



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Esta tesis doctoral contiene un índice que enlaza a cada uno de los capítulos de la misma.

Existen asimismo botones de retorno al índice al principio y final de cada uno de los capítulos.

[Ir directamente al índice](#)

Para una correcta visualización del texto es necesaria la versión de [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriores

Aquesta tesi doctoral conté un índex que enllaça a cadascun dels capítols. Existeixen així mateix botons de retorn a l'índex al principi i final de cadascun dels capítols .

[Anar directament a l'índex](#)

Per a una correcta visualització del text és necessària la versió d' [Adobe Acrobat Reader 7.0](#) o posteriors.

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

**LA CODIFICACIÓN Y EL DESARROLLO
PROGRESIVO DEL PRINCIPIO DE ARREGLO
PACÍFICO DE CONTROVERSIAS: SU
INCIDENCIA EN LOS DISTINTOS MEDIOS DE
ARREGLO**

Tesis presentada para aspirar al título de Doctor en Derecho por

Millán Requena Casanova

2005



**Realizada bajo la dirección del Profesor Carlos Jiménez Piernas, Catedrático de
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de
Alcalá**





Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

A la memoria de José Casanova Pastor.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Bienaventurados los pacíficos,
San Mateo, 5, 3-12



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE DE MATERIAS

FUENTES DEL CONOCIMIENTO Y ABREVIATURAS UTILIZADAS	vii
INTRODUCCIÓN	1
I. OBJETO DE INVESTIGACIÓN	1
1. El arreglo pacífico de controversias como principio estructural del ordenamiento internacional contemporáneo.....	1
2. El principio de libertad de elección de medios y la relevancia del consentimiento de los Estados como fundamento que activa la obligación de arreglo pacífico.....	13
3. La codificación y el desarrollo progresivo del principio de arreglo pacífico auspiciada por las Naciones Unidas.....	17
A) El desarrollo del principio de arreglo pacífico a través del proceso sectorial de codificación y desarrollo progresivo del DI.....	17
B) La progresiva vinculación entre el proceso codificador y el arreglo pacífico de controversias.....	25
II. MÉTODO Y FUENTES DEL CONOCIMIENTO	31
III. PLAN DE EXPOSICIÓN	34
PARTE PRIMERA. LA INCIDENCIA DEL PROCESO CODIFICADOR EN LOS MEDIOS DE ARREGLO DE CARÁCTER NO JURISDICCIONAL	39
CAPÍTULO I. EL PROCESO DE RELATIVA JURIDIFICACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS	41
I. La aparente ajuridicidad de las negociaciones diplomáticas.....	41
II. El proceso de regulación jurídica de las negociaciones diplomáticas.....	49
1. La obligación formal de negociar: su activación a petición de parte.....	51
2. La supuesta prioridad de las negociaciones a la luz del proceso codificador.....	60
3. Alcance de la obligación de negociar: la determinación del previo agotamiento de las negociaciones diplomáticas.....	68
III. La ausencia de regulación jurídica de los buenos oficios y de la mediación.....	77
CAPÍTULO II. EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN Y FUNCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS POLÍTICOS POR INTERVENCIÓN DE TERCERO: SUS CONSECUENCIAS EN LA CONCILIACIÓN Y EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS	83
<i>Introducción. El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los medios políticos por intervención de tercero auspiciado por las NU</i>	83

Sección primera. El proceso de judicialización de los medios políticos por intervención de tercero94

I. El acceso obligatorio a la conciliación como paradigma de la judicialización.....	94
1. Apertura del procedimiento mediante demanda conjunta	96
2. Apertura del procedimiento mediante demanda unilateral: la conciliación “obligatoria” como propuesta de <i>desarrollo progresivo</i>	100
A) El acceso obligatorio a la conciliación con alcance <i>parcial y limitado</i>	101
a) Consecuencias extremas de la conciliación obligatoria: el modelo “cuasi judicial” de la <i>Convención sobre Derecho del Mar</i> de 1982	106
B) El acceso obligatorio a la conciliación con alcance <i>integral y uniforme</i>	112
II. Consecuencias del proceso de judicialización: la institucionalización de los medios políticos por intervención de tercero y los efectos en algunos de sus elementos tradicionales	120
1. El soporte institucional del procedimiento: la constitución “automática” del órgano de arreglo a través del SG.....	120
A) El establecimiento y mantenimiento de listas de expertos a cargo del SG.....	126
2. La cuestión del valor “jurídico” del informe de la comisión de conciliación.....	129
A) La dimensión pública del informe mediante su traslado al SG	129
B) Los efectos “jurídicos” del informe.....	134
a) El efecto de abrir la vía de acceso a procedimientos jurisdiccionales.....	134
b) El valor jurídico del informe cuando actúa como alternativa a una sentencia judicial o a un laudo arbitral: el caso de la <i>Convención sobre Derecho del Mar</i> de 1982	136

Sección segunda. El proceso de funcionalización de los medios políticos por intervención de tercero139

I. Aspectos generales de la funcionalización.....	139
1. De la conciliación: la conciliación “obligatoria” como contrapunto a la jurisdicción obligatoria.....	139
A) En el Derecho de los Tratados: la conciliación “obligatoria” como mecanismo de control obligatorio y objetivo para verificar la compatibilidad o no de un tratado con una norma distinta al <i>ius cogens</i>	139
B) En el Derecho del Mar: la conciliación “obligatoria” como vía de escape al sistema de jurisdicción obligatoria en la <i>Convención sobre Derecho del Mar</i> de 1982	144
a) El acceso a la conciliación obligatoria con carácter <i>automático</i> (art. 297)	146
b) El acceso a la conciliación obligatoria con carácter <i>facultativo</i> (art. 298.1 a)	151
c) Problemas de la funcionalización en la práctica: posibles conflictos entre la competencia de la conciliación <i>ex art. 298.1 a)</i> y los distintos procedimientos jurisdiccionales previstos en el art. 287.....	154
C) El fracaso de las propuestas de conciliación obligatoria en el proceso codificador de la Responsabilidad del Estado: la <i>Tercera Parte</i> del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados de 1996.....	157
2. De la determinación de los hechos: la determinación de los hechos de <i>acceso</i> obligatorio como procedimiento de <i>prevención</i> de controversias.....	161

II. Aspectos particulares de la funcionalización	165
1. De la conciliación	165
A) Funciones sustantivas: la calificación jurídica de la controversia como labor principal de la comisión.....	166
B) Funciones procesales: la determinación de la regularidad de su propia constitución.....	173
2. De la determinación de los hechos	175
A) La determinación de los hechos como medio auxiliar de la conciliación y del arbitraje	177
B) La ampliación competencial <i>ratione materiae</i> a la calificación de los hechos establecidos en el informe	181

Sección tercera. El acceso obligatorio a los medios políticos por intervención de tercero: valoración a la luz de la práctica de los Estados 184

PARTE SEGUNDA. LA INCIDENCIA DEL PROCESO CODIFICADOR EN LOS MEDIOS DE ARREGLO DE CARÁCTER JURISDICCIONAL 191

CAPÍTULO III. EL RELATIVO AUGE DEL ARBITRAJE EN TANTO PROCEDIMIENTO TRANSACCIONAL Y DE CIERRE EN LOS DIFERENTES SISTEMAS DE ARREGLO 193

Introducción. La creciente sectorialización del arbitraje como procedimiento transaccional y de geometría variable 193

Sección primera. La revitalización del arbitraje en tanto procedimiento de transacción y de cierre en los distintos convenios codificadores 202

I. Modelos que prevén el recurso opcional al arbitraje en tanto procedimiento de transacción para la constitución de sistemas de arreglo integrados	204
1. El arbitraje opcional como sistema subsidiario a los medios políticos (conciliación obligatoria) y jurisdiccionales (recurso a la CIJ).....	204
2. El arbitraje opcional <i>reforzado</i> como procedimiento alternativo a la jurisdicción obligatoria de la CIJ: el modelo de los <i>Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados</i> de 1969 y 1986.....	207
II. Modelos que prevén <i>ratione materiae</i> el recurso obligatorio al arbitraje.....	212
1. El arbitraje obligatorio como único procedimiento jurisdiccional del sistema de arreglo	213
2. El arbitraje obligatorio como mecanismo alternativo a la jurisdicción de la CIJ	216
3. La fallida expansión del arbitraje obligatorio como procedimiento jurisdiccional básico en el DI: la <i>Tercera Parte</i> del Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados de 1996	220

III. El arbitraje obligatorio como procedimiento preferente y de cierre del sistema de arreglo de controversias: el “arbitraje VII” de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982..... 225

1. El principio de la jurisdicción obligatoria y la preferencia del “arbitraje VII” como jurisdicción residual en la <i>Convención sobre Derecho del Mar</i> de 1982.....	225
2. La preferencia por el “arbitraje VII” en la práctica: consideraciones a la luz del art. 282 de la Convención de 1982	232
Sección segunda. El proceso de judicialización del arbitraje: manifestaciones en algunos de sus elementos estructurales	237
I. El soporte institucional del sistema arbitral	237
1. La vinculación entre las NU y el tribunal arbitral: la participación del SG en el procedimiento arbitral	237
II. Las partes en el procedimiento arbitral: la ampliación del <i>locus standi</i> procesal a entidades distintas de los Estados	245
III. La regulación tasada del procedimiento arbitral	250
1. Especial referencia a los incidentes de procedimiento	250
2. Especial referencia a la sentencia arbitral.....	260
A) La regulación tasada de los aspectos concernientes al laudo arbitral.....	261
B) El <i>Modelo de Reglas</i> de la CDI como parámetro que rige la ejecución y eficacia del laudo arbitral.....	265
Sección tercera. El relativo auge del arbitraje en los convenios codificadores: práctica en torno a la cláusula arbitral.....	274
I. Una aproximación desde la <i>sectorialización</i>: la reticente actitud estatal hacia la cláusula arbitral prevista en los convenios codificadores	274
II. Una aproximación desde la <i>especialización</i>: posibilidades del “arbitraje VII” de la Convención de 1982 en la práctica	277
CAPÍTULO IV. LA PROMOCIÓN DEL CONSENTIMIENTO ANTICIPADO AL ARREGLO JUDICIAL A TRAVÉS DE LA SECTORIALIZACIÓN Y LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL	285
<i>Introducción. La promoción del consentimiento anticipado al arreglo judicial a través de los convenios de codificación y desarrollo progresivo.....</i>	285
I. Planteamiento	285
<i>Sección primera. La aceptación de la jurisdicción de la CIJ por vía anticipada a través de la sectorialización.....</i>	296
I. Modelos que prevén el recurso opcional a la jurisdicción de la CIJ.....	298
1. La relegación de la cláusula judicial a un Protocolo de firma facultativa	298
2. El recurso a la jurisdicción de la CIJ a través de una declaración <i>ad hoc</i> de las partes (<i>opting in</i>).....	302
3. El recurso a la CIJ, <i>en segunda instancia</i> , condicionado a la experimentación preceptiva de otro procedimiento, con posibilidad de exclusión o reserva (<i>opting out</i>)	306

II. Modelos que prevén el recurso obligatorio y automático a la CIJ para sus disposiciones más controvertidas: el control judicial sobre las normas imperativas de DI como elemento de *desarrollo progresivo*310

1. El control de la CIJ sobre el *ius cogens* en vía contenciosa y consultiva: los *Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986312

2. La jurisdicción de la CIJ en la codificación de la responsabilidad internacional del Estado: la conveniencia de un control judicial acerca de la violación grave de normas imperativas.....317

III. Modelos que prevén un sistema jurisdiccional *ad hoc* en los que, entre una variada gama de procedimientos obligatorios, es posible elegir a la CIJ.....322

Sección segunda. El relativo auge de la jurisdicción contenciosa de la CIJ: práctica en torno a la cláusula judicial contenida en los convenios codificadores323

I. Tratados que prevén el recurso opcional a la CIJ325

1. La reactivación de la competencia contenciosa de la CIJ en el ámbito del Derecho Consular: los asuntos *Breard*, *LaGrand* y *Avena y Otros Nacionales Mexicanos*327

A) El Art. I del Protocolo facultativo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 como cláusula idónea para activar la competencia de la CIJ329

B) Desarrollos jurisprudenciales en torno a la cláusula judicial del Art. I del Protocolo Facultativo al Convenio Consular de 1963: la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas por la Corte *ex art.* 41 de su Estatuto337

II. La reticente actitud estatal hacia las cláusulas que prevén el recurso obligatorio a la CIJ, sin posibilidad de exclusión o reserva: el caso del Derecho de los Tratados342

Sección tercera. La especialización judicial dentro de la sectorialización: el sistema de arreglo de la Parte XV de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 y el nuevo TIDM347

I. La optimización del consentimiento al arreglo judicial obligatorio: el “Compromiso Montreux”347

1. Planteamiento: descripción general del sistema de arreglo de la Convención de 1982347

II. Relaciones y posibles conflictos de jurisdicción entre la CIJ y el TIDM.....349

1. La jurisdicción obligatoria.....350

A) Posición del TIDM dentro del sistema de arreglo obligatorio: controversias que se someten obligatoriamente al Tribunal Internacional del Derecho del Mar ..351

a. La Convención de 1982 como vía de jurisdicción *pre-controversiam* del TIDM.....352

b. La jurisdicción obligatoria y exclusiva del TIDM: controversias relativas a la Zona.....355

c. La jurisdicción obligatoria y residual del TIDM: controversias sobre pronta liberación (art. 292)357

B) La jurisdicción incidental de la Corte y del TIDM: la prescripción de medidas provisionales obligatorias en virtud del art. 290 de la Convención de 1982	362
2. La jurisdicción facultativa: las disposiciones de otros convenios en los términos de la Convención de 1982	368
A) Conflicto potencial de jurisdicciones: el art. 282 de la Convención de 1982 como “norma de conflicto”	370
III. Relaciones entre la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo en lo referente a la elección del procedimiento según lo previsto en el art. 287 de la Convención de 1982	376
1. Datos que ilustran la posición de los Estados	376
2. La preferencia por los órganos permanentes de justicia internacional frente al arbitraje	379
3. La opción por la Corte de La Haya o por el Tribunal de Hamburgo: distintos factores en presencia	382
<i>Sección cuarta. Multiplicación de tribunales internacionales, conflictos de jurisprudencia y fragmentación del DI</i>	386
I. Multiplicación de tribunales internacionales y conflicto de jurisdicciones	386
1. Conflictos de jurisprudencia y fragmentación del Derecho Internacional: una perspectiva jurisdiccional	389
CONCLUSIONES	397
BIBLIOGRAFÍA	419

FUENTES DE CONOCIMIENTO Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

I. REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS

<u>African Journal of International and Comparative Law</u>	<i>African Journal ICL</i>
<u>American Journal of International Law</u>	<i>AJIL</i>
<u>Anuario Argentino de Derecho internacional</u>	<i>AAI</i>
<u>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</u>	<i>Anuario CDI</i>
<u>Annuaire de l'Institut de Droit International</u>	<i>Annuaire IDI</i>
<u>Annuaire Français de Droit International</u>	<i>AFDI</i>
<u>Annuaire du Droit de la Mer</u>	<i>Idem</i>
<u>Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)</u>	<i>ADI</i>
<u>Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional</u>	<i>Anuario IHLADI</i>
<u>Australian Yearbook of International Law</u>	<i>AYIL</i>
<u>Austrian Journal of Public International Law</u>	<i>Austrian Journal PIL</i>
<u>Austrian Review of International and European Law</u>	<i>Austrian Review IEL</i>
<u>Boletín Oficial del Estado</u>	<i>BOE</i>
<u>British Yearbook of International Law</u>	<i>BYIL</i>
<u>Canadian Yearbook of International Law</u>	<i>CYIL</i>
<u>Comunicazione e studi</u>	<i>Idem</i>
<u>Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz</u> . <i>Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz</i>	
<u>Cursos Euromediterráneos de Bancaja de Derecho Internacional</u>	<i>CEBDI</i>
<u>Diario Oficial de la Comunidad Europea</u>	<i>DOCE</i>
<u>Encyclopedia of Public International Law</u>	<i>EPIL</i>
<u>European Journal of International Law</u>	<i>EJIL</i>
<u>German Yearbook of International Law</u>	<i>GYIL</i>
<u>Indian Journal of International Law</u>	<i>IJIL</i>
<u>Italian Yearbook of International Law</u>	<i>IYIL</i>

<u>International and Comparative Law Quarterly</u>	ICLQ
<u>International Journal of Marine and Coastal Law</u>	IJMCL
<u>International Legal Materials</u>	ILM
<u>International Review of the Red Cross</u>	IRRC
<u>Juris-Classeurs de Droit international</u>	Idem
<u>Marine Policy</u>	Idem
<u>Max Planck Yearbook of United Nations</u>	Max Planck YUNL
<u>Michigan Journal of International Law</u>	Mich.J.Int'l L.
<u>Netherlands International Law Review</u>	NILR
<u>Ocean Development of International Law</u>	ODIL
<u>Recueil des Cours de l'Académie de Droit International</u>	RdC
<u>Revista Española de Derecho Internacional</u>	REDI
<u>Revue Belge de Droit International</u>	RBDI
<u>Revue Générale de Droit International Public</u>	RGDIP
<u>Rivista di Diritto Internazionale</u>	RDI
<u>South Africa Yearbook of International Law</u>	South Africa YB Int'l L.
<u>Yearbook International and Environmental Law</u>	YBIEL
<u>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</u>	ZaöRv

II. FUENTES DEL CONOCIMIENTO

1. TRATADOS

Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 9 de diciembre de 1948

Se citará: *Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951

Se citará: *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951

Protocolo Facultativo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, Nueva York, 31 de enero de 1967

Se citará: *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1967

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, de 28 de septiembre de 1954

Se citará: *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas* de 1954

Convención para Reducir los casos de Apatridia, Nueva York, de 30 de agosto de 1961

Se citará: *Convención sobre la Reducción de la Apatridia* de 1961

Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961

Se citará: *Convenio sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961

Protocolo Facultativo al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas sobre arreglo obligatorio de controversias, de 18 de abril de 1961

Se citará: *Protocolo Facultativo al Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961

Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963

Se citará: *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963

Protocolo Facultativo al Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares sobre arreglo obligatorio de controversias, de 24 de abril de 1963

Se citará: *Protocolo Facultativo al Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963

Convenio de las Naciones Unidas sobre las Misiones Especiales, Nueva York, de 8 de diciembre de 1969

Se citará: *Convenio de las Naciones Unidas sobre las Misiones Especiales* de 1969

Protocolo Facultativo al Convenio de las Naciones Unidas sobre las Misiones Especiales sobre arreglo obligatorio de controversias, de 8 de diciembre de 1969

Se citará: *Protocolo Facultativo al Convenio de las Naciones Unidas sobre las Misiones Especiales* de 1969

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, Nueva York, 14 de diciembre de 1973

Se citará: *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969

Se citará: *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986

Se citará: *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986

Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978

Se citará: *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* de 1978

Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, de 8 de abril de 1983

Se citará: *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* de 1983

Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 14 de marzo de 1975

Se citará: *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975

Convenio sobre la Responsabilidad internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales. Londres, Moscú y Washington, de 29 de marzo de 1972.

Se citará: *Convenio sobre la Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972

Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales para usos distintos de la navegación, Nueva York, de 21 de mayo de 1997

Se citará: *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997

2. COLECCIONES DE JURISPRUDENCIA

Texto oficial en francés:

Cour Permanente de Justice Internationale,

Serie A: Recueil de Arrêts et Ordonnances

Serie A/B: Arrêts, Ordonnances et Avis Consultatifs (desde 1931)

Se citará: CPJI, *Serie A*, n.

CPJI, *Serie A/B*, n.

Cour Internationale de Justice,

Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances

Memoires, Plaidories et Documents

Se citará: CIJ, *Recueil* y año

CIJ, *Memoires, affaire* y vol.

Texto oficial en inglés:

International Court of Justice,

Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders

Pleadings, Oral Arguments, Documents

Se citará: ICJ, *Reports* y año

ICJ, *Pleadings, case* y vol.

Texto oficial en francés:

NU, *Recueil des Sentences Arbitrales* (desde 1920)

Se citará: *RSA* y vol.

III. DOCUMENTACIÓN SOBRE EL PROCESO CODIFICADOR DEL DERECHO DEL MAR

1. PRIMERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR (1958)

Se citará:

Original en francés: *Doc. Of.*, 1958 y vol.

Convenio sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, Ginebra, 29 de abril de 1958

Se citará: *Convenio de Ginebra sobre Mar Territorial* de 1958

Convenio sobre Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958

Se citará: *Convenio de Ginebra sobre Alta Mar* de 1958
Convenio sobre la Plataforma Continental, Ginebra, 29 de abril de 1958
Se citará: *Convenio de Ginebra sobre Plataforma Continental* de 1958
Protocolo Facultativo sobre arreglo obligatorio de controversias a los Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar de 1958, de 29 de abril de 1958
Se citará: *Protocolo Facultativo a los Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* de 1958
Convenio sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958
Se citará: *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958

2. TERCERA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR (1969-1982)

Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Documentos Oficiales (A/CONF.62).

Volumen III. Documentos de la Conferencia.

Volumen V. Actas resumidas de las sesiones. Documentos.

Volumen VIII. Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación.

Volumen X. Informes de las Comisiones y de los Grupos de Negociación.

Volumen XI. Actas resumidas de las sesiones. Documentos.

Se citará:

Original en español: *Doc. Of.*, 1982, vol.

Original en inglés: *Doc. Off.* 1982, vol.

Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación, de 22 de julio de 1977.

Se citará: A/CONF.62/WP.

Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación/Revisión 1, de 28 de abril de 1979.

Se citará: Doc. A/CONF.62/WP.9, Rev. 1.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982

Se citará: *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982

IV. DOCUMENTOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

1. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL:

Annuaire de la Commission du Droit International 1949.

Se citará: *Annuaire CDI*, año y vol.

Yearbook of the International Law Commission 1953, vol. I y II.

Se citará: *Yearbook ILC*, año y vol.

Yearbook of the International Law Commission 1958, vol. I

Se citará: *Yearbook ILC*, año y vol.

Annuaire de la Commission du Droit International 1958, vol. I y II

Se citará: *Annuaire CDI*, año y vol.

Annuaire de la Commission du Droit International 1999, vol. I

Se citará: *Annuaire CDI*, año y vol.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1950, vol. II, Doc. A/CN.4/18

Se citará: *Doc. A/CN.4/18*

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1957, vol. II, Doc. A/CN.4/109

Se citará: *Doc. A/CN.4/109*

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1958, vol. II, Doc. A/CN.4/113

Se citará: *Doc. A/CN.4/113*

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 47º período de sesiones, (2 de mayo a 21 de julio de 1995), Documentos Oficiales de la Asamblea General del 50º período de sesiones, Suplemento n. 10, Doc. A/50/10

Se citará: *Doc. A/50/10*.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, (6 de mayo a 26 de julio de 1996), Documentos Oficiales de la Asamblea General del 51º período de sesiones, Suplemento n. 10, Doc. A/51/10.

Se citará: *Doc. A/51/10*.

Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones, (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documentos Oficiales de la Asamblea General del 56º período de sesiones, Suplemento n. 10, Doc. A/56/10.

Se citará: *Doc. A/56/10*.

Informe de la Comisión Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones, (29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002), Documentos Oficiales de la Asamblea General del 57º período de sesiones, Suplemento n. 10, Doc. A/57/10.

Se citará: *Doc. A/57/10*.

2. SEXTA COMISIÓN:

Documentos Oficiales de la Sexta Comisión, (A/C.6)

Se citará: *Doc. A/C.6*

3. DOCUMENTOS DE LAS CONFERENCIAS CODIFICADORAS DE LAS NACIONES UNIDAS:

Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Reducción de la Apatridia, Documentos de la Conferencia, (A/CONF.9)

Se citará: *Doc. A/CONF.9*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Relaciones Diplomáticas, Documentos de la Conferencia, vol. I y II (A/CONF.20)

Se citará: *Doc. A/CONF.20*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Relaciones Consulares, Documentos de la Conferencia, vol. I y II (A/CONF.25)

Se citará: *Doc. A/CONF.25*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia, Primer y Segundo período de sesiones, (A/CONF.39)

Se citará: *Doc. A/CONF.39*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o de Organizaciones Internacionales entre sí, Documentos de la Conferencia, (A/CONF.129)

Se citará: *Doc. A/CONF.129*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales, Documentos de la Conferencia, (A/CONF.67)

Se citará: *Doc. A/CONF.67*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, Documentos de la Conferencia, (A/CONF.80)

Se citará: *Doc. A/CONF.80*

Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estados, Documentos de la Conferencia, (A/CONF.117)

Se citará: *Doc. A/CONF.117*

4. OTROS:

Documentos Oficiales de la Subcomisión Jurídica de la Comisión del Espacio Ultraterrestre. Actas resumidas, (A/AC.105/C.2)

Se citará: *Doc. A/AC.105/C.2*

Informe del Comité Especial sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Supl. n. 22 (A/59/22), 2004.

Se citará: *Doc. A/59/22*, de 2004.

V. DOCUMENTACIÓN VARIA DE NACIONES UNIDAS

UNITED NATIONS, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at 31 december 2003, ST/LEG/SER.E/*

Se citará: UN, *Multilateral Treaties Deposited ...* vol., 2003.

VI. ABREVIATURAS UTILIZADAS

Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, de 4 de agosto de 1995 Acuerdo de 1995

Asamblea General de las Naciones Unidas AG

Comisión de Derecho Internacional CDI

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas CS

Comunidad Europea CE

Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa CSCE

Organización de las Naciones Unidas NU

Organización Mundial del Comercio OMC

Organización de Estados Americanos OEA

Organización para la Cooperación y la Seguridad en Europa OSCE

Secretario General de Naciones Unidas SG

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas TJCE

Corte Internacional de Justicia CIJ

Corte Permanente de Justicia Internacional.....	CPJI
Corte Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Corte Penal Internacional	CPI
Corte Permanente de Arbitraje.....	CPA
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Tribunal Internacional de Derecho del Mar.....	TIDM
Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	TPIY
Sala de Controversias de los Fondos Marinos	SCFM
Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación	TIOFN
República Democrática de Alemania.....	RDA
República Federal de Alemania	RFA
Unión Europea	UE
United Nations Commission on International Trade Law	UNCITRAL
Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas	URSS
Estados Unidos.....	EEUU
Zona Económica Exclusiva	ZEE
volumen.....	Vol
tomo.....	t.
artículo.....	art.
Páginas	p. (pp.)
párrafo	pár.
Documento.....	Doc.
Edición.....	ed.
Editor	Ed.
Coordinador	Coord.

INTRODUCCIÓN

I. OBJETO DE INVESTIGACIÓN

1. El arreglo pacífico de controversias como principio estructural del ordenamiento internacional contemporáneo

Históricamente, la cuestión del arreglo pacífico de controversias ha seguido una evolución paralelamente inversa al uso de la fuerza. Si en el DI Clásico el reconocimiento a los Estados de una ilimitada competencia para el uso de la fuerza reducía las posibilidades de arreglo pacífico, siendo el recurso a la fuerza un procedimiento permitido de solución de conflictos, con posterioridad el incremento de las dimensiones del fenómeno bélico condujo a la potenciación de los procedimientos internacionales de arreglo pacífico.

Al calor de los primeros intentos de limitación jurídica del uso de la fuerza, se sucedieron las primeras iniciativas de búsqueda de solución de los conflictos por medios pacíficos con ocasión de las Conferencias de Paz de La Haya celebradas en 1899 y 1907, que dieron lugar a las *Convenciones para la resolución pacífica de las controversias internacionales*, adoptadas el 29 de julio de 1899 y 18 de octubre 1907, respectivamente. Las Conferencias de La Haya constituyen el primer foro internacional donde, de manera oficial, se pretendió establecer una completa codificación del procedimiento internacional de arreglo pacífico de controversias desde un punto de vista global y unitario¹. El sistema

¹ La documentación relativa a las Conferencias de la Haya puede consultarse en la obra clásica de J.B. SCOTT, *The Reports to the Hague Conferences of 1899 & 1907*, Oxford, 1917, pp. 32-125 y 292-488. Respecto a la aportación de estas Conferencias al arreglo de controversias puede verse WHEBERG, H., "La contribution des Conférences de la paix de La Haye au progrès du droit international", *RdC*, t. 37 (1931-III), 527-669, pp. 533-668. Y, en la doctrina española, entre otros, JIMÉNEZ PIERNAS, C., y CRESPO

de arreglo de controversias ideado en La Haya, que gravitaba en torno a los límites al uso de la fuerza a través del arbitraje, será reforzado con el advenimiento de la SdN, cuyo Pacto constitutivo concibe el procedimiento del arreglo pacífico de controversias como uno de los fines esenciales de la Organización ginebrina². Ahora bien, a pesar del refuerzo institucional del arreglo pacífico, el Pacto de la SdN no logró abolir completamente el *ius ad bellum* de los Estados, pues el recurso a los procedimientos que establecía el Pacto (principalmente, en sus arts. 12–15) estaba concebido como garantía de orden procesal en torno a un sistema de plazos o “moratoria de guerra”, a través de la obligación jurídica de los miembros de la SdN de buscar un arreglo pacífico, *antes de* acudir a la guerra. El sistema de arreglo institucional previsto en el Pacto quedó vertebrado a través de una amplia red de convenios celebrados con la pretensión de mejorar y completar la organización del arreglo pacífico realizada en este instrumento.

Por orden cronológico, el primero de estos convenios fue el *Protocolo para el arreglo pacífico de controversias internacionales* adoptado en Ginebra, el 2 de octubre de 1924, cuyo principal objetivo consistía en asegurar la “justiciabilidad” de todas o amplias categorías de controversias reconduciéndolas a través del sistema institucional de arreglo de controversias del Pacto³. Más tarde, el *Acta General para el arreglo pacífico de las controversias internacionales*, adoptada también en Ginebra en 1928 y revisada por la AG en 1949, será el instrumento que más refuerza y desarrolla los procedimientos

NAVARRO, E., “La Organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya”, en PECES BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R., (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Siglo XIX, Madrid, 2005 (en prensa), (trabajo consultado por cortesía de los autores). Ambas Convenciones cuentan en la actualidad con una amplia participación de los Estados (71 Estados la de 1889; 84 la de 1907), siendo la última ratificación a la Convención de 1889 en 2003 (Etiopía), mientras que en ese mismo año tres Estados (Belice, Estonia y Kuwait) ratificaban la de 1907, si bien las últimas ratificaciones han sido a cargo de Eslovenia y Togo en 2004; *vid.* el estado de ratificaciones en <http://pca-cpa.org/ENGLISH/AR/Report%202003/Annex%201.pdf/>.

² Sobre el sistema de la SdN se puede consultar RAUCHBERG, H., “Les obligations juridiques des membres de la Société des Nations pour le maintien de la paix” *RdC*, t. 37 (1931-III), 83–304, pp. 172 y ss.

³ Si bien el Protocolo nunca llegó a entrar en vigor. Sobre el sistema de arreglo articulado en el Protocolo de Ginebra véase WEHBERG, H., “Le Protocole de Genève”, *RdC*, t. 7 (1925-II), pp. 5–150, *passim*.

internacionales de arreglo de controversias dispuestos en el Pacto⁴. En este sentido, el Acta aporta interesantes variaciones políticas en relación con el modelo de arreglo previsto en el Protocolo de Ginebra, principalmente porque el dictamen del Consejo de la SdN quedaría relegado en beneficio de un mecanismo de arreglo estructurado en tres procedimientos (conciliación, arreglo judicial y arbitraje), en función de la distinción entre controversias jurídicas y políticas⁵. Sin embargo, habrá que esperar hasta la adopción en París, el 27 de agosto de 1928, del *Pacto Briand-Kellog de renuncia a la guerra* para encontrar una obligación categórica de no recurrir al uso de la fuerza como procedimiento de arreglo de controversias entre los Estados partes⁶. No obstante, la aproximación del Pacto fue puramente negativa, ya que los signatarios sólo se obligaban a resolver sus controversias por medios pacíficos, es decir, indirectamente se condenaban las medidas de fuerza, pero no se reforzaba con una obligación positiva, en el sentido de acudir exclusivamente al empleo de medios pacíficos determinados⁷.

Ante este panorama, podemos afirmar que en las postrimerías del siglo XIX, y en el primer tercio del XX, fue cuando comenzaron a ponerse los cimientos necesarios para la construcción de dos de los principios estructurales del DI contemporáneo, el principio de prohibición del uso de la fuerza y el que recoge la obligación de los Estados de resolver sus controversias por medios pacíficos. Principios cuyo reconocimiento universal, no obstante,

⁴ Aprobada por la IX Asamblea el 26 de septiembre de 1928, y cuyo texto fue revisado por la AG en 1949 a los únicos efectos de adecuar su redacción a la sucesión de la SdN por las NU. El *Acta General* está en vigor en la versión revisada por la AG en su Res. 268 A (III), desde el 20 de octubre de 1950. La redacción del Acta se debió a los trabajos del "Comité de Arbitraje y Seguridad", creado por la Asamblea en 1927 con el propósito de estudiar fórmulas que pusieran en juego el tríptico paz, seguridad y desarme; su principal joya fue, precisamente, el *Acta General*. El texto del Acta General puede verse en *UN Treaty Series*, vol. 71, pp. 101-127. Fueron Bélgica y Suecia los primeros Estados que manifestaron su consentimiento en obligarse (el 23 de diciembre de 1949 y el 22 de junio de 1950, respectivamente). Completan la lista Dinamarca, Estonia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos y Burkina Faso, Estados todos ellos (menos Burkina Faso) del norte y del centro de Europa; *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, status as at 31 December 2003*, vol. I, pp. 37-38.

⁵ Sobre el *Acta General* véase BOREL, E., "L'Acte Général de Genève", *RdC*, t. 27 (1929-II), pp. 499-592.

⁶ El texto del *Pacto* se puede consultar en la *Gaceta de Madrid* de 29 de Agosto de 1931 y Aranzadi *Dic.*, n. 15205.

⁷ *Vid.* VALLAT, F., "The Peaceful Settlement of Disputes", *Essays in honour of Lord McNair*, Cambridge, 1965, 165-187, p. 167.

no pudo alcanzarse hasta mediados del siglo XX, a través de su proclamación por la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, NU).

Tras la Segunda Guerra Mundial y la adopción en 1945 de la Carta de las NU, el enfoque de la Organización mundial respecto al arreglo pacífico cambia de manera sustancial en relación con su predecesora, pues ahora el arreglo pacífico de controversias ya no se vislumbra como fin esencial, como sucedía con la SdN, sino como un medio para conseguir el *Propósito* principal de esta Organización, que es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁸. Si la Carta de NU se refiere al arreglo pacífico de controversias desde tres perspectivas diferentes, esto es, como medio para mantener la paz y seguridad internacionales, como obligación normativa de los Estados, y como función de la Organización, todas ellas convergen en su vinculación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁹.

La segunda de las perspectivas se tradujo en la formulación del arreglo pacífico de controversias en el art. 2.3 de la Carta como *Principio* estructural del DI. Su tenor literal es el siguiente:

⁸ Es bien sabido que el *Propósito* fundamental de la Organización enunciado en el art. 1.1 de la Carta de San Francisco, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, se apoya sobre dos pilares: el primero, de carácter coercitivo y vinculado a la adopción de “medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz”, y segundo, de tipo no coercitivo y conectado al logro “por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

⁹ Así, y en relación al primer aspecto indicado, el art. 1.1 de la Carta se refiere a “las controversias susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”; la obligación de los Estados contenida en el art. 2.3 tiene por finalidad “que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia”, y se concreta en el art. 33 de la Carta en aquellas controversias “cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”; finalmente, la función de arreglo pacífico, explicitada en el Capítulo VI de la Carta, se refiere a las controversias de naturaleza de las que trata el art. 33 o situaciones de índole semejante (arts. 33, 36 y 37), y a las controversias o situaciones susceptibles de conducir a fricción internacional o den origen a una controversia “a fin de determinar si su prolongación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales” (art. 34).

“Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia”

10

A pesar de la subordinación de este *Principio* al *Propósito* del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales¹¹, ello no significa que estemos ante dos preceptos equivalentes de la Carta, puesto que hay matices diferenciales entre ambos. En este sentido, se ha señalado que mientras la Organización deberá actuar conforme al DI, los Estados miembros lo harán de forma que no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales ni la justicia¹². Además, se ha advertido una ausencia de coherencia entre los arts. 1.1 y 2.3 de la Carta, motivada por dos cuestiones. En primer lugar, porque los destinatarios no son los mismos, pues el art. 1.1 va dirigido a la Organización y el art. 2.3 a los Estados miembros. En segundo lugar, porque las pautas que la Carta marca a cada uno de ellos son diversas¹³.

Desde un punto de vista material, la competencia de los órganos de las NU se ejerce, conforme al art. 1.1, tanto sobre las controversias¹⁴ como sobre las “situaciones”¹⁵,

¹⁰ Obsérvese que el sistema de arreglo pacífico consagrado en la Carta de las NU evita el escollo de confirmar o negar la existencia de la dualidad de controversias jurídicas y políticas, pues “la obligación impuesta a los Estados miembros de solucionar pacíficamente sus diferencias puede cumplirse por cualquiera de los dos géneros de medios: los políticos o los jurídicos”; PECOURT, E., “La solución pacífica de controversias internacionales en la Carta de San Francisco”, *ONU Año XX*, Madrid, 1966, pp. 351–368.

En el plano procesal, la afirmación de la juridicidad de toda controversia fue mantenida por la Corte en asunto de las *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, CIJ, *Recueil 1988*, p. 91. Así como, más recientemente, en el *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. Estados Unidos)*, ICJ, *Reports 1998, Order of 9 April 1998*, p. 12, párr. 32. En el ámbito consultivo, la CIJ ha establecido una jurisprudencia consolidada sobre este aspecto, destacando los asuntos sobre *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ, *Reports 1962*, p. 155; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ, *Reports 1996 (I)*, p. 234, párr. 13. La doctrina refrenda esta posición de la CIJ por lo que se refiere al contenido de la noción jurídica de controversia, pues “[L]a distinction entre différends juridiques et politiques, (...) correspond toutefois à une vision manichéenne des relations internationales. Souvent, en effet, les litiges sont de *nature mixte*”; CAFLISCH, L., “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, *RdC*, t. 288 (2001), 257–461, p. 267.

¹¹ Este diseño de la piedra angular de la Organización entraña, a juicio de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, la siguiente conclusión: el arreglo pacífico de controversias no ocupa un lugar principal, sino secundario y auxiliar en el sistema de la Carta respecto al objetivo primordial, “Le traitement des différends internationaux par le Conseil de Sécurité”, *RdC*, t. 85 (1954-I), 5–105, pp. 5–6.

¹² MIAJA DE LA MUELA, A., “Solución de diferencias internacionales (Teoría jurídica general)”, en *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales*, vol. I, t. 1, Madrid, 1957, 183–331, p. 201.

¹³ KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London, 1958, p. 359.

¹⁴ La noción jurídica de controversia internacional fue precisada en 1924 por la CPJI en su célebre sentencia relativa a las *Concessions de Mavrommatis en Palestine*, definiéndola como “un desacuerdo sobre un punto

mientras que, según el art. 2.3, se ejerce sobre las controversias exclusivamente. En cuanto a la función, la del *Propósito* se reduce a las controversias y situaciones susceptibles de conducir a un quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales, y la del *Principio* se circunscribe a una obligación general de arreglo de *todo tipo* de controversias.

Pero sobre todo la Carta manifiesta de forma definitiva la interdependencia entre el principio de arreglo pacífico de controversias y el de la prohibición a los Estados del recurso a la amenaza o el uso de la fuerza (art. 2.4), conexión que tiene incidencia directa en el momento de la aplicación del primero y sobre el que éste adquiere todo su sentido y alcance. En efecto, el tándem integrado por la obligación de arreglo pacífico y el principio que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, de la que aquella obligación es corolario, constituye sin lugar a dudas uno de los emblemas normativos del DI contemporáneo, que tiene carácter universal y como tal, según reconoció la CIJ, disfruta de la doble condición de norma convencional y consuetudinaria¹⁶, estando además asentado en la actualidad su carácter de *ius cogens*¹⁷. No obstante, de acuerdo con

de Derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas"; CPJI, *Série A*, n. 2, p. 11. Pese a su antigüedad, en el asunto sobre el *East Timor* la CIJ utilizó de nuevo esta definición, pero sustituyendo acertadamente la alusión originaria "entre dos personas" por la de "entre dos partes", ICJ, *Reports* 1995, pp. 99-100, p. 22.

¹⁵ El objetivo de la Carta ha sido hacer posible una diferenciación entre unos "hechos" concretos calificándolos bien como "controversia", bien como "situación". Como ha recordado P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, las primeras poseen unos perfiles jurídicos definidos que exigen la existencia de un conflicto de intereses exteriorizado entre las partes, y las segundas son realidades objetivas en las que las partes interesadas no están de antemano predeterminadas ni se manifiesta necesariamente una oposición de intereses, "Naciones Unidas y el arreglo pacífico de controversias", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y QUEL LÓPEZ, F.J., (Coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp. 87-120, p. 95. Por su parte, para la CIJ, la "controversia" se distingue formalmente de la "situación" según se haya inscrito como uno u otro concepto en el orden del día del Consejo y para ello las partes interesadas pueden dirigirse a dicho órgano para hacerlo constar; *vid.* sobre el particular el asunto relativo a las *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ, *Reports* 1971, pp. 23-24, p. 25.

¹⁶ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Judgement*, ICJ, *Reports* 1986, p. 145, p. 290.

¹⁷ En efecto, la circunstancia de que la obligación de arreglo pacífico sea oponible a todos los Estados de la SI ha dejado sin virtualidad cualquier posicionamiento entre la doctrina en lo que concierne a su carácter o no de norma de *ius cogens*. Así, para A. CASSESE la norma en cuestión es una norma imperativa de DI General, *vid.* *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, p. 143. En la doctrina española, el principio de arreglo pacífico de controversias ha sido calificado como una norma imperativa de DI, entre otros, por J.A. CARRILLO SALCEDO, *vid.* *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid 1976, pp. 284-285. Esta cuestión, más teórica que práctica, ha perdido relevancia ya que la mayoría de Estados que componen la SI son miembros de NU y para éstos, en virtud del art. 103, las obligaciones que emanan de la Carta deben

el Propósito esencial de NU, la única obligación de resultado sería la de no poner en peligro la paz y seguridad internacionales, pero no la solución inmediata de la controversia, que se configura como una obligación de comportamiento (de conducirse por medios pacíficos)¹⁸.

Por tanto, como señala A. REMIRO BROTONS, el modelo institucional previsto sobre la letra de la Carta posee en esta materia un *debe*, pues sólo le interesa operativamente las controversias cuyas persistencia sea susceptible de poner en peligro la paz y seguridad internacionales¹⁹.

Los desarrollos posteriores a la Carta han tenido, además, cierta incidencia sobre las coordenadas básicas del principio de arreglo pacífico. A partir de su formulación en la Carta, el principio de arreglo pacífico de controversias ha sido objeto de concreción en distintos órganos principales de las NU. Pero sobre todo ha sido la AG, de acuerdo a los arts. 13.1 c) y 11.1 de la Carta, la que ha dedicado los mayores esfuerzos a la tarea de la codificación y el desarrollo progresivo del principio de arreglo pacífico, actividad que ha sido plasmada en dos períodos bien diferenciados.

Durante los primeros veinticinco años de vida de la Organización, la AG dedicó al principio de arreglo pacífico de controversias tres resoluciones, siendo la más relevante la

prevaler sobre otras cualesquiera. Estos pronunciamientos favorables son muy relevantes si coadyuvan a restringir el sentido del carácter de obligación imperfecta, de medios y no de resultados, que se ha venido dando al contenido del principio de solución pacífica de controversias. Sobre el debate en torno a la cuestión aludida con ocasión de la adopción de la Res. 2625 (XXV) de la AG, ver *Doc. A/C.6/SR.1180*, citado por M. SAHOVIC "Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats", *RdC*, t. 137 (1972-III), 243-310, pp. 302-303.

¹⁸ Vid. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, Escuela de Funcionarios Internacionales*, Madrid, 1958, pp. 49-50.

¹⁹ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ PRAT DURBÁN, L., *Derecho internacional*, Madrid, 1997, p. 886. No obstante, entre la doctrina se observa una evolución desde posiciones clásicas que se encuentran más cercanas a la letra de la Carta, como la de A. VON VERDROSS, "Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies", *RdC*, t. 83 (1953-II), 1-77, p. 33. Hasta posturas – mayoritarias en la actualidad – que observan la posibilidad de que las NU se ocupen de todas las controversias, con independencia de que sean o no susceptibles de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como es el caso de HUTCHINSON, D., "The material scope of the obligation under the United Nations Charter to take action to settle international disputes", *AYIL*, vol. 14 (1992), pp. 55-56. En cualquier caso, el campo de acción de las NU sobre las controversias que no ponen en peligro la paz y seguridad internacionales ha sido confirmado en los desarrollos normativos del principio posteriores a la Carta (en especial por la *Declaración sobre los Principios*, la *Declaración de Manila* y el *Manual sobre arreglo pacífico de controversias internacionales*), en cuanto los mismos son también expresión de la práctica y reflejan la opinión de los Estados miembros.

Resolución 2.625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, en cuyo anexo figura la *Declaración sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los pueblos de conformidad con la Carta* (en adelante, *Declaración sobre los Principios*)²⁰. Sin embargo, la formulación del arreglo pacífico de controversias en la *Declaración sobre los Principios* ha servido más para concretar el principio que para introducir grandes cambios respecto a la regulación contenida en la Carta de NU²¹. Entre las innovaciones que se aprecian en la Res. 2625 (XXV), destaca su efecto globalizador, pues la obligación de arreglo se dirige a *todos* los Estados y no sólo a los miembros de las NU²². Además, al margen de exhortar a los Estados a que arreglen sus controversias por medios pacíficos, la *Declaración sobre los Principios* no añade a éstas ningún calificativo, esto es, no es preciso que su continuación ponga en peligro la paz y seguridad internacionales para que los Estados tengan la obligación de arreglarlas²³.

Asimismo, la amplia libertad reconocida a las partes en la elección del medio queda matizada en la *Declaración* al disponer que las partes “convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las *circunstancias y a la naturaleza de la controversia*”²⁴, si bien, a pesar de este intento para erosionar la libertad de elección del

²⁰ Junto a esta Resolución sumamente conocida, cabe destacar otras dos, de menor repercusión, como son la Res. 2627 (XXV), de 24 de octubre de 1970, y que contiene la *Declaración con ocasión del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas*; y la Res. 2734 (XXV) de 16 de diciembre de 1970, conocida como *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional* y que afecta también al arreglo pacífico de controversias.

²¹ Vid. ESPADA RAMOS, M.L., “Comité Especial de los principios de amistad y cooperación entre los Estados: sus trabajos y resultados”, *REDI*, vol. XXIV (1971), 129–162, p. 136.

²² En el seno del Comité de México, encargado de la labor de desarrollo del principio de arreglo pacífico, existía un acuerdo unánime en considerar que los términos del art. 2.3. “... constituía una obligación jurídica impuesta por el DI contemporáneo a todos los Miembros de la C.I.” (*Doc. A/5746* p. 89, párr. 138). Para un amplio análisis de los trabajos de éste Comité véase PÉREZ VERA, E., “El principio del arreglo pacífico de las controversias y los trabajos del Comité de México de las Naciones Unidas”, *REDI*, vol. XVIII (1965), pp. 365–379, *passim*.

²³ Cf. TARASOV, N.K., “Le règlement pacifique des différends (Introduction)”, en BEDJAOUI, M., (Ed.), *Droit international. Bilan et Perspectives*, Paris, 1991, 525–533, pp. 528–529.

²⁴ Entre nosotros, A. BADÍA MARTÍ, en su referencia a la *Declaración sobre los principios*, recoge este aspecto manifestando que la AG ha consensuado a través de sus trabajos “unos correctivos a la discrecionalidad de las partes en el momento de elegir los medios de solución”, planteando, en definitiva, “una relación entre el tipo de controversia y el medio de solución”; *El arreglo pacífico de controversias internacionales en la Organización de Naciones Unidas*, Barcelona, 1994, p. 25.

medio, la obligación de arreglo pacífico sigue subordinada en la Declaración a los principios de igualdad soberana y de libertad de elección de medios²⁵.

Por lo que respecta a los segundos veinticinco años, cabe destacar la actividad desarrollada por el *Comité Especial de la Carta y del Fortalecimiento del papel de la Organización* que, desde su creación en 1975²⁶ hasta la actualidad, no sólo ha desarrollado el *Principio y la función* de arreglo pacífico, sino también ha impulsado un sistema de medios de arreglo de carácter diplomático más ágil que el previsto en la Carta, asumiendo así durante la década de los ochenta la responsabilidad de elaborar los proyectos (más tarde adoptados en el seno de la AG) de la *Declaración de Manila sobre arreglo pacífico de controversias* de 1982²⁷; la *Declaración sobre prevención y la eliminación de controversias y situaciones que puedan amenazar la paz y seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en este ámbito*²⁸; así como el *Modelo de Reglas* relativas al Recurso a una Comisión de Buenos oficios, Mediación o Conciliación en las Naciones Unidas²⁹. Pero, ya durante la década de los noventa, al trabajo del *Comité Especial de la Carta* se deben, la *Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales*³⁰ y el *Modelo de Reglas de Naciones*

²⁵ Durante la elaboración de la Declaración sobre los principios se debatieron sin éxito dos propuestas tendentes a suavizar el principio de libre elección de medios. Una de ellas, defendida por los Estados del antiguo bloque socialista encabezados por Checoslovaquia, tenía por objeto dar preferencia a la negociación sobre el resto de medios de arreglo. En este momento es preciso tener en cuenta que esta posición tiene apoyos en la doctrina, si bien proceden de autores de ese mismo bloque ideológico; *vid.* GEAMANU, G., "Theorie et pratique des négociations en Droit International", *RdC*, vol. 166 (1980-I), 365-448, pp. 418-424; *id.*, "Les négociations moyen principal du règlement pacifique des différends", *Essays in International Law in Honour of Judge M. Lachs*, La Haya-Boston-Lancaster, 1984, pp. 375-387. La otra, argumentada por los Estados del bloque occidental, pretendía promocionar el papel del arreglo judicial, y en particular, de la CIJ. Sobre el particular puede verse RACIC, O., "The principle that states shall settle their international disputes by peaceful means in such manner that international peace and security and justice are not endangered", *Principles of International Law concerning friendly relations and cooperation*, Belgrado, 1972, 129-170, pp. 135-148.

²⁶ En virtud de la Res. A/3499-XXX, de 15 de diciembre de 1975. Sobre los trabajos y el papel que ha llevado a cabo dicho Comité se puede consultar BOLINTINEANU, A., "Methods to Strengthen the Role of the United Nations in the Peaceful Settlement of International Disputes", *The Adaptation of Structures and Methods at the United Nations*, Dordrecht, 1986, pp. 91-106.

²⁷ Res. 37/10, de 10 de diciembre de 1982.

²⁸ Res. 43/51, de 5 de diciembre de 1988.

²⁹ Dec. 44/415, de 4 de diciembre de 1989.

³⁰ Res. 46/59, de 9 de diciembre de 1991.

*Unidas para la conciliación de controversias entre Estados*³¹. En este período, tampoco puede dejar de mencionarse la labor de promoción del arreglo pacífico desempeñada por la Secretaría, resultando de la misma el *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados* de 1991³².

De entre los instrumentos que se ocupan del arreglo pacífico, la *Declaración de Manila* de 1982³³ constituye sin duda alguna el más relevante de todos, pues aunque se caracteriza por una clara continuidad en relación con los textos anteriores relativos al arreglo pacífico, su contenido destaca por sistematizar de manera flexible las diversas perspectivas del arreglo pacífico de controversias³⁴. Por lo que se refiere a la obligación de los Estados, la *Declaración de Manila* mantiene el efecto globalizador de incluir a todos los Estados como destinatarios de la misma, a la vez que refuerza esta obligación con el adverbio “exclusivamente”, que no figuraba en la Res. 2625 (XXV)³⁵. En cuanto a la función de arreglo pacífico, mientras la Res. 2625 (XXV) mantiene la separación entre la obligación de los Estados y la función de la Organización, la *Declaración de Manila* tiende a reconducir el cumplimiento de la obligación de los Estados a través del sistema de la

³¹ Res. 50/50, de 11 de diciembre de 1995.

³² Elaborado en cumplimiento del mandato plasmado por la AG en la Res. 38/131, de 19 de diciembre de 1983. En relación con la elaboración del *Manual* y la influencia de los trabajos de la AG en la redacción de este texto se puede consultar BADÍA MARTÍ, A., “El Manual sobre arreglo pacífico de controversias entre Estados elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas”, *REDI*, vol. XLIV (1992) 266–269, p. 269.

³³ Res. 37/10, de 1982. El texto puede consultarse en NU, *Docs. Of. de la AG, Trigesimoséptimo Período de sesiones*, Supl. n. 51 (A/37/51), pp. 330–332. En cuanto a su elaboración, esta resolución significó la conclusión de una difícil tarea iniciada por el *Comité Especial de la Carta* a través de las Resoluciones 34/102 de 14 de diciembre de 1979, 35/160 de 15 de diciembre de 1980 y 36/110 de 10 de diciembre de 1981. Para un breve análisis de la historia de esta Resolución; *vid.* ECONOMIDES, C., “La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux”, *AFDI*, vol. XXVIII (1982), 612–633, pp. 612–616.

³⁴ Cf. SAHOVIC, M., “La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux”, *Essays in honour of Judge M. Lachs*, La Haya-Boston-Londres, 1984, 449–458, pp. 452–453.

³⁵ Se opera con ello, afirma V. ABELLÁN HONRUBIA, no sólo una concreción del principio interpretándolo como una obligación absoluta de todos los Estados, sino que también apunta a una interpretación distinta del principio: la filosofía es la de afirmar la obligación de arreglo pacífico no en la medida necesaria al mantenimiento de la paz, sino porque ello es necesario para el mantenimiento de la paz; “El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las Naciones Unidas”, en MARÍÑO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, 1996, 57–76, pp. 64–65.

Carta, reproduciendo las vías institucionales previstas en la Carta para ese fin³⁶. Pese a estos desarrollos normativos³⁷, la Declaración sigue presentando el arreglo pacífico como un principio perteneciente a la estructura relacional de la SI, regido por lo tanto por los principios de igualdad soberana y libre elección de medios, pues este texto constituye una síntesis del estado de evolución actual del principio de arreglo pacífico de controversias.

No obstante, debemos subrayar que la *Declaración de Manila* aporta innovaciones interesantes en el ámbito de las vías de aplicación del principio, sobre todo porque en su texto se insiste en un enfoque que la tradicional separación entre la dimensión normativa y la institucional del arreglo pacífico había silenciado, esto es: que la previsión de un sistema adecuado de procedimientos de arreglo no sólo es fundamento de la existencia del principio de arreglo pacífico sino *condición de su eficacia*. A partir de este enfoque, la *Declaración de Manila* representa el primer instrumento normativo con alcance general en el que se vincula la aplicación efectiva del principio con su traducción jurídica a través de cláusulas compromisorias “eficaces” que permiten activar la obligación de arreglo pacífico en cada ámbito particular de relación. Para la Declaración de 1982, la activación de la obligación de arreglo pacífico pasa, necesariamente, por incluir

“en las convenciones multilaterales *disposiciones eficaces* para solucionar las controversias a que pudieran dar lugar la interpretación o la aplicación de tales instrumentos”³⁸.

³⁶ Para M. SAHOVIC, este texto no ha supuesto un avance en relación con el CS en relación con el arreglo pacífico, reiterándose su función primordial en la solución de controversias o situaciones que amenacen la paz y seguridad internacionales; “La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique ...”, *loc. cit.*, pp. 456. En relación con la AG, el estímulo que la Declaración hace del papel de este órgano es inapreciable; *vid. ECONOMIDES, C.*, “La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique ...”, *loc. cit.*, p. 624. Finalmente, las funciones del SG en relación con el arreglo pacífico tampoco han sido promocionadas por la Declaración, limitándose a reproducir y recordar a este órgano el pleno uso de las disposiciones de la Carta previstas en los arts. 98 y 99.

³⁷ Entre los desarrollos normativos alcanzados merece destacarse la extensión del elemento subjetivo de la noción de controversia a entes distintos de los Estados y las Organizaciones internacionales, como los *pueblos* sometidos a un proceso descolonizador (pár. 12 de la Parte I).

³⁸ Pár. 11 de la Parte I. La cursiva es nuestra.

En este sentido, la Declaración se ve a sí misma como una fase más de un proceso iniciado para mejorar y reforzar la aplicación de la obligación de arreglo pacífico a través de una doble vía. De un lado, por el aumento de la eficacia de las NU en este ámbito, lo que se circunscribe a la obligación normativa de los Estados y a la *función* de arreglo pacífico de las NU. De otro, por la necesidad de potenciar los aspectos procesales ligados a la obligación de arreglo pacífico que también se vinculan a su puesta en práctica por los Estados³⁹.

Igualmente, la importancia de cauces procesales adecuados para activar la obligación de arreglo pacífico también fue subrayada por la AG en el declarado como *Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional* (1990–1999)⁴⁰, entre cuyos principales propósitos se encuentra la “promoción de los distintos medios y métodos de arreglo pacífico de controversias”⁴¹, proceso que culminaría con la adopción de un proyecto de convención universal sobre el arreglo pacífico de controversias. En cuanto a esto último, los resultados no han sido muy esperanzadores, pues las labores del *Decenio* se han limitado, al margen de hacer coincidir su clausura con la Tercera Conferencia de Paz de La Haya en 1999⁴², a dar curso a un *Proyecto de Principios rectores para las negociaciones internacionales*⁴³.

³⁹ Debe destacarse la recomendación del párrafo 9 de la Parte I según la cual “los Estados deberían considerar la posibilidad de concertar entre ellos acuerdos sobre el arreglo pacífico de las controversias” así como “cumplirán de buena fe todas las disposiciones de los acuerdos concertados por ellos para el arreglo de sus controversias”, cuya inclusión obedece a un intento de situar a la buena fe como principio modulador de las obligaciones sustantivas y procesales previstas en los instrumentos internacionales.

⁴⁰ Cf. AG Res. 44/23, *Doc. A/44/49* (1990). Declarado abierto por la AG en virtud de su Res. 44/23, de 17 de noviembre de 1989. La iniciativa de convocar el *Decenio* surgió de la reunión que sobre “La paz y el imperio del Derecho en los asuntos internacionales” tuvieron en La Haya (junio 1988) los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países No Alineados con el fin, al menos, de hacer coincidir su clausura con el centenario de la I Conferencia de La Haya (1899). El desarrollo de las actividades del *Decenio* ha sido programado con carácter bianual a través de las Res. A/45/50 (1990–92), Res. A/47/32 (1993–94), Res. A/49/50 (1995–96) Res. A/51/157 (1997–99); *vid.* DASTIS CAICEDO, A., “El Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional”, *REDI*, vol. XLII (1990) n. 2, pp. 705–709.

⁴¹ Los objetivos del Decenio son los siguientes, según su mismo orden, 1) promover la aceptación y el respeto del DI; 2) fomentar medios y métodos para el arreglo pacífico de las controversias, incluido el recurso a la CIJ y el pleno respeto de la misma; 3) promover el desarrollo progresivo del DI y su codificación; y, 4) impulsar la enseñanza, el estudio y la comprensión más amplia del DI; *ibid.* DASTIS CAICEDO, A., nota 148.

⁴² Fue en 1995, con motivo del cincuenta aniversario de las NU, cuando la Federación Rusa propuso la celebración de esta nueva Conferencia de La Paz a celebrar en La Haya en 1999, lo que fue asumido

Por tanto, de la formulación en la Carta de NU del principio de arreglo pacífico de controversias, así como de los desarrollos normativos posteriores a la misma, se desprende que los esfuerzos promovidos desde la estructura institucional no han sido capaces de erosionar de forma apreciable la libertad de elección del medio, principio que se ajusta a la estructura profundamente descentralizada del DI y a la importancia que tiene el consentimiento estatal en la creación de obligaciones internacionales, lo que dificulta sobremanera la aceptación anticipada de mecanismos de arreglo de controversias.

2. El principio de libertad de elección de medios y la relevancia del consentimiento de los Estados como fundamento que activa la obligación de arreglo pacífico

El DI General no impone en materia de arreglo pacífico de controversias una obligación de resultado sino tan sólo de mero comportamiento, cuyo incumplimiento constituirá, en teoría, un hecho ilícito generador de responsabilidad internacional⁴⁴, si bien, en la práctica, “no es fácil de constatar y, por tanto, de difícil y problemática sanción”⁴⁵. No obstante, esta obligación de comportamiento no ha logrado desembarazarse de la libertad tradicionalmente reconocida a los Estados en la elección de medios de arreglo – ahora sólo

inmediatamente por Holanda; *vid.* “Action to be taken dedicated to the 1999 centennial of the First International Peace Conference and the closing of the United Nations Decade of International Law”, incluido en el *Doc. A/C.6/52/3* y *A/C.6/52/L.2*; *vid.* también *GA/L/3041*, de 14 de octubre de 1997 y *GA/L/3042*, de 15 de octubre de 1997. Una visión sumamente crítica de los logros alcanzados con ocasión de la promoción de los métodos de arreglo en el marco del *Decenio* así como de las propuestas elaboradas en el seno de la Tercera Conferencia de la Paz es la que realiza R.M. RIQUELME CORTADO, “La promoción de medios y métodos de arreglo pacífico de las controversias en la conmemoración del centenario de la primera Conferencia Internacional de la Paz (1899-1999)”, *ADI*, vol. XV (1999), pp. 385-478.

⁴³ Contenido en los *Docs. A/C.6/52/L.4/Rev.1*, y *A/52/141*.

⁴⁴ Así lo ha expresado P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA cuando afirma que “esta obligación crea paralelamente la facultad para cualquier Estado parte en una controversia de solicitar a las otras partes que aquélla sea resuelta por medios pacíficos: así, *la negativa absoluta al arreglo constituiría un ilícito internacional*”; “Naciones Unidas y el arreglo pacífico ...”, *op. cit.*, p. 89. *Cursiva añadida.*

⁴⁵ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed., Madrid, 2003, p. 562.

pacíficos —, en tanto se trata de un principio que, como otros, se alimenta de la igualdad soberana atribuida a los Estados por el DI, principios ambos resultantes de la independencia de los Estados y cuya vigencia ya fue reconocida por la jurisprudencia en el asunto de *Eastern Carelia*⁴⁶. Por tanto, no extraña que la *Declaración sobre los Principios* y la *Declaración de Manila* proclamen con énfasis que el recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o su aceptación “no se considerará incompatible con la igualdad soberana”, dejando claro que la aceptación de esa obligación supone un ejercicio de soberanía estatal.

El art. 33 de la Carta de NU formaliza el principio de libertad de elección del medio en el cual se enumeran, en un catálogo abierto⁴⁷, una serie de medios de arreglo a los que libremente pueden acudir las partes en una controversia entre los que se encuentran el recurso a procedimientos jurisdiccionales, arbitraje y arreglo judicial, o a medios político-diplomáticos, sea negociando directamente las partes, sea recurriendo a un tercero que podrá ejercer sus buenos oficios o mediación, o constituyendo comisiones de investigación o conciliación, listado de medios que es reiteración de la *Declaración sobre los Principios* y la *Declaración de Manila* en las que, como mayor correctivo, se sugiere a las partes que convengan en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia. Ante esta situación, Ch. TOMUSCHAT ha señalado que el principio de libre elección de medios puede crear un *impasse* en la solución de la controversia, pues las partes pueden desear acudir de buena fe a procedimientos de arreglo distintos sin que las NU estén habilitadas para remediarlo, en la medida en que

⁴⁶ En virtud del cual la Corte estimó que: “It is well established in international law that no State can, *without its consent*, be compelled to submit its disputes with other States either to mediation or to arbitration, or to any other kind of pacific settlement”; PCJI, *Reports 1923, Series B*, n. 5, p. 27. Cursiva añadida. Esta posición fue afirmada por la CIJ en el *Ambatielos Case, Merits: Obligation to Arbitrate*, ICJ, *Reports 1953*, p. 13. *Sensu contrario*, el mismo Tribunal ha confirmado esta doctrina en el asunto sobre la *Interpretation des Traités de paix, Avis consultatif*, CIJ, *Recueil 1950*, pp. 71–72.

⁴⁷ El art. 33.1 de la Carta dispone que: “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales *u otros medios pacíficos de su elección*”. La cursiva es nuestra.

“One party can take the view that only negotiations may bring about satisfactory solution, while the other consider that only a judgement of the ICJ constitutes a satisfactory mode of settlement, both of them acting in good faith. *Art. 33 (1) provides no procedural device for resolving this dilemma*”⁴⁸.

Ahora bien, cuando la controversia en cuestión supone una amenaza o un quebranto real a la paz y seguridad internacional la obligación de arreglo pacífico de los Estados se fortalece, en la medida en que dicha obligación se solapa con la acción institucional de la propia Organización – en virtud de la aplicación combinada de los arts. 2.3 y 33 de la Carta –, que podrá en este caso suplir la voluntad estatal. En este sentido, se puede afirmar que la *función* de arreglo pacífico de controversias constituye uno de los pilares del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta en sus Capítulos VI y VII⁴⁹. Sin embargo, una cosa es que, de acuerdo con el Capítulo VI de la Carta, pueda solicitarse la actuación del CS y de la AG por cauces que trascienden el acuerdo de las partes directamente implicadas, sea actuando de oficio el Consejo y/o la Asamblea (arts. 33.2 y 34), sea en virtud de un llamamiento recíproco (arts. 11.2, 3 y 12), del SG (arts. 98 y 99) o a instancia de un Estado miembro no parte en la controversia o implicado en la situación (art. 35.1). Pero ello no significa que por su virtud pueda ponerse en marcha un mecanismo de arreglo que permita, mediante decisión vinculante, poner fin a la controversia. Los órganos políticos de las NU sólo pueden *recomendar* en materia de arreglo pacífico de acuerdo al Capítulo VI de la Carta, y únicamente cuando el deterioro de la controversia o situación conduce a una amenaza real para la paz, el CS – en tanto que responsable primordial de su garantía (art.

⁴⁸ “Article 33”, en SIMMA, B., *et al.*, (Ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2^a ed., Nueva York/Oxford, 2002, vol. I, 505–514, p. 509. La cursiva es nuestra. Así como también GONZÁLEZ FÉLIX, H.A., “Desarrollo y tendencias actuales de la solución pacífica de controversias en el ámbito del Derecho Internacional”, *El Derecho Internacional como Lenguaje de las Relaciones Internacionales*, La Haya, 1996, 176–183, p. 176.

⁴⁹ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, pp. 885–886; en el mismo sentido puede verse RODRÍGUEZ MARTÍN, E., *La acción de las Naciones Unidas en el ámbito del arreglo pacífico de controversias: un análisis de la normativa y la práctica internacionales* (tesis inédita), Universidad de Oviedo, 2000, p. 37 (trabajo consultado por cortesía del autor).

24.1)⁵⁰ – podrá activar sus facultades en virtud del Capítulo VII de la Carta mediante una *decisión* vinculante *ex* artículo 25.

Pero ni siquiera en tales circunstancias podrá imponer a las partes, no ya una decisión sustantiva, sino el mero recurso a medios de arreglo jurisdiccionales. La facultad que concede el art. 36.3 de la Carta de NU, ubicado en el Capítulo VI, al CS – y por analogía a la AG – acerca del deber de tomar en consideración que “las controversias de orden jurídico, como regla general, deben ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con su Estatuto” y, en tal sentido, hacer una recomendación a las partes – que hasta la fecha el Consejo sólo ha formalizado en una ocasión⁵¹ –, no tiene su plasmación en los supuestos del Capítulo VII, lo que supondría la instauración indirecta de la jurisdicción obligatoria de la CIJ para las controversias que el CS tuviera por conveniente. En efecto, el mutuo consentimiento de las partes constituye el fundamento del arreglo judicial de controversias, y otro tanto ocurre respecto al arreglo arbitral, basado en la elección por las partes del órgano arbitral que ha de resolver la controversia conforme a derecho⁵².

⁵⁰ Como es bien sabido, la interpretación de esta disposición fue efectuada por la CIJ en su dictamen sobre *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, donde precisó el papel del Consejo en su labor de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales al declarar lo siguiente: “The responsibility conferred is “primary”, not exclusive. This primary responsibility is conferred upon the Security Council, as stated in Article 24, in order to ensure prompt and effective action (...) It is only the Security Council which can require enforcement by coercitive action against an aggressor”; ICJ, *Reports 1962*, p. 163.

⁵¹ Fue en el asunto del *Corfu Channel (preliminary objections)*, recomendando el recurso al arreglo judicial (Res. 22 (1947), de 9 de abril del CS), lo que dio pie a que se plantease si el principio de libre elección de medios quedaba modificado a través del uso del citado precepto. La CIJ, si bien reconoció su propia competencia, no se pronunció sobre el asunto y, por consiguiente, la cuestión que nos afecta no quedó resuelta; ICJ, *Reports 1948*, p. 27. No obstante, para A. MIAJA DE LA MUELA “nada permite suponer que el art. 36 de la Carta haya venido a modificar el principio de Derecho internacional anterior de que ningún Estado se encuentre vinculado a un procedimiento de arreglo para el que no haya prestado previamente su consentimiento”; “Solución de diferencias internacionales ...”, *op. cit.*, p. 207.

⁵² Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 82. Como fue señalado por E. BOREL y N. POLITIS, “il n’existe aucune différence de principe entre le statut de la CPJI, la disposition facultative de l’article 36 para. 2, une convention générale d’arbitrage, une clause compromissoire, ou un compromis isolé (...) La jurisdiction internationale fondée sur un de ces actes n’existe à l’égard d’un Etat qu’en vertu du consentement donné par ce dernier” ; “L’extension de l’arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la CPJI”, *Annuaire IDI*, vol. 33 (1927-II), p. 671. Por ello, A. REMIRO BROTONS ha subrayado que, en realidad, nos encontramos ante una *obligación imperfecta*, aforando, a continuación, la

En estas circunstancias se impone reconocer que “l’obbligo de risolvere pacificamente le controversie può venire inefficace (...) dal parallelo principio che riconosce alle parti della controversia la scelta dei procedimenti di soluzione”⁵³. Esto trasluce una cierta situación de lasitud del arreglo pacífico de controversias en el ámbito universal de las NU, al menos en lo que a su dimensión normativa se refiere, pese al fortalecimiento de la obligación de comportamiento en su paso por las NU y el debilitamiento del principio de libre elección de medios plasmado en los desarrollos normativos posteriores a la Carta.

3. La codificación y el desarrollo progresivo del principio de arreglo pacífico auspiciada por las Naciones Unidas

A) El desarrollo del principio de arreglo pacífico a través del proceso sectorial de codificación y desarrollo progresivo del DI

Ciertamente, el sistema general ideado en la Carta y concretado posteriormente por las NU ha dotado de mayor estabilidad al principio normativo de arreglo pacífico de controversias. Sin embargo, no le ha suministrado, como advirtió la *Declaración sobre los Principios*, de los procedimientos, instrumentos y mecanismos necesarios para lograr una efectiva aplicación de la obligación de arreglo pacífico⁵⁴. Como se puede comprobar, los mismos instrumentos que proclaman la obligación de arreglo pacífico (art. 2.3 de la Carta,

a continuación, la falta de medios de arreglo obligatorios y vinculantes; *vid. Derecho internacional público. I. Principios Fundamentales*, Madrid, 1982, p. 244.

⁵³ GIULIANO, M., SCOVAZZI, T., y TREVES, T., *Diritto internazionale, Parte Generale*, Milano, 1991, p. 504.

⁵⁴ En efecto, tal como puso de relieve el representante de Italia en el Comité Especial, “sería peligroso descuidar los aspectos institucionales esenciales de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza y del principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales. No sólo la aplicación efectiva y el efecto general de tales principios, sino también su misma existencia y desarrollo dependen, en gran medida, de los procedimientos, instrumentos y mecanismos que se utilicen para aplicar o exigir, en las relaciones entre Estados, las normas emanadas de tales principios e inspiradas en ellos”; *Docs. Of. de la AG, vigésimo quinto periodo de sesiones*, Suplemento n. 18 (A/8018), p. 60. La cursiva es nuestra.

la *Declaración sobre los Principios*, la *Declaración de Manila* y el *Manual*) advierten de inmediato su contrapeso en los principios de igualdad soberana y de libre elección del medio del art. 33.1 de la Carta. A esta situación debe añadirse que las posibilidades de introducir nuevos procedimientos son limitadas, pues el art. 33 de la Carta viene a recoger prácticamente todos los medios que el DI conoce. A pesar de ello, debemos subrayar que la dimensión procesal del arreglo pacífico se ha adaptado bien a los cambios originados a raíz del proceso de institucionalización⁵⁵ y de sectorialización de las relaciones internacionales. Dos factores han favorecido la mayor permeabilidad de esta dimensión: el debilitamiento del principio de libre elección de medios y la consolidación de la idea de la “funcionalización” de los medios.

En lo que se refiere a la funcionalización, el art. 36.3 de la Carta actúa como precursor de un proceso de adecuación de los procedimientos a la naturaleza de la controversia. Este proceso se ha ido consolidando en los desarrollos posteriores de la AG como la *Declaración sobre los Principios* y, sobre todo, en la *Declaración de Manila*, que reconoce que la “adecuación del medio a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia” constituye la mejor vía no sólo para el arreglo “pronto y justo” – como ya apuntara la Res. 2625 (XXV) –, sino también para el arreglo “pronto y equitativo” de las controversias⁵⁶.

En cuanto a la libre elección del medio, el creciente proceso de sectorialización del DI ha generado una singular correspondencia entre los procedimientos de arreglo y la naturaleza de la controversia, pues en la actual SI cada sector normativo tiende a construir su propio “modelo”, su propio sistema de arreglo pacífico de controversias que pueda

⁵⁵ En este orden de ideas, R. RIQUELME CORTADO ha apreciado que la actuación de las Organizaciones Internacionales provoca ciertas alteraciones en los contornos clásicos del arreglo pacífico, en concreto, señala que “se debilita la libertad de elección de medios” como consecuencia de que se impone a las partes en la controversia “el recurso a determinados métodos de arreglo previstos en el tratado constitutivo de la Organización o, en concreto, sugeridos para el caso en concreto”; “El arreglo pacífico de controversias en las organizaciones internacionales de fines generales”, *ADI*, vol. XI (1995), 275–314, p. 278.

⁵⁶ Parte I, pár. 5º.

originar la interpretación y aplicación de las normas sustantivas del mismo⁵⁷. Esta tendencia implica, inevitablemente, un rechazo patente de la idea de un sistema universal de arreglo de controversias que pudiera abarcar tanto la dimensión normativa como la dimensión procesal del principio, y que fuera aplicable de forma general. De este modo, podemos afirmar que en el arreglo pacífico de controversias se advierten dos sistemas:

En primer lugar, un *sistema general* que tiene como presupuesto la regulación efectuada en el ámbito de NU, concebido en función del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Dicho sistema, constituido en cuanto a su elemento normativo por la obligación de arreglo pacífico y la libertad de elección del medio, contiene hoy elementos suficientes para responder a la casi totalidad de controversias internacionales. Esto es así hasta el extremo de que las obligaciones de arreglo pacífico establecidas por tratados multilaterales de alcance universal responden todas a la misma concepción pues, como señala M. VIRALLY, “*il s’agit généralement d’assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales*”⁵⁸. Lo que no significa que esté justificado hablar de la vigencia de un sistema completo y perfecto de solución de controversias, sino sólo de la suficiencia del sistema general de arreglo de controversias.

En segundo lugar, un *sistema particular*, constituido por cada instrumento jurídico concreto que prevé un sistema de arreglo más o menos complejo en función de su ámbito de regulación material. En este sentido, destacan los tratados multilaterales de codificación y desarrollo progresivo del DI, los cuales instauran sistemas de arreglo de controversias adaptados al cuadro de intereses específico de cada marco jurídico particular, y en el que el principio de libre elección de medios genera un peculiar modelo de “funcionalización” del sistema de arreglo de controversias. Es aquí donde los esfuerzos para dotar de mayor

⁵⁷ Cf. TREVES, T., “Recent trends in the settlement of international disputes”, *CEBDI*, vol. I (1997), 395–436, p. 435.

⁵⁸ “Panorama du droit international contemporain”, *RdC*, t. 183 (1983-V), 9–382, p. 238. La cursiva es del autor.

efectividad a la obligación de arreglo pacífico de controversias han encontrado en el proceso sectorial de codificación y desarrollo progresivo del DI una vía idónea para el desarrollo de aquellos aspectos del principio que el sistema general ha obviado. Por tanto, si desde el ámbito universal podemos hablar de una consunción jurídica respecto a las coordenadas básicas del principio de arreglo pacífico, la dimensión procesal del principio todavía presenta un déficit importante.

De acuerdo con lo expuesto, debemos aclarar que el objeto de esta tesis no consiste en abordar el principio de arreglo pacífico de controversias en su dimensión universal, concebido básicamente en función del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Asimismo, hemos decidido excluir de nuestro estudio las cláusulas de arreglo previstas en los tratados constitutivos de las Organizaciones Internacionales con el propósito de solucionar las controversias nacidas entre sus Estados miembros, dadas sus numerosas peculiaridades y el medio institucionalizado en el que operan⁵⁹. Tampoco investigaremos la abundantísima práctica convencional bilateral en materia de arreglo de controversias, pues su análisis precisaría a su vez de una monografía de cierta extensión que desbordaría las pretensiones de este trabajo⁶⁰.

⁵⁹ Entre nosotros, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, se ha ocupado de analizar esta cuestión con ocasión de su curso sobre “El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales”, *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1985, 83-143, pp. 79-143. Esta autora, siguiendo la clasificación de F. SEYERSTED (“Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organizations by Internal and External Courts”, *ZaöRV*, vol. 24 (1964), n. 1, pp. 1-121), estudia la solución de controversias según se trate de conflictos internos o externos, con el fin de observar cómo el modelo organizativo de SI ha modificado las coordenadas tradicionales del arreglo pacífico en el modelo de sociedad internacional de yuxtaposición de Estados soberanos (principio de libre elección de los medios de arreglo, los procedimientos, los órganos y la eficacia ejecutiva de las decisiones), p. 87.

⁶⁰ En este sentido puede verse, con carácter general, la monografía de Ph. PAZARTZIS, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre États*, París, 1992. Y referida a la práctica convencional española el trabajo de RIQUELME CORTADO, R.M., “El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia a la política convencional española”, *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 217-313. Por su parte, un examen de la práctica convencional y contenciosa más relevante relativa a los distintos medios de arreglo puede verse en MERRILLS, J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1991 (reimpresión 1995). Mientras que para un análisis centrado en los aspectos institucionales y procedimentales, en especial de los medios de arreglo jurisdiccionales, puede consultarse COLLIER, J., y LOWE, V., *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, 1999.

Por tanto, esta tesis está dedicada al estudio del principio de arreglo pacífico de controversias en su concreción en las “cláusulas compromisorias” insertas en los convenios y proyectos de artículos elaborados por la CDI, órgano subsidiario de la AG creado en 1947 mediante la Res. 174 (II), que se erige en el *órgano codificador por excelencia de las NU*, aunque no exclusivo⁶¹, pero sí en el único con competencia general, de carácter permanente, y cuya función básica consiste en “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación”⁶².

En efecto, desde hace varias décadas la práctica contemporánea demuestra que las cláusulas de arreglo de controversias acompañan a los tratados multilaterales de codificación y desarrollo progresivo del DI⁶³, lo que es significativo de la tendencia originaria hacia la *especialización y sectorialización* del arreglo pacífico. Esta realidad sugiere que en cada sector del ordenamiento internacional se consideren los mecanismos de arreglo de controversias más adecuados para garantizar la interpretación o aplicación de las disposiciones sustantivas mediante la inclusión de “cláusulas compromisorias especiales” que limitan su ámbito de aplicación al específico del convenio⁶⁴.

⁶¹ No debemos olvidar la competencia asignada en este ámbito a la Sexta Comisión de la AG (de Asuntos Jurídicos), así como las facultades codificadoras de otros órganos subsidiarios de la AG, ya sean Comités *ad hoc* (caso del Comité de los Fondos Marinos), ya sean órganos permanentes (tales como la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de las NU para el Derecho mercantil internacional, o la Comisión del Espacio Ultraterrestre).

⁶² Conforme al art. 13.1 de la Carta, coincidente con el art. 1 de su Estatuto, en virtud del cual se dispone que: “1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: “a. (...) impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación”.

⁶³ De la lista originaria de temas o subtemas incluidos en el programa de trabajo de la CDI en 1949 en los que este órgano ha presentado proyectos o informes definitivos, hayan culminado en un convenio multilateral aceptado por los Estados o simplemente en un proyecto de artículos para su consideración, en casi todos se han incluido finalmente disposiciones para el arreglo de controversias a que pudiera dar lugar su interpretación o aplicación. Una reseña de la labor desarrollada por la CDI desde su creación hasta 1996 puede verse en NU, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, Nueva York, 1996, en especial pp. 263 y ss.

⁶⁴ A diferencia de las *cláusulas compromisorias generales*, cuyo objetivo es instaurar sistemas garantes de la paz entre las partes mediante la sumisión de todas las controversias que pudieran implicarles a los métodos en ellas dispuestos, las *cláusulas compromisorias especiales* son aquellas que se incluyen entre las disposiciones finales de los tratados, sean bilaterales o multilaterales y éstos restringidos o generales, conviniendo la sumisión de las controversias a las que pudiese dar lugar la interpretación o aplicación de todas o algunas de sus disposiciones a los medios de arreglo pacífico previstos al efecto; *vid.* SOHN, L.B., “Settlement of Disputes Relating to the Interpretation and Application of Treaties”, *RdC*, t. 150 (1976-II), 195–294, pp. 205–208. Aun limitadas al ámbito específico del tratado, las cláusulas compromisorias especiales suelen tener

Pues bien, esta investigación se ha propuesto como objetivo determinar la incidencia del proceso codificador en las coordenadas básicas del principio de arreglo pacífico – como son la obligación de conducirse por medios pacíficos y el principio de libre elección de medios –, con el fin de conocer y valorar el grado de progresión experimentado por los distintos medios de arreglo. Desde esta óptica, hemos optado por un enfoque transversal e integrador a las interacciones entre el proceso codificador y el arreglo pacífico de controversias, para poder ofrecer una apreciación global y de conjunto de las consecuencias que se derivan del traslado del principio de arreglo pacífico a este ámbito específico de la estructura de cooperación.

Asimismo, aunque el objeto material de este trabajo se ciñe a las convenciones multilaterales celebradas en las NU, o bajo sus auspicios, sobre cuestiones previamente examinadas por la CDI⁶⁵, debido a la importancia cuantitativa y cualitativa de sus normas para el DI hemos decidido incluir el sistema de arreglo incorporado en la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* de 1982, aunque su elaboración se encomendó a un órgano codificador *ad hoc* (la Comisión de Fondos Marinos). Con el fin de realizar un examen, si no exhaustivo, lo más completo posible, haremos referencia a los resultados de

un alcance *integral y uniforme*, esto es, los métodos de arreglo en ellas dispuestos se prevén para las controversias que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de todas las disposiciones del tratado; pero también pueden haber sido concebidas para ser aplicadas sólo respecto de las controversias relativas a *determinadas* disposiciones o partes del convenio, así como, desde una perspectiva funcional, tales cláusulas pueden disponer distintos métodos de solución en atención a la disposición controvertida, fórmulas que pueden incluso combinarse. No son auténticas cláusulas compromisorias aquéllas cuyo ámbito de aplicación se limita a recordar a las partes la obligación que les incumbe en virtud de las normas generales del DI de arreglar las controversias relativas por cualesquiera de los medios pacíficos de su elección; o las que establecen las consultas entre las partes cuyo fin no es llegar a una solución de su controversia, sino determinar el método de arreglo que consideren más adecuado; RIQUELME CORTADO, R., “El arreglo pacífico de controversias internacionales ...”, *loc. cit.*, pp. 262–263.

⁶⁵ Es el caso de la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973. En cumplimiento de la Res. 2780 (XXVI) de la AG, de 3 de diciembre de 1971, ésta pidió a la CDI que prepara en 1972 un “Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas”; *vid. Anuario CDI*, 1972-II, pp. 341–352. Dos hechos notables marcan este concreto tema de la CDI respecto a su labor habitual: en primer lugar, la extrema rapidez con la que abordó y resolvió el tema; en segundo término, el hecho de haber acometido el Proyecto sin seguir la técnica establecida de nombrar un Relator Especial, para preferir encargar la tarea a un reducido Grupo de Trabajo que abordara directamente la preparación del articulado correspondiente; *vid. Anuario CDI*, 1972-II, pp. 338–339.

algunos procesos codificadores auspiciados por las NU, pero que han sido emprendidos por otros órganos subsidiarios de la AG que también poseen facultades codificadoras.

Ahora bien, conviene poner de relieve que no todos los convenios y proyectos adoptados en el marco del proceso codificador presentan el mismo valor, ni en todos ellos la CDI ha desempeñado su labor en relación con el arreglo de controversias con igual determinación. Así, por ejemplo, la propia naturaleza del tema, y más en particular, la existencia de intereses convergentes entre los Estados en el mismo son factores que hacen que los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares* de 1961 y 1963, respectivamente, – donde todos los Estados son a la vez Estados acreditantes o de envío y Estados receptores o territoriales –, representen un supuesto de éxito pleno que tiene su reflejo en la participación casi universal en ambos textos convencionales. Igualmente, aunque en menor medida que en el caso anterior, el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 constituye otro supuesto relevante, pues la necesidad de que todos los Estados demanden un mínimo de seguridad jurídica en sus relaciones convencionales ha propiciado su entrada en vigor, hace ya más de veinte años, con un razonable número de ratificaciones.

Otro factor de éxito radica en la circunstancia de que el método de adopción de decisiones propicie textos negociados y consensuados susceptibles de aceptación general, como es el caso de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, que aun adoptada finalmente por votación, fue elaborada tras arduas y largas negociaciones presididas por la idea del consenso. En sentido inverso, los sistemas de arreglo previstos en las *Convenciones sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, o *sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, o *en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, presentan un valor mucho menor, debido sin duda al desinterés de la mayor parte de

los Estados en lograr textos consensuados y evitar así el recurso a la votación, lo que ha propiciado la no entrada en vigor (de la primera y tercera de las convenciones) o un escaso número de ratificaciones (como la segunda), constituyendo claros ejemplos de fracaso en el proceso codificador⁶⁶. Lo mismo puede predicarse del *Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* adoptado definitivamente en 2001⁶⁷, el cual se presenta huérfano de procedimientos de arreglo de controversias por expreso deseo de los Estados, pese a que la CDI dedicó ingentes esfuerzos para dotar al Proyecto adoptado en primera lectura en 1996 de una *Tercera Parte* dedicada al arreglo de controversias que pudiera suscitar la futura convención⁶⁸.

Desde luego, los resultados de estos últimos Convenios y Proyectos aconsejan una profunda reforma institucional que refuerce y mejore el diálogo entre la Sexta Comisión de la AG, como órgano que asume la responsabilidad política de la codificación, y la propia CDI, encargada de examinar los aspectos técnicos de la labor codificadora a través de expertos independientes, con el fin de evitar que en el futuro la CDI “does not embark or continue work on projects that do not or no longer present the necessary prerequisite for successful codification”⁶⁹.

⁶⁶ Para una valoración de conjunto del proceso codificador haciendo hincapié en sus aspectos políticos y jurídicos puede verse PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: aspectos jurídicos y políticos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y QUEL LÓPEZ, F.J., (Coord.), *Las Naciones Unidas ...*, op. cit., pp. 173-187; así como también LÓPEZ MARTÍN, A.G., “La codificación del Derecho internacional en el umbral del siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI”, *Anuario IHLADI*, vol. 15 (2001), pp. 367-389. En su Curso de La Haya I. DAUDET se ha referido a los resultados de la obra codificadora como “Quantitativement, le bilan est donc relativement modeste”; “Actualités de la codification du droit international”, *RdC*, t. 303 (2003), 9-118, p. 111.

⁶⁷ Texto aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones. Véase el texto con comentarios en *Docs. Of. de la AG*, 56º período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/10), pp. 10-405. En su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, la AG “[tomó] nota de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” y los señaló “a los Gobiernos sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida que corresponda”.

⁶⁸ *Vid. Doc. A/51/10*, pp. 134-162.

⁶⁹ CEDE, F., “New Approaches to Law-Making in the UN-System”, *Austrian RIEL*, vol. 1 (1996), 51-66, p. 65.

B) La progresiva vinculación entre el proceso codificador y el arreglo pacífico de controversias

A lo largo de su historia y en relación con distintas materias, la CDI ha excluido o se ha planteado, según el caso, la elaboración de cláusulas sobre arreglo pacífico de controversias. La dificultad fundamental ha girado siempre en torno a la invocación de la libertad de elección de medios y la cuestión de saber hasta qué punto los Estados estarían dispuestos a aceptar limitaciones a esta libertad. Por ello, conciliar la obligación de arreglo pacífico con tal libertad representa el mayor reto que la CDI puede asumir en relación con el arreglo pacífico de controversias. Esta dicotomía conecta directamente con la distinción entre *codificación* y *desarrollo progresivo* la cual, si bien fue muy pronto abandonada por la Comisión⁷⁰, alimenta dos manifestaciones de la codificación (en sentido amplio) evocadoras respectivamente de las ideas de *lex data* y *lege ferenda* y que, en su aplicación al arreglo pacífico de controversias, se traduce en la contraposición entre la libertad de elección del medio y las correcciones a la misma. Por ello, aunque en algún lugar de este trabajo se quiera destacar cualquiera de los dos aspectos, se ha optado por emplear el término “convenios codificadores” en un sentido amplio, comprensivo tanto de la codificación declarativa como del desarrollo progresivo del DI⁷¹.

En una primera etapa, la labor de la CDI se caracterizó por una práctica renuente a la inclusión de cláusulas eficaces sobre arreglo de controversias en sus convenciones, en

⁷⁰ El Estatuto de la CDI distingue “por comodidad”, en su art. 15, la expresión “desarrollo progresivo del Derecho internacional” utilizada para designar la elaboración de proyectos convencionales sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el Derecho internacional o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas; de la expresión “codificación del Derecho internacional”, que se emplea para designar la formulación más precisa y la sistematización de las normas de Derecho internacional en materias en las ya existía amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrina. Respecto a la naturaleza política de la dualidad de procedimientos puede verse TORRES BERNARDEZ, S., “La obra de desarrollo progresivo y codificación llevada a cabo por las Naciones Unidas”, *ONU Año XX*, Madrid, 1966, 198-247, p. 198.

⁷¹ Sobre este particular I. DAUDET ha apuntado que “La distinction entre la codification et le développement progressif est une question classique sur laquelle il n’y a guère d’éléments nouveaux à apporter”; “Actualités de la codification ...”, *loc. cit.*, p. 38.

atención a la “doctrina de la incompetencia”⁷². Esta posición se fundamentaba en factores *exógenos* a la CDI, como la diferente concepción, producto de la confrontación bipolar, del recurso a los procedimientos jurisdiccionales entre los Estados pertenecientes a uno u otro bloque ideológico, división que no pasó desapercibida entre los miembros de la CDI a la hora de proponer obligaciones avanzadas en materia de arreglo de controversias⁷³. Pero también *endógenos*, pues la interpretación restrictiva del cometido de la CDI aconsejaba que el mandato de realizar la codificación de un tema no debiera ir más allá de la elaboración de las normas sustantivas relativas a la materia. De esta suerte, las eventuales disposiciones procesales deberían ser examinadas por los Estados en la Conferencia Diplomática o, como máximo, en la última fase de la elaboración del proyecto en forma de Protocolo o Anexo a éste⁷⁴. En concreto, la CDI ha considerado durante largo tiempo que las normas sobre solución de controversias pertenecen a una esfera diferente y, en cierto modo separada, del derecho sustantivo, esto es, el derecho procesal, que debería ser regulada separadamente prescindiendo de toda consideración extrínseca⁷⁵.

⁷² Vid. COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “Le règlement des différends dans l’oeuvre de la Commission du Droit International: vers une codification progressive?”, en *Mélanges Gilbert Apollis*, Paris, 1993, 28–46, p. 34.

⁷³ Como ha señalado L. CAFLISCH, “(...) l’obstacle principal réside dans l’attitude peu encourageante de nombreux Etats dans ce domaine, qui se reflète dans une profonde division entre les membres de la Commission”, “Cent ans de règlement pacifique ...”, *loc.cit.* p. 364. Los debates celebrados con ocasión de los Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar de 1958 son evocadores de las diferentes actitudes entre los miembros de la Comisión en relación con el arreglo pacífico, en función de su adscripción a uno u otro bloque ideológico. Por una parte, para el delegado checo ZOUREK, “le règlement pacifique des différends était un problème séparé qui concernait l’application des conventions internationales et ne devait pas, dans ces conditions, être lié à la codification et au développement progressif du droit”, *Annuaire CDI* (1958-I), p. 187, pár. 5; en el mismo sentido TUNKIN, (*ibid.*, p. 184, pár. 59), y FRANÇOIS (Relator Especial), *Annuaire CDI* (1953-I), p. 119, párs. 10 y 11); en sentido contrario, el carácter indisociable entre la codificación y el arreglo de controversias tuvo sus defensores entre los miembros pertenecientes a Estados del bloque occidental (*vid.* la intervención de LAUTERPACHT, *ibid.*, pp. 151–154); y también en la misma Conferencia ya que, como proponía RUEGGER, de la delegación suiza, “toute codification du droit international exige, comme corollaire indispensable, l’établissement d’un système d’arbitrage ou de règlement obligatoires”; *Conférence des Nations Unies sur le Droit de la mer, Doc. Off., réunions plénières*, vol. II, 1958, p. 8.

⁷⁴ Como ha dicho H. BRIGGS, la CDI sólo ha abordado el problema de las disposiciones relativas al arreglo de controversias “intermittently”; en cambio las Conferencias de Codificación lo han hecho “regularly”; “Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies”, *RdC*, t. 126 (1969-I), 231–316, p. 267.

⁷⁵ Así, en palabras de V. COUSSIRAT-COUSTÈRE “... Il est clair que pendant longtemps la Commission a implicitement admis la pertinence de la dichotomie du fond du droit et des procédures, et considéré que la codification se résume à la normalisation; le règlement des différends lui est donc étranger puisqu’il concerne l’application des normes et non leur formulation. Au-delà, la codification étant limitée à la reprise du droit coutumier, la C.D.I. ne se voyait pas allant plus loin que le rannel du principe du règlement pacifique, et tout

Sin embargo, en una segunda etapa se advierte un proceso de cambio respecto a la inserción de cláusulas de arreglo de controversias avanzadas en sus proyectos de convenciones. Este nuevo enfoque obedece a la nueva actitud de los Estados, orientada hacia un planteamiento más finalista de la libertad de elección del medio, la cual ha generado sinergias en todo el proceso codificador. Esta especie de actualización en la concepción de las facultades codificadoras de la CDI, se encuentra claramente vinculada a la particularización del principio y de los medios de arreglo pacífico a cada ámbito de regulación material, particularización que ha generado ciertas correcciones en el principio rector del arreglo pacífico.

Reveladoras de una práctica estatal favorable a la inclusión de cláusulas avanzadas en materia de arreglo de controversias son el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 y la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, instrumentos que representan una etapa decisiva en el proceso codificador que se ha prolongado hasta la década de los ochenta, período calificado “comme une sorte d’âge d’or, qui ne reviendra peut-être pas”⁷⁶. El primero de ellos, porque abandona la técnica del Protocolo Facultativo al prever en su art. 66 un sistema de solución donde el arreglo judicial y la conciliación son parte integrante, obligatoria y automáticamente operativa del sistema procesal que ha de seguirse en materia de nulidad, terminación o suspensión de un tratado. Por su parte, la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 es la primera en articular un sistema jurisdiccional de arreglo de controversias casi completo que tiene la virtualidad de transformar la no elección en una elección por omisión (*choix par défaut*), y cuyo máximo exponente radica en el denominado “Compromiso de Montreux” previsto en el art. 287 de la Convención. A pesar de que ambos textos convencionales han desarmado la tesis de la

développement progressive à l’avantage d’un mode particulier était à exclure parce qu’il aurait entamé le libre choix de la procédure reconnu en droit coutumier aux Etats parties à un différend” ; “Le règlement des différends dans l’oeuvre de la Commission du Droit International: ...”, *op. cit.*, p. 34. La cursiva es nuestra.
⁷⁶ AGO, R., “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international”, *RGDIP*, t. 92 (1988), n. 3, 539–576, p. 551.

incompetencia funcional para abordar conjuntamente las normas sustantivas y las procesales, deben ser recibidos como expresión de la dimensión política de la codificación, aspecto que no debe nunca olvidarse cuando se trate de enjuiciar la obra realizada por la CDI, pues este órgano codificador siempre deberá buscar “le plus grand dénominateur commun (...) entre les Gouvernements et au sein de la Commission elle-même”⁷⁷.

En función de ello, la opción de la CDI ha sido ahondar, en líneas generales, en la obligación de arreglo pacífico mediante una mayor y más generosa activación del principio del consentimiento en el que aquélla se fundamenta. Para ello, el mecanismo principal ha sido la instauración en cada ámbito convencional de un sistema de arreglo caracterizado por una *secuencia de medios* que conducen necesariamente a una decisión sobre la controversia que, en algunos casos, es obligatoria. El fundamento político del sistema descansa en un compromiso entre los Estados acerca de un procedimiento que se concibe como “mínimo convencional”. A partir de aquí, el sistema de arreglo se articula en varias fases o etapas, normalmente dos:

La primera fase estaría basada en la idea de cooperación entre las partes y es aquí donde las *negociaciones* ocupan un lugar básico en el sistema escalonado de arreglo de controversias, pues su propia naturaleza hace de ellas un procedimiento que se adapta, como ningún otro, a la libertad soberana de acción y decisión de los Estados. Además, la ductilidad de las negociaciones permite su prolongación hacia otros medios políticos como los *buenos oficios* o la *mediación* que, en esencia, constituyen negociaciones con la participación de un tercero, cuya labor consiste en facilitar el entendimiento directo entre las partes. La soberana autonomía convencional de los Estados para prolongar las negociaciones, cuando lo estimen necesario, hacia los buenos oficios o la mediación, explicaría que ninguno de estos medios políticos haya sido objeto de una regulación jurídica particular en los convenios codificadores pues, entre los convenios promovidos por

⁷⁷ *Anuario CDI*, 1966-II, p. 286.

la CDI, sólo el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 menciona la posibilidad que tienen las partes de acudir a los buenos oficios o la mediación como segunda etapa de su sistema de arreglo, si las negociaciones previas no han dado resultado⁷⁸.

La segunda fase tendría como base uno o varios procedimientos de arreglo, políticos y jurisdiccionales, con el fin de ofrecer a los Estados una pluralidad de medios que garantice su derecho a la libertad de elección. La novedad reside en que, sin cercenar su voluntad, el Estado se compromete a aceptar de antemano al menos un procedimiento de arreglo, normalmente de carácter político. Este procedimiento, que en la mayoría de los casos es una *comisión de conciliación* (y, en menor medida, de *determinación de los hechos*), se constituye en el mínimo compromiso convencional del sistema, de tal manera que, surgida la controversia, cualquiera de las partes dispondrá, al menos, de un derecho unilateral a activar dicho procedimiento.

Aunque estos medios político-diplomáticos son sin duda una buena manera de lograr un compromiso de arreglo, el verdadero esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo debiera procurar la inclusión de cláusulas jurisdiccionales de sumisión automática al *arreglo judicial* o al *arbitraje*. Como señala L. CAFLISCH, “C’est pourtant précisément dans le domaine du développement progressif du droit et de sa codification, où il s’agit de déterminer la signification et la portée de *regles de droit*, que la présence de *mécanismes vigoureux de règlement pacifique des différends se justifierait le plus*”⁷⁹.

Esta actitud presupone, desde luego, un amplio consenso entre los Estados en torno al contenido de las normas primarias codificadas y en la confianza que depositan en los medios jurisdiccionales para la interpretación y aplicación de las mismas. Y así se aprecia

⁷⁸ Art. 33 del Convenio marco de 1997.

⁷⁹ “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 364.

si atendemos a los resultados dispares obtenidos en los distintos procesos codificadores en relación con el arreglo pacífico de controversias.

Por un lado, cabe citar los resultados poco satisfactorios alcanzados por la CDI entre 1949 y 1958 en sus trabajos sobre el tema del procedimiento arbitral. La CDI quiso desarrollar el DI existente en esta materia, introduciendo en su proyecto ciertas garantías procesales para asegurar la eficacia de la obligación de someterse al arbitraje, una vez que las partes han decidido someterse a este procedimiento. Esta concepción del arbitraje fue objeto de muchas críticas en la AG, estimándose que se desnaturalizaba la institución del arbitraje tradicional (de carácter diplomático), pretendiendo convertirlo en un procedimiento jurisdiccional de tendencia obligatoria (arbitraje judicial). La AG devolvió el proyecto a la CDI para que este órgano estudiara las observaciones de los Gobiernos y los debates de la Sexta Comisión con el fin de incrementar el valor del proyecto. La CDI, en lugar de proceder a la revisión completa del proyecto, lo presentó con pequeños retoques, recomendando a la AG la aprobación del *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral, junto con su informe, a fin de que concluyera una convención⁸⁰. Esta concepción progresista e innovadora del arbitraje por parte de la CDI supuso el freno definitivo a dicho proyecto en el seno de la AG, que se negó a adoptar la decisión recomendada y se limitó a *señalar a la atención* de los Estados un simple conjunto de cláusulas modelo que podrían aprovechar, en el caso de que decidieran acudir al arbitraje⁸¹. En sentido inverso, la codificación del Derecho Diplomático y Consular, cuyo mérito estriba en haber transformado en Derecho convencional lo esencial de ese Derecho consuetudinario,

⁸⁰ En virtud de la Res. 1.262 (XIII) de 14 de noviembre de 1958, titulada “Cuestión del procedimiento arbitral”; *vid. Informes de la CDI sobre sus períodos de sesiones primero (Doc. A/925), pág. 21, segundo (Doc. A/1316), párs. 165–181, tercero (Doc. A/1858), pág. 7, cuarto (Doc. A/2163), párs. 11–24, quinto (Doc. A/2456), párs. 9–57, noveno (Doc. A/3623), párs. 18 y 19, y décimo (Doc. A/3859).*

⁸¹ Para S. ROSENNE, el resultado final de este Proyecto obedecía a tres razones, a saber: 1) La audacia del planteamiento de la CDI al basar el proyecto en un concepto de arbitraje jurisdiccional en vez de arbitraje diplomático; 2) el sentimiento de que el proyecto se inclinaba en exceso por el desarrollo progresivo; y 3) el hecho de que el clima político de las NU no se prestaba a una nueva ampliación de la solución jurisdiccional de las controversias en lugar de la diplomacia; *vid. “The International Law Commission”, BYIL, vol. XXXVI (1960), 130–165, pp. 150–151.*

precisando, completando y desarrollando sus reglas allí donde las necesidades y principios básicos de los Estados lo exigían, ha sido uno de los factores que ha contribuido a reactivar en los últimos años el recurso a la jurisdicción de la CIJ, con el fin de que el órgano judicial principal de la SI sea el encargado de la interpretación y aplicación de las normas que los Estados han consensuado y aceptado previamente.

Por otro lado, es ineludible destacar el sistema de arreglo jurisdiccional *ad hoc* que instaura la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 en el que, aun siendo la jurisdicción obligatoria el principio general inspirador del sistema de arreglo, no se ha previsto el recurso obligatorio al TIDM ni a la CIJ, dejando libertad a los Estados partes para convenir el medio de arreglo deseado. Por el contrario, es el arbitraje general del Anexo VII (denominado “arbitraje VII”), el procedimiento jurisdiccional que debe salvar el principio de la jurisdicción obligatoria en caso de silencio o desacuerdo entre las partes sobre el método a elegir, constituyéndose así en el arquetipo de la revitalización experimentada por el procedimiento arbitral en el proceso codificador.

II. MÉTODO Y FUENTES DEL CONOCIMIENTO

Las singularidades que en el plano metodológico caracterizan a este trabajo son consecuencia del objeto de investigación, la documentación empleada y de las propias características del ordenamiento jurídico en el que se inscribe. Entre nosotros O. CASANOVAS I LA ROSA ha recordado que, el jurista, como cualquier otro científico, realiza su labor en tres planos distintos, con evidentes conexiones entre ellos: uno es el de la descripción, otro, el de la explicación y sistematización, y por último, el de la operatividad y la aplicación a la realidad. Entre todos ellos el autor citado destaca el

segundo, el relativo a la interpretación y sistematización de las normas jurídicas. Ahora bien, su logro “no puede prescindir de las funciones de determinación y aplicación de las normas en el ordenamiento jurídico objeto de estudio”⁸². En función de ello, nuestra aproximación al arreglo pacífico de controversias se centra preferentemente en una perspectiva práctica, acompañada de manera conveniente de un aporte doctrinal.

En este sentido y en cuanto al primer extremo, el enfoque por el que nos hemos decidido ha supuesto acudir a investigar, con carácter preferente, los documentos de la práctica de índole *común* o *general* procedentes normalmente de la estructura de cooperación. Y entre estos materiales, han merecido una atención prioritaria los producidos en el ámbito de la actividad codificadora que lleva a cabo fundamentalmente la CDI, como expresión de la dimensión técnica de la codificación. El manejo de estos documentos de la práctica nos ha llevado a incidir en el método empírico-inductivo a lo largo de nuestra investigación, pues resulta la vía más adecuada para su sistematización, análisis y valoración⁸³.

A su vez, estos materiales han sido debidamente completados con aquellos procedentes de la dimensión política del proceso codificador, esto es, con las Actas de los debates habidos en la Sexta Comisión, las cuales constituyen “a barometer measuring the degree of political and juridical acceptability of a codification project under consideration”⁸⁴. Pero también hemos acudido a la actividad desarrollada por los Estados en Conferencias codificadoras, cuyo análisis es inexcusable para conocer la posición de cada Estado en relación con el instrumento debatido⁸⁵. Asimismo, entre todos los materiales debe destacarse el manejo de la práctica convencional multilateral, pues resulta

⁸² “La vuelta a la teoría”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 179–196, pp. 183–184.

⁸³ Sobre la adecuación del método inductivo para la determinación de las normas internacionales véase SCHWARZENBERGER, G., *The Inductive Approach to International Law*, Londres, 1965, en especial las pp. 4–7 para conocer las líneas maestras de este enfoque.

⁸⁴ Según la expresión de F. CEDE en “New Approaches to Law-Making in the UN-System”, *loc. cit.*, p. 64.

⁸⁵ Sobre ambas dimensiones de la operación de codificación puede consultarse DAUDET, I., “Actualités de la codification ...”, *loc. cit.*, pp. 94–95.

relativamente fácil analizar el contenido y alcance de las obligaciones convencionalmente asumidas por los Estados en materia de arreglo pacífico de controversias, constituyendo este análisis el punto de partida para intentar indagar y explicar la posición jurídica de los Estados en el tema objeto de este trabajo.

Por último, conviene subrayar que el análisis de la práctica nos ha planteado especiales problemas, ya que en nuestra investigación se aprecia una distorsión entre la abundante normativa convencional existente en materia de arreglo pacífico y los escasos precedentes proporcionados por la práctica contenciosa, que en este ámbito se presenta muy anárquica y escasamente vertebrada.

Ahora bien, el método inductivo que venimos defendiendo no es óbice para que, una vez estudiada la práctica de los sujetos internacionales, apliquemos una metodología lógico-deductiva que nos permita llevar a cabo una labor de racionalización y sistematización conceptual de dicha práctica⁸⁶. En efecto, para abordar este análisis hemos tenido en cuenta asimismo la doble dimensión, jurídico-formal y socio-histórica, que caracteriza a nuestro ordenamiento, puesto que un examen limitado a la primera de las estructuras citadas nos conduciría a unos resultados excesivamente formalistas, que ignorarían las razones de una determinada orientación normativa o de un comportamiento concreto en la actuación de los órganos citados, y por tanto, evidenciaría un alejamiento de la estructura socio-histórica o material, lo que se ha tratado de evitar en este trabajo.

En esta labor de ordenación y sistematización conceptual han resultado de suma ayuda las categorías manejadas en los trabajos de la CDI. De todos modos, debemos ser siempre conscientes de que la labor de la CDI se centra tanto en la codificación como en el desarrollo progresivo del DI, cuestión que debe ser tenida muy en cuenta a la hora de

⁸⁶ Vid. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Madrid, 1995, pp. 39-40; y del mismo autor "La práctica internacional y sus medios de prueba (guía breve para abogados jóvenes)", en JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid, 2003, 583-607, pp. 601-604.

valorar las propuestas de este órgano codificador en materia de arreglo pacífico de controversias. Por ello, es evidente que en principio no se les puede atribuir el valor de *lex data*, salvo que se vean claramente confirmadas por la práctica de los Estados; y ello sin perjuicio de apreciar que en el marco del proceso codificador se aborda con rigor el estudio de la práctica internacional en determinadas materias⁸⁷.

El empleo de los materiales de la práctica institucional se ha conjugado con la utilización de las fuentes de carácter doctrinal. Éstas se caracterizan por su enorme heterogeneidad, puesto que la literatura que examina el arreglo pacífico de controversias en el ámbito del proceso codificador se ha decantado por una sectorialización tendente a abordar aspectos concretos del sistema de arreglo de controversias, a propósito de un estudio global de cada ámbito material de relación. Como excepción, podemos destacar el sistema de arreglo de controversias propio de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, cuyo estudio unitario ha sido objeto de un variado conjunto de obras en las que, sin embargo, ha predominado el análisis formal, pues la mayoría de ellas se han centrado en una exégesis del articulado relativo a la Parte XV de la Convención.

III. PLAN DE EXPOSICIÓN

Conforme a lo expuesto, esta investigación se propone realizar un análisis transversal e integrador, desde este ámbito de la estructura de cooperación, de las dos coordenadas básicas del arreglo pacífico – la obligación de comportamiento y la libertad de elección del medio –, con el fin de conocer y valorar el grado de progresión experimentado

⁸⁷ Cf. DÍAZ BARRADO, C.M., “La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público”, *REDI*, vol. XLVII (1995), 33–53, p. 44.

por los distintos procedimientos de arreglo. Con este objetivo, el presente trabajo se ha estructurado sistemáticamente en dos Partes.

La Parte Primera, dividida en los Capítulos I y II, se ocupa de estudiar la incidencia del proceso codificador en los procedimientos de arreglo de carácter político o diplomático. El Capítulo I tiene como misión el estudio del proceso de regulación jurídica que afecta a las negociaciones diplomáticas. En el mismo se hará hincapié en la corrección a la obligación de comportamiento que incumbe a los Estados a través de la previsión de una obligación formal de negociar, que al mismo tiempo se convierte en garantía a partir de la cual se pretende aportar soluciones a dos de los problemas que tradicionalmente le han sido atribuidos a este medio: la prioridad de las negociaciones directas sobre cualquier otro método de arreglo y la previsión de pautas con las que apreciar el previo agotamiento de las mismas.

El Capítulo II se adentra, por su parte, en las consecuencias que el proceso codificador ha ejercido sobre la estructura y naturaleza de dos medios no jurisdiccionales, la conciliación y la determinación de los hechos, cuyo estudio será analizado desde el enfoque que suministran dos factores que afectan a estos medios políticos, como son su *judicialización* y *funcionalización*. Aquí abordaremos con especial atención las transformaciones en el perfil clásico de la conciliación originadas por el modelo denominado de “conciliación obligatoria”, cuya generalización en una amplia y variada red de convenios codificadores ha originado un proceso de judicialización que cuestiona su carácter de medio político o diplomático. El análisis de las previsiones de arreglo de controversias nos permitirá identificar la creciente relación entre estos medios políticos (por definición, no institucionalizados) y la estructura de cooperación de la SI, sobre todo a través de la activa participación del SG en estos procedimientos. En este Capítulo, además, se estudian los aspectos generales y particulares del proceso de funcionalización que afecta

a ambos procedimientos, con la finalidad de conocer la función que los Estados han querido atribuir a los modelos de conciliación y de determinación de los hechos que diseña el proceso codificador. Al final del Capítulo se hará una valoración de este modelo de acceso obligatorio a los procedimientos de carácter político a la luz de la práctica de los Estados.

La Parte Segunda comprende los Capítulos III y IV, que abordan la promoción del consentimiento anticipado a los medios jurisdiccionales a través de los convenios codificadores. Aunque las cláusulas compromisorias que prevén el recurso a estos medios no son excepcionales en los convenios codificadores, ora como única vía convencional de arreglo, ora subordinando su experimentación al fracaso de los métodos políticos, lo cierto es que su alcance y efectividad depende del ámbito material regulado. En primer lugar, en el Capítulo III se estudiará la revitalización que ha experimentado el arbitraje internacional a través de las distintas posibilidades que ofrece el procedimiento arbitral en el proceso codificador, en comparación con su empleo efectivo por los Estados. Asimismo, también se abordarán las consecuencias que han afectado a este medio de arreglo al calor de dicho proceso, especialmente su creciente tendencia institucionalizadora y los efectos que de ello se derivan en algunos de sus elementos estructurales.

Por su parte, en el Capítulo IV, dedicado al arreglo judicial, se tratará tanto de las cuestiones relacionadas con la reciente reactivación de la competencia de la Corte a través de los convenios codificadores, como de las nuevas posibilidades que se abren a los Estados a partir de la creación del TIDM. Debido a su condición de órgano judicial principal de las NU, esta investigación privilegia los sistemas de arreglo que prevén la competencia de la Corte para la interpretación o aplicación de sus disposiciones sustantivas, que son agrupados en atención a los inconvenientes de orden procesal que obstaculizan el acceso a su jurisdicción, pues los obstáculos de orden material, como la confianza de sus

potenciales clientes⁸⁸, muestran síntomas de recuperación al menos en determinados ámbitos materiales. Junto a esta cuestión, se abordan las consecuencias para el ejercicio de la competencia de la CIJ en determinados sectores normativos que derivan del proceso de especialización judicial, haciendo referencia en particular a las relaciones y posibles tensiones entre la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo sobre Derecho del Mar, pues únicamente entre estos dos tribunales de vocación universal puede plantearse un auténtico conflicto entre jurisdicciones. Este Capítulo culmina con unas reflexiones en torno a la proliferación de tribunales internacionales y sus consecuencias para la fragmentación del DI, centrándonos exclusivamente en las eventuales decisiones discrepantes que pudieran surgir entre los distintos foros jurisdiccionales creados por la Convención de 1982, o entre éstos y la Corte de La Haya.

Esta investigación se cierra con las correspondientes conclusiones. En ellas se resumen sus directrices generales y se ensaya una valoración general de la incidencia del proceso codificador, tanto en las coordenadas básicas del arreglo pacífico como en el grado de progresión de los distintos medios de arreglo.

⁸⁸ Vid. JENKS, W., *The Prospects of International Adjudication*, Nueva York, 1964, p. 3, en la cual señala que para el mayor progreso de la justicia internacional, la esencia de la cuestión es la confianza de los Estados en los medios jurisdiccionales.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant

Universidad de Alicante

PARTE PRIMERA. LA INCIDENCIA DEL PROCESO
CODIFICADOR EN LOS MEDIOS DE ARREGLO DE
CARÁCTER NO JURISDICCIONAL



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO I. EL PROCESO DE RELATIVA JURIDIFICACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS

I. La aparente ajuridicidad de las negociaciones diplomáticas

De entre los métodos llamados políticos o no jurisdiccionales, las negociaciones directas constituyen el único procedimiento de *autosolución* que ofrece el DI, esto es, el único medio en el que no interviene un tercero, quedando el arreglo confiado exclusivamente a la acción de las partes en la controversia¹. Por tanto, no sorprende que las negociaciones diplomáticas sean el instrumento ordinario de las relaciones internacionales, y por ello son también el medio de arreglo de controversias más utilizado por los Estados, ofreciendo las ventajas que se derivan de la falta de rigor del procedimiento y la relación directa entre las partes. Aunque es frecuente que los términos “diplomacia”² o “consultas”³ se utilicen como sinónimos e intercambiables del término “negociación”, lo cierto es que éste último designa mejor su carácter de procedimiento sometido al DI y destinado al arreglo pacífico de controversias⁴. Enfocada la negociación desde una perspectiva

¹ Vid. COLLIER, J., y LOWE, V., *The Settlement of Disputes in International ...*, op. cit., pp. 20–24. El carácter fundamental de este método ha sido afirmado por la Corte en el asunto del *North Sea Continental Shelf*, ICJ, *Reports* 1969, p. 47, pár. 86.

² El término “diplomacia” se emplea en algunos tratados generales de arreglo de controversias como el *Acta General* de 1928/1949, como sinónimo de negociación, o con la fórmula “por las vías diplomáticas ordinarias”, como prevé el *Pacto de Bogotá* de 1948.

³ Noción vecina a la negociación *stricto sensu*, a diferencia de esta última las *consultas* se refieren a situaciones en las que existen contactos informales entre Estados dirigidos más que a lograr un arreglo de la controversia a identificar un medio de arreglo para la solución de la misma; vid. FOMBAD, Ch. M., “Consultation and negotiation in International Disputes”, *African Journal ICL*, vol. 1 (1989), 707–724, p. 709.

⁴ Para un estudio transdisciplinar de las negociaciones vid. GOODPASTER, G., *A Guide to negotiation and mediation*, New York, 1997, pp. 257–269. Desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales puede consultarse MERLE, M., “La négociation”, *Pouvoirs* (1980) n. 15, 5–29, pp. 20–29; y adoptando un enfoque sociológico YACINE DIALLO, I.B., *Introduction à l'étude et à la pratique de la négociation*, Paris-Genève, 1999, pp. 73–86. Una aproximación general a las negociaciones puede verse en LEE, R.S., “A Case for Facilitation in the Settlement of Disputes”, *GYIL*, vol. 34 (1991), 138–173, pp. 146–147.

estrictamente jurídica⁵, surgen interrogantes tales como si las negociaciones pueden ser sometidas a una regulación jurídica, si conviene que lo sean o, incluso, si existe actualmente una base normativa suficiente como para afirmar la existencia de una regulación jurídica propia de la negociación.

Aferrados a la prerrogativa de la libertad de elección de medios derivada de su sacrosanta igualdad soberana, los Estados se decantan mayoritariamente por los métodos de arreglo político en general y por las negociaciones diplomáticas en particular, favorecidas entre otros argumentos, por la ausencia de terceros y, por ende, no estar constreñidas a un procedimiento formal, implicar costes limitados en tanto se llevan a cabo por los conductos diplomáticos ordinarios, permitir confidencialidad y, sin levantar recelos, poder cohabitar con cualesquiera otros procedimientos, incluidos los jurisdiccionales⁶. Ello explica que se confiera a las negociaciones diplomáticas un papel estelar en instrumentos de toda clase y condición; en los convencionales porque las negociaciones directas entre las partes son a menudo el único o el primer medio de arreglo que da paso a la experimentación de otros en los que interviene un tercero⁷. Y en los no convencionales, porque son frecuentes las

⁵ Por tanto, nuestro enfoque adquiere sentido en la definición dada por el Juez MOORE en su opinión particular en el *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, quien caracterizó a las negociaciones de la siguiente manera: "... dans le domaine international et au sens du droit international, la méthode légale et régulière d'administration suivant laquelle les gouvernements, dans l'exercice de leur pouvoir incontestable, poursuivent leurs rapports mutuels et discutent, ajustent et règlent leurs différends", CPJI, *Recueil 1924, Série A*, n. 2, pp. 62–63. La cursiva es nuestra. Un punto de vista análogo fue expresado por Francia en el *Affaire Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)* al estimar que "la négociation diplomatique (...) est une donnée de l'ordre juridique international. C'est une méthode ordinaire suivant laquelle les gouvernements poursuivent leurs rapports mutuels, discutent, ajustent et règlent leurs différends", CPJI, *Recueil 1938, Série A/B*, n. 74, p. 62.

⁶ Esta ventaja de las negociaciones ha sido especialmente destacada por la doctrina; *vid.* DARWIN, H.G., *International Disputes: The Legal Aspects*, Londres, 1972; MERILLS, J.G., "The Principle of Peaceful Settlement of Disputes", en LOWE, V., y WARBRICK, C., (Eds.), *The United Nations and the Principles of International Law*, Londres, 1994, 49–65, pp. 50–51 y ANDERSON, D., "Negotiation and dispute settlement", en EVANS, M., (Ed.), *Remedies in International Law. The Institutional Dilemma*, Oxford, 1998, 111–121, p. 111.

⁷ Aunque ya se ha dicho que la práctica convencional bilateral no será objeto de este trabajo, son varios los estudios que destacan el lugar preponderante que ocupan las negociaciones entre la gama de procedimientos de arreglo pacífico; véase el clásico estudio de WAART, P. J., *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States. An Analysis of Provisions made and or applied since 1918 in the Field of the Pacific Settlement of International Disputes*, La Haya, 1973, pp. 52–53; MIAJA DE LA MUELA, A., "Solución pacífica de controversias internacionales (Medios políticos y arbitraje)", *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales*, Madrid, 1956–57, t. II, pp. 167 y ss.; GEAMANU, G., "Théorie

Declaraciones y reglas modelo adoptadas en el seno de las NU que advierten de las ventajas de las negociaciones en tanto son un medio flexible y eficaz de arreglo, como subraya la *Declaración de Manila* (pár. 10).

Además, las negociaciones pueden adoptar diversas formas en función del grado de evolución de la SI, lo que ha propiciado un cambio cualitativo y cuantitativo en el perfil clásico de las negociaciones a raíz del proceso de institucionalización de la SI. Cambio *cualitativo*, porque el desarrollo de las negociaciones debe respetar los principios estructurales del DI contemporáneo que gobiernan las relaciones interestatales, conexión que se ha manifestado en la práctica normativa de la AG y, en particular, en el principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, al considerar a las negociaciones un “vehículo de prevención y eliminación de controversias y situaciones que puedan amenazar la paz y seguridad internacionales”⁸, “apaciguador de las que ya han supuesto acciones armadas”⁹; pero también con el principio de arreglo pacífico de controversias al ser las negociaciones “imprescindibles para que prosperen otros medios de arreglo político en los que interviene un tercero”, en especial el recurso a una comisión de mediación o conciliación en las NU¹⁰. Más recientemente, el *Proyecto sobre los Principios que han de regir las negociaciones internacionales*¹¹, ha reiterado la importancia de estos principios

et pratique des négociations ...”, *loc. cit.*, pp. 365 y ss.; también *Manual sobre arreglo pacífico...*, *op. cit.*, pp. 13–14. Sobre la práctica convencional bilateral española se puede ver RIQUELME CORTADO, R.M., “El arreglo pacífico de controversias ...”, *loc. cit.*, pp. 275–289.

⁸ Res. 43/51, de 5 de diciembre de 1988, pár. 3.

⁹ Res. 40/9, 8 de noviembre de 1985, cuyo título, *Llamamiento solemne a los Estados en conflicto para que pongan fin sin demoras a las acciones armadas y resuelvan sus controversias mediante negociaciones, y a los Estados miembros de las Naciones Unidas para que se comprometan a solucionar las situaciones de tensión y de conflicto y las controversias existentes por medios políticos y a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza y de intervenir en cualquier otra forma en los asuntos internos de otros Estados*, es bastante significativo.

¹⁰ Dec. 44/415, 4 de diciembre de 1989. En función de la particular naturaleza de estos medios, la mencionada Decisión dispone que al desempeñar los buenos oficios o la mediación, la comisión “procurará que las partes entablen de inmediato negociaciones directas (...) ofrecerá sugerencias para la iniciación o la reanudación de las negociaciones (...) y procurará mediante la mediación aproximar sus posiciones hasta que se llegue a un acuerdo”.

¹¹ Res. 53/101, de 1998. Concebida en el marco del *Decenio de las Naciones Unidas para el DI*, el Proyecto de Resolución (presentado por Mongolia), sobre las líneas de actuación que han de regir las negociaciones internacionales que ha sido apoyado por dieciocho Estados más, con el que principalmente se pretende elaborar un código de conducta de los Estados relativo a este método. Sobre el contenido de esta Resolución

estructurales como líneas de actuación que han de presidir las negociaciones a fin de establecer – como ya advirtió la *Declaración de Manila* –, un “marco jurídico de referencia” que reduzca la incertidumbre que supone la ausencia de normas jurídicas más concretas¹².

La absoluta libertad de que gozan los Estados en las negociaciones, al mismo tiempo que deja libre de ataduras a la voluntad del Estado negociador, expone a dicha voluntad a todo tipo de presiones provenientes de los demás negociadores. Ahora bien, al menos en el DI contemporáneo, el consentimiento de un Estado en las negociaciones no puede estar condicionado por presiones derivadas de la amenaza o el uso de la fuerza. En efecto, al margen de la clara prohibición dirigida a todos los Estados en el art. 2.4 de la Carta, el art. 52 del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 sanciona con la nulidad todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza militar. Sin embargo, es significativo que la sanción impuesta por el art. 52 no se extiende a otro tipo de presiones menores en las negociaciones convencionales, como las de carácter económico o político. Y ello a pesar de que los países en vías de desarrollo, sabedores de su situación de inferioridad en las negociaciones, propugnaran que se extendiera el vicio de coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, a éste otro tipo de presiones¹³.

puede verse BELTRAMINO, J.M.C., “¿Hacia un derecho de la negociación internacional?”, *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor E. Rey Caro*, tomo II, Drnas-Lerner (Eds.), Córdoba (Argentina), 2003, 1191–1205, pp. 1199–1200.

¹² Por tanto, carece de rigor afirmar, como sostuvo algún autor en el pasado, que las negociaciones quedarían al margen del propio DI pues no estarían sujetas a reglamentación jurídica alguna “(...) ni en ce qui concerne la durée, ni en ce qui concerne leurs modalités”; SIEBERT, M., *Droit international public*, vol. I, Paris, 1951, p. 371. En contra de esta opinión se ha pronunciado, entre otros, GOTTLIEB, G., “Global Bargaining: The Legal and Diplomatic Framework”, en FALK, R., KRATOCHWIL, F., y MENDLOVITZ, S.H., (Eds.), *International Law. A Contemporary Perspective*, Colorado, pp. 210–235. En cualquier caso, toda negociación debe desarrollarse de acuerdo con los principios constitucionales del DI contemporáneo recogidos en la Res. 2625 (XXV).

¹³ A través de la conocida enmienda de *los diecinueve* (Doc. A/CONF.39/C.1/L.67/Rev.1/Corr.1). Para todo este párrafo puede verse, entre nosotros, el trabajo de MARTÍN LÓPEZ, M.A., *La formación de los Tratados internacionales. Estudio de su condicionamiento por el consentimiento del Estado y el medio y los intereses colectivos*, Córdoba, 2002, pp. 38–41.

Cambio *cuantitativo*, en la medida en que las negociaciones participan del proceso de relativa democratización que las NU han impulsado como foro mundial en el que todos los Estados, pequeños y grandes potencias, pueden negociar en condiciones de igualdad formal los problemas de interés común. Es innegable que el marco institucional de las NU ha incentivado el aspecto público u oficial de este procedimiento a través de nuevas formas de negociación conocidas como negociaciones “multilaterales”¹⁴, modalidad que ha sido considerada por la CIJ equivalente o alternativa a las negociaciones directas a través de la diplomacia tradicional¹⁵. Sin embargo, la diplomacia multilateral no ha sido suficiente para modificar la debilidad estructural que muestran las negociaciones cuando las posiciones de las partes están alejadas. Aunque las negociaciones diplomáticas y sus posibles variantes (consultas, intercambios de puntos de vista, ...), son el medio de arreglo en el que por definición las partes disfrutan de mayor libertad y reserva, también entrañan riesgos en controversias heterogéneas por cuanto tienden a favorecer al más fuerte. Por tanto, resulta comprensible que hayan sido los Estados que, en su caso, podrían estar en desventaja los que en el marco del *Decenio* se hayan preocupado por instar la adopción de unas mínimas reglas de conducta sobre el desarrollo de las negociaciones¹⁶, como también que los

¹⁴ Las negociaciones multilaterales han sido conceptualizadas por J.C.M. BELTRAMINO como “negociación internacional ligada” en contraposición a la negociación tradicional o clásica, calificada por este autor como “negociación internacional autónoma”, que sería la negociación autocontenida y que tiene su desarrollo en la vida propia e independiente que le asignan las partes. Frente a esta última, la negociación internacional *ligada* “es la que tiene lugar en relación con la cooperación internacional multilateral propia de órganos deliberativo-decisionarios de organismos internacionales y también de conferencias internacionales, sean las partes representantes de gobiernos, empresas u otras instituciones de países distintos (...)”; “La aparente ajurisdicción de la negociación internacional”, *Anuario IHLADI*, vol. 13 (1997), 285–299, p. 291.

¹⁵ Como puso de relieve la Corte en el asunto del *South West Africa (preliminary objections)*, “diplomacy by conference or parliamentary diplomacy has come to be recognized in the past four or five decades as one of the established modes of international negotiation. In cases where the disputed questions are common interest to a group of States on one side or the other in a organized body, parliamentary or conference diplomacy has often been found to be the most practical form of negotiation. The number of parties to one side or the other of a dispute is of no importance, it depends on the question at issue (...)”; ICJ, *Reports*, 1962, p. 346. En contra *cf.* la opinión del Juez FITZMAURICE en el asunto del *Northern Cameroons (preliminary objections)*, ICJ, *Reports* 1963, pp. 15 y 123. Sobre la diplomacia en Conferencia puede verse el Curso de Ph. JESSUP, “Parliamentary Diplomacy”, *RdC*, t. 89 (1956-I), pp. 185–318, *passim*.

¹⁶ Desde su patrocinador, Mongolia, hasta los Estados que explícitamente lo apoyaron en el debate habido en la Sexta Comisión, tercermundista en su mayoría. Los Estados que, además de Mongolia, avalaron en 1998 el citado proyecto ante la AG fueron: Brunei Darussalam, Colombia, Cuba, Eslovenia, ex República Yugoslava de Macedonia, Guatemala, Italia, Islas Salomón, Kirguistán, Malaysia, Nepal, Portugal, Qatar, San Marino,

Estados que se encuentran del otro lado, plantearan ciertas reticencias a la aprobación de tales directrices, particularmente en el sentido de su ineficacia o falta de exhaustividad¹⁷. La vigencia de tales observaciones ha sido reforzada en las conclusiones que emanan del informe sobre “El arreglo pacífico de controversias”¹⁸, elaborado por F. ORREGO VICUÑA y Ch. PINTO, con ocasión de la Conmemoración del Centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz de La Haya en el que, tras subrayar el indiscutible liderazgo de las negociaciones en el ámbito internacional¹⁹, enfatiza la necesidad de potenciar e institucionalizar su recurso²⁰, en particular en el contexto del arreglo de las controversias, derivadas de la interpretación o aplicación de los tratados relativos al medio ambiente y la promoción recíproca de inversiones²¹.

A pesar de todas estas exhortaciones, ni siquiera puede afirmarse que ante una controversia internacional los Estados estén compelidos por una obligación general de negociar, antes que acudir a cualquier otro medio pacífico. Desde luego, de la prescripción del art. 33 de la Carta no cabe inferir un orden de prioridad que establezca una obligación de negociar en cualquier circunstancia. Así, aunque dicho artículo menciona a la negociación en primer término entre los medios de arreglo que las partes pueden utilizar, el recurso a las negociaciones sólo tendría un alcance limitado a las controversias susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales²², siendo las negociaciones una

Singapur, Sudán, Turquía, Uruguay y Vietnam; *vid.* GA/L/3064, 18 de noviembre de 1998.

¹⁷ De esta opinión fueron, el Reino Unido, Francia, Estados Unidos, Australia y Japón, *ibid.*

¹⁸ “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century”, informe elaborado de acuerdo con las Res. A/RES/52/154 y A/RES/53/99, Documento de NU distribuido en el CADHI del Consejo de Europa en septiembre de 1998, bajo la sigla CADHI (98) 15. Estrasburgo 3-2-1999.

¹⁹ *Ibid.*, párs. 44 del texto originario.

²⁰ Se ha sugerido la elaboración de un acuerdo sobre las consultas en el seno de las NU a fin de facilitar su desarrollo institucionalizado; *vid.* SOHN, L.B., “Draft General Treaty on the Peaceful Settlement of International Disputes: A Proposal and Report”, American Bar Association, Committee on World Order Under Law, *The International Law*, vol. 20 (1986), pp. 261-291, *passim*.

²¹ Párs. 102-105 del texto revisado.

²² *Vid.* ROGOFF, M.A., “The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities”, *Mich.J. Int’l L.*, vol. 16 (1994), n. 1, 141-186, p. 156, y también ANDERSON, D., “Negotiation and dispute settlement”, en *Remedies ...*, *loc. cit.*, p. 117.

alternativa a otros métodos de arreglo²³. Sobre la base del art. 33 de la Carta, la jurisprudencia ha intentado identificar una obligación general de negociar que vincule a los Estados respecto a todo tipo de controversia. Primero, fue en el asunto de la *North Sea Continental Shelf* cuando la CIJ estableció una relación directa entre la obligación particular de negociar aplicable a la delimitación de la Plataforma Continental y la obligación general de negociar al establecer que, en lo que concierne a esta obligación “[...] constitutes a special application of a principle which underlies all international relations, and which is moreover recognized in Article 33 of the Charter of the United Nations as one of the methods for the peaceful settlement of international disputes”²⁴.

Más tarde, en el asunto de las *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, la Corte señaló que, al menos, los Estados estarían ante la obligación de negociar en aquellas situaciones en las que la extensión de sus respectivos derechos sólo puede ser definida en relación con los derechos de otros Estados²⁵. Sin embargo, en la controversia sobre el *Accord relative aux Services Aériens du 27 Mars*, el Tribunal Arbitral señaló que el art. 33 de la Carta contiene una obligación de negociar “très générale (...), dont le contenu se ramène à des exigences assez élémentaires”²⁶.

El alcance de la obligación de negociar también fue examinada en el marco del tema de codificación relativo a la *Nacionalidad en relación con la Sucesión de Estados*. En su Tercer informe, el Ponente V. MIKULKA propuso entre los principios generales sobre la

²³ Además, de su posición en la Carta (Capítulo VI), se infiere que la aplicación de la obligación de negociar del art. 33 no trascendería de la mera *recomendación*.

²⁴ ICJ, *Reports 1969*, p. 47, párr. 86. Este enfoque de la CIJ tuvo en consideración las opiniones disidentes de los Jueces DE VISSCHER y ÁLVAREZ en el asunto del *International Status of South-West Africa*; así, para el Juez ÁLVAREZ “even admitting that there is no legal obligation to conclude an agreement, there is, at least, a political obligation, a duty which derives from social interdependence and which can be sanctioned by the Assembly of the U.N.”; ICJ, *Reports 1950*, p. 184; en el mismo sentido, la opinión del Juez DE VISSCHER, *ibid.*, p. 189.

²⁵ Así, al tratar de delimitar los respectivos derechos de pesca de las partes, la CIJ argumentó que la obligación de negociar “flow[ing] from the very nature of the respective rights of the Parties ...”, y que “it is implicit in the concept of preferential rights that negotiations are required in order to define or delimit the extent of those rights”; ICJ, *Reports 1974*, pp. 31–32. A falta de una norma que establezca una obligación de negociar con carácter general, dicha obligación sería exigible en aquellas controversias donde los derechos de los Estados se limiten recíprocamente; cf. ROGOFF, M.A., “The obligation to negotiate ...”, *loc. cit.*, p. 160.

²⁶ RSA, vol. XVIII, pp. 484–485.

nacionalidad un proyecto de artículo 15, en el que se preveía la obligación de los Estados interesados de *celebrar consultas y de negociar*, como corolario del derecho de toda persona a una nacionalidad o de la obligación de los Estados interesados de evitar la apatridia²⁷. En los debates celebrados en 1997, la mayoría de los miembros de la CDI dejó claro que, por conveniente que fuera establecer una obligación de negociar, el DI General no imponía tal obligación a los Estados interesados²⁸. Por ello, no sorprende entonces que el *Proyecto de principios rectores para las negociaciones internacionales* diga que “la falta de normas claras para la celebración de negociaciones internacionales da cabida a diferentes interpretaciones de principios generalmente reconocidos, como la igualdad soberana de los Estados, (...) o *la negociación de buena fe* (...) entre otros”²⁹. La propia Res. 53/101 podría ser tenida como un primer intento, eso sí, imperfecto y con valor recomentatorio, de regular jurídicamente la negociación internacional³⁰.

Para abordar la negociación internacional conforme a lo expuesto anteriormente, se cuenta en la actualidad con lo siguiente; primero, con normas y principios relativos al comportamiento de las partes y al proceso negociador; segundo, con la jurisprudencia de la Corte referida a la negociación internacional en su conjunto; y tercero, con una práctica normativa de la AG todavía imperfecta. Con este bagaje, y en respuesta a las preguntas que

²⁷ Vid. MIKULKA, V., *Tercer informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados*, Doc. A/CN.4/480/ y Add.1; en *Anuario CDI*, 1997-II (1ª parte), pp. 16-23.

²⁸ En torno a la naturaleza jurídica de la obligación de negociar hubo interesantes debates en 1997 en el seno de la CDI en relación con el proyecto de art.15. Para algunos miembros, como ECONOMIDES, la obligación de negociar formaría parte del DI General, pues “la sucesión de Estados es, después de todo, una cuestión de derecho internacional y debe quedar claro que la obligación de negociar se aplica automáticamente a todas las cuestiones comprendidas dentro del derecho internacional, en particular las controversias internacionales de naturaleza jurídica”, (*Anuario CDI*, 1997-I, p. 84); en términos parecidos se expresaron PAMBOU-TCHIVOUNDA (*ibid.*, p. 88) y GOCO (*ibid.*, p. 88). En contra de la existencia del deber de negociar se manifestaron SIMMA (*ibid.*, p. 84, párr. 2) así como CRAWFORD, BROWNLIE, GALICKI y ROSENTOCK, para quienes dicha disposición contenía, si bien de manera encubierta, una cláusula de arreglo de controversias, cuestión que sólo se abordaría una vez concluido el proyecto y la Comisión decidiera la forma que éste debiera adoptar (*ibid.*, pp. 86-87, párs. 19, 20, 23 y 37).

²⁹ Doc. A/52/141, p. 2.

³⁰ Sin embargo, la aceptación generalizada de un par de sus disposiciones, en concreto las que se refieren a la negociación de buena fe y a que el propósito y el objeto de todas las negociaciones deberán ser plenamente compatibles con las disposiciones de la Carta de las NU – incisos a y c – son inobjetables y pueden ser muy bien valoradas como DI consuetudinario, dado que ratifican la costumbre en esos puntos; *vid.* BELTRAMINO, J.C.M., “¿Hacia un derecho de la negociación ...?”, *loc. cit.*, p. 1202.

formuláramos *supra*, consideramos que las cláusulas *regulatorias sustantivas* de las negociaciones³¹ que se contienen en los convenios codificadores suministran base suficiente para afirmar que las normas que existen con respecto a la negociación internacional corresponden a una construcción jurídica, heterogénea y particular de la negociación, aún no completada y en evolución. En fin, que las normas genéricas contenidas en las decisiones de la CIJ y en la práctica de la AG referentes al alcance y duración de las negociaciones, pueden ser más fácilmente precisadas a través de la regulación jurídica de las negociaciones contenida en el proceso codificador.

II. El proceso de regulación jurídica de las negociaciones diplomáticas

Es frecuente que gran número de instrumentos convencionales cuenten con cláusulas-tipo en las que se dispone que, de surgir una controversia relativa al ámbito de aplicación del tratado, las partes se obligan a entablar negociaciones diplomáticas con miras a su arreglo con carácter previo al recurso a cualquier otro medio. Desde luego, se trata de una práctica normativa saludable en la medida en que la obligación de negociar existe incluso antes de nacer la controversia, ya sea al preverse la negociación como procedimiento exclusivo o, lo que es más común, como vía preliminar a la experimentación de otros métodos³². Ahora bien, la falta de un cauce procesal aplicable a las negociaciones

³¹ Las normas jurídicas utilizadas como marco en el proceso negociador son básicamente de dos tipos, que llamaríamos, según J.M.C., BELTRAMINO, “regulatorias sustantivas” y “regulatorias instrumentales o formales”. Estas últimas disponen, como su nombre indica, sobre la forma en que se materializan los entendimientos que surjan de la negociación internacional, es decir, tratados, contratos, decisiones de organismos internacionales, etc ..., y sobre las que no vamos a incidir ahora. Por el contrario, las “regulatorias sustantivas”, que son las que aquí nos interesan, están previstas en convenios internacionales relativos a distintos sectores normativos, de las que constituyen un buen ejemplo las cláusulas compromisorias que se contienen en los convenios de codificación del DI; *vid.* “La aparente ajurisdicción ...”, *loc. cit.*, p. 285.

³² Como señala M.A. ROGOFF “Il ne faudrait ainsi pas minimiser l’importance de la qualification de la négociation comme obligation puisque la perception de l’existence d’une telle obligation est un facteur déterminant dans la prise de décision d’un Etat d’entamer la négociation”; “The obligation to Negotiate ...”,

dificulta no sólo los intentos de delimitar una obligación jurídica de negociar, sino también de objetivar su cumplimiento a través de normas jurídicas aplicables a la misma. De estas dificultades dieron cuenta los Estados en la Conferencia codificadora sobre el Derecho de los Tratados de 1969, merced a las reticencias mostradas al art.15 a) del proyecto elaborado por la CDI. El referido artículo establecía la obligación de abstenerse, en tanto duren las negociaciones, de la realización de actos encaminados a malograr el objeto y fin del futuro tratado³³. Sin embargo, las discusiones, las diferentes propuestas para retirar el artículo y su rechazo final demuestran claramente el desapego de los Estados a cualquier condicionamiento jurídico de su voluntad negociadora³⁴.

Por lo que a la obligación de negociar se refiere, la jurisprudencia arbitral ha señalado que aquella obligación implica, al menos, la obligación de emprender negociaciones “significativas” y que “to be meaningful, negotiations have to be entered into with a view to arriving at an agreement”³⁵. Por su parte, entre la doctrina, P. REUTER ha señalado que la obligación de negociar tendría un contenido básico exigible en todas las negociaciones que abarcaría dos aspectos: cuando los Estados inician las negociaciones se obligan a realizar una apertura de las mismas y a comportarse como negociadores³⁶.

Ahora bien, aunque el DI deja a los Estados la más absoluta libertad para elegir el medio de resolver sus diferencias y no les obliga a iniciarlas mediante negociación diplomática³⁷, éstos pueden, ciertamente, adoptar una norma particular en sentido contrario. En este sentido, al calor de la regulación jurídica experimentada por las negociaciones en el proceso codificador, se ha objetivado la puesta en escena de las negociaciones a través de

loc. cit., p. 151.

³³ *Yearbook ILC*, 1966-II, p. 202.

³⁴ *Vid.* MARTÍN LÓPEZ, M.A., *La formación de los Tratados internacionales ...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

³⁵ *Affaire des dettes extérieures allemandes* (1972); *RSA*, vol. XIX, pp. 57 y 59.

³⁶ “De l’obligation de negocier”, *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV, 711-733, pp. 716-719.

³⁷ “Los Estados, en consecuencia, procurarán”, dice la *Declaración sobre los Principios*, “llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a los organismos o sistemas regionales u otros medios pacíficos que ellos mismo elijan”.

una obligación formal de negociar de la que los Estados no pueden sustraerse sin que su conducta sea constitutiva de un ilícito internacional³⁸.

1. La obligación formal de negociar: su activación a petición de parte

Las partes tratarán de resolver la controversia que les enfrenta en conversaciones directas mediante “negociación diplomática”. Ésta ha sido la fase del sistema convencional de arreglo de controversias más rápidamente acordada en los convenios codificadores. El recurso a la negociación diplomática previa no ha encontrado dificultades para obtener un consenso generalizado entre los miembros de la CDI muy al principio de los trabajos emprendidos en cada proceso codificador, facilidades de las que son reflejo las opiniones expresadas por los Estados en la Conferencia codificadora. El acceso a las negociaciones puede haber sido previsto con carácter exclusivo, o como vía previa a la utilización de otros medios, si bien no se conoce ningún caso en el que se concedan todas las posibilidades de arreglo a las negociaciones o consultas³⁹, siendo lo habitual su consideración como vía preliminar a la activación de sucesivos procedimientos, sea su naturaleza política o jurisdiccional. Como señala A. REMIRO BROTONS “la obligación convencional de negociar constituye así una condición *sine qua non* que suspende, temporal o definitivamente (de lograrse el acuerdo), el recurso a los demás procedimientos allí

³⁸ Puesto que, para precisar el contenido de la obligación de negociar “(...) Il n’est pas interdit aux sujets de droit international de rappeler ou préciser la portée de cette obligation par voie de traité; le fondement conventionnel l’emporte dans ce cas, en particulier lorsque l’entendue de l’obligation est formulée avec précision ou lorsque la procédure de négociation bénéficie d’une certaine organisation”; QUOC-DINH, N., DAILLIER, P., y PELLET, A., *Droit international public*, Paris, 1999, p. 793.

³⁹ Según cada convenio puede tratarse de una “obligación de celebrar consultas” (*Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, art. 84), o “de procurar la solución de la controversia mediante un proceso de consulta y negociación” (*Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* de 1978 y sobre *Sucesión en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estados* de 1983, arts. 41 y 43 respectivamente), o “de iniciar sin demora consultas y negociaciones con miras a lograr soluciones equitativas de la controversia” (*Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, art. 33)

regulados: la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o, incluso, una sucesión de todos o algunos de tales métodos”⁴⁰.

El hecho de que estemos ante una obligación formal de negociar se refleja en que las negociaciones se activan “a petición de parte”, posibilidad que señala el *Proyecto de Principios rectores para las negociaciones internacionales*⁴¹. Ahora bien, como subrayó el Tribunal Arbitral en el asunto sobre el *Accord relative aux Services Aériens* “l’obligation de négocier connaît aujourd’hui des formes plus ou moins qualifiées qui lui donnent un contenu plus o moins significatif”⁴², por lo que se impone una distinción entre los convenios codificadores que prevén una obligación de negociar bien definida y los que no lo hacen con la misma precisión.

Entre los primeros figura la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975 (art. 84)⁴³, que obliga a las partes a celebrar consultas, a instancia de cualquiera de ellas, a las que en virtud de la misma iniciativa unilateral podrá asociarse la Organización o la Conferencia. Fue en la Conferencia cuando, a iniciativa de Suiza⁴⁴, se propuso el cambio de redacción del texto elaborado por el Grupo de Trabajo de la CDI, en el que se reconocía el derecho a pedir consultas al Estado huésped, al Estado o los Estados que envían y a la Organización o a la Conferencia⁴⁵. Con esta iniciativa, y a diferencia del texto de la CDI⁴⁶, se condicionaba la

⁴⁰ *Derecho internacional ...*, op. cit., p. 833.

⁴¹ Párr. c). La iniciación de las negociaciones “a petición” tiene por objeto evitar toda ambigüedad en cuanto al hecho que origina las obligaciones de todas las partes de tratar de resolverla a través de este medio. De igual modo, el empleo de imperativos como “deberán”, “iniciarán sin demora” o “serán”, muestran la obligatoriedad del recurso a las negociaciones.

⁴² *RSA*, vol. XVIII, p. 484.

⁴³ Concluida en Viena el 14 de marzo de 1975, la presente Convención aún no ha entrado en vigor pues su art. 89 requiere el depósito de 35 ratificaciones o adhesiones. A 31 de diciembre de 2003, sólo 30 Estados, entre los que no figura España, habían manifestado su consentimiento en obligarse; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, 2003, vol. I, pp. 120–121.

⁴⁴ *Doc. A/CONF.67/C.1/L.145*, p. 160.

⁴⁵ *Anuario CDI*, 1971-I, p. 344. Aunque en el seno del Grupo de Trabajo algún miembro, como RUDA, afirmó que “las consultas debían celebrarse exclusivamente entre el Estado huésped y el Estado que envía y únicamente si éstos no llegan a un acuerdo, sería procedente la intervención de la Organización” (*ibid.*, p. 346, párr. 41), lo cierto es que la mayor parte de los miembros de dicho Grupo se manifestaron en favor de conceder a la Organización el derecho a participar en las consultas, tal y como se desprende de las

participación de la Organización o Conferencia en las consultas tripartitas a la invitación de las partes, privándole del derecho a iniciarlas⁴⁷. Esta limitación, que pasó al texto definitivo del Convenio⁴⁸, fue criticada por algunas delegaciones por estimar que las controversias relacionadas con la interpretación y aplicación de la Convención afectarían necesariamente a los intereses de la Organización, razón por la cual ésta debería tener el derecho tanto de participar como de iniciar las consultas⁴⁹.

El mismo esquema repiten los arts. 41 y 42 de las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y *sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, respectivamente. En ambas Convenciones el recurso a las consultas y negociaciones a petición de parte fue propuesta en la Conferencia codificadora, pues un sistema de arreglo que tomara como base las negociaciones era indispensable para que la interpretación y aplicación de las disposiciones sustantivas (especialmente sensibles para los Estados de reciente independencia) no quedara a expensas de la decisión de un tercero⁵⁰. Este carácter indispensable de las

intervenciones de KEARNEY (*ibid.*, p. 344), CASTRÉN (*ibid.*, p. 347), AGO (*ibid.*), ELIAS (*ibid.*) y ROSENNE (*ibid.*), hasta el punto de que dicho artículo fue aprobado por 15 votos contra ninguno y una abstención. De igual manera, en su comentario al art. 50.1 en 1969, la CDI en pleno indicó que había que permitir la participación en las consultas de la Organización interesada; *vid. Anuario CDI*, 1969-II, p. 232.

⁴⁶ Aunque ni el texto originario presentado por el Ponente EL-ERIAN (*vid. Anuario CDI*, 1969-II, p. 21) ni la enmienda de TAMMES (*ibid.*, 1969-I, p. 207) contemplaban expresamente las partes interesadas en las consultas, el último proyecto propuesto por el Relator (*Doc. A/CN.4/L.171*) sí contemplaba en su art. 50.1 que la Organización, como *parte interesada*, pudiera pedir de forma unilateral el inicio de las consultas. Algunos miembros de la CDI señalaron que el sistema debía considerar una disposición expresa a fin de permitir a la propia Organización participar en consultas tripartitas; *vid. Anuario CDI*, 1971-I, pp. 102–103, 222, 226 y 231.

⁴⁷ Su justificación residía en que, en determinadas cuestiones como la seguridad del Estado huésped, es posible que las partes interesadas quieran resolver la controversia directa y discretamente sin intervención de la Organización, *vid. Doc. A/CONF.67/4*, p. 300. En apoyo de esta posición se manifestaron las delegaciones de Francia (*ibid.*, p. 303); Egipto (*ibid.*, p. 304); Tanzania (*ibid.*); Pakistán (*ibid.*); Yemen (*ibid.*, p. 306); Irlanda (*ibid.*) y España (*ibid.*, p. 305).

⁴⁸ Por 39 votos contra 13 y 12 abstenciones, quedó aprobada la enmienda suiza al art. 81 (ahora art. 84) en su forma revisada; *Doc. A/CONF.67/18*, p. 309.

⁴⁹ Fue el caso de Perú (*Doc. A/CONF.67/4*, p. 302); Venezuela (*ibid.*, p. 305) y Yugoslavia (*ibid.*, p. 308). Sobre este particular se puede ver RITTER, J.P., “La Conférence et la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales. Quelques questions particulières”, *AFDI*, vol. XXI (1975), 471–482, pp. 479–482.

⁵⁰ Fue una enmienda de Estados Unidos (*Doc. A/CONF.80/C.1/L.38/Rev.1*) acompañada por otra de Países Bajos (*Doc. A/CONF.80/C.1/L.56*), las que introdujeron el arreglo de las controversias por “conducto diplomático”, pues el Proyecto de artículos de la CDI no contenía disposición alguna relativa al arreglo de controversias; *vid. el texto definitivo del Proyecto en Anuario CDI*, 1981-II (2ª parte), p. 21y ss.

negociaciones también le fue atribuido a la hora de instrumentar una solicitud de indemnización por daños causados por un objeto espacial. En efecto, en todas las propuestas de arreglo de controversias presentadas en la *Subcomisión Jurídica* de la Comisión sobre Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos se disponía el recurso a las negociaciones a petición de parte⁵¹, iniciativa que, a la postre, pasaría finalmente al art. IX del *Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972⁵².

Un sistema más laxo en cuanto al momento en que se origina la obligación de negociar es el que emplea el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 21 de mayo de 1997⁵³, pues cuando surja una controversia relativa al curso de agua con respecto a una cuestión de hecho o a la aplicación y/o interpretación de la Convención, “las partes iniciarán sin demora consultas y negociaciones con miras a llegar a una solución justa y equitativa de la misma” (art. 33.1 a). Aunque *a priori* el acceso a las negociaciones parece debilitado, de la interpretación conjunta de los apartados *a)* y *b)* del art. 33 del Convenio se infiere que existe un derecho unilateral de las partes a iniciar negociaciones. Tal posibilidad se desprende del apartado *b)*, en cuya virtud el recurso a otros medios políticos de arreglo sólo es posible si han transcurrido seis meses desde que una de las partes solicitó las consultas o negociaciones⁵⁴.

⁵¹ Todos los Proyectos de Convenio presentados incluían la negociación diplomática como una de las fases del arreglo de controversias. El Proyecto belga (art. 4 a), el de Estados Unidos (art. VI, 3), el de Hungría (art. X), el Proyecto [1968] de Italia (art. 9) y su Proyecto de 1969 (el mismo artículo), el Proyecto indio [1968] (art. XI), y sus Proyectos [1968] I (art. I de su anexo II) y [1969] (art. VIII).

⁵² Según el art. IX del Convenio, las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas a un Estado de lanzamiento por “vía diplomática”, es decir, a solicitud de parte, si bien el art. XIV concede el plazo de un año a partir de la notificación a dicho Estado para resolver la reclamación mediante negociaciones.

⁵³ La inserción de disposiciones relativas a la solución de controversias en este Proyecto fue a iniciativa del Ponente SCHWEBEL en su *Tercer informe; Doc. A/CN.4/348*, párr. 498; así como en los arts. 31 a 36 contenidos en el Capítulo V (Solución de controversias) presentado por el siguiente Ponente, EVENSEN, (*Doc. A/CN.4/367*, párrs. 207–223). En el *Segundo informe* presentado por el Relator ROSENSTOCK, también se propuso la inserción de un nuevo art. 33 relativo a la solución de las controversias (*Doc. A/CN.4/462* y corr.1).

⁵⁴ *Vid. Doc. A/CN.4/L.492* y Add.1., p. 142. Por lo demás, la obligación de acudir a consultas y negociaciones previas también obtuvo la bendición “política” de la mayor parte de las delegaciones presentes en la Sexta Comisión. Así, para Italia “la obligación de emprender consultas y negociaciones está en consonancia con el

Por lo que se refiere a este primer grupo de convenios codificadores, podemos afirmar que en tales instrumentos se prevé una obligación formal de negociar cuya activación unilateral representa una corrección a la libertad de elección de medios, en la medida en que la negativa de la otra parte a someterse a la “petición de negociaciones” constituiría una violación de una obligación internacional de naturaleza convencional.

No obstante, en un segundo bloque de convenios la obligación convencional de negociar no se define con la misma precisión. Tal es el caso de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, que alude a la obligación de negociar como “la obligación de proceder a intercambiar sin demora puntos de vista” (art. 283.1), lo que parece situar a este medio como primera etapa del sistema de arreglo de controversias de la Convención⁵⁵. De igual manera, la obligación de negociar también surge “cuando se ha llegado a una solución y las circunstancias requieren consultas sobre la forma de llevarla a la práctica” o “cuando se haya puesto fin a un procedimiento para la solución de una controversia sin que ésta haya sido resuelta” (art. 283.2), por lo que, en realidad, dicho artículo impone un “doble intercambio de puntos de vista”. Ahora bien, ninguna disposición referente a la activación unilateral de las negociaciones se contempla de forma expresa, mencionándose únicamente las palabras “sin demora”, expresión que puede implicar dos obligaciones: de un lado, la de entablar negociaciones con la otra parte y, de otro, la de fijar un plazo para los intercambios de puntos de vista. Sin embargo, en virtud de las objeciones formuladas por los Estados a la fijación de un plazo para las negociaciones, sólo sería exigible la obligación de intercambiar opiniones sin conceder a las partes un derecho unilateral a iniciarlas o a darlas

artículo 33 de la Carta y con la Declaración de Manila” (*Doc. A/C.6/51/SR.21*, p. 4); en el mismo sentido se mostraron Rusia (*ibid.*, p. 5); Venezuela (*ibid.*, p. 5); Israel (*ibid.*, p. 7); Canadá (*ibid.*, p. 11); Bangladesh (*ibid.*, p. 11). Sólo la delegación de Francia se manifestó contraria a la instauración de este procedimiento (*ibid.*, p. 8).

⁵⁵ No obstante, como señala A. REMIRO BROTONS, “el artículo 283.1 no contiene una verdadera obligación formal de negociar en la medida que sólo impone a las partes el inicio de consultas o el intercambio de opiniones con miras, no tanto a llegar a una solución de su controversia, como a determinar el método de arreglo que consideren idóneo en el caso concreto, sea la misma negociación o cualquier otro procedimiento, previsto o no en la Convención”; *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 834, *in fine*.

por finalizadas⁵⁶. Tampoco contempla esa exigencia procesal el art. 18 del *Proyecto de artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados*⁵⁷, en virtud del cual los Estados involucrados en la sucesión *tratarán* de encontrar una solución para eliminar o mitigar los efectos perjudiciales para las personas afectadas por la sucesión de Estados, de ser necesario, mediante negociaciones; garantía que tampoco incorpora, ya en el ámbito de la protección del medio ambiente auspiciada por las NU, la *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* de 1992 y el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (arts.14.1 y 27.1, respectivamente)⁵⁸. La exigencia de emprender negociaciones todavía es menos constreñidora para los Estados parte en los convenios codificadores auspiciados por las NU en materia de lucha contra el terrorismo, en los que simplemente se *recomienda* el recurso a las negociaciones antes de acudir al arbitraje obligatorio⁵⁹.

Mención aparte merece la versión del *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estado* adoptado en primera lectura en 1996, en cuyo art. 54 figuraba, como primera etapa del sistema de arreglo de la *Tercera Parte*⁶⁰, la obligación de negociar como condición previa del recurso a las contramedidas entre los Estados litigantes. El Proyecto de 1996 requería que el Estado lesionado por el hecho ilícito, antes de adoptar contramedidas, intentara resolver la controversia con el Estado autor del hecho ilícito mediante negociaciones, si bien el “derecho a adoptar contramedidas sólo se suspende

⁵⁶ Vid. RANJEVA, R., “Le Règlement des différends”, en DUPUY, R.J, y VIGNES, D., (Eds.) *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, vol. II, 1991, Boston/Lancaster, 1333–1397, p. 1345.

⁵⁷ Aprobado en segunda lectura por la CDI en su 51º período de sesiones; véase el texto del proyecto con comentarios en *Doc. A/54/10*, pp. 11–82. La CDI decidió recomendar a la AG la aprobación del proyecto en forma de declaración y así lo hizo ésta mediante su Res. 55/153, de 12 de diciembre de 2000.

⁵⁸ Sin embargo, también en este ámbito, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África* de 1994, es más categórica en cuanto a la exigencia de entablar negociaciones cuando afirma que “toda controversia entre las partes sobre la interpretación o aplicación de la Convención, será resuelta mediante negociación” (art. 28).

⁵⁹ Pues tanto el *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas* de 1997, como el *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999, se limitan a afirmar que las controversias que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable, serán sometidas a arbitraje a petición de parte (arts. 20.1 y 24.2, respectivamente).

⁶⁰ El 12 de julio de 1996, la CDI adoptó en primera lectura, sin voto – pero no por consenso – el *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados*; vid. *Doc. A/50/10*, Supl. n. 10, pp. 170–176.

cuando ha cesado el hecho ilícito y el Estado autor acepta de buena fe la solución de la controversia mediante un procedimiento por intervención de tercero” (art. 48)⁶¹. La exigencia de negociaciones representaba una propuesta que apostaba por el *desarrollo progresivo* en el terreno del arreglo de controversias⁶², constituyendo una excelente ocasión para precisar el alcance de las negociaciones como condición previa a la adopción de contramedidas⁶³. Precisamente por ello, el sistema propuesto en el Proyecto de 1996 no consiguió el respaldo mayoritario de la CDI⁶⁴, aduciéndose problemas formales, pues la obligación de negociar del art. 54 no establecía un plazo temporal en el que debían desarrollarse las negociaciones (lo que inclinaba la balanza en favor del Estado infractor)⁶⁵; y de fondo, pues la obligación de negociar prejuzgaba la obligatoriedad de la *Tercera Parte* del Proyecto, cuya adición al mismo estaría todavía por determinar⁶⁶.

⁶¹ Las disposiciones pertinentes, que sólo se adoptaron después de celebrarse un importante debate y en algunos casos mediante votaciones en sesión plenaria, figuraban en el Capítulo III de la Segunda Parte; *vid. Anuario CDI*, 1993-II (2ª parte), p. 11; *ibid.*, 1994-II (2ª parte), p. 145; *ibid.*, 1995-II (2ª parte), pp. 43–61.

⁶² Puesto que el Tribunal Arbitral constituido en el asunto sobre el *Accord relative aux Services Aériens* señaló que, con carácter general, “il ne pense pas que dans l'état actuel des relations internationales, on puisse énoncer une règle qui prohibe les contre-mesures au cours d'une négociation, surtout lorsque ces contre-mesures sont accompagnées de l'offre d'une procédure permettant d'envisager d'accélérer la solution du différend”; *RSA*, vol. XVIII, pp. 484–485. Esta posición ha sido defendida por P. REUTER para quien, de no existir un procedimiento conducente a una decisión obligatoria (lo que sucede con todos los medios diplomáticos), “l'obligation de négocier qui subsisterait n'opère pas un blocage des compétences de l'Etat”; “De l'obligation de négocier”, *loc. cit.*, p. 730; en contra SICILIANOS, L.-A., *Les réactions décentralisées à l'illicite, des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1990, p. 228.

⁶³ No obstante, el alcance de la obligación de negociar durante la primera fase no estaba sujeta a ningún plazo específico. En su Comentario al art. 48, la CDI señaló que “lo que se considera plazo razonable para las negociaciones depende de todas las circunstancias, en particular, la actitud del Estado autor del hecho ilícito, la urgencia de las cuestiones en juego, la probabilidad de que puedan aumentar los daños si no se logra una rápida solución, etc ...”; *Doc. A/51/10*, p. 172. Para L. CONDORELLI, se ha perdido una ocasión idónea para precisar el alcance de la obligación de negociar; *vid.* “Le règlement des différends en matière de responsabilité internationale des États”, *EJIL*, vol. 5 (1994) n. 1, 106–115, p. 113.

⁶⁴ *Anuario CDI*, 1996-I, p. 20.

⁶⁵ *Doc. A/CN.4/479/Add.1*, pp. 20–21. Algunos Estados, llegaron a manifestar su preocupación por el hecho de que la obligación de negociar prevista en el art. 54 no llegara a precisar el plazo que debería asignarse a las negociaciones; *vid.* la opinión de Estados Unidos (*Doc. A/C.6/51/SR.35*, p. 2) o del Reino Unido, para quien la exigencia de negociaciones previas a las contramedidas alteraba el equilibrio en favor del Estado infractor (*Doc. A/C.6/51/SR.34*, p. 11); mientras que, para Francia, la “inclusión de la obligación de negociar antes de tomar contramedidas” era un paso en la dirección correcta (*ibid.*, p. 8), o Argentina, para quien la aplicación de contramedidas no exime a los Estados de la “obligación general de negociar” (*ibid.*, p. 11).

⁶⁶ *Doc. A/CN.4/479/Add.1*, pp. 29–30.

Al calor de las críticas manifestadas por varios Estados en sus Observaciones generales en 1999⁶⁷, el Ponente J. CRAWFORD optó por ubicar las contramedidas en la *Segunda Parte* del Proyecto, pero evitando todo vínculo específico con la solución de controversias y, por ende, con la obligación de negociar prevista en la *Tercera Parte*⁶⁸. Este nuevo enfoque, que eliminaba cualquier restricción a las contramedidas – incluidas las negociaciones –, fue bien recibido por los Estados presentes en la Sexta Comisión⁶⁹, lo que propició que el Comité de Redacción sustituyera la obligación formal de negociar a cargo del Estado lesionado por el trámite procesal de “ofrecer negociaciones”⁷⁰, cambio que se ha mantenido en el Proyecto de artículos adoptado definitivamente en 2001 (art. 52.1 b)⁷¹.

⁶⁷ Si bien en sus observaciones formuladas en 1999 a la CDI, algunos Estados eran favorables al planteamiento adoptado por la Comisión, muchos otros expresaron su rechazo. Así, mientras para Alemania, la República Checa, Mongolia y el Japón “estas disposiciones han logrado un equilibrio entre los derechos e intereses de los Estados lesionados y los de los Estados a los cuales se aplican las contramedidas”, (*vid. Doc. A/CN.4/488*, pp. 117, 119, 121–122 y 15); otros, como Estados Unidos, considera que “el proyecto de artículos contiene restricciones a su uso que carecen de fundamento” (*ibid.*, p. 22); o Singapur, para quien sería más apropiado examinarlas en un foro más especializado (*Doc. A/CN.4/488/Add.3*, p. 6); o bien, aquellos que de forma más taxativa “apoyan la supresión de los artículos 47 a 50”, como Francia y Reino Unido (*Doc. A/CN.4/488*, pp. 23, 24, 86, 87 y 121–122). Por el contrario, para Italia e Irlanda sería esencial codificar el régimen de las contramedidas (*Docs. A/CN.4/488/Add.2*, pp. 5–6 y *A/CN.4/488*, p. 123). No obstante, Francia apoyaba la idea de una obligación de negociar antes de la adopción de contramedidas (*A/CN.4/488*, p. 131); en el mismo sentido Austria (*ibid.*, p. 130). Sobre los debates habidos entre los Estados puede verse BELAICH, F., “Les réactions des gouvernements au projet de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *AFDI*, vol. 44 (1998), 512–532, pp. 529–530.

⁶⁸ CRAWFORD, J., *Segundo informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, *Doc. A/CN.4/498/Add. 4*, p. 17, párr. 389.

⁶⁹ Opiniones expresadas por Estados Unidos (*Doc. A/C.6/55/SR.18*, párr. 69) y por Reino Unido (*Doc. A/C.6/55/SR.14*, párrs. 35–36). Otros Gobiernos expresaron que la carga de iniciar negociaciones debía corresponder al Estado autor del hecho ilícito, y no al Estado que adopta contramedidas, *vid.* las opiniones de Chile (*Doc. A/C.6/55/SR.17*, párr. 50) y República de Corea (*Doc. A/C.6/55/SR.19*, párr. 74). En particular, se hizo referencia a que la exigencia de negociaciones previas a la adopción de contramedidas no venía exigida ni por la práctica estatal ni por la jurisprudencia señalando que, si en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* la CIJ enumeró por vez primera las condiciones que deben reunirse para adoptar contramedidas, en cambio no mencionó que la obligación de negociar con carácter previo fuera una de ellas, aunque en dicho asunto se habían llevado a cabo amplias negociaciones entre las partes; ICJ, *Reports 1997*, párrs. 85 y 87.

⁷⁰ *Doc. A/CN.4/L.600*. Sobre la segunda lectura del Proyecto puede verse CRAWFORD, J., BODEAU, P., PEEL, J., “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des Etats de la Commission du droit international. Evolutions ou bouleversement?”, *RGDIP*, t. 104 (2000), pp. 911 y ss. Desde luego, esta solución supone un retroceso si se tiene en cuenta lo previsto en el art. 65 de los Convenios sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en virtud del cual cuando una parte procede a notificar la nulidad, suspensión o terminación de un tratado sólo podrá adoptar cualquiera de esas medidas si, después de transcurrir el plazo previsto, ninguna de las partes formula objeción, es decir, si no hay controversia. Pero si una parte objeta la medida notificada, las partes deberán buscar una solución a la controversia por los medios de arreglo del art. 33 de la Carta de las NU.

⁷¹ *Doc.*, A/56/10, p. 380. Una exposición de las razones que motivaron la supresión de la exigencia de negociaciones puede verse en CRAWFORD, J., *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, pp. 51–54. Como señala J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, en la regulación de las contramedidas en el Proyecto de 2001 han triunfado las

De lo expuesto hasta ahora cabe afirmar que, si bien el recurso a las negociaciones se estructura dentro de un marco convencional de referencia, su eficacia dependerá de cada sistema de arreglo particular. Así, mientras en un grupo de convenios codificadores la obligación de negociar conlleva el sometimiento obligatorio a un procedimiento y, en consecuencia, una cierta corrección a la libertad de elección de medios; por contra, en otros sectores, como el Derecho del Mar o el Derecho de la Responsabilidad del Estado, la experimentación de las negociaciones *in casu* prácticamente queda a discreción de las partes, pues el requerimiento de negociar de una parte hacia la otra no se acompaña de cauces procesales que determinen su cumplimiento, pese a que en alguno de estos regímenes – como sucede con las cuestiones relativas a la delimitación de determinados espacios marinos –, puede afirmarse que existe una obligación *material* de negociar, implícitamente incluida en la obligación de llegar a una delimitación mediante acuerdo⁷².

Además, respecto al primer grupo de convenios cabe precisar dos aspectos. Primero, que la obligación de negociar se presenta como una obligación de someterse a un procedimiento, cuyo resultado sólo será vinculante si las partes así lo acuerdan. Segundo, y en relación a la forma en que debe efectuarse la petición, nada se dice acerca de un requerimiento oficial de negociar, pues en su ausencia no será fácil probar que se ha solicitado el inicio de las negociaciones, dado el carácter discreto y, a veces, secreto, que caracteriza a este medio de arreglo. La exigencia de un requerimiento formal no carece de importancia puesto que, como veremos a continuación, los convenios codificadores hacen depender la activación de sucesivos métodos por intervención de tercero al fracaso de previas negociaciones, cuyo inicio debería acreditarse de manera fehaciente para permitir

tesis de los miembros que defendían la concepción “individualista” de las contramedidas frente a los que apostaban por una aproximación “comunitarista”; “Contre-mesures et règlement des différends”, *RGDIP*, t. 108 (2004), n. 2, 345–380, pp. 355–357.

⁷² Así lo ha señalado M.A. DE ALMEIDA NASCIMENTO al afirmar lo siguiente: “Resulta complicado, si no imposible, establecer si los Estados tenían o no la convicción de estar bajo la obligación legal de efectuar la delimitación por acuerdo. *No cabe duda, no obstante, que en este período los Estados estaban compelidos a entablar una negociación para alcanzar un acuerdo*”; *El Derecho Internacional de la delimitación de los espacios marinos de soberanía económica*, Madrid, 1999, p. 63. La cursiva es nuestra.

que las partes, transcurrido el plazo convencional, puedan conservar sus derechos con el fin de poner en práctica el resto de medios de arreglo previstos en el sistema.

Finalmente, la reiteración de las negociaciones como primera etapa en el sistema de arreglo previsto en los convenios codificadores ha reavivado una vieja cuestión, como es la introducción por vía consuetudinaria de otra corrección al principio de libre elección de medios: la prioridad de la negociación directa respecto de cualquier otro procedimiento sería una obligación jurídica, aunque no viniera impuesta por vía convencional.

2. La supuesta prioridad de las negociaciones a la luz del proceso codificador

La cuestión de saber si los Estados entre los que surge una controversia asumen la obligación de acudir, antes que nada, a las negociaciones y solamente después de agotar esta vía, utilizar otros medios no carece de importancia, pues con frecuencia ha sido utilizada para objetar el recurso a procedimientos jurisdiccionales, como tuvo ocasión de señalar la CPJI en el *Affaire des Concessions Mavrommatis*⁷³. Que las negociaciones diplomáticas ocupen un lugar preponderante en los distintos sistemas de arreglo de controversias es lógico y, al mismo tiempo, significativo. Así, en buena parte de los tratados generales y multilaterales de arreglo de controversias posteriores a la Segunda Guerra Mundial las negociaciones se configuraban como requisito previo para activar los

⁷³ En este asunto, la CPJI se pronunció a favor de la necesidad de iniciar una negociación previa a la vía judicial como constitutiva de una regla consuetudinaria, cuya razón de ser estaría en precisar el objeto de la controversia, esencial para que las instancias arbitrales y judiciales puedan establecer su propia competencia; CPJI, *Recueil 1924, Série A*, n. 2, p. 15. Esta posición también tuvo su apoyo en la doctrina, si bien su fundamento jurídico ha sido apreciado de forma diversa. Entre nosotros, A. MIAJA DE LA MUELA ha afirmado la virtualidad de la regla que confiere prioridad a las negociaciones diplomáticas sobre cualquier otro medio de arreglo; “Las negociaciones diplomáticas previas a las reclamaciones ante tribunales internacionales”, *Anuario IHLADI*, vol. (1963) 135–148, pp. 136–138. En contra se ha mostrado CAHIER, Ph., “Les négociations diplomatiques comme préalable à l’action judiciaire”, *Les multiples aspects des relations internationales*, Bruxelles, 1995, pp. 327–336. En cualquier caso, como señala L. CAFLISCH, “Il est évident que la règle du préalable diplomatique ne peut s’appliquer, en principe, entre Etats qui n’entretiennent pas de relations diplomatiques, ou lorsqu’un Etat partie au différend refuse la négociation ou l’rompt”; “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 276.

mecanismos de adjudicación⁷⁴. Esta práctica sirvió de caldo de cultivo para que, durante la elaboración de la *Declaración sobre los Principios*, los Estados socialistas intentaran dar una posición predominante a las negociaciones con respecto a cualquier otro procedimiento, pretensión a la que se opusieron los Estados occidentales⁷⁵.

La preferencia de la negociación directa sobre cualquier otro medio de arreglo fue retomada en la *Declaración de Manila* pues, aunque algunos Estados relativizaron sus ventajas⁷⁶, esta Declaración reconoce que “los Estados (...) deberían tener presente que las negociaciones directas son un medio flexible y eficaz de arreglo de sus controversias”, si bien “cuando las negociaciones no conducen a un arreglo rápido los Estados deberían igualmente estar dispuestos a buscar un arreglo de sus controversias por otros medios mencionados en la Declaración”⁷⁷.

Por lo que se refiere a los convenios codificadores, conviene advertir, en primer lugar, que no todos incorporan expresamente el recurso a las negociaciones en su sistema de arreglo de controversias⁷⁸, circunstancia que no ha impedido que los Estados hayan

⁷⁴ Así la contemplaban el art. 1 del *Acta General Revisada* de 1949, el art. 32 del *Pacto de Bogotá* de 1948 o el art. 2.2 de la *Convención Europea* de 1957. Previamente, también en los arts. 38 y 41 de la *Convención de La Haya* de 1907 las negociaciones se configuraron como condición previa para acudir a los medios jurisdiccionales, fueran judiciales o arbitrales.

⁷⁵ Así, la propuesta presentada en 1964 por Checoslovaquia, distinguiendo entre el deber de celebrar negociaciones directas y la posibilidad de recurrir de común acuerdo a otros procedimientos de arreglo, se fundamentaba en que los Estados no pueden renunciar por sí mismos a la negociación directa, constituyéndose en el único medio que tendría carácter obligatorio para los Estados; *vid. Doc. A/AC.119/L.6*. Esta propuesta contrastaba con la de los Estados occidentales, quienes insistieron en el carácter facultativo de todos los medios de arreglo que enumera el art. 33, incluida la negociación. Esta insistencia en el carácter opcional de la negociación se explicaba por la relevancia que se daba en la Res. 2625 (XXV) al principio de la libre elección de medios, cuyo reflejo en la obligación de arreglo pacífico conlleva que las negociaciones figuren en pie de igualdad con otros medios de arreglo. Sobre este particular *vid.* el trabajo de PÉREZ VERA, E., “El principio del arreglo pacífico de las controversias y los trabajos del Comité de México ...”, *loc. cit.*, pp. 369–373.

⁷⁶ En los debates acerca de la *Declaración de Manila* en la Sexta Comisión, ciertos Estados medianos de Europa Occidental han tratado de mostrar las posibles inconveniencias de este medio de arreglo. Por un lado, el representante griego expuso las situaciones en las que el proceso negociador no consigue finalizar con la controversia que enfrenta a las partes y como causa de ello señala las presiones a las que pueden verse sometidas; por otro, el delegado español apuntó los problemas que pueden surgir durante la negociación, por ejemplo los desequilibrios que se producen cuando este medio se aplica entre un Estado poderoso y otro débil, con las consiguientes presiones que puede recibir el último; *vid. Docs. A/C.6/37/SR.29*, p. 5. Esta posición minoritaria entre los Estados también ha sido recogida por RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de derecho internacional público*, 5ª ed., Madrid, 2002, p. 548.

⁷⁷ Párf. 10 de la Declaración *in fine*.

⁷⁸ No han optado por incluir entre sus disposiciones de arreglo una referencia expresa a la cláusula

preferido acudir en primer lugar a las negociaciones, antes que a los procedimientos jurisdiccionales previstos en el sistema convencional de arreglo, como ha sucedido en el asunto *Breard*⁷⁹. En cuanto a los convenios codificadores que sí contemplan las negociaciones en su sistema de arreglo, lo cierto es que la mayoría las ubican como primera etapa del esquema convencional de arreglo. No obstante, que las negociaciones ocupen ese lugar preferente no es fruto de una pretendida regla jurídica de DI General, sino que ha tenido su causa en factores intrínsecos, como la redacción vaga y ambigua de las disposiciones sustantivas, o extrínsecos, como la desconfianza hacia los medios jurisdiccionales o el deseo soberano de participar de manera directa en la interpretación y aplicación de las normas que han aceptado previamente. Estos factores, de forma conjunta o separada, explican la precedencia de las negociaciones directas sobre el resto de medios previstos en el sistema de arreglo en los convenios codificadores. Así, en la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, el recurso a la negociación como punto de partida del esquema de arreglo tuvo su razón de ser en el acuerdo “de mínimos” logrado entre Estados de envío y Estados huésped ante la falta de voluntad política para asumir mayores compromisos, como el recurso obligatorio de la CIJ⁸⁰. Asimismo, la prioridad de las negociaciones en las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* de

negociadora los siguientes convenios: el Protocolo facultativo a los *Convenios de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua, sobre Plataforma Continental y sobre Alta Mar* (1958), los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas* (1961) y *Relaciones Consulares* (1963), y de Naciones Unidas sobre *Misiones Especiales* (1969), y los *Convenios sobre Derecho de los Tratados entre Estados* (1969) y entre *Estados y Organizaciones Internacionales* (1986).

⁷⁹ En este caso Paraguay llevó a cabo negociaciones con el Departamento de Estado norteamericano al objeto de alcanzar un acuerdo con Estados Unidos para subsanar las violaciones del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 cometidas por dicho Estado. El fracaso de las negociaciones motivó que la continuación de la pretensión por Paraguay requiriese la existencia de una jurisdicción internacional obligatoria para sustanciar la protección diplomática. Sin embargo, el Departamento de Estado estimó que la violación del Convenio consular no compete resolverla a los tribunales nacionales mediante la acción promovida por el Estado afectado, ni a una jurisdicción internacional, sino a los Estados implicados mediante negociaciones diplomáticas. La anterior descripción sintética de los hechos puede ser consultada *in extenso* en la *Application of the Republic of Paraguay*, 3 april 1998, párs. 5-20, en <http://www.icj-cij.org>.

⁸⁰ La aversión a los medios jurisdiccionales quedó de manifiesto en el rechazo de una propuesta de Países Bajos y Suecia de introducir un art. 82 *bis*, que estipulaba la jurisdicción obligatoria de la CIJ (*Doc. A/CONF.67/C.1/L.147*). Este artículo fue rechazado por 31-26, con 13 abstenciones.

1978 y en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado de 1983, también obedece al rechazo a los medios jurisdiccionales y al carácter controvertido de ciertas normas sustantivas. En la Convención de 1978, las negociaciones previas se presentaban indispensables debido a la problemática aplicación de los principios de “tabla rasa” o de “continuidad”, así como las abundantes referencias a nociones ambiguas como el “objeto y fin del tratado”, siendo ilustrativa la intervención del representante de España, para quien “no hay duda de que el proyecto de Convención contiene una serie de fórmulas ambiguas que habría que aclarar mediante negociaciones diplomáticas”⁸¹.

Por su parte, la idoneidad de las negociaciones para delimitar el objeto de la controversia, en especial cuando ésta se refiere a conceptos jurídicos indeterminados, fue decisiva para que la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* de 1983 articulara un sistema de arreglo encabezado por el recurso a este método⁸². Del mismo modo, la determinación *in casu* de conceptos tan ambiguos como “aprovechamiento sostenible” o “utilización y participación equitativa y razonable” hizo aconsejable que el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 regulara el acceso a las consultas y negociaciones como primera etapa de sus previsiones de arreglo⁸³. Tampoco encontró dificultades la vía negociada para obtener un consenso general en los trabajos preparatorios que culminaron con su inserción en el art. IX del *Convenio sobre la Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972⁸⁴.

⁸¹ Véase la intervención de FONT BLÁZQUEZ, para quien “(...) la negociación constituye el único método que puede dar satisfacción a las partes sin suscitar su resentimiento”; *Doc. A/CONF.80/C.1/L.60*, pár. 37 (cursiva añadida). En el mismo sentido se mostraron las delegaciones de Venezuela (*ibid.*, p. 83), Japón (p. 86), Nigeria (p. 86), Grecia (p. 87), Turquía (p. 88), Unión Soviética (p. 89), Rumania (p. 93), R.D. de Alemania (p. 97), Guyana (p. 98), y Estados Unidos (p. 100).

⁸² Así, la propuesta de Mozambique y Kenia, que priorizaba el recurso a las negociaciones frente a la jurisdicción de la CIJ, estaba motivada por el frecuente uso de expresiones ambiguas o la remisión a la “equidad” sin especificar los criterios para su aplicación. Esta propuesta triunfó en la Conferencia por 50 votos favorables, 2 en contra y 13 abstenciones (*Doc. A/CONF.117/C.1/L.25/Rev.1 y L.57*). En cambio, una iniciativa de los Países Bajos y Dinamarca, en la que se proponía el recurso unilateral a la CIJ acompañada de una cláusula *opting out* referente a un procedimiento arbitral, fue rechazada por 36 votos contra 21 y 10 abstenciones (*Doc. A/CONF.117/C.1/SR.44*, p. 9).

⁸³ *Vid. Anuario CDI*, 1994-I, pp. 45, 47, 50, 53, 60, 64 y 67.

⁸⁴ En efecto, la propia naturaleza de las actividades reguladas y de las controversias que pudiera generar una

El horizonte voluntarista sobre el que se ha articulado el sistema de arreglo de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 también dispone la prioridad de las negociaciones como una exigencia complementaria, si bien con un carácter esencialmente procesal. El art. 283 de esta Convención establece la obligación de proceder sin demora a “intercambiar opiniones” en tres situaciones, a saber: cuando surja una controversia entre las partes relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, cuando se haya concluido un procedimiento de solución sin que la controversia haya sido resuelta; o cuando se haya llegado a una solución, pero las circunstancias requieran entablar consultas sobre la forma de llevarla a la práctica. Para J. JUSTE RUIZ “se trata aquí de una versión normativa del principio funcional del agotamiento de la vía diplomática, que se hace extensiva al supuesto de agotamiento del procedimiento sin solución formal de la controversia o con una solución que requiere consultas adicionales para su puesta en práctica”⁸⁵.

Sin embargo, no parece que del art. 283 se infiera una regla jurídica en tal sentido, pues ni la Convención prevé una sanción en caso de incumplimiento, ni los Estados partes están compelidos a agotar en todo caso la vía diplomática, tal como confirman los órganos jurisdiccionales creados por la Convención en dos asuntos recientes. El primero de ellos ha tenido lugar con ocasión de la controversia del *Atún de Aleta Azul Meridional (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)*, en la que se planteó el agotamiento de las negociaciones conforme a los arts. 16.1 de la *Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993, y de los arts. 283 y 286 de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, cláusulas que determinaban el previo recurso a las negociaciones antes de acudir a

reclamación por daños contra el Estado de lanzamiento del objeto especial, aconsejaba acudir con carácter preferente a las negociaciones; *vid. Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos a la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos acerca de los trabajos de su sexto periodo de sesiones* (19 de junio a 14 de julio de 1967); *Doc. A/AC.105/37*, p. 9. Incluso alguna delegación, como la de Estados Unidos, hizo apología del recurso a las negociaciones con carácter previo a cualquier otro procedimiento; *vid. Doc. A/AC.105/PV.99*, p. 29.

⁸⁵ “La solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982”, *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1999, 137–174, pp. 143–144.

los procedimientos conducentes a decisiones obligatorias de la Parte XV. Así las cosas, Australia y Nueva Zelanda requirieron formalmente a Japón para entablar consultas y negociaciones referentes a los programas experimentales de pesca de Japón, negociaciones que se prolongaron durante un año. Sin embargo, la reanudación por parte de Japón de sus actividades pesqueras fue interpretado por los demandantes como término unilateral de las negociaciones, circunstancia que autorizaría la activación de los procedimientos jurisdiccionales de la Parte XV. Esta posición fue compartida por el TIDM a través de su Orden de medidas provisionales, en las que dicho órgano judicial estimó que las posibilidades de arreglo diplomático habían sido agotadas, pese a que Japón estimaba que la vía negociada debía prolongarse⁸⁶. Pero fue el Tribunal Arbitral encargado de la controversia el que concretó las circunstancias en las que deben discurrir las negociaciones conforme al art. 283 de la Convención de 1982, al declarar lo siguiente:

“It is true that every means listed in [the negotiations clause] has not been tried; indeed, the Applicants have not accepted proposals of Japan for mediation and for arbitration under the [Convention], essentially, it seems, because Japan was unwilling to suspend pursuance of its unilateral Experimental Fishing Program during the pendency of such recourse ... [In] the view of the Tribunal, *this provision does not require the Parties to negotiate indefinitely while denying a Party the option of concluding*, for purposes of both Articles 281.1 and 283, that no settlement has been reached. To read art. 16 [de la Convención de 1993] otherwise would be unreasonable”⁸⁷.

Este argumento ha sido confirmado por el TIDM en la controversia relativa a la *MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*. En este asunto, el TIDM rechazó la tesis británica relativa a la insatisfacción del art. 283 de la Convención por parte de Irlanda, al considerar que ningún Estado Parte está obligado a intercambiar puntos de vista en los términos de la

⁸⁶ Vid. Order of 27 August 1999; *ILM*, vol. 38 (1999), p. 1624, párs. 56–60.

⁸⁷ Vid. el laudo sobre jurisdicción y admisibilidad del tribunal arbitral de 4 de agosto de 2000 en *ILM*, vol. 39 (2000), pp. 1359–1389. La cursiva es nuestra.

cláusula del art. 283 cuando las posibilidades de alcanzar un acuerdo son nulas⁸⁸. Por lo demás, esta posición del Tribunal de Hamburgo se corresponde con la mantenida por la Corte de La Haya en el *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, asunto en el que el Alto Tribunal desestimó la excepción del previo agotamiento de las negociaciones diplomáticas formulada por Nigeria señalando que “n’ existe ni dans la Charte, ni ailleurs en Droit international, de règle générale selon laquelle l’epuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour et qu’un tel préalable n’avait pas été incorporé dans le Statut de la CPJI, contrairement à ce qu’avait proposé le Comité consultatif de juristes en 1920⁸⁹”.

Por último, la sustitución de la obligación de negociar como condición exigida a los Estados lesionados por un ilícito antes de adoptar contramedidas que incorporaba el art. 48 del *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados* de 1996, por el simple trámite de “ofrecer negociaciones” en el Proyecto definitivo de 2001⁹⁰, demuestra que el reconocimiento de una obligación previa de negociar como norma de DI General tampoco ha cristalizado en un sector nuclear de la estructura del ordenamiento internacional. Cabe añadir, además, que la obligación de negociar prevista en el Proyecto de 1996 no se justificaba en atención a una pretendida regla consuetudinaria, sino más bien en lograr un equilibrio de intereses entre el Estado lesionado y el presunto Estado autor del hecho ilícito. Desde luego, que la previa obligación de negociar era una propuesta de *lege ferenda* no admite dudas, pues el DI consuetudinario no obliga al Estado que desee adoptar

⁸⁸ *The MOX Plant Case*, Order of 3 December 2001, párr. 60. Esta posición ha sido mantenida por el TIDM en la última controversia sometida ante el mismo en solicitud de medidas provisionales referente al *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Order of 8 October 2003, p. 12, párr. 48. Las distintas órdenes sobre medidas provisionales pueden consultarse en <http://www.itlos.org>.

⁸⁹ CIJ, *Recueil* 1998, p. 303. Esta posición es coherente con la mantenida en otros casos anteriores como los relativos al *Right of Passage over Indian territory (preliminary objections)*, ICJ, *Reports* 1957, pp. 132–133; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ, *Reports* 1980 pp. 26-27; *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ, *Reports* 1984, (*objections and admissibility*) p. 438.

⁹⁰ *Vid. Doc. A/56/10*, p. 380.

contramedidas a entablar, antes de hacerlo, negociaciones con el autor del ilícito⁹¹; posiblemente ni siquiera a “ofrecer negociaciones” a cargo del Estado lesionado⁹², trámite procesal que sí recoge el Proyecto adoptado definitivamente en 2001 (art. 52.1 b), y que sustituye a la obligación formal de negociar prevista en el de 1996.

Del análisis expuesto se desprende que la reiteración de las negociaciones diplomáticas en los convenios codificadores como vía previa a la experimentación de otros métodos no viene impuesta por vía consuetudinaria, sino que obedece a diversos factores como el carácter potencialmente conflictivo de las disposiciones sustantivas, y/o la falta de confianza en los medios jurisdiccionales y/o los legítimos intereses soberanos de participar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas más sensibles a los Estados⁹³. Esta conclusión se corresponde con la acción normativa de las NU en relación con las negociaciones, pues al margen de la *Declaración de Manila*, la negociación no ha sido especialmente estimulada en la práctica normativa de la AG. Entre sus escasas iniciativas destaca la Res. 40/9, de 8 de noviembre de 1985⁹⁴, en la que la negociación sólo aparece en el Preámbulo, al efectuar la AG un llamamiento a los Estados para que resuelvan sus controversias por medio de negociaciones u otros medios pacíficos, por lo que esta resolución no refuerza las negociaciones sobre cualquier otro procedimiento. En esta misma línea se sitúa la Res. 53/101, de 1998, en la que sólo se habla tímidamente de la “obligación de los Estados de abstenerse de entorpecer las negociaciones imponiendo

⁹¹ Vid. *Accord relative aux Services Aériens du 27 mars du 1978*; RSA, vol. XVIII, pp. 484–485.

⁹² Vid. sentencia en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros Project*, ICJ, *Reports 1997*, pp. 7 y ss, p. 84. Sobre este particular, la doctrina ha entendido que la condición de una “sommation restée infructueuse”, antes de adoptar contramedidas, iría más allá de la mera presentación de una reclamación vía diplomática y se fundamentaría, más bien, en la idea de agotamiento previo de los medios de arreglo pacífico de controversias; vid. DOMINICÉ, Ch., “La vaine sommation, condition d’exercice des contre-mesures”, *Mélanges en Hommage à Michael Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, vol. I, pp. 57–75, *passim*.

⁹³ Por lo demás, señala A. REMIRO BROTONS, “de *lege ferendae*, no se perciben las ventajas que depararía la animación y consolidación de semejante norma consuetudinaria, la cual: 1) favorecería las maniobras dilatorias, 2) limitaría la eficaz intervención de los mecanismos de arreglo general, y de la CIJ en particular, y 3) perjudicaría a los más débiles, impedidos de rechazar como principio una negociación directa para ampararse en una intervención de terceros compensatoria, hasta cierto punto, de su inferioridad de hecho”; *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 835.

⁹⁴ Vid. el título en nota 10. El texto se encuentra reproducido en *Yearbook of the United Nations*, 1985, pp. 121–122.

condiciones inoportunas en relación con su iniciación, celebración y conclusión, incluido el planteamiento de cuestiones ajenas al objeto de las negociaciones”⁹⁵.

En fin, desde la óptica del proceso codificador, no se puede afirmar que el previo agotamiento de las negociaciones habría cristalizado como una regla jurídica de DI General. De ser así, no hubiera sido necesario complementar la obligación de negociar contenida en aquellos convenios codificadores con un marco temporal que permitiese a un tercero imparcial determinar el agotamiento de la vía negociada, con el fin de dar curso al resto de procedimientos previstos en el sistema de arreglo⁹⁶. De hecho, con este mecanismo los convenios codificadores persiguen un doble objetivo: primero, determinar el ejercicio y el agotamiento de las negociaciones diplomáticas; segundo, fijar plazos perentorios para el desarrollo de las negociaciones, pasados los cuales se podrá recurrir a otros medios que impliquen la intervención de terceros que ofrezcan una solución definitiva a la controversia.

3. Alcance de la obligación de negociar: la determinación del previo agotamiento de las negociaciones diplomáticas

Desde una perspectiva ideal, la negociación directa daría siempre como resultado natural un arreglo satisfactorio para las partes en las mismas. Sin embargo, sabido es que en la negociación directa se muestra en toda su crudeza la realidad del poder estatal, y las partes más débiles en las negociaciones tienden a resultar perjudicadas. Por ello, uno de los aciertos respecto a la regulación jurídica de las negociaciones ha sido delimitar de manera concreta y taxativa el tiempo máximo de duración de las mismas, con el objetivo de impedir las dilaciones maliciosas, los silencios retardatarios o la congelación de las

⁹⁵ *Doc. A/52/141*, p. 5.

⁹⁶ *Cf. PETERS, A., “International Settlement: A Network of Cooperation Duties”, EJIL*, vol. 14 (2003), n. 1, 1–34, p. 14.

respuestas en las negociaciones⁹⁷. O se logra el acuerdo negociado en ese tiempo o la parte demandante puede desencadenar la segunda etapa del sistema convencional de arreglo.

En efecto, la negociación no puede quedar lastrada por la obstinación del negociador, ya que se trata de una obligación de conducta cuya apreciación debe realizarse de acuerdo con el principio de la buena fe⁹⁸. El principio de la buena fe se convierte en el “estándar mínimo” que permite verificar el cumplimiento del deber de negociar⁹⁹. Así pues, como ha entendido la jurisprudencia, negociar de buena fe implicaría, en primer lugar, no privar a las negociaciones de su “objeto y fin”¹⁰⁰. Además, negociar de buena fe requiere lograr una conclusión justa, equitativa y temprana de las negociaciones¹⁰¹, lo que no sucede en caso de ruptura injustificada de las conversaciones, aplazamientos anormales y negativa sistemática a tomar en consideración las propuestas o los intereses de la otra parte¹⁰². E incluso, según la naturaleza jurídica del acuerdo entre las partes, negociar de buena fe puede suponer la obligación de lograr un acuerdo que resulte mutuamente aceptable¹⁰³. En consecuencia, la obligación de negociar es una obligación permanente “qui ne prend jamais fin et qui existe en puissance dans toutes les relations entre Etats”¹⁰⁴, si bien con un contenido jurídico constituido básicamente por la obligación de conducirse de buena fe.

⁹⁷ Se ha roto, en definitiva, el cierto derecho al veto que toda parte en una negociación diplomática tiene sobre el arreglo de la controversia, especialmente la parte más deseosa de mantener la crisis o más fuerte para permitirselo; *vid.* VALLAT, F., “The Peaceful Settlement of Disputes”, *Essays in honour ...*, *loc. cit.*, p. 158.

⁹⁸ *Nuclear Test Cases*, ICJ, *Reports 1974*, pp. 253–268; así como *Fisheries Jurisdiction*, ICJ, *Reports 1974*, p. 33; *Gabcikovo-Nagymaros Project*, ICJ, *Reports 1997*, pár. 83; entre la doctrina *vid.* FOMBAD, Ch. M., “Consultation and negotiation in the pacific settlement ...”, *loc. cit.*, p. 715.

⁹⁹ ZOLLER, E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977, pp. 122–155.

¹⁰⁰ *North Sea Continental Shelf*, ICJ, *Reports 1969*, pp. 47–48, pár. 85.

¹⁰¹ *Doc. A/52/141*, p. 5.

¹⁰² *Vid. Affaire du Lac Lanoux (1957)*, *RSA*, vol. XII, p. 307. Como señala E. ZOLLER, aunque la mayor sensibilidad de la buena fe sea difícilmente controlable en el ámbito subjetivo mostrado por el negociador, no lo es, en cambio, en sus manifestaciones o “actitudes objetivas”; *La bonne foi ...*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰³ *Doc. A/52/141*, p. 5. Este aspecto ha sido considerado por la CIJ en el asunto sobre *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* al afirmar lo siguiente: “The legal import of that obligation goes beyond that of a mere obligation of conduct; the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result – nuclear disarmament in all its aspects – by adoption of a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith”; ICJ, *Reports 1996*, p. 42, pár. 99.

¹⁰⁴ *Cf.* la opinión del Juez PADILLA NERVO en el asunto sobre *North Sea Continental Shelf*, ICJ, *Reports 1969*, p. 92.

Este carácter permanente o continuo de la obligación de negociar tiene como contrapartida el hecho de que se trata de una obligación de comportamiento, cuya observancia presenta dificultades en la medida en que participa del relativismo fundamental que caracteriza a la SI inorgánica, en la que cada sujeto del ordenamiento aprecia por sí mismo su situación jurídica respecto a los demás sujetos¹⁰⁵. Por tanto, aunque es cierto que el estándar de la buena fe modula la obligación de negociar, no es suficiente para verificar si se cumple o no con dicha obligación por dos razones. Primera, porque tratándose de una obligación de conducta, los Estados pueden tener interpretaciones divergentes acerca de su cumplimiento. Segundo, porque el propio principio de la buena fe presenta una gran indeterminación, dependiendo la apreciación de su cumplimiento de factores como el vínculo jurídico existente entre las partes, el objeto de la negociación o la existencia de un *pactum de contrahendo* o de un *pactum de negociando*¹⁰⁶.

La utilidad y conveniencia de una técnica que permita determinar el fracaso de las negociaciones y, al mismo tiempo, favorecer la intervención de procedimientos jurisdiccionales, se ha puesto de relieve en varios asuntos recientes en relación a la interpretación de la cláusula negociadora del art. 283.1 de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, disposición que impone a las partes la obligación de intercambiar puntos de vista sin señalar plazo expreso para ello¹⁰⁷. En los tres casos en que el TIDM ha interpretado la referida cláusula (asuntos del *Atún de Aleta Azul Meridional*, *MOX Plant* y de las *Reclamaciones de Tierras en el Estrecho de Johor*) este órgano judicial estimó, en fase cautelar, que la obligación “primaria” es la solución de la controversia por medios

¹⁰⁵ Vid. REUTER, P., “De l’obligation de négocier”, *loc. cit.*, pp. 731–732; así como también Ph. PAZARTZIS, *Les engagements internationaux ...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁶ Sobre los distintos factores que pueden condicionar la obligación de buena fe véase KOLB, R., “La bonne foi en droit international public”, *RBDIP*, t. 102 (1998) n. 2, 661–732, p. 176.

¹⁰⁷ Se trata de los asuntos, los cuales citamos en su versión original, del *Southern Bluefin Tuna (Australia/Nueva Zelanda c. Japón)*, de la *MOX Plant Cases (Irlanda c. Reino Unido)*, y del *Land Reclamation by Singapore in and Around The Straits of Johor (Malaysia c. Singapur)*. Como excepción en este trabajo, la referencia a estos asuntos se hará en lengua castellana para facilitar la labor del lector. Pueden consultarse en el sitio web del TIDM: <http://www.itlos.org/start2-en.html>

pacíficos, añadiendo que el derecho a acceder a un órgano jurisdiccional no puede quedar lastrado por la “obligación de intercambiar puntos de vista” cuando las posibilidades de éxito son nulas¹⁰⁸, sentenciando que, en la controversia del *Atún*, “negotiations and consultations have taken place between the parties”¹⁰⁹. Por su parte, el Tribunal Arbitral encargado de conocer la controversia del *Atún* entendió también que las negociaciones “prolongadas, intensas y serias” emprendidas durante varios meses por las partes sí daban cumplimiento al art. 281 de la Convención¹¹⁰. Desde luego, la interpretación ofrecida por ambos órganos jurisdiccionales respecto al alcance temporal y los requisitos de las negociaciones es más precisa que la emitida por la CIJ en el asunto de la *North Sea Continental Shelf*, donde este órgano entendió que las negociaciones simplemente deben “tener sentido”¹¹¹.

Para evitar interpretaciones dispares sobre el alcance y significado de las negociaciones, algunos convenios codificadores han tenido la precaución de objetivar su ejercicio a través de plazos perentorios (*time-limit*), cuyo fin es poner término a la vía negociada para dejar que, a partir de esa fecha, cualquiera de las partes en la controversia pueda activar el siguiente y/o sucesivos métodos de arreglo en los que interviene un tercero (o también fijando los plazos para la constitución del órgano de arreglo). El método que sucede a las negociaciones infructuosas en el sistema de arreglo que diseña el proceso

¹⁰⁸ Así, en el asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional*, el Tribunal declaró que “a State Party is not obliged to pursue procedures under Part XV, section 1, of the Convention when it concludes that the possibilities of settlement have been exhausted”; Order of 27 August 1999, párr. 60. En términos parecidos se expresó en el asunto *MOX Plant*, Order of 3 December 2001, párr. 60. Entre la doctrina puede verse COLSON, D.A., y HOYLE, P., “Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?”, *ODIL*, vol. 34 (2003), n.1, 59–82, p. 75. Como señala A. PETERS, para el TIDM la obligación de negociar es un elemento intrínseco del principio de arreglo pacífico pues, de otra manera, dicho principio quedaría vaciado en su contenido; *vid.* “International Dispute Settlement. A Network ...”, *loc. cit.*, p. 11.

¹⁰⁹ Order, párr. 77. Cursiva añadida. En circunstancias similares, el TIDM concluyó que “the possibilities of reaching an agreement have been exhausted”; *The MOX Plant Case*, *op. cit.*, p. 58; posición que ha sido reiterada en el asunto de las *Reclamaciones de tierras en el Estrecho de Johor*, pues Malaysia no había cumplido las exigencias del art. 283:1, dado la ruptura unilateral del proceso de negociación iniciado los días 13 y 14 de agosto de 2003, insistiendo en la suspensión inmediata de los trabajos como condición para proseguir las conversaciones; *ibid.*, párrs. 42–43.

¹¹⁰ *Southern Bluefin Tuna ...*, *loc. cit.*, párr. 55.

¹¹¹ ICJ, *Reports 1969*, p. 47, párr. 85.

codificador suele ser de carácter político y rara vez es jurisdiccional¹¹². Cuando es político, el tercero llamado a pronunciarse sobre el fracaso de las negociaciones normalmente será una comisión de conciliación y, en menor medida, de determinación de los hechos, si bien en cualquier caso lo hará como condición de legalidad de su propia constitución.

De estar previsto el acceso obligatorio a la conciliación, su recurso puede estar concebido como último eslabón del sistema de arreglo, como hace la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, donde la conciliación interviene a petición unilateral, si en un mes las partes en la controversia no logran ponerle término a través de consultas (art. 85). Esta posibilidad convierte a la conciliación en el único procedimiento de acceso obligatorio del sistema y, a su vez, en el único órgano que debe apreciar si se ha agotado el plazo dado para las consultas¹¹³. Esta función de la comisión se repite en las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978), y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983), siempre que las partes no hayan resuelto la controversia mediante consultas y negociaciones en seis meses (arts. 41 y 42, respectivamente). Ahora bien, ambas Convenciones prevén la posibilidad de acudir a la jurisdicción de la CIJ o, alternativamente, al arbitraje, siempre que no se haya podido resolver la controversia mediante la aplicación de las consultas o negociaciones, o también de la conciliación (arts. 43 y 44). En consecuencia, la conciliación se constituye en “comodín” que actúa, por una parte, como vía intermedia preceptiva antes de que las partes decidan acudir a un medio jurisdiccional y, por otra, como único órgano imparcial que, de forma obligatoria, aprecia si

¹¹² La práctica convencional multilateral muestra el predominio de la conciliación (art. 1 del *Acta General de 1928/1949*), frente a los buenos oficios o mediación, o la determinación de los hechos, más frecuentes en el ámbito institucionalizado de las Organizaciones Internacionales (buena prueba es la adopción por la AG de la *Declaración sobre determinación de los hechos* de 1991).

¹¹³ Debemos destacar que sólo Guatemala ha formulado reserva a las cláusulas sobre solución de controversias por lo que, dentro de los límites de la reserva, no estará compelido a emprender consultas conforme al art. 84 con cualquier otro Estado parte con el que mantenga una disputa que así se lo requiera; vid. UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, pp. 120-121.

el plazo dado para la vía negociada ha sido agotado¹¹⁴. En el ámbito del Derecho del Espacio Ultraterrestre, el *Convenio sobre la Responsabilidad internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972 establece el plazo de un año, desde que el Estado demandante notifica su reclamación al Estado de lanzamiento, para solventar su litigio mediante negociaciones (art. XIV). Sin embargo, una vez transcurrido dicho plazo sin llegar a un acuerdo por la vía negociada, cualquiera de ellos podrá acudir a una Comisión de Reclamaciones.

La labor de verificar la expiración del plazo dado a las negociaciones también le fue encomendada a este procedimiento no jurisdiccional en el *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados* adoptado en 1996, cuyo sistema de arreglo optaba por el acceso a la conciliación como única instancia obligatoria que debiera apreciar si el plazo de tres meses para convenir un arreglo a través de negociaciones habría expirado (art. 56), previsión que ha sido eliminada en el Proyecto de 2001. Por su parte, en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 es una comisión de determinación de los hechos el órgano que debe apreciar si el plazo de seis meses para convenir un arreglo negociado ha transcurrido (art. 33.1b).

Entre los convenios cuya codificación fue encargada a la CDI, sólo el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 (art. 9.1)¹¹⁵ y la *Convención sobre Prevención y Castigo de los Delitos Contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973 (art. 13.1), confían el arreglo de sus controversias

¹¹⁴ Para R. LAVALLE, sin embargo, el carácter obligatorio de este procedimiento en la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* ofrece dudas, puesto que el recurso a la conciliación puede ser obviado si, de acuerdo con el art. 41, todas las partes involucradas convienen extender las negociaciones más allá del límite establecido en el tratado o sustituir aquella por un medio de arreglo alternativo; "Dispute Settlement under the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties", *AJIL*, vol. 73 (1979), 407-425, p. 415. No obstante, del examen de los trabajos preparatorios se desprende claramente el carácter obligatorio que los Estados quisieron darle a la conciliación; *vid.* las opiniones de Venezuela (*Doc. A/CONF.80/C.1/SR.51*, párs. 4-5; Francia (*ibid.* SR.58); Turquía (*ibid.*, pár. 4) y del Presidente del Comité de Redacción (*ibid.*, SR.57, párs. 3-4).

¹¹⁵ Que establece el plazo de un año para resolver la controversia a que dieran lugar la aplicación de medidas de conservación a través de negociaciones; *vid.* arts. 4, 5, 6, 7 y 8 de este Convenio.

al arbitraje obligatorio si las negociaciones fracasan¹¹⁶. En cambio, el acceso unilateral a un órgano arbitral tras unas negociaciones infructuosas es una técnica que sí han seguido mayoritariamente los convenios codificadores auspiciados por las NU en el ámbito del Derecho del Espacio Aéreo¹¹⁷. Más recientemente, también el *Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, presentado por el Comité Especial de la AG en 2004¹¹⁸, subordina el recurso al arbitraje obligatorio para resolver la controversia que origine la interpretación o aplicación de sus normas al agotamiento de previas negociaciones en un plazo de seis meses¹¹⁹.

Asimismo, debemos destacar el modelo que sugiere el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, entre cuyas cláusulas finales figura el art. 119, relativo al arreglo de controversias¹²⁰, en virtud del cual se distingue, por

¹¹⁶ Siempre que la intervención obligatoria de un órgano arbitral como tercero que debe apreciar el fracaso de la vía negociada (a la que tampoco se señala plazo expreso) no quede desvirtuada por una reserva formulada al párrafo primero, posibilidad que desgraciadamente ha sido utilizada por un buen grupo de Estados; *vid. Capítulo III infra*.

¹¹⁷ Así lo hacen el *Convenio sobre Infracciones y Otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves*, de 14 de septiembre de 1963 (art. 24.1); el *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves*, de 16 de diciembre de 1970 (art. 12) y el *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional*, de 23 de septiembre de 1971 (art. 14.1).

¹¹⁸ El *Comité Especial sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes* fue establecido en virtud de la Res. 55/150, de la AG, de 12 de diciembre de 2000, en respuesta al bloqueo permanente experimentado por este tema en la Sexta Comisión. En efecto, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados figuraba en la lista original de temas de la CDI, siendo objeto de un Proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1991, el cual se presentaba huérfano de disposiciones sobre arreglo de controversias. Cabe destacar que el Ponente M. OGISO consideró que, si la futura convención debía contener cláusulas sobre arreglo de controversias, el recurso a la conciliación obligatoria debería valorar el fracaso de las negociaciones, siempre que las partes no acudieran a la CIJ, al arbitraje u otro medio de su elección; *vid. Doc. A/CN.4/415*, p. 126, (arts. 30 y 31 de las disposiciones sobre arreglo de controversias). El bloqueo del tema en la AG motivó la creación de un Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión, que presentó varios informes en los que se proponía la creación de un mecanismo de arreglo de controversias articulado en varias etapas, la primera de las cuales venía representada por el recurso a las negociaciones; *vid. art. 24 del Informe del Grupo de Trabajo (Doc. A/C.6/47/L.10*, p. 25).

¹¹⁹ En marzo de 2004, el Comité Especial decidió recomendar a la AG la aprobación del *Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes*, cuyo art. 27, dedicado al arreglo de controversias, establece que si las negociaciones fracasan, cualquiera de las partes podrá acudir al arbitraje transcurridos seis meses desde el inicio de las mismas; *vid. Informe del Comité Especial sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Docs. Of. de la AG, quinquagésimo periodo de sesiones*, Supl. n. 22, (Doc. A/59/22), p. 15.

¹²⁰ El Proyecto de Estatuto de la CDI presentado en 1994 a la AG no contenía disposiciones sobre arreglo de controversias pues, como señaló la propia Comisión, en “su práctica habitual no suele redactar cláusulas finales para sus proyectos y por ello no ha intentado redactar un articulado con cláusulas de esa índole para el tratado en que se incluiría el Estatuto”. No obstante, este órgano sí señaló en un Anexo que, entre las cuestiones a resolver en la futura Conferencia diplomática, una de ellas sería “examinar los medios por los cuales deberán resolverse otras controversias surgidas entre los Estados Partes en el Estatuto con respecto a la

lado, entre aquellas controversias relativas a las funciones judiciales de la CPI (que serán resueltas por la misma CPI) y, por otro, las que surjan entre “dos o más Estados Partes” respecto a la interpretación o aplicación del Estatuto. Respecto a estas últimas, el párrafo 2 del mismo artículo (que constituye la auténtica cláusula compromisoria), autoriza a cualquiera de las partes a someter la controversia resultante a la Asamblea de Estados Partes, órgano *ad hoc* que será el que determine si el plazo de tres meses dado a las partes para resolver la controversia mediante negociaciones ha expirado, bien con el objetivo de examinar la controversia directamente¹²¹, o bien para recomendar los medios de solución que considere apropiados (incluido su remisión a la CIJ). Desde luego, el modelo que instaaura el *Estatuto de la CPI* representa un supuesto original, pues el tercero imparcial que aprecia el agotamiento de las negociaciones no es un método político ni jurisdiccional, sino un nuevo órgano creado *ad hoc*, como la Asamblea de los Estados Partes. Para esta labor, dicho órgano debería considerar las directrices que en materia de negociaciones suministra la jurisprudencia¹²² antes de resolver por sí misma la controversia (se entiende, actuando como mediador), o de recomendar su remisión a otros medios. En este sentido, el plazo de tres meses dado por el art. 119.2 del *Estatuto de la CPI* para las negociaciones podría ser muy breve, si es que se quiere determinar con precisión el buen desarrollo de las mismas¹²³.

interpretación del tratado que incorpore el Estatuto”; *vid. Doc. A/49/10*, de 1995, en *Anuario CDI*, 1994-II (2ª parte), Supl. n. 10, p. 74. El Comité preparatorio de la Conferencia de Roma elaboró un proyecto con nueve cláusulas finales (a incorporar en el Estatuto) incluyendo entre las cláusulas de arreglo de controversias (Art. 108); *vid. Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Parte Primera, Doc. A/CONF.183/2/Add.1*, 14 abril de 1998, p. 162.

¹²¹ Por ejemplo, a través de los “Comités de determinación de los hechos” o de los “Grupos de Trabajo” creados como órganos subsidiarios, de acuerdo al art. 112.4 del Estatuto; *vid. CLARK, R.S.*, “Article 119”, en TRIFFTERER, O., (Ed.) *Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, New York, 1999, p. 1247; así como del mismo autor “Preamble and Final Clauses”, en LEE, R.S., (Ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, 1999, 428–433, pp. 429–430, *passim*.

¹²² Entre otros, la necesidad de que las negociaciones “sean significativas”; ICJ, *Reports 1969*, p. 47. O que “there can therefore be no doubt that the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation”; CPII, *Recueil 1924*, Séries A, n.2, p. 13.

¹²³ Sobre la duración del plazo dado a las negociaciones puede verse las consideraciones que hace la CIJ en el asunto del *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ, *Reports 1980*, p. 26, pár. 48 y p. 27, pár. 52.

En suma, la “sanción” del fracaso de las negociaciones (o del rechazo a emprenderlas) a través de la facultad de activar un procedimiento por intervención de tercero constituye un resorte interesante para verificar si se ha cumplido o no con la obligación de negociar pues “[Q]uelle que soit la teneur de l’obligation de négocier, celle-ci reste une obligation de comportement et elle est très délicate à contrôler; comme on l’a vu déjà, un *tiers impartial* peut être appelé à intervenir dans son mécanisme”¹²⁴. Por lo demás, se trata de una técnica loable y que puede resultar útil para contrarrestar las maniobras dilatorias de la parte que no tiene interés en que prosperen las negociaciones, como ha podido comprobarse en el asunto *LaGrand*¹²⁵. En efecto, aunque el fracaso de las prolongadas negociaciones entre las partes no impidió que la pretensión de Alemania pudiera continuar ejerciéndose ante la CIJ, quizás el acceso a este órgano judicial habría sido más temprano de haber previsto el Protocolo Facultativo sobre arreglo de controversias al Convenio Consular de 1963 una cláusula negociadora expresa condicionada por un marco temporal para la sustanciación de negociaciones y, sobre todo, Estados Unidos habría tenido mucho más difícil alegar el carácter tardío de las medidas provisionales indicadas por la Corte para no darles cumplimiento.

En definitiva, la esencia y características inherentes a las negociaciones pone de relieve las dificultades que existen para someterlas a condicionamientos jurídicos a través de normas que fueran aplicables a su puesta en práctica y desarrollo, pues salvo el principio de la buena fe¹²⁶ y el respeto a las disposiciones de la *Carta de NU*, no existen otros límites que condicionen la voluntad soberana de los Estados en las negociaciones. Sin embargo,

¹²⁴ REUTER, P., “De l’obligation ...”, *loc. cit.*, pp. 731–732. Énfasis añadido.

¹²⁵ En este asunto se llevaron amplias y prolongadas negociaciones entre Alemania y Estados Unidos, tanto a nivel de Jefes de Estado, como de Ministros de Exteriores y de Justicia, e incluso por el Embajador de Alemania y el Cónsul General de Alemania en el Estado de Arizona y ante el Gobernador de dicho Estado, con la finalidad de impedir que dos ciudadanos alemanes fueran ejecutados en ese Estado de la Unión, circunstancia que no pudo evitarse, pese a que la CIJ ordenó paralizar la ejecución a través de un orden de medidas cautelares de 3 de marzo de 1999. En relación a las amplias gestiones diplomáticas entabladas por las partes en el asunto *LaGrand* puede verse en: *Application instituting proceedings, LaGrand Case*, 1999, Case n. 104, en http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusapplicat.../igus_iapplication-19990302.ht.

¹²⁶ Cf. *Nuclear Test Case (Australia v. France)*, ICJ, *Reports*, 1974, p. 473.

ello no obsta para que, en ejercicio de su soberana autonomía convencional, los Estados acuerden someter las negociaciones a determinadas exigencias procesales dirigidas a verificar su cumplimiento, entre las que destaca el establecimiento de plazos temporales en los que necesariamente deben sustanciarse aquellas, pasados los cuales sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de un tercero imparcial, que normalmente será un órgano de conciliación, pero rara vez un órgano de mediación o buenos oficios.

III. La ausencia de regulación jurídica de los buenos oficios y de la mediación

A través de las misiones de buenos oficios organizadas a iniciativa de un tercero o a solicitud de una o más partes en la controversia, pero aceptadas por todas las partes, ese tercero ajeno a la controversia interpone sus buenos oficios para incitar a las partes en las negociaciones a reanudarlas cuando éstas se hallan en un punto muerto y les ofrece una vía de comunicación¹²⁷. Claro que ese tercero puede asumir una función más activa y proponer soluciones a petición de una o ambas partes, en cuyo caso la intervención del tercero constituye una actividad de mediación. Así pues, en la mediación el tercero interviene con ánimo de conciliar las reivindicaciones de las partes en disputa y formular sus propias propuestas a fin de llegar a una solución aceptable por todas las partes¹²⁸. Tanto la mediación como los buenos oficios consisten, básicamente, en celebrar negociaciones entre las partes con la participación de un tercero ajeno a la controversia. En la práctica, cuando estamos ante estos medios políticos nos encontramos ante la prolongación natural de unas

¹²⁷ En su Curso de La Haya, L. CAFLISCH considera que los buenos oficios se vinculan de tal manera a las negociaciones que pueden convertirse también en una vía previa a las mismas lo que, a su juicio, explicaría que el art. 33.1 de la Carta no hiciera mención expresa a este medio; *vid.* “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 276.

¹²⁸ Para un análisis del método de los buenos oficios y de la mediación, y la diferencia de grado que existe entre ambos, así como la práctica de los Estados, véase el *Manual sobre el arreglo pacífico ...*, *op. cit.*, 1991, Doc. A/46/33, anexo, cap. II, seccs. C, D y E.

negociaciones infructuosas, pues en ambos casos las partes en la controversia tienen un papel activo que desempeñar y ejercen un cierto control sobre el proceso. No extraña, por tanto, que la Decisión 44/415, de 4 de diciembre de 1989, que prevé el recurso a una comisión de buenos oficios, mediación o conciliación en las NU, considere a las negociaciones imprescindibles para que prosperen otros medios de arreglo político en los que interviene un tercero¹²⁹.

Esta característica explica que ni los buenos oficios ni la mediación compartan la regulación jurídica de que goza, por ejemplo, la conciliación en los convenios codificadores, pues la confianza que los Estados depositan en las negociaciones aconseja no someter los perfiles de estos medios políticos a más límites que los impuestos por las propias partes en la controversia. En relación a los convenios promovidos por la CDI, sólo el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 introduce una cláusula expresa en la que se recuerda la posibilidad que tienen las partes de convenir el recurso a los buenos oficios o la mediación, una vez han experimentado previas negociaciones sin lograr el arreglo de la controversia. En efecto, el párrafo 2 del art. 33 del Convenio de 1997 afirma lo obvio al disponer lo siguiente: “Si las partes en la controversia no llegan a alcanzar un acuerdo mediante negociaciones entabladas a petición de una de ellas, podrán recurrir conjuntamente a los buenos oficios o a la mediación (...) de una tercera parte (...)”¹³⁰. De todos modos, no son los buenos oficios ni la mediación los procedimientos políticos que se promocionan en el Convenio, sino el recurso obligatorio a una comisión de determinación de los hechos, a cuya regulación y funcionamiento se dedica principalmente el art. 33 del Convenio¹³¹. Por otro lado, debemos referirnos a las posibilidades que ofrece

¹²⁹ De acuerdo con la naturaleza política de estos medios de arreglo, la mencionada resolución dispone que al desempeñar los buenos oficios o la mediación, la Comisión “procurará que las partes entablen de inmediato negociaciones directas (...) ofrecerá sugerencias para la iniciación o la reanudación de las negociaciones (...) y procurará mediante la mediación aproximar sus posiciones hasta que se llegue a un acuerdo”.

¹³⁰ La propuesta de incorporar una referencia expresa a estos medios políticos fue a iniciativa del Presidente del Comité de Redacción; la propuesta puede verse en *Doc. A/C.6/51/NUW/WG*, 1997, p.83.

¹³¹ Para un análisis del papel que han desempeñado los buenos oficios y la mediación en las controversias

la cláusula del art. 119.2 del *Estatuto de la CPI* pues, si la Asamblea de Estados Parte decidiera resolver por sí misma una controversia relativa a la interpretación o aplicación del Estatuto, tal como le faculta dicho precepto, su labor podría calificarse implícitamente como mediación institucionalizada.

También es obligada la referencia al *Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados* adoptado en 1996, puesto que en esta versión del Proyecto se incorporaba una disposición que permitía a un tercero interceder sus buenos oficios u ofrecer su mediación, incluso sin solicitud previa (art. 55)¹³², tras el fracaso del recurso a unas negociaciones previas (art. 54). Aunque el texto propuesto estaba estructurado de tal manera que los intereses del tercero y de los Estados partes en la controversia quedaran equilibrados, lo cierto es que el único condicionamiento jurídico impuesto en el Proyecto de 1996, esto es, que la posibilidad de interceder buenos oficios u ofrecer la mediación quedara limitada a las partes en la futura convención, fue cuestionado por los Estados. En efecto, en opinión de los Estados esa posibilidad debía ser aplicable a todos los miembros de la SI, al margen de su participación en la futura convención¹³³.

Por lo que se refiere a los convenios que incluyen en su sistema de arreglo una referencia explícita tanto a los buenos oficios como a la mediación, podemos citar la *Convención sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (art. 27.1)¹³⁴ o la *Convención para la Protección de la Capa de Ozono* de 1985 (art.11.2), mientras que solamente en el Derecho del Desarme se contempla la posibilidad que tiene un tercero imparcial para ofrecer sus

relativas a los cursos de agua puede verse SALMAN, S.M.A., "Good Offices and Mediation and International Water Disputes", en The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Ed.), *Resolution of International Water Disputes*, The Hague, 2002, pp. 155–199.

¹³² El art. 55 del Proyecto de 1996 establecía lo siguiente: "Todo Estado Parte en los presentes artículos que no sea parte en la controversia podrá, a petición de cualquier parte en la controversia, o por iniciativa propia, brindar sus buenos oficios u ofrecerse para mediar con miras a facilitar una solución amigable de la controversia"; *vid. Doc. A/51/10*, p. 157. Sin embargo, en sus *Observaciones Generales* presentadas en 1996, los Estados expresaron cierta apatía en relación con ambos procedimientos. Así, los Estados se limitaron a señalar que una disposición de este tipo "no era inusitada y no debería considerarse injustificada"; *vid. Doc. A/CN.4/472/Add.1*, p. 16.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Dicho precepto dispone que: "Si las partes interesadas no pueden llegar a un acuerdo mediante negociación, podrán solicitar conjuntamente los buenos oficios o la mediación de una tercera parte".

buenos oficios¹³⁵. En cualquier caso, importa subrayar que tampoco se ha aportado ningún elemento que permita clarificar los diferentes perfiles jurídicos que existen entre los buenos oficios y la mediación, por ejemplo, en cuanto al grado de intervención del tercero imparcial¹³⁶. Por tanto, la práctica ausencia de regulación jurídica nos ha llevado a no dedicar un tratamiento autónomo al estudio de estos medios diplomáticos por intervención de tercero, siendo más frecuente su reglamentación en el ámbito de las Organizaciones Internacionales, en especial de las NU¹³⁷.

Este resultado no debe extrañar si consideramos que la negociación directa representa el procedimiento más simple y eficaz de los medios de arreglo de que disponen los Estados, y de cuya practicidad da prueba el hecho de ser el método por el que se resuelven la mayoría de las controversias interestatales¹³⁸. Por ello, sin duda debemos relativizar el proceso de juridificación de las negociaciones, sobre todo si consideramos que el recurso a los buenos oficios o la mediación que, en esencia, constituyen negociaciones con la participación de un tercero, no han sido objeto de una regulación jurídica particular

¹³⁵ Así lo hacen tanto la *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción*, de 13 de enero de 1993, como el *Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares*, de 10 de septiembre de 1996, cuyos Arts. XIV.3 y VI.3, disponen, respectivamente, que un órgano convencional, el Consejo Ejecutivo, podrá contribuir a la solución de una controversia relativa al Tratado por cualquier medio que considere oportuno, incluido el ofrecimiento de sus buenos oficios a las partes. Por su parte, el Art. 10 de la *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento y Transferencia de minas Antipersonal y sobre su Destrucción*, de 18 de septiembre de 1997, prevé que la posibilidad de realizar una actividad de buenos oficios la pueda ofrecer otro órgano convencional como “la Reunión de Estados Parte”.

¹³⁶ Sobre los matices diferenciales entre ambos métodos de arreglo puede consultarse ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., “Arreglo pacífico de controversias”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. I, 560-564, p. 562; DARWIN, H.G., “Mediation and Good Offices”, en WALDOCK, C.M.H., (Ed.), *International Disputes: the Legal Aspects*, Londres, 1972, pp. 83-92, *passim*; MERRILLS, J.G., *International ...*, *op. cit.*, p. 27, y COLLIER, J., y LOWE, V., *The Settlement Disputes ...*, *op. cit.*, quienes afirman que “mediation and good offices are, however, very similar and the terms are usually employed indifferently rather than as labels of distinct approaches to dispute settlement”, p. 27.

¹³⁷ Desde luego, ha sido en el ámbito de las NU donde se ha acometido un desarrollo normativo de ambos métodos, destacando la Decisión 44/415 de la AG, de 4 de diciembre de 1989, que contiene anexada el recurso a una comisión de Buenos Oficios, Mediación y Conciliación que tiene como objetivo ofrecer la asistencia de un tercero, a fin de llegar a un acuerdo pacífico respecto a cualquier tipo de controversia. Asimismo, cabe destacar el *Protocolo por el que se instituye una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, aprobado el 10 de diciembre de 1962 por la UNESCO.

¹³⁸ Véanse las afirmaciones que en este sentido hace el ex Presidente de la CIJ, el Juez GUILLAUME, en el debate relativo al arreglo pacífico de las controversias tenido en el marco del centenario de la Primera Conferencia Internacional de la Paz, en La Haya, 18 de mayo de 1999; *vid.* en la web <http://www.minbuza.nl/Conferences/>.

en los convenios codificadores, quizás porque la libertad que los Estados desean conservar para prolongar las negociaciones hacia estos otros medios políticos aconseja no someterlas a más restricciones que la propia voluntad soberana de las partes en la controversia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO II. EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN Y FUNCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS POLÍTICOS POR INTERVENCIÓN DE TERCERO: SUS CONSECUENCIAS EN LA CONCILIACIÓN Y EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Introducción. El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los medios políticos por intervención de tercero auspiciado por las NU

Uno de los grandes factores de transformación de los medios políticos por intervención de tercero ha sido su tratamiento en marcos organizados, circunstancia que ha supuesto unos efectos que se han reflejado en aquéllos de tal manera que han introducido en su estructura un punto de inflexión sin el cual es difícil comprender el sentido actual tanto de la conciliación como de la determinación de los hechos.

Por lo que se refiere a la conciliación, su configuración como procedimiento de arreglo individualizado no ha estado exenta de debate¹. Entre la doctrina, suele atribuirse la utilización por primera vez del término en un sentido estricto a N. POLITIS quien, sobre la base de un análisis de las debilidades mostradas por la mediación como medio de arreglo, perfila los rasgos esenciales de la conciliación. Desde la perspectiva del carácter que adopta la intervención del tercero, potenciando una mayor “profesionalización” de la misma y, desde la óptica del procedimiento, asumiendo parte del modelo de las comisiones de investigación y parte del procedimiento arbitral². Si partimos de la tesis, expresada por A.

¹La reivindicación de la paternidad de la conciliación ha sido disputada por los iberoamericanos, que la atribuyen a Bolívar y su plasmación en el Tratado de 6 de julio de 1822 entre Gran Colombia y Perú, y por los europeos, que quieren ver su origen en el Tratado de Tregua entre Dinamarca y Suecia de 23 de abril de 1552 o el Proyecto del rey checo Podiebrad de 1454. Para J.P COT, ninguna de las reivindicaciones cuenta con base suficiente; *vid. La conciliation internationale*, Paris, 1968, pp. 29-31.

²*Vid. “L’avenir de la médiation”, RGDIP (1910), pp.149-188, passim.*

FATTAL, de que la conciliación surge a partir de una combinación de elementos de la investigación y la mediación³, podremos ver sus antecedentes más inmediatos en las *Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre arreglo pacífico de controversias*. Aunque en ambos instrumentos la conciliación no recibe un tratamiento autónomo, en cambio sí regulan otros medios de carácter no jurisdiccional como la mediación y la investigación, así como también el procedimiento arbitral, embrión de lo que constituye hoy el eje central de la conciliación. Por una parte, la tendencia a asimilarla a los medios políticos tradicionales, pues la conciliación es un procedimiento que combina los elementos de la investigación y la mediación⁴. La conciliación ofrece a las partes una investigación y una evaluación objetiva de todos los aspectos de la controversia y, por otro, proporciona un mecanismo oficioso en el que interviene una tercera parte para la negociación y la valoración extrajudicial recíproca de las reclamaciones legales y de otra índole, dando así la oportunidad de definir las condiciones de una solución transaccional aceptable para todos⁵.

Por otra parte, la tendencia judicializadora a partir de la aceptación del aparato procedimental del arbitraje, en especial en lo que se refiere a su composición y funcionamiento. Los primeros esfuerzos por dotar a la conciliación de un aparato procedimental propio se vislumbran con el *Pacto de la SdN*, a través del cual la

³ Para este autor la conciliación aparece como "... un succédané de la négociation directe et constitue la synthèse de la médiation et de l'enquête"; *Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux*, Beirut, 1966, pp. 67-68. Esta posición es compartida, entre otros, por ROLIN, H., "L'heure de la conciliation comme mode de règlement pacifique des litiges", *Annuaire Européen*, vol. II (1957), p. 3 y ss; y QUOC-DINH, N., "Les commissions de conciliation sont-elles commissions d'enquête", *RGDIP*, t. LXXI (1967), pp. 561-674.

⁴ Respecto a la posible evolución de la investigación hacia la conciliación se ha pronunciado U. VILLANI afirmando que "... nelle ipotesi in cui l'accertamento della commissione coinvolga anche questioni di diritto, si determina un sensibile avvicinamento tra l'inchiesta e la conciliazione; infatti [...] quest'ultima si caratterizza, tra l'altro, per l'ampliamento dell'esame della commissione a tutte le questioni relative alla controversia, siano de fatto, o de diritto, o concernenti principi di natura extragiuridica"; *La Conciliazione nelle controversie internazionali*, Napoli, 1979, p. 26. Como señala M.A. GARCÍA JIMÉNEZ la desconfianza de los Estados hacia la mediación a principios de siglo XX propicia que algunos de los caracteres de ésta última se asuman por la conciliación, al punto que, para esta autora "la conciliación aparece como una institución que se encuentra a mitad de camino entre la mediación y el arbitraje ...", calificándola de *mediación institucionalizada*; "Notas sobre la conciliación: ¿un procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales con sentido actual y perspectivas de futuro?", *ADI*, vol. IX (1993), 57-121, p. 113. La cursiva es nuestra.

⁵ *Vid. Manual sobre arreglo pacífico ..., op. cit.*, Capítulo II, secc. E.

conciliación recibirá un notable impulso en un doble sentido: primero, porque la SdN recomendará a los Estados que acudan a la conciliación para las controversias no resueltas por vía diplomática⁶; segundo, porque el marco institucional de la Organización ginebrina permitirá a la conciliación dotarse de una estructura propia, aspecto que contribuye a perfilar un cierto aparato conceptual sobre este método⁷.

Asimismo, los trabajos del *IDI* de 1959 y 1961⁸ definen el inicio de una nueva etapa en el proceso de transformación de la conciliación. Sobre la base de la definición que daba el Reglamento de 1959, el *Institut* propuso una diferenciación entre las dos manifestaciones de la conciliación, a saber: la conciliación generalmente denominada “bilateral” o “particular” y la desarrollada en marcos organizados⁹. Por lo que se refiere a esta última modalidad, es obligada la referencia a los cambios que ha experimentado este medio de arreglo a raíz de su tratamiento en el marco institucional de las NU pues, tanto por su carácter universal como por la posición central que ocupa el principio de arreglo pacífico, constituye el punto de partida a partir del cual podemos valorar las tendencias que ha experimentado este procedimiento en el proceso codificador.

Dentro de la acción normativa de la Organización en relación con la conciliación se observan dos tendencias claras: por un lado, los textos que se limitan a citar la conciliación

⁶ A través de la Res. de la III Asamblea de la SdN, de 22-IX-1922 (a propuesta de Suecia y Noruega). El texto puede consultarse en la *RGDIP*, vol. XXIX (1922), pp. 429-443.

⁷ Como señala J.P. COT, esta situación se pone de relieve sobre todo en la práctica convencional bilateral de los *Tratados Bryan* y, más tarde, en los *Acuerdos de Locarno* de 16 de octubre de 1925, donde la “l’institution semble avoir atteint sa perfection”; *La conciliation ...*, op. cit, p. 92.

⁸ La inclusión de la conciliación en la sesión de Neuchâtel de 1959 tiene su razón de ser en la idea de continuar en la línea iniciada por el Instituto en 1927 que en una inquietud por una posible revitalización de la conciliación en las relaciones interestatales; vid. *Annuaire IDI*, vol. 48 (1959-I), p. 6. Ya en 1961, existe una convicción más clara del papel que la conciliación puede jugar en un futuro, por lo que el *IDI* se dedica de nuevo al estudio de este método sobre la base de la conjunción de dos factores. En primer lugar, la carencia hasta el momento de un modelo procedimental bien establecido. En segundo lugar, el desplazamiento de las preferencias de los Estados hacia los medios diplomáticos, y la tendencia poco favorable a los medios jurisdiccionales, afectando tanto al arbitraje como, sobre todo, al arreglo judicial; *ibid.*, vol. 49 (1961-II), p. 194.

⁹ En el art. 1 del Reglamento de 1959 se señalaba lo siguiente: “On entend par conciliation (...) un mode de règlement des différends internationaux consistant dans le recours par les Parties au différend à une Commission constituée par elles, hors de toute organisation internationale, en vue de la recherche d’une solution susceptible de rencontrer leur accord”; *ibid.*, p. 26, y justificación en p. 11; luego, en la resolución de 1961, se eliminaría esta alusión; *ibid.*, p. 199.

entre la nómina de medios a los que pueden acudir libremente los Estados y que no han aportado cambios respecto a la utilización y funcionamiento de este procedimiento¹⁰; y por otra parte, los que van más allá de la mera referencia al procedimiento. Respecto a estos últimos podemos destacar, por una parte, la Res. 268 D (III) de la AG que se limitó a instituir un panel de conciliadores que nunca ha sido utilizado¹¹; y por otra, tres textos que efectúan una regulación detallada de la conciliación. Por orden cronológico, el primer texto que recoge la conciliación a través de una regulación detallada es el *Acta General* de 1928/1949. Estructurada en cuatro Capítulos, el Acta plasma por primera vez, y con carácter general, el recurso obligatorio a la conciliación para las controversias de cualquier naturaleza que no se pudieran resolver por vía diplomática y como paso previo al arbitraje, a salvo de las reservas conforme al artículo 39 (art. 1)¹². No obstante, el *Acta General* ni recibió un número representativo de adhesiones ni fue objeto de aplicación a situaciones concretas, por lo que la explicación del procedimiento de conciliación sobre la base de sus disposiciones constituye una práctica de escaso fundamento. Sin embargo, es indudable que el *Acta General* ha ejercido una influencia más que decisiva como marco de referencia, y muchos tratados posteriores han repetido en materia de conciliación el modelo en ella contenido¹³. El resultado del Acta esboza los primeros elementos de la tendencia *jurisdiccionalizadora* de la conciliación, pero no por invadir el campo propio de los medios jurisdiccionales sino por asumir en su propia naturaleza los caracteres de dos medios políticos en declive como la mediación y la investigación. La consecuencia es, precisamente, que la conciliación se define sustancialmente como el medio no

¹⁰ Dentro de este bloque incluimos, además de la propia Carta, la *Declaración sobre los Principios*, la *Declaración con ocasión del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas*, la *Declaración de Manila* (art. 5), la *Declaración sobre el fortalecimiento de la eficacia del principio de abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales* (art. 17).

¹¹ Tal y como ha sido señalado por el SG; *vid. Doc. A/10289*, p. 4.

¹² Sobre la tipología y las distintas funciones de la conciliación en el *Acta General* de 1928/1949 puede verse ROLIN, H., "L'heure de la conciliation ...", *loc. cit.*, p. 20.

¹³ Como ha afirmado A. FATTAL, si bien "L'Acte Général demeure, en somme, assez timide dans sa manière de concevoir la conciliation; il aurait pu prévoir, par exemple, le recours général et préalable à cette procédure dans tous les différends (...)" ; *Les procédures diplomatiques ...*, *op. cit.*, pp. 74-82.

jurisdiccional y reclama su posición en el sistema de arreglo de controversias por oposición a los medios jurisdiccionales”¹⁴.

Por otro lado, en el ámbito de la labor del *Comité Especial de la Carta*, destaca la Decisión 44/415 de la AG, de 4 de diciembre de 1989, que contiene como Anexo el *Recurso a una comisión de Buenos Oficios, Mediación y Conciliación*, pero sobre todo las *Normas Modelo de las Naciones Unidas sobre conciliación de controversias entre Estados* adoptadas en 1995¹⁵.

Por lo que se refiere a la Dec. 44/415, su origen se remonta a una propuesta presentada por Rumania¹⁶ en la que se planteaba la creación de una comisión permanente de la AG con funciones de *buenos oficios, mediación y conciliación*¹⁷, cuya plasmación concreta tuvo lugar en 1989 figurando su contenido en el Anexo a la resolución¹⁸. El recurso a esta comisión se contempla como un procedimiento a disposición de los Estados siempre que éstos consientan, si bien la organización del procedimiento presenta cierta vinculación con la estructura institucional de las NU¹⁹. Aunque el objetivo último de esta

¹⁴ Para todo este párrafo véase LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Algunas consideraciones sobre la evolución de la conciliación”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 439–455, p. 446.

¹⁵ La conciliación ha sido el único procedimiento que ha tenido un doble desarrollo en el marco del *Comité Especial de la Carta*, sin que por ello exista una búsqueda de coordinación o complementariedad entre los dos textos.

¹⁶ El origen remoto de la Dec. 44/415 parte de un informe presentado por el SG, a instancia de la Res. 42/150 de la AG, en el que se expresaba el deseo de los Estados miembros y de ciertos órganos y organizaciones de potenciar una mayor aplicación y eficacia de la *Declaración de Manila*, adscribiendo este tema en el marco del *Decenio* y del *Comité Especial de la Carta*; *vid. Docs. A/43/530*, de 1988 y *A/45/436/Add.*, de 1990.

¹⁷ *Doc. A/AC.182/L.4*, p. 3. Si bien la propuesta inicial fue discutida por un Grupo de trabajo de dicho Comité, los debates más importantes se celebraron sobre la base de una tercera propuesta a iniciativa también de la delegación de Rumania; *vid. Doc. A/AC.182/L.52*, rev. 2 de 1988, en el cual se contiene la versión del proyecto presentado por Rumania, tal y como se refleja en *Doc. A/43/33*, 1988, p. 21.

¹⁸ *Doc. Of. de la Asamblea General, Trigésimo tercer período de sesiones*, Supl. n.33 (A/33/33), pp. 68–74. Sobre la Dec. 44/415 se puede consultar LAVALLE, R., “The Amicable Settlement through to the Attention of States by the United Nations General Assembly in 1989: A Critical Commentary”, *Austrian Journal PIL*, vol. 42 (1991), pp. 163–182.

¹⁹ El nombramiento de los comisionados se produce a través de un mecanismo complejo que consiste en la elección de *al menos* tres Estados que no sean partes en la controversia, bien por los mismos Estados partes o bien, con el consentimiento de éstos, por una de las siguientes personalidades: el Presidente del CS, el Presidente de la AG o el SG (párrs. 3 y 4). No obstante, en lo que concierne a la conciliación, llama la atención la omisión de aspectos importantes como el número de votos afirmativos necesarios para que la comisión adopte su decisión o la manera a través de la cual establece las cuestiones de hecho. Cada uno de los Estados partes así designados, nombrará a una persona que deberá contar con la aprobación de las partes y

Decisión es loable, promover el recurso a comisiones de buenos oficios, mediación y conciliación, lo cierto es que la necesidad del acuerdo de las partes para su puesta en práctica ha motivado que todavía no haya sido activada²⁰.

Por otra parte, la actividad del *Comité Especial de la Carta* ha dado como resultado la adopción en 1995 de las *Normas Modelo de Naciones Unidas sobre conciliación de controversias entre Estados*²¹. Estas *Normas Modelo* recogen todos los aspectos que definen a la conciliación facultativa basada en el común acuerdo de las partes²². Pero también se advierten algunos rasgos que caracterizan la tendencia “judicializadora” que experimenta este medio, tales como la regulación minuciosa del procedimiento, las amplias facultades de autoorganización del órgano²³ o las posibilidades de intervención de las partes en el mismo²⁴. Entre todos ellos, destaca la previsión de resortes dirigidos a garantizar la constitución del órgano conciliador a través de la fijación de plazos perentorios para su designación por las partes, pasados los cuales se confiere competencia a

que participará en la comisión a título individual. El presidente será nombrado por las partes o, si estas lo acuerdan, por el SG. La comisión así constituida puede desempeñar las funciones de buenos oficios, mediación o conciliación, según indiquen las partes.

²⁰ Cf. la valoración de esta Decisión que hace el documento presentado por la Secretaría A/AC.182/2000/INF/2, p. 2.

²¹ Incorporándose a la Res. A/50/50, de 11 de diciembre (*Doc. A/50/33*, de 1995). En 1990, a iniciativa del representante de Guatemala en las NU, se presentó al SG una solicitud de inclusión en el Programa de la AG del tema “Reglamento de conciliación de las Naciones Unidas”, acompañada de un *memorandum* explicativo, un proyecto de resolución de la Asamblea y dos anexos a la misma, conteniendo el primero de ellos el “Reglamento de las Naciones Unidas para la conciliación de controversias entre Estados” (*Docs. A/45/143*, de 1990 y A/C.6/45/L.2, de 1990); *vid.* el texto del proyecto en *ILM*, vol. XXX (1991) n.1, p. 231.

²² Este aspecto fue señalado por el representante de Cuba en la Sexta Comisión, a cuyo juicio la resolución que aprobara el texto debería destacar su carácter no vinculante y la necesidad de que la puesta en marcha del procedimiento se basará siempre en el consentimiento de los Estados, *Doc. A/C.6/50/SR. 37*, p. 12. En este sentido, se articula, en primer lugar, la composición de la comisión, que puede funcionar con tres o cinco miembros, y su nombramiento; a continuación, se abordan los aspectos relativos a la elaboración de las reglas de procedimiento que podrá llevar a cabo la propia comisión y el proceso de toma de decisiones, siendo la regla general la unanimidad pero permitiendo, sino es posible lo anterior, la regla de la mayoría.

²³ Así, la comisión podrá establecer su propio procedimiento (art. 8), solicitar a las partes cualquier información, documento o explicación relevante (art. 13) y, a su vez, aquellas deberán de buena fe facilitar la labor de la comisión (art. 12).

²⁴ Pues, iniciado el procedimiento, cualquiera de las partes podrá requerir a la comisión para que escuche a personas o expertos cuyo testimonio se considere necesario o útil (art. 13.2); hacer propuestas para el arreglo de la controversia (art. 16); dirigirse a la comisión para que llame la atención a la otra parte sobre cualquier medida que pudiera facilitar el arreglo (art. 17) o, en el caso de no aceptar las bases de arreglo, de comunicar por escrito a la otra parte los motivos de su rechazo (art. 21).

un tercero para que efectúe el nombramiento que corresponda hacer a aquéllas²⁵. Otro de los elementos que debemos destacar consiste en la posibilidad de intervención del SG en distintas fases del procedimiento, lo que favorece una cierta institucionalización de la conciliación, a la vez que incorpora aspectos hasta ahora desconocidos en textos previos de las NU²⁶.

De la práctica normativa auspiciada por las NU se desprende que la configuración de la conciliación como procedimiento de arreglo individualizado no es consecuencia de la aceptación de un modelo procedimental con unos perfiles jurídicos bien definidos. Más bien responde a un complejo proceso histórico de diferenciación con otros medios de arreglo no jurisdiccionales, sobre todo de la investigación²⁷. Esta situación ha propiciado que la doctrina se haya decantado por definiciones prácticas que se aproximan a la conciliación a partir de los principales elementos que la caracterizan como medio de arreglo²⁸.

Por el contrario, las “comisiones de investigación para la determinación de los hechos”²⁹ han sido tradicionalmente caracterizadas por las *Convenciones de La Haya de*

²⁵ Así, en caso de desacuerdo de las partes sobre la designación del Presidente, esta función será realizada por el Presidente de la CIJ o, si este fuera nacional de uno de los Estados, por el Vicepresidente y, en su defecto, por el Juez de mayor edad (arts. 3 y 4).

²⁶ En efecto, una vez que la comisión ha informado acerca de sus sugerencias se abren dos posibilidades, según las partes acepten o no las propuestas emitidas por la comisión de conciliación. En el primer caso, se levantará un acta que refleje el contenido de los acuerdos y de este modo el proceso finalizará. Por el contrario, cuando las propuestas de la comisión sean rechazadas por las partes, éstas deberán poner por escrito las razones que les han impedido aceptarlas y de nuevo las *Normas Modelo* articulan dos posibilidades, según las partes deseen o no continuar los esfuerzos para lograr un acuerdo. Así, se iniciará un nuevo proceso aplicando las mismas disposiciones o bien se levantará un acta en la que no se recogerán las recomendaciones de la comisión, según el caso.

²⁷ Por tanto, cualquier intento de definir la conciliación de una manera general tendría escasas posibilidades de éxito ya que, como ha subrayado U. VILLANI, “una definizione di carattere general non ci sembra invece possibile, stante la diversità dei tipi di conciliazione previsti e prevedibili dal diritto internazionale articolare e la possibilità, quindi, che gli Stati inseriscano nei relativi accordi elementi affatto variabili e tali, anche da combinare aspetti di tipo conciliativo con aspetti di altri procedimenti di soluzione”; *La conciliazione, op. cit.*, p. 103.

²⁸ En este sentido, es clásica la definición de J.P. COT, quien caracteriza a la conciliación “como la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un Órgano sin autoridad política propia que, gozando de la confianza de las partes en litigio, está encargado de examinar todos los aspectos del litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes”; *La conciliation ..., op. cit.*, p. 8.

²⁹ De acuerdo con el *Reglamento de la CPA* de 1997, hemos optado por utilizar esta denominación ya que responde a una necesidad de modernización de este procedimiento que mantiene al mismo tiempo un vínculo

1899 y 1907 como un medio de arreglo que consiste en someter una controversia a un órgano imparcial cuya única misión es establecer la materialidad de los hechos controvertidos (*fact-finding*), y emitir un informe limitado a la exposición objetiva de esos hechos que las partes son libres de aceptar³⁰. Ahora bien, la temprana regulación jurídica de la investigación no sirvió para estimular su utilización por los Estados debido a la necesidad de su aceptación por los Estados expresado mediante “convenio especial”³¹ y, sobre todo, a causa de la versatilidad de un medio como la conciliación. Así, la ausencia de una estructura procedimental bien definida, permitía al órgano conciliador realizar una valoración jurídica de los hechos previamente determinados, aspecto que ha suscitado algunas dudas entre la doctrina en torno a la especificidad de la determinación de los hechos como medio de arreglo³². Tanto es así que la investigación se configura en la SdN como instrumento de averiguación preliminar o auxiliar ligado a la función conciliadora o mediadora del Consejo de la SdN, esquema que repite el *Acta General* de 1928/1949³³.

Con la *Carta de las NU* resurge el interés respecto a la determinación de los hechos, incardinándose dentro de la *función* de arreglo pacífico de la Organización, si bien el desarrollo de este método en la Carta *sólo* interesa respecto al arreglo de las controversias y

con las *Convenciones de La Haya de 1899 y 1907*.

³⁰ La necesidad de una institución encargada de esclarecer la materialidad de los hechos controvertidos, motivó la inclusión de un medio innovador que tendría como objetivo fundamental, según el art. 9 del Convenio de 1907, la “clarificación de los hechos inciertos, dudosos u oscuros generadores de la desavenencia”, pero también una función *pacificadora* en la medida que trataría de sofocar cualquier apreciación unilateral y subjetiva de la situación, así como la decisión política última, al debido conocimiento de los hechos.

³¹ Los *Tratados Bryan* de 1913–1915 pondrían de manifiesto dos de los rasgos que iban a definir la naturaleza de la investigación: de un lado, el carácter permanente de las comisiones de investigación y, de otro, su carácter facultativo en la medida que el recurso a la investigación previsto en dichos Tratados no tuvo su reflejo en la práctica estatal, pues fueron muy pocas veces utilizadas. Las disposiciones de estos Tratados se han traducido sólo una vez a la práctica en el *asunto Letelier y Moffit*, en virtud del cual EEUU demandó a Chile sobre la base del Tratado Bryan-Suárez Mújica de 1914 celebrado entre ambos Estados.

³² Como señala J.P. COT las comisiones de investigación ofrecen problemas de especificación no sólo cuando operan en marcos institucionalizados sino también cuando lo hacen en el plano general donde quedan vinculadas, generalmente, a un proceso de conciliación posterior; *vid. La conciliation ...*, *op. cit.*, p. 43. No falta quien niega el carácter autónomo a la investigación como método de solución de controversias; así, por ejemplo, GOODRICH, L.M., HAMBRO, E., y SIMMONS, C., *The Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, Nueva York, 1969, p. 261.

³³ *Vid.* BARRA, F., de la, “La médiation et la conciliation internationales”, *RdC*, t. 1 (1923-III), 557–567, pp. 564–565.

situaciones que pongan en peligro la paz y seguridad internacional³⁴. La acción de las NU en orden al mantenimiento de la paz y seguridad internacional cuenta no sólo con una extensa práctica de la Organización relativa a la determinación de los hechos – establecida tanto por la AG como por el CS, e incluso por el SG³⁵ –, sino también ha sido objeto de un constante desarrollo progresivo en la actividad normativa de las NU. Por una parte, la determinación de los hechos se enuncia junto al resto de procedimientos en pie de igualdad en el art. 33.1 de la Carta y en otros textos que no han aportado cambios significativos en este procedimiento³⁶. Por otra, la AG ha elaborado listas o paneles de expertos a través de la Res. 268 D (III), de 28 de abril de 1949, para constituir comisiones permanentes de investigación a la que los Estados podrían recurrir en cualquier momento, la cual permanece inactiva³⁷; y posteriormente, en la Res. 2329 (XXII), de 18 de diciembre de 1967³⁸, cuyo alcance, pese a las expectativas iniciales en torno a la creación de un órgano

³⁴ La Carta de las NU atribuye la *función de investigación* al CS ya que, según su art. 34, este órgano “podrá investigar toda controversia o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”. Como ha recordado A. MIAJA DE LA MUELA, esta investigación no se ha de confundir con la enunciada en el art. 33.1, como medio de arreglo pacífico de controversias, pues ésta tiene un objeto concreto: “obtener la conclusión de si la diferencia o situación investigada pueda poner en peligro la paz y seguridad internacionales”, por lo que el CS no estaría obligado a obtener el consentimiento del Estado de recepción; “Solución pacífica de diferencias internacionales”, (Teoría jurídica general), *op. cit.*, p. 311. En esta línea *vid.* NASU, H., “Investigation *Propio Motu* for the maintenance of International Peace and Security”, *AYIL*, vol. 23 (2004), pp. 105–134. Para un análisis del papel desempeñado por la investigación en el ámbito organizativo internacional véase RUEGGER, P., “Nouvelles reflexiones sur le role des procédures internationales d’enquête dans la solution des conflits internationaux”, *Le Droit International a l’heure de sa codification, Études en l’honneur de R. Ago*, Milano, 1987, vol. II, pp. 327–362.

³⁵ *Vid. Repertorio de la práctica de los órganos de las NU 1945–56*, vol. II, pp. 129 y ss; 1959–66, vol. II, pp. 85 y ss; 1970–78, supl. 5 vol. 5, pp. 686 y ss. y 702.

³⁶ Como la *Declaración sobre los Principios*, en la *Declaración con ocasión del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas*, en la *Declaración de Manila*, la *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*, y por último, en la *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales*.

³⁷ El SG, en el Informe solicitado por la AG a través de la Res. 3283 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974 y reproducido en el *Doc. A/10289* estudió, entre otros documentos, el Panel de Investigación y Conciliación instituido en la Res. 268 D (III) de 28 de abril de 1949, concluyendo que nunca se ha hecho uso del mismo. Por otra parte, la última lista elaborada siguiendo las directrices de la Res. 268 D (III) data de 1961, *Cf. Yearbook of the United Nations*, 1991, p. 1045.

³⁸ Previamente, en aplicación de la Res. 1815 (XVIII) de 18 de diciembre de 1962 (*Doc. A/5470*, de 1963 y add. 1), fueron transmitidas al SG algunas observaciones relativas a la reforma de la investigación produciéndose un amplio debate en el seno de la AG que finalizó con la adopción de la Res. 1967 (XVIII), de 16 de diciembre de 1963, en la que se solicitó al SG la elaboración de un informe sobre los métodos para la determinación de los hechos (*Doc. A/5470*, add.1). Dicho informe no ha tenido repercusión alguna en la creación de nuevos mecanismos de determinación de los hechos, *Doc. A/5694*.

permanente³⁹, se reduce ya que no es más que una reproducción del texto anterior, limitándose a requerir al SG para que elabore un panel de expertos legales y técnicos cuyos servicios puedan ser utilizados por los Estados en tareas de determinación de los hechos. No obstante, la Res. 2329 (XXII) nunca ha sido utilizada y actualmente está inactiva⁴⁰.

Por el contrario, en el contexto de la labor del *Comité Especial de la Carta* sí se han adoptado dos significativas resoluciones que han promovido el desarrollo progresivo de este procedimiento sobre la base de la función que cumple en la prevención de controversias internacionales⁴¹: la primera, la Res. 43/51 de la AG, de 5 de diciembre de 1988, que contiene como anexo la *Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y situaciones que puedan amenazar la paz y seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera* (en adelante, *Declaración sobre la prevención*)⁴². La *Declaración sobre la prevención* parte de dos ideas. Primera, que la prevención de controversias y situaciones internacionales contribuye de manera decisiva al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; y segunda, que en esa tarea las NU pueden desempeñar un papel importante. Ahora bien, la *Declaración* no concede las mismas posibilidades a todos los órganos de las NU, priorizando la labor del CS y del SG en relación con este procedimiento, frente a la de la AG, a quien se le ha asignado un papel

³⁹ Esta Resolución fue adoptada a partir de una propuesta elaborada por los Países Bajos reflejada en la Res. 1815 (XVII) en los inicios de la elaboración de la *Declaración sobre los Principios* y dio lugar a un debate donde se enfrentaron dos posiciones distintas (vid. *Pays-Bas, Doc. A/AC.119/L.9*, de 1964, p. 3). Por un lado, aquellos Estados partidarios de crear un *Centro internacional permanente de determinación de los hechos* que contribuyese a la solución pacífica de las controversias según el art. 33 de la Carta; y por otro, quienes rechazaban tal posibilidad argumentando que suponía una merma de las competencias inicialmente atribuidas al CS. Sobre las posturas existentes en torno a la propuesta véase *Yearbook of the United Nations*, 1966, pp. 912–914, y *Yearbook of the United Nations*, 1967, pp. 749–753.

⁴⁰ Esta escasa aceptación parece que se mantiene hasta nuestros días pues en 2003 la AG, a través de su Res. 57/26, ha tenido que volver a *alentar* a los Estados para que designen personas con la idoneidad apropiada para incluirlas entre la nómina establecida por el SG.

⁴¹ Sobre la contribución de las NU al desarrollo progresivo de la determinación de los hechos introduciendo la noción, no explicitada en la Carta, de la “eliminación y prevención de las controversias y situaciones” que puedan amenazar la paz y seguridad internacional” véase ABELLÁN HONRUBIA, V., “El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las Naciones Unidas”, en *Balance y perspectivas...* op. cit., pp. 68–71.

⁴² La *Declaración sobre la prevención* fue adoptada a instancia de la AG, (Res. 38/141 de 19 de diciembre de 1983). Sobre esta resolución puede consultarse TREVES, T., “La prévention des conflits internationaux dans la Déclaration adoptée en 1988 par l’Assemblée Générale de l’O.N.U.”, *AFDI*, vol. XXXIV (1988), pp. 435–453.

menor⁴³. Por el contrario, el CS podrá acordar el envío de misiones de determinación de los hechos, sin que sea preciso el asentimiento del Estado receptor de la misión (pár. 12)⁴⁴.

Este enfoque preventivo será de nuevo retomado en otro texto como la *Declaración sobre determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales* (en adelante, la *Declaración sobre la determinación de los hechos*), recogida en el anexo de la Res. 46/59 de la AG⁴⁵ y que inicia el camino de la ampliación de perspectivas de este medio, para consolidarse más tarde con la descripción que efectúa sobre este método el *Manual*. Respecto a la determinación de los hechos como medio auxiliar, el *Manual* amplía las posibilidades enunciadas en la *Declaración sobre la determinación de los hechos*, haciendo hincapié en el carácter dependiente de este método, de forma que la ubica como primera fase del proceso de arreglo pacífico, pero no estrictamente conectado a los órganos de las NU, sino a cualquier otro medio de arreglo⁴⁶. Por lo que se refiere a su dimensión preventiva, el *Manual* considera a la determinación de los hechos como un instrumento que, a diferencia de facilitar el arreglo de las controversias, contribuye a su prevención⁴⁷.

Ahora bien, al lado del impulso que experimentan la conciliación y la determinación de los hechos a través de la práctica normativa de las NU, de forma paralela se advierte un proceso de transformación de estos medios que desvirtúa profundamente sus tradicionales perfiles, dando paso a otros rasgos que se han hecho comunes a estos procedimientos en el proceso codificador auspiciado por las NU, su *funcionalización y judicialización*⁴⁸. Respecto a ésta última, la tendencia a aumentar los aspectos vinculantes de estos medios

⁴³ Que se concreta en la facultad que tiene el órgano plenario de considerar la aplicación de las disposiciones de la Carta de conformidad con el art. 11 y apuntando los límites del art. 12.

⁴⁴ Vid. TREVES, T., "La prévention ...", *loc. cit.*, p. 450.

⁴⁵ Elaborada también por el *Comité Especial de la Carta* sobre la base de una propuesta presentada por Bélgica, España, Japón, Italia, Nueva Zelanda y Alemania. Sobre esta resolución puede verse BERG, A., "The Declaration on Fact-finding by the United Nations", *EJIL*, vol. 4 (1993), pp. 107-114.

⁴⁶ *Manual ...*, *op. cit.*, p. 24, pár. 74.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 25, pár. 77.

⁴⁸ LINÁN NOGUERAS, D.J., "Algunas consideraciones ...", *loc. cit.*, pp. 440-441. En este mismo sentido se ha mostrado Ph. PAZARTZIS; *vid. Les engagements internationaux ...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

políticos se ha hecho más visible en el proceso codificador al calor de un modelo “obligatorio” de conciliación (y, en menor medida, de determinación de los hechos)⁴⁹, que se presenta no sólo como alternativa a los procedimientos jurisdiccionales sino también como procedimiento especialmente adecuado para las controversias jurídicas, aspectos que también han sido recogidos por el *Manual*⁵⁰. Precisamente, ha sido este último rasgo el que tradicionalmente ha permitido diferenciar a la conciliación de la determinación de los hechos, si bien el factor *funcionalizador* reflejado en el papel que desempeña la investigación, sobre todo en la prevención de las controversias en ciertos sectores normativos, configura un modelo de determinación de los hechos que bien puede servir como medio auxiliar de otro procedimiento, bien puede asumir funciones más propias de un órgano de conciliación.

Sección primera. El proceso de judicialización de los medios políticos por intervención de tercero

I. El acceso obligatorio a la conciliación como paradigma de la judicialización

Entre los mecanismos que tienen a su disposición los Estados para instrumentar la utilización de un procedimiento de conciliación podemos distinguir varios cauces. Así, el

⁴⁹ Debemos aclarar que utilizamos el término “modelos” dado que la regulación de estos procedimientos en los convenios codificadores no responde a su concepción clásica, sino que es precisamente su regulación jurídico-formal la que permite extrapolar las características generales de estos métodos para agruparlos en una categoría general, circunstancia que permite observarlos como modelos.

⁵⁰ En efecto, el *Manual* expone, por un lado, que junto con el enfoque más clásico donde la conciliación es un procedimiento facultativo de terceros, existe en la actualidad otra visión en la que el recurso a la conciliación es obligatorio; y, por otro que, en ocasiones, lo obligatorio no es el recurso al procedimiento sino las propuestas de arreglo formuladas por la comisión de conciliación, lo que aproxima a este medio al arbitraje. Bien es cierto que esta orientación no conoce muchos ejemplos en la práctica, así el *Manual* cita el mecanismo instituido en el art. 14 del Tratado constitutivo de la OECS (Organización que agrupa a los países del Caribe Oriental); *Manual...*, *op. cit.*, p. 50, pár. 149.

acceso a la conciliación puede estar previsto con carácter facultativo u obligatorio – eventualmente en concurso sucesivo o alternativo con un procedimiento jurisdiccional –, ya sea en tratados generales de arreglo pacífico, ya sea en las *cláusulas compromisorias* insertas en tratados multilaterales para la interpretación y aplicación de las controversias que puedan surgir en cada ámbito material de relación. Aunque la iniciación del procedimiento mediante demanda conjunta se adapta mejor al perfil clásico de la conciliación, lo cierto es que son cada vez más los ámbitos que instrumentan el acceso a la conciliación mediante demanda unilateral⁵¹. Bien es cierto que la contradicción con el modelo tradicional es sólo aparente, pues la obligatoriedad no se refiere al informe de la comisión de conciliación – que sigue siendo facultativo para las partes –, sino a la sumisión obligatoria al procedimiento de conciliación *a instancia de parte*.

Esta tendencia se ha hecho más notoria en los convenios codificadores, donde la conciliación funciona bien como vía previa que salva el desacuerdo de las partes para acudir a otros métodos (normalmente jurisdiccionales), bien como único procedimiento no jurisdiccional de acceso obligatorio, lo que altera su finalidad clásica puramente transaccional para convertirse en un instrumento que permite una valoración jurídica de la

⁵¹ En el plano universal, el *Acta General* de 1928/1949 constituye el primer tratado general que prevé el recurso obligatorio a la conciliación, si bien sólo para las controversias políticas y una vez agotada la vía diplomática (art. 21). Desde una perspectiva regional, tanto la *Convención Europea* de 1957 (atrs. 4 y 9) como del *Pacto de Bogotá* de 1948 (art. XXXII) imponen, para las controversias que no sean de orden jurídico, la experimentación obligatoria de la conciliación como vía previa al arbitraje o al arreglo judicial. No obstante, la tendencia a aumentar los aspectos vinculantes de la conciliación surge de modo más visible en la *Convención europea sobre arreglo de controversias* adoptada en Estocolmo el 15 de diciembre de 1992 en el ámbito de la CSCE (hoy, OSCE). En este texto no sólo se prevé la obligación de someterse a una comisión de conciliación a instancia de parte, sino también se advierte una cierta institucionalización de este procedimiento, dado que el mecanismo de composición de la comisión se confía a un órgano permanente (el *Bureau* de la Corte de conciliación y arbitraje) el cual deberá nombrar a los conciliadores no designados por las partes en consultas con ellas, pero no necesariamente con su acuerdo (art. 21, párs. 4 y 5). Además, se prevé que cuando una parte no acepte las recomendaciones sugeridas en el informe de la comisión, dicho informe sea transmitido al propio Consejo de la OSCE (art. 25.5). Este aspecto supone una evidente presión política para el Estado que no quiera conformarse al mismo, el cual deberá motivar tal decisión o participar en la pertinente discusión ante el Consejo de la OSCE. Las mismas consideraciones valen respecto al art. 25.6, en virtud del cual el Consejo de la OSCE debe ser informado cuando “una parte no comparezca en la conciliación o abandone el procedimiento antes de su inicio”; *vid.* el texto de la Convención en *ILM*, vol. 32 (1993), pp. 557–559. Sobre la Convención de 1992 se puede consultar, en relación con el procedimiento de conciliación, STEINBERGER, H., “The Conciliation Procedure Established by the Convention on conciliation and Arbitration within the OSCE”, *Règlement pacifique des différends entre États: Perspectives universelle et européenne*, CAFLISCH, L., (Ed.), The Hague/London/Boston, 1998, pp. 67–77.

controversia, si bien la solución definitiva de la misma se sigue residenciando en la aceptación del informe de la comisión por las partes. Esta inercia “judicializadora” se ha convertido en rasgo común en la conciliación, produciendo modificaciones de cierto calado en algunos de sus elementos tradicionales, entre los que destaca la necesidad del consentimiento de los litigantes para la activación del procedimiento.

1. Apertura del procedimiento mediante demanda conjunta

El carácter *consensual* del procedimiento de conciliación, o su inicio mediante demanda conjunta de las partes, representa la modalidad más acorde con la naturaleza clásica de este medio de arreglo⁵². Son las partes en la controversia las que deciden someterla ante el órgano conciliador de común acuerdo, demostrando con ello su voluntad de llegar a un arreglo mediante la intervención de un órgano imparcial e independiente. La demanda conjunta es la regla cuando la conciliación se configura como procedimiento previo de carácter facultativo, aspecto que convierte al consentimiento de las partes en un elemento esencial para el desarrollo del procedimiento⁵³.

Así las cosas, no extraña que el recurso opcional a la conciliación fuera el modelo elegido en los convenios codificadores concluidos durante la década de los cincuenta y sesenta, los cuales incorporan el acceso a la conciliación a través de una cláusula *opting in*.

Responden a esta modalidad, tanto el Protocolo facultativo sobre arreglo obligatorio de

⁵² COT, J. P., *op. cit.*, p. 140. Así se refleja también en las *Normas Modelo* de 1995 que condicionan el inicio del procedimiento de conciliación al común acuerdo de las partes. Por lo que se refiere a las *Reglas de la CPA sobre conciliación* de 1993, el principio fundamental es que la iniciación y la continuación de la conciliación dependen enteramente de la voluntad de las partes. Así, las Reglas prevén que el procedimiento conciliatorio comienza cuando todas las partes están de acuerdo (párrafos 2 y 3 del art. 2) y una parte puede concluir el procedimiento cuando decida (art. 15 párr. a).

⁵³ Así, por ejemplo, el art. 2.2 de la *Convención Europea* de 1957; el art. 20.1 del *Acta General* de 1928/1949. Más recientemente, el Proyecto de resolución sobre una *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI* de 2002, ha optado por un modelo de conciliación estrictamente consensual; *vid. Doc. A/C.6/57/L.13*, de 11 de octubre de 2002. El art. 4 de esta *Ley Modelo* establece que el procedimiento de conciliación dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba una aceptación en un plazo de 30 días, podrá considerar el silencio de la otra como rechazo de su oferta de conciliación.

controversias que acompaña a los tres *Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* de 1958 (Art. IV.1 común a los *Convenios sobre Mar Territorial y Zona Contigua*, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar*)⁵⁴, como en los Protocolos facultativos a los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares*, de 1961⁵⁵ y 1963⁵⁶, respectivamente, y de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales*, de 1969⁵⁷, en cuyo articulado se prevé el recurso unilateral a la jurisdicción de la CIJ, a menos que de común acuerdo las partes opten – en el plazo de dos meses –, por el arbitraje o la conciliación (Art. III.1)⁵⁸.

Sin embargo, desde el momento en que la conciliación se concibe como el método que asume el rechazo de los Estados a los medios jurisdiccionales, el modelo facultativo se convierte en excepcional en los convenios codificadores, más proclives al modelo denominado de conciliación “obligatoria”. El ejemplo más claro lo representa la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, en cuyo texto la conciliación aparece en dos tipos de disposiciones: aquellas relativas a las modalidades de conciliación – facultativa u obligatoria –, y las referentes al alcance de la conciliación “obligatoria”. La distinción entre ambas modalidades⁵⁹ no impide que el Anexo V de la Convención se refiera tanto a los aspectos comunes a la conciliación facultativa y a la obligatoria (Sección 1ª) – en lo

⁵⁴ Este Protocolo entró en vigor el 30 de septiembre de 1962 siendo, a 31 de diciembre de 2003, 37 los Estados Partes en el mismo; *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 257. El texto del Protocolo puede consultarse en UN, *Treaty Series*, vol. 450, p. 169.

⁵⁵ El Protocolo se encuentra en vigor desde el 24 de abril de 1964, de acuerdo con su Art. VIII. A 31 de diciembre de 2003 eran 62 los Estados Partes en el mismo; *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, p. 102. El texto del Protocolo puede verse en UN, *Treaty Series*, vol. 500, p. 241.

⁵⁶ En vigor desde el 19 de marzo de 1967, en virtud de su art. VIII. A 31 de diciembre de 2003, eran 46 los Estados Partes en el mismo, *ibid.*, p. 115. El texto puede consultarse en UN, *Treaty Series*, vol. 596, p. 487.

⁵⁷ De acuerdo con su art. VIII, el Protocolo se halla en vigor desde el 21 de junio de 1985. Son 15 los Estados Partes en el mismo a 31 de diciembre de 2003, *ibid.*, p. 119. Para ver el texto se puede acudir a UN, *Treaty Series*, vol. 1400, p. 339. El lenguaje es idéntico en los tres Protocolos facultativos y recoge, en buena medida, el párrafo 4 de la propuesta suiza en la Conferencia sobre Derecho del Mar de 1958; *vid.* *Doc. A/CONF.13/BUR/L.3*, 12 de abril de 1958, p. 111.

⁵⁸ Concebida como precedente optativo y consensuado a la vía judicial, la posibilidad de conciliación (o de arreglo arbitral), no suspende el recurso unilateral a la CIJ, interpretación que ha sido subrayada por la misma Corte en el *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations*, ICJ, *Recueil 1998, Order*, párs. 23 y 27; y también en el asunto *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement*, ICJ, *Reports 1980*, p. 48.

⁵⁹ Cuyo fundamento reside, como veremos *infra*, en la sustracción de determinadas categorías de controversias del principio de jurisdicción obligatoria para someterlas a la conciliación “obligatoria”.

referente a la constitución, funcionamiento e informe de la comisión –, como a los específicos de la conciliación “obligatoria” (Sección 2ª)⁶⁰, si bien tal distinción sí determina la división del mismo en dos Secciones en función del *modo* de incoar el procedimiento. Así, mientras la Sección 1ª del Anexo V (arts. 1–10) instaura un procedimiento de conciliación *facultativa*, la Sección 2ª del mismo Anexo (arts. 11–14) prevé la sumisión *obligatoria* al procedimiento de conciliación mediante demanda unilateral, de conformidad con la Sección 3ª de la Parte XV.

En efecto, el art. 284.1 regula la conciliación sobre una base consensual, al establecer que “el Estado que sea parte en una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención, podrá *invitar* a la otra u otras partes a someterla a conciliación de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección 1ª del Anexo V o con otro procedimiento de conciliación”. Si la invitación fuera aceptada, cualquiera de las partes podrá someter la conciliación al procedimiento convenido (párrafo 2). Si el procedimiento elegido fuera el que regula la Sección 1ª del Anexo V, cualquiera de las partes podrá incoar el procedimiento mediante notificación dirigida a la otra u otras partes en la controversia (art. 1)⁶¹. Como se ve, el consentimiento de las partes no sólo es condición de la incoación sino también de la extinción del procedimiento pues, según el art. 284.3, la conciliación se dará por terminada si la invitación no es aceptada o las partes no convienen en el procedimiento a seguir. Por su parte, el párrafo 4 establece una obligación de llevar a término el procedimiento en el sentido de que, una vez la controversia se ha sometido a conciliación, sólo podrá ponerse fin a ésta de conformidad con el procedimiento de

⁶⁰ Para R. LAVALLE “conciliation under Section 1 of Annex V is applied on an optional or a compulsory basis. On the former, weak basis, it operates as a set of model conciliation rules, which apply only by mutual agreement between the parties. On the compulsory, strong basis, by virtue of articles 297 and 298 of the Convention and article 14 of Annex V, it operates, subject to two additional rules contained in Section 2 of Annex V being grafted on to it, as a *compulsory* method for settling the categories of disputes referred to in articles 297 and 298 ...”; “Conciliation under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Critical Overview”, *Austrian Review IEL*, vol. 2 (1997) n.1, 25–48, p. 27.

⁶¹ Aunque ninguna disposición sanciona su incumplimiento, la notificación debería ser por escrito pues “La forme écrite permet de faire courir les différents délais prévus pour la constitution de la commission de conciliation ...”; RANJEVA, R., “Règlement des différends”, en *Traité du ...*, *op. cit.*, p. 1122.

conciliación acordado (salvo que las partes convengan en otra cosa), disposición novedosa cuyo objetivo es proteger la conciliación facultativa del recurso abusivo y prematuro a la Sección 2ª contra la voluntad de una de las partes⁶². Por tanto, en la Sección 1ª del Anexo V a la *Convención sobre Derecho del Mar* 1982 se codifican las características de la conciliación de acuerdo a sus tradicionales perfiles, pues el acuerdo de las partes no sólo es esencial para el inicio del procedimiento (art. 284 de la Convención y art. 1 del Anexo V), sino también es el elemento diferenciador del modelo obligatorio previsto en la Sección 2ª del Anexo.

En cualquier caso, la previsión de este modelo facultativo no ha sido la práctica habitual en el proceso codificador. Primero, porque el recurso opcional a la conciliación en la Convención de 1982 supone un caso aislado en dicho proceso, más favorable, antes y después de la Convención de 1982, al modelo de conciliación “obligatoria”. De hecho, entre los convenios que establecen el recurso opcional a la conciliación sólo encontramos el *Convenio marco sobre Cursos de internacionales* de 1997, para el caso en que las partes deseen evitar la determinación de los hechos “obligatoria” (art. 33 c). Segundo, porque el art. 284 es una disposición puramente indicativa que no prejuzga, como luego veremos, la posibilidad del recurso a la conciliación “obligatoria” cuando los procedimientos jurisdiccionales de la Sección 2ª resulten inaplicables en virtud de las limitaciones y excepciones contempladas en la Sección 3ª.

⁶² *Ibid.*, p. 1127. *Vid.* también TREVES, T., *Le Controversie Internazionali, Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, p. 173, quien ha señalado que este aspecto novedoso no ha sido recogido en las *Normas Modelo* de NU sobre conciliación.

2. Apertura del procedimiento mediante demanda unilateral: la conciliación “obligatoria” como propuesta de *desarrollo progresivo*

A partir de la adopción del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 23 de mayo de 1969, la previsión de la conciliación de *acceso* obligatorio viene ocupando un lugar preponderante en los convenios codificadores donde se constituye en “l’engagement minimum par excellence”⁶³. Una aproximación técnica justificaría la aceptación de este modelo de conciliación en la ductilidad propia de este procedimiento. En la conciliación los Estados son libres de aceptar o rechazar las conclusiones de la comisión y, por tanto, su cooperación con la misma constituye un elemento necesario para que el procedimiento prospere y se desarrolle con éxito⁶⁴.

En cualquier caso, el factor que ha propiciado el auge del modelo obligatorio de conciliación en el proceso codificador ha sido básicamente la desconfianza de los Estados hacia los medios jurisdiccionales. Como alternativa a estos últimos, los convenios codificadores han generalizado un modelo de conciliación caracterizado por la apertura unilateral del procedimiento, siendo suficiente para su activación la demanda de una parte dirigida a estos efectos al SG. Ahora bien, aunque se trata de una técnica loable, la experiencia muestra que el sano propósito de observar de buena fe el sometimiento de las controversias insertas en el ámbito de aplicación (material y temporal) de un convenio a un procedimiento de conciliación “obligatoria” no es suficiente pues, al configurarse como una comisión *ad hoc*, carente de carácter permanente y composición predeterminada, no podría salvar la actitud reticente de la parte que, llegado el caso, quisiera sustraerse a su

⁶³ COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “Le règlement des différends dans l’oeuvre de la Commission ...”, *loc. cit.*, p. 39.

⁶⁴ Como ya escribiera N. POLITIS en 1927, “A l’insuffisance de l’obligation arbitrale ou judiciaire, il est de plus en plus remédié par le procédé de conciliation ... son emploi est prévu et réglementé d’avance, il est confié à des organes appropriés, il tend à devenir obligatoire”; *Les Nouvelles Tendances du Droit International*, Paris, 1927, pp. 175-176.

experimentación, paralizando el procedimiento en sus orígenes. Precisamente, para evitar las resistencias o dilaciones que pudieran presentarse en torno a su efectiva constitución, se ha dotado a este modelo de conciliación de una cierta estabilidad procedimental a través de la regulación jurídica de las condiciones de constitución y composición del órgano, convirtiéndose en el paradigma de la tendencia judicializadora que caracteriza a este medio en el proceso codificador.

Como ya ha sido señalado, las cláusulas compromisorias pueden tener un alcance integral y uniforme, esto es, la conciliación “obligatoria” puede preverse para las controversias que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de *todas* las disposiciones del tratado o, por contra, pueden haber sido concebidas, desde una perspectiva material, para ser aplicadas sólo respecto de las controversias que surjan de la interpretación o aplicación de *determinadas* disposiciones o *Partes* del tratado; así como, desde una perspectiva funcional, tales cláusulas pueden disponer distintos métodos en atención a la disposición controvertida, fórmulas que pueden a su vez aparecer combinadas. Los sistemas de arreglo de las controversias previstos en los *Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados* (1969 y 1986) y en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, constituyen dos ejemplos del alcance *parcial y limitado* del modelo de conciliación “obligatoria”.

A) El acceso obligatorio a la conciliación con alcance *parcial y limitado*

Quizás no sea exagerado decir que el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969⁶⁵ se ha convertido en el punto de referencia del proceso codificador auspiciado por las NU al prever, por vez primera, el acceso obligatorio a un procedimiento

⁶⁵ En vigor, conforme a su art. 84.1, desde el 27 de enero de 1980, siendo en la actualidad 96 los Estados Partes; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, p. 325. El texto del convenio puede verse en UN, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

de conciliación como parte integrante, no facultativa y automáticamente operativa del sistema procesal del Convenio (art. 66 b) que ha de seguirse para las controversias que originen la interpretación y aplicación de los artículos de la Parte V, esto es, las derivadas de la verificación de la nulidad, terminación, retirada o suspensión de un tratado, a excepción de aquellas relativas al *ius cogens* (arts. 53 y 64), sometidas a métodos jurisdiccionales⁶⁶. *Mutatis mutandis*, el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986⁶⁷, remite directamente al procedimiento de conciliación para las controversias que pudieran surgir con ocasión de la alegación de una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado, y su posterior objeción (Parte V, art 66.4), excepto las relativas al *ius cogens* (arts. 53 y 64). En el Convenio de 1986, la propuesta de acceso obligatorio a la conciliación contó con el beneplácito de la CDI desde el primer momento, si bien fue en la segunda lectura del Proyecto cuando la CDI propuso la conciliación obligatoria *sólo* para las controversias relativas a la Parte V que no estuvieran referidas al *ius cogens*⁶⁸ (sometidas ahora a arbitraje), propuesta que quedaría definitivamente consagrada en el texto del art. 66 adoptado en la Conferencia Diplomática⁶⁹.

⁶⁶ Este artículo proviene del anterior art. 62 *bis* que circuló en la Conferencia contenido en el documento A/CONF.39/C.1/L.352/Rev.2, de 21 de mayo de 1968. Sobre la interesante génesis de esta disposición *vid.* KEARNEY, D., y DALTON, R., "Treaty on treaties", *AJIL*, vol. 64 (1970), 495–561, pp. 545–555. El art. 66 del Convenio de Viena de 1969 combina los elementos de la enmienda japonesa y la enmienda de diecinueve Estados (*Doc. A/CONF.39/C.1/L.352/Rev.3*, y *Corr.1* y *Add. 1* y *2.*), y fue finalmente aprobado por 61 votos contra 20 y 26 abstenciones; *vid. Doc. Of. de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, pp. 204–205, p. 72.

⁶⁷ El Convenio todavía no está en vigor pues se requieren 35 instrumentos estatales de ratificación o adhesión, siendo 37 las Partes a 31 de diciembre de 2003, aunque entre las mismas se encuentran varias Organizaciones Internacionales; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, p. 341. El texto del Convenio se incluye en el *Doc. A/CONF.129/15*.

⁶⁸ A menos que las partes acordaran acudir a un procedimiento de conciliación distinto, *vid. Doc. A/CN.4/L.341*, 1982. La activación unilateral de la conciliación – con un alcance material limitado a la Parte V – ya figuraba en la propuesta sometida en 1980 a la CDI en el Noveno Informe presentado por el Ponente; *vid. REUTER, P., Noveno Informe sobre la cuestión de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre dos o más Organizaciones Internacionales, Doc. A/CN.4/327*, 1980.

⁶⁹ A instancia de las delegaciones de Austria, Colombia, Irlanda, Japón, México, Países Bajos, Nigeria y Suiza fue adoptada una enmienda que establecía el recurso a la conciliación obligatoria tal y como se recoge en su configuración definitiva en el texto del Convenio. Esta enmienda fue aprobada en el Comité Plenario por 38 votos a favor, 25 en contra y 22 abstenciones (*Doc. A/CONF.129/C.1/SR.29*, pp. 3–4).

El modelo de conciliación que instauran ambos Convenios es un mecanismo complejo cuya activación se produce – una vez transcurridos doce meses desde la objeción y las partes no han logrado una solución a través de cualquiera de los medios de arreglo del art. 33 de la Carta⁷⁰ –, en virtud de demanda unilateral dirigida al SG, el cual “deberá llevar la controversia ante una comisión de conciliación” (art. 66 b). Pero la conciliación obligatoria se afianza en el Anexo que regula la constitución de la comisión, en el cual los poderes de designación de los comisionados o del presidente de la comisión se confieren también al SG, cuando no lo hagan las partes. Por lo que se refiere al Convenio de 1969, el párrafo 2 del Anexo que acompaña al art. 66 b) prevé que cada Estado parte en la controversia deberá designar a dos conciliadores, uno de su propia nacionalidad, que puede o no proceder de la lista que a estos efectos mantiene el SG; y otro de la nacionalidad de un tercer Estado, que necesariamente deberá ser elegido de entre dicha lista. Los cuatro conciliadores así elegidos deberán designar al quinto miembro de entre la lista, que actuará como presidente⁷¹. Ahora bien, para evitar cualquier contratiempo en las designaciones, el Anexo cuenta con la siguiente garantía adicional; si en 60 días las partes no han procedido a nombrar a los comisionados o al presidente, será el SG el que lleve a cabo esas nominaciones en los 60 días siguientes. Por lo que se refiere al Convenio de 1986, el carácter específico de los sujetos que pueden ser parte en una controversia (Estados y Organizaciones Internacionales), ha planteado la necesidad de adaptar el esquema típico de la comisión (compuesta de miembros *nacionales* y de miembros *neutrales*) al caso en que una de las partes sea una Organización Internacional. En esta hipótesis, el Convenio prescinde de la “nacionalidad” como condición que identifica a los comisionados

⁷⁰ Arts. 65.3 y 65.4, de 1969 y 1986, respectivamente.

⁷¹ S. ROSENNE ha apreciado una laguna en esta disposición que no prevé mecanismo alguno para determinar si un grupo de Estados constituye *una sola parte* en la controversia a los efectos de designar a los conciliadores, aspecto que adquiere relevancia en los tratados multilaterales; *vid. Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, Cambridge, 1989, 259–352, p. 314. En este sentido, la práctica de la CIJ ha previsto, de modo análogo y para el supuesto de la designación de jueces *ad hoc*, la necesidad de una decisión formal de la Corte para determinar si un conjunto de Estados constituyen una “parte con el mismo interés”, (art. 31.5 del Estatuto de la CIJ y art. 36 de su Reglamento).

designados por cada parte⁷². Además, si las NU son parte en la controversia, la autoridad nominadora será el Presidente de la CIJ (y no el SG).

Entre las ventajas que presenta este sistema destaca el refuerzo a la obligatoriedad del procedimiento a través de las garantías institucionales contenidas en el Anexo. Esta circunstancia ha favorecido una cierta institucionalización de este método, pues la efectiva constitución de la comisión se hace depender, en última instancia, de dos órganos pertenecientes a la estructura de cooperación de la SI como el SG o el Presidente de la CIJ.

Como lagunas del sistema podemos señalar el silencio convencional ante la posibilidad de adoptar medidas provisionales hasta que la comisión decida emitir su informe, omisión que puede ser un elemento de contención entre las partes (sobre todo de la parte demandante) para acudir a la conciliación “obligatoria”⁷³. Además, la extensión de los plazos que exige el art. 65 antes de acudir a la conciliación obligatoria (intentar lograr un acuerdo por los medios del art. 33 de la Carta durante doce meses) puede ser una pesada carga para la parte demandante (a la que se exige que, durante ese plazo, siga cumpliendo sus obligaciones convencionales); y un incentivo para la parte demandada, que no tiene mucho que perder, sobre todo si los gastos derivados del procedimiento son costeados por las NU⁷⁴. De ahí que la práctica ofrezca unos resultados decepcionantes en cuanto a su utilización por los Estados pues, de momento, no nos consta que se haya incoado el procedimiento de conciliación previsto en el art. 66 b) del Convenio de 1969 y su Anexo,

⁷² Conforme al párrafo 2 de la Sección I del Anexo, cada una de las partes en la controversia (ya sea un Estado o una Organización Internacional) deberá nombrar un primer miembro, elegido o no de entre la lista que posee el SG a estos efectos, y un segundo miembro, de entre dicha lista, que no debe tener la nacionalidad del Estado o Estados partes, si hay más de uno, en la controversia o que no haya sido designado previamente por la Organización u Organizaciones, si hay más de una, que son partes en la controversia. Por tanto, en lo que se refiere al segundo miembro designado por las Organizaciones Internacionales, no es el criterio de la nacionalidad lo que excluye su elección como conciliador, sino la circunstancia de su inscripción previa en la lista de esa Organización.

⁷³ Problema que, desde luego, no se plantea cuando la controversia se refiera a los arts. 53 y 64 del Convenio pues tanto la CIJ, de acuerdo al art. 41 de su Estatuto, como un tribunal arbitral, según el art. 1 del *Modelo de Reglas* de la CDI sobre arbitraje de 1958, tienen la facultad de indicar medidas provisionales en preservación de los derechos de las partes.

⁷⁴ Párrafo 7 del Anexo del Convenio de 1969 y párrafo 14 del Anexo al Convenio de 1986.

mientras que el Convenio de 1986 queda a expensas de lograr el número de ratificaciones necesarias para entrar en vigor.

Un sistema parecido contempla el *Convenio sobre la Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 29 de marzo de 1972⁷⁵, cuyo art. XIV prevé que, agotadas las negociaciones, cualquiera de las partes podrá acudir a una *Comisión de Reclamaciones* formada por tres miembros, con la única misión de admitir o no la procedencia de una reclamación por daños y conceder, si ha lugar, la indemnización que corresponda a través de una decisión no vinculante. La opción por una Comisión de Reclamaciones (que, en la práctica, sería una Comisión de conciliación)⁷⁶ con potestad de recomendar, fue el mayor compromiso posible en el seno de la *Subcomisión Jurídica de la Comisión del Espacio Ultraterrestre*⁷⁷, pues incluso si las partes aceptaran de antemano la obligatoriedad de la decisión de la Comisión de Reclamaciones, su cometido estaría limitado exclusivamente a determinar la indemnización pertinente, quedándole vedada la facultad de interpretar auténticamente el Convenio. Claro que, lo ideal, hubiera sido la obligatoriedad sin más de la decisión de un órgano jurisdiccional para fundamentar las reclamaciones por daños; no obstante, el punto de encuentro vino otra vez de la mano de la intervención de un tercero imparcial con ciertos aspectos “obligatorios”, como la incoación *a petición de parte* y la posibilidad que tiene la Comisión de actuar y emitir su decisión con

⁷⁵ Abierto a la firma el 29 de marzo de 1972 y en vigor desde el 1 de septiembre de ese mismo año. A 31 de diciembre de 2003, eran partes en este Convenio 81 Estados entre los que se encuentra España.

⁷⁶ Algún autor, como L. CAFLISCH, ha calificado a esta Comisión de Reclamaciones de “arbitrage consultatif”; “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, *AFDI*, vol. XXV (1979), 9–45, p. 29. A mi entender, los poderes de esta Comisión estarían más cerca de los de un órgano conciliador, pues el art. 19.2 del Convenio es muy claro en este sentido cuando dispone que: “La decisión de la Comisión será firme y obligatoria si las partes así lo han convenido; en caso contrario, la Comisión formulará un laudo definitivo que tendrá carácter de recomendación y que las partes atenderán de buena fe”.

⁷⁷ Fue una propuesta de Bélgica, Brasil y Hungría la que logró el compromiso máximo al que pudo llegarse tras largos años de debate, *vid. Doc. A/AC.105/C.2/L.79*, de 21 de junio de 1971. La otra posición era la que aglutinaba a los Estados partidarios del recurso a un *arbitraje obligatorio* cuyas decisiones fueran vinculantes; *vid. las propuestas de Argentina (Doc. A/AC.105/C.2/SR.133*, pp. 9–10); Canadá (*Doc. A/AC.105/C.2/SR.146*, pp. 53–54); Suecia (*ibid.*, pp. 55–56); México (*Doc. A/AC.105/C.2/SR.147*, p. 57); Bélgica (*ibid.*, pp. 58–59); Francia (*ibid.*, pp. 60–62); Italia (*ibid.*, p. 63); Irán (*ibid.*, pp. 64–65); Japón (*Doc. A/AC.105/C.2/SR.148*, pp. 68–69); Reino Unido (*ibid.*, pp. 76–77).

sólo su presidente⁷⁸. Esta regulación jurídica se explica por el clima de enfrentamiento ideológico que presidió la elaboración del Convenio de 1972⁷⁹, si bien esa regulación debe confrontarse con las declaraciones y reservas formuladas al art. XXV del Convenio, donde, de momento, rige el buen sentido⁸⁰.

a) Consecuencias extremas de la conciliación obligatoria: el modelo “cuasi judicial” de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982

La *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 constituye, hasta ahora, el primer y único convenio codificador que acepta en su propio texto y con carácter general la *jurisdicción obligatoria* como principio general⁸¹. No obstante, al mismo tiempo, cristaliza el recurso a la conciliación “obligatoria” como principal excepción a aquel principio, con el fin de lograr un equilibrio entre los derechos de los ribereños y las pretensiones de las potencias marítimas, partidarias de la jurisdicción obligatoria⁸².

⁷⁸ En efecto, el art. XV prevé una Comisión tripartita integrada por dos miembros *nacionales*, uno elegido por el Estado demandante y el otro por el Estado de lanzamiento (aunque existan una pluralidad de partes en la controversia, pues en este caso los nombramientos serán colectivos), mientras que el tercero, que será el presidente, será elegido conjuntamente por las partes y, de no mediar acuerdo entre éstas en 4 meses, por el SG a petición de parte.

⁷⁹ Significativas de las posiciones enconadas entre los Estados del bloque occidental, por una parte, y los del bloque socialista, por otra, son dos propuestas antagónicas; una presentada por ocho delegaciones, tendente a hacer obligatorias y firmes las decisiones de la Comisión de Reclamaciones (a propuesta de Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Italia, Japón, Reino Unido y Suecia, *Doc. A/AC.105/C.2/L.74* y add. 1 y 2 y add. 1/Corr.1); y la fórmula contraria, presentada por Bulgaria, Hungría y la URSS, en la que una comisión de conciliación paritaria establecería sus conclusiones las cuales, sólo si las partes lo decidieran, serían obligatorias (*Doc. A/AC.105/C.2/L.76*).

⁸⁰ De momento, de los doce Estados que han formulado declaraciones y reservas al Convenio, ocho de ellos han declarado que aceptan de antemano la obligatoriedad de las decisiones de la Comisión de Reclamaciones sin que entre los mismos se encuentren los depositarios del Convenio (esto es, Reino Unido, EEUU y Rusia). Resulta curioso que en sus declaraciones algunos Estados se refieran a las decisiones de un “Tribunal de Arbitraje” (Austria, Canadá, Dinamarca o Irlanda) cuando, en puridad, se trataría de una Comisión de conciliación con ciertos aspectos obligatorios; *vid.* el estado de las declaraciones en TORRES UGENA, N., *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Madrid, 2000, pp. 440–441.

⁸¹ El Convenio entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, tras ser modificado por el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI, que figura en el Anexo de la Res. 48/623 de la AG, de 28 de junio de 1994. *Vid.* JUSTE RUIZ, J., “La entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y los intereses españoles”, *AADI*, vol. VII (1996–1997), pp. 167–184.

⁸² Como señaló R. RANJEVA, el sistema de conciliación obligatoria en la Convención de 1982 aparece fuertemente imbuido de la tesis – sostenida sobre todo por los Estados ribereños –, según la cual los derechos soberanos y su ejercicio en la ZEE deben beneficiarse de una suerte de “inmunidad” jurisdiccional en el plano

La solución de compromiso entre ambas posiciones condujo a un procedimiento de conciliación con alcance parcial y limitado a las categorías de controversias mencionadas en los arts. 297 y 298 de la Sección 3ª de la Parte XV de la Convención configurándose, respectivamente, como *limitaciones y excepciones facultativas* a la aplicabilidad del sistema de jurisdicción obligatoria previsto en la Sección 2ª de la misma. Por tanto, se entiende que, por el mero hecho de ratificar la Convención, los Estados están de acuerdo, *ipso iure*, con el procedimiento de conciliación obligatoria previsto para las controversias que susciten los arts. 297 y 298. Además, en virtud de su Anexo V, la Convención ha optado por diferenciar la conciliación “obligatoria” (Sección 2ª) del modelo facultativo que figura en la Sección 1ª del mismo, no sólo en cuanto al modo de incoar el procedimiento, sino también por las específicas reglas procesales a las que se somete la conciliación obligatoria conforme a los arts. 11 a 14 de la Sección 2ª. En efecto, el art. 11.1 del Anexo V faculta a toda parte en una controversia que, de conformidad con los arts. 297 y 298 de la Convención, pueda ser sometida al procedimiento de conciliación previsto en la Sección 2ª, incoar el procedimiento mediante notificación escrita a la otra u otras partes⁸³.

Ahora bien, lo verdaderamente novedoso radica en que se ha llevado a consecuencias extremas la posibilidad de incoación unilateral del procedimiento “en excluant toute possibilité de paralysie”⁸⁴. Y ello porque, si una parte en la controversia decidiera ignorar la notificación de conciliación o se negara a participar en la misma, esta conducta no paralizaría por sí misma el procedimiento, el cual podría sustanciarse incluso en contumacia de una de las partes⁸⁵. Y es que la Convención de 1982 no ha seguido la

internacional de forma que, cualquier demanda por abuso o exceso de poder, debería ser objeto de recurso ante la jurisdicción nacional del Estado ribereño. Por el contrario, esta tesis ha sido combatida por los Estados partidarios de la jurisdicción obligatoria, hostiles a toda asimilación de esos derechos soberanos a la competencia nacional del ribereño; *vid.* “Le règlement des différends ...”, *op. cit.*, p. 1117.

⁸³ Pues, como señala el art. 11.2 del Anexo, “toda parte en la controversia que haya sido notificada con arreglo al párrafo 1 estará obligada a someterse a ese procedimiento”.

⁸⁴ RANJEVA, R., “Le règlement ... », *loc. cit.*, p. 1122. *Cf.* también PAZARTZIS, Ph., *Les engagements ...*, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁵ Pues según art. 12 del Anexo V: “El hecho de que una o varias partes en la controversia no respondan a la

técnica del *pactum de contrahendo* (poco eficaz cuando una de las partes se niega a cooperar), decantándose por otorgar directamente a cada una de las partes el derecho de activar el procedimiento y la correlativa obligación de la otra parte de someterse al mismo. Dese luego, esta regulación jurídica se aviene mal con el perfil clásico de la conciliación como procedimiento que debe contar con la confianza de las partes, pues en la Convención de 1982 la conciliación puede ponerse en práctica *sin* la confianza o incluso *en contra* de una de las partes en el litigio⁸⁶.

Esta inercia judicializadora adquiere su máxima expresión en la regla que introduce el art. 13 del Anexo V cuyo objeto es aplicar a la conciliación obligatoria el principio jurisdiccional de *la competencia de la competencia*⁸⁷. Al establecer ámbitos materiales concretos sobre los que de forma obligatoria opera la conciliación, se plantea el problema de la determinación de su competencia cuando ésta se cuestiona como excepción previa al procedimiento. Esta eventualidad ha sido resuelta en la Convención de 1982 otorgando a la comisión los mismos poderes de los que goza un órgano jurisdiccional respecto a la determinación de su propia competencia⁸⁸.

Referida a los órganos jurisdiccionales, se trata de una regla de DI consuetudinario confirmada por la CIJ⁸⁹. No obstante, salvando las diferencias funcionales que los separan, similares afirmaciones podrían hacerse en relación con otros órganos de arreglo de carácter

notificación relativa a la incoación del procedimiento, o no se sometan a ese procedimiento, no será obstáculo para la sustanciación de éste”.

⁸⁶ En el proceso codificador encontramos el precedente de la *Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, cuyo art. 85.5 prevé un procedimiento de conciliación ante una comisión incompleta y totalmente ajena a una de las partes. Esta previsión también fue retenida en la versión del *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados* de 1996 (proyecto de art. 56 y Anexo).

⁸⁷ Dicho artículo establece lo siguiente: “todo desacuerdo en cuanto a la competencia de una comisión de conciliación establecida en virtud de esta Sección [3ª] será dirimido por esa comisión”.

⁸⁸ Cf. Arts. 36.6 y 53.1 del Estatuto de la CIJ, el art. 288.4 de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, así como los arts. 3.3 y 10 del *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral de 1958.

⁸⁹ Vid. *Affaire Nottebohm (exception préliminaire)*, Arrêt, CIJ, *Recueil* 1953, p. 111; y *Sentence arbitrale du 31 du juillet 1989*, CIJ, *Recueil* 1991, p. 53. Aunque nada se dice respecto a esta facultad en las *Normas Modelo de NU* de 1995, dicha atribución tampoco carece de precedentes en la práctica convencional multilateral, como puede comprobarse en los casos del art. 6 del Anexo al *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 en virtud del cual se dispone que “cualquier desacuerdo en cuanto a la competencia de la Comisión de Conciliación será decidido por la Comisión”.

político en los que intervienen terceros⁹⁰. Sin embargo, creemos que en la facultad prevista en el art. 13 del Anexo V no debería verse la existencia de una regla consuetudinaria en tal sentido pues, por un lado, la competencia de la comisión para determinar su propia “jurisdicción” se establece de forma expresa⁹¹; y, por otro, es consecuencia del *tipo* de controversias sobre las que opera la conciliación obligatoria en la Convención de 1982 (arts. 297 y 298)⁹².

Por tanto, la cuestión de la competencia plantea delimitar cuándo estamos ante una controversia del tipo señalado con el fin de evitar que una misma disputa pueda plantearse ante dos foros distintos, jurisdiccional, uno, y político, el otro. Si se produjera este supuesto y hubiera desacuerdo entre las partes para someterla, bien a uno de los foros que señala el art. 287, bien a una comisión de conciliación conforme a la Sección 2ª, será esta última el órgano competente para determinar el procedimiento adecuado, puesto que el art. 13 del Anexo debe prevalecer sobre el art. 287 en tanto *lex specialis*. En esta dirección se ha pronunciado T. TREVES, para quien “[I]l fatto che tre casi di conciliazione obbligatoria previsti dalla Convenzione siano eccezioni a una eccezione alla regola generale che prevede la giurisdizione obbligatoria di arbitri o di giudici sottolinea l’importanza della regola [...] dell’art.13 dell’Annesso V, che conferisce alla commissione di conciliazione il potere di decidere sulla propria competenza”⁹³. En cualquier caso, si bien esta orientación

⁹⁰ Esta posibilidad de presentar excepciones preliminares ante una comisión permanente fue sostenida por P. GUGGENHEIM, “La conciliation internationale”, *Annuaire IDI*, vol. 49-II (1961), 201–237, p. 231.

⁹¹ Por que ni se trata de una práctica general, ni existe entre los Estados la convicción de invadir a la comisión de esa competencia en ausencia de disposición expresa. Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por U. VILLANI para quien “non solo quindi manca la prassi che avrebbe dovuto riscontrarsi alla radice della supposta consuetudine, ma vi è motivo di ritenere che il convincimento degli Stati vada in senso contrario a quello che sarebbe occorso per dar luogo a tale consuetudine. Va poi osservato che, non potendo le commissioni emanare, in linea di principio, atti vincolanti, l’attribuzione ad esse di un potere decisionale – sia pure con esclusivo riguardo alla propria competenza – contrasterebbe con i caratteri propri del procedimento di conciliazione e, pertanto, potrebbe ammettersi solo in presenza di una *esplicita previsione*”; *La Conciliazione ...*, *op. cit.*, p. 200. Cursiva añadida.

⁹² En especial las controversias a las que se refiere el art. 298.1 a), relativas a la *delimitación de espacios marinos* como el Mar Territorial, la Plataforma Continental, la ZEE así como las *bahías y títulos históricos*, pueden plantear problemas, pues su exclusión de la jurisdicción obligatoria no atribuye competencia *automática* a la conciliación obligatoria.

⁹³ *Le Controversie ...*, *op. cit.*, p. 181.

judicializadora de la conciliación se atenúa con el carácter facultativo del informe “le réalisme doit amener les commissaires à faire preuve de prudence particulière dans la détermination de leur compétence pour que puisse être sauvegardé le crédit de leur rapport”⁹⁴, sobre todo en lo que a su autoridad político-moral se refiere⁹⁵.

Pero si la obligatoriedad del procedimiento reside en el acto de notificación *de parte*, su eficacia depende de la efectiva constitución del órgano de arreglo⁹⁶. Con este fin se pretende asegurar que, salvo que las partes acuerden otra cosa, el procedimiento de conciliación, facultativo u obligatorio, se sustancie hasta su fin, bien porque se facilita el acuerdo entre las partes para acudir al órgano conciliador – en la medida en que dicha regulación les releva de redactar un compromiso complementario –, bien porque, al fijar plazos perentorios para su constitución, evita cualquier intento de bloquear el procedimiento *ab initio* (art. 3 del Anexo V). Por tanto, si la comisión de conciliación la forman cinco miembros (art. 3 a), dos de ellos serán nombrados por la parte que incoe el procedimiento, preferentemente de entre la lista que mantiene el SG, de los cuales sólo uno podrá ser nacional suyo (pár. b). Ambos nombramientos se incluirán en la notificación escrita dirigida a la otra parte, que tiene dos opciones: o bien nombra a dos conciliadores (dentro de los 21 días siguientes a la notificación y de la misma forma)⁹⁷; o bien no los

⁹⁴ RANJEVA, R., *op. cit.*, p. 1126. En el mismo sentido, R. LVALLE ha estimado que “At any rate, it appears that a dispute as to whether it is article 287 or article 13 of Annex that should prevail, a question which should of course be settled before the underlying challenge to the commission’s jurisdiction can be disposed of, should be resolved under the procedure applicable pursuant to article 287”; “Conciliation under the United Nations Convention ...”, *loc. cit.*, pp. 44–45.

⁹⁵ Cf. las observaciones de BOYLE, A., “Dispute settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of fragmentation of jurisdiction”, *ICLQ*, vol. 46 (1997), n. 1, 37–54, pp. 44–45, en particular sobre los problemas que suscitan los arts. 297 y 298 respecto a los espacios marinos. No obstante, debe decirse que la eficacia del procedimiento de conciliación viene reducida, como veremos *infra*, por la previsión del art. 297 párrafos 2 b) y 3 c) en virtud del cual la comisión de conciliación *no sustituirá en ningún caso* al Estado ribereño en sus facultades discrecionales.

⁹⁶ Incoado el procedimiento de forma unilateral o resuelta la cuestión, en caso de plantearse, de la competencia a favor de la conciliación, la constitución de la comisión se realizará, según el art. 14 del Anexo, de acuerdo con las reglas generales contenidas en los arts. 2 a 10 de la Sección 1ª relativas a la conciliación facultativa. No obstante, su aplicación a la conciliación “obligatoria” se efectuará con sujeción a las disposiciones procesales específicas contenidas en la Sección 2ª (arts. 11–13).

⁹⁷ Para T. TREVES “la previsione che ognuna delle parti nomini due e non uno (come avviene nelle Regole modello delle Nazioni Unite) dei cinque conciliatori elimina uno degli ostacoli possibili allo svolgimento del procedimento, ostacolo derivante dal disaccordo sul punto di determinare quale dei tre conciliatori nominati

designa, en cuyo caso una primera cláusula de salvaguardia (art. 3 c) del Anexo) permite a la parte que haya incoado el procedimiento a proceder del siguiente modo: o bien da término al procedimiento o bien solicita al SG que haga los nombramientos (de conformidad con el apartado e). Como novedad, el Anexo V prevé la posibilidad de determinar si un grupo de Estados constituye “una sola parte” en la controversia a efectos de designar a los conciliadores, en cuyo caso el nombramiento de todos los conciliadores constará en el mismo acto de notificación (art. 3 g)⁹⁸.

Así las cosas, una vez efectuado el último nombramiento, los cuatro conciliadores deberán designar al presidente de entre la lista que posee el SG (art. 3 d). Pero si su nombramiento no se realizara en los treinta días siguientes a la última designación, una segunda cláusula de salvaguardia permite solicitar del SG (en una semana), que realice tal nombramiento de entre la lista que mantiene, en consulta con las partes (art. 3 d), pero no necesariamente con su consentimiento⁹⁹. Aunque el modelo que prevé el art. 3 del Anexo regula de forma pormenorizada el procedimiento de conciliación, en todo momento se deja libertad a las partes para acordar otra modalidad¹⁰⁰. Sin embargo, cuando las partes no lleguen a un acuerdo, el Anexo V de la Convención estructura un procedimiento de conciliación cuya efectividad descansa en las garantías institucionales previstas para su

congiuntamente sarà il presidente”; *Le Controversie ...*, op. cit., p. 174. Por contra, R. LAVALLE ha criticado esta disposición, señalando la delicada posición en la que el presidente, único miembro neutral de la comisión, se podría encontrar; *vid.* “Conciliation under ...”, *loc. cit.*, p. 28.

⁹⁸ No obstante, cuando tengan intereses distintos o no haya acuerdo acerca de si tienen un mismo interés, la Convención no sólo permite que los Estados nombren a sus conciliadores por separado sino que ha procedido con gran flexibilidad estimando que “*las partes aplicarán en la medida posible los apartados a) a f)*” (art. 3 g) en lo que se refiere al número de miembros, designación de los conciliadores, plazos o provisión de vacantes.

⁹⁹ Finalmente, el párrafo f) del art. 3 establece que “*las vacantes se cubrirán en la forma prescrita para los nombramientos*”, disposición que tiene por finalidad cubrir cualquier contingencia que pudiera afectar a los miembros de la comisión.

¹⁰⁰ Esta facultad subyace, sobre todo, de la referencia que el art. 10 del Anexo hace del derecho de las partes a *modificar* el procedimiento mediante acuerdos aplicables “únicamente a esa controversia”. Por tanto, cualquier modificación debe referirse a una controversia concreta tal y como se deduce de la adición de la frase “*aplicables únicamente a esa controversia*”, que no figuraba en el TOFN, Rev. 2, *vid. Doc. A/CONF.62/WP.9/Rev.2*, reproducido en *Docs. Of. ...*, vol. VI, pp. 144–156.

desbloqueo y reactivación, principalmente a través de las funciones dirimientes que asume el SG para constituir el órgano.

Por el contrario, la prolija y detallada regulación de la conciliación obligatoria que realiza la Convención de 1982 contrasta con la práctica estatal, la cual no ofrece ningún asunto en que se haya activado este procedimiento. Este resultado no debería valorarse negativamente ya que, al menos, la mera previsión de la conciliación “obligatoria” puede tener por efecto, aun sin recurrir efectivamente a la misma, fomentar que las partes resuelvan directamente la controversia por otros medios, como por ejemplo las negociaciones, lo que evitaría que la discrepancia trascendiera a la opinión pública. O incluso, en el mejor de los casos, puede contribuir a animar a los Estados a recurrir al arreglo judicial o arbitral¹⁰¹.

B) El acceso obligatorio a la conciliación con alcance *integral y uniforme*

Aunque el sistema de conciliación obligatorio del *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 sólo opera respecto a *determinadas* disposiciones del mismo, sus rasgos esenciales han sido considerados en otros procesos codificadores con distinta suerte. Así, mientras en algún caso la conciliación “obligatoria” no quedó definitivamente formalizada en el texto del convenio (como la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973)¹⁰², en otras, como ha ocurrido

¹⁰¹ A este resultado pueden llegar las partes en el caso del art. 298.1 a), relativo a las controversias en materia de delimitación de espacios marinos y bahías o títulos históricos, simplemente absteniéndose de realizar la declaración prevista en el mismo.

¹⁰² Cuando la CDI consideró en 1972 su *Proyecto de artículos relativo a las Personas Internacionalmente Protegidas*, propuso en materia de arreglo de controversias una doble alternativa: un sistema obligatorio de conciliación o el recurso obligatorio al arbitraje y, en su defecto, al arreglo judicial; *vid.* el texto en *Anuario CDI*, (1972-II), pp. 341–352. El carácter de concesión que para los Estados tradicionalmente contrarios al arreglo obligatorio representaba la aceptación de un sistema de conciliación obligatoria, resulta patente en la intervención en la Sexta Comisión del delegado soviético FEDOROV, a propósito de la enmienda de Estados Unidos en la que se establecía, tras el fracaso de la negociación, el arreglo de las controversias por la CIJ (o por arbitraje, si las partes lo acordaran), salvo en el caso de controversias entre Estados que hubieran

con las *Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978)¹⁰³ y en materia de *Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983)¹⁰⁴ sí se ha establecido el recurso a la conciliación obligatoria, una vez agotadas sin éxito las negociaciones, para la interpretación y aplicación de *todas* las disposiciones del tratado (arts. 41 y 42, respectivamente)¹⁰⁵.

En ambas Convenciones la conciliación es obligatoria desde la solicitud unilateral dirigida al SG, si bien deberá comunicarse a las otras partes en la controversia. La obligatoriedad del acceso a la conciliación no ofrece dudas si nos atenemos a los debates previos a la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*¹⁰⁶. En efecto, el carácter obligatorio del procedimiento no sólo descansa en su activación a petición de

excluido, al manifestar su consentimiento en obligarse por el convenio, la intervención judicial o arbitral, supuesto en el que se preveía un sistema de conciliación a petición de cualquiera de las partes en la controversia (*Doc. A/C.6/L.938*, párs. 36–39). FEDOROV calificó de inaceptable dicha enmienda porque “uno de los cuatro modos de arreglo de controversias en ellas mencionados se presenta *como obligatorio*. El mecanismo preconizado constituye una injerencia en los asuntos internos de los Estados y contravendría la Carta de las NU”; *ibid.*, p. 135, sesión 1423. La enmienda norteamericana fue retirada tras llegarse a un compromiso que incluyó la retirada de las enmiendas de la URSS (*Doc. A/C.6/L.906*) y de Checoslovaquia (*Doc. A/C.6/L.910/RV.1*), que proponían suprimir toda disposición de arreglo de controversias (*vid.* sesión 1423, párrs. 27 y 28 y ses. 1425, párr. 2, en *Docs. Of. de la AG ...*, *op. cit.*, pp. 135 y 145).

¹⁰³ La Convención de 1978 está en vigor, de acuerdo a su art. 49.1, desde el 6 de noviembre de 1996, UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 339. Aunque los debates que condujeron a la conciliación se suscitaron en el seno de la Conferencia de Plenipotenciarios, la CDI llegó a presentar *in extremis* un proyecto de art. 32 a propuesta de KEARNEY, en el que figuraba como procedimiento básico la conciliación “obligatoria” (*Doc. A/CN.4/L.212 y L.211*). Si bien algunos miembros se mostraron contrarios a incluir cláusulas sobre solución de controversias (*vid. Anuario CDI*, 1974-I, p. 277, párs. 91 y 98), la mayoría estimó conveniente incluirlas en el proyecto de art. 32, con el fin de que se estudiara en la futura Conferencia diplomática en vista de la afinidad con el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969; *vid.* las intervenciones de ELIAS (*ibid.*, p. 277, párr. 93); VALLAT (*ibid.*, p. 277, párr. 95); TSURUOKA (*ibid.*, p. 277, párr. 96); USHAKOV (*ibid.*); HAMBRO (*ibid.*, p. 277, párr. 99); QUENTIN-BAXTER (*ibid.*, p. 277, párr. 100) y KEARNEY (*ibid.*, p. 278, párr. 104).

¹⁰⁴ Esta Convención todavía no ha entrado en vigor y es muy probable que no lo haga en los próximos años, pues sólo cinco Estados han manifestado su consentimiento en obligarse por la misma; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, 2003, vol. I p. 122.

¹⁰⁵ El recurso a la conciliación “obligatoria” aparece, en realidad, como el único método con carácter obligatorio, pues la cláusula que introduce la jurisdicción de la CJJ o, alternativamente, el arbitraje, es pura apariencia ya que queda a expensas del común acuerdo de los implicados, sea prestado *a priori* (al tiempo de la firma, la ratificación o adhesión a la Convención) o una vez nacida la controversia (art. 45).

¹⁰⁶ En el seno de la Conferencia de 1978 fueron varios los Estados que hicieron hincapié en la naturaleza “obligatoria” del procedimiento de conciliación; *vid.* las intervenciones de Venezuela (*Doc. A/CONF.80/C.1/SR.51*, 1978, pp. 4–5); Francia (*Doc. A/CONF.80/SR.58*, p. 8) y Turquía (*ibid.*, p. 4). Además, una vez el Comité de Redacción recomendó el texto de los cinco artículos de la Parte VI sobre arreglo de controversias, el presidente del Comité Plenario declaró que el procedimiento de conciliación debía ser obligatorio (*Doc. A/CONF.80/C.1/SR.57*, pp. 3–4).

parte, sino también en el papel central que juega el SG en el mismo¹⁰⁷. En primer lugar, porque el SG es el encargado de someter la controversia a una comisión compuesta de cinco miembros, dos nacionales de los Estados partes, que pueden ser elegidos de entre la lista que a estos efectos posee el SG; y los otros dos, que no deben ser nacionales del Estado/s partes, elegidos necesariamente de entre dicha lista. Los cuatro comisionados así designados nombrarán, entre esa misma lista, al presidente. En segundo lugar, porque si los nombramientos precedentes no se realizaran en el plazo prescrito, serán efectuados por el SG dentro de los sesenta días siguientes a la expiración de ese plazo¹⁰⁸.

Mención especial merecen los resortes previstos para activar la conciliación obligatoria en dos convenios codificadores. En primer lugar, cabe destacar la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975¹⁰⁹, en la que la conciliación no sólo cuenta con ser el único medio de *acceso* obligatorio del sistema de arreglo, sino también el último eslabón de las previsiones de arreglo que garantiza una interpretación auténtica de este texto convencional¹¹⁰. Conforme al art. 85 de esta Convención, las controversias no resueltas

¹⁰⁷ Incluso, con el fin de reforzar el procedimiento de conciliación se presentaron sendas enmiendas en cada una de las Convenciones. En cuanto a la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, una enmienda de Estados Unidos proponía un nuevo artículo, 39 bis, en virtud del cual la comisión podría iniciar sus actuaciones a partir del momento en que se designara al Presidente, aunque una de las partes no estuviera representada en la misma, enmienda que fue rechazada (*Doc. A/CONF.80/C.1/L.38*). La misma suerte corrió otra enmienda presentada por Austria y Suiza a la *Convención sobre Sucesión en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, que obligaba a la parte que estaba en desacuerdo con el informe de la comisión a motivar dicha disconformidad, motivación que sería publicada por el SG (*Docs. A/CONF.117/L.2 y A/CONF.117/SR.10*, pp. 3 y 4).

¹⁰⁸ Para nombrar al Presidente de la comisión el SG podrá designar a una de las personas de la lista o a uno de los miembros de la CDI.

¹⁰⁹ La Convención de 1975 no está en vigor pues todavía no se han depositado los instrumentos de ratificación o adhesión requeridos por su art. 89.1 siendo, a 31 de diciembre de 2003, treinta los Estados que la han ratificado por lo que es muy probable que en pocos años pueda entrar en vigor; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, p. 120. El texto de la Convención de 1975 figura en el *Doc. A/CONF.67/16*. En cualquier caso, resulta significativo que ninguno de los Estados en que tienen su sede numerosas Organizaciones Internacionales sea parte en la misma y, obviamente, es ésta la participación que realmente interesa para la operatividad de la Convención, por lo que se puede catalogar como uno de los supuestos de fracaso del proceso codificador.

¹¹⁰ Esta Convención se presenta huérfana del recurso a métodos jurisdiccionales ya que la enmienda de los Países Bajos y Suecia de introducir el acceso a la CIJ con carácter obligatorio fue rechazada (*Doc. A/CONF.67/C.1/L.147*). Como ha afirmado H. MZIOUDET "Faute de règlement juridictionnel agréé par la communauté internationale, la Convention s'est limitée à retenir les consultations et la conciliation comme

mediante consultas en el plazo de un mes entre los Estados, o con la eventual participación de la Organización o Conferencia en cuestión (art. 84), podrán ser sometidas por cualquier Estado participante en las consultas a una comisión de conciliación mediante comunicación dirigida a la Organización y a los otros Estados que hubieran participado en las consultas¹¹¹. Ahora bien, la regulación que la Convención de 1975 hace de la conciliación presenta algunas particularidades, tanto respecto a la apertura del procedimiento como a la constitución del órgano de arreglo.

En cuanto a la apertura unilateral del procedimiento, porque el derecho de someter una controversia a la conciliación se limita a los Estados que hayan participado en las consultas previas; ni la Organización ni la Conferencia están facultadas para hacerlo, aunque también hubieran participado en las consultas. Claro que, dado el interés general de la Organización y de sus miembros en que se resuelva una controversia en la que previamente han participado, existe el deber de comunicar por escrito a la Organización que la controversia se somete a conciliación. Es esta notificación la que formaliza la constitución de una comisión tripartita, formada por dos miembros nombrados por las partes (art. 85.2), mientras que el tercero, el presidente, será elegido por los dos comisionados ya designados (art. 85.3)¹¹².

Respecto a las condiciones de constitución de la comisión, porque la Convención de 1975 introduce algunas novedades. Así, la circunstancia de que este texto no articule

seuls modes de règlement des différends. Il en résulte que la *communauté internationale a rejeté la voie institutionnelle de solution des litiges pour la voie diplomatique*"; "Le règlement des différends dans les conventions du droit diplomatique", *Études Internationales*, vol. 22-25 (1987) n. 24, 19-38, p. 29. La cursiva es añadida.

¹¹¹ Los arts. 84 y 85 (Conciliación) se corresponden con los arts. 81 y 82 del texto del proyecto de la CDI revisado según una enmienda de Suiza; *vid. Doc. A/CONF.67/C.1/L.145*. Esta enmienda, según las explicaciones del representante suizo, tendría dos variantes respecto al texto de la CDI: disminuir la duración de los diversos plazos establecidos e introducir en el sistema algunos cambios que permitirían acelerar el procedimiento (*Doc. A/CONF.67/C.1/SR.42 y 43*). El art. 85 fue adoptado en Comisión Plenaria por 63-0-10. Sobre las modificaciones introducidas por la enmienda de Suiza se puede consultar RITTER, J.-P., "La Conférence et la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec leurs relations avec les Organisations Internationales", *AFDI*, vol. XXIV (1978), 471-481, pp. 479-480.

¹¹² Con este fin, cada Estado parte en la Convención designará con antelación a una persona, que será notificada a la Organización para que ésta la incluya en un registro del que se nutre tal comisión.

mecanismo alguno para contrarrestar la falta de nominación del miembro nacional ha sido paliada con la flexibilidad que ofrece a los Estados para cumplir con dicha obligación, facultándoles para realizar ese nombramiento “durante el procedimiento y hasta el momento en que la comisión comience a redactar el informe” (art. 85.2). Luego entonces, la falta de nominación de un miembro *nacional* no impide que el procedimiento se sustancie, circunstancia que confirma el art. 85.5, pues esta última disposición permite a la Comisión iniciar sus actuaciones con sólo su Presidente “aunque no se haya completado su composición”¹¹³. Esta previsión elimina cualquier intento de paralizar el procedimiento *ab initio*, pues éste se podrá sustanciar ante una comisión incompleta y totalmente ajena a una de las partes¹¹⁴. De todos modos, el fundamento procesal de esta conciliación cuasi jurisdiccional, cuya razón de ser reside en la particular eficacia jurídica atribuida al informe (art. 85.7)¹¹⁵, radica en la elección del presidente de la comisión. Para esta tarea se ha querido evitar cualquier contingencia ya que, si los dos miembros nacionales no han acordado elegir al presidente en el plazo de un mes, o si una de las partes no designara a su miembro nacional, el presidente será nombrado, a petición de parte, por el “más alto funcionario administrativo de la Organización” en un mes (art. 85.3). La opción por esta autoridad como tercero con facultades nominadoras suscitó interesantes debates en el seno de la CDI en torno a su objetividad para realizar tales funciones¹¹⁶. En cualquier caso, la

¹¹³ La inclusión de este párrafo fue debida a la enmienda al art. 82 del texto de la CDI presentada por Suiza en la Conferencia (*Doc. A/CONF.67/C.1/L.145*). Sobre las implicaciones del art. 85.5 se puede consultar VILLANI, U., “A new conciliation procedure: The Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character”, *IYIL*, vol. IV (1978–1979), 31–45, pp. 40–44.

¹¹⁴ Como señala U. VILLANI “Contrariamente a quanto avviene di norma nei procedimenti di conciliazione in esame possa svolgersi anche in assenza di una parte e che la commissione sia provvista del potere di decidere circa la propria competenza”; *La Conciliazione ...*, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁵ Pues la Convención permite que cualquiera de las partes pueda declarar, de forma unilateral, su aceptación.

¹¹⁶ Pues varios miembros de este órgano manifestaron sus dudas acerca de la conveniencia de atribuir esa facultad al “más alto funcionario administrativo de la Organización”, en especial si la Organización había participado en las consultas preliminares (lo que podría comprometer su imparcialidad), siendo aconsejable que aquella autoridad delegara sus funciones en el Presidente de la CIJ. *Vid.* las intervenciones de EUSTATHIADES, (*Anuario CDI*, 1971-I, p. 340); KEARNEY, (*ibid.*, pp. 340–341); REUTER, (*ibid.*, p. 341) y AGO, para quien, aun sin dudar de la objetividad del más alto funcionario administrativo, sería conveniente, cuando se trata de una controversia cuya solución redunde en interés de la organización o

desconfianza para encomendar tales funciones al Presidente de la CIJ logró que una enmienda patrocinada por la Unión Soviética y respaldada por ciertos Estados en desarrollo, sirviera de base para que la Conferencia confiara al “más alto funcionario de la Organización” las facultades de nominación¹¹⁷. Esta desconfianza hacia la CIJ que subyace de la Convención de 1975 ha sido canalizada por la conciliación obligatoria afectando a la naturaleza y estructura de este procedimiento. Respecto a la primera, porque la previsión de un aparato procedimental que permite sustanciar la conciliación incluso “en ausencia de parte”, no se ajusta a la tradicional naturaleza diplomática de un medio que *debe gozar de la confianza de todas las partes*. En cuanto a su estructura, porque la elección del presidente de la comisión – pieza clave del procedimiento –, no va a recaer en el Presidente de la CIJ, sino en una nueva autoridad como el “más alto funcionario administrativo de la Organización”.

Por otra parte, debemos destacar el modelo de conciliación obligatoria que instauran los convenios codificadores auspiciados por las NU en materia de protección internacional del medio ambiente, instrumentos que confieren a la conciliación obligatoria el papel de procedimiento de cierre del sistema de arreglo de controversias para el caso en que las partes no acuerden otro medio de arreglo para resolverla. Así se prevé en la *Convención marco sobre el Cambio Climático* de 1992 (art. 14.5), en el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (art. 27.4) y en la *Convención contra la Desertificación en los Países afectados por Sequía Grave o Desertificación* de 1994, instrumentos donde la conciliación asume la competencia residual obligatoria si las partes no convienen en resolver la controversia por otro procedimiento¹¹⁸, *mutatis mutandis* a la función residual que

cuando ésta haya adoptado una posición firme en las consultas, que esa autoridad pudiera delegar el nombramiento del tercer miembro en el Presidente de la CIJ, (*ibid.*, p. 342.)

¹¹⁷ Condicionada por el requisito de ser un jurista que reúna las condiciones requeridas y no ser nacional de ninguno de los Estados partes en la controversia; la subenmienda verbal de la URSS al art. 82 del Proyecto de la CDI puede verse en *Doc. A/CONF.67/18*, pp. 308–309.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, el art. 27.5 del *Convenio sobre Diversidad Biológica* de 1992 dispone que: “si en virtud de lo establecido en el párrafo 3 del presente artículo las Partes en la controversia no han aceptado el mismo

desempeña el “arbitraje VII” en el sistema de arreglo de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

Por último, dada su importancia para el conjunto de la disciplina, merece destacarse la propuesta, aunque fallida, de acudir a la conciliación obligatoria contenida en el *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados* adoptado por la CDI en 1996. Aunque se trata del proceso codificador más dilatado en el tiempo de todos los emprendidos por la CDI, hubo que esperar hasta 1986 para que el Ponente W. RIPHAGEN propusiera en una *Tercera Parte* para añadir al Proyecto, fijar “un mínimo de normas y procedimientos residuales [supletorios]¹¹⁹” aplicables sólo cuando los Estados no estuvieran comprometidos de manera expresa con otro mecanismo de arreglo. La propuesta tenía una gran dosis de desarrollo progresivo pues, por vez primera, creada una situación de controversia sobre la presunta comisión de un hecho ilícito internacional, cualquiera de las partes podría activar un procedimiento de conciliación obligatoria mediante solicitud dirigida al SG (proyecto de art. 4 c). El siguiente Ponente, G. ARANGIO-RUIZ, llegó a plantear una vinculación más estrecha entre el derecho a adoptar contramedidas y el recurso a una conciliación obligatoria con competencia, incluso, para dictar medidas cautelares vinculantes¹²⁰. Así las cosas, en el Proyecto adoptado en primera lectura en 1996 se incluyó una *Tercera Parte* relativa al sistema de arreglo para las controversias que originara la interpretación o aplicación de la futura Convención (arts. 54 a 60 del Proyecto

procedimiento o ningún procedimiento, la controversia se someterá a conciliación de conformidad con la parte 2 del Anexo II, a menos que las Partes acuerden otra cosa”.

¹¹⁹ RIPHAGEN, W., *Séptimo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, *Anuario CDI*, 1986-II (1ª parte), p. 4, párr. 7. Sobre los trabajos de RIPHAGEN en este punto puede verse JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, 1990, 17–109, pp. 66–76, cita en p. 67.

¹²⁰ Vid. ARANGIO-RUIZ, G., *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, *Doc. A/CN.4/453 y Add. 1 y 2*, pp. 39–48, y texto de los artículos propuestos en Add. 1, pp. 2–10. Sobre el hecho que activa el recurso a la conciliación el Ponente subrayó que “... no es la presunta violación de una norma primaria o secundaria de derecho consuetudinario o convencional ni la controversia que puede surgir de la impugnada acusación de tal violación. Es sólo la controversia nacida del recurso impugnado a una contramedida y, quizás, el recurso a una medida de contrarrepresalia de la parte contraria, lo que activa el sistema de solución de las controversias”; *ibid.*, p. 24.

y Anexos). En cuanto a su estructura procesal, el sistema de arreglo de controversias intentaba alcanzar un equilibrio entre las diversas situaciones posibles a través de una secuencia de medios cuya última etapa conducía al recurso obligatorio a una comisión de conciliación¹²¹ mediante solicitud dirigida al SG (art. 56)¹²². Aunque fue el arbitraje obligatorio en caso de adopción de contramedidas el procedimiento que capitalizó las mayores críticas, el acceso obligatorio a la conciliación para *el resto* de controversias a que diera lugar la futura Convención tampoco fue bien acogido entre los Estados, y con bastante escepticismo por una parte de la doctrina¹²³.

Esta reacción contraria propició que, en el Proyecto adoptado en segunda lectura por el Comité de Redacción (2000) se indicara expresamente, mediante una nota al mismo, que la *Tercera Parte* del Proyecto de 1996 se dejaba, por el momento, de lado¹²⁴. Estos temores han sido confirmados en el Proyecto de artículos definitivamente adoptado por la CDI en 2001, que no incorpora procedimiento alguno de arreglo de controversias¹²⁵. Desde luego, a la espera de lo que suceda en la futura Conferencia diplomática¹²⁶, una conciliación “obligatoria” aplicable para cualquier controversia relativa a la comisión de cualquier

¹²¹ Una vez las partes han cumplimentado sin éxito la obligación de negociar (art. 54) o han decidido acudir a los buenos oficios o mediación de un tercero también sin éxito (art. 55).

¹²² Tal y como manifestaba la propia CDI: “El Estado lesionado o el Estado presuntamente infractor pueden someter la controversia a conciliación en virtud del presente artículo [56] sin el consentimiento de cualquier otra parte en la controversia si se reúnen las condiciones necesarias. El carácter obligatorio del procedimiento de conciliación previsto en el presente artículo constituye un paso hacia delante en la esfera de los procedimientos de solución de controversias al prever la participación de un tercero en la solución de la controversia sin el consentimiento de todas las partes en la misma. Sin embargo, los resultados de la conciliación son obligatorios para las partes únicamente en la medida en que lleguen a una solución convenida”; *Doc. A/50/10*, p. 206.

¹²³ *Vid. infra* apartado c) *Sección tercera*. Una crítica de alcance general sobre toda la *Tercera Parte* es la de A. PELLET, “Remarques sur une révolution inachevée. Le Projet d’articles sur la responsabilité des Etats”, *AFDI*, vol. XLII (1996), 7–32, pp. 9 (nota 16), 28–32, párs. 30–34. Muy extendida estaba la opinión, como expuso K. ZEMANEK, de que “siendo deseable”, el Proyecto había escogido una “tendencia en cierto modo ajena a la realidad” al retener, en algunas cuestiones, la jurisdicción obligatoria, pues es sólo una “ilusión” esperar su aceptación por los Estados; “The Legal Foundations of the international system. General Course on Public International Law”, *RdC*, t. 266 (1997), 9–336, p. 253, p. 520.

¹²⁴ *Doc. A/CN.4/L.600*, 21 de agosto de 2000, p. 16.

¹²⁵ El texto definitivo del Proyecto con sus comentarios puede verse en *Doc. A/56/10*, pp. 130 y ss.

¹²⁶ Con este objetivo, en su Res. 59/35, de 2 de diciembre de 2004, la AG ha decidido en su punto 4 la inclusión en el programa provisional de su sexagésimo segundo período de sesiones, en 2007, el tema titulado “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, momento en el que podrá plantearse la posibilidad de convocar una Conferencia codificadora sobre el tema; *vid. A/RES/59/35*.

hecho ilícito internacional y sus consecuencias es una posibilidad que los Estados no parecen dispuestos a aceptar, pues la intervención de un tercero ajeno a las partes, aun sin poseer sus decisiones carácter vinculante, corregiría siquiera mínimamente el sacrosanto “unilateralismo” que caracteriza a los procedimientos de aplicación de las normas en este sector del DI.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II. Consecuencias del proceso de judicialización: la institucionalización de los medios políticos por intervención de tercero y los efectos en algunos de sus elementos tradicionales

1. El soporte institucional del procedimiento: la constitución “automática” del órgano de arreglo a través del SG

Si el acceso obligatorio a los medios políticos por intervención de tercero tiene su fundamento procesal en su incoación a instancia de parte, su eficacia descansa en la efectiva constitución del órgano de arreglo. En efecto, el sano propósito de observar de buena fe la obligación de someter a un determinado medio de arreglo no institucionalizado las controversias insertas en el ámbito de aplicación (material y temporal) fijado en los instrumentos convencionales puede no ser suficiente; la actitud reticente de la parte que, llegado el caso, quiere sustraerse a su experimentación podría paralizar el procedimiento en sus orígenes. De ahí que, tan importante como prever el acceso obligatorio a la conciliación o a la determinación de los hechos, sea disponer de cláusulas dirigidas a salvar las objeciones, resistencias o dilaciones que pudieran presentarse en torno a su efectiva constitución. Es aquí donde el resultado del proceso de judicialización se escenifica a través

de la institucionalización que experimentan estos medios no jurisdiccionales en un doble sentido; de un lado, porque la responsabilidad última para asegurar la constitución “automática” de la comisión corre a cargo del SG, cuando una de las partes se niegue a cooperar; de otro, al encomendarse a esta autoridad la elaboración y mantenimiento de listas de expertos o juristas, no sólo se facilita la tarea de la designación del órgano conciliador, sino también se establece una conexión entre las NU y el órgano de arreglo, en la que subyace una cierta presión política de la Organización en orden a que el procedimiento se desarrolle de manera satisfactoria.

Entre las técnicas que han sido dispuestas en los convenios codificadores para la puesta en escena de la conciliación, destaca la fijación de plazos perentorios para la constitución del órgano de arreglo, pasados los cuales sin que se haya hecho, se confiere competencia a un tercero para que efectúe el nombramiento que corresponda hacer a una de las partes, o supere el desacuerdo de éstas o de los miembros ya nombrados de cara a la designación del presidente. Aunque no se trata de una técnica desconocida, el aspecto novedoso que se introduce en los convenios codificadores reside en la atribución de las facultades dirimentes al SG¹²⁷.

De nuevo el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 constituye el punto de referencia. Este texto convencional prevé para sus controversias más conflictivas (las de la Parte V, que no se refieran al *ius cogens*), la sumisión obligatoria a la conciliación presentando una solicitud a tal efecto al SG. Recibida la solicitud, el SG “someterá la controversia a una comisión de conciliación de cinco miembros” (art. 66 b), de los cuales dos serán designados por los Estados partes en la controversia, uno de su

¹²⁷ Mientras el *Modelo de Reglas* de la CDI sobre procedimiento arbitral sugieren que tales funciones dirimentes recaigan en el Presidente de la CIJ (art. 4.2), las *Normas Modelo de NU* sobre conciliación (arts. 4 y 5) y de la *CPA sobre arbitraje y conciliación* (arts. 6 y 7) prevén un sistema más complejo y dilatorio al apuntar, como primera medida, la elección por acuerdo de las partes de un tercero (Estado, en las *Normas de las NU* de 1995) que lleve a cabo la designación y que, de no conseguirse, delegan respectivamente, en el Presidente de la CIJ y en el Secretario de la CPA, pero en este caso no para que el Secretario proceda directamente a la designación sino para que nombre a un tercero, que será al que corresponda ejercer tales funciones dirimentes (*appointing authority*).

nacionalidad y otro de la nacionalidad de un tercer Estado, siendo este último elegido necesariamente de entre la lista que a estos efectos mantiene el SG. Así elegidos, los cuatro miembros deberán designar al presidente de entre dicha lista (pár. 2 del Anexo). Pero como se trata de una comisión *ad hoc*, cualquiera de los Estados podría obstaculizar su constitución y, en consecuencia, la obligatoriedad del procedimiento, negándose a realizar las tareas de designación encomendadas. Para este caso, el Convenio de 1969 cuenta con una garantía procesal pues, si en 60 días desde la recepción de la demanda, las partes no han procedido a nombrar a los miembros de la comisión o a su presidente, esta designación corresponderá al SG dentro de los 60 días siguientes a la expiración de aquel plazo. Desde luego, se trata de una facultad que no es inherente a su función política¹²⁸, por lo que su previsión debe constar de forma expresa¹²⁹. Esta última ha sido la posición sostenida por la CIJ en su opinión consultiva relativa a la *Interprétation des Traités de Paix entre Bulgarie, Hongrie et Roumanie* en la que, ante la pregunta de las partes de si la falta de nominación de su miembro nacional autorizaba al SG a designar al tercer miembro de la comisión¹³⁰, la Corte respondió de forma negativa afirmando que “le pouvoir du Secrétaire général de désigner le tiers membre n’a d’autre source que la volonté des parties telle qu’elle s’est exprimée dans la clause de règlement des différends. *Par sa nature même, une telle clause*

¹²⁸ Entre las críticas que se han formulado al art. 66 b) destaca, según W.M. REISMAN, las dificultades que podría ocasionar la designación de los miembros, del tribunal o de la comisión, para el desarrollo de la labor política del SG; *vid.* “Procedures for controlling Unilateral Treaty Terminations”, *AJIL*, vol. 63 (1969), 544–547, p. 545, n. 7. Claro que el SG no posee una facultad nominadora discrecional pues dicha elección deberá realizarse, en todo caso, de entre la lista constituida a estos efectos por ese mismo órgano o de entre los miembros de la CDI que se presenta, en esta ocasión, como una de las piezas orgánicas del sistema.

¹²⁹ Debemos destacar la reserva que ha formulado Rusia en el sentido de que “los miembros de la comisión de conciliación sólo pueden ser personas designadas por las partes de común acuerdo”, negando por tanto cualquier virtualidad a las facultades de designación del SG; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 329.

¹³⁰ CIJ, *Recueil 1950*, p. 65 y (*Deuxième Phase*), *ibid.*, p. 221. La opinión consultiva fue emitida a requerimiento de la AG mediante Res. de 22 de octubre de 1922, en la cual se pedía a la Corte que se pronunciara sobre cuatro puntos, el tercero de los cuales se refería a determinar si, a falta de designación de los miembros nacionales de la comisión por las partes, el SG estaría autorizado a realizar la nominación del tercer miembro y, en caso de respuesta positiva, si una comisión constituida sólo por el miembro nacional y el miembro designado por el SG puede considerarse conforme a las disposiciones del Tratado de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania. A esta cuestión dio una contestación negativa en su opinión de 18 de julio de 1950, eximiéndose del deber de responder a la cuarta cuestión; *ibid.*, p. 65.

*est de droit strict et l'on en peut en étendre les effets en dehors du cas expressément prévu*¹³¹.

Esta garantía institucional también se ha hecho explícita en otros convenios codificadores como los *de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y *en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983 (arts. 41 y 42, respectivamente) y, sobre todo, en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986¹³². Por lo que se refiere a este último Convenio, la participación del SG como pieza básica del procedimiento de conciliación no fue pacífica en el seno de la CDI. Así, mientras para algún miembro “se debía evitar cualquier institucionalización de la conciliación obligatoria mediante la intervención del SG en el procedimiento”¹³³, para otros era “indispensable la intervención del SG como garantía de la constitución de la comisión”¹³⁴. De cualquier forma, la propuesta de intervención del SG es la que recoge el texto definitivo del Anexo al Convenio de 1986¹³⁵ si bien, cuando las NU sean parte en la controversia, será el Presidente de la CIJ quien sustituya al SG en sus funciones¹³⁶.

Sin embargo, cuando se trata de asegurar la composición de una comisión de conciliación lo habitual es que las facultades nominadoras se confíen a una autoridad *no*

¹³¹ *Ibid.*, p. 227. La cursiva es nuestra.

¹³² En el ámbito de la codificación auspiciada por las NU el art. 3 del Anexo sobre conciliación al *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 también prevé esta garantía institucional.

¹³³ *Vid.* la intervención de USHAKOV, en *Anuario CDI*, 1982-I, pp. 177-178.

¹³⁴ *Ibid.*, intervenciones de los miembros de la CDI, REUTER y LACLETA.

¹³⁵ Así, conforme a la Sección I del Anexo, “el Secretario General podrá nombrar presidente a una de las personas de la lista o a uno de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional. Cualquiera de los plazos en los cuales deben efectuarse los nombramientos podrá prorrogarse por acuerdo de las partes en la controversia”.

¹³⁶ Aun sin cuestionar la imparcialidad del SG en esta hipótesis, la mayoría de los miembros se pronunciaron por reemplazar al SG por el Presidente de la CIJ en la función de designación. Así, RIPHAGEN hizo observar, “sin poner en duda la independencia del SG, que el artículo 100 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que el SG no solicitará ni recibirá instrucciones ‘de ninguna autoridad ajena a la Organización’, lo que indica claramente que no escapa completamente de la autoridad de la Organización”; *Anuario CDI*, 1980-I, p. 68, párr. 46; SCHWEBEL preguntó si un Estado aceptaría la designación de los conciliadores por el SG cuando los actos impugnados hubiesen sido realizados a iniciativa de este órgano, (*ibid.*, p. 68, párr. 48); en el mismo sentido se expresaron JAGOTA, (*ibid.*, p. 69, párr. 54); TABIBI, (*ibid.*, p. 70, párr. 5); FRANCIS, (*ibid.*, p. 71, párr.8). Únicamente USHAKOV se mostró contrario a este reemplazo (*ibid.*, p. 68, párr. 43).

judicial. Es el caso, por ejemplo, del sistema de arreglo que articula la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, en la que la elección del presidente de la comisión de conciliación es el único requisito exigido para que ésta pueda iniciar sus actuaciones (art. 85.5). Tal es así que, si los miembros nacionales elegidos por las partes no acordaran su nombramiento en un mes, correspondería hacer tal designación al “más alto funcionario administrativo de la Organización” (art. 85.3) La elección de este órgano como autoridad nominadora estuvo motivada por la desconfianza de los Estados del bloque socialista y en desarrollo hacia la figura del Presidente de la CIJ¹³⁷, como lo demuestra el rechazo de la enmienda de Suiza que confería las funciones nominadoras a esa autoridad judicial¹³⁸. De esta opinión es H. MZIOUDET, para quien “En chargeant non pas le Président de la CIJ mais le plus haut fonctionnaire de l’Organisation de cette désignation – alors même que l’Organisation internationale est un élément fondamental du rapport triangulaire de la diplomatie multilatérale – la CDI a tenu compte de l’aversion de la majorité des Etats à l’égard de la CIJ¹³⁹.”

Una variante más alambicada es la que diseña la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982. A través de su Anexo V, la Convención de 1982 confía el desarrollo del procedimiento de conciliación a la intervención del SG, que tiene lugar en un doble

¹³⁷ Fue una enmienda de la URSS en la Conferencia la que propuso que las funciones dirimientes se encomenadaran al “más alto funcionario administrativo de la Organización” en detrimento del Presidente de la CIJ. La subenmienda verbal de la URSS al art. 82 del proyecto de la CDI, fue aprobada por 63-0-2; *Doc. A/CONF.67/18*, pp. 308–309. Un esquema parecido sigue el *Convenio sobre Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972 en el que la elección del presidente de la Comisión de Reclamaciones (de conciliación), también será a cargo del SG (art. XV.2).

¹³⁸ La enmienda de la delegación suiza abogaba por el Presidente de la CIJ o, en su defecto, al Vicepresidente o al Magistrado más antiguo; *Doc. A/CONF.67/C.1/L.145*. Aunque algunos delegados se mostraron partidarios de esta propuesta, *vid.* las intervenciones de Italia (*Doc. A/CONF.67/SR.42*, p. 302), Francia (*ibid.*, p. 303), Yemen (*Doc. A/CONF.67/SR.43*, p. 306), Irlanda (*ibid.*, p. 306), España (*ibid.*, p. 305) o Estados Unidos (*ibid.*, p. 307); otros preferían la solución de la CDI, *vid.* las intervenciones de la URSS (*Doc. A/CONF.67/SR.44*, p. 304), Venezuela (*Doc. A/CONF.67/SR.43*, p. 305) y del Consultor Técnico, EL-ERIAN, para quien “el más alto funcionario administrativo tendría una experiencia y un conocimiento muy grandes de los problemas que surgieran dentro de su organización y (...) precisamente por ello, la CDI había decidido no seguir el procedimiento usual de confiar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia la tarea de nombrar al presidente de la comisión de conciliación” (*ibid.*, p. 306).

¹³⁹ “Le règlement des différends dans ...”, *loc. cit.*, p. 25.

momento. Primero, cuando una de las partes en la controversia se abstuviera de designar a sus dos conciliadores, la parte que haya incoado el procedimiento podrá optar, pasados siete días desde la expiración de aquél plazo, bien por dar término al procedimiento (notificándolo a la otra parte) bien por solicitar al SG que realice los nombramientos¹⁴⁰. Segundo, porque cuando los comisionados designados no hicieran la elección del presidente de la comisión, tal elección sería a cargo del SG, pero en consulta con las partes.

La participación del SG en el procedimiento también queda reforzada en aquellos convenios codificadores que prevén un modelo de nombramiento vinculante aplicable a la constitución de la comisión de determinación de los hechos. Así lo hacen el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 y el *Proyecto de artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo resultante de Actividades peligrosas* adoptado por la CDI en segunda lectura en 2001¹⁴¹. En ambos casos, será de nuevo el SG, a petición de parte, la autoridad que designe a los miembros de la comisión unipersonal o a su presidente cuando las partes no lo hagan en el plazo señalado¹⁴².

En suma, el modelo de órgano conciliador o investigador propuesto combina elementos consensuales, propios de estos medios políticos no institucionalizados, con aspectos institucionales vinculantes que imponen ciertos límites a la libertad de las partes para modular la composición del órgano, especialmente los que derivan de la participación en el procedimiento de una autoridad política independiente.

¹⁴⁰ De conformidad con el art. 3 e) del Anexo.

¹⁴¹ Texto aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones; véase el texto con comentarios en *Doc. A/56/10*, pp. 406-488. La CDI acordó, asimismo, recomendar a la AG de las NU que elaborase una convención basada en el proyecto aprobado.

¹⁴² Cuatro meses según el art. 33.1, *ii*) del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997. En referencia a la fijación de plazos perentorios, algunos Estados que comparten varios ríos internacionales, como Portugal y España, formularon observaciones. Así, mientras para el primero “el plazo de seis meses no puede ser inflexible” (*Doc. A/C.6/51/SR.21*, p. 2), para España “el art. 33 no llega a establecer un equilibrio entre el principio de arreglo de controversias por medios pacíficos, y los pormenores de los procedimientos que se precisan para ello [...] como, por ejemplo, acerca de los plazos, que resultan inadecuados” (*ibid.*, p. 10); Tres meses establece de plazo el art. 19.5 del *Proyecto de artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo resultante de Actividades Peligrosas* de 2001.

A) El establecimiento y mantenimiento de listas de expertos a cargo del SG

Con el fin de facilitar la tarea de designación de los miembros de la comisión o de su presidente, sea en primera instancia por las propias partes o, en su caso, por el tercero que ejerza las funciones dirimentes, los convenios codificadores prevén la confección de listas integradas por expertos, conciliadores, amigables componedores o juristas cuyos nombres deberán facilitar los Estados partes con antelación al SG, constituyendo así la base sobre la que se procederá a la elección de los comisionados. Ciertamente que no es la primera vez que las NU prestan su asistencia en orden a facilitar la constitución de comisiones conciliadoras o investigadoras a través de listas de expertos¹⁴³.

Sin embargo, al calor del proceso codificador se ha generado una verdadera institucionalización de este sistema de listas de expertos. El instrumento pionero en apostar por este sistema de listas fue el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 cuyo Anexo regula la composición de la lista de expertos de la que se nutre la conciliación. Según el art. 1 del Anexo, el SG establecerá y mantendrá una lista de amigables componedores integrada por juristas cualificados. A tal efecto, se invitará a todo Estado que sea miembro de las NU o parte en el Convenio de 1969 para que designe dos amigables componedores, y las personas así designadas integrarán la lista¹⁴⁴. Este sistema de elección se ha generalizado en el resto de convenios codificadores cuyas disposiciones

¹⁴³ Debemos recordar la Res. 268 D (III) de la AG, de 28 de abril de 1949, en la que se establecía una lista de personas para constituir comisiones de investigación o de conciliación a la que tanto los Estados como los órganos de las NU podrían acudir en cualquier momento. En un Anexo que acompañaba a la resolución se establecía que las partes en la controversia se podrían dirigir, sobre la base de una demanda conjunta, al SG o al Presidente de la AG para que cualquiera de ellos eligiera a los miembros de la comisión entre las personas designadas en esa lista (art. 5). Además, las personas que figuran en la lista se encontrarían a disposición tanto de “los órganos de las Naciones Unidas” (art. 3) como de “los Estados partes en una controversia, sean miembros o no de las NU, para que puedan elegir los miembros de la comisión encargados de las tareas de investigación o conciliación” (art. 4); *vid. Informe del Secretario General sobre los Métodos de determinación de hechos*, Doc. A/5694 (1965), p. 25. Como ya se dijo *supra*, la lista nunca ha sido utilizada por los Estados.

¹⁴⁴ Los nombres de las personas designadas por los Estados puede consultarse en UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 335. Los nombres de los conciliadores cuya nominación no ha sido renovado después de cinco años, figura en la p. 337, n. 19.

recogen la conciliación obligatoria, pues tanto el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986¹⁴⁵, como las *Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978)¹⁴⁶ y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983)¹⁴⁷ repiten aquel sistema. Con una regulación más detallada que las anteriores, también confía al SG la formación y mantenimiento de una lista de conciliadores la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, según la cual cada Estado parte puede designar cuatro conciliadores entre personas que gocen de la “más alta reputación de imparcialidad, competencia e integridad” (art. 2 del Anexo V)¹⁴⁸, condiciones personales que también se exigen a los miembros del TIDM (art. 2 del Anexo VI)¹⁴⁹.

Un sistema parecido es el que utiliza la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, que ha optado por confiar la constitución en un registro de personas designadas con antelación por cada Estado parte, que será mantenido al día por la Organización (art. 85.2)¹⁵⁰. La Convención de 1975 permite efectuar la designación hasta el momento en que la comisión comience a redactar el informe, pues la única condición exigida para que la

¹⁴⁵ Anexo párrafo I. La particularidad del Convenio de 1986, que se aplica tanto a Estados como a Organizaciones Internacionales, implica que aquellas Organizaciones Internacionales que sean partes en el Convenio también estarán “invitadas” a designar a dos personas para constituir la lista, una copia de la cual se transmitirá al Presidente de la CIJ. Sin embargo, los Estados todavía no han hecho uso de sus facultades de designación y en la actualidad el SG no ha publicado una lista en la que consten los nombres de las personas que pueden ser designados conciliadores.

¹⁴⁶ Anexo párrafo I. Aunque esta Convención sí está en vigor tampoco existe una lista publicada en la que figuren los nombres de las personas que pueden ser nombrados conciliadores.

¹⁴⁷ Anexo V, art. 2. Cabe decir lo mismo que en la Convención de 1978, si bien ésta todavía no se encuentra en vigor.

¹⁴⁸ Si en cualquier momento los conciliadores designados por uno de los Estados partes para integrar la lista fueran menos de cuatro, ese Estado podrá hacer las nuevas designaciones a que tenga derecho.

¹⁴⁹ La lista de conciliadores y árbitros designados por los Estados Partes en virtud del art. 2 de los Anexos V y VII de la Convención puede consultarse en UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 288–289. Nótese que, entre las cualidades requeridas no se hace referencia alguna a la condición de jurista, a diferencia del Convenio de Viena de 1969. Sin embargo, las mismas personas que pueden desempeñar la labor de conciliador puede ser elegida como árbitro, circunstancia que hace presumir que la persona nominada debe tener una formación jurídica internacional, al menos en lo que se refiere al Derecho del Mar. La confección de una lista de conciliadores fue objetada en los trabajos preparatorios alegándose que limitaba la libertad de las partes para elegir sus propios conciliadores. Sin embargo, el art. 3 b) del Anexo V ha dejado sin fundamento esta objeción, descartando que sólo las personas inscritas en la lista puedan desempeñar sus funciones con exclusividad al establecer que “la parte que incoe el procedimiento nombrará dos conciliadores, de preferencia elegidos de la lista mencionada en el artículo 2 del anexo”; cf. RANJEVA, R., *op. cit.*, p. 1223.

¹⁵⁰ A fecha de hoy, no hay constancia de que exista un registro oficial en el que figuren las personas nominadas por los Estados signatarios de la Convención.

comisión inicie sus actuaciones es la elección de su presidente (art. 85.5). Además de su confección, algunos convenios codificadores regulan diversos aspectos relativos a estas listas de conciliadores, tanto sustantivos, como el período para el cual han sido designados (cinco años renovables, incluidos los conciliadores designados para cubrir una vacante accidental¹⁵¹, o bien hasta que sea retirado por el Estado que lo haya designado¹⁵²); como procesales, puesto que de haber expirado el período para el cual los conciliadores han sido designados podrán continuar desempeñando sus funciones hasta que termine el procedimiento¹⁵³.

En suma, a través de la confección y mantenimiento de listas de expertos y conciliadores a cargo del SG subsiste un interés particular de las NU respecto el arreglo de la controversia. En tal sentido, no se puede ignorar que esta circunstancia lleva implícita la posibilidad de una cierta presión política (si bien no de manera oficial) ejercida por las NU sobre las partes con el fin de que el procedimiento conduzca a un arreglo satisfactorio¹⁵⁴.

¹⁵¹ Art. 1 del Anexo de los *Convenios sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986.

¹⁵² Art. 2 del Anexo V de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

¹⁵³ Art. 1 del Anexo a los *Convenios sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986; art. 2 del Anexo V de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

¹⁵⁴ En este sentido, debemos recordar que el arreglo pacífico de las controversias es uno de los *Objetivos* o fines institucionales de las NU, y uno de los *Principios* de actuación de sus órganos y Estados miembros (arts. 1.1 y 2.3 de la Carta de las NU, respectivamente).

2. La cuestión del valor “jurídico” del informe de la comisión de conciliación

Dentro de la línea de evolución de la conciliación en un sentido judicializador, las mayores innovaciones se han producido en relación con el valor del informe de la comisión, por definición no obligatorio¹⁵⁵, pero al que se le han conferido ciertos “efectos jurídicos” que nunca tuvo en su concepción tradicional. Así, por ejemplo, se ha dotado al informe de un valor político-moral en sí mismo, imponiendo su publicidad mediante el traslado al SG; o bien se otorga al informe valor jurídico *vinculante*, abriendo la posibilidad de que una de las partes declare la aceptación unilateral del mismo; o, incluso, se vincula a su no aceptación o rechazo el efecto de abrir la vía de acceso a procedimientos jurisdiccionales. Vamos a verlo.

A) La dimensión pública del informe mediante su traslado al SG

La práctica normativa generalmente seguida en la conciliación respecto a cualquier documento procedente del procedimiento, ha sido mantener su confidencialidad no sólo durante la sustanciación del mismo sino también una vez concluido¹⁵⁶. Sin embargo, como ha apuntado D.J. LIÑÁN NOGUERAS, a consecuencia del proceso de transformación de la conciliación se ha puesto en entredicho “uno de los rasgos más peculiares de la conciliación, y que además fue una de las causas de su distanciamiento de la mediación

¹⁵⁵ Pues “les parties sont libres d’accepter ou de rejeter le rapport et les recommandations qui y sont jointes. Si le règlement proposé est accepté, il se forme un *lien conventionnel* entre les Etats parties au litige. En définitive, le différend sera donc réglé non pas par l’organe de conciliation, mais par l’accord qui résulte, pour les Etats parties, de leur acceptation de la solution recommandée”; CAFLISCH, L., “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 281.

¹⁵⁶ Así lo confirma las *Normas Modelo* de 1995, cuyo art. 25 establece la estricta *confidencialidad* sobre documentos, declaraciones o comunicaciones que afecten al desarrollo del procedimiento, salvo que las partes acuerden su publicidad. Por su parte, las *Reglas de la CPA* sobre conciliación extienden la confidencialidad a todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio, a los acuerdos de transacción, salvo en los casos en que su revelación sea necesaria con fines de ejecución y cumplimiento (art. 14). Igualmente, los arts. 8 y 9 de la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial* establecen como regla general la confidencialidad de todo el procedimiento conciliatorio. Para J.P. COT la confidencialidad caracteriza al informe ya que “l’autorité qui reçoit le dépôt des archives doit assurer la protection de leur secret”; *op. cit.*, p. 170.

(...), la *carencia de autoridad política del órgano*, hecho que se ve alterado en la conciliación en marcos organizados en la medida en que el órgano, aunque sea de composición interindividual, es depositario por definición de la autoridad que le confiere la propia organización (...)"¹⁵⁷. Desde luego, la reiteración de la cláusula que impone el traslado del informe de la comisión a un órgano dotado en sí mismo de autoridad política internacional, como el SG, le confiere a ese documento una dimensión pública que refuerza su valor político y que, a la vez, lo aleja del modelo clásico en el que el procedimiento culmina con el traslado del informe *a las partes*. Esta práctica se inicia con el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969, cuyas disposiciones han servido de referente para otras Convenciones como las *de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978), y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983)¹⁵⁸, así como la *de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, cuyas reglas sobre el traslado del informe al SG son reproducción exacta del Convenio de 1969. Por tanto, las consideraciones que aquí se hagan sobre esta última, son extensibles a todas las demás.

Así pues, a tenor del párrafo 6 del Anexo del Convenio de 1969, el procedimiento de conciliación concluye con un informe presentado por la comisión dentro de los doce meses siguientes a su constitución, que se depositará en poder del SG y se transmitirá al mismo tiempo a las partes en la controversia. Este modelo de informe presenta dos elementos novedosos.

El primero viene constituido por su publicidad. Aunque esta posibilidad no se prevé expresamente, para U. VILLANI “questa deve ammettersi stante la mancanza di norme che

¹⁵⁷ “Algunas consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 449.

¹⁵⁸ Otra variante dirigida a incrementar el valor político-moral del informe partió de una enmienda presentada por Austria y Suiza a la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* de 1983, por la que se obligaba a la parte que estaba en desacuerdo con el informe de la comisión a notificar y motivar dicha disconformidad, declaración que sería publicada por el SG. Esta propuesta fue rechazada; *vid. Docs. A/CONF.117/L.2 y A/CONF.117/SR.10*, pp. 3 y 4.

prescrivano la segretezza del rapporto, o che ne condizionino la pubblicazione alla concorde volontà delle parti”¹⁵⁹. En contra de esta opinión se ha manifestado R. LAVALLE para quien, aunque referido al informe que debe prestar la comisión de conciliación de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982¹⁶⁰, esta posibilidad no es admisible en tanto que el SG sólo estaría autorizado a hacer aquello que le esté permitido expresa o tácitamente¹⁶¹. Para este último autor, el SG no debería hacer público el informe sin el consentimiento de las partes, dado que ni los servicios que dicha autoridad presta en este contexto son los propios del depositario de un tratado, ni la publicidad se conforma con la práctica normalmente seguida en la conciliación, que reconoce sólo *a las partes* el control de todos los documentos del procedimiento¹⁶². En cualquier caso, aunque la divulgación del informe no modifica su eficacia jurídica, su simple traslado al SG le otorga una dimensión pública que debe influir en las partes para aceptar la solución propuesta. Ahora bien, para las disputas en materia de *pesquerías*, la *Convención sobre Derecho del Mar* refuerza todavía más el valor del informe de la comisión pues, para esta categoría de controversias, el art. 297.3 d) dispone que “el informe de la comisión de conciliación será comunicado a las organizaciones internacionales competentes”¹⁶³. Esta posibilidad, desde luego, implica cierta presión sobre las partes para la aceptación del informe, en la medida en que ningún Estado desea ver expuesto en un foro abierto su propio incumplimiento, manifiesto o arbitrario, de las obligaciones previstas en la Convención.

¹⁵⁹ *La Conciliazione ...*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁶⁰ Cuyo Anexo V prevé el depósito del informe ante el SG, “quien lo transmitirá inmediatamente a las partes en la controversia” (art. 7.1).

¹⁶¹ “Conciliation ... », *loc. cit.*, p. 33, n. 30.

¹⁶² *Ibid.*, p. 33. En apoyo de su tesis este autor acude a dos artículos de la Convención de 1982; en primer lugar, el art. 76.9 en virtud del cual, una vez que el ribereño haya depositado en poder del SG las cartas e informaciones que describan el límite exterior de su plataforma continental, se prevé *expresamente* que esta autoridad les dará la debida publicidad; por su parte, si los arts. 9 y 14 del Anexo V establecen que los gastos del procedimiento serán sufragados por las partes, parece razonable que sólo ellas tengan pleno control sobre los documentos relevantes como el informe.

¹⁶³ Para T. TREVES, el que no se haya previsto una disposición similar en materia de investigación científica, deriva del hecho de que la estructura organizativa internacional en esta materia está menos desarrollada que en cuestiones de pesquerías y, en mayor medida, del hecho de que las controversias sobre investigación suelen tener implicaciones políticas y de seguridad que no suelen darse en materia de pesca; *Le controversie ...*, *op. cit.*, p. 185.

El segundo elemento está representado por la no previsión de la posibilidad de formular *opiniones disidentes* por parte de los comisionados, factor que podría debilitar la autoridad del informe y que, de no recogerse expresamente, contribuye a reforzar el peso moral de aquél. Ambos elementos – dimensión pública y ausencia de opiniones disidentes –, evidencian un intento de atribuir al informe de una autoridad político-moral de la que ha carecido tradicionalmente, y cuya razón de ser reside en la exigencia de que la interpretación o aplicación de las normas sustantivas en materia de nulidad, suspensión o terminación, en el caso de los Convenios de Viena de 1969 y 1986, o de cualquier disposición sustantiva, en las demás convenciones codificadoras, se resuelva no sólo de un modo que satisfaga a las partes en la controversia, sino de manera que garantice la certeza del derecho codificado en cada sector normativo¹⁶⁴.

Sobre la base de esta particular fuerza moral y política se ha querido deducir una cierta “eficacia jurídica” del informe. Esta situación consistiría en revestir de licitud la conducta de la parte acorde con las recomendaciones contenidas en el informe. Éste es el efecto inmediato que persigue la *Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975 pues, según su art. 87.7, “cualquier parte en la controversia tendrá la facultad de *declarar unilateralmente* que aceptará las recomendaciones del informe en lo que a ella respecta”¹⁶⁵.

La posibilidad que ofrece el Convenio de 1975, aunque excepcional, confirma que la conciliación es un procedimiento idóneo para resolver, con el concurso de la declaración de una de las partes, la cuestión de la conformidad o no de su conducta con la Convención. Al mismo tiempo, la referida eficacia jurídica del informe aleja a este modelo de conciliación de su concepción tradicional, aproximándola a procedimientos jurisdiccionales

¹⁶⁴ VILLANI, U., *La Conciliazione ...*, *op. cit.*, p. 289. La certeza del DI como función principal de la obra de codificación fue señalada hace tiempo por R. AGO, “La codification du droit international ...”, *loc. cit.*, p. 93.

¹⁶⁵ Desde luego, esta previsión no comporta la suspensión o derogación de las normas con las que, eventualmente, el informe pueda entrar en contradicción, sino simplemente tiene como efecto revestir de licitud el comportamiento del Estado que se adecúe al contenido del mismo.

como las opiniones consultivas de la CIJ, en especial cuando el instrumento convencional faculta a las partes para reconocerle efectos jurídicos obligatorios¹⁶⁶. De todos modos, esta declaración unilateral no puede ser fuente de obligaciones jurídicas entre las partes, pues para que el informe produzca efectos vinculantes debe contar con un fundamento expreso en la norma que lo instituya; de no ser así, las recomendaciones de la comisión deben conservar su carácter facultativo, dejando inalterada la posición de las partes para aceptar o no las propuestas contenidas en el informe¹⁶⁷. Con esta claridad se pronuncia el art. 85.7 de la Convención de 1975, al reconducir los efectos obligatorios del informe *sólo* al supuesto en que sea aceptado por *todas* las partes en la controversia¹⁶⁸.

En fin, cualquier valor añadido del informe se compadece mal con la práctica normativa de las NU si nos atenemos a las *Normas Modelo* de 1995¹⁶⁹. Pero tampoco es extraño a la Organización mundial pues el *Convenio sobre la Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972, auspiciado por las NU, prevé de manera expresa su publicación¹⁷⁰. Ciertamente es que equiparar la fuerza de la moral y la opinión pública a una inequívoca manifestación de obligatoriedad contenida en una sentencia o en un laudo arbitral, y la influencia de aquéllas sobre la conducta de los Estados a la influencia de éstas, desde luego, una declaración de candidez o incluso de mala fe. De cualquier forma, no se puede negar que a partir del traslado del informe al SG este documento adquiere una dimensión pública que conlleva una forma – si se quiere atenuada –, de presión sociológica,

¹⁶⁶ Al punto que J.P. RITTER la ha calificado de conciliación “reforzada”, *loc. cit.*, p. 481.

¹⁶⁷ Cf. VILLANI, U., *La Conciliazione ...*, *op. cit.*, pp. 296–297. Por lo demás, éste es el alcance que el Convenio de Viena de 1969 ha querido dar a las recomendaciones contenidas en el informe, al disponer en el párrafo 6 de su Anexo que el informe de la comisión “no obligará a las partes *ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración*”, a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia”. La cursiva es nuestra.

¹⁶⁸ En consecuencia, a falta de acuerdo, sólo al Estado que haya efectuado dicha promesa se le podrá exigir que adecúe su conducta a las recomendaciones contenidas en el informe, *cf.* VILLANI, U., *op. cit.*, p. 306. Así, por ejemplo, la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial de la CNUDMI* establece en su art.14 la ejecutoriedad del *acuerdo de transacción*.

¹⁶⁹ Cuyo art. 21 dispone que el informe será sometido únicamente a las partes para que lo consideren de buena fe, objetiva y cuidadosamente.

¹⁷⁰ En efecto, el art. XIX.4 del Convenio de 1972 prevé que el informe de la Comisión de Reclamaciones deberá *publicarse*, entregándose una copia certificada a las partes y otra al SG.

si no política, destinada a excluir del buen derecho a la parte que rechace las recomendaciones contenidas en el mismo.

B) Los efectos “jurídicos” del informe

a) El efecto de abrir la vía de acceso a procedimientos jurisdiccionales

Entre las distintas posibilidades que se atribuyen al informe de la comisión destaca la de vincular a su no aceptación el efecto de abrir la vía de acceso a procedimientos jurisdiccionales, preferentemente judiciales. Respecto al agotamiento de la conciliación antes de acceder a la vía judicial ya se pronunció la CIJ en el asunto de las *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, al calor de las distintas interpretaciones que suscitó la aplicación del *Pacto de Bogotá* de 1948 en lo que concierne al recurso a la CIJ y, más concretamente, a la relación entre el art. XXXII del Pacto¹⁷¹ – referido al procedimiento de conciliación como vía previa a la Corte –, con el art. XXXI – que constituye un compromiso jurisdiccional autónomo –¹⁷². Ante las excepciones planteadas por Honduras, en el sentido de agotar la conciliación (pues el compromiso jurisdiccional del art. XXXI quedaba condicionado, en cualquier caso, al recurso previo a la conciliación del artículo XXXII)¹⁷³, y por Nicaragua (que estimaba que los dos artículos en cuestión constituyen disposiciones autónomas sometidas a condiciones procesales distintas)¹⁷⁴, este órgano se pronunció a favor de agotar el procedimiento de conciliación (se entiende, mediante la no aceptación del informe) como condición *sine qua non* para

¹⁷¹ A cuyo tenor se dispone que: “Si el procedimiento de conciliación previamente establecido, conforme a este tratado o por la voluntad de las partes, no conduce a una solución y las partes no han convenido un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a llevar la controversia ante la Corte Internacional de Justicia en la forma prevista por el artículo 40 de su Estatuto”.

¹⁷² CIJ, *Recueil 1988, (Compétence)*, p. 69.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 88, pár. 43.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pár. 44.

acudir ante la Corte, si bien esta condición sólo sería exigida por la cláusula del art. XXXII del Pacto¹⁷⁵.

La técnica del art. XXXII que prevé el *Pacto de Bogotá* ha sido utilizada en los Protocolos facultativos que acompañan a los tres *Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* (1958), y los *de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* (1961) y *sobre Relaciones Consulares* (1963) y de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* (1969), en virtud de los cuales está previsto el recurso unilateral a la CIJ a menos que, de común acuerdo, las partes opten (en el plazo de dos meses) por el arbitraje o la conciliación. Ahora bien, si las recomendaciones de ésta *no son aceptadas* por las partes en un plazo de dos meses, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte de La Haya mediante solicitud escrita¹⁷⁶. La previsión de esta cláusula, concebida a la vez como alternativa y refuerzo a la vía jurisdiccional, sin duda amplía las consecuencias jurídicas del informe. En efecto, la posibilidad de acceder a la vía judicial a partir de la no aceptación del informe sitúa a la “conciliación obligatoria” como un procedimiento idóneo no sólo para aquellos Estados que no quieran ver sometidas sus controversias al arreglo judicial (quienes podrán esquivar esta vía aceptando las recomendaciones del informe), sino también para aquéllos que prefieran someter sus controversias a procedimientos judiciales en el entendido de que, al concebirse el informe (su no aceptación) como condición previa y automática a la competencia de la CIJ, se refuerza a través de un cauce procesal autónomo la jurisdicción

¹⁷⁵ En términos concretos la CIJ estableció lo siguiente: “En définitive, l’article XXXI et l’article XXXII organient deux voies distinctes permettant d’accéder à la Cour. La première concerne les cas dans lesquels la Cour peut être saisie directement; la seconde, ceux dans lesquels les parties recourent préalablement à la conciliation. En l’espèce, le Nicaragua a invoqué l’article XXXI et non l’article XXXII. Peu importe dès lors que le différend soumis à la Cour ait ou non fait l’objet au préalable d’une tentative de conciliation”, *ibid.*, pp. 89–90, pár. 47. Resulta significativo que el *Manual sobre arreglo pacífico de controversias entre Estados* no incluya, en una serie de tratados que exigen como requisito previo para acudir a la Corte la conciliación, el *Pacto de Bogotá* (*vid.* p. 49, nota 92). Sin embargo, pese a ser bastante indicativo, no es un argumento definitivo ya que la lista no es cerrada.

¹⁷⁶ Art. IV del Protocolo a los Convenios de Ginebra de 1958 sobre *Mar Territorial y Zona Contigua, Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar*, y Art. III de los Protocolos a los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares* (1961 y 1963, respectivamente) y *Misiones Especiales* de 1969. Los términos utilizados son los mismos en los tres Protocolos facultativos, y prácticamente es idéntico al que se emplea en el párrafo 4 de la propuesta de Suiza en la Conferencia sobre Derecho del Mar de 1958, *vid. Doc. A/CONF.13/BUR/L.3*, 12 abril 1958, p. 111.

de este órgano, aspecto que participa de la evolución de la conciliación en un sentido “judicializador”.

b) El valor jurídico del informe cuando actúa como alternativa a una sentencia judicial o a un laudo arbitral: el caso de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982

El procedimiento de conciliación que diseña la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 culmina con la presentación de un informe que debe ser depositado ante el SG quien, a su vez, lo ha de transmitir a las partes en la controversia¹⁷⁷. En el informe, “la comisión dejará constancia de los acuerdos a que se haya llegado y, si no ha habido acuerdo, de sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho o de derecho relativas a la cuestión en litigio e incluirá las recomendaciones que estime adecuadas para una solución amistosa”¹⁷⁸.

Aunque la posibilidad que tiene la comisión de señalar en el informe “sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho o *de derecho*” no es una novedad¹⁷⁹, desde luego no se conforma a la práctica normativa de las NU establecida en las *Normas Modelo* de 1995¹⁸⁰. Más relevante todavía es que la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 no añade en el art. 7.1 del Anexo V una mención específica, como sí lo hace el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969, dejando claro que el informe “no tendrá otra naturaleza que no sea la de recomendaciones sometidas a las partes para su consideración”. Aunque el art. 7.2 del Anexo V de la Convención sí aclara que el informe no será obligatorio para las partes, la ausencia de una disposición en aquel sentido no es

¹⁷⁷ De igual manera, el art. 8 prevé entre las formas de terminación del procedimiento, el rechazo de una de las partes de las recomendaciones del informe mediante notificación escrita dirigida también al SG.

¹⁷⁸ Art. 7.1 del Anexo.

¹⁷⁹ Pues tal facultad ya fue prevista en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969.

¹⁸⁰ Respecto al informe, las *Normas Modelo* establecen que el presidente podrá incluir las razones que, en opinión de la comisión, deben llevar a las partes a su aceptación aunque la comisión tiene prohibido presentar conclusiones referente a los *hechos o al derecho*, si no lo solicitan las partes (art. 25).

baladí, sobre todo si las recomendaciones de la comisión están basadas solamente en consideraciones jurídicas pues, en tal caso, sus conclusiones serían similares a las contenidas en una opinión consultiva¹⁸¹. Sería el supuesto de la *Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, cuyas disposiciones facultan a la comisión de conciliación para solicitar un dictamen consultivo a la CIJ (art. 85.6)¹⁸². Por tanto, conforme a la Convención de 1982, la parte en una controversia que considere que las conclusiones contenidas en el informe le son favorables, podría estar tentada a iniciar un procedimiento jurisdiccional vinculante – siempre que, en ese supuesto, la Convención de 1982 así lo previera –, invocando ante el órgano jurisdiccional la opinión de la comisión sobre las “cuestiones de derecho”, pues ninguna disposición de la Convención de 1982 prohíbe expresamente esa posibilidad¹⁸³, como sí se hace en las *Normas Modelo sobre conciliación de NU*¹⁸⁴.

La autoridad del informe de la comisión se refuerza aún más en el caso de controversias suscitadas en materia de delimitación de espacios marinos. Así, el art. 298.1 a) ii) dispone que “una vez que la comisión de conciliación haya presentado su informe, en el que expondrá las razones en que se funda, las partes negociarán un acuerdo sobre la base de ese informe”. Esta norma no supone una excepción a la naturaleza no vinculante del informe de la comisión, explícitamente prevista en el art. 7.2 del Anexo. Lo que hace el art. 298.1 a) ii) es introducir una obligación *de negotiando*, completada con una obligación *de*

¹⁸¹ Cf. MERRILLS, J.G., *op. cit.*, quien habla de “cuasi arbitraje”, p. 165; o también R. LAVALLE, para quien más que ante una conciliación estaríamos ante una “advisory arbitration”; “Conciliation ...”, *loc. cit.*, p. 29.

¹⁸² Con una claridad meridiana se pronuncia el art. 85.7 de esta Convención al disponer que el contenido del informe incluye “las *recomendaciones* que haya presentado a las partes en la controversia *con objeto de facilitar* una solución de la controversia”. Cursiva del autor.

¹⁸³ Por ese motivo, R. LAVALLE considera inoportuna la mención que hace el artículo 7.1 a las conclusiones de hecho y de derecho, sosteniendo que un remedio parcial a los inconvenientes que plantea dicha disposición podría consistir en que la comisión debería omitir en su informe las razones de sus conclusiones de hecho y de derecho; “Conciliation ...”, *loc. cit.*, pp. 28–32.

¹⁸⁴ En efecto, el art. 28 de estas *Normas Modelo* dispone que “ninguna de las partes estará autorizada a invocar, salvo que acuerden otra cosa, en cualquier otro procedimiento, ya sea ante un tribunal judicial o arbitral u otro órgano, entidad o persona, cualquiera de las opiniones, declaraciones o propuestas realizadas, pero no aceptadas, por la otra parte, así como el informe o propuestas realizadas por la comisión”.

contrahendo, pero sin que ninguna de las dos obligaciones garantice a las partes la solución de la controversia. Más bien, ambas obligaciones se dirigen a ejercer cierta presión política para que las partes actúen de buena fe en las negociaciones que deberán entablar sobre la base de ese informe final para llegar a un acuerdo. Ahora bien, si estas negociaciones no conducen a un entendimiento, según el párrafo *a) ii)* del mismo artículo, las partes pueden someter la cuestión, por consentimiento mutuo, a los procedimientos jurisdiccionales obligatorios de la Sección 2ª. Falta saber si, en el caso de que una de las partes no preste su consentimiento, la otra parte podrá presentar una demanda unilateral, al modo previsto en los Protocolos facultativos que hemos visto anteriormente, ante cualquiera de los foros jurisdiccionales eventualmente competentes¹⁸⁵.

En suma, dada la importancia y los efectos jurídicos que se atribuyen al informe de la comisión de conciliación en la Convención de 1982, parece difícil no estar de acuerdo con G. JAENIKE cuando afirma que, si bien las conclusiones de la comisión de conciliación no son jurídicamente vinculantes, no obstante tienen el peso de un juicio imparcial y, como tales, no pueden descartarse a la ligera por los Estados¹⁸⁶. A esta valoración se añade el papel que juega el SG en la constitución de la comisión y su función como depositario del informe, respecto al que las partes deben notificar su intención de conformarse o no al mismo (art. 8 del Anexo)¹⁸⁷. Sin embargo, el optimismo que produce su régimen jurídico no tiene su plasmación en la práctica contenciosa pues, desde que la Convención entrara en vigor en 1994, los Estados no han puesto en práctica este procedimiento. De todos modos, los efectos jurídicos que asume el informe de la comisión atribuye a la conciliación un efecto preventivo que bien puede animar a los Estados a lograr

¹⁸⁵ Vid. JUSTE RUIZ, J., "La solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas ...", *loc. cit.*, p. 171.

¹⁸⁶ Cf. "Dispute Settlement under the Convention on the Law of the Sea", *ZaöRV*, vol. 43 (1983), 813-827, p. 826.

¹⁸⁷ Además, debe sumarse la posición reforzada que asume este documento en materia de *pesquerías* derivada de la obligación de comunicarlo a las Organizaciones Internacionales competentes.

una solución a través de negociaciones directas, o bien servir de incentivo para que acudan a los procedimientos jurisdiccionales de la Parte XV de la Convención puesto que, en caso de que así sea, éstos no deberán decidir la ulterior cuestión “política” de si se someten o no al informe de la comisión.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Sección segunda. El proceso de funcionalización de los medios políticos por intervención de tercero

I. Aspectos generales de la funcionalización

1. De la conciliación: la conciliación “obligatoria” como contrapunto a la jurisdicción obligatoria.

A) En el Derecho de los Tratados: la conciliación “obligatoria” como mecanismo de control obligatorio y objetivo para verificar la compatibilidad o no de un tratado con una norma distinta al *ius cogens*

El *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 representa un punto de inflexión en el proceso codificador, pues a su través por vez primera se hace patente la íntima relación existente entre disposiciones sustantivas y procesales incorporadas en cada proceso normativo. Ciertamente, en los convenios codificadores anteriores no se encuentra ningún precedente en este sentido, resultando la solución de controversias una cuestión autónoma, sin vínculo alguno con las disposiciones sustantivas. Así las cosas, no es de extrañar que el Ponente H. WALDOCK se abstuviera de presentar

en 1963 a la CDI proposición alguna sobre la solución obligatoria de controversias relativas a la futura convención, limitándose a introducir en la Parte V – relativa a la nulidad, extinción y suspensión de los tratados –, un párrafo 3 al proyecto de art. 62 en el que, ante una controversia nacida de la objeción a la notificación de cualquiera de esas medidas, las partes deberían buscarle una solución por los medios del art. 33 de la Carta de NU¹⁸⁸.

En los debates habidos en la Conferencia de Viena de 1969 se hizo patente la necesidad de contar con un “procedimiento que impida toda actuación arbitraria en los casos en los que una parte en un tratado alegue una causa de terminación, retirada o suspensión”, como elemento clave para cerrar satisfactoriamente el proceso codificador sobre Derecho de los Tratados¹⁸⁹. Así, por ejemplo, el representante de Estados Unidos dejó claro que “si la Conferencia ha de establecer toda una serie de causas de nulidad de las obligaciones de los tratados, *es imperativo* prever un mecanismo de determinación imparcial en esta materia”¹⁹⁰. Estas posiciones no fueron defendidas, en cambio, por los Estados socialistas y por ciertos países en desarrollo¹⁹¹. De modo que, las afirmaciones del representante de Estados Unidos se podrían muy bien confrontar con las declaraciones del

¹⁸⁸ *Yearbook ILC*, 1963-I, p. 167–182, párs. 68 y 70. La misma CDI se mostró conforme con la opción propuesta por el Ponente al llegar a la conclusión de que “les textes élaborés par elle représentaient le plus grand dénominateur commun qui pouvait être trouvé entre les gouvernements et aun sein de la Commission elle-même”; *Doc. A/CN.4/191*, pp. 238–240. No obstante, la necesidad de acudir a un tercero imparcial para verificar la existencia de una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado en los supuestos en que un Estado las invoque, ya fue señalada por el Juez GROS en el asunto *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, al indicar en su Opinión disidente que “there is no rule in the law of treaties enabling one party at its discretion to put an end to a treaty in a case in which it alleges that the other party has committed a violation of the treaty”; *ICJ, Reports 1971*, p. 16 y 339. De forma similar, el Juez DE CASTRO en su Opinión separada en el *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, *ICJ, Reports 1972*, pp. 46 y 133.

¹⁸⁹ Como manifestó el representante de Gabón; *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, primera sesión*, 1968, p. 446, pár. 34.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 447, pár. 46 (cursiva añadida). Más contundente, a este respecto, fue la delegación del Reino Unido, cuyo representante manifestó que su Gobierno “[atribuía] gran importancia a la creación de procedimientos viables y satisfactorios de solución por tercero de las controversias derivadas de la Parte V de la Convención”, señalando, además, que su delegación estaba preocupada “por la amenaza que [las] causas de nulidad, vagas e indeterminadas, representa[ban] para la estabilidad de las relaciones convencionales”; y concluyó indicando que “... *Si no se prevén tales procedimientos, el Gobierno británico no podrá aceptar la Convención*”; *ibid.*, p. 299, pár. 60 (cursiva añadida).

¹⁹¹ Como la delegación de Tanzania, cuyo representante señaló que, por lo que respecta a la Parte V del proyecto de convención “la República Unida de Tanzania sigue opuesta a todo mecanismo obligatorio de solución”; *ibid.*, p. 279.

representante soviético, quien subrayó la importancia del art. 2.3 de la Carta de las NU, según el cual “los Estados deben arreglar sus controversias por medios pacíficos, sin que se les imponga ningún procedimiento particular”¹⁹².

Este contexto material de enfrentamiento ideológico explica que, tanto el art. 66 b) como el Anexo a la Parte V que organiza el procedimiento de conciliación, se presentaran como contrapartida a la inclusión en la Convención de ciertas causas de nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados y, en particular, como condición exigida por los países del grupo occidental para aceptar el régimen relativo a dichas causas. El procedimiento de conciliación obligatoria surge en la Conferencia como solución de compromiso en la enmienda patrocinada por diecinueve Estados, en la cual se incorporaba un nuevo art. 62 *bis* para todas las controversias a que diera lugar la Parte V, a través de un sistema de arreglo donde no se contemplaba el recurso a la CIJ¹⁹³.

El sistema escalonado de arreglo de controversias que contenía la enmienda partía del acceso unilateral a la conciliación, siempre que las partes no acordaran una solución por cualesquiera otros medios en doce meses¹⁹⁴; y sólo de no lograrse un acuerdo en seis meses después del informe de la comisión, se podría acudir a arbitraje. Desde luego, para los Estados socialistas el proyecto de art. 62 de la CDI (que reenviaba al art. 33 de la Carta), era más satisfactorio, siendo expresión de la *lex lata* en lo referente al arreglo de controversias¹⁹⁵. Por el contrario, para los Estados occidentales el control jurisdiccional del

¹⁹² Vid. la intervención del delegado soviético KHLESTOV, *ibid.*, p. 454, párs. 55 y 57. Cursiva del autor.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 263–264, pár. 98. Doc. A/CONF.39/C.1/L.352/Rev. y Add. 1 y 2. En este grupo de Estados, que en un principio eran trece (Colombia, Costa de Marfil, Dahomey, Dinamarca, Finlandia, Gabón, Líbano, Madagascar, Países Bajos, Perú, República Centroafricana, Suecia y Túnez), pasando a ser diecinueve en 1969 (al agregarse Austria, Bolivia, Costa Rica, Malta, Isla Mauricio y Uganda), estaba representada tanto la posición de la Europa nórdica como del Tercer Mundo.

¹⁹⁴ Por 54 votos contra 34, con 14 abstenciones, fue adoptado en la Comisión Plenaria; *ibid.*, p. 267, pár. 102, Doc. A/CONF.39/15. La Comisión Plenaria decidió enviar el art. 62 *bis* al Comité de Redacción para que, una vez adoptado, lo reenviara de nuevo a la Comisión Plenaria (Doc. A/CONF.39/C.1/18).

¹⁹⁵ Para el delegado soviético “conforme al párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados deben arreglar sus diferencias por los medios pacíficos, y ningún procedimiento particular puede ser impuesto”, para continuar diciendo que “el artículo 62 refleja precisamente la situación actual”; *vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los tratados, primera sesión, 1968*, p. 448. En términos parecidos se expresaron las delegaciones de Ucrania (*ibid.*, p. 447) y Cuba; *Conferencia ..., op. cit.*,

ius cogens era el elemento clave para dar su conformidad a cualquier sistema de arreglo de controversias. Debido a este desencuentro, la propuesta del art. 62 *bis*, que combinaba conciliación obligatoria y arbitraje, no obtuvo la mayoría requerida en la Conferencia de 2/3.

Así las cosas, para evitar el fracaso de la Conferencia, – debido a la indisoluble unión, manifestada por el grupo occidental, entre disposiciones sustantivas y procesales de la Parte V –, *in extremis* se planteó una fórmula de compromiso en función de la disposición de la Parte V que resultase controvertida y que, a la postre, pasaría a convertirse en el art. 66 del Convenio de Viena de 1969¹⁹⁶. Así, el Convenio de 1969 presenta un sistema de arreglo bifronte en función de la disposición de la Parte V que resulte afectada, a saber: mientras que para las controversias en las que se invoque la incompatibilidad de un tratado con el *ius cogens* se prevé el recurso a procedimientos jurisdiccionales, para las restantes controversias originadas por la Parte V serían sometidas a la conciliación “obligatoria” (art. 66 b)¹⁹⁷.

Esta *summa divisio* en función de la disposición convencional que resulte afectada impregna también el sistema de arreglo de controversias previsto en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, cuyo texto reproduce el sistema de arreglo del Convenio de 1969. El Convenio de 1986 también prevé el acceso obligatorio a la conciliación para las controversias relativas a la Parte V que pudieran surgir con ocasión de la alegación de una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado, y su posterior objeción, excepto las relativas al *ius cogens* (arts. 53 y 64), siempre que en doce meses no se ha llegado a un acuerdo por cualquiera de los

segunda sesión, p. 6.

¹⁹⁶ Esta enmienda sí fue adoptada en la Conferencia y obtuvo la mayoría de 2/3, 61 votos contra 20, con 26 abstenciones (*Doc. A/CONF.39/SR.34*, 21 mayo de 1969).

¹⁹⁷ A este respecto interesa recordar que, mientras la enmienda del art. 62 *bis* proponía una conciliación aplicable a todas las controversias a que pudiera dar lugar la Parte V, el nuevo art. 66 b) organiza una conciliación aplicable solamente a las controversias relativas a la Parte V distintas al *ius cogens*.

medios del art. 33 de la Carta (art. 65.4)¹⁹⁸. En esta ocasión, la desconfianza hacia los medios jurisdiccionales fue decisiva para que el Proyecto adoptado en 1980 en primera lectura, extendiera el alcance material de la conciliación obligatoria a *todas* las controversias en las que fuera parte una Organización Internacional, incluidas las relativas al *ius cogens*¹⁹⁹. Sin embargo, en ese mismo año algunos Estados manifestaron su preferencia por la propuesta del Ponente P. REUTER para el *ius cogens*, en la cual se articulaba una solicitud de opinión consultiva a la CIJ que las partes asumirían como obligatoria²⁰⁰. Sometido el *ius cogens* a control jurisdiccional, en la segunda lectura del proyecto, la CDI propuso un mecanismo de arreglo bifronte en función del *objeto* de la controversia, declaradamente inspirado en el Convenio de 1969, y en el que la conciliación “obligatoria” se concebía solamente para las controversias relativas a la Parte V del Convenio, a excepción de las referidas al *ius cogens* (sometidas ahora a arbitraje)²⁰¹. Sobre la base del Proyecto de artículos aprobado en segunda lectura, en la Conferencia diplomática el procedimiento de conciliación obligatoria concebido como contrapartida a la alegación de una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado que no fueran relativas al *ius cogens*, logró concitar el apoyo de la mayoría de los Estados (con la excepción de Francia), pasando finalmente al texto del art. 66.4 del Convenio de 1986²⁰².

¹⁹⁸ Aun cuando la simple y pura transposición de las disposiciones del Convenio de 1969 al de 1986 encontró dificultades procedimentales (en cuanto a la imposibilidad de participar una Organización Internacional en un procedimiento contencioso ante la CIJ), lo cierto es que aquel sistema figuraba en la propuesta sometida en 1980 a la CDI por el Ponente P. REUTER; *vid. Noveno Informe ..., op. cit.*, pp. 14–15.

¹⁹⁹ *Anuario CDI*, 1980-II (2ª parte), p. 213, párs. 65–69.

²⁰⁰ “Más satisfactoria que la propuesta de la Comisión de recurrir a un procedimiento de conciliación”, *vid. la declaración de Trinidad y Tobago (Doc. A/C.6/35/SR.46, 1980, p. 4, pár.9)*; en iguales términos se expresaron las delegaciones de Egipto (*Doc. A/C.6/35/SR.56, p. 14, pár. 65*) Pakistán (*Doc. A/C.6/35/SR.58, 1980, p. 8, pár. 8*), así como, en el ámbito de la CDI, del Reino Unido, (*Doc. A/CN.4/350/Add.9, 1982, p. 3, pár. 4*).

²⁰¹ Partiendo de una propuesta contenida en el Undécimo Informe del Ponente; *vid. Doc. A/CN.4/353*, cuyo contenido figura en *Anuario CDI*, 1982-II (2ª parte), p. 14.

²⁰² A propuesta de ocho Estados (Austria, Colombia, Irlanda, Japón, México, Países Bajos, Nigeria y Suiza) fue adoptada la enmienda que establecía el recurso a la conciliación obligatoria. Esta enmienda fue aprobada en el Comité Plenario por 38-25-22 (*Doc. A/CONF.129/C.1/SR.29, pp. 3–4*). *Vid.* el texto de la enmienda en *Doc. A/CONF.129/C.1/L.69, 1986*. El Convenio fue adoptado por voto, y no por consenso, obteniendo 67 votos contra 1, con 23 abstenciones; *vid. Doc. A/CONF.129/SR.7, p. 11*. El único voto negativo fue a cargo de Francia, cuyo Gobierno argumentó las mismas consideraciones que le llevaron a votar en contra del Convenio de 1969; *vid. su posición en Doc. A/CONF.129/SR.8, pp. 4–5*.

B) En el Derecho del Mar: la conciliación “obligatoria” como vía de escape al sistema de jurisdicción obligatoria en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982

Si las *Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986 conciben la conciliación obligatoria como contrapartida a la jurisdicción obligatoria para determinadas categorías de controversias, en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 la conciliación obligatoria se configura como la principal excepción al principio de jurisdicción obligatoria que impregna la Parte XV de la misma²⁰³. En efecto, la excepción más importante a dicho principio se refiere a los casos donde se discute la interpretación o aplicación de la Convención sobre asuntos referentes al ejercicio por el Estado ribereño de sus “derechos soberanos, sus derechos exclusivos o jurisdicción exclusiva” en relación, sobre todo, con la ZEE. Otras excepciones importantes y de carácter general se refieren a la investigación científica marina y a la pesca, a las que hay que añadir las cuestiones sobre delimitación marina. En estas materias las determinaciones discrecionales que los Estados ribereños consideran más vinculadas a su soberanía o derechos soberanos están exceptuadas de toda apreciación obligatoria por tribunales internacionales. Sobre esta cuestión las propuestas de los distintos grupos de Estados representaban posiciones antagónicas. De una parte, los Estados ribereños en desarrollo y algún otro como Islandia, propugnaban la exclusión de estas controversias de la jurisdicción obligatoria²⁰⁴. De otra,

²⁰³ Esta fórmula fue defendida por casi todas las delegaciones durante los debates de la III Conferencia de las NU, si bien algunas de ellas condicionaron su reconocimiento a la introducción de determinadas excepciones y, otras, como la República Popular de China y la República Popular de Corea se opusieron al principio de manera absoluta y abierta, por considerar que las controversias deben resolverse por procedimientos diplomáticos; *vid. Doc. Of. ...*, vol. V, Nueva York, 1976, pp. 25–26 (R.P.China) y p. 51 (R.P.Corea). En cuanto a la promoción de la jurisdicción obligatoria por parte de la mayoría de delegaciones presentes en la Conferencia puede verse PASTOR RIDUREJO, J.A., “La solución de controversias en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar”, *REDI*, vol. XXX (1977), n.1, pp. 1–32.

²⁰⁴ *vid. Doc. Of.*, 1982, vol. V, las intervenciones de Nicaragua, p. 17; India, p. 19; Argentina, pp. 19–20; Chile, pp. 20–21; Perú, pp. 35–36; Madagascar, p. 36; Brasil, p. 38; Mauricio, p. 39; Ecuador, p. 42; Venezuela, p. 45; Uruguay, pp. 46–47; Senegal, p. 54; Islandia, p. 30. Para este grupo de Estados, después de haber alcanzado el reconocimiento en Alta Mar de la ZEE no querían que los derechos soberanos y exclusivos que se les reconocen en tal zona, especialmente sobre los recursos biológicos, fuesen amenazados por la sumisión al sistema de solución de controversias, *vid. LEHOUX, G.*, “La troisième conférence sur le droit de

las potencias marítimas, los Estados con flotas de pesca a distancia, los Estados sin litoral y los llamados geográficamente desaventajados, eran firmes partidarios de la jurisdicción obligatoria²⁰⁵.

Así pues, la *Convención sobre Derecho del Mar* mantiene el acceso obligatorio a la conciliación para determinadas controversias relacionadas en los arts. 297 y 298 de la Sección 3ª de la Parte XV²⁰⁶, configurándose, respectivamente, como limitaciones y excepciones facultativas al sistema de jurisdicción obligatoria, sea con carácter *automático*, caso de los resultantes del ejercicio por las partes de sus derechos soberanos o jurisdicción en relación con la investigación científica marina y la pesca en la ZEE (art. 297), sea con carácter *facultativo*, caso de los relativos a la interpretación o aplicación de las disposiciones concernientes a la delimitación de los espacios marinos o de las bahías o títulos históricos (art. 298)²⁰⁷. Vamos a verlo.

la mer et le règlement obligatoire des differends”, *CYIL*, vol. 18 (1980), 31–90, pp. 68–69.

²⁰⁵ *Vid.*, las intervenciones de EEUU en *Doc. Of.*, 1982, vol. V, p. 34; URSS, *ibid.*, p. 11; R.F. Alemana, *ibid.*, p. 13; Francia, *ibid.*, p. 14; Reino Unido, pp. 15–16; Japón, p. 29; Italia, p. 26; España, p. 25; Singapur, p. 11; Suiza, pp. 16–17; Austria, p. 30; Hungría, p. 44; Países Bajos, pp. 22–23; Bulgaria, p. 31; Polonia, p. 35; Grecia, p. 55; Chipre, p. 27. *Cf.* PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La solución de controversias en la III Conferencia ...”, *loc. cit.*, pp. 20–21.

²⁰⁶ En su 90ª sesión celebrada en 1978, la Conferencia aprobó un nuevo método de trabajo encaminado a identificar y solucionar las cuestiones esenciales pendientes entre las que se incluía, con el numeral 5, “la cuestión de la solución de las controversias relativas al ejercicio de los derechos soberanos de los Estados ribereños en la zona económica exclusiva”; *Doc. A/CONF.62/62*, de 14 de abril, *vid. Docs. Of.*, 1982, vol. X, 5–9, p. 6. En cuanto a las motivaciones que llevaron al presidente del Grupo de Negociaciones a excluir algunas cuestiones del sistema de jurisdicción obligatoria en favor de la conciliación obligatoria puede consultarse ADEDE, A.O., *The System for settlement of disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea, A Drafting History and a Commentary*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987, p. 169.

²⁰⁷ No obstante, hay que subrayar que en virtud del art. 299 párrafo 1 las partes pueden derogar por acuerdo entre sí, tanto las *limitaciones automáticas* a la jurisdicción obligatoria establecidas en el propio Convenio (art. 297), como las *excepciones facultativas* previamente establecidas en virtud del mismo (en aplicación del art. 298), dando así a la voluntad concordante de las partes prioridad absoluta en el ámbito de la solución de controversias.

a) El acceso a la conciliación obligatoria con carácter *automático* (art. 297)

La estructura compleja del art. 297 y los diversos apartados que lo componen no responden a una sistemática uniforme, por lo que se hace difícil establecer su alcance real²⁰⁸. En cualquier caso, el apartado 1 del art. 297, que hace las veces de regla general, comienza por definir el marco en el que se plantean las limitaciones convencionales²⁰⁹ a la aplicación de los mecanismos de solución jurisdiccional obligatoria de la Sección 2ª de la Parte XV²¹⁰: a saber, las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención con respecto al ejercicio por parte de un Estado ribereño de sus “derechos soberanos o su jurisdicción” previstos en la misma. Sin embargo, la obligación de recurrir a la conciliación no se produce en los supuestos del art. 297.1, ya que el texto de este apartado no establece en realidad “limitación” alguna a la jurisdicción obligatoria en materia de navegación y otros usos legítimos del mar, ni con respecto a las contravenciones del Estado ribereño en materia de protección y preservación del medio marino²¹¹. De modo que sólo en dos de los casos que el art. 297 excluye de la jurisdicción obligatoria, se prevé el recurso a la conciliación “obligatoria” del Anexo V.

²⁰⁸ En efecto, mientras los apartados 2 y 3 señalan primero las materias sometidas a la jurisdicción obligatoria y luego indican las salvedades o excepciones a la regla, el apartado 1 señala solamente las materias que se someterán a la jurisdicción obligatoria sin indicar salvedad o excepción alguna.

²⁰⁹ Para describir el carácter convencional u *ope legis* de estas limitaciones, algún autor las denomina “automáticas” o *ipso iure*; vid. JAENIKE, G., “Dispute Settlement under ...”, *loc. cit.*, p. 817.

²¹⁰ En este sentido, debe tenerse en cuenta lo previsto en el *Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias*, cuyo art. 32 dispone que las limitaciones contenidas en el art. 297 de la Convención de 1982 serán igualmente aplicables a las controversias derivadas de la aplicación e interpretación del Acuerdo.

²¹¹ La deficiente sistemática del art. 297 permite albergar dudas respecto de si el marco de referencia establecido en el apartado 1 (ejercicio por parte del Estado ribereño de sus derechos soberanos o su jurisdicción) juega únicamente con respecto a las controversias que se contemplan en este mismo apartado (contravenciones relativas a la navegación y otros usos del mar internacionalmente legítimos y a la protección y preservación del medio marino) o es también aplicable con carácter general a las controversias a las que se refieren los apartados 2 (investigación científica marina) y 3 (pesquerías). Aunque el tenor literal del artículo permitiría sustentar la primera interpretación, parece que las referencias recurrentes al “Estado ribereño” deberían llevarnos a considerar que el marco de referencia definido en el apartado 1 es también aplicable a los apartados 2 y 3.

El primero se refiere a las controversias en materia de *investigación científica marina en la ZEE*. En efecto, si el apartado 2 del art. 297 establece la obligación de someter a arreglo jurisdiccional las controversias relativas a la investigación científica marina, al mismo tiempo señala las excepciones que resultan aplicables en esta materia²¹². No precisa, sin embargo, si las controversias en cuestión deben referirse (como en los casos previstos en el apartado 1), a las contravenciones cometidas en las zonas donde el ribereño posee derechos soberanos o jurisdicción o si, por el contrario, comprenden cualesquiera controversias que se susciten con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la misma relativas a las actividades de investigación científica en cualquier zona marina²¹³. Sin embargo, la obligación de solución jurisdiccional queda aquí notablemente reducida pues, según el art. 297 a), quedarían al margen las controversias que se susciten con motivo de la “regulación y autorización” por el Estado ribereño de tales actividades en su ZEE y Plataforma Continental (reconocidas en el art. 246), o por su decisión de ordenar la “suspensión o cesación” de un proyecto de investigación (de conformidad con el art. 253). En tal sentido, en caso de que el Estado investigador alegue que, en relación con el proyecto que viene desarrollando (en la Plataforma Continental o en la ZEE del Estado con el que entabla la disputa), el ribereño no está ejercitando sus derechos de manera compatible con los arts. 246 y 253 de la Convención, podrá incoar el procedimiento de conciliación obligatoria del Anexo V (art. 297.2 b).

²¹² Las cuestiones relativas a la jurisdicción del Estado ribereño sobre la investigación científica marina lograron el consenso en los arts. 246 y 253 sólo después de arduas negociaciones, lo cual explica por qué fue aceptada la conciliación obligatoria como solución de compromiso en el caso de disputas que fueran consecuencia del ejercicio abusivo de sus poderes discrecionales por parte de un Estado ribereño; cf. CONDE PÉREZ, E., *La investigación científica marina, Régimen jurídico*, Madrid, 1998, pp. 109–123.

²¹³ Aunque la imperfecta redacción del artículo da pie a mantener cualquiera de estas interpretaciones, parecería más lógico pensar, como señala J. JUSTE RUIZ, que las controversias a las que el art. 297.2 hace referencia son más bien las que se susciten con respecto a las actividades de investigación científica marina realizadas en las zonas sobre las que el Estado ribereño ejerce derechos soberanos o jurisdicción; “La solución de controversias en el Convenio ...”; *loc. cit.*, p. 164. Sin embargo, A. BOYLE mantiene que también las controversias sobre investigación científica en Alta Mar caen plenamente en el ámbito de las disposiciones del Convenio relativas a la solución jurisdiccional obligatoria; “The Dispute Settlement on the Law of the Sea ...”; *loc. cit.*, p. 43.

Ahora bien, el poder de la comisión de conciliación se ve menguado – al margen de la propia naturaleza no vinculante del informe de la comisión –, por un hecho determinante: la comisión en ningún caso cuestionará el ejercicio de los poderes discrecionales del ribereño de reservarse áreas específicas de la Plataforma Continental situadas más allá de las 200 millas marinas (tal y como prevé el art. 246.6) o de no otorgar el consentimiento a un proyecto en los supuestos del párrafo 5 de esta misma disposición²¹⁴. Entonces, ¿cuáles son las materias sobre las que puede decidir la comisión de conciliación?. Primero, puede abordar la cuestión de si un determinado proyecto entra o no en las categorías del art. 246.5²¹⁵. En caso de que su consideración entrañara una respuesta positiva, la comisión nunca podría cuestionar la motivación o falta de ella del ribereño para no otorgar el consentimiento. Segundo, si el ribereño se ha reservado una zona de la Plataforma Continental de acuerdo con art. 245.6, la comisión podrá expresar su opinión acerca de si los requisitos para la designación de tal zona se han cumplido. Si su decisión es positiva, la actitud del ribereño queda fuera de toda discusión²¹⁶. En definitiva, aunque el acceso obligatorio a la conciliación para los aspectos más sensibles de la investigación oceanográfica muestra el triunfo de los ribereños en materia de exploración, explotación y administración de los recursos en la ZEE²¹⁷, en la previsión de este procedimiento se puede observar un cierto contrapeso a los derechos e intereses de tales Estados²¹⁸.

²¹⁴ Es decir, la Comisión de conciliación sí que podrá tomar decisiones respecto de las controversias suscitadas en relación con los arts. 246.3 (otorgamiento del consentimiento “en circunstancias normales” o proyectos de investigación científica fundamental) y 253 (suspensión o cesación de actividades de investigación científica marina); *vid.* TREVES, T., *Le Controversie ...*, *op. cit.*, pp. 182–183.

²¹⁵ Es evidente que esta disposición deposita en manos del Estado costero un poder considerable. Tal poder sólo se ve amortiguado por el hecho de que aquél debe indicar la disposición concreta del párrafo 5 del art. 246 en la que se fundamenta su negativa, y en caso de que haya utilizado el art. 246.3, determinar en qué medida la aplicación de este párrafo es la base de su rechazo. Si no se dieran las explicaciones mencionadas, el investigador no sabría qué enmiendas introducir en el proyecto para que fuera aprobado. Así, tomando por caso el art. 246.5, en su apartado a) – proyecto de investigación científica marina que tenga importancia directa para la exploración o explotación de los recursos – la comisión de conciliación puede expresar su parecer acerca de si el proyecto entra dentro de tal supuesto o no.

²¹⁶ *Cf.* SOONS, A.H.A., *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, The Hague, 1982, pp. 249–254.

²¹⁷ Sobre este particular J.A. PASTOR RIDRUEJO ha considerado que “... en el régimen convencional sobre la investigación científica marina es la regulación de la solución de controversias la que ha puesto de manera más ostensible la inclinación de la balanza a favor de los intereses y puntos de vista de los Estados ribereños

El segundo supuesto de acceso obligatorio a la conciliación se refiere a las controversias en materia de *recursos vivos o pesquerías en la ZEE*, que se configuran en el art. 297.3 como *limitaciones* a la aplicabilidad de las normas de la Sección 2ª sobre la jurisdicción obligatoria. Bien es cierto que de esta jurisdicción se excluye, precisamente, las cuestiones más importantes referentes a los derechos soberanos y a su ejercicio, así como una serie de facultades discrecionales que incluyen derechos y obligaciones sustantivas para el ribereño²¹⁹.

En primer lugar, su apartado a) deja a salvo de la jurisdicción obligatoria toda controversia relativa a los derechos soberanos del ribereño o a su ejercicio con respecto a los recursos vivos en la ZEE, incluidas sus facultades discrecionales²²⁰ para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración²²¹.

en vías de desarrollo”; *Curso ...*, *op. cit.*, p. 402.

²¹⁸ Pues el recurso a la conciliación obligatoria conlleva dos importantes obligaciones a su cargo: a) el deber de otorgar el consentimiento, en circunstancias normales, a proyectos de investigación científica marina que se desarrollen en la ZEE o en la Plataforma Continental, y b) el deber de establecer normas y procedimientos adecuados con el fin de que tal consentimiento no sufra retrasos o se deniegue indebidamente.

²¹⁹ En relación con las pesquerías se consagró, como condición previa para someter a la jurisdicción obligatoria las cuestiones relativas a sus derechos soberanos o a su ejercicio, que *en ningún caso se ponga en duda el ejercicio de la facultad discrecional de conformidad con los artículos 61 y 62*. Ambos artículos, que imponen obligaciones concretas a cargo del Estado ribereño han visto como, mediante las disposiciones procesales del art. 297.3 a), las obligaciones sustantivas del ribereño se han convertido en facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación del excedente a otros Estados cuando el ribereño carezca de la capacidad suficiente para capturarla o las modalidades y condiciones establecidas en las leyes y reglamentos del ribereño. Esta fórmula apareció consagrada en el *Doc. A/CONF.62/WP.10*; *vid.* a este respecto el apartado a) del art. 296 del mencionado documento.

²²⁰ En la continuación del noveno período de sesiones, celebrado en Ginebra en 1980, la delegación española denunció de manera oficial la redacción del art. 297 por ser contraria al espíritu y a la letra de las disposiciones sustantivas contenidas en la Parte V de la Convención sobre la ZEE (arts. 56, 61 y 62). Esta postura ha sido mantenida por España al firmar, y posteriormente ratificar la Convención de 1982; *vid.* MESEGUER, J.L., “La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias en el nuevo Derecho del Mar: las excepciones en materia de recursos vivos”, *REDI*, vol. XXXVIII (1986), n. 2, 571–590, p. 348. El texto de la declaración española se encuentra reproducido en UN, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, status as at 31 December 1995*, vol. II, p. 813.

²²¹ Por este camino, prácticamente todas las controversias relativas a las pesquerías en la ZEE escapaban al control jurisdiccional obligatorio, tal como querían los ribereños. Esta exclusión ya aparecía en el *Doc. A/CONF.62/L.7*; *vid.* en este sentido, en el Punto 11, las variantes B.1 y B.2 de idéntico contenido: “a) Controversias derivadas del ejercicio normal de la discreción por un Estado ribereño en virtud de su potestad reglamentaria y coercitiva, salvo los casos que impliquen un abuso de poder”; *Docs. Of.*, ... 1982, vol. III, p. 107.

En segundo lugar, su apartado *b)* dispone que, cuando no se halla llegado a un acuerdo mediante la aplicación de las disposiciones de la Sección 1^a, una controversia de este tipo será sometida a un procedimiento de conciliación “obligatoria”²²² siempre que se alegue lo siguiente: “i) que un Estado ribereño ha incumplido de manera manifiesta su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, porque la preservación de los recursos vivos de la ZEE no resulte gravemente amenazada; o ii) se ha negado arbitrariamente a determinar, a petición de otro Estado, la captura permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos con respecto a las poblaciones que en otro Estado esté interesado en pescar; o iii) se ha negado arbitrariamente a asignar a un Estado, conforme a lo dispuesto en los arts. 62, 63 y 70 y en las modalidades y condiciones establecidas por el Estado ribereño que sean compatibles con la presente Convención, la totalidad o una parte del excedente cuya existencia haya declarado”.

Con todo, el poder de la comisión de conciliación queda reducido ya que “en ningún caso sustituirá al Estado ribereño en sus facultades discrecionales” (art. 297.3 *c*). Este inciso refeja el verdadero alcance de este procedimiento y el auténtico significado de la conciliación “obligatoria”, por lo que el informe de la comisión sólo podrá abordar determinados aspectos, tales como si el incumplimiento por parte del ribereño de la obligación de preservación de la pesca en la ZEE es “manifiesto”; o bien si la negativa del ribereño para determinar tanto la captura permisible y su capacidad de explotación como la asignación del excedente es “arbitraria”²²³.

²²² En cuanto a sus antecedentes, fue en el séptimo período de sesiones cuando el Grupo de Negociación 5 alcanzó una fórmula de transacción consensuada en el *Doc. NG./15*. Esta fórmula fue insertada en el párrafo 3 del entonces nuevo art. 296, figurando también en el documento NG.5/16. Este documento, denominado fórmula *Stavropoulos*, ha constituido a través de las posteriores revisiones, el definitivo art. 297.3 de la Convención; *vid. Doc. Of.*, 1982, vol. XI, Nueva York, 1978, pp. 138–145. Sólo las fórmulas consensuadas en el Grupo de Negociación 5 fueron incorporadas al nuevo *TIOFN*, distribuido una vez finalizado el octavo período de sesiones en la Conferencia (Ginebra, 19 marzo–27 abril 1979); *vid. Doc. A/CONF.62/WP.10/Rev.1*, en *Docs. Of.* 1982, vol. XI.

²²³ Por ejemplo, mientras la comisión puede declarar en su informe el incumplimiento “manifiesto” o “arbitrario” de la obligación de fijar el volumen admisible de captura, sin embargo no puede determinar cuál debe ser dicho volumen. No obstante, estas cautelas tienen su contrapeso en el apartado *d)* del art. 297.3, el

Además de las limitaciones anteriores, el sistema de jurisdicción obligatoria previsto en la Convención está sometido a las *excepciones facultativas* previstas en el art. 298.1 a). En su virtud, al firmar o ratificar esta Convención o adherirse a ella, o en cualquier otro momento posterior, los Estados podrán declarar por escrito que no aceptan uno o varios de los procedimientos previstos en la Sección 2ª, con respecto a una o varias categorías de controversias²²⁴. No obstante, el recurso subsidiario a la conciliación “obligatoria” del Anexo V sólo se prevé para las controversias relativas a la delimitación de las zonas marinas, a las bahías y a los títulos históricos. Veámoslo.

b) El acceso a la conciliación obligatoria con carácter *facultativo* (art. 298.1 a)

Si la formación de las normas sustantivas en materia de delimitación de espacios marinos fue polémica, no menos controvertida fue la aceptación o no de la jurisdicción obligatoria para las controversias que surgieran a este respecto. En el período celebrado en Caracas, en 1974, sólo dos Estados hicieron referencia a los procedimientos de arreglo de controversias en materia de delimitación de espacios marinos, manifestándose desde entonces dos tendencias opuestas²²⁵. Durante los primeros años de la Conferencia ya estuvo

cual refuerza el valor del informe de la comisión de conciliación en materia de pesquerías al establecer la obligación de comunicar este documento a las Organizaciones Internacionales competentes. Un análisis del papel que desempeña este procedimiento sobre las controversias en materia de recursos vivos puede consultarse en IGLESIAS BERLANGA, M., *La regulación jurídica de los recursos vivos de la Alta Mar: especial referencia a los intereses españoles*, Madrid, 2003, pp. 300–302.

²²⁴ En concreto, las relativas a la delimitación de las zonas marítimas, las bahías o títulos históricos; las controversias sobre actividades militares (incluidas las operaciones de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales), las referentes a actuaciones encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos soberanos, o de la jurisdicción, excluidas de la competencia de una corte o un tribunal, con arreglo a los párrafos 2 ó 3 del art. 297 (investigación científica marina y pesca); y, por último, los litigios respecto de los cuales el CS ejerza las funciones que le confiera la Carta, a menos que éste solicite a los Estados el uso de los medios previstos en la Convención de 1982. Resulta curioso, en este contexto, que el art. 298.3 prohíba someter una controversia a ninguno de los procedimientos previstos en la Convención cuando, en virtud del párrafo 1 de la misma disposición, es factible excluir “uno o varios”.

²²⁵ Por una parte, Turquía aludió en tres ocasiones a la solución de este tipo de controversias por los medios de arreglo recogidos en el art. 33 de la Carta de las NU o por aquellos sistemas establecidos en acuerdos internacionales suscritos por las partes en la controversia, *cf. Doc. A/CONF.62/C.2/L.9 Turquía: proyecto de artículo sobre delimitación del mar territorial; diversos aspectos de la materia; Doc. A/CONF.62/C.2/L.23 Turquía: proyecto de artículos sobre la delimitación entre los Estados; diversos aspectos de la materia; Doc.*

presente la idea de excluir las controversias sobre la delimitación de espacios marinos del sistema general de arreglo de la Convención²²⁶, si bien muy pronto pudo observarse dos tendencias opuestas en esta materia: por un lado, los Estados partidarios de la equidistancia se mostraban favorables a la jurisdicción obligatoria; por otro, la mayoría de las delegaciones partidarias del establecimiento de principios equitativos pretendían excluir la jurisdicción obligatoria admitiendo, a lo sumo, la obligación de recurrir a la conciliación. Esta última posición fue, finalmente, la triunfadora, ya que la Convención de 1982 establece el recurso a la conciliación obligatoria para las controversias “relativas a la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos” (art. 298.1 a) ii) que se excluyen de los procedimientos de la jurisdicción obligatoria de la Parte XV²²⁷.

Por tanto, la conciliación obligatoria se concibe como excepción facultativa a la aplicabilidad de la jurisdicción obligatoria (Sección 2ª) únicamente para dos categorías de controversias. En primer lugar, para aquellas relativas a la interpretación o aplicación de los arts. 14, 73 y 84 que se refieren, respectivamente, a la delimitación del *Mar territorial, de la ZEE y de la Plataforma Continental* entre Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente²²⁸. En segundo lugar, comprende las controversias “relativas a las

A/CONF.62/C.2/L.34 *Turquía: proyecto de artículo sobre la delimitación entre Estados adyacentes y Estados que estén frente a frente*. Vid. Docs. Of. 1982, vol. III, pp. 215, 230 y 243, respectivamente. En sentido contrario, los Países Bajos se mostraron partidarios de la jurisdicción obligatoria en materia de delimitación, cf. Doc. A/CONF.62/C.2/L.14 *Países Bajos: proyecto de artículos sobre la delimitación entre Estados cuyas costas sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente*, *ibid.*, vol. III, p. 218.

²²⁶ Sin embargo, esta posibilidad no suponía la exclusión de una solución obligatoria; obsérvese que el *Texto Único Oficioso para Fines de Negociación*, tanto en su primera redacción como en su versión revisada, y el *Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación*, recogían esta posibilidad siempre y cuando las partes aceptasen un procedimiento regional o un procedimiento ante un tercero, siendo, en ambos casos, obligatoria la solución que recayera sobre tal litigio. Cf. Docs. A/CONF.62/WP.9 y A/CONF.62/WP.9/Rev.1, (art. 18.2 b) y Doc. A/CONF.62/WP.10, (atr. 297.1 a); *ibid.*, vol. V, pp. 125 y 205 y vol. VIII, p. 52.

²²⁷ Dicho artículo establece lo siguiente: “1. Al firmar o ratificar esta Convención o adherirse a ella, o en cualquier otro momento posterior, los Estados podrán, sin perjuicio de las obligaciones que resultan de la Sección 1ª, declarar por escrito que no aceptan uno o varios de los procedimientos previstos en la Sección 2ª con respecto a una o varias de las siguientes categorías de controversias: i) las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos”.

²²⁸ Aunque el art. 298.1 a) se refiere de forma expresa a los arts. 15, 74 y 83 de la Convención, cabría plantearse, como hace E. ORIHUELA CALATAYUD, si cabe excluir también de la jurisdicción obligatoria

bahías o títulos históricos”. Ahora bien, si la Sección 2ª (art. 286) establece que los procedimientos de arreglo en ella previstos se aplicarán a toda controversia relativa a la interpretación o la aplicación de *la Convención* y esta última no contiene *normas* relativas a bahías o títulos históricos²²⁹, consideramos que la posibilidad de exceptuar de la jurisdicción obligatoria las normas sobre bahías o títulos históricos no parece tener mucho sentido ya que, de acuerdo a la Convención, se nos antoja difícil que pudiera surgir una controversia cuyo objeto fuera determinar si una bahía o título son o no “históricos” y sólo en vía incidental cabría esta posibilidad²³⁰.

No obstante, las declaraciones efectuadas según el art. 298.1 a) ofrecen mayor dificultad pues, a diferencia de las realizadas según art. 297, no confieren una competencia automática a la comisión de conciliación. En efecto, el hecho de que el art. 298.1 a) consienta a los Estados declarar que no aceptan uno o varios de los procedimientos obligatorios previstos en la Sección 2ª, es decir, los establecidos en el art. 287, plantea la cuestión de cómo coordinar una declaración *ex art. 298.1* que excluya uno o más de los procedimientos, *pero no todos*, con el sistema de elección de medios jurisdiccionales previsto en el art. 287, para determinar si la competencia para conocer de una controversia de este tipo corresponde bien a uno de los órganos de la jurisdicción obligatoria (art. 287), o bien a una comisión de conciliación (art. 298.1 a).

aquellas controversias que versen *sobre el límite interior o exterior de los distintos espacios marinos*. Considerando los términos del art. 298.1 a), la misma autora estima que la respuesta debe ser negativa. Ahora bien, normalmente este tipo de controversias suelen estar asociadas a la delimitación de espacios marinos y, en estos casos, la exclusión de las controversias sobre delimitación debería hacerse extensiva a otras materias conexas. Además, la duplicidad de foros en estos casos podría resultar peligrosa siendo muy difícil conciliar las soluciones obtenidas; *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Murcia, 1989, pp. 144–145.

²²⁹ Solamente los arts. 10.6 y 15 de la Convención aluden a esta cuestión. Mientras el primero excluye la aplicación de las reglas que definen las bahías que pertenecen a un solo Estado y que establecen un trazado de líneas de base rectas a las “llamadas bahías históricas”, el segundo prevé, por su parte, que la línea media cuya aplicabilidad está prevista para la delimitación del mar territorial no será aplicable “... cuando, por la existencia de derechos históricos u otras circunstancias especiales”, sea necesario delimitar el mar territorial de otra forma.

²³⁰ *Vid.* TREVES, T., *Le Controversie ...*, *op. cit.*, p. 187.

c) Problemas de la funcionalización en la práctica: posibles conflictos entre la competencia de la conciliación *ex art.* 298.1 a) y los distintos procedimientos jurisdiccionales previstos en el art. 287

Según el art. 287 de la Convención de 1982, el mecanismo para determinar el órgano jurisdiccional competente en la misma se fundamenta en la elección, por todas las partes en la controversia, de un mismo procedimiento de entre los previstos en la nómina de dicho precepto. Ahora bien, en caso de distintas elecciones o si un Estado no efectúa elección alguna, el mismo artículo prevé la competencia residual de un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII. A la luz de esta regla, la declaración realizada por un Estado que excluyera, en virtud del art. 298.1 a), *todos* los procedimientos previstos en el art. 287 tendría por efecto excluir cualquier posibilidad de jurisdicción obligatoria y, al mismo tiempo, fundar la competencia de la comisión de conciliación. En esta situación se encuentra la mayoría de los Estados partes en la Convención que han introducido una declaración excluyendo los procedimientos de la jurisdicción obligatoria para las controversias a que se refiere el art. 298.1²³¹, incluido España²³².

Por el contrario, si en la declaración no se excluyen *todos* los procedimientos previstos en el art. 287, la jurisdicción obligatoria no queda excluida en cualquier caso,

²³¹ Así, han optado por formular la declaración del art. 298.1 excluyendo *todos* los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV de la Convención, declaración que atribuye competencia *automática* al procedimiento de conciliación, los siguientes Estados: Australia, Belarús, Canadá, Chile, Guinea Ecuatorial, Guinea Bissau, Francia, Italia, Portugal, México, Reino Unido, Rusia, Ucrania y Túnez; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 261–262, 262, 264, 266, 268, 270, 274, 276, 279, 280, 284, 283, 283, respectivamente. Islandia también ha efectuado una declaración de este tipo, si bien la ha ceñido a las controversias relativas a la delimitación de la ZEE (art. 83); *ibid.*, p. 273.

²³² En efecto, España ha introducido recientemente una declaración de este tipo, si bien su redacción un tanto imprecisa no clarifica que nuestro país excluya todos los procedimientos obligatorios de la Sección 2ª. La declaración española, con efectos de 19 de julio de 2002, dispone lo siguiente: “El Gobierno de España declara que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.a) del artículo 298 de la Convención, no acepta los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los artículos 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos”; *vid. BOE* n. 170, de 17.7.2003, p. 27843. Con la misma imprecisión se muestra la declaración de México; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 276.

como tampoco se fundamenta en cualquier supuesto la competencia de la conciliación obligatoria. Así, por ejemplo, si la declaración se dirige a excluir la jurisdicción del TIDM o de la CIJ, o de ambos órganos, quedará fundada de acuerdo al art. 287.3 la jurisdicción obligatoria residual del tribunal arbitral del Anexo VII²³³. Ahora bien, cuando la declaración excluye la competencia de dicho tribunal arbitral, como es el caso de Noruega o Eslovenia, la jurisdicción obligatoria sólo quedará afirmada si todas las partes en la controversia eligen uno de los procedimientos que no estén excluidos; pero si las partes han optado por diversos medios, será la comisión de conciliación la que asuma la competencia conforme al art. 298.1 a), en tanto que *lex specialis* respecto al art. 287²³⁴.

Además, para que subsista la competencia de la comisión de conciliación deben verificarse dos condiciones adicionales. Primera, que la controversia “surja *después de la entrada en vigor* de la Convención”²³⁵. La segunda condición se refiere a que la controversia “no entrañe necesariamente el examen concurrente de una controversia no resuelta respecto de la soberanía u otros derechos sobre un territorio continental o insular”. Aunque en este supuesto parece que nos encontramos sin procedimiento al que acudir – salvo que las partes, de mutuo acuerdo, lo prevean –, *a sensu contrario* se podría argumentar que en ausencia de declaración *ex art. 298.1 a)*, una controversia de este tipo

²³³ Sería el caso de una controversia que enfrentara a Nicaragua, que sobre la base del art. 298.1 ha elegido únicamente a la CIJ (*vid. ibid.*, p. 277), con otro Estado que hubiera elegido cualquier otro procedimiento distinto a la Corte de La Haya.

²³⁴ En efecto, si por un lado Noruega ha elegido, conforme al art. 287, a la CIJ, ese mismo Estado ha declarado, en virtud del artículo 298.1 a) que “no acepta un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII para todas las categorías de controversias mencionadas en el artículo 298”; *ibid.*, p. 248. Por tanto, todas las controversias en materia de delimitación marina o de bahías o títulos históricos entre Noruega y cualquier Estado parte en la Convención que no haya elegido la CIJ, quedaría sometida – dentro de los límites previstos –, a un procedimiento obligatorio de conciliación. Lo mismo cabe decir de Eslovenia respecto al arbitraje, pues este procedimiento ha sido el elegido por dicho Estado conforme el art. 287, si bien de acuerdo al art. 298.1 ha sido excluido para las controversias a las que se refiere ese artículo; *ibid.*, p. 281.

²³⁵ La determinación del “momento decisivo” en que surge una controversia se complica aquí al añadirse la cuestión de saber si la entrada en vigor a la que se refiere el precepto citado es la *entrada en vigor internacional* de la Convención (el 16 de noviembre de 1994) o *para las partes* en la controversia. Para el representante de Israel, S. ROSENNE, “no quedaba suficientemente claro que se refería [el artículo 298] sólo a las controversias que pudieran surgir después de la entrada en vigor de la Convención *entre las partes en la controversia*” y que, en su opinión, “esa limitación debía quedar claramente enunciada”. La cursiva es nuestra; *vid. Docs. Of. 1982*, vol. XI, p. 61.

puede ser llevada, mediante demanda de parte, ante cualquiera de los foros previstos en el art. 287. En cualquier caso, la conciliación obligatoria puede activarse siempre que la “controversia concurrente relativa a los derechos territoriales” haya sido resuelta²³⁶. A estas dos condiciones habría que añadir una tercera consistente en *el fracaso de las negociaciones* en un período razonable para lograr un acuerdo, sin que sea definido el carácter “razonable” de dicho período²³⁷.

Finalmente, debemos aclarar que el recurso a la conciliación obligatoria puede quedar sumamente desvirtuado, pues estas declaraciones facultativas parece que están sometidas, según el art. 298 párrafo 3, a un mecanismo de reciprocidad – análogo al establecido en el art. 36.2 del Estatuto de la CIJ –, por el que ningún Estado que haya hecho una declaración en virtud del art. 298.1 a) tendrá derecho a someter una controversia perteneciente a las categorías exceptuadas “a ninguno” de los procedimientos previstos en esta Convención, respecto de cualquier otro Estado *sin el consentimiento de éste*. En este supuesto, parece razonable que un Estado que hubiera realizado la declaración del art. 298.1 a) (como es el caso de España), pudiera compeler a otro que no la hubiese hecho a aceptar el procedimiento de conciliación obligatoria respecto a las categorías de controversias allí relacionadas. No obstante, la redacción del art. 298.3 arroja serias dudas acerca de esta posibilidad, pues se hace referencia de manera expresa a *ninguno* de los procedimientos previstos en esta Convención, lo que comprendería también la conciliación

²³⁶ El recurso a la conciliación obligatoria al que se refieren las observaciones precedentes parece compatible, como señala W. RIPHAGEN, con una controversia que “entrañe necesariamente el examen concurrente de una controversia sobre derechos soberanos” conforme al art. 298.1 a), ya que este último hace referencia a los aspectos separables de una controversia en materia de delimitación que puedan ser objeto de conciliación *sin que sea necesario* considerar los aspectos de soberanía territorial; “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of fragmentation of jurisdiction”, *ICLQ*, vol. 46 (1997), 37–54, p. 93. Sin embargo, la declaración de Túnez contradice esta opinión, pues dicho Estado ha señalado expresamente que cualquier controversia de este tipo que implique el examen concurrente de derechos territoriales será excluida de la conciliación obligatoria; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 283.

²³⁷ De todos modos, las declaraciones facultativas del art. 298.1 a) encuentran un límite general pues, según su apartado iii), estas excepciones “no serán aplicables a ninguna controversia relativa a la delimitación de zonas marítimas que ya se haya resuelto mediante acuerdo entre las partes, ni a ninguna controversia de esa índole que haya de resolverse de conformidad con un acuerdo bilateral o multilateral obligatorio para las partes”.

obligatoria. Habrá que esperar, por tanto, a que uno de los órganos de la jurisdicción obligatoria o la propia comisión de conciliación se pronuncie sobre el particular.

C) El fracaso de las propuestas de conciliación obligatoria en el proceso codificador de la Responsabilidad del Estado: la *Tercera Parte* del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados de 1996

La *Tercera Parte* del Proyecto de artículos adoptado por la CDI en 1996²³⁸ se caracterizaba por establecer un sistema de arreglo para las controversias a que diera lugar la interpretación y aplicación de la futura convención escalonado en varias etapas. En la tercera de estas etapas, se establecía el recurso obligatorio a un procedimiento de conciliación incoado mediante demanda unilateral dirigida al SG. Se trataba, desde luego, de una propuesta de desarrollo progresivo en materia de arreglo de controversias pues, según dicho mecanismo de arreglo, creada una situación de controversia sobre la presunta comisión de un hecho ilícito internacional (cualquiera que fuera su gravedad) y sus consecuencias, cualquiera de las partes podría iniciar un procedimiento de conciliación de acceso obligatorio, que tendría la virtualidad de sustanciarse hasta su fin y culminar con una decisión (eso sí, sin carácter obligatorio) sobre la controversia²³⁹.

Sin embargo, el nuevo enfoque planteado desde 1997 por el Ponente J. CRAWFORD ha tenido repercusiones en la estructura general del Proyecto de artículos adoptado en segunda lectura en 2001 y, especialmente, en lo que se refiere a las cláusulas

²³⁸ El texto de la *Tercera Parte* del Proyecto de 1996 con sus comentarios puede verse en *Doc. A/50/10*, p. 206 y ss.

²³⁹ La propuesta de la CDI, aunque menos audaz que la ideada por G. ARANGIO-RUIZ, suponía un importante esfuerzo de desarrollo progresivo del DI. Este Ponente lamentaba, no obstante, que no se hubiera incluido que el Estado lesionado *antes de adoptar contramedidas deba someterse de forma obligatoria a un procedimiento de conciliación*, de forma similar al sistema previsto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 65 y 66), sin perjuicio siempre de las medidas de carácter cautelar. Para los trabajos de ARANGIO-RUIZ puede verse FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Alicante, 1998, pp. 88–96.

sobre arreglo de controversias²⁴⁰. Muy pronto manifestó el nuevo Ponente su preocupación por el alcance de la *Tercera Parte* relativa al arreglo de controversias, planteando la conveniencia misma de incluir este tipo de disposiciones en una futura Convención²⁴¹. Su inquietud hacia a la *Tercera Parte* era patente, pues “tenía la potencialidad de proyectarse a toda controversia entre Estados por el incumplimiento de una obligación internacional cualquiera que fuera su origen”²⁴². Hasta cierto punto, acertaba el Ponente en su apreciación, pues la propuesta de la *Tercera Parte* del Proyecto tendría por efecto extender el recurso a la conciliación obligatoria a cualquier esfera del DI, aspecto que no sería conforme con en el estado actual de este ordenamiento, pues no existían indicios de que los Estados estuvieran dispuestos a contraer una obligación tan general en el contexto de la responsabilidad del Estado. Para J. CRAWFORD la cuestión no admitía dudas: se debían suprimir la *Tercera Parte* del Proyecto de 1996 y los dos Anexos²⁴³.

La nueva estructura del Proyecto planteada por el Ponente fue valorada positivamente por los Gobiernos presentes en la Sexta Comisión, pronunciándose mayoritariamente a favor de la eliminación de todo tipo de disposiciones sobre el arreglo de controversias²⁴⁴. Así como también en las *Observaciones generales* formuladas por los Gobiernos a la CDI en 2001, a través de las cuales subyacía que la nueva estructura del Proyecto era más conforme a la práctica estatal que la prevista en su versión de 1996.

²⁴⁰ Vid. Doc. A/56/10, pp. 10–405.

²⁴¹ CRAWFORD, J., *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, Doc. A/CN.4/498/Add.4, párs. 384–387.

²⁴² En su opinión, dada la vinculación estrecha entre las obligaciones primarias y las secundarias de la responsabilidad de los Estados, y dado que este sector del ordenamiento era parte integrante de la estructura del DI en su conjunto, un régimen especial de solución de controversias podría producir una duplicación de los mecanismos de solución de controversias existentes y llevar a su fragmentación y proliferación; CRAWFORD, J., *Cuarto Informe sobre la responsabilidad de los Estados*, Doc. A/CN.4/517, pp. 4–6.

²⁴³ *Ibid.*, p. 7.

²⁴⁴ Para algunos Estados, “no había necesidad de establecer un régimen regulador especial de las controversias que planteaban cuestiones de responsabilidad, que se podrían resolver conforme al Derecho internacional general”; Doc. A/CN.4/513, p. 11, párr. 19. Para otros, esas disposiciones sólo tendrían sentido si el Proyecto adoptaba la forma de una Convención, por lo que hasta que no se tomase la decisión final habría que esperar; no obstante, también se expresó la opinión de que un conjunto de normas sobre solución de controversias tendría razón de ser incluso si el texto no adoptara la forma de una convención vinculante”; Doc. A/CN.4/513, p. 11, párr. 21.

Concretamente, cuatro Gobiernos se pronunciaron en contra (Dinamarca, Eslovaquia, Japón y Reino Unido)²⁴⁵, y sólo tres a favor de cláusulas muy tímidas o genéricas sobre arreglo de controversias (China, España y México)²⁴⁶.

Sobre estas premisas, en 2001 la CDI adoptó en segunda lectura la totalidad del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, recomendando a la AG que tomara nota del mismo, y en el que, por la oposición de la mayoría de sus miembros²⁴⁷, quedaba suprimida la *Tercera parte* del Proyecto de 1996 y, por tanto, el sistema obligatorio de conciliación. En consecuencia, la estructura del Proyecto de 2001 *codificaba* la práctica de los Estados relativa al arreglo de controversias en materia de responsabilidad del Estado²⁴⁸. Sin embargo, este resultado, aun siendo reflejo de la práctica estatal, no es ni mucho menos satisfactorio. Y ello es así porque el Proyecto de artículos de 2001 ofrece por vez primera una regulación de conjunto y escrita sobre el DI de la responsabilidad del Estado, en el que no pocas disposiciones generarán problemas de interpretación, abordándose cuestiones delicadas, como puede ser el caso de las *contramedidas* o de la figura (sustitutiva de la del “crimen internacional”) de la *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI General*. Desde luego, la relevancia del tema merece esfuerzos por lograr un “compromiso razonable” entre los

²⁴⁵ Vid. las intervenciones del Reino Unido (*ibid.*, p. 16); Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (*ibid.*, p. 17); Eslovaquia (*ibid.*, p. 17) y Japón (*ibid.*, p. 18).

²⁴⁶ China proponía introducir sin más los principios contenidos en los arts. 2.3 y 33 de la Carta, *vid. Doc. A/CN.4/515*, p. 17. En cambio, España se mostró favorable a mantener las normas de la *Tercera Parte* ya que, dada la indeterminación de muchas normas del Proyecto y de las graves consecuencias de su puesta en aplicación, “sería conveniente introducir algún tipo de normas sobre solución de controversias”, *ibid.*, p. 18. Al mismo tiempo, la delegación española señalaba que, si bien las normas sobre solución de controversias ofrecían pautas de comportamiento y orientaciones valiosas en este ámbito para los Estados, deberían respetar siempre la libre elección de medios. La cursiva es nuestra, *ibid.* Para México: “Independientemente de la forma final del proyecto, la inclusión de disposiciones para dirimir disputas resulta indispensable a la luz de algunos conceptos derivados del mismo, entre ellos las *contramedidas*”; *Doc. A/CN.4/515/add.1*, p. 3.

²⁴⁷ *Doc. A/CN.4/SR.2675*, 17 de mayo de 2001, p. 19. Asimismo, sobre la oposición de los miembros de la CDI respecto al arreglo de controversias pueden verse los debates celebrados en 1999 en la CDI; *vid. supra* Capítulo IV Parte Segunda.

²⁴⁸ Con todo, en su informe la CDI dejó constancia ¡qué logro!, de que la AG decidiera en una futura Conferencia si debían incluirse disposiciones sobre solución de controversias en el caso de que decidiera elaborar una Convención, para lo que podría considerar el mecanismo de arreglo aprobado por la CDI en primera lectura; *Doc. A/56/10*, pp. 17 y 20, p. 67.

Estados sobre esta cuestión. De hecho, los Estados ya aceptaron un compromiso similar en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 que establecía para su Parte más conflictiva (la V) un sistema de arreglo de controversias bifronte, esto es, el recurso a la CIJ para los tratados en oposición a una norma de *ius cogens* y para el resto de controversias un procedimiento de conciliación obligatoria. Si los Estados aceptaron este sistema en 1969, ¿porqué no iban a aceptar en 2001 un sistema análogo al del Derecho de los Tratados en el caso de la Responsabilidad internacional? Una conciliación de acceso obligatorio para el Proyecto en su conjunto no tendría porqué generar objeciones estatales mayores, mientras que, desde un punto de vista ideal, sería lógico acudir a la Corte, si es que las partes no desean convenir un arbitraje, para determinar la existencia y consecuencias de la “violación grave de normas imperativas” (arts. 40 y 41 del Proyecto). No obstante, comparto la opinión de O. CASANOVAS I LA ROSA para quien, en el estado actual del DI, el “compromiso razonable” al que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar respecto al tercero imparcial con competencia para pronunciarse sobre la violación grave de una norma imperativa estaría, como máximo, en un sistema de conciliación de acceso obligatorio con ciertos aspectos jurisdiccionales por lo que a su organización y funcionamiento se refiere²⁴⁹.

²⁴⁹ “Unidad y pluralismo en el Derecho internacional Público”, *CEBDI*, vol. II (1998), 49–265, p. 228. Sin embargo, para C. GUTIÉRREZ ESPADA el recurso a un sistema obligatorio de conciliación no podría cumplir con dignidad esa exigencia, sobre todo teniendo en cuenta la distinción que en el Proyecto a la postre se mantiene entre violaciones esenciales y no del DI, por lo que, para el mencionado autor, la regulación sobre la Responsabilidad internacional ofrecida no sería precisamente responsable; *vid.* “Por una responsabilidad ‘responsable’ (A propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2003, 369–391, p.378.

2. De la determinación de los hechos: la determinación de los hechos de *acceso* obligatorio como procedimiento de *prevención* de controversias

Como fue señalado por el *Manual*, la dimensión preventiva de la determinación de los hechos ha propiciado que algunos Convenios y Proyectos de artículos elaborados por la CDI hayan optado por este procedimiento, al ser considerado el más adecuado no sólo para el arreglo de cierto tipo de controversias, sino también para su *prevención*²⁵⁰. Esta previsión, que constituye una aplicación concreta de la idea de la *funcionalización* de los medios, ha engendrado un modelo de determinación de los hechos caracterizado por dos elementos: primero, por la corrección de su carácter consensual tradicional a través de la previsión del *acceso* obligatorio al procedimiento. Y segundo, porque el órgano de arreglo queda predeterminado en el propio convenio ante cualquier contingencia, incluso si una de las partes no coopera o participa en el procedimiento.

Conforme a su perfil tradicional, la determinación de los hechos constituye un medio de arreglo sometido al principio de aceptación de las partes a través del “convenio de investigación”, siendo imprescindible el consentimiento para su puesta en práctica²⁵¹. Sin embargo, ese carácter consensual ha sido matizado a través del mecanismo que viene utilizando la CDI, consistente en escalonar varios procedimientos de arreglo uno de los cuales es de *acceso* obligatorio, lo que hace imprescindible prever la activación unilateral de la determinación de los hechos cuando ésta asume aquel rol. Precisamente, este modelo

²⁵⁰ En efecto, el *Manual* ha señalado que “la investigación, como procedimiento imparcial de tercero para la determinación de los hechos y la indagación, *puede contribuir ciertamente a una reducción de la tirantez y a la prevención de una controversia internacional*, a diferencia de facilitar el arreglo de esa controversia” (la cursiva es nuestra); *Manual ...*, *op. cit.*, p. 25, pár. 77.

²⁵¹ Por ejemplo, el art. 10 del Convenio de 1907, prevé que el acuerdo entre las partes (denominado “convenio de investigación”) determina “el modo y el término de formación de la comisión y la extensión de los poderes de los comisionados”. El art. 12 autoriza expresamente a las partes a convenir desviarse de las disposiciones de los arts. 45 y 57 en relación a la formación de las comisiones de investigación. Finalmente, las disposiciones de la Convención que rigen el procedimiento de investigación se aplican solamente “cuando las partes no hayan adoptado otras reglas”(art. 17). Por su parte, el *Reglamento facultativo de la CPA* establece en su art.1 que sus disposiciones se aplicarán “cuando las partes hayan acordado recurrir a una Comisión de investigación para la determinación de los hechos”.

es el que sigue el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997²⁵². En efecto, como indicó el Ponente S. McCAFFREY, el carácter genérico de algunas cuestiones y conceptos como la “utilización equitativa y razonable”, la “diligencia debida” o la realización de “daños significativos”, demandaba normas procesales para los supuestos en que la aplicación e interpretación de tales conceptos resultara controvertida²⁵³. De ahí que la CDI reconsiderara su postura inicial²⁵⁴ al añadir un sistema de arreglo de controversias escalonado en varias etapas (proyecto de art. 33), y en el que la determinación de los hechos figuraba como único procedimiento de acceso obligatorio del mismo²⁵⁵.

Esta adición fue bien recibida por los Estados presentes en la Sexta Comisión, pues muy pocos se opusieron a la misma²⁵⁶. Así, fueron las posiciones de los Estados favorables a establecer algún tipo de procedimiento obligatorio por intervención de tercero las que contaron con más alternativas²⁵⁷, aunque sólo las más completas comprendían el recurso a

²⁵² Este *Convenio marco* no se encuentra en vigor, pues conforme a su art. 36 se necesitan treinta y cinco instrumentos de ratificación, mientras que en la actualidad sólo son doce los Estados que lo han hecho; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, 2003, vol. II, p. 465. Propuestas en tal sentido no han faltado en otros procesos, como la presentada por Bélgica, Brasil y Hungría para introducir, como segunda fase del sistema de arreglo del *Convenio sobre la Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales* de 1972, una Comisión de Encuesta que actuaría a petición de parte para resolver una reclamación por daños causados por el Estado de lanzamiento, finalmente rechazada; *vid.* la propuesta en *Doc. A/AC.105/C.2/L.79*, de 21 de junio de 1971.

²⁵³ McCAFFREY, S.C., *Tercer Informe sobre el Derecho de los cursos de agua internacionales para usos distintos de la navegación*; *Anuario CDI*, 1987-II, p. 23. Sobre la necesidad de incluir un sistema de arreglo de controversias puede verse KAYA, I., “Interplay of the Equitable and Reasonable Utilization Principle and Procedural Rules and Settlement of International Watercourses Disputes”, *Equitable Utilization, The Law of the Non-Navigational Use of International Watercourses*, Burlington (USA), 2003, pp. 121–151.

²⁵⁴ Esta negativa inicial motivó que la versión de 1991 del Proyecto de artículos no incorporara cláusula alguna sobre arreglo de controversias; *vid.* *Anuario CDI*, 1991-II (2ª parte), p. 65.

²⁵⁵ *Ibid.*, 1994-II (2ª parte), pp. 142–144. Sobre la base del informe del Comité de Redacción (*Doc. A/CN.4/L.492 y Add. 1*), la Comisión aprobó el texto final de un conjunto de 33 proyectos de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales y una resolución sobre las aguas subterráneas confinadas, *Docs. Of. de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Supl. n. 10, (A/49/10)*, p. 222. Sobre los trabajos de la CDI en este aspecto puede verse CAFLISCH, L., “Judicial Means for Settling Water Disputes”, en *Resolution of International Water Disputes*, The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Ed.), The Hague/London/New York/, 2002, 235–245, pp. 241–245.

²⁵⁶ Francia, Israel y Ruanda, junto con China e India, mantuvieron (¡a estas alturas!) que el art. 33 debía recoger solamente la obligación de los Estados de buscar una solución por medios pacíficos, *vid.* *Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP.61*, de 1996, pp. 8, 11 y 12. En el mismo Grupo de trabajo, 5 Estados, formularon un voto negativo al art. 33: China, Colombia, Francia, India y Turquía. El resultado de la votación fue 35 a favor, 5 en contra y 25 abstenciones; *vid.* *Doc. A/C.6/51/SR.62*, de 1997, p. 10.

²⁵⁷ Como por ejemplo, las presentadas por Finlandia e Irak que establecía, fracasada la vía diplomática, el recurso obligatorio a procedimientos jurisdiccionales; *Doc. A/C.6/NUW/WG/CRP*, de 1996, p. 46. Otras variantes parecidas fueron propuestas por Sudán (*ibid.*, p. 47) y por Siria (*ibid.*, p. 49).

la determinación de los hechos²⁵⁸. Finlandia, Grecia e Italia presentaron una propuesta de consenso en la que, ante el fracaso de las consultas y negociaciones, cada parte podría recurrir en un plazo a un procedimiento de investigación (o, de mediar acuerdo, a la mediación o a la conciliación)²⁵⁹. Esta última propuesta ha sido la que recoge finalmente el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuyo art. 33 dispone que cualquier parte podrá acudir a la determinación de hechos, siempre que hayan transcurrido seis meses desde las consultas y negociaciones previas²⁶⁰. Cabe destacar que el consenso logrado en torno a la idoneidad de la determinación de los hechos para la solución y la prevención de controversias en este sector de normas²⁶¹ lo convierte en el único medio de acceso obligatorio del Convenio de 1997, previéndose además como intermedio *preceptivo* a la experimentación de procedimientos jurisdiccionales que asume, a la vez, el papel de comodín que viene a subsanar la falta de acuerdo y/o la disparidad de criterios sobre el método jurisdiccional al que someter la controversia²⁶².

Al igual que el Convenio marco de 1997, también el *Proyecto de artículos sobre Prevención del Daño Transfronterizo resultante de Actividades Peligrosas* adoptado por la

²⁵⁸ La primera de ellas, presentada por Siria y Suiza, establecía, una vez agotadas las negociaciones, el recurso a un procedimiento obligatorio de encuesta, mediación o buenos oficios cuyo fracaso conduciría a un arbitraje facultativo y, a falta de tal acuerdo, cualquiera de ellas podría acudir a la CIJ; *Doc. A/C.6/51/NUW/DC/CRP*, de 1997, p. 10. Por lo demás, esta fue la postura que apoyó España, *Doc. A/C.6/51/SR.59*, p. 5. A esta propuesta le sucedió otra presentada por Francia en la que, partiendo también de consultas y negociaciones, se podía acudir a la determinación de los hechos a través de demanda unilateral; cualquier procedimiento ulterior – mediación, conciliación o arreglo judicial –, requerirá el acuerdo de las partes; *vid. Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP*, de 1996, p. 55. Esta propuesta fue sostenida también por Rumania, *ibid.*, p. 58.

²⁵⁹ *Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP*, de 1996, p. 71.

²⁶⁰ Dejando libertad a las partes para acudir, si así lo convienen, a otros medios políticos como la mediación o conciliación; *Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP*, de 1997, p. 83.

²⁶¹ Como se desprende de las opiniones de Austria (*Doc. A/C.6/51/SR.21*, p. 2); Reino Unido (*ibid.*); y EEUU “para quien, en un ámbito de carácter tan técnico, la solución de cuestiones de hecho es fundamental para lograr una solución equitativa de las controversias”, (*ibid.*, pp. 2–3); Italia (*ibid.*, p. 4); Rusia (*ibid.*, p. 5); Venezuela (*ibid.*); México (*ibid.*, p. 7); Argentina *Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP*, (1997), p. 83. (*ibid.*, p. 7); Grecia (*ibid.*, p. 9); Canadá (*ibid.*, p. 11) Bangladesh (*ibid.*) y Suiza (*Doc. A/C.6/51/SR.20*, p. 11).

²⁶² En cualquier caso, debe señalarse que la posibilidad de formular reservas no está prohibida en el Convenio, por lo que es posible que algunos Estados hagan uso de esta facultad en el momento de ratificar la Convención. En diciembre de 2003, el Convenio cuenta con 13 ratificaciones (Finlandia, Hungría, Irak, Jordania, Líbano, Namibia, Países Bajos, Noruega, Qatar, Sudáfrica, Suecia y Siria; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, p. 465), sin que ninguno de los participantes haya formulado reserva u objeción al procedimiento de determinación de los hechos. Claro que, la mayoría de ellos, son países que tienen un mínimo interés en el tema de los cursos de agua internacionales.

CDI en 2001²⁶³, confía a una comisión de determinación de los hechos de *acceso* obligatorio (proyecto de art. 19.2) la interpretación auténtica de las disposiciones de la futura convención, ahora como segunda etapa del esquema de arreglo²⁶⁴. La preferencia por este modelo de procedimiento también fue manifestada por gran parte de los Estados presentes en la Sexta Comisión en 2001²⁶⁵, convirtiéndose en el único método al que las partes pueden acudir de forma obligatoria pues este Proyecto no incorpora cláusula jurisdiccional alguna.

En fin, el proceso codificador no sólo confirma la vertiente preventiva de este método subrayada previamente en la práctica normativa de la AG. Además, a su través se ha operado una transformación en los perfiles clásicos de este procedimiento, pues su naturaleza consensual ha dado paso a un modelo con ciertos aspectos obligatorios²⁶⁶. Claro que se trata de una obligatoriedad aparente, referida únicamente al sometimiento a un procedimiento, y no a la aceptación de los hechos contenidos en el informe que siguen teniendo el valor de mera recomendación.

²⁶³ Al tiempo que recomienda a la AG que elaborase una Convención basada en dicho proyecto; *vid. Doc. A/56/10*, p. 409.

²⁶⁴ Pues la determinación de los hechos opera siempre que los Estados no hayan podido resolver su controversia en un plazo de seis meses por cualquier otro medio de arreglo libremente elegido (proyecto de art. 19.1).

²⁶⁵ *Vid.* las opiniones de República Checa (*Doc. A/C.6/53/SR.15*, p. 10); Alemania (*ibid.*, p. 12); Venezuela (*ibid.*, p. 5); Eslovaquia (*Doc. A/C.6/53/SR. 22*, p. 6) y Suiza (*ibid.*, p. 9). Sólo la delegación de la India se manifestó de forma expresa en contra de un mecanismo obligatorio por intervención de tercero; *Doc. A/C.6/53/SR.15*, p. 13.

²⁶⁶ Para facilitar esta labor, el art. 19 regula de forma minuciosa (párrafos 3 a 6) la composición y funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos para que, una vez incoado el procedimiento pueda desarrollarse, aunque cualquiera de las partes quiera obstaculizarlo. De los debates celebrados en la CDI en 1998 se desprende la misma sensación pues, si bien la mayoría de miembros expresaron que el proyecto de art. 17 era satisfactorio, no obstante estaba incompleto ya que no se prevén ni la composición ni las modalidades de funcionamiento de la comisión de determinación de los hechos. Este mecanismo debía describirse con mayor precisión en un Anexo al modo del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997; en este sentido se manifestó BENNOUNA (*Anuario CDI*, 1998-I, p. 303), SIMMA (*ibid.*), RODRÍGUEZ CERDEÑO (*ibid.*, 303–304), AL-KHASAWNEH (*ibid.*, p. 304), ECONOMIDES (*ibid.*), MELESCANU (*ibid.*), RAO (*ibid.*, p. 305) y PELLET (*ibid.*, p. 304).

II. Aspectos particulares de la funcionalización

1. De la conciliación

Las funciones propias de una comisión de conciliación no se conforman a una reglamentación estricta en lo que concierne a su procedimiento y actuación. Así, la comisión tiene como labor principal proceder al examen de todos los aspectos de una controversia y esforzarse por encontrar una solución aceptable para las partes y, de acuerdo con este cometido, establecer en un informe sus propuestas con vistas a lograr una solución a la controversia²⁶⁷. Por tanto, la función de la comisión de conciliación consistiría tanto en el examen de todos los aspectos de la controversia (fácticos y jurídicos), como en realizar una propuesta que incluya un arreglo aceptable para las partes. En esta segunda función es donde su labor difiere de la de un juez o un árbitro, siendo su papel más discreto y sencillo que el de aquéllos, pues la comisión debe colaborar estrechamente con las partes para que éstas abandonen sus pretensiones divergentes y lleguen a un compromiso mutuamente aceptable. Normalmente, estas dos funciones se encuentran en relación de interdependencia, sin que ninguna de ellas asuma mayor protagonismo respecto a la otra²⁶⁸.

Sin embargo, esta interdependencia ha sido matizada a la luz del modelo de conciliación obligatoria establecido en el proceso codificador. En efecto, a diferencia del papel claramente transaccional que asume la conciliación en el *Reglamento Facultativo de la CPA* de 1996²⁶⁹, en el proceso codificador el examen de todos los aspectos de la

²⁶⁷ Con este alcance concibe el *IDI* las funciones que debe desempeñar una comisión de conciliación, pues en la noción de conciliación que daba en 1961 entendía que la comisión "(...) procede à un examen impartial du différend et s'efforce de définir les termes d'un arrangement susceptible d'être accepté par elles, ou de prêter aux Parties en vue de son règlement tel concours qui lui aurait été demandé"; *Annuaire IDI*, vol. 49 (1961-II), p. 375. También la práctica convencional recoge esta doble función de la conciliación, cf. los arts. 15.1 del *Acta General* de 1928/1949 y de la *Convención Europea* de 1957.

²⁶⁸ VILLANI, U., *op. cit.*, p. 226.

²⁶⁹ Muy claro en este sentido es su art. 13.1 en virtud del cual "cuando el conciliador estime que existen elementos para una transacción aceptable para las partes, formulará los términos de un proyecto de

controversia, en especial los jurídicos, adquiere preferencia sobre la función transaccional, pues la *action conciliatrice* está subordinada a la calificación jurídica de la controversia. Y ello porque al calor de dicho proceso se ha operado una transformación en las funciones clásicas de la comisión de conciliación en un doble sentido. En primer lugar, porque la labor de la comisión versará siempre sobre controversias jurídicas, es decir, aquellas susceptibles de recibir una solución o una valoración a través de la aplicación del DI vigente²⁷⁰.

En segundo lugar, como la conciliación opera sobre ámbitos materiales concretos, se hace necesario verificar la regularidad de su propia constitución conforme al Convenio, sobre todo cuando el recurso a la conciliación viene precedido de una fase previa de negociaciones.

A) Funciones sustantivas: la calificación jurídica de la controversia como labor principal de la comisión

La frecuente previsión de un procedimiento de conciliación de acceso obligatorio se ha visto completado en el proceso codificador con un tipo de órgano conciliador cuyas funciones y competencias distan del modelo tradicional. De nuevo aquí es pionero el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969, cuyo modelo ha sido previsto en otros convenios codificadores como los *de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978) y *en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983), la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 y, sobre todo, en el *Convenio sobre*

transacción y los presentará a las partes para que éstas expresen sus observaciones. A la vista de estas observaciones, el conciliador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción”.

²⁷⁰ En este sentido, H. LAUTERPACHT afirmaba que las controversias jurídicas “sont ceux dans lesquels l’application des règles actuelles du droit international est suffisante por assurer un résultat qui ne soit pas incompatible avec les postulats de justice et avec le développement progressif des relations internationales”; “Théorie des différends non justiciables en droit international”, *RdC*, t. 34 (1930-IV), 499-653, pp. 504-505.

Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales (1986), instrumentos en los que las funciones de la comisión de conciliación son réplica exacta de las contenidas en el Anexo del Convenio de 1969. Por tanto, aunque su estudio se abordará conjuntamente, el análisis principal recaerá en el modelo inaugurado por el Convenio de Viena de 1969.

Según el párrafo 4 del Anexo al Convenio de Viena de 1969, constituida la comisión de conciliación, ésta “podrá señalar a la atención de las partes en la controversia todas las medidas que puedan facilitar una solución amistosa”²⁷¹. Una interpretación flexible de esta disposición podría dejar un cierto margen de discrecionalidad a los comisionados en la elección de las medidas para favorecer una transacción entre las partes. Sin embargo, es lógico pensar que, si el procedimiento de conciliación se proyecta sobre la interpretación y aplicación de *ciertas* normas del Convenio – como es el caso de los *Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados*, tanto de 1969 como de 1986, en materia de nulidad, suspensión, terminación o retirada de un tratado –, o de *todas* las disposiciones del texto convencional – como sucede en las *Convenciones sobre Sucesión en materia de Tratados*, de 1978 y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983 –, se exija que cualquier “solución amistosa” esté siempre en consonancia con una valoración jurídica de dichas normas. Se trata de una exigencia, como afirma F. CAPOTORTI, que encuentra su razón de ser en asegurar la certeza de las normas codificadas en un sector normativo “che ben potrebbe dirsi di rilevanza `constituzionale` nell’ordinamento della communita internazionale”²⁷². Resulta significativo, además, que el art. 1 del Anexo disponga que la composición de la comisión estará formada por una

²⁷¹ En iguales términos se pronuncian los párrafos 4 y 11 del Anexo de las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978) y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983), y sobre *Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* (1986), respectivamente, así como el art. 5 del Anexo V de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, que regula la conciliación facultativa y obligatoria.

²⁷² “Sugli aspetti quasi arbitrali di talune forme di conciliazione”, *Comunicazioni e studi*, vol. XIV (1975), 135–162, p. 159. En contra de esta tesis se ha manifestado L. CAFLISCH para quien la conciliación “ne repose pas nécessairement sur des fondements juridiques”; “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 363.

mayoría de juristas, aspecto que tendría como objetivo asegurar la prevalencia de las consideraciones jurídicas en el acuerdo amistoso sobre las de mera oportunidad.

Sin embargo, son los arts. 5 y 6 del Anexo los que definen nítidamente las funciones de la comisión de conciliación sobre un esquema basado en el examen jurídico. Ya en la propia Conferencia de Viena se debatió que el mecanismo de arreglo debería poseer como condición *sine qua non* la función de determinar la “legalidad” de la pretensión de un Estado de dar por terminada su relación convencional conforme al tratado²⁷³. Esta pretensión fue formalizada en la enmienda de los diecinueve Estados, lo que motivó que se cambiara la redacción del actual párrafo 5 del Anexo en virtud del cual “la comisión oír a las partes, examinará las pretensiones y objeciones, y hará propuestas a las partes con miras a que lleguen a una solución amistosa de la controversia”²⁷⁴. Por tanto, si el texto original limitaba las funciones de la comisión tanto al “establecimiento de los hechos” como “a hacer propuestas”²⁷⁵, con la nueva versión esas funciones se amplían al “examen de las pretensiones y objeciones” y a otras exigencias como la necesidad de “oir a las partes”, requerimiento que fue añadido para dejar claro que la comisión de conciliación funcionaría más como un órgano de adjudicación que de transacción. Si esa era su finalidad, llama la atención la ausencia de una norma procesal que permitiera a la comisión decretar la

²⁷³ Así, por ejemplo, Estados Unidos planteó que esta situación demandaba una norma que autorizara a la comisión para decidir sobre las cuestiones controvertidas de hecho y, sobre todo, de derecho, *vid.* la propuesta sobre el nuevo párrafo 5.2 del Anexo en *Doc. A/CONF.39/C.1/L.355* (1969). Sobre la génesis de este párrafo se puede consultar ELIAS, T.O., “Problems concerning the validity of treaties”, *RdC*, t. 134 (1971-III), 333–416, para quien “the express provision for conciliation commission with power to make findings of fact and law ... is a concession to the Western group that had insisted on a commission having power to determine the legality of any allegation of invalidity of a treaty”, p. 404. En el mismo sentido KERNEY, D., y DALTON, R., “The Treaty on Treaties”, *loc. cit.*, p. 555–554. En contra GOMMA, M., *Suspension or termination of treaties on grounds of breach*, The Hague/Boston/London, 1996, p. 186.

²⁷⁴ La misma disposición figura en los párrafos 5 y 12, respectivamente, del Anexo a las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978) y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983), y del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* (1986).

²⁷⁵ De acuerdo con el anterior párrafo 3 del Anexo “la comisión así constituida establecerá los hechos y hará propuestas a las partes con el fin de lograr una solución amistosa de la controversia”, sin que se hiciera referencia alguna a los aspectos jurídicos de la controversia; *Doc. A/CONF.39/C.1/SR.105*, de 1969 p. 16.

suspensión provisional del tratado, como medida cautelar que preservara la posición de las partes en tanto se solventa la controversia²⁷⁶.

Por su parte, el párrafo 6 del Anexo establece que el procedimiento concluirá con un informe en cuyo contenido se indicarán “cualesquiera conclusiones (...) en cuanto a los hechos y a las *cuestiones de derecho*”²⁷⁷. Este informe se presenta como un juicio (no vinculante) de la comisión dirigido a verificar el fundamento de la pretensión del Estado que invoque – de acuerdo a los *Convenios de 1969 y 1986* – una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado (que no sea contrario al *ius cogens*) o bien – conforme a las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados y en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estados* – cualquier disposición del tratado. En cualquiera de estos supuestos, las recomendaciones contenidas en el informe debiera reflejar siempre una valoración de la controversia conforme a las normas jurídico-internacionales codificadas.

En apoyo de esta tesis debemos destacar dos elementos que caracterizan al informe. El primero viene constituido por la dimensión pública que subyace del depósito del informe ante el SG y que, pese a no modificar su eficacia jurídica, sí le atribuye un valor político-moral que necesariamente debe influir entre las partes para aceptar la solución propuesta. El segundo viene representado por la falta de previsión de las opiniones disidentes de los comisionados pues, si tales opiniones constituyen un debilitamiento de la autoridad del informe, su omisión debe contribuir a incrementar su peso político. Ambos elementos evidencian un intento de conferir al informe de una autoridad de la que ha carecido tradicionalmente y cuya justificación radica en la exigencia de que las controversias

²⁷⁶ Vid. GOMAA, M., *Suspension or termination of treaties ...*, op. cit., p. 180. En cambio, a la cuestión planteada en los debates previos a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 relativa a si la comisión de conciliación tendría también la facultad de prescribir medidas provisionales conforme al art. 290 de la Convención se dio una respuesta negativa. Sobre este particular y su respuesta puede verse A.O. ADEDE, *The System for settlement ...*, op. cit., p. 207.

²⁷⁷ Esta previsión colisiona con las disposiciones de las *Normas Modelo de NU* de 1995, pues en su art. 20 se prohíbe a la comisión presentar en su informe, a menos que las partes se lo hayan requerido, cualquier conclusión referente a los hechos o a las *cuestiones de derecho*.

relativas a las normas de la Convención de Viena sobre nulidad, terminación o suspensión de un tratado, se resuelvan no sólo de modo satisfactorio para las partes, sino de forma que se asegure la certeza de este sector normativo. Esta circunstancia no excluye, en todo caso, una transacción de intereses como base del acuerdo entre las partes²⁷⁸, especialmente cuando las normas sustantivas presentan un elevado grado de elasticidad, como sucede con la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982. En efecto, según el art. 6 del Anexo V de la Convención de 1982, la labor de la comisión consistirá en “examinar las pretensiones y objeciones de las partes” (se entiende, fundadas en las normas de la Convención), y “formular propuestas para que lleguen a una solución amistosa”, que necesariamente deberán tener en cuenta las normas convencionales. Ahora bien, si tenemos en cuenta que no son pocas las disposiciones en la Convención de 1982 que presentan un contenido normativo ambiguo e impreciso²⁷⁹, parece lógico que la comisión disponga de un cierto margen en la elección de las recomendaciones y propuestas más idóneas para favorecer una solución transaccional aceptable para las partes, pero siempre en el respeto de las reglas jurídicas convencionales.

En cualquier caso, en materia de *pesquerías* la comisión encuentra un límite expreso, pues en este tipo de controversias “la comisión de conciliación no sustituirá en ningún caso al Estado ribereño en sus facultades discrecionales” (art. 297.3 c). El alcance de esta limitación se refiere a las recomendaciones contenidas en el informe – cuando las

²⁷⁸ Pues en la hipótesis en que se hubieran ejecutado actos basados en un tratado nulo, el art. 69.2 a) del Convenio dispone que “toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que *en la medida de lo posible* establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos”. Si bien esta norma impone restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo* que había antes de ejecutar el tratado, no parece que pueda excluirse que la comisión, una vez declarada la nulidad conforme al Convenio, recomiende un arreglo en el que se tenga en cuenta consideraciones de oportunidad a la hora de restablecer las relaciones entre las partes. La cursiva es nuestra.

²⁷⁹ Pensemos, por ejemplo, en las normas sobre delimitación de la ZEE (art. 74) y de la Plataforma Continental (art. 83) entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, que prescriben una delimitación por *acuerdo* de conformidad con el art. 38 del Estatuto de la CIJ con el fin de lograr una *solución equitativa*.

partes no hayan aceptado las propuestas realizadas conforme al art. 6²⁸⁰ – y, muy especialmente, a “las conclusiones sobre todas las cuestiones *de derecho*” que la comisión debe incluir en su informe en virtud del art. 7 del Anexo V. Por tanto, el informe sí puede determinar que existe un incumplimiento “manifiesto” o “arbitrario” respecto de las obligaciones del Estado ribereño en materia de pesca establecidas en la Convención, pero no podrá indicar de qué modo esas obligaciones deben cumplirse por parte de dicho Estado²⁸¹.

Sin embargo, en el caso del órgano de conciliación que instituye el art. 85 de la *Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975 sí se advierten unas competencias dirigidas claramente hacia la valoración de las pretensiones de las partes sobre la base de la Convención. Esto resulta del art. 85.6 de la Convención de 1975, que faculta expresamente a la comisión para recomendar a la Organización en cuestión, siempre que la Carta de las NU le autorice para ello, “que solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia relativa a la aplicación o interpretación de la Convención”. De estar autorizada por la Carta de las NU, la Organización será libre de atender la recomendación de la comisión. Ahora bien, una vez recibida por la comisión tal opinión, ¿debe atenerse a sus términos o tendrá facultades para apartarse de ella y establecer otras bases de conciliación? Debemos presumir, dado que dicha opinión se presenta como un juicio (no vinculante) de la controversia, que la comisión difícilmente pueda apartarse de dicho dictamen y, por tanto, deberá limitarse a proponer unos términos de arreglo sustancialmente conformes con la

²⁸⁰ El art. 297.3 c) no afecta a las propuestas de solución amistosa que, según el art. 6 del Anexo, la comisión puede realizar antes de adoptar el informe.

²⁸¹ Por ejemplo, mientras la comisión de conciliación sí puede determinar en su informe el incumplimiento manifiesto de la obligación de fijar el volumen admisible de captura para terceros Estados o su excedente no podrá, en cambio, indicar cual debe ser dicho volumen. Pero incluso en ausencia de dicha disposición sería difícil imaginar que el informe de la comisión, no obligatorio por naturaleza, pudiera sustituir una decisión vinculante del Estado ribereño; cf. TREVES, T., *Le Controversie ...*, op. cit., p. 185, así como LAVALLE, R., “Conciliation under ...”, loc. cit., p. 38.

valoración jurídica dada por la CIJ²⁸². Asimismo, si la comisión no lograra un arreglo dentro de los dos meses siguientes a la designación de su presidente, preparará un informe incluyendo “las recomendaciones que haya presentado a las partes con objeto de facilitar una solución de la controversia” (art. 85.7). En este caso, la presentación de cualquier recomendación de tipo transaccional sólo sería posible si atiende a las normas de la Convención y, cuando se haya solicitado, si refleja la opinión de la CIJ. Pero es que, además, en esta Convención el valor del informe viene revestido de una particular eficacia jurídica derivada de la posibilidad que se ofrece a cualquier parte

“de declarar unilateralmente que aceptará las recomendaciones del informe en lo que a ella respecta” (art. 85.7).

Esta facultad determina que las recomendaciones de la comisión tengan como principal objetivo valorar – con el concurso de la declaración unilateral de una parte – la licitud de un comportamiento estatal conforme a la Convención. Por ello, estamos de acuerdo con U. VILLANI cuando afirma que la finalidad de cualquier propuesta de arreglo debe ser no tanto satisfacer los intereses de las partes en la controversia como garantizar el *respeto del DI* codificado en este sector normativo²⁸³.

La prioridad del examen jurídico de la controversia, unida a su faceta pacificadora, ha provocado que la conciliación “obligatoria” haya sido comparada con la función consultiva de la CIJ²⁸⁴. Desde luego, la función consultiva se asemeja a un procedimiento conciliador en el sentido de que, si bien la opinión consultiva en sí misma no es obligatoria, ésta puede coadyuvar al acuerdo entre las partes, o al menos que establezcan los puntos

²⁸² VILLANI, U., “Osservazioni sulla soluzione delle controversie nelle convenzioni di codificazione del diritto internazionale”, *Le Droit International à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de R. Ago*, vol. III, Milano, 1987, 497–521, p. 507.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 504–505.

²⁸⁴ *Vid.* BENVENUTI, P., *L'accertamento del diritto mediante i parere consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, 1985, pp. 84 y ss.

jurídicos en discusión. Para T. TREVES, por ejemplo, la valoración de la controversia en el informe de la comisión prevista en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 lo aproxima, si bien no en cuanto a sus efectos jurídicos, a un laudo arbitral²⁸⁵ y es que “una cosa es que los Estados no quieran verse sometidos a procedimientos rígidos y conducentes a soluciones obligatorias, y otra cuestión bien distinta es que se nieguen a aceptar toda valoración jurídica en relación a las reglas jurídicas aceptadas por ellos en instrumentos internacionales, por definición obligatorios”²⁸⁶.

B) Funciones procesales: la determinación de la regularidad de su propia constitución

Como se ha visto *infra*, el agotamiento de previas negociaciones en los convenios codificadores normalmente da paso a la experimentación de otros métodos en los que interviene un tercero el cual, sea un órgano jurisdiccional o político, deberá apreciar si el plazo concedido a las negociaciones se ha agotado. Si el método que sucede a las negociaciones es también político, el proceso codificador muestra la preferencia por la conciliación sobre la determinación de los hechos. De suceder esto, la comisión de conciliación deberá, antes que nada, verificar si efectivamente ha transcurrido el plazo previsto para las negociaciones con el fin de determinar *la regularidad de su propia constitución* conforme a la Convención. De estar prevista la conciliación como segunda etapa del sistema de arreglo, su intervención puede estar contemplada como último eslabón de las previsiones de arreglo, o como intermedio a la experimentación de otros procedimientos, casi siempre jurisdiccionales.

Al primer supuesto responde la comisión de conciliación instituida en la *Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones*

²⁸⁵ *Le Controversie ...*, *op.cit.*, p. 30.

²⁸⁶ LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Algunas consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 451 *in fine*.

Internacionales Universales. Según el art. 85 de esta Convención, sólo si se ha verificado que el mes dado a las consultas ha expirado, debe entenderse que se ha constituido en forma, pudiendo entonces llevar a cabo el resto de funciones asignadas. De no hacerlo, y aunque la Convención guarda silencio, cualquiera de las partes en la controversia podría promover la nulidad del procedimiento, por lo que sería conveniente que la comisión iniciara sus actuaciones – como propone el art. 85.5 – “a partir del momento en que el Presidente sea nombrado” y *aprecie si se ha cumplido el plazo de un mes previsto para las negociaciones*. Al mismo esquema responden los sistemas de conciliación obligatoria previstos en las *Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* (1978, art. 41) y *en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* (1983, art. 42), y *sobre Derecho de los Tratados entre Estados*, de 1969 (art. 66), y *entre Estados y Organizaciones Internacionales*, de 1986 (art. 66.4), los cuales establecen, respectivamente, seis meses para la sustanciación de las negociaciones, y doce meses para llegar a un acuerdo por cualquier medio del art. 33 de la Carta, pasados los cuales cualquiera de las partes podrá acudir a la conciliación obligatoria, que se constituye en el último eslabón que debe apreciar el fracaso de la vía negociada o del procedimiento acordado para resolver la controversia²⁸⁷.

Aunque las convenciones no aluden expresamente a esta función procesal preliminar, debe entenderse incluida en las facultades autoorganizativas, reglamentarias y de dirección del procedimiento que los convenios codificadores otorgan a las comisiones de conciliación²⁸⁸. La atribución de esta competencia *procesal* a la comisión se justifica,

²⁸⁷ Bien es cierto que no se puede excluir que las partes en la controversia acudan a medios jurisdiccionales, ya sea de común acuerdo o sobre la base del art. 65.4 del Convenio que salva “las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias”. Por su parte, la conciliación también se presenta como el único método de acceso obligatorio en las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados y en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado* pues, si bien ambas Convenciones introducen en su art. 45 la jurisdicción de la CIJ o, de forma alternativa, del arbitraje, dicha cláusula se subordina al común acuerdo de los implicados.

²⁸⁸ Así, por ejemplo, el art. 85.6 de la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* establece que “la comisión determinará su propio reglamento y adoptará sus decisiones y recomendaciones por mayoría de votos”. Más escuetos son los párrafos 3 y 10 de los Anexos a los Convenios de Viena de 1969 y 1986 que simplemente establecen que “la

especialmente, cuando la conciliación opera sobre ámbitos materiales concretos, y más aún cuando figura como el único procedimiento obligatorio del sistema de arreglo. Por lo demás, en el ejercicio de esta función preliminar la comisión de conciliación debería actuar con prudencia y flexibilidad²⁸⁹. Para este cometido debería considerar, – conforme a la *Declaración de Manila* – “si las partes negocian efectivamente a fin de llegar a un acuerdo pronto aceptable para ambas”²⁹⁰ o si por el contrario una se muestra inflexible sin contemplar modificación ni concesión alguna, vuelve reiteradamente sobre lo acordado o viola arbitrariamente los procedimientos y plazos convenidos, como reiteradamente ha advertido la jurisprudencia internacional²⁹¹.

2. De la determinación de los hechos

Dentro del marco de las NU, la actividad normativa de la Organización en relación con la determinación de los hechos refleja una transformación que añade posibilidades a sus perfiles clásicos como medio de arreglo, lo que no supone su desaparición del catálogo de medios, sino que se articula de distinta manera para aprovechar más sus posibilidades con miras a facilitar el objetivo perseguido: la *prevención* o el arreglo de la controversia²⁹². Ahora bien, si la labor del *Comité Especial de la Carta* ha servido para desarrollar los

comisión de conciliación fijará su propio procedimiento”.

²⁸⁹ Sobre todo teniendo en cuenta la brevedad de los plazos otorgados para las negociaciones (seis meses en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* o en la *Convención sobre Sucesión de estados en materia de Tratados*, o incluso sólo un mes en la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Universales*).

²⁹⁰ Cf. Parte I, pár. 10.

²⁹¹ Vid. *North Sea Continental Shelf*, ICJ, *Reports 1969*, p. 47; así como la sentencia arbitral en el asunto del *Lac Lanoux*, de 16 de noviembre de 1957; *RSA*, vol. XII, p. 218. En el mismo sentido véase RIQUELME CORTADO, R.M., “El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia ...”, *loc. cit.*, p. 266 –*in fine*.

²⁹² Una evaluación actualizada sobre la situación de los diversos mecanismos de que dispone el SG en materia de prevención y solución de controversias se contiene en el documento elaborado por la Secretaría, titulado “Mecanismos establecidos por la Asamblea General en el contexto de la prevención y la solución de controversias”, en el que se describen los mecanismos que están a disposición del CS, de la AG y del SG en el desempeño de las funciones que les confiere la Carta, así como de los Estados miembros; *vid. Doc. A/AC.182/2000/INF/2*.

aspectos normativos de este medio de arreglo dentro de la esfera de las NU, al calor del proceso codificador se ha potenciado tanto sus aspectos normativos como procedimentales. Respecto a los primeros, porque de nuevo se pone el acento en la dimensión *preventiva* que posee este medio para las controversias relativas a ciertos regímenes materiales, ya sea como medio “adecuado” o como medio “auxiliar” de otro, en especial de la conciliación. Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales, porque se estructura una nueva modalidad de investigación de acceso obligatorio a través de diversas técnicas y mecanismos cuyo objetivo es impedir la parálisis del procedimiento por la inactividad o el bloqueo de una de las partes.

Esta desnaturalización en los perfiles clásicos de la determinación de los hechos afecta también a otro de sus rasgos esenciales, como el carácter facultativo del informe sobre los hechos controvertidos. En lo que se refiere a su naturaleza, bien porque se faculta a la comisión a emitir un informe en el que los hechos quedan establecidos obligatoria y definitivamente para las partes, bien porque se autoriza a la comisión a realizar una calificación jurídica de los hechos. En segundo término, porque se confirma la tendencia iniciada en la práctica normativa de las NU que concibe a la determinación de los hechos como medio auxiliar o preliminar de otros procedimientos²⁹³.

²⁹³ En efecto, aun sin poseer carácter vinculante, la *Declaración sobre la prevención, la Declaración sobre la determinación de los hechos y el Manual*, confluyen en la idea de que la determinación de los hechos es un medio auxiliar que puede coadyuvar a otros procedimientos para cumplir la finalidad prevista de evitar o resolver las controversias, ya sea en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o, incluso, como señala el *Manual*, trascendiendo esos límites. El papel de estos instrumentos en la prevención de controversias ha sido recientemente recordado por la AG en su Res. 57/26, adoptada en 2003, que lleva por título “Prevención y solución pacífica de controversias”, en la que se reconoce la labor realizada por el *Comité Especial de la Carta* para alentar a los Estados a que presten su atención a la necesidad de evitar y resolver pacíficamente sus controversias que pueden poner en peligro la paz y seguridad internacionales; *Doc. A/RES/57/26*, de 3 de febrero de 2003.

A) La determinación de los hechos como medio auxiliar de la conciliación y del arbitraje

El proceso de transformación que experimenta la conciliación ha puesto en entredicho el carácter de su *singularidad* como procedimiento en un doble sentido: primero, porque la conciliación se convierte en una fase de un procedimiento de solución de controversias; y segundo, porque la función conciliadora no es la única función atribuida al órgano encargado de la solución pacífica de la controversia. En efecto, de entre los rasgos que caracterizan el modelo de conciliación obligatoria en los convenios codificadores destaca la previsión de una fase previa de acopio de información, y en la que la determinación de los hechos asume una función auxiliar de aquella²⁹⁴. Así resulta de la posibilidad que ofrece la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 de recurrir a un modelo cuasijurisdiccional de conciliación (en el que el tribunal arbitral es, en realidad, un órgano de conciliación), después de una primera fase dedicada a la determinación de los hechos. En efecto, constituido el tribunal arbitral especial conforme al art. 5.1 del Anexo VIII de la Convención, y una vez establecidos los hechos con carácter obligatorio y definitivo para las partes (art. 5.2 del Anexo), a continuación el art. 5.3 prevé que, si todas las partes así lo solicitan, el tribunal arbitral especial podrá formular *recomendaciones*, que carecerán de fuerza obligatoria, que puedan servir de base para que las partes examinen las cuestiones que han dado origen a la controversia.

Este carácter auxiliar de la determinación de los hechos respecto a la conciliación figuraba también en la versión de 1996 del *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados*. Así, el art. 57.2 del Proyecto de 1996 establecía, como segunda etapa del

²⁹⁴ Como ya fue señalado por el *Manual*, “también puede recurrirse a la investigación cuando las partes en la controversia se ponen de acuerdo *sobre algún otro medio de arreglo* ... y surge la necesidad de reunir toda la información necesaria para comprobar o aclarar los hechos que han dado lugar a la controversia”; *Manual sobre arreglo pacífico* ..., *op. cit.*, p. 24, párr. 74. Cursiva añadida.

sistema, el recurso obligatorio a un procedimiento de conciliación entre cuyas funciones destacaba la realización de una actividad de determinación de los hechos en el territorio de las partes en la controversia, siendo obligatorio para el Estado motivar la negativa a autorizar dicha actividad²⁹⁵. Desde luego, la propuesta del art. 57.2 era de indudable desarrollo progresivo, sobre todo si consideramos que la *Declaración sobre la determinación de los hechos* de 1991 condiciona el envío por el SG de una misión de determinación de los hechos en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad necesariamente al consentimiento de los Estados implicados²⁹⁶. Y es que, como estimó la propia CDI, “la obligación del Estado de autorizar la determinación de los hechos en su territorio constituye un avance significativo en relación con el estado actual de la normativa en materia de arreglo de controversias al tratarse de una competencia más propia de un órgano de instrucción que de conciliación”²⁹⁷.

Por su parte, dentro de las amplias facultades de que dispone el órgano de investigación para dirigir el procedimiento en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997²⁹⁸, destaca la obligación genérica “de cooperación” entre los Estados del curso interesados con la comisión. Esta obligación de cooperación se concreta en este texto a través de su art. 33.7, el cual prescribe “la obligación de proporcionar a la comisión la información que requiera” e, incluso, en “facilitarle el acceso a sus respectivos

²⁹⁵ *Vid. Doc. A/50/10*, p. 208.

²⁹⁶ *Informe del Comité Especial de la Carta, Doc. A/45/33* (1990), pp. 15–18.

²⁹⁷ *Doc. A/50/10*, p. 208. Por lo demás, la combinación entre conciliación y determinación de los hechos fue calificada de correcta en los debates celebrados en la Sexta Comisión en 1996 y 1997 dado que esa labor sería importante – salvo que “circunstancias excepcionales” no hicieran factible al Estado prestar su consentimiento –, para esclarecer la verdad con imparcialidad y suprimir todas las trabas al funcionamiento efectivo de esa comisión; *vid. Docs. A/CN.4/472/Add.1*, p. 16 y *A/CN.4/479/Add.1*, p. 30. No faltaron Estados, como Corea del Sur, favorables a la inclusión de la función de determinación de los hechos entre los cometidos del órgano de conciliación, en la medida en que tales funciones contribuirían a dilucidar la verdad con imparcialidad; *vid. Doc. A/C.6/51/SR.41*, p. 12, párr. 51.

²⁹⁸ Así, el *Convenio marco* de 1997 atribuye expresamente a la comisión facultades como establecer las reglas de procedimiento (párrafo 6) o la forma de repartir los gastos y costas pues, salvo acuerdo en contrario de las partes, el párrafo 9 prevé que los gastos de la comisión serán sufragados por las partes en la controversia en la misma proporción; *vid. Doc. A/51/869*, 1997, p. 20.

territorios e inspeccionar las instalaciones, equipos, construcciones o particularidad física que sea pertinente”.

En relación con el arbitraje, esa función auxiliar de la determinación de los hechos figura con nitidez en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982. De entre los procedimientos obligatorios a los que las partes pueden acudir según el art. 287.1 de la Convención, el párrafo *d)* de este artículo se refiere “a un *tribunal arbitral especial*, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican” en las que, por su especificidad técnica o científica, se estima que es preferible la intervención de expertos. La novedad estriba en que, para este tipo de controversias técnicas relativas a pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, el art. 5.1 del Anexo VIII autoriza a las partes en la controversia para que convengan la constitución de un tribunal arbitral especial con la “sola misión de investigar y determinar los hechos” que haya originado la controversia (art. 3 del Anexo).

El interés de la Convención de 1982 por la determinación de los hechos pone de relieve dos tendencias que inciden en este medio de arreglo. Primero, el hecho de que un tribunal arbitral se constituya únicamente para realizar una actividad de determinación de los hechos confirma la institucionalización de este medio de arreglo señalada en la práctica normativa de la AG²⁹⁹. En segundo lugar, según el art. 5.2 del Anexo VIII, los hechos determinados por el tribunal arbitral se considerarán “definitivamente establecidos para las partes”, posibilidad que configura un modelo de informe sobre los hechos que no se aviene con su puro y primigenio carácter facultativo. Ciertamente es que se trata de un modelo

²⁹⁹ Sobre este particular A. RODRÍGUEZ CARRIÓN ha señalado que, si bien la propuesta de establecer una comisión permanente de investigación, acompañada de la obligación de recurrir a tal órgano, fue rechazada tanto en la Res. 2329 (XXII), de 1967, relativa a la cuestión de los Métodos para la determinación de los hechos, como también en la Conferencia sobre Derecho Humanitario (1974–1977), “sí se ha conseguido su inclusión en el artículo 5 del Anexo VIII de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982”; *Lecciones ..., op. cit.*, p. 572.

funcional, previsto únicamente para cierto tipo de controversias, pero no lo es menos que este modelo también participa de la tendencia judicializadora que afecta en el proceso codificador a los medios no jurisdiccionales³⁰⁰.

Las conclusiones que hemos obtenido tras un examen del proceso codificador se corresponden tanto con los desarrollos de la práctica normativa de la AG como con los análisis doctrinales que ya se iniciaron en el pasado en torno a la naturaleza de la determinación de los hechos. Así, cuando L.M. GOODRICH y E. HAMBRO se propusieron estudiar la nómina de medios de arreglo enunciada en el art. 33 de la Carta, afirmaban brevemente que la investigación “..., strictement parlant, ne constitue pas un moyen de règlement. C’est plutôt un effort tenté afin de trouver une base en vue d’un règlement”³⁰¹. Esta posición que relativiza la determinación de los hechos como medio de arreglo se ve reforzada por diferentes autores que, al estudiar concretos procedimientos de arreglo, aprecian la necesidad de una etapa previa de obtención de información, donde la investigación figura como medio auxiliar de la mediación y, sobre todo, de la conciliación. En efecto, H.G. DARWIN, al fijarse en las misiones de determinación de los hechos, trató de establecer la separación respecto de las comisiones de conciliación señalando, como único criterio diferenciador, que las primeras no emiten recomendaciones a las partes³⁰². Recientemente, R. LAVALLE en su examen de la comisión de buenos oficios, mediación y conciliación negó a la investigación el carácter de procedimiento de arreglo y le atribuyó la condición de medio auxiliar³⁰³.

³⁰⁰ Por lo demás, este modelo de investigación obligatoria ya había sido propuesto por F. CASTRO-RIAL, al apuntar, como posible desarrollo de este procedimiento, que las partes podrían aceptar de forma expresa el carácter obligatorio del informe final de la comisión”; “Las Comisiones Internacionales de Investigación”, *REDI*, vol. XXXVIII (1986), n. 2, 519-541.

³⁰¹ *The Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, New York, 1969, p. 224. Esta atribución de funciones conciliadoras a las comisiones de encuesta ha sido prevista también en la práctica convencional multilateral por el art. XXII del *Pacto de Bogotá*.

³⁰² “Fact-finding and commissions of inquiry”, en *International Disputes. The Legal Aspects*, *op. cit.*, p. 159.

³⁰³ Cf. “The amicable dispute settlement ...”, *op. cit.*, pp. 166-167; así como MERRILLS, J.G., *International Dispute ...*, *op. cit.*, p. 67 y también ha sido apuntada entre nosotros por A. RODRÍGUEZ CARRIÓN al señalar que “las comisiones de investigación participan de rasgos de las comisiones de conciliación, tanto su

B) La ampliación competencial *ratione materiae* a la calificación de los hechos establecidos en el informe

La *Declaración sobre la determinación de los hechos* define a este medio de arreglo como “toda actividad encaminada a obtener un conocimiento detallado de los hechos pertinentes de cualquier controversia o situación” que concluye con un informe limitado a una “mera presentación de los hechos, de carácter fáctico”³⁰⁴. Esta definición sugiere un procedimiento caracterizado por la mera obtención de información para que, *a posteriori*, los órganos competentes de las NU puedan desempeñar eficazmente sus funciones en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, en la práctica no es fácil distinguir la investigación “genuina”³⁰⁵ de la conciliación y la mediación, porque suele ocurrir que las comisiones de investigación evalúen los hechos e incluso formulen en el informe recomendaciones para resolver la controversia, lo que conlleva una ampliación *ratione materiae* de sus competencias más allá de la mera constatación de los hechos. Esta ampliación se hace visible en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 pues, según el art. 33.8, la comisión de determinación de los hechos “aprobará su informe por mayoría, exponiendo en él sus conclusiones con sus fundamentos, así como las recomendaciones que considere apropiadas para una solución equitativa de la controversia, que las partes interesadas considerarán de buena fe” (art. 33.8)³⁰⁶. Desde luego, esta redacción sugiere una ampliación *ratione*

finalidad es la determinación de los hechos relevantes o en cuanto el informe final tampoco es obligatorio para las partes”; *Lecciones ..., op. cit.*, p. 551.

³⁰⁴ El párrafo 17 es bien claro en este sentido al afirmar que: “El informe será limitado a la presentación de los resultados de naturaleza fáctica”. A pesar de ello, creemos que será difícil evitar una evaluación de los resultados, circunstancia que dependerá de la mayor o menor concreción del mandato otorgado.

³⁰⁵ Así denomina BAR-YAACOV a las comisiones de investigación que sólo tienen por mandato la averiguación de los hechos, diferenciándolas de las comisiones con poderes de naturaleza judicial; *vid. The Handling of Disputes by Means of Inquiry*, Oxford, 1974, pp. 76 y ss.

³⁰⁶ El origen de este párrafo se debe a iniciativa del Comité de Redacción ya que el texto de la CDI no hacía

materiae de la competencia que excede de la mera determinación de los hechos pues, cuando la comisión presenta su informe debe exponer en él sus "conclusiones motivadas" y sus "recomendaciones" con vistas al *arreglo de la controversia*³⁰⁷. La calificación jurídica de los hechos se justificaría en atención a que la solución de este tipo de controversias no depende solamente de la apreciación de los hechos generadores de la controversia, sino también de su apropiada calificación³⁰⁸. Esta función adicional fue cuestionada entre los Estados³⁰⁹, y criticada entre la doctrina al entender que "l'organe d'enquête" est en effet autorisé à formuler des recommandations pour régler le fond du différend. Il s'agit donc d'une *procédure obligatoire de conciliation* qui tait son nom pour ne pas indisposer les Etats frileux en matière de "souveraineté"»³¹⁰. De todos modos, cabe dudar de la utilidad de preguntarse por las llamadas comisiones genuinas dado que una comisión de investigación estará siempre determinada por el tipo de pregunta que se le formule³¹¹.

Una resultado parecido se persigue en el art. 19 del *Proyecto sobre Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas* adoptado en 2001. Así, aunque en virtud de tal disposición se deja bien claro que el informe de la comisión de

referencia a que las conclusiones y fundamentos de la comisión estarían *orientados al arreglo de la controversia* ni tampoco a que serían observados por las partes *de buena fe*; *vid. Anuario CDI*, 1994-II (2ª parte), p. 143.

³⁰⁷ CAFLISCH, L., "La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation", *AFDI*, vol. XLIII (1997), 751-798, p. 795.

³⁰⁸ Por ejemplo, para conocer si una utilización es "equitativa y razonable" o si se ha producido un "perjuicio sensible" se requiere, además de un acuerdo sobre los hechos ocurridos, una valoración relativa a si tal acontecimiento o conducta encaja bien en esos conceptos jurídicos indeterminados.

³⁰⁹ Por ejemplo, en el seno de la Sexta Comisión Guatemala señaló que la facultad de formular recomendaciones "es una función propia de una comisión de conciliación; pese a lo cual las facultades que se indican en el inciso iv) del apartado b) son prácticamente idénticas a las facultades amplias e independientes de los órganos de conciliación"; *vid. Doc. A/C.6/51/SR.21*, p. 10. Preocupado por esta extensión de competencias, el delegado de Guatemala preguntó sobre la posibilidad de impugnar las conclusiones de la comisión puesto que, en caso afirmativo, la comisión estaría asumiendo una función judicial; *ibid.* pp. 10-11.

³¹⁰ CAFLISCH, L., "Cent ans de règlement ...", *loc. cit.*, p. 364. En contra de la ampliación de facultades de la comisión se han expresado, entre nosotros, F. CASTRO-RIAL; "Las Comisiones Internacionales de Investigación ...", *loc. cit.*, p. 530.

³¹¹ Por ejemplo, el asunto *Dogger Bank*, en el que Reino Unido y Rusia acordaron crear una comisión de investigación para esclarecer los hechos relativos al bombardeo de una flota pesquera británica por parte de buques rusos en el Mar del Norte el 9 de octubre de 1904, es relativamente sencillo comprobar que la comisión, que tenía la tarea de "facilitar una solución ... por medio de una investigación imparcial y concienzuda" y cuyo informe estaba "limitado a una relación de los hechos y no tenía en ningún caso carácter de laudo", se alejó de esa pureza fáctica desde sus primeros pasos.

investigación sólo debe aclarar o constatar los hechos, al mismo tiempo su párrafo 6 exige a los Estados que consideren de *buena fe* el informe de la comisión de investigación, lo que incluye también las recomendaciones y conclusiones a las que pudiera llegar aquélla. Desde luego, el principio de la buena fe, como principio rector aplicable a las relaciones internacionales, añade un plus que dificulta a los Estados apartarse de las recomendaciones sobre la apreciación de los hechos que se contienen en el informe.

En definitiva, el proceso codificador agrega posibilidades a los perfiles que caracterizan a la determinación de los hechos, lo que no implica que su presencia quede eliminada del panorama de medios de arreglo de controversias sino que se articula de distinta manera para aprovechar más sus posibilidades con miras a facilitar el arreglo de la controversia. La solución quizás reside, más que en buscar rasgos de pureza en las comisiones de investigación³¹², en la adopción de una actitud pragmática que reconozca la existencia de una figura híbrida en la que se mezclan investigación y conciliación³¹³. De todos modos, la versatilidad de su aparato procedimental unido a la faceta pacificadora que caracteriza a la determinación de los hechos desde su desarrollo normativo en la práctica de las NU, sitúan a este medio de arreglo en un lugar privilegiado para asumir entre sus competencias cualquier tarea dirigida a lograr su fin: el arreglo pacífico de la controversia³¹⁴.

³¹² Sobre este particular N. QUOC-DINH se manifestó de manera rotunda al afirmar que “(...) Enquête au sein de la Convention de 1907 et conciliation en sauraient être confondue car, en fait, ces deux procédures correspondent respectivement à deux attitudes très différentes des Parties devant leur différend”; “Les Commissions de conciliation sont-elles aussi ...”, *loc. cit.*, p. 673.

³¹³ En ciertos tratados se pueden encontrar figuras que avalan nuestro juicio: el art. 90 del Protocolo Adicional n.1 de las Convenciones de Ginebra, de 12 de diciembre de 1977, es un buen ejemplo. Sobre el particular puede verse ROACH, J.A. “The International Fact-Finding Commission”, *IRRC*, vol. 281 (1991), pp. 167–210.

³¹⁴ Esta conclusión coincide con la práctica normativa más reciente de la Organización como la *Declaración sobre la prevención, la Declaración sobre la determinación de los hechos* o el *Manual*. Esta posición ha sido mantenida por T. BENSALAH quien, al plantearse el lugar que ocupa la investigación entre los medios de arreglo pacífico ha concluido que, teniendo en cuenta que las comisiones no proponen una solución, “L’enquête ne peut donc être considérée comme une méthode de règlement des conflicts. Elle ne fait que contribuer à leur solution”; *L’enquête internationale dans le règlement des conflicts. Regles juridiques applicables*, Paris, 1976, p. 115.

Sección tercera. El acceso obligatorio a los medios políticos por intervención de tercero: valoración a la luz de la práctica de los Estados

Si observamos la actitud de los Estados hacia los sistemas de conciliación facultativa (*opting in*) en los convenios codificadores que han optado por esta modalidad el balance no es muy alentador pues, hasta el momento, no se conoce ningún supuesto en que los Estados hayan acordado recurrir a la misma sobre la base de sus disposiciones. En aquellos convenios donde la conciliación se concibe como precedente optativo y consensuado a la vía judicial obligatoria³¹⁵, ha sido precisamente la cláusula de recurso obligatorio y automático a la CIJ la que en más ocasiones se ha utilizado, como lo demuestra la reciente reactivación de la CIJ a través del Art. I del Protocolo facultativo al *Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1961³¹⁶, síntoma del poco juego que conceden los Estados a la conciliación facultativa en este sector de normas. Pero tampoco los Estados confían en la conciliación facultativa cuando ésta se contempla como alternativa a otros procedimientos políticos, como sucede en el art. 33 del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, donde la conciliación facultativa es la alternativa opcional que las partes tienen si quieren evitar la puesta en práctica de un procedimiento de determinación de los hechos, si bien habrá que esperar a su entrada en vigor para conocer el interés de los Estados por la conciliación consensual.

Ni siquiera la conciliación de acceso obligatorio que inaugura el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 ofrece mejores resultados. La regulación jurídica de la conciliación en este Convenio representa el paradigma del desequilibrio entre

³¹⁵ Como se prevé tanto en el Art. IV.1 al Protocolo facultativo que acompaña a tres de los cuatro *Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* de 1958 (esto es, sobre *Mar Territorial y Zona Contigua*, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar*) como en el Art. VIII de los Protocolos facultativos de los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares*, de 1961 y 1963, respectivamente, y de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales*, de 1969 (Art. III.1).

³¹⁶ *Vid.* Parte Segunda, Capítulo IV, *infra*.

la relevancia convencional que los Estados le han querido dar a este procedimiento y su nula utilidad práctica. En efecto, no es casual que el art. 66 del Convenio de 1969 se haya convertido en el precepto al que se le han formulado mayor número de declaraciones y reservas de todo el Convenio, y que éstas han sido las que han dado lugar a más objeciones. Respecto a las reservas cuyo objeto es excluir los efectos jurídicos de la conciliación obligatoria, hemos de advertir la existencia de tres tipos, en razón de su contenido y alcance. En primer lugar, se han formulado reservas cuya finalidad es excluir solamente los efectos jurídicos del *apartado b) del art. 66*, como la formulada por Siria, por la que este Gobierno excluye la eventual reclamación unilateral que ponga en marcha el procedimiento de conciliación “obligatoria” previsto en el Anexo³¹⁷. En segundo lugar, aquellas que excluyen los efectos jurídicos del *art. 66 en su conjunto*; es decir, el recurso y la puesta en marcha automática de los procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, como la conciliación obligatoria. A este respecto, hay que registrar como dato favorable que las reservas formuladas en su día por varios Estados del bloque socialista al art. 66 fueron retiradas en los años noventa³¹⁸, siendo Rusia (junto con Belarús y Ucrania) el único Estado de aquel bloque ideológico que la mantiene³¹⁹, junto con tres regímenes de socialismo real como son China, Cuba y Vietnam³²⁰.

Con los mismos efectos que las anteriores, Dinamarca y Tanzania han realizado reservas sujetas a la condición de que algún Estado reserve las disposiciones procesales de la Parte V³²¹, lo que implicaría la exclusión de las disposiciones convencionales de la Parte V relativas a la nulidad, terminación o suspensión de un tratado, con excepción de los arts.

³¹⁷ UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 329.

³¹⁸ A comienzos de la década de los noventa retiraron la reserva la República Checa (*ibid.*, pp. 335, n. 5); Eslovaquia (*ibid.*); Alemania Democrática (*ibid.*, p. 336 n. 6); Hungría (*ibid.*, 337, n. 15) que también retiró su reserva al Convenio de 1986 (*ibid.*, p. 343 n.7) y Mongolia (*ibid.*, p. 337, n. 16).

³¹⁹ *Ibid.*, p. 329 (Rusia y Ucrania), y p. 326 (Belarús).

³²⁰ *Ibid.*, pp. 327 (China), 327 (Cuba) y 330 (Vietnam).

³²¹ Para el Gobierno tanzano, “el artículo 66 no se aplicará a Tanzania por ningún Estado que formule reserva a cualquiera de las disposiciones de la Sección V o a toda ella”; *ibid.*, p. 330 y 327 (Dinamarca). A estas reservas hay que añadir la objeción formulada por Egipto, que de forma clara e inequívoca manifestó su rechazo a las reservas relativas a las disposiciones de la Parte V del Convenio; *ibid.*, p. 330.

53 y 64, en el supuesto de que un Estado reservara la aplicación del procedimiento de conciliación obligatoria del art. 66³²².

Esta indisoluble unión entre la conciliación obligatoria y las normas sustantivas de la Parte V sobre las que se proyecta este procedimiento se hace más patente a través de las objeciones a las reservas formuladas al art. 66 b), y ha llevado a que los Estados autores de dichas objeciones excluyan, en sus relaciones con los Estados reservantes, las disposiciones sustantivas de la Parte V, por lo que extienden sus efectos más allá de la reserva a la que se oponen. Esta ha sido la intención de un grupo de Estados occidentales para los que las cláusulas sobre el arreglo de controversias no pueden ser separadas de las normas sustantivas, como señaló el delegado de Suecia, para quien era necesario “objetar cualquier reserva hecha por otro Estado, cuyo objetivo sea excluir, en todo o en parte, la aplicación de las disposiciones relativas al arreglo de controversias. Aunque no objete la entrada en vigor del Convenio entre Suecia y tal Estado, el Gobierno sueco considera que las relaciones entre ambos países no incluirán ni la disposición procesal sobre la que se ha formulado una reserva ni las disposiciones sustantivas a las que se refiere tal disposición procesal”³²³.

En cualquier caso, del comportamiento de los Estados en relación con las reservas y objeciones formuladas al procedimiento de conciliación obligatoria, se desprende que aquellos Estados que han querido excluir las disposiciones sustantivas de la Parte V en sus

³²² En suma, la declaración danesa (a la que no se le han formulado objeciones) extiende sus efectos más allá del precepto al que se oponen, lo que pone de relieve la complementariedad de la conciliación obligatoria sobre las disposiciones sustantivas respecto de las que se proyecta. Dinamarca también ha formulado una reserva del mismo tipo al art. 66.4 del Convenio de Viena de 1986; *ibid.*, p. 342.

³²³ *Ibid.*, p. 332–333. De contenido similar son las objeciones de Alemania Federal (*ibid.*, p. 331), Estados Unidos (*ibid.*, p. 334), Japón (*ibid.*, p. 331), Países Bajos (*ibid.*, pp. 331–332), Gran Bretaña (*ibid.*, pp. 299–300). En términos menos precisos, las objeciones de Canadá respecto a la reserva Siria (*ibid.*, p. 330) y también Nueva Zelanda (*ibid.*, p. 334). La estrecha relación entre normas procesales y sustantivas de la Parte V, hace preguntarse a REMIRO BROTONS si, el mero hecho de formular una reserva al art. 66 traería consigo, de forma automática, la exclusión de las disposiciones sustantivas ligadas al precepto objeto de la reserva; *vid. Derecho Internacional Público, 2. El Derecho de los Tratados*, Madrid, 1988, p. 456.

relaciones con los autores de las reservas lo han indicado de modo expreso³²⁴. En efecto, esta actitud ha sido mantenida respecto a la reserva siria a la conciliación obligatoria por cuatro Estados occidentales como Japón³²⁵, Canadá³²⁶, Países Bajos³²⁷ y Suecia³²⁸.

Por otra parte, la mayoría de los Estados que han objetado tales reservas no ha indicado que éstas fueran incompatibles con el *objeto y fin* del Convenio de Viena de 1969³²⁹. A decir verdad, sólo Estados Unidos mantuvo esa posición respecto a la reserva siria destinada a excluir la aplicación de la conciliación “obligatoria”³³⁰. También Alemania se ha pronunciado en esta dirección, pero en relación con las reservas de Túnez y Rusia (también Belarús y Ucrania), al art. 66 en su conjunto y, más recientemente, en relación con una reserva de Vietnam también sobre el art. 66 en su conjunto³³¹, aunque no extrajo de ello la consecuencia de que tales reservas se deberían estimar como no formuladas³³². Por

³²⁴ De todos modos, como ha señalado C.M. DÍAZ BARRADO, “es destacable que la exclusión, a través de las objeciones, de las normas sustantivas de la Parte V supone la exclusión de las disposiciones de esta Parte en su forma convencional y no de las *normas consuetudinarias* que reflejan tales preceptos”; *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*, Madrid, 1991, p. 161.

³²⁵ Para quien “las relaciones de tratado entre Japón y la República Árabe Siria no incluirán esas disposiciones de la Parte V del convenio a las que se aplica el procedimiento de conciliación obligatoria establecido en el anexo”; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 331.

³²⁶ *Ibid.*, p. 330.

³²⁷ También respecto a las reservas de Cuba y Vietnam a la totalidad del art. 66, *ibid.*, pp. 331–332.

³²⁸ También respecto a la reserva de Cuba al art. 66, *ibid.*, pp. 298–299.

³²⁹ A lo largo de los trabajos de elaboración del Convenio, fue la delegación española la única que abordó el tema de las reservas al mismo, presentando una enmienda a los artículos sobre disposiciones finales aprobados por la Comisión Plenaria, a tenor de la cual “no se admitirá ninguna reserva a la Parte V de la presente convención”, si bien dicha enmienda fue rechazada; *vid. Doc. A/CONF.39/L.39, Conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho de los tratados. Documentos de la Conferencia*, p. 273. El delegado español justificó la propuesta en base a que “La delegación de España opina que las reservas a la Parte V de la convención serían incompatibles con el *objeto y fin* de la convención y considera que en las disposiciones finales debe señalarse explícitamente que no se permitirán reservas a la Parte V”. No obstante, la mayoría de los Estados estimaron que ya no era necesario mayor explicación, por lo que la enmienda española fue rechazada. *Vid.* la intervención del delegado español y las declaraciones sobre el tema en *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los tratados, segundo período de sesiones, Actas resumidas*, pp. 207–208.

³³⁰ Este Gobierno estimó que “esta reserva es incompatible con los objetivos y la finalidad del Convenio y socava el principio de arreglo imparcial de controversias relativas a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados”; *ibid.*, p. 288. (Cursiva añadida). Sobre este particular puede verse DE VISSCHER, CH., “Une réserve de la République Arabe Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités”, *RBDI*, vol. VIII (1972), pp. 416–418, *passim*.

³³¹ Indicando en su objeción, en junio de 2002, que la reserva de Vietnam suscita dudas acerca de su compatibilidad con el *objeto y fin* del Convenio, si bien no otorga a dicha objeción un alcance cualificado; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 331.

³³² El Gobierno alemán no ha indicado expresamente que el Convenio no entrase en vigor entre Alemania y los Estados mencionados en su objeción, ni tampoco ha señalado *explícitamente*, como lo han hecho otros, que la Parte V no se aplicará en sus relaciones con dichos Estados, aunque esto último se deduce claramente del contenido de su objeción, *ibid.*

tanto, si de los noventa y seis Estados que son partes en el Convenio de 1969, sólo dos han señalado de modo expreso que se trata de reservas incompatibles con el objeto y fin, es difícil sostener que dichas reservas sean incompatibles con el objeto y fin del Convenio de Viena³³³. Mientras que, sólo algunos Estados del grupo occidental han formulado objeciones *cualificadas* (o reforzadas) a la reserva siria, lo que, como se sabe, impediría la entrada en vigor del Convenio entre los Estados autores de las mismas y Siria³³⁴.

Menores expectativas deparan aún el acceso obligatorio a la conciliación en los *Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*, de 1986, sobre *Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983 y sobre la *Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975³³⁵, así como, por lo que se refiere a la determinación de los hechos, en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, pues habrá que esperar a su entrada en vigor internacional para conocer la actitud de las partes ante este procedimiento de acceso obligatorio. En consecuencia, la eficacia de este modelo de conciliación obligatoria debe valorarse, de momento, desde la óptica del compromiso entre los partidarios de un sistema imparcial y viculante de arreglo y los que no lo son. En efecto, el éxito de este mecanismo radica en el establecimiento de un control obligatorio y objetivo de las controversias que eventualmente puedan surgir a propósito de la interpretación o aplicación del tratado, más que en lograr la

³³³ Con todo, no deja de ser significativo que la reserva siria haya sido la única a la que se han formulado objeciones expresas sobre su compatibilidad con el objeto y fin del tratado.

³³⁴ En concreto, Nueva Zelanda y Gran Bretaña, aunque la objeción del primero es más precisa que la formulada por Gran Bretaña al declarar que “el Gobierno de Nueva Zelanda objeta la reserva formulada por el Gobierno de Siria al procedimiento de conciliación obligatorio establecido en el anexo del Convenio y no acepta la entrada en vigor del Convenio entre Nueva Zelanda y Siria”; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 332 (Nueva Zelanda) y 334 (Reino Unido), que ha reiterado su posición en 2002 respecto a la reserva al art. 66 formulada por Vietnam. Mientras que Japón lo ha hecho sólo respecto a las reservas encaminadas a excluir la aplicación de los procedimientos jurisdiccionales del art. 66, *ibid.*, p. 332.

³³⁵ Si bien sólo Guatemala ha formulado una reserva a la Convención de 1975 por la que excluye la aplicación de los arts. 84 y 85 en determinadas cuestiones, *ibid.*, vol. I, 2003, p. 120–121. La reserva de Guatemala se limita a excluir la aplicación de los procedimientos de consultas y conciliación obligatoria para los supuestos en que, de manera unilateral, ese Estado declare *persona non grata* a una o más personas que gocen de los privilegios e inmunidades conforme a la Convención o de declarar inaceptable a una persona que goce de tales privilegios antes de que llegue a su territorio y sin explicación.

incorporación a un sistema de arreglo vinculante de un grupo de Estados ya de por sí convencidos, mientras que los que no lo están siguen permaneciendo fuera del mismo.

Más allá de su regulación jurídica tampoco se puede valorar la utilidad de la conciliación “obligatoria” donde sí puede hacerse operativa, como sucede en la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* de 1978 y, sobre todo, en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, donde la conciliación se configura como la alternativa a la jurisdicción obligatoria para determinadas categorías de controversias. En el plano jurídico formal, la regulación de la conciliación conforme al Anexo V de la Convención de 1982 merece una valoración positiva, si bien se configura dentro de unos márgenes relativamente estrechos. Aquí hay que registrar que solamente 16 de los 148 Estados parte en la misma han hecho uso del art. 298 para excluir la jurisdicción obligatoria con respecto a todas o algunas de las materias que contempla ese artículo, las cuales serán sometidas a la conciliación “obligatoria”³³⁶. En el plano contencioso, no nos consta que se haya puesto en práctica la conciliación “obligatoria”, si bien su mera previsión debiera servir de acicate a los Estados para acudir a los procedimientos jurisdiccionales conducentes a decisiones obligatorias de la Parte XV.

En fin, de los instrumentos codificadores promovidos por la CDI que establecen el recurso obligatorio a la conciliación sólo tres están hoy en vigor (el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados*, la *Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados* y la *Convención sobre Derecho del Mar*). Por consiguiente, es aún relativamente pronto para saber cuáles son las posibilidades reales del recurso obligatorio a

³³⁶ Diez Estados han excluido todas las materias contempladas en el art. 298; Argentina, Belarús, Canadá, Chile, Federación Rusa, Francia, Noruega, Portugal, Túnez y Ucrania, *ibid.*, pp. 262, 264, 266, 286, 270, 277, 279, 283, 283; dos (Cabo Verde y Uruguay) han excluido las controversias relativas a actividades de policía en materia de investigación científica marina y pesquerías (y Cabo Verde también en materia de actividades militares); México ha excluido las cuestiones de delimitación y las actividades militares, *ibid.*, p. 276; y tres, Australia, Italia y España, han excluido las controversias relativas a cuestiones de delimitación, bahías y títulos históricos, *ibid.*, pp. 262, 274 y 282.

la conciliación previsto en el proceso codificador en el que parecen haberse depositado tantas esperanzas³³⁷.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³³⁷ Estamos, en cualquier caso, ante una desproporción llamativa que bien pudiera hacer pensar que la conciliación se concibe más como un punto de transacción negociadora entre los extremos representados por la libertad absoluta de elección del medio y la jurisdicción obligatoria, que como un modo de solución de controversias realmente útil y pacificador, *vid.* GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., “Notas sobre la conciliación: ¿un procedimiento ...”, *loc. cit.*, pp. 57 y ss.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PARTE SEGUNDA. LA INCIDENCIA DEL PROCESO
CODIFICADOR EN LOS MEDIOS DE ARREGLO DE
CARÁCTER JURISDICCIONAL



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO III. EL RELATIVO AUGE DEL ARBITRAJE EN TANTO PROCEDIMIENTO TRANSACCIONAL Y DE CIERRE EN LOS DIFERENTES SISTEMAS DE ARREGLO

Introducción. La creciente sectorialización del arbitraje como procedimiento transaccional y de geometría variable

El arbitraje internacional es, junto con el arreglo judicial, uno de los dos medios jurisdiccionales de arreglo de controversias que conoce el DI. Su rasgo central y más esencial, compartido con el arreglo judicial, es el carácter definitivo y obligatorio para las partes de la decisión del órgano arbitral¹. Junto al anterior, pertenece también a la naturaleza del arbitraje internacional otro rasgo fundamental que tal procedimiento no comparte con el arreglo judicial: la selección de los árbitros por las partes, que se impone como elemento “exterior” que define el sistema arbitral frente a las jurisdicciones permanentes. Como propuso G. SCHELLE en su informe sobre el procedimiento arbitral de 1950 “le choix des juges constitue un critère essentiel de distinction entre l’arbitrage et la jurisdiction. La jurisdiction est par nature institutionnelle, c’est-à-dire que le tribunal préexiste à l’instance, et que les juges sont organiquement institués. L’arbitre ou les arbitres, au contraire, sont institués par les parties ”². Por otro lado, lo que diferencia al arbitraje de los medios no jurisdiccionales es la autoridad de *res judicata* de la sentencia

¹ En un sentido amplio, éste es el elemento principal que caracteriza la noción de arbitraje internacional recogida por J. SALMON en el *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, 2001, p. 78. Por lo demás, este rasgo esencial del arbitraje fue destacado por la CPJI al afirmar lo siguiente: “Si l’on prend le mot ‘arbitrage’ dans un sens large, caractérisé tout simplement par la force obligatoire de la déclaration de volonté faite par un tiers auquel les intéressés se sont remis, on peut bien dire que la décision dont il s’agit (par le Conseil de la Société des Nations sur base de considérations non exclusivement juridiques) est une ‘sentence arbitrale’ ”; *Interpretation de l’Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne*, CPJI, *Recueil, Série A/B*, n. 12, p. 26.

² *Annuaire CDI*, 1950-II, p. 121, *Doc. A/CN.4/18*, de 21 de mayo de 1950.

arbitral que se desprende del consentimiento de las partes al arbitraje pues “la sentence a l’autorité de la chose jugée entre les États qui ont conclu le compromis. Elle est donc définitive, mais elle n’a qu’une autorité relative et ne lie pas les États tiers”³.

Así pues, el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de las partes para someter una controversia a la decisión de un tercero ajeno a las mismas y en el carácter consensual que preside el procedimiento arbitral en todas sus etapas, y que se percibe tanto en el momento inicial del consentimiento del Estado en orden a someter la controversia a arbitraje⁴, como en la fijación de los elementos que constituyen el procedimiento, la definición de las cuestiones que serán sometidas al órgano arbitral, en el acuerdo sobre el derecho aplicable por el órgano arbitral y en el mismo resultado. Dicho consentimiento, que se expresará a través del *compromiso arbitral*⁵, puede prestarse con posterioridad a la controversia, pero también las partes pueden comprometerse por adelantado a someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que puedan surgir entre ellas en el futuro. Sobre esta base, es tradicional la distinción entre arbitraje facultativo y obligatorio, entendiendo que este último existe si hay obligación de someter a arreglo arbitral los litigios que puedan producirse entre las partes en el futuro⁶. Sea obligatorio o facultativo, la soberana autonomía convencional de las partes determina, a través del compromiso arbitral,

³ DECAUX, E., “Arbitrage entre sujets du Droit International: États et Organisations Internationales”, *Juris-Classeurs de Droit International* (1990), n. 3, fasc. 245, p. 18, págr. 62.

⁴ El principio del consentimiento de las partes ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la jurisprudencia internacional. Así, con ocasión de la sentencia en el *affaire Ambatielos (compétence)* de 1 de julio de 1952, la CIJ afirmó que: “en l’absence d’un accord bien net entre les Parties – para atribuirle competencia como Comisión Arbitral –, n’est pas competence pour traiter au fond”; CIJ, *Recueil 1952*, p. 39.

⁵ Como señala A. RORÍGUEZ CARRIÓN “el término *compromiso arbitral* no es unívoco en el sentido de que puede referirse a la obligación *ad hoc* de arreglo arbitral como al desarrollo de la obligación arbitral contenida en los tratados de arbitraje obligatorio o a las cláusulas compromisorias”; *Lecciones ..., op. cit.*, p. 559.

⁶ Como ha señalado L. CAFLISCH, esta dicotomía “peut être observée sur le plan multilatéral, où l’on recontre, à côté des traités d’arbitrage proprement dits, des accords multilatéraux qui règlent d’autres matières et dont l’interprétation et l’application font l’objet de clauses compromissaires », “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, *loc. cit.*, pp. 25. Sobre la distinción puede verse QUOC DINH, N., PELLET, A., DAILLER, Ph., *Droit international ..., op. cit.*, pp. 834–840.

y por ende de una manera absolutamente flexible, los elementos que configuran el procedimiento arbitral⁷.

Ahora bien, la eficacia y las posibilidades del arbitraje están en directa relación con la evolución de la SI y de su ordenamiento jurídico. Así pues, es un lugar común situar como punto de arranque del arbitraje internacional moderno la adopción del *Tratado de Amistad, Comercio y Navegación* de 1794 concluido entre Gran Bretaña y Estados Unidos, conocido como *Tratado Jay*⁸, al amparo de cuyas disposiciones se organizaron un gran número de arbitrajes mediante el sistema de “comisiones mixtas”. No obstante, los primeros intentos en orden a la institucionalización del arbitraje no aparecen hasta la creación de la CPA a través de la *Convención de La Haya sobre arreglo pacífico de las controversias* de 1899⁹ que mantuvo inalterada su estructura en la *Convención de 1907*¹⁰.

⁷ En cualquier caso, la gran ventaja del arbitraje, tanto facultativo como obligatorio, es su flexibilidad en la medida en que siempre deberá concretarse en un compromiso por el que las partes en el arbitraje cierran el control de todos los elementos del procedimiento. La importancia esencial del acuerdo se manifestará igualmente en el resultado del proceso en la medida en que la sentencia tendrá en muchos casos un carácter transaccional, especialmente cuando la decisión emane de un tribunal compuesto paritariamente por representantes nacionales que a su vez han designado al Presidente. En muchos casos, el procedimiento de arbitraje comporta un importante contenido negociador. En este contexto, los riesgos que acarrea la decisión de sometimiento de la controversia al tribunal arbitral son relativamente previsibles. Respecto de las ventajas del sistema arbitral y de su contribución a la solución pacífica de las controversias véase CAFLISCH, L., “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, *loc. cit.*, pp. 17–23.

⁸ Como ha señalado M. DE TAUBE, los orígenes del arbitraje son muy antiguos pudiendo encontrarse procedimientos arbitrales en la más lejana antigüedad, continuando su desarrollo a través de la Edad Media, hasta un cierto florecimiento y esplendor en el tránsito entre los siglos XIX y XX; *vid.* “Les origines de l’arbitrage international. Antiquité et Moyen Age”, *RdC*, t. 42 (1932), pp. 5–151. Pese a ello, para J.H.W. VERZJIL, el año 1794, “it is, in effect, an historical fact that then again for the first time new life was breathed into the idea of the settlement of international disputes by binding pronouncements of one or the other international organ”; *International Law in Historical Perspective*, Leyden, 1976, vol. VIII, p. 73. El *asunto del Alabama* es el otro gran hito que corona la evolución del arbitraje moderno en el que, con el fin de conocer de las reclamaciones de Estados Unidos contra Gran Bretaña relativas a los daños ocasionados durante la guerra de secesión, se organiza por vez primera un auténtico tribunal arbitral con mayoría de árbitros terceros y siguiendo un procedimiento judicial, si bien los arbitrajes celebrados seguían teniendo carácter ocasional y *ad hoc*. Respecto a los orígenes del arbitraje moderno puede verse el estudio de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1974-1978)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1982, pp. 3–21, así como la abundante bibliografía que aporta la autora.

⁹ Se ha dicho con razón, si bien en referencia a la Conferencia de 1899 que: “The 1899 Peace Conference was a point of inflection, a turn in the river, in the effort to move beyond *ad hoc* international arbitration to adjudication by a permanent international court as a means to avoid war and preserve international peace and security”, CARON, D.D., “War and International adjudication: reflections on the 1899 Peace Conference”, *AJIL*, vol. 94 (2000), 4–30, p. 4. Asimismo, en la Conferencia de 1907 se presentó un proyecto de convención relativa al establecimiento de un verdadero Tribunal de Justicia Arbitral de carácter permanente que no se llegó a aprobar, *vid.* SCOTT, J.B., *op. cit.*, pp. 31–39. Sobre la CPA puede verse J.P.A. FRANÇOIS, “La Cour Permanente d’Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir”, *RdC*, t. 87 (1955-I), pp. 461–548.

Claro que, la CPA, ni es un tribunal ni tiene carácter permanente – si se exceptúa su Secretaría, con sede en La Haya –, sino una especie de lista de árbitros compuesta por nacionales de los Estados partes (cuatro por cada Estado propuestos por un período de seis años, lo que hoy arroja un total de 250 árbitros), a la que se puede acudir para la designación del órgano en cuestión, permaneciendo prácticamente inactiva desde la creación de las NU hasta fechas muy recientes, donde cabe advertir una tendencia a acudir a la Secretaría de la CPA, ya sea para designar a los árbitros para una controversia, ya sea para registrar las distintas actuaciones de un tribunal¹¹. Sin embargo, las Convenciones de La Haya fracasaron en su intento de establecer con alcance general el recurso obligatorio al arbitraje limitándose a señalar, como máximo, que en las cuestiones sobre la interpretación o aplicación de convenios internacionales, el arbitraje es reconocido por las Potencias signatarias como “el medio más eficaz y, al mismo tiempo, más equitativo de arreglo de los litigios que no hayan sido resueltos por la vía diplomática” (art. 16 de la Convención de 1899)¹².

Será durante el período de entreguerras cuando el arbitraje experimente su mayor auge. Primero, a través del *Pacto de la SdN*, cuyo sistema de arreglo (arts. 12–15) establecía para sus signatarios, bien una obligación alternativa de arbitraje o arreglo judicial, bien someter la controversia al examen del Consejo. Y, más tarde, con el

¹⁰ Vid. el Capítulo II de ambas Convenciones. En 1907 fracasó la propuesta norteamericana de crear un Tribunal de Justicia Arbitral.

¹¹ En los últimos años podemos constatar una creciente tendencia de los Estados a utilizar las posibilidades que ofrece la CPA a través de su Secretaría, siendo especialmente significativas sus labores de registro de las distintas actuaciones de los tribunales arbitrales constituidos al amparo del Anexo VII de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982. Para ver las actividades más recientes de la Secretaría de la CPA puede consultarse <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DARP/index.htm>.

¹² A pesar de que todos los delegados presentes en la Comisión se declararon partidarios del arbitraje obligatorio, finalmente la resolución tomada por la Comisión quedó plasmada en el Acta Final de 1907 en el que tras reconocer el principio – abstracto – del arbitraje obligatorio concluye que: “Elle est unanime enfin à proclamer que, s’il n’a pas été donné de conclure dès maintenant une Convention en ce sens, les divergences d’opinion qui se sont manifestées, n’ont pas dépassé les limites d’une controverse juridique et qu’en travaillant ici ensemble pendant quatre mois, toutes les Puissances du monde, ne seulement ont appris à se comprendre et à se rapprocher davantage, mais ont se dégager, au cours de cette longue collaboration, un sentiment très élevé du bien commun de l’humanité”; SCOTT, J.B., *op. cit.*, pp. 27–28.

Protocolo de Ginebra de 1924, cuyo objetivo sería cerrar las fisuras del Pacto mediante la conocida trilogía “arbitraje, seguridad y desarme”¹³.

Tras la Segunda Guerra Mundial el sistema arbitral entrará en decadencia debido fundamentalmente a dos causas. Por un lado, porque el interés de los Estados hacia el arbitraje obligatorio y permanente decaerá ante la creación de la CIJ¹⁴. Por otro, porque la proclamación del principio que prohíbe recurrir al uso de la fuerza en el art. 2.4 de la Carta, priva al arbitraje obligatorio de su hipotética función de constituir una vía “compensadora” de la licitud del recurso a la fuerza armada¹⁵.

Con la adopción de la Carta de las NU, el arbitraje retrocede desde la posición preeminente de que gozaba en el período de entreguerras a encontrarse en pie de igualdad con otros procedimientos, pues el art. 33 de la Carta simplemente enumera al arbitraje como un medio, entre otros, al que las partes en una controversia pueden acudir. Esta situación residual del arbitraje ha provocado que hayan sido escasos los frutos recogidos a través de los diferentes intentos de promover este procedimiento en las NU¹⁶. Durante los primeros años de vida de la Organización, el arbitraje fue objeto de dos impulsos destacados, bien junto a otros medios como la conciliación y el arreglo judicial, en el *Acta General* revisada en 1949, bien de forma aislada. En lo que se refiere al *Acta General*, este

¹³ Sobre el desarrollo del arbitraje durante el período de la SdN se puede ver SCHINDLER, D., “Les progrès de l’arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations”, *RdC*, t. 25 (1928-V), 233-364, pp. 245-246; así como también SOHN, L.B., “The function of international arbitration today”, *RdC*, t. 108 (1963-I), 1-113, pp. 27-40.

¹⁴ Respecto a la evolución del arbitraje a partir de la Segunda Guerra Mundial *vid.* CAFLISCH, L., “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, *loc. cit.*, pp. 13-17. Igualmente, GRAY, Ch., y KINGSBURY, B., “Developments in dispute settlement: Inter-State arbitration since 1945”, *BYIL*, vol. LXIII (1992), 9-134, pp. 99-109.

¹⁵ *Vid.* MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Algunos aspectos de la práctica contemporánea del arbitraje internacional entre Estados”, *El Arbitraje Internacional*, Zaragoza, 1989, 13-27, p. 16. Como ha apuntado M.P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA “algunos autores han señalado que la prohibición del uso de la fuerza ha producido paradójicamente un efecto negativo: la alternativa ginebrina “guerra o arbitraje” ha sido reemplazada hoy por ‘ni guerra ni arbitraje’, considerándose suficiente en muchos casos el logro de un *modus vivendi*, dejando el arreglo de la controversia para un momento ulterior más adecuado”; *El arbitraje internacional ...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶ Desde ese momento el arbitraje sólo ha sido enunciado de forma genérica, como consecuencia del principio de libre elección de medios, en la *Declaración sobre los Principios*, en la *Declaración con ocasión del vigésimo quinto aniversario de las Naciones Unidas*, en la *Declaración de Manila*, en la *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales*, y por último, en el *Manual sobre arreglo pacífico de controversias*.

texto simplemente se orienta a generalizar el recurso al arbitraje obligatorio para las controversias no jurídicas, si bien la cláusula arbitral prevista en este tratado general nunca ha sido invocada (a diferencia de la cláusula que prevé el recurso a la CIJ)¹⁷.

Respecto a su promoción de forma aislada, cabe destacar la elaboración en 1958 de un *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral por la CDI¹⁸, posteriormente “destacadas” pero no adoptadas por la AG en su Res. 1262 (XIII), de 14 de noviembre de 1958, lo que demuestra que, aparte de ciertos principios jurídicos muy generales, en el marco de las NU el arreglo arbitral no ocupa ningún lugar específico ni está dotado de una organización determinada¹⁹, a lo que se añade la nula aplicación práctica del texto.

Por su parte, cabe señalar que la Secretaría de la CPA ha hecho diversas propuestas, entre ellas, la adopción de *Reglas Modelo en materia de arbitraje*, entre Estados (1992)²⁰, entre partes en las que sólo una sea un Estado (1993)²¹, implicando a una Organización interestatal, entre éstas y entidades privadas, o sobre conciliación (adoptadas las tres últimas el 1 de julio de 1996). Conviene precisar que la actividad de la CPA se ha diversificado en otros órdenes, tales como la prestación de servicios auxiliares en relación con la formación y/o actuación de diversos tribunales arbitrales²², particularmente los previstos en las reglas de la UNCITRAL (1976, arts. 6–8), en las que el Secretario de la

¹⁷ Resulta significativo que de los ocho Estados que son partes en el Acta, dos de ellos, Países Bajos y Suecia, pertenecientes a la Europa comunitaria, hayan excluido en su adhesión las disposiciones relativas al arbitraje (Capítulo III); *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, p. 39.

¹⁸ *Docs. Of.: decimotercer período de sesiones. Suplemento n. 9 (A/3859)*. En 1949 la CDI seleccionó el procedimiento arbitral como uno de los temas susceptibles de codificación y nombró a G. SCHELLE Relator Especial. Como resultado de sus trabajos, la CDI adoptó un Proyecto Final sobre procedimiento arbitral durante su 5ª sesión, en 1953; *vid.* *Yearbook ILC*, 1953-II, pp. 200–212.

¹⁹ Sobre esta resolución y sus frustrantes consecuencias puede consultarse ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje internacional ...*, *op. cit.*, pp. 31–32 (nota 91); RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones ...*, *op. cit.*, p. 557; y también REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 267.

²⁰ *Reglas Facultativas en materia de arbitraje entre Estados*, de 20 de octubre de 1992, cuyo propósito es acomodar las satisfactorias experiencias de las reglas de la Comisión de NU sobre Derecho Mercantil Internacional a las características del arbitraje interestatal. Las reglas concluidas el 20 de octubre de 1992 pueden verse en *ILM*, vol. XXXII (1993), pp. 572–586.

²¹ *Reglas Facultativas sobre controversias arbitrales entre dos partes de las que sólo una sea un Estado*, de 6 de julio de 1993.

²² Así, por ejemplo, la Secretaría de la CPA destaca por sus funciones tanto de registro como de logística en la conducción del procedimiento de los distintos tribunales arbitrales constituidos sobre la base del Anexo VII de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

CPA ha sido investido de la facultad de designar la autoridad destinada a ejercer funciones dirimientes cuando no se logre un acuerdo entre las partes acerca de los miembros de tales tribunales²³.

Ante esta realidad normativa, cabe hacer dos observaciones generales. En primer lugar, los Estados no son partidarios del establecimiento de una obligación general de arbitraje a nivel universal, aunque sí la admiten a nivel regional. En segundo lugar, más que promover obligaciones arbitrales bilaterales mediante un tratado general de arbitraje, los Estados prefieren potenciar obligaciones arbitrales restringidas a determinados ámbitos materiales, donde el arbitraje puede favorecer una solución efectiva y duradera a la controversia. En este sentido, cabe destacar el auge experimentado por el arbitraje en el creciente proceso de sectorialización del ordenamiento internacional, donde el sistema arbitral se constituye en el procedimiento con mayor capacidad para hacer frente a los nuevos retos que plantea el proceso de revisión normativa del DI, pues como han puesto de relieve F. ORREGO VICUÑA y Ch. PINTO, “el reforzamiento del sistema arbitral de solución vendría igualmente de la capacidad de adaptación de la regla de derecho aplicable en una *flexibility within legal limits* que garantizaría una solución del litigio integradora de diversos intereses de las partes y, por ende, la eficacia de la solución adoptada”²⁴.

En efecto, las normas secundarias de arreglo de controversias propias de regímenes constituidos en torno a una concreta regulación material contemplan mayoritariamente el procedimiento jurisdiccional arbitral como técnica adecuada de solución, actuando alternativa o residualmente con otros mecanismos no jurisdiccionales o con procedimientos judiciales o cuasi-judiciales²⁵.

²³ Cf. Reglas UNCITRAL, adoptadas por la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional (Res. A/31/98, de 15 de diciembre de 1976).

²⁴ “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century”, *loc. cit.*, en especial los párrafos 116 a 121.

²⁵ QUEL LÓPEZ, F.J., “El Arbitraje Internacional: Consideraciones a la luz de la práctica reciente”, *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1999, 55–97, p. 59.

Ejemplos de tal revitalización podemos encontrarlos si observamos los procedimientos de cooperación institucionalizada de naturaleza general y, muy especialmente, las iniciativas de carácter regional de ámbito europeo. Respecto a este último ámbito, la iniciativa más importante corre a cargo de la *Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias* de 29 de abril de 1957. La estructura de la Convención otorga al arbitraje una función de cierre del sistema de arreglo, en la medida en que será operativo sólo en el caso de que no sea posible la solución de la controversia mediante el recurso a la CIJ, institución encargada de resolver las controversias jurídicas, ni tampoco mediante el sistema de conciliación igualmente previsto en los arts. 4 a 18²⁶. Más cercana en el tiempo, la *Convención relativa a la Conciliación y al Arbitraje* de 1992, adoptada en el ámbito de la OSCE²⁷, ha querido promover la utilización del arbitraje entre los Estados Partes, si bien la lógica consensual de la que parte el sistema arbitral en este convenio ha motivado que todavía no haya sido utilizado en la práctica²⁸. Asimismo, el procedimiento arbitral ha asumido un papel esencial en el arreglo de controversias de carácter territorial como refleja la práctica contenciosa más reciente²⁹, lo que no deja de

²⁶ Sobre la Convención de 1957 se puede consultar SEIDL-HOHENVELDERN, I., “Le règlement des différends en Europe au-déla du Marché Commun (Convention Européenne du 29 avril et autres moyens)”, en CAFLISCH, L., (Ed.), *Le Règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d’avenir*, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 173–191.

²⁷ Promovida por la CSCE a partir de la Declaración de la Valetta de 1991; *vid.* el texto en *ILM*, vol. XXXII (1993), p. 551.

²⁸ Para activar la competencia del tribunal el art. 26.2 requiere, al modo del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ, la conjunción de dos declaraciones recíprocas de las partes; sin embargo, de los 33 Estados que han ratificado la Convención, sólo cinco de ellos han declarado que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin acuerdo especial, la jurisdicción de dicho tribunal; *vid.* status a 26 de junio de 2003 en <http://www.osce.org/cca/documents/ratification.pdf> (visitada el 30 agosto de 2004).

²⁹ A estos efectos es pertinente recordar los asuntos de la delimitación de la frontera marítima entre Guinea/Guinea Bissau de 1985, *vid.* DAVID, E., “La sentence arbitrale du 14 février 1985 sur la delimitation de la frontière maritime Guinée-Guinée Bissau”, *AFDI*, vol. XXVIII (1985), pp. 350–389; de Taba entre Egipto e Israel en 1988, *vid.* BURDAU, G., “L’épilogue de l’affaire de Taba : la sentence arbitrale du 29 septembre 1988 entre Israel et l’Egypte”, *AFDI*, vol. XXXI (1988), pp. 195–20 ; de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal, *vid.* QUENEUDEC, J.P., “L’arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (31 juillet 1989)”, *AFDI*, vol. XXXV (1989), pp. 325–339; de la Laguna del Desierto entre Argentina y Chile en 1994, *vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Un arbitrage territorial strictement latino-américain dans l’affaire de la Laguna del Desierto (A propos de la sentence du 21 octobre 1994 rendue dans l’affaire relative au différend entre l’Argentine et le Chili sur le trace entre la borne 62 et le Mont Fitz Roy)”, *AFDI*, vol. XL (1994), pp. 465–483. Finalmente, Eritrea y la República del Yemen han firmado en París el 21 de mayo de 1996 un acuerdo para resolver mediante arbitraje sus controversias de

mostrar la paradoja de que los Estados prefieren un sistema ajeno a cualquier mecanismo de garantía de ejecución y de posible control de la decisión al margen de la voluntad soberana de las partes en la controversia, como sí sucede con el arreglo judicial³⁰.

Pero sobre todo la sectorialización del arbitraje se ha hecho más evidente en los convenios codificadores del DI, donde el arbitraje se configura como un procedimiento de geometría variable fruto de la lógica de la transacción entre las distintas posiciones de los Estados. En este sentido, el objeto del presente Capítulo consiste en examinar y valorar en que sectores normativos los Estados aceptan y practican el recurso al arbitraje, así como también determinar el grado de perfección y el alcance de la cláusula arbitral en los Convenios y Proyectos de codificación que la incluyen en su sistema de arreglo.

Como valoración inicial, podemos adelantar que, junto al procedimiento arbitral de naturaleza facultativa y de estructura consensual, existe una tendencia favorable al arbitraje obligatorio, en combinación con mecanismos políticos o jurisdiccionales, en sectores normativos de relevancia esencial para el DI. Paralelamente a la promoción del arbitraje obligatorio, se ha generado una tendencia judicializadora del procedimiento arbitral de cierta intensidad que, como se verá en la *Sección segunda*, incide en algunos de sus elementos estructurales.

soberanía territorial y trazados de límites marítimos, *vid. Doc. S/1996/447*.

³⁰ Con excepción de lo previsto en el art. 11 del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar*, la decisión arbitral no posee un mecanismo que tienda a garantizar su ejecución similar al previsto en el art. 94.2 de la Carta para las sentencias de la CIJ, debiendo ser ejecutadas de buena fe por las partes.

Sección primera. La revitalización del arbitraje en tanto procedimiento de transacción y de cierre en los distintos convenios codificadores

La creciente revitalización del arbitraje en el proceso de sectorialización del DI se ha puesto de relieve, de manera especial, en los diferentes convenios y proyectos de codificación auspiciados por la CDI, entre cuyos mecanismos de solución de controversias se prevé el recurso al procedimiento arbitral, con carácter obligatorio o facultativo, normalmente a través de una secuencia de medios que culmina con el recurso al arbitraje como último eslabón de las previsiones de arreglo.

Ciertamente, el sistema arbitral permite un gran margen de maniobra a los Estados para combinar, en una suerte de modelo integrado, el procedimiento arbitral con otros mecanismos de arreglo, sean políticos o jurisdiccionales, especialmente en aquellos regímenes en los que el interés de las partes radica en alcanzar, ante todo, una solución pacificadora y duradera en el tiempo. Así, en los convenios en los que el peso recae sobre los medios de arreglo de carácter político, y si tras el agotamiento de éstos últimos ha sido contemplado el recurso facultativo a medios jurisdiccionales, la preferencia corresponde al arbitraje frente al arreglo judicial. El papel transaccional que puede asumir el arbitraje, ha motivado que no sean pocos los convenios codificadores que disponen su recurso para la solución de las controversias a que diera lugar su interpretación y aplicación, pudiendo distinguirse, en grado ascendente, entre varias posibilidades:

En primer lugar, los instrumentos que prevén el recurso al arbitraje, en concurso subsidiario o alternativo al recurso a la CIJ, pero con carácter facultativo para las partes (*opting in*). Esta posibilidad se materializa en la necesidad, bien de participar en un Protocolo facultativo anejo, bien de hacer depender su activación de una declaración estatal

adicional al tiempo de la manifestación del consentimiento o en otro momento posterior. En este sentido, es frecuente que el arbitraje opcional se configure como sistema de cierre de los mecanismos no jurisdiccionales, en especial de la conciliación “obligatoria”.

En segundo lugar, los convenios codificadores que establecen el recurso opcional y residual al arbitraje con carácter parcial y limitado, esto es, para determinadas materias del tratado, siempre que las partes quieran sustraerse de la obligatoriedad de la jurisdicción de la CIJ. Si bien, en este caso, el recurso al arbitraje es facultativo, la situación de este procedimiento en el tratado queda reforzada en un doble sentido: primero, porque la posibilidad de formular reservas a la cláusula arbitral se ha estimado dudosamente compatible con el objeto y fin del tratado en cuestión, según se desprende de las objeciones de los Estados a las mismas. Segundo, porque una vez que las partes han acordado acudir al arbitraje, el mismo convenio prevé las condiciones de constitución y funcionamiento del tribunal arbitral con el objetivo de que la obligación arbitral sea efectiva, sorteando incluso la voluntad reticente de la parte que no quiere cooperar.

En tercer lugar, otra tendencia que se advierte en el proceso codificador es la de aquellos convenios y proyectos de artículos que optan por el arbitraje obligatorio *ratione materiae* para sus disposiciones más controvertidas. En otros instrumentos convencionales la obligatoriedad del arbitraje se extiende, tras el fracaso de la vía diplomática, a todas las disposiciones del tratado, si bien se permite su exclusión o reserva, un sistema que podemos calificar de *opting out*.

Por último, existen convenios que prevén su propio sistema jurisdiccional *ad hoc*, en los que el arbitraje comparte competencia jurisdiccional y material con otros órganos judiciales de arreglo, si bien el arbitraje asume un papel preferente, al constiuirse en el procedimiento que cierra el mecanismo de arreglo, como ocurre destacadamente con el sistema de arreglo que dibuja la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

I. Modelos que prevén el recurso opcional al arbitraje en tanto procedimiento de transacción para la constitución de sistemas de arreglo integrados

1. El arbitraje opcional como sistema subsidiario a los medios políticos (conciliación obligatoria) y jurisdiccionales (recurso a la CIJ)

Característico de los convenios codificadores elaborados por la CDI durante la década de los cincuenta y sesenta es que, debido a la fuerte oposición de los Estados, estos instrumentos prescinden de incluir una cláusula de arreglo en sus textos, regulando – relegando – tal cuestión en Protocolos abiertos a la firma facultativa de las partes. Así lo hacen los *Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* de 1958 (sobre *Mar Territorial y Zona Contigua*, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar*³¹), las de Viena sobre *Relaciones Diplomáticas* de 1961, y *Relaciones Consulares* de 1963, y la de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* de 1969³², que aparecen escoltadas de Protocolos sobre el arreglo pacífico de las controversias en los que se prevé el recurso unilateral a la CIJ a menos que, de común acuerdo, las partes opten (en el plazo de dos meses), por el arbitraje o la conciliación³³.

En todos estos convenios la cláusula arbitral adquiere un papel secundario respecto al arreglo judicial dentro del sistema de arreglo, pues mientras para acudir a la CIJ es

³¹ Con la salvedad del arbitraje obligatorio en materia de pesca previsto en el texto de la *Convención sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* (art. 9), cuyo alcance se refiere únicamente a las controversias que surjan en los casos relativos a la adopción de medidas de conservación de los recursos vivos del Alta Mar.

³² Sobre estos Protocolos puede verse BRIGGS, H.W., “The Optional Protocols of Geneva (1958) and Vienna (1961, 1963) Concerning the compulsory settlement of disputes”, *Recueil d'Études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Gèneve, 1968, pp. 628–641.

³³ Bien entendido que si las recomendaciones de la comisión de conciliación no son aceptadas por las partes, para lo que se establece un plazo de dos meses, cualquiera podrá someter en segunda instancia la controversia a la Corte mediante solicitud escrita.

suficiente la demanda unilateral de la parte interesada, para el arbitraje es necesario el acuerdo adicional de las partes en el momento de la ratificación o en un momento posterior, aspecto que ha sido subrayado por la CIJ en el *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay/Estados Unidos)*³⁴. Siendo de valorar los procedimientos de arreglo dispuestos y el papel del arbitraje como mecanismo transaccional que garantiza la libertad de elección de medios, el limitado número de Estados Partes en los mencionados Protocolos constituye la otra cara de la moneda³⁵.

Frente al modelo originario de los Protocolos facultativos, otra alternativa es la de aquellos convenios que integran en su propio texto las cláusulas de arreglo de controversias, si bien la experimentación del procedimiento arbitral también se subordina a una manifestación adicional de voluntad de las partes. A esta categoría pertenecen las *Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, que establecen como único método de acceso obligatorio el recurso a un procedimiento de conciliación, en combinación con la posibilidad que tienen las partes de acudir al arbitraje (o alternativamente, al arreglo judicial). Sin embargo, dicha cláusula es pura apariencia, pues queda a expensas del común acuerdo de las partes implicadas, sea prestado *a priori* (al tiempo de la firma, la ratificación o adhesión a la Convención) o una vez nacida la controversia (arts. 45 de cada Convención)³⁶.

³⁴ Vid. ICJ, *Reports 1998, Provisional Measures (Order)*, párs. 23 y 27. En efecto, concebida como precedente optativo y consensuado a la vía judicial, la posibilidad de arreglo arbitral o de conciliación no constituye una condición previa a la aplicación precisa y categórica del Art. I que prevé el recurso unilateral a la CIJ, interpretación que fue sostenida por la CIJ respecto del Art. III.1 de los Protocolos facultativos a las Convenciones de 1961 y 1963 en el asunto relativo al *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ, *Reports 1980*, pp. 25–26.

³⁵ Vid. *Sección tercera* de este Capítulo.

³⁶ Incluso otra posibilidad podría provenir de la reserva que los arts. 45 y 46 de ambas convenciones hacen de “los derechos o las obligaciones de las Partes en la presente Convención que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto del arreglo de controversias”, siempre que éstas se basen en el recurso al arbitraje.

Pero si las partes optaran por el arbitraje, la Convención de 1978 no refuerza la vía arbitral organizando la constitución del tribunal, lo que hace imprescindible un *pactum de contrahendo* para su constitución³⁷. En cuanto a la Convención de 1983, todavía no en vigor, la mayoría de los Estados presentes en la Conferencia eran partidarios, en lo que se refiere al arreglo de controversias, de la propuesta de arbitraje *opting in*, a la alternativa *opting out* patrocinada por los Estados occidentales³⁸. Este resultado no sorprende si consideramos que, en la propia Conferencia de 1978, una iniciativa de los Países Bajos en la que se establecía el recurso automático a la CIJ o, de manera alternativa, al arbitraje fue rechazada de forma mayoritaria³⁹.

Una propuesta de arbitraje *opting in* fue utilizada en la versión del *Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado* adoptado en primera lectura en 1996. En realidad, en esa versión del Proyecto de artículos existían dos situaciones distintas en las que podía intervenir el procedimiento arbitral: una, basada en la iniciativa unilateral de un Estado para el caso en que se hubieran adoptado contramedidas contra el mismo y otra, fundada en el mutuo acuerdo, donde el tribunal arbitral se constituiría en todo caso a partir de un compromiso sobre cualquier controversia que originase la interpretación y aplicación de la futura convención. En este último supuesto, el procedimiento arbitral se situaba como mecanismo consensual, subsidiario a la conciliación “obligatoria”, pues sólo podría activarse en el momento en que no se pudiera constituir la comisión de conciliación o las

³⁷ Como ha observado R. LAVALLE “It is regrettable that it did not occur to the drafters of Part VI of the Convention to avoid this shortcoming (la necesidad de un ulterior acuerdo entre las partes para constituir el órgano arbitral) by specifying a binding arbitration procedure”; “Dispute Settlement under the Vienna Convention on Succession of States ...”, *loc. cit.*, pp. 421. Un argumento similar ha sido pronunciado por BOSCO, G., *La soluzione delle controversie giuridiche internazionali nel quadro...*, *op. cit.*, p. 129.

³⁸ Una enmienda presentada por Dinamarca y Países Bajos en la cual se preveía la sumisión de las controversias no resueltas mediante consultas y negociaciones, bien a la CIJ bien al arbitraje, a través de una cláusula *opting-out* fue rechazada; *vid.* el texto en *Doc. A/CONF.117/C.1/L.25/Rev.1*, Corr.1 y *A/CONF.117/C.1/SR.44*, p. 8. Sobre el arreglo de controversias en la Convención de 1983 puede verse NATHAN, E., “The Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts”, en TABORY, M., y DINSTEIN, Y., *International Law at a time of perplexity, Essays in honour of S. Rossette*, Dordrecht, 1989, 489–518, pp. 509–511.

³⁹ *Doc. A/CONF.80/C.1/56*. También fue rechazada la propuesta presentada por Estados Unidos en la misma Conferencia (*Doc. A/CONF.80/C.1/L.38/Rev.1*), en la que se pretendía la sumisión de las controversias a los mismos órganos jurisdiccionales, pero sometido a un derecho *opting out* de las partes.

partes fueran incapaces de acordar una solución en los seis meses siguientes al informe final de aquella⁴⁰. Aunque esta combinación entre conciliación obligatoria y arbitraje facultativo no ha sido jalonada con éxito en este proceso codificador, es sintomática del papel que juega el arbitraje como sistema de cierre de los medios no jurisdiccionales dentro de la técnica de secuenciación de procedimientos, políticos y jurisdiccionales, muy frecuente en dicho proceso.

2. El arbitraje opcional *reforzado* como procedimiento alternativo a la jurisdicción obligatoria de la CIJ: el modelo de los *Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 y 1986

Un paso más en el grado de compromiso de los Estados respecto al arbitraje viene dado por aquellos convenios en los que, si bien se confía la activación del arbitraje al común acuerdo de las partes, la cláusula arbitral *opting in* queda reforzada en el propio convenio. Así, al concebirse el arbitraje como procedimiento alternativo a la jurisdicción obligatoria de la CIJ, las partes que quieran sustraer sus controversias de la competencia de la Corte no tienen otra alternativa que someter su litigio al arbitraje, mecanismo que lo configura como procedimiento de cierre para el arreglo definitivo y obligatorio de la controversia.

Dentro de este modelo se encuentra el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969, cuyo sistema de arreglo sólo se proyecta respecto a las controversias que origine la interpretación o aplicación de la Parte V del Convenio, para las que se prevén distintos medios de arreglo en función de la disposición que resulte controvertida. El Convenio de Viena de 1969 contempla un mecanismo de arreglo con alcance parcial y

⁴⁰ *Doc. A/50/10*, pp. 201–204.

limitado a la verificación de la nulidad, terminación y suspensión de los tratados y, en función de si la controversia se refiere a la compatibilidad o no de un tratado con las normas de *ius cogens* (arts. 53 y 64), las partes podrán acudir, a solicitud de una de ellas, a la CIJ, a menos que *de común acuerdo* decidan someterla a arbitraje⁴¹.

Así concebida, la cláusula arbitral del Convenio de 1969 resulta un compromiso loable, sobre todo considerando las dificultades habidas en la Conferencia de Viena para aprobar el art. 66⁴². Claro que el aplauso debe moderarse, pues la situación del arbitraje en este Convenio queda debilitada por dos elementos. Primero, porque el recurso al arbitraje es subsidiario a la jurisdicción de la CIJ y, por tanto, su experimentación sólo tendrá lugar cuando las partes en una controversia relativa a los arts. 53 y 64 decidan sortear, de común acuerdo, el recurso a la Corte de La Haya. Además, resulta paradójico que, de un lado, se disponga que las partes de un tratado no pueden, so pena de invalidez, descartar ciertas normas imperativas que interesan a la SI en su conjunto y, de otro lado, limitar la posibilidad de impugnar la validez de los tratados a las partes en los mismos. Segundo, porque de haber convenido el recurso al arbitraje, el Convenio de 1969 no refuerza la vía arbitral mediante un Anexo que asegure la constitución del órgano de arreglo, como sí hace con el sistema de conciliación “obligatoria”. De la misma forma, el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, permite evitar el recurso obligatorio a la jurisdicción de la CIJ en vía consultiva (art. 66.3), sólo cuando todas las partes en una controversia relativa a los arts. 53 y 64 de la Parte V del

⁴¹ Mientras que para las controversias de uno cualquiera de los restantes artículos que componen la Parte V, podrá ser sometida a un procedimiento de conciliación “obligatoria”.

⁴² Al plantearse la cuestión de la necesidad de establecer un procedimiento de arreglo pacífico de las controversias que pudieran surgir respecto de la Parte V del Convenio (nulidad, terminación y suspensión de un tratado), surgió de nuevo la ya tradicional oposición entre los Estados que excluían todo recurso obligatorio a un tercero y los que deseaban la referencia a la CIJ o al arbitraje. Sobre el planteamiento y evolución del problema; *vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados, primer período de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, sesiones 68ª a 74ª y 80ª. Segundo período de sesiones 25ª a 29ª, 34ª a 36ª*; entre la doctrina véase ROSENNE, S., *The Law of Treaties*, Leyden, 1970, pp. 344–349, y del mismo autor “The Settlement of Treaty Disputes under Vienna Convention of 1969”, *ZAöRV*, vol. 31 (1971) n. 1, pp. 1–62.

Convenio convengan en someterla a arbitraje, pudiendo acudir, si así lo desean, al modelo de procedimiento arbitral que diseña el Anexo a la misma.

Como aspecto positivo, debemos señalar que el control jurisdiccional sobre el *ius cogens* a través del arbitraje no queda desvirtuado por el régimen de las reservas, pues a tenor del propio Convenio si no existen prohibiciones expresas, podrán formularse reservas siempre que no sean incompatibles con el *objeto y fin* del tratado. A este respecto, hemos de advertir que, en primer lugar, se han formulado reservas destinadas a excluir los efectos jurídicos del *art. 66 párrafo a)*, es decir, excluyen el sometimiento unilateral a la CIJ o, en su caso, al arbitraje, de las controversias referidas a la aplicación o interpretación de los arts. 53 o 64, como es el caso de las formuladas por ciertos Estados del mundo islámico⁴³. En segundo lugar, otras reservas excluyen los efectos jurídicos *de todo el art. 66*, esto es, de los procedimientos jurisdiccionales y no jurisdiccionales previstos en el mismo, como la efectuada por la Federación Rusa⁴⁴. En tercer lugar, con los mismos efectos que las anteriores, pero de naturaleza y con base en consideraciones distintas, hay que citar las declaraciones efectuadas por Dinamarca y Tanzania, y más recientemente por Portugal, sujetas a la condición de que algún Estado formule reservas a las disposiciones de la Parte V⁴⁵.

En este sentido, no han sido pocos los Estados que han aceptado dichas reservas sin elevar objeción al respecto, si bien la mayoría de ellos no ha indicado que éstas fueran

⁴³ Vid. UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 329 (Arabia Saudí), 326 (Argelia) y 329 (Túnez).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 329. Las mismas reservas y declaraciones realizadas por la Federación Rusa han sido formuladas, *mutatis mutandis*, por Belarús y Ucrania; *ibid.*, pp. 326 y 329. Aquí hay que destacar la actitud de los antiguos Estados socialistas, que a partir de la década de los años noventa han retirado las reservas formuladas en su momento al art. 66 a), como es el caso de Alemania (*ibid.*, 328 n. 6), Bulgaria (336 n. 11), Hungría (*ibid.*, 327 n. 15), República Checa (*ibid.*, 335 n. 5), Eslovaquia (*ibid.*) y Mongolia (*ibid.*, 337 n. 16).

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 293 y 296, respectivamente. Así, por ejemplo, en su adhesión al Convenio realizada el 6 de febrero de 2004 Portugal ha declarado que "(...) respecto de su relación con cualquier Estado que haya formulado o formule una reserva en el sentido de que dicho Estado no estará vinculado por alguna o por ninguna de las disposiciones del artículo 66, Portugal no se considerará vinculado ni por esas normas de procedimiento ni por las normas sustantivas de la Parte V de la Convención a las que no se apliquen los procedimientos previstos en el artículo 66 como resultado de dicha reserva"; *vid.* la declaración en *BOE* n. 249, de 15.10.2004, p. 34434.

incompatibles con el objeto y fin del tratado. Sólo Alemania se ha pronunciado en esta dirección en relación con las reservas de Túnez⁴⁶, la Federación Rusa, Belarús y Ucrania, y más recientemente por la formulada por Vietnam, aunque no extrajo de ello la consecuencia que tales reservas se deban estimar como no formuladas⁴⁷. Por su parte, sólo una minoría de Estados ha conferido a su objeción un alcance *cualificado* o *reforzado*, mediante el que se oponen a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones mutuas con el reservante, como inequívocamente ha expresado el Reino Unido respecto a la reserva formulada en su momento por Túnez al art. 66 a) y, más recientemente, por Vietnam⁴⁸. Mientras, otros Estados se han limitado a excluir las disposiciones procesales y sustantivas de la Parte V en sus relaciones convencionales con Estados que hayan formulado reservas a los procedimientos de arreglo del art. 66⁴⁹.

Un modelo parecido se contiene en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuyo sistema de arreglo introduce una cláusula arbitral *opting in* (art. 33 c)⁵⁰, que permite a los Estados que no hayan podido solucionar la controversia en un año, desde la petición de recurrir a la determinación de los hechos, o en seis meses,

⁴⁶ Según la reserva de Túnez, mientras que a tenor del art. 66 del Convenio la sumisión de la controversia a la CIJ puede operar por la vía de la demanda unilateral, tal sumisión exige el acuerdo de todas las partes en la controversia. Sobre la reserva de Túnez *vid.* RONZITTI, N., “La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Viena sul diritto dei trattati”, *Comunicazioni e studi*, vol. XV (1978), pp. 286–293, *passim*.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 331. Ahora bien, por lo que respecta a Mongolia, Hungría, Bulgaria, la República Checa y Eslovaquia que han retirado la reserva, y a la ex República Democrática Alemana, unificada con la República Federal, debe subrayarse la objeción de Alemania hoy carece de eficacia. En cuanto a la reserva de Vietnam, y su posterior objeción, puede verse en *BOE* n. 248, de 16.10.2002, p. 36393.

⁴⁸ *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 334.

⁴⁹ Como es el caso de Japón (*ibid.*, 331), Países Bajos (332) Nueva Zelanda (sólo en relación con la reserva tunecina, 332), Suecia (en relación con la reserva formulada por Cuba, *ibid.*, 333) y el Reino Unido también en relación con la reserva de Cuba si bien, respecto a la realizada por Vietnam con el mismo contenido, el Reino Unido ha optado por romper cualquier tipo de relaciones convencionales conforme a la Convención de 1969, *ibid.*, p. 334. Más recientemente, Portugal también ha decidido excluir las disposiciones procesales y sustantivas de la Parte V con los Estados que formulen reservas a las mismas; *vid.* *BOE* n. 249, de 15.10.2004, p. 34434.

⁵⁰ Aunque tampoco faltaron propuestas tendentes a establecer la obligatoriedad del arbitraje. En efecto, propuestas de diverso calado estuvieron presentes en el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión como es el caso de los textos presentados por Francia e Irak en los que se establecía que, ante el fracaso de los medios diplomáticos, una controversia pudiera ser sometida a petición de parte a un procedimiento arbitral o judicial obligatorio, *Doc. A/C.6/NUW/WG/CRP* (1996), p. 46. Una variante de esta propuesta que contemplaba el arbitraje obligatorio fue sugerida por Sudán: arreglo judicial si las partes lo acuerdan y, en su defecto, arbitraje obligatorio; *Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CRP* (1996), p. 47.

desde la recepción del informe de la comisión, a someter mediante acuerdo la controversia a arbitraje o, alternativamente, a arreglo judicial. Desde luego, este modelo de arbitraje *opting in* no es muy audaz, pues al margen de requerir el acuerdo de las partes, el arbitraje opcional opera de manera subsidiaria al recurso a un procedimiento de determinación de los hechos, trámite procesal que, por ejemplo, no exigen otros convenios codificadores auspiciados por las NU en materia de protección del medio ambiente⁵¹. Pese a ello, este instrumento ha querido reforzar el arbitraje con la organización del procedimiento arbitral contenida en los arts. 2 a 14 del Anexo al Convenio. Esta reglamentación particular ha generado una cierta vinculación del arbitraje con la CIJ pues será su Presidente, a petición de una de las partes, quien desempeñe las funciones de designación de los miembros del tribunal cuando no lo hagan las partes. La atribución de estas funciones dirimentes al Presidente de la CIJ no es baladí pues, una vez obtenido el consentimiento inicial al arbitraje, el Convenio de 1997 garantiza que el procedimiento arbitral pueda sustanciarse e, incluso, que el tribunal dicte su laudo, en ausencia o contumacia de una de las partes⁵².

Sentadas las bases acerca del arbitraje *opting in*, la actitud que se desprende de la práctica estatal ofrece un balance poco satisfactorio, pues si en algunos supuestos los textos convencionales todavía no han entrado en vigor, en otros el arbitraje simplemente no se ha puesto en práctica por los Estados Partes. Quizás ello sea debido al encaje que tiene el arbitraje en el sistema de arreglo de controversias, ya que si en algunos convenios el arbitraje opcional se configura como mecanismo subsidiario a la conciliación “obligatoria”

⁵¹ A diferencia del modelo de arbitraje que prevé el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, de 5 de junio de 1992, la *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, de 9 de mayo de 1992, y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación en los países afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África*, de 17 de junio de 1994, en cuyos sistemas de arreglo de controversias se establece el recurso al arbitraje por acuerdo de las partes, sin que su puesta en práctica quede subordinada a la previa experimentación de negociaciones o de cualquier medio pacífico de su elección (arts. 27.3, 14.2 y 28.2, respectivamente).

⁵² El art. 13 del Apéndice dispone lo siguiente: “Si una de las partes en la controversia no comparece ante el tribunal arbitral o no se defiende, la otra podrá pedir al tribunal que continúe la sustanciación de la causa y dicte su laudo. *La ausencia de una de las partes o el hecho de que una de las partes no se defienda no obstará a la sustanciación del procedimiento*”. La cursiva es nuestra.

– procedimiento por el que los Estados han manifestado, al menos en el ámbito convencional, cierta preferencia –, en otros, el arbitraje asume una función residual, que solamente lo hace operativo cuando los Estados no deseen acudir a la CIJ. Este carácter residual respecto a la CIJ se ha proyectado, además, en sectores normativos como el Derecho Diplomático y Consular, o el Derecho de los Tratados, donde precisamente existe una abundante y consolidada jurisprudencia de la Corte de La Haya.

II. Modelos que prevén *ratione materiae* el recurso obligatorio al arbitraje

Aunque es cierto que los intentos de promover el arbitraje obligatorio ha sido una constante desde los primeros proyectos de codificación de la CDI⁵³ hasta su generalización en el *Modelo de Reglas* de 1958, no lo es menos que muchas de las propuestas resultaron fallidas al encontrarse con el escollo de la libertad soberana de los Estados para elegir el medio de arreglo más acorde a sus intereses⁵⁴. Sin embargo, la especialización sectorial experimentada por el DI en las últimas décadas, ha provocado la demanda de mecanismos de arreglo que aseguren la correcta aplicación de las normas de cada sector mediante

⁵³ La primera vez que la CDI debatió la inserción del arbitraje obligatorio en uno de sus proyectos fue en 1953, con ocasión de su *Proyecto de artículos sobre Plataforma Continental*, adoptándose en la misma sesión un proyecto de art. 8 que contemplaba el acceso al arbitraje, a petición de parte, para las controversias a que diera lugar la futura Convención; *vid. Yearbook ILC*, 1953-II, p. 213. No obstante, el rechazo al arbitraje obligatorio puede expresarse muy bien en las palabras de ZOUREK en la misma sesión, pues para este miembro: “Certain members of the Commission were opposed to the insertion in the draft of a clause on compulsory arbitration on the grounds that there was no reason for imposing on States one only for the various measures laid down in current international law for the pacific settlement of disputes. *They also pointed out that the insertion of such a clause would make the draft unacceptable to a great many States*”; *ibid.*, 1953-II, p. 217. La cursiva es nuestra.

⁵⁴ Sirva de ejemplo la fallida propuesta de TSURUOKA de insertar una cláusula arbitral en el tema de *La cláusula de la nación más favorecida* (art. 28). Según esta propuesta, el arbitraje vendría a ser el procedimiento central del sistema de arreglo, no sólo por disponer su acceso unilateral tras previas negociaciones, sino por reforzar la obligatoriedad a través de un Anexo en el que se fijaban las condiciones de constitución del órgano, cláusula que no fue incorporada al proyecto de artículos; *vid. Anuario CDI*, 1978-II (2ª parte), p. 16, pár. 68.

decisiones vinculantes que, al mismo tiempo, gocen de la confianza de los Estados, circunstancia que ha abierto nuevas oportunidades al arbitraje obligatorio.

Como se expondrá a continuación, el proceso codificador nos ofrece ejemplos de sistemas de arreglo en los que, si el peso recae centralmente sobre los procedimientos jurisdiccionales, la obligatoriedad del arbitraje se acepta por los Estados para las controversias relativas a las disposiciones más controvertidas del tratado. Además, en algunos de ellos se otorga al arbitraje una función principal, pues no sólo aparece como único método obligatorio del sistema de arreglo, sino que además su recurso no queda mediatizado por la institución de las reservas, como sucede con el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958. Asimismo, merece especial atención el recurso a la vía arbitral que prevé el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, donde el arbitraje resurge con fuerza como sistema alternativo y subsidiario al recurso a la CIJ en vía consultiva. Además, debemos recordar el fallido intento realizado por la CDI, en la versión de 1996 del *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados*, para extender el arbitraje obligatorio como procedimiento de control jurisdiccional del derecho de los Estados a adoptar contramedidas.

1. El arbitraje obligatorio como único procedimiento jurisdiccional del sistema de arreglo

El *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 29 de abril de 1958⁵⁵ constituye un punto de inflexión en lo que se refiere al impulso del

⁵⁵ En vigor desde el 20 de marzo de 1966, siendo en la actualidad 37 los Estados Partes en la misma; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 251. El texto del Convenio puede verse en UN, *Treaty Series*, vol. 559, p. 285. Por lo que respecta al sistema arbitral del Convenio, fue adoptado en el seno de la Conferencia por el margen de 38-14-10.

procedimiento arbitral en el proceso codificador, pues en él se prescinde de la técnica del Protocolo facultativo para reconocer en su propio texto la obligatoriedad del arbitraje como método que garantiza la interpretación auténtica del Convenio⁵⁶. La obligación arbitral del Convenio de 1958 es el elemento de control para la conservación de los recursos vivos del Alta Mar en orden a garantizar el equilibrio entre los derechos de los Estados ribereños sobre la pesca y los derechos de aquellos Estados partidarios de la libertad de pesca en Alta Mar, o que tradicionalmente han ejercido la pesca de altura⁵⁷.

Pero además, el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* es pionero en un doble sentido: así, no sólo instauro la obligatoriedad del arbitraje para ciertas controversias de su ámbito material, sino que también prevé un procedimiento de revisión de la decisión inicial en función de los hechos que originen la demanda de revisión. En primer lugar, y para las controversias que puedan surgir respecto a la aplicación de medidas de conservación de los recursos vivos en el Alta Mar (arts. 4, 5, 6, 7 y 8), el art. 9.1 del Convenio de 1958 dispone que serán resueltas, a petición de cualquiera de las partes, por una Comisión arbitral “especial” de cinco miembros, salvo que las partes convengan en resolverlas mediante otro procedimiento de acuerdo con el art. 33 de la Carta. En segundo término, el art. 12 instauro un procedimiento de revisión “atípico” del laudo arbitral inicial, en virtud del cual cualquiera de las partes en la causa podrá acudir al mismo procedimiento arbitral que organiza el art. 9, en el caso de que se modifiquen los hechos en que se basó su

⁵⁶ En efecto, los Convenios de Ginebra sobre *Mar Territorial y Zona Contigua*, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar* confían el arreglo de sus controversias en un Protocolo abierto a la firma facultativa de las partes, en el que el arbitraje aparece como método subsidiario al arreglo judicial a expensas del acuerdo expreso de las partes. A decir verdad, la posibilidad de acudir al arbitraje obligatorio también fue prevista en el *Proyecto de artículos sobre Plataforma Continental* presentado por la CDI en 1953 (art. 8), si bien en 1956 la CDI rechazó su propuesta, sustituyéndola por el recurso obligatorio a la CIJ; *vid. Yearbook ILC*, 1956-I, pp. 156 y 158.

⁵⁷ *Vid.* GROS, A., “La Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la Haute Mer”, *RdC*, t. 97 (1959-II), 5–88, p. 58. Para este autor “sans cette clause-garantie, les seconds ne signeront pas une convention qui menace gravement leurs intérêts et certains parmi les premiers ne la signeront pas, précisément à cause de cette clause qu’ils n’acceptent pas plus ici qu’ailleurs pour des raisons de principe, et cepedant, ce mécanisme paraît s’inscrire harmonieusement dans cette convention si nouvelle par certains aspects”, *ibid.*

decisión inicial, fruto de los cambios en las condiciones de la reserva de peces o de otros recursos vivos, o en los métodos de pesca, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la primera decisión.

El arbitraje obligatorio, además, se presenta como el único procedimiento jurisdiccional del Convenio⁵⁸, situación que vuelve a repetirse en algunos tratados concluidos posteriormente, como la *Convención sobre el Comercio de Tránsito de los Estados sin Litoral*, de 8 de julio de 1965, donde el recurso unilateral a una comisión arbitral tripartita figura como el único procedimiento vinculante de su sistema de arreglo de controversias (art. 16)⁵⁹. En cualquier caso, la relevancia del arbitraje obligatorio en el Convenio de 1958 se hace patente en las cautelas que establece para garantizar la inmutabilidad del órgano arbitral en atención al principio de “no frustración”⁶⁰. En primer lugar, porque si una de las partes no coopera en la selección de los árbitros, el Convenio de 1958 prevé un sistema de elección de árbitros en el que la composición de la comisión arbitral queda asegurada a través de la participación de diversas autoridades independientes. Segundo, porque el procedimiento arbitral es parte integrante e inseparable del resto de normas del Convenio, pues este procedimiento no queda debilitado por las reservas o a través de una cláusula *opting out*⁶¹. Como afirma A. GROS “Ils [las disposiciones sobre el procedimiento arbitral] forment un tout qui doit être accepté sans

⁵⁸ Si bien la demanda arbitral se subordina a la celebración de previas e infructuosas negociaciones durante un año (art. 4.2 del Convenio). En los mismos términos se expresan los arts. 5.2, 6.5, 7.1 y 8.2.

⁵⁹ La Convención entró en vigor el 9 de junio de 1967, siendo en la actualidad 37 los Estados Partes en la misma. El texto puede verse en UN, *Treaty Series*, vol. 597, p. 3. La cláusula arbitral prevista en esta Convención, cuya importancia fue destacada en su momento por P. RUEGGER, jamás ha sido aplicada; *vid.* “Des clauses arbitrales et de juridiction dans les conventions internationales récentes », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, 687-701, p. 696.

⁶⁰ *Vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje ...*, *op. cit.*, p. 321.

⁶¹ En efecto, la obligación de arbitraje no queda desvirtuada a través de la institución de las reservas, ya que el art. 19.1 prohíbe expresamente su formulación respecto de los arts. 9 a 12 (ni tampoco sobre los arts. 6 y 7) que reglamentan el arbitraje obligatorio.

changement, sous peine de déséquilibrer tout le système de conservation construit à Genève”⁶².

2. El arbitraje obligatorio como mecanismo alternativo a la jurisdicción de la CIJ

Por lo que se refiere a los sistemas de arreglo arbitral en caso de implicación de una Organización internacional en un litigio, no puede dejar de mencionarse el *Convenio sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, en cuyo art. 66 y Anexo se ha articulado un doble mecanismo de arreglo en función del *objeto* de la controversia, declaradamente inspirado en el Convenio de 1969. Así, para las controversias surgidas de la alegación de una causa objetiva de nulidad, terminación o suspensión del tratado relativa al *ius cogens*, sea originaria o sobrevenida (Parte V, arts. 53 y 64), el Convenio de 1986 reserva la vía jurisdiccional pues, salvo que las partes acuerden someterla al arbitraje, el cauce de la opinión consultiva ante la CIJ se revela como prioritario (art. 66.2) - dado que las Organizaciones Internacionales no disfrutaban de *ius standi* ante la Corte -, opinión que las partes se comprometen a aceptar como decisiva (art. 66.2, e). Pero si no prosperara la petición o ante la existencia de un acuerdo expreso entre las partes que obvie la vía consultiva, surge con fuerza como principal sistema de arreglo el recurso obligatorio al arbitraje⁶³ pues cualquiera de las partes, sea un Estado o una

⁶² *Loc. cit.*, p. 62.

⁶³ El recurso al arbitraje obligatorio para las controversias relativas al *ius cogens* tuvo su origen remoto en una propuesta contenida en el Noveno informe del Relator Especial, P. REUTER, *Noveno Informe sobre la cuestión de los Tratados ...*, *op. cit.*, *Anuario CDI*, 1980-I, pp. 14-15. Bien es cierto que la CDI trató de someter todas las controversias que originara la interpretación o aplicación de la Parte V, incluidas las relativas al *ius cogens*, a la conciliación obligatoria (*ibid.*, p. 213, párf. 65-69). No obstante, en la segunda lectura del Proyecto, el procedimiento arbitral resurge con fuerza pues, en la propuesta del Comité de Redacción, el arbitraje obligatorio se establece de forma automática para todas las controversias relativas al *ius cogens* (eliminando la posibilidad de acudir previamente a la CIJ en vía consultiva) salvo que las partes acordaran acudir a otro procedimiento arbitral (*vid. Doc. A/CN.4/L.341*, de 1982). Esta propuesta fue bien acogida en la Sexta Comisión por varios Estados occidentales y del Tercer Mundo, como se refleja en las intervenciones de Brasil (*Doc. A/C.6/37/SR.38*, p.3); Jamaica (*Doc. A/C.6/37/SR.40*, p. 7); Países Bajos (*ibid.*, p. 12); Japón (*Doc. A/C.6/37/SR.41*, p. 9); Egipto (*Doc. A/C.6/37/SR.43*, p. 11); Chile (*Doc. A/C.6/37/SR.44*, p. 17); Portugal (*Doc. A/C.6/37/SR.46*, p. 7); República Federal de Alemania (*ibid.*, pp. 13-

Organización, podrá recurrir mediante demanda unilateral a un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo⁶⁴.

En efecto, el recurso al arbitraje se refuerza en el Convenio de 1986 con la regulación relativa a la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, en la medida en que la obligatoriedad del arbitraje deriva de la efectiva constitución del tribunal arbitral, incluso cuando una de las partes no coopere⁶⁵. El papel que tiene el arbitraje obligatorio en el sistema de arreglo del Convenio de 1986 debe valorarse positivamente, sobre todo si consideramos las dificultades que la inclusión del arbitraje suscitó en la Conferencia diplomática, donde pudo comprobarse la antagónica concepción entre dos bloques de Estados enfrentados ideológicamente respecto al recurso a los medios jurisdiccionales⁶⁶.

14); Australia (*Doc. A/C.6/37/SR.48*, p. 3); España (*ibid.*, p. 20); Austria (*Doc. A.C.6/37/SR.51*, p. 21) así como la Comunidad Económica Europea (*ibid.*, Add.1, p. 41). Por el contrario, fueron los Estados del bloque socialista los que se opusieron con más claridad al recurso al arbitraje obligatorio, como manifiestan las intervenciones de los delegados de la Unión Soviética (*Doc. A/C.6/37/SR.39*, pp. 8–9); Venezuela (*Doc. A/C.6/37/SR.45*, p. 8); Zaire (*ibid.*, p. 15); Checoslovaquia (*ibid.*, pp. 2–3); Mongolia (*ibid.*, p. 15); Bulgaria (*ibid.*, p. 12); Indonesia (*ibid.*, p. 16); Turquía (*Doc. A/C.6/38/SR.32*, p. 5); y Polonia (*ibid.*, p. 6).

⁶⁴ El art. 66, referido a los procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y conciliación, en su párrafo 2 establece:

“Con respecto a una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o del artículo 64 : f) si se rechaza la petición de una opinión consultiva de la Corte, conforme a los apartados b), c) o d), cualquiera de las partes en la controversia podrá someterla, mediante notificación escrita dirigida a la otra u otras partes en la controversia, al arbitraje de conformidad con las disposiciones del Anexo de la presente Convención”. Nótese, sin embargo, que el párrafo citado debe inscribirse en un marco bien determinado pues sus disposiciones entran en juego siempre y cuando no se haya llegado a ninguna solución – por los medios indicados en el art. 33 de la Carta en el plazo de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción (art. 66.1) – entre el Estado objetante y aquel Estado que pretenda la nulidad o terminación de un tratado, retirarse de él o la suspensión de la aplicación de un tratado. Sobre esta posibilidad, puede verse DOMINICÉ, C., “Le règlement juridictionnel du contentieux externe des organisations internationales”, *Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, 225–238, p. 230.

⁶⁵ En este caso, el Anexo del Convenio confía al SG o al Presidente de la CIJ, en este último caso cuando las NU constituyan una de las partes en la controversia, las facultades de designación de los miembros del tribunal arbitral, o a su presidente, en el supuesto de que no lo hagan las partes.

⁶⁶ Por tanto, no es de extrañar que en el seno de la Conferencia se presentaran sendas enmiendas destinadas a suprimir el recurso unilateral al arbitraje para las controversias relativas a los arts. 53 y 64. La primera, presentada por la Unión Soviética, proponía eliminar el arbitraje obligatorio de la futura Convención sin presentar alternativa a dicho procedimiento (*vid. Doc. A/CONF.129/C.1/L.60*, de 1986). La segunda, patrocinada por Argelia, China y Túnez, propuso sustituir el recurso obligatorio al arbitraje por el común acuerdo de las partes para acudir a este medio de arreglo (*vid. Doc. A/CONF.129/C.1/L.68*, de 1986). Sin embargo, fue la enmienda de los *ocho Estados* (Austria, Colombia, Irlanda, Japón, México, Países Bajos, Nigeria y Suiza) que establecía – de no prosperar la petición consultiva ante la CIJ – el recurso unilateral al arbitraje, la que fue más votada en el seno del Comité Plenario (37-25-22, *vid. Doc. A/CONF.129/C.1/SR.29*, de 1986, pp. 3–4); en el pleno de la Conferencia codificadora la propuesta logró la mayoría de 2/3 (47-23-21), quedando aprobado el texto definitivo del proyecto por mayoría exacta de 2/3 (para lo que fue decisivo el cambio de voto de Argentina), *vid. Doc. A/CONF.129/C.1/L.69*, de 1986. Sobre la génesis de este artículo puede verse DE LA GUARDIA, E., *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1997, pp. 433.

Dentro del ámbito del Derecho Diplomático, un sistema opuesto es el que utiliza la *Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 14 de diciembre de 1973, cuyo art. 13.1 prevé que cualquier parte en una controversia relativa a la interpretación o aplicación de cualquiera de sus disposiciones, podrá incoar un procedimiento arbitral mediante demanda (de no haber resuelto la controversia mediante negociaciones)⁶⁷. Ahora bien, la obligatoriedad de la vía arbitral no se refuerza a través de mecanismos que garanticen la efectiva constitución del órgano arbitral. Al contrario, la Convención faculta a las partes a someter la controversia ante la CIJ mediante solicitud presentada de conformidad con su Estatuto, siempre que no acuerden la forma del arbitraje en un plazo de seis meses⁶⁸. En cualquier caso, el recurso al arbitraje (y, el eventual, ante la CIJ) queda relativizado por el párrafo 2 del mismo artículo, el cual contempla una cláusula *opting out* por medio de la cual cualquier Estado podrá declarar (en el momento de la firma, ratificación o adhesión), que no se considera obligado por el sistema de arreglo del art. 13.1. Es más, el párrafo 2 del art. 13 otorga expresamente un efecto extensivo a las reservas formuladas al arbitraje, en el sentido de que los demás Estados no estarán obligados por el mecanismo de arreglo del párrafo 1 ante ningún Estado parte que haya formulado dicha reserva. Este mal ejemplo ha cundido en otros convenios codificadores auspiciados por las NU, como aquellos cuyo propósito es la lucha contra el

⁶⁷ Sin embargo, cuando la CDI elaboró en 1972 su Proyecto de artículos propuso en materia de arreglo de controversias una doble alternativa, a saber: un sistema obligatorio de conciliación o el recurso obligatorio al arbitraje, tal como estaba previsto en los convenios relativos a la seguridad de la aviación civil. La propia Comisión veía en esta última alternativa ciertas dificultades, pero con todo decidió someterla a la consideración de los Estados en la Sexta Comisión, que se inclinó precisamente por ella. En una primera votación indicativa sobre la elección de las variantes A (conciliación) o B (arbitraje-CIJ) del Proyecto de la CDI, la fórmula A obtuvo 4 votos y la B, 65, con 10 abstenciones. El texto finalmente presentado por el Comité de Redacción y que hoy figura como art. 13 del Convenio, fue adoptado por 73 votos contra ninguno y 28 abstenciones (ses. 1425, pár. 11 y ses. 1437, párrs. 57-60); *vid. Docs. Of. de la Asamblea General. Veintiocho período de sesiones. Sexta Comisión. Asuntos Jurídicos. Actas resumidas de las sesiones – 19 de septiembre a 17 de diciembre 1973 –*, 1975, NU, pp. 145 y 223.

⁶⁸ En realidad, más que reforzar el recurso al arbitraje lo que se hace aquí es promover la jurisdicción de la CIJ, pues basta con que uno de los Estados partes en la controversia (normalmente, el demandado) no quiera cooperar en la constitución del tribunal arbitral, para que quede abierta la vía de la CIJ para la otra parte.

terrorismo internacional⁶⁹, o los que regulan el régimen jurídico del espacio aéreo⁷⁰, o incluso los relativos a la protección de los derechos humanos⁷¹; de igual modo, el *Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes* presentado en 2004 por el Comité Especial creado al efecto, cuyo sistema de arreglo gravita en torno al arbitraje obligatorio, también permite su exclusión a las partes a través de una cláusula *opting out*⁷².

En cualquier caso, el arbitraje obligatorio *opting out* que prevén estos convenios codificadores no es plenamente satisfactorio pues, al igual que sucede con los Protocolos facultativos a los *Convenios de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar*, de Viena sobre *Relaciones Diplomáticas y Consulares*, y de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales*, no crea una solución de compromiso entre los partidarios de un sistema imparcial y vinculante de arreglo y los que no lo son. Estos últimos excluyen sistemáticamente su participación en dichos Protocolos o excluyen la aplicación a su respecto de tales cláusulas, mientras que aquellos, por el contrario, no lo hacen⁷³.

⁶⁹ En efecto, tanto el *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados con Bombas*, de 15 de diciembre de 1997, como el *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, de 9 de diciembre de 1999, disponen en su sistema de arreglo el recurso al arbitraje en los arts. 20 y 24, respectivamente, a través de una cláusula *opting out* idéntica en la cual se dispone que: “Las controversias que surjan entre dos o más Estados Parte con respecto a la interpretación o aplicación del presente Convenio y que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Sin embargo, en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a él, cada Estado podrá declarar que no se considera obligado por el arbitraje obligatorio”.

⁷⁰ Como el *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves*, de 16 de diciembre de 1970 (art. 12) o el *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional*, de 23 de septiembre de 1971 (art. 14).

⁷¹ Como la *Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984 (art. 30.1), la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial contra la Mujer* de 1979 (art. 29.1) y en la *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes* de 1979 (art. 16.1).

⁷² Dentro de sus Cláusulas Finales (Parte VI), el art. 27 del referido Proyecto contiene un sistema de arreglo para las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención, concebido en los mismos términos que el previsto en la *Convención sobre Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas* de 1975; *vid. Doc. A/59/22*, de 2004, p. 15.

⁷³ *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., “A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas (contexto de un tratado internacional, reservas y objeciones, arreglo de controversias)”, *REDI*, vol. XXXVIII (1986), 21-36, pp. 30-31.

3. La fallida expansión del arbitraje obligatorio como procedimiento jurisdiccional básico en el DI: la *Tercera Parte* del Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados de 1996

El *Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados* adoptado en primera lectura en 1996, dedicaba su *Tercera Parte* (arts. 54 a 60 y Anexos I y II) a ofertar a las partes una batería de sistemas de arreglo que pivotaban, esencialmente, sobre la conciliación y el arbitraje⁷⁴. Ante todo, sorprende que entre las normas secundarias la CDI situara la responsabilidad del Estado fuera de la jurisdicción de la CIJ⁷⁵, cuya competencia se limitaba solamente a la decisión sobre la validez del laudo arbitral a demanda unilateral de cualquiera de las partes en la controversia, pudiendo la Corte de La Haya confirmar la validez del laudo o declarar su nulidad total o parcial⁷⁶.

Por lo que se refiere al arbitraje, el Proyecto de 1996 contemplaba dos situaciones distintas en las que puede intervenir este procedimiento: una, basada en el mutuo acuerdo, siempre que no se haya podido constituir la comisión de conciliación prevista en el art. 56, o bien las partes hayan sido incapaces llegar a un acuerdo en los seis meses siguientes a su informe. Esta combinación entre procedimientos se alteraba cuando una de las partes implicadas en la controversia hubiera adoptado contramedidas respecto de la otra. En este supuesto, el art. 58.2 establecía lo siguiente: “el Estado respecto del cual se hayan adoptado contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la

⁷⁴ *Vid. Doc. A/51/10*, pp. 157–162. Fue el Relator G. ARANGIO-RUIZ quien impulsó el recurso al arbitraje obligatorio, de no llegarse a una solución de la controversia a través de una comisión de conciliación o por no haberse constituido ésta; *vid. Quinto Informe ...*, *op. cit.*, pp. 39–48, y texto de los artículos en Add. 1, pp. 2–10. Las propuestas de ARANGIO-RUIZ han dado lugar a un rico debate en la literatura jurídica sobre la cuestión de los procedimientos arreglo pacífico de controversias en materia de responsabilidad, véase SCHACHTER, O., “Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission”, *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 471–477; y las contribuciones de G. ARANGIO-RUIZ, V.L. VERESCHETIN, M. BENNOUNA, Ch. TOMUSCHAT, B. SIMMA y L. CONDORELLI en el simposio sobre “Counter-measures and Dispute Settlement: The Current Debate within the ILC”, *EJIL*, vol. 5 (1994), pp. 20 y ss.

⁷⁵ QUEL LÓPEZ, F.J., “El Arbitraje Internacional: Consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 62.

⁷⁶ *Doc. A/50/10*, pp. 201–224.

controversia a un Tribunal Arbitral de conformidad con el Anexo II de los presentes artículos”. Además, la organización del procedimiento arbitral quedaba asegurada en el Anexo II, que sustituye aquí al compromiso arbitral⁷⁷.

De esta manera, a través de la *Tercera Parte* del Proyecto de 1996 la CDI propugnaba la jurisdicción del tribunal arbitral sobre cualquier demanda que plantee un Estado – previo infractor o no de una obligación internacional, pues esta cuestión deberá ser resuelta por el tribunal arbitral –, respecto del que cualquier otro Estado haya incumplido una obligación impuesta por el ordenamiento internacional⁷⁸. Y lo que es más importante pues, salvo las medidas provisionales para la preservación de sus derechos, la sumisión al arbitraje implicaría la imposibilidad de aplicar o continuar las contramedidas por el Estado lesionado (art. 48)⁷⁹. De esta suerte, el Proyecto de 1996 optaba por el desarrollo progresivo en materia de arreglo de controversias, en este caso a través del arbitraje obligatorio como mecanismo reductor de posibles abusos y arbitrariedades en la reacción unilateral al ilícito. La propuesta de arbitraje obligatorio fue examinada por los Estados representados ante la Sexta Comisión en los debates de 1995, existiendo opiniones contrapuestas al respecto⁸⁰. De igual forma, en la sesión de 1996, este sistema de arreglo

⁷⁷ Entre sus rasgos más relevantes, destacan las facultades de elección de los árbitros que atribuyen al Presidente de la CIJ (o a su Vicepresidente) o la posibilidad de sustanciación del procedimiento arbitral en ausencia de parte. En lo que se refiere a las atribuciones del tribunal arbitral, la CDI además de insistir en que su decisión será jurídicamente obligatoria, advierte que el tribunal arbitral “tendrá derecho a proceder a cualquier investigación que estime necesaria para la determinación de los hechos del caso”; *Doc. A/51/10*, pp. 134–162.

⁷⁸ La propia CDI así lo reconoce en su comentario: “La contramedida es el hecho que activa el derecho unilateral del presunto Estado infractor a instituir un arbitraje obligatorio. Ahora bien, el alcance de las actuaciones arbitrales abarca no solamente la legalidad de la contramedida, sino también la controversia subyacente que ha movido al Estado lesionado a adoptar la contramedida. Es posible que la controversia, a su vez, se extienda no sólo a las cuestiones relacionadas con las normas secundarias contenidas en el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, sino también a las normas primarias que presuntamente han sido violadas. En la práctica, sería difícil para un tribunal arbitral determinar la legalidad de las medidas sin considerar cuestiones conexas como la de si se ha violado una norma primaria y si esta infracción es imputable al presunto Estado infractor”; *vid. Doc., A/50/10*, pp. 213 *in fine*–214.

⁷⁹ Sobre todo teniendo en cuenta que el derecho a adoptar contramedidas se adecua perfectamente a la posición mantenida en las decisiones arbitrales; *vid. Accord relatif aux Services Aériens, RSA*, vol. XVIII, p. 485 ; y también de la CIJ, p.e., asunto relativo al *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (ICJ, *Reports 1980*, p. 3); o de la *Différend Frontalier (Mali c. Burkina Faso)*, Ordonnance du 10 janvier 1986 (CIJ, *Recueil 1986*, p. 3).

⁸⁰ Los debates centrados en torno al desequilibrio procesal que encerraba esta propuesta pueden verse en

generó adhesiones y rechazo en dosis muy parecidas⁸¹. Desde luego, el someter la toma de contramedidas al control y supervisión de un órgano arbitral constituye un avance, y debe aplaudirse en principio; en la línea, por ejemplo, del sistema de la OMC en el que no se permiten medidas unilaterales sin más. Sin embargo, las tesis “individualistas” a la hora de prever correcciones al derecho de adoptar contramedidas han vuelto de la mano del Ponente J. CRAWFORD, quien ha decantado la balanza a favor de las opiniones de quienes consideraban este sistema “quimérico”, “revolucionario” o “extremadamente coactivo”⁸², pues muy pronto mostró gran preocupación por el vínculo existente entre las contramedidas y el arbitraje obligatorio, haciendo hincapié en las desventajas que lo hacían problemático⁸³. Este desasosiego del Ponente fue expresado también por varios Estados en sus *Observaciones generales* presentadas en 1999⁸⁴, así como por un grupo mayoritario de miembros de la CDI en los debates celebrados ese mismo año⁸⁵, lo que determinó que el

FERRER LLORET, J., *Las consecuencias ...*, op. cit., p. 72.

⁸¹ Vid. A/CN.4/479/Add.1, pp. 27–31.

⁸² Expresiones empleadas por PELLET, A., “Remarques ...”, loc. cit., pp. 29–30; TOMUSCHAT, Ch., “Are Countermeasures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures?”, *EJIL*, vol. 5 (1994), 77–88, p. 83; y CONDORELLI, L., “Le règlement des différends ...”, loc. cit., p. 109. De la misma opinión es D. ALLAND para quien cualquier sometimiento de las contramedidas a procedimientos de arreglo pacífico “est illusoire et, qu’au contraire, il y a une autonomie des contre-mesures par rapport au règlement des différends”, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, 1994, pp. 373 y ss.

⁸³ Entre las razones expuestas se destacó un argumento recurrente: la desigualdad entre los Estados interesados, ya que sólo al presunto Estado autor del hecho ilícito que estaba siendo objeto de contramedidas se le facultaba para acudir al arbitraje obligatorