de instrucción, consistente en encarregar a una o varias personas competentes, denominadas expertos (o peritos), la realización de un examen técnico y/o científico y la elaboración de un reporte sobre determinados problemas que se presentan en la resolución de una controversia internacional.⁷³ El término “experto” se refiere a las personas encargadas de realizar un peritaje debido a sus conocimientos, su experiencia o su formación particular.⁷⁴

La consulta de expertos se limita, en principio, a cuestiones relativas a la determinación de los hechos y no a las normas que deben fundamentar su calificación jurídica. Dicho en otros términos, los expertos pueden pronunciarse únicamente sobre los problemas fácticos de una controversia internacional; los problemas jurídicos quedan reservados al conocimiento exclusivo del juzgador (*iura novit curia/arbitrator*).⁷⁵

En el arbitraje internacional, el peritaje concierne la “descodificación” por parte de los árbitros, de ámbitos técnicos y científicos pertenecientes a diferentes saberes (entre otros, economía, ciencias ambientales, ingeniería, contaduría, biología, química, etcétera).

En primer lugar, las partes pueden designar a árbitros que son expertos en relación con la naturaleza específica de la controversia (así, por ejemplo, si es un arbitraje en materia de construcción, las partes designarán como árbitros a arquitectos o ingenieros, y si es un arbitraje médico, a médicos). Aunque la mayoría de las personas nombradas árbitros en los tribunales

⁷² Savadogo, Louis, “Le recours des juridictions internationales à des experts”, *Annuaire français de droit international*, 2004, vol. 50, p. 231.

⁷³ *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483 y 484.

⁷⁴ Artículo 1o. del Acuerdo del 14 de diciembre de 2004, celebrado entre el TIDM y Alemania, relativo a la sede del Tribunal.

⁷⁵ Savadogo, Louis, *op. cit.*, p. 231.

arbitrales internacionales son expertos en derecho, existen numerosos casos resueltos por árbitros que no son abogados.

En segundo lugar, los expertos en el arbitraje internacional pueden ser designados por las partes en la controversia o por los propios árbitros. Esta posibilidad se reconoce en la mayoría de los reglamentos de arbitraje.⁷⁶

Cuando los expertos son designados por las partes, éstos comparecen en la calidad de testigos, y su testimonio cobra la forma de una “opinión de expertos”. Dichas opiniones frecuentemente se presentan por escrito, y posteriormente se exponen en las fases orales del procedimiento arbitral. En algunos casos, los expertos presentados por ambas partes comparecen juntos, con el objetivo de contrastar y confrontar sus distintos puntos de vista. Las opiniones escritas de los expertos se incluyen en un informe, frecuentemente voluminoso, que examina a detalle cada uno de los elementos fácticos invocados por las partes.⁷⁷

⁷⁶ Así, por ejemplo, dicha posibilidad se establece en el artículo 29-1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en los siguientes términos: “1. Previa consulta con las partes, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos independientes para que le informen, por escrito, sobre las materias concretas que determine el tribunal. Se comunicará a las partes una copia del mandato dado al perito por el tribunal arbitral”. De conformidad con el artículo 27-2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “2. Podrá actuar como testigo, inclusive como perito, cualquier persona designada por una parte que testifique ante el tribunal sobre cualquier cuestión de hecho o que pertenezca a su ámbito de competencia como perito, y su testimonio podrá ser admitido por el tribunal arbitral, aunque esa persona sea parte en el arbitraje o esté relacionada de algún modo con una parte. A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de los testigos, incluidos los peritos, podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por ellos”. Según el artículo 25-3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París: “3 El tribunal arbitral podrá decidir la audición de testigos, peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia siempre y cuando éstas hayan sido debidamente convocadas”. De igual modo, según el artículo 25-4 de dicho reglamento: “4 El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. A petición de cualquiera de ellas, las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito así nombrado”. El artículo 31.15 de las Reglas de Arbitraje del CIADI prevé la posibilidad para los panelistas de nombrar expertos en los siguientes términos: “A solicitud de una Parte contendiente, o por iniciativa propia, el panel podrá recabar información y asesoría técnica de una persona u organismo que considere apropiado, siempre que las Partes contendientes así lo acuerden y sujeto a cualesquiera términos y condiciones decididos por las Partes contendientes. Las Partes contendientes tendrán una oportunidad para comentar sobre la información o asesoría obtenida conforme a este Artículo”.

⁷⁷ Schneider, Michael, “Technical Experts in International Arbitration, Introductory Comments to the Materials from Arbitration Practice”, *ASA Bulletin*, 1993, vol. 11, pp. 446-465.

Las pruebas aportadas por los expertos desarrollan una función significativa en la resolución de las controversias por medio del arbitraje internacional.⁷⁸ En efecto, en algunos supuestos, los árbitros solicitan a los expertos no sólo presentar y exponer determinadas pruebas, sino también evaluar el valor de las pruebas presentadas por las partes. En esos casos, la frontera entre el peritaje y la función arbitral se vuelve muy delgada.⁷⁹

Es de señalarse que se han adoptado instrumentos de *soft-law* respecto a la valoración, por parte de los árbitros internacionales, de las pruebas presentadas por expertos. Unos de los instrumentos más utilizados en la práctica arbitral internacional son las Líneas Directrices sobre Expertos Designados por las Partes y por los Árbitros del *Chartered Institute of Arbitrators*⁸⁰ y las Reglas de la IBA sobre la Obtención de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional.⁸¹

El peritaje ha sido muy utilizado en el arbitraje internacional interestatal.⁸² Así, por ejemplo, en el caso *Lac Lanoux*, los árbitros nombraron expertos para determinar los efectos ambientales de la desviación de las aguas de un lago.⁸³ En el caso *Fonderie de Trail*, los peritos designados por los árbitros

⁷⁸ Swineheart, “Matthew, Reliability of Expert Evidence in International Disputes”, *Michigan Journal of International Law*, 2017, vol. 38, p. 288.

⁷⁹ *Rockwell International Systems vs. Iran*, Iran-US Claims Commissions, 1989, párr. 150.

⁸⁰ De conformidad con el artículo 1o. de dichas líneas, los árbitros deben determinar si las pruebas aportadas por expertos son admisibles de conformidad con el acuerdo de arbitraje o con cualesquiera normas internas aplicables al caso. Asimismo, los árbitros son competentes para nombrar expertos al inicio del procedimiento arbitral o en cualquiera de sus fases posteriores. Los árbitros deben determinar los mecanismos para la obtención y la exposición de las pruebas por parte de los expertos en una orden procesal específica. Asimismo, los miembros del tribunal arbitral internacional han de aclarar los motivos por los cuales decidieron basarse en las pruebas presentadas por los expertos. *Chartered Institute of Arbitrators*, “Party-Appointed and Tribunal-Appointed Experts”, *International Arbitration Practice Guideline*, disponible en: <https://www.ciarb.org/media/4200/guideline-7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf>.

⁸¹ Según el artículo 5o. de dichas Reglas: “1. Las Partes podrán apoyarse en Peritos designados por ellas como medio de prueba para materias concretas. El Perito designado por una Parte presentará su Dictamen dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral”. De igual modo, en virtud del artículo 6o. de las Reglas: “1. El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que le informen sobre materias concretas determinadas por el Tribunal Arbitral”. Dicho instrumento busca, además, promover la cooperación entre los peritos designados por las partes, estableciendo posibles encuentros en éstos y la adopción de acuerdos sobre los asuntos en los cuales se presenten diferencias de opinión”.

⁸² Tribolo, Julie, “L’expertise dans les arbitrages internationaux”, en Truilhé-Marengo, Eve (coord.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Bruylant, 2011, pp. 213-227.

⁸³ *Lago Lanoux*, España c. Francia, 16 de noviembre de 1957.

determinaron los efectos de la contaminación atmosférica transfronteriza resultante de la emisión de gases tóxicos. En los asuntos *OSPAR* ante la CPA,⁸⁴ *MOX Plant*⁸⁵ y *Reclamaciones de Singapur sobre el Estrecho de Johor*⁸⁶ ante órganos arbitrales constituidos con base en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los árbitros designaron peritos para aclarar cuestiones técnicas relativas a la protección internacional del medio marino.

La comparecencia de expertos en el arbitraje internacional de inversiones se ha vuelto casi rutinaria. Así, por ejemplo, en el caso *Santa Elena vs. Costa Rica*,⁸⁷ un tribunal arbitral del CIADI fijó el monto de la indemnización debida al inversionista extranjero en función de las estimaciones presentadas por los expertos de ambas partes.⁸⁸ En el caso *Methanex Corp. v. United States*,⁸⁹ un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios del TLCAN citó a expertos para resolver un asunto relativo a la regulación de los aditivos a los combustibles. En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*,⁹⁰ un tribunal arbitral del CIADI tuvo que pronunciarse sobre reglas de empaquetado de cigarrillos. En el caso *Azurix vs. Argentina*,⁹¹ resuelto por medio de un arbitraje CIADI, los peritos se pronunciaron sobre cuestiones de contaminación de agua potable, y en el caso *Chemtura Corp. v. Canada*,⁹² un tribunal arbitral internacional, constituido con base en el artículo XI del TLCAN, nombró a peritos para aclarar problemas derivados del uso de pesticidas.

⁸⁴ *Arbitrage OSPAR*, minutes orales des audiences des 21, 22, 23 et 24 octobre 2002, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁸⁵ *Usine Mox*, minutes orales des audiences des 10, 18, 20 et 21 juin 2003, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁸⁶ Réclamation territoriale de Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor, Malaisie c. Singapour, 1 de septembre de 2005.

⁸⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, párrs. 93-95.

⁸⁸ Entre otros: *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, pp. 150 y 151; *Saghi v. Islamic Republic of Iran, Award*, Iran-U.S. Claims Tribunal, 1993, párr. 104; *Starrett Housing*, Iran-U.S. Claims Tribunal, párrs. 337-343; *Venezuela Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, párr. 360-368.

⁸⁹ *Methanex Corp. v. United States*, párr. 101, NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2005.

⁹⁰ *Philip Morris Brands v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

⁹¹ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12.

⁹² *Chemtura Corp. v. Canada*, NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2010.

III. EL *AMICUS CURIAE* ANTE LOS ÓRGANOS ARBITRALES INTERNACIONALES

La institución del *amicus curiae* se origina en el derecho romano⁹³ y se aplica en los mecanismos de impartición de justicia tanto en el plano interno como en el internacional. Como lo afirmó un tribunal arbitral del CIADI, “el *amicus curiae* es un amigo de la Corte —un tercero (no parte) en la controversia—, que ofrece presentar al tribunal sus argumentos, su perspectiva especial o su peritaje sobre la controversia en la forma de observaciones escritas (*briefs or submission*)”.⁹⁴

La intervención de *amicus curiae* ante los tribunales arbitrales internacionales suele relacionarse con asuntos de interés general, como la protección del medio ambiente, la salud, los derechos económicos, sociales o culturales o la lucha contra la corrupción.⁹⁵ Al mejorar la transparencia y la participación de actores de la sociedad civil en la resolución de las controversias por medio de arbitraje, los *amici curiae* refuerzan la credibilidad y legitimidad de este mecanismo de arreglo de litigios.⁹⁶ Sin embargo, la participación de *amicus curiae* también es susceptible de perjudicar la naturaleza consensual del arbitraje, en especial si las partes no han autorizado expresamente la presentación de observaciones de esta naturaleza. La presentación de observaciones de *amicus curiae* también es susceptible de incrementar las costas del arbitraje, privar el procedimiento arbitral de confidencialidad y ocasionar retrasos en las diligencias procesales.⁹⁷

La intervención de *amicus curiae* ha sido más frecuente en el arbitraje internacional de inversiones.

Así, por ejemplo, en el caso *Methanex*,⁹⁸ un tribunal arbitral del TLCAN admitió observaciones de *amicus curiae* presentadas por algunas ONG com-

⁹³ En el derecho romano, los abogados eran consultados por los jueces (*iudex*) para recibir de ellos una ayuda o consejo en la solución de un caso. A comienzos del siglo IX, esta institución se incorporó a la práctica judicial en países de tradición anglosajona (*common law*). Defensoría del Pueblo, *El amicus curiae. ¿Qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2008, p. 20.

⁹⁴ *Aguas Argentinas S.A and Others v. Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae*, ICSID case No. ARB/03.

⁹⁵ Fach Gómez, Katia, “Rethinking the Role of *Amicus Curiae* in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, 2012, vol. 35, p. 544.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 549.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 548-554.

⁹⁸ *Methanex Corp. v. United States*, NAFTA Arb. 2005, párr. 1.

petentes en materia de protección del medio ambiente.⁹⁹ En el caso *United Parcel Service of America, Inc. v. Canada*,¹⁰⁰ se admitieron observaciones de esta índole sobre la base de lo establecido al respecto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En el caso *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*,¹⁰¹ un tribunal del CIADI¹⁰² consideró que no era competente para permitir la participación de *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales. En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*,¹⁰³ otro tribunal arbitral del CIADI aceptó intervenciones de *amicus curiae* y consideró que para valorar su admisibilidad debía tomarse en consideración su utilidad para la resolución de la controversia particular. Las mismas consideraciones fueron reiteradas en laudos posteriores de tribunales arbitrales del CIADI.¹⁰⁴ En la mayoría de los casos se trató de observaciones presentadas por una o más ONG y personas privadas.¹⁰⁵ En algunos casos recientes se ha admitido la participación en los procedimientos arbitrales de órganos de las organizaciones internacionales intergubernamentales. Así, por ejemplo, en el caso *Philip Morris vs. Uruguay*¹⁰⁶ intervino, como *amicus curiae*, la Organización Mundial de la Salud.

IV. LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

El estándar de prueba es un concepto principalmente desarrollado en los sistemas jurídicos de *common law*. Su objetivo consiste en indicar los criterios de valoración de las pruebas presentadas ante un juez y la importancia que se

⁹⁹ Fach Gómez, Katia, *op. cit.*, p. 535.

¹⁰⁰ *United Parcel Serv. of Am., Inc. v. Canada, Decision on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae*, NAFTA Arb. 2001, párr. 63.

¹⁰¹ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

¹⁰² Fach Gómez, Katia, *op. cit.*, p. 537.

¹⁰³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, párr. 1.

¹⁰⁴ *Biwater Gauff (Tanz.) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, párr. 55, *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, párr. 50, *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, párr. 39, *Piero Foresti v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, párr. 55.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Ups vs. Canada* intervinieron dos ONG canadienses (*Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians*); en el caso *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ICSID Case No. ARB/14/21), presentaron observaciones *amicus curiae* una ONG (*Association of Human Rights and the Environment-PULNO*) y el señor Carlos López.

¹⁰⁶ *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

atribuye a cada uno de los indicios probatorios. Se distinguen tres principales estándares de prueba que dependen del grado de evidencia requerida: “equilibrio de probabilidades” (*balance of probabilities*), “prueba clara y convincente” (*clear and convincing*) y “prueba más allá de cualquier duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*). El estándar de prueba exigido varía según el tipo de asuntos sometidos ante un tribunal interno. Así, por ejemplo, en materia penal se exige el más alto estándar de prueba: “más allá de cualquier duda razonable”.¹⁰⁷

En contraste, el estándar de prueba en los sistemas de *civil law* es un concepto muy poco desarrollado. En dichos países, las pruebas buscan convencer la “conciencia personal o íntima” del juzgador acerca de la veracidad de los indicios fácticos; es decir, no se establece un estándar de prueba predefinido, y se subraya la libertad del juzgador en la valoración de las pruebas presentadas por las partes.¹⁰⁸

Las convenciones internacionales de arbitraje, las leyes internas, los reglamentos de arbitraje y los laudos arbitrales guardan silencio acerca del estándar de prueba aplicable en los procedimientos arbitrales internacionales. Dicho estándar suele ser muy discutido en la práctica arbitral internacional, y no existen reglas generales aplicables en la materia.¹⁰⁹

Las reglas incluidas en algunos instrumentos internacionales aplicables al arbitraje dejan una gran margen de maniobra a los árbitros en la valoración de las pruebas.¹¹⁰ Dichas reglas se basan en el principio de libre valoración de las pruebas; es decir, para ser admitidas por el órgano arbitral internacional, las pruebas presentadas por las partes deben lograr, con “suficiente certeza”,¹¹¹ “la convicción íntima” de los árbitros.¹¹²

En algunos casos, los árbitros internacionales se han referido a la noción de “equilibrio de probabilidades”,¹¹³ que ha sido aplicada dependiendo de

¹⁰⁷ Aimoré Carreteiro, Mateus, “Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Guidelines for Promoting Predictability”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XIII, núm. 49, 2016, p. 88.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰⁹ Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece que “4. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentada”. De igual modo, de conformidad con la Regla 34-1 de las Reglas de Procedimiento Arbitral del CIADI: “El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio”. Según el artículo 25-1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París: “1 El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados”.

¹¹¹ *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case núm. ARB(AF)/09/1.

¹¹² Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 94.

¹¹³ *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, ICSID Case núm. ARB(AF)/09/1.

las circunstancias de cada caso particular. En asuntos de corrupción, por ejemplo, se ha exigido un grado de evidencias “claras y convincentes”. En el caso *Oil Field of Texas, Inc. v. Iran*, los árbitros del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos consideraron que “si las dudas razonables persisten, una tal alegación no puede considerarse como comprobada”.¹¹⁴

La determinación de la carga de la prueba en el proceso judicial y arbitral internacional se realiza de conformidad con el principio general *actori incumbit probatio*.¹¹⁵ En virtud de dicho principio, la parte que alega un determinado hecho debe probarlo ante el juzgador. La atribución de la carga de la prueba según este principio responde a criterios de equidad y garantiza la previsibilidad y certeza en el arreglo judicial y arbitral de las controversias internacionales.¹¹⁶

El principio *actori incumbit probatio* se aplica en los procedimientos iniciados ante los órganos arbitrales internacionales. Muy pocos reglamentos de arbitraje se refieren expresamente a la determinación de la carga de la prueba ante dichos órganos;¹¹⁷ no obstante, se considera que el principio *actori incumbit probatio* constituye un principio general del derecho que no necesita ser reconocido por escrito para regir al proceso arbitral internacional. En consecuencia, dicho principio ha sido aplicado por los tribunales arbitrales internacionales sin ninguna referencia a un derecho interno o a un reglamento de arbitraje en cuanto *lex arbitrii*.

Como lo manifestó el tribunal arbitral en el caso *Azurix v. Argentina*,¹¹⁸ “el principio general aplicable en los procedimientos del CIADI y en el arbitraje internacional, en general, es «quien alega, debe probar»; consecuentemente, la parte que alega debe obtener y presentar las evidencias necesarias para comprobar sus alegatos”. De igual modo, como lo señaló un tribunal arbitral del CIADI en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*,¹¹⁹ “existe un principio general del derecho que atribuye la carga de la prueba... a la parte que alega el hecho”. En el caso *Tokios Tokelés v. Ukraine*,¹²⁰ otro

¹¹⁴ Case No 258-43-1, Iran U.S. Claims Commissions, October 8, 1986, párr. 25.

¹¹⁵ Aimoré Carreteiro, Mateus, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁶ Si el juez debiera designar, en función de otros criterios subjetivos, cuál de las dos partes debe aportar la prueba de los hechos litigios, se correría el riesgo de que el juez perdiera su necesaria imparcialidad e independencia.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en virtud del artículo 27-1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”.

¹¹⁸ *Azurix Corp. v. the Argentine Republic*, ICSID Case núm. ARB/01/12, párr. 215; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID Case núm. ARB/99/6, párrs. 89-91.

¹¹⁹ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, párr. 56.

¹²⁰ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, párr. 121.

tribunal arbitral del CIADI estimó que “la carga de la prueba para demostrar el impacto de la medida gubernamental indiscutiblemente incumbe a la parte que lo alega”. En el asunto *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*,¹²¹ el tribunal arbitral consideró que “en virtud de un principio bien establecido de derecho, le compete a la parte que alega probar los hechos sobre los cuales se basa su demanda”. En el asunto *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*,¹²² el demandante perdió el caso, porque no había asumido la carga de la prueba que le correspondía.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL INTERNACIONAL

Las medidas provisionales o cautelares constituyen un mecanismo destinado a preservar la efectividad de la resolución final de un órgano judicial o arbitral internacional y evitar que durante el curso de los procedimientos ocurran eventos que causen un perjuicio grave e irreparable para los derechos e intereses de las partes en los litigios internacionales. El objetivo principal de dichas medidas consiste en evitar el deterioro de la situación de las partes y, por ende, la agravación de la controversia.

Las medidas cautelares son un mecanismo importante para la defensa de los derechos e intereses de las partes en el arbitraje internacional. Dichas medidas tienen por objetivo facilitar el desarrollo del procedimiento arbitral (a través de medidas tendientes a preservar pruebas, inspeccionar bienes, prohibir la revelación de información confidencial, congelar cuentas bancarias, suspender obras, diferir la aplicación de medidas gubernamentales, prever garantías frente a una posible insolvencia de una de las partes, etcétera) y salvaguardar el *statu quo* de las relaciones jurídicas entre las partes hasta que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre el fondo de la controversia.

Los instrumentos jurídicos aplicables al procedimiento ante los órganos arbitrales internacionales incluyen disposiciones expresas respecto a la competencia de los árbitros para ordenar este tipo de medidas. Así, por ejemplo, el artículo 28-1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de París establece que “1 Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a

¹²¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case núm. ARB/03/24, párr. 249.

¹²² *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case núm. ARB/03/24, párr. 249.

solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas”.¹²³ De conformidad con la regla 39-1 del Reglamento de Arbitraje del CIADI:

(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

Las demás disposiciones de la regla 39 retoman, en lo esencial, lo establecido respecto a la indicación de medidas cautelares en el Reglamento de la CIJ;¹²⁴ asimismo, se permite que las partes soliciten la indicación de medidas cautelares a órganos judiciales internos.¹²⁵ Según el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “1. El tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares”. Dicha disposición contiene, además, una definición precisa de “medidas cautelares”¹²⁶ y

¹²³ Según el artículo 28-2 del Reglamento: “Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto...”.

¹²⁴ De conformidad con dicha disposición: “(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento. (4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones. (5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido”.

¹²⁵ Según la regla 39-6: “Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses”.

¹²⁶ Según el artículo 26-2: “2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo: a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia; b) Adopte medidas para impedir i) algún daño actual o inminente, o ii) el menoscabo del procedimiento arbitral, o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho

condiciones estrictas que deben cumplirse para que el tribunal otorgue medidas de esta naturaleza.¹²⁷ Dichas medidas pueden ser modificadas o revocadas, a demanda de una de las partes o del propio tribunal,¹²⁸ y es posible que una de las partes en la controversia presente una demanda de medidas cautelares ante un órgano judicial interno.¹²⁹

Los tribunales arbitrales constituidos con base en dichos instrumentos internacionales han desarrollado criterios comunes en materia de otorgamiento de medidas cautelares.

En efecto, en casos que han implicado la indicación de medidas de esta naturaleza, la mayoría de órganos arbitrales internacionales han considerado que es necesario demostrar que el tribunal arbitral tiene *prima facie* competencia para resolver el asunto que le es sometido y que existe una situación de urgencia susceptible de causar un daño irreparable a los derechos e intereses de una de las partes en la controversia.¹³⁰ Dichas condiciones se reconocen, además, en un documento de *soft law* adoptado en 2016 por el Chartered Institute of Arbitrators.¹³¹

En el caso *Victor Pey Casado vs. Chile*,¹³² un tribunal arbitral del CIADI consideró que para ordenar medidas cautelares consistentes en suspender un decisión ministerial en contra del demandante se tenía que establecer, en primer lugar, la competencia *prima facie* del tribunal para pronunciarse

daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

¹²⁷ Según el artículo 26-3: “3. La parte que solicite alguna medida cautelar prevista en los apartados a) a c) del párrafo 2 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada; y b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”.

¹²⁸ El artículo 26-5 establece que “5. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”.

¹²⁹ Según el artículo 26-9: “9. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no será tenida por incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

¹³⁰ Benz, Stephen, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration”, *Georgetown Journal of International Law*, 2018, vol. 50, p. 152.

¹³¹ *Chartered Institute of Arbitrator’s International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measure*.

¹³² *Pey Casado, President Allende Foundation v. Chile*, ICSID Case núm. ARB/98/2.

sobre el fondo de la controversia.¹³³ En el caso *Railroad Development Corp. v. Guatemala*,¹³⁴ un tribunal arbitral del CIADI denegó la indicación de medidas cautelares consistentes en preservar la integridad de documentos, por la falta de urgencia que justificara la demanda. En el caso *Paushok vs. Mongolia*, un tribunal arbitral constituido sobre la base de un TBI entre Rusia y Mongolia, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, apreció el alcance del “daño irreparable” exigido para el otorgamiento de las medidas cautelares¹³⁵ y ordenó suspender la aplicación de leyes internas de Mongolia respecto a una empresa rusa que explotaba una mina de oro en el territorio de dicho Estado.¹³⁶ Según los criterios desarrollados en el caso *Paushok*, basta con demostrar un riesgo de daño sustancial (no irreparable) y no necesariamente monetario (por ejemplo, un daño a la reputación). Otros tribunales arbitrales internacionales han exigido la demostración de un daño más serio que un simple daño sustancial. Así, por ejemplo, en el caso *Eurobalt v. Republic of Moldova*,¹³⁷ un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional de Estocolmo consideró que un daño a los derechos e intereses del inversionista que puede ser reparado monetariamente no justificaba el otorgamiento de medidas cautelares. En consecuencia, se puede considerar que en el arbitraje internacional no existe consenso respecto al umbral del daño exigido para el otorgamiento de medidas cautelares.¹³⁸

Es de señalarse que existen controversias respecto al carácter ejecutable de las órdenes de medidas cautelares indicadas por un tribunal arbitral internacional.

En principio, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros no establece expresamente la obligación, para los tribunales internos, de ejecutar las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral internacional. Dicha cuestión se aborda únicamente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

¹³³ El tribunal basó dicha determinación en abundantes referencias a la jurisprudencia de la CIJ respecto al otorgamiento de medidas de esta índole. Extrajurídicamente, esto podría explicarse por el hecho de que uno de los árbitros del tribunal —el argelino Mohammed Bedjaoui— era un antiguo juez de la CIJ.

¹³⁴ *R.R. Dev. Corp. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23.

¹³⁵ *Paushok v. Mongolia*, UNCITRAL Arbitration, 2 de septiembre de 2008, párr. 64.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 68.

¹³⁷ *Eurobalt LLC v. The Republic of Moldova*, Award on Emergency Measures, SCC Arbitration, 30 de mayo de 2016, párr. 52.

¹³⁸ Benz, Stephen, *op. cit.*, p. 158.

Internacional.¹³⁹ Algunos Estados han adoptado legislación interna respecto a este supuesto, y treinta países han incorporado las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI en la materia. No obstante, el contenido de dichas medidas internas varía, y no es posible identificar un estándar internacional armonizado en este ámbito.¹⁴⁰ Esto explica por qué en algunos casos las partes en las controversias sometidas a arbitraje internacional prefieran dirigirse directamente a los tribunales internos del Estado en cuyo territorio se encuentra la sede del tribunal arbitral para solicitar la adopción de medidas de esta naturaleza. De ahí que en materia de indicación de medidas cautelares se establezca una cooperación funcional muy útil entre tribunales internos y órganos arbitrales internacionales.

VI. LA (NO) APLICACIÓN DE LA REGLA DEL PRECEDENTE ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES

El marco normativo aplicable al arbitraje internacional no establece expresamente la obligación de los órganos arbitrales internacionales de aplicar precedentes obligatorios emanados de otros tribunales. Como se dijo con anterioridad, la mayoría de los tratados y reglamentos aplicables al arbitraje prevén que los laudos arbitrales son obligatorios para las partes, pero guardan silencio respecto al carácter vinculante de criterios establecidos en otros laudos, dictados con anterioridad.¹⁴¹

Existen varios factores que parecen limitar la aplicabilidad de la regla de *stare decisis* en el arbitraje internacional.

¹³⁹ De conformidad con el artículo 17-H de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: “1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I. 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros”.

¹⁴⁰ Castello, James y Chahine, Rami, “Enforcement of Interim Measures”, *Global Arbitration Review*, 2019, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1178692/enforcement-of%E2%80%89-interim-measures#footnote-051>.

¹⁴¹ Así, por ejemplo, según el artículo 53 del Convenio del CIADI: “los laudos son obligatorios para las partes...”.

Como se mencionó en repetidas ocasiones, el arbitraje es una justicia privada, y la constitución de cada órgano arbitral internacional resulta del consentimiento de las partes para la resolución de una controversia particular a través de dicho medio. Por ende, a diferencia de la mayoría de los órganos judiciales internacionales, los tribunales arbitrales internacionales no son de carácter permanente, y cada tribunal, incluso en el caso del arbitraje institucional, goza, en principio, de total independencia y autonomía *vis-à-vis* de los demás. Además, las partes pueden optar por la confidencialidad de los procedimientos arbitrales, y los laudos que se dictan al término de éstos suelen permanecer secretos. No existen jurisdicciones superiores (o supremas) que puedan corregir eventuales errores de derecho en los laudos arbitrales adoptados por jurisdicciones inferiores y, de este modo, unificar y armonizar la jurisprudencia arbitral internacional. El control de las partes sobre la constitución del tribunal arbitral y sobre cada etapa del procedimiento les permite, en principio, excluir, en el acuerdo arbitral, la posibilidad para los árbitros de aplicar la regla de *stare decisis*.¹⁴² De ahí que los árbitros internacionales no serían autorizados a crear nuevo derecho ni tendrían la obligación de aplicar derecho ya creado en precedentes establecidos en laudos arbitrales anteriores.

Sin embargo, a pesar de que no existe un reconocimiento formal de la aplicación de la regla de *stare decisis* en ningún sistema de arbitraje internacional, existen evidencias del recurso constante, por parte de algunas categorías de órganos arbitrales internacionales, a criterios y resoluciones adoptados en laudos arbitrales anteriores.¹⁴³

Así, por ejemplo, como lo muestra el juez Guillaume, las referencias a precedentes que emanan de otros órganos arbitrales y/o judiciales internacionales son muy frecuentes en el arbitraje interestatal. Las sentencias arbitrales que resuelven controversias entre Estados son públicas, en la mayoría de los casos, y citan constantemente laudos arbitrales y sentencias judiciales pronunciados por otras jurisdicciones internacionales.¹⁴⁴

En cambio, en el arbitraje comercial internacional entre partes privadas, exclusivamente, los laudos arbitrales suelen permanecer secretos tanto en el caso del arbitraje institucional como tratándose del arbitraje *ad hoc*.¹⁴⁵ En un estudio realizado en 2006, la profesora Kaufmann-Kohler identificó

¹⁴² Weidemaier, Marc, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, 2010, vol. 51, p. 1904, disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss5/5>.

¹⁴³ Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

solamente treinta laudos arbitrales adoptados por la CCI de París (15% de los laudos publicados, en total) que contenían referencias a otras sentencias arbitrales. Respecto a los laudos arbitrales en materia de compraventa internacional de mercaderías y, en particular, en el caso de los que aplican e interpretan la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el estudio resalta que de los cien laudos analizados en ese periodo solamente tres citaban laudos emanados de otros tribunales arbitrales internacionales.¹⁴⁶ Visto que el objetivo principal de los laudos arbitrales en materia de comercio internacional de mercaderías consiste en aportar una solución concreta y pragmática al conflicto entre las partes, los laudos no buscan desarrollar, en forma consistente y coherente, el derecho aplicable, que, en sí, no constituye una preocupación significativa de los operadores económicos que participan en las relaciones privadas internacionales.¹⁴⁷

A diferencia del arbitraje comercial internacional, el arbitraje mixto en materia de inversiones, en particular el que se lleva a cabo bajo los auspicios del CIADI, presenta un carácter más “público” y más proclive al desarrollo de un sistema de precedentes.¹⁴⁸ En efecto, como se dijo con anterioridad, dicho mecanismo permite a una parte privada (inversionista extranjero) demandar a un Estado soberano ante un órgano arbitral internacional, y muchas veces implica el examen, por parte del tribunal arbitral, de medidas legislativas o administrativas adoptadas por este Estado en su ordenamiento jurídico interno. Asimismo, la gran mayoría de laudos arbitrales del CIADI se publican y son fácilmente accesibles para el público, en general. Desde una perspectiva extrajurídica, los árbitros y abogados altamente especializados que participan en los arbitrajes llevados a cabo bajo los auspicios del CIADI han formado una verdadera “elite transnacional”, que tiene un excelente conocimiento de los laudos resueltos con anterioridad y los invoca constantemente en casos posteriores.¹⁴⁹

Para apreciar la aplicación de la regla del precedente en el arbitraje internacional de inversiones bajo los auspicios del CIADI, se debe tomar en consideración lo establecido en el artículo 53 del Convenio de Washington. En virtud de dicha disposición: “El laudo será obligatorio para las partes...”. Este reconocimiento del efecto relativo del principio *res iudicata* pa-

¹⁴⁶ Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *op. cit.*, p. 357.

¹⁴⁷ Perret, François, “Is There a Need for Consistency in International Commercial Arbitration”, en Gaillard, Emmanuel y Bannifatemi, Yaz, *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, 2007, p. 25.

¹⁴⁸ Weidemaier, Marc, *op. cit.*, p. 1913.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 1923.

rece demostrar la no aplicación de la regla del precedente en el arbitraje CIADI. No obstante, la redacción del artículo 53 en términos generales y la ausencia de otras disposiciones al respecto,¹⁵⁰ en el marco normativo aplicable a dicho mecanismo de solución de controversias, no permite excluir con certeza la vigencia de la doctrina de *stare decisis*.

En la práctica concreta de los tribunales arbitrales del CIADI se observa la citación constante de laudos arbitrales anteriores. En un estudio realizado entre 1990 y 2006, se demostró que dichas citaciones ocurrieron en 80% de los casos y aumentaron exponencialmente a lo largo del tiempo.¹⁵¹ Sin embargo, la postura de los distintos órganos arbitrales del CIADI respecto a la aplicación de la regla del precedente en dicho sistema arbitral ha sido muy divergente.

Según un tribunal arbitral del CIADI: “en el derecho internacional general no existe una regla del precedente; ésta tampoco existe en el sistema específico del CIADI...”.¹⁵² En la opinión de los árbitros en el caso *El Paso vs. Argentina*:¹⁵³

...los tribunales arbitrales del CIADI son creados *ad hoc*...; este tribunal no conoce una disposición que establezca la obligación de *stare decisis*. No obstante, existe una presunción razonable de que los tribunales arbitrales internacionales, en particular los constituidos bajo los auspicios del CIADI, generalmente toman en cuenta los precedentes... de otros tribunales arbitrales internacionales.

El tribunal arbitral, en el caso *Enron vs. Argentina*,¹⁵⁴ estimó que “los laudos del CIADI no constituyen precedentes obligatorios y cada caso debe ser examinado a la luz de sus propias circunstancias”. Los árbitros, en el caso *Amco v. Indonesia*,¹⁵⁵ consideraron que lo resuelto en el asunto *Klöckner* del Comité *ad hoc* del CIADI no constituía un precedente obligatorio para dicho órgano; no obstante, el tribunal arbitral agregó que “la ausencia de una regla de *stare decisis* en el sistema de arbitraje del CIADI no impedía

¹⁵⁰ Ni el Convenio del CIADI ni sus Reglas de Arbitraje contienen una disposición similar a las del artículo 59 del Estatuto de la CIJ, por ejemplo, que estableciera que los laudos son vinculantes sólo para las partes en cada caso particular.

¹⁵¹ Jeffery, Peter, “Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration*, 2007, vol. 24, p. 129.

¹⁵² CIADI, *AES Corp. vs. Argentina*, 26 de abril de 2005, párr. 23.

¹⁵³ *El Paso Energy International Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/03/15, párr. 39.

¹⁵⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, párr. 25.

¹⁵⁵ *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1.

que este tribunal coincidiera con la interpretación... realizada en el asunto *Klöckner*".¹⁵⁶ De manera aún más clara, el órgano arbitral en el caso *LET-CO*¹⁵⁷ afirmó que "no era obligado por los precedentes establecidos por otros tribunales del CIADI; sin embargo, podría ser instructivo (*instructive*) para este tribunal tomar en consideración sus interpretaciones". Los árbitros en el caso *SGS v. Philippines* señalaron que

...a pesar de que los distintos tribunales arbitrales constituidos bajo los auspicios del CIADI buscan actuar en forma consistente..., es posible que cada tribunal ejerza su propia competencia de conformidad con el derecho aplicable al caso... Además, no existe en el derecho internacional una doctrina de precedentes, si por regla de precedente se entiende el carácter vinculante de una única sentencia. No hay una jerarquía entre los tribunales internacionales, y aunque hubiera, no habría motivo para permitir que un tribunal internacional resuelva un asunto hacia el futuro para todos los demás órganos arbitrales y judiciales internacionales.¹⁵⁸

En vista de lo anterior, es posible concluir que en el arbitraje internacional no se aplica una regla formal de *stare decisis*, y los laudos arbitrales no constituyen precedentes obligatorios, dotados de un valor normativo, en la resolución de casos futuros con hechos idénticos o similares. No obstante, como en el caso de los tribunales internacionales, existe una clara tendencia, por parte de los órganos arbitrales internacionales, de tomar en consideración lo resuelto en casos anteriores que versen sobre la misma problemática. Aunque no existe una obligación de seguir lo resuelto en laudos anteriores, en la mayoría de los casos los órganos arbitrales internacionales adoptan sentencias que convergen con lo establecido en casos con hechos similares resueltos por otros tribunales arbitrales internacionales.¹⁵⁹ En todo caso, dichos precedentes poseen un valor informativo o persuasivo que puede resultar útil para los propósitos demostrativos del tribunal que se refiere a los mismos.¹⁶⁰ El otorgamiento de una autoridad meramente persuasiva a lo resuelto en laudos arbitrales previos maximiza la posibilidad, para los árbitros, de mostrar que sus decisiones se insertan correctamente en el desarro-

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *LETCO v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2.

¹⁵⁸ *GS v. Philippines*, *cit.*, parr. 97.

¹⁵⁹ Reinisch, August, "The Use and Limits of Res Iudicata and Lis Pendens as Procedural Tool to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 13.

¹⁶⁰ Weidemaier, Marc, *op. cit.*, p. 1934.

llo preexistente de las normas jurídicas aplicables al caso. Al mismo tiempo, la autoridad persuasiva, más no normativa, de los laudos arbitrales previos aumenta la credibilidad y legitimidad de los laudos arbitrales y promueve su posterior ejecución por las partes en la controversia.¹⁶¹ Desde esta perspectiva, aun si no tienen la obligación jurídicamente vinculante de referirse a laudos arbitrales previos, los órganos arbitrales internacionales han asumido una “obligación moral al respecto”: la de crear un ambiente normativo previsible para la resolución de las controversias por medio del arbitraje.¹⁶²

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 1936.

¹⁶² Kauffmann-Kohler, Gabrielle, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture”, *Arbitration International*, vol. 23, 2007, p. 374.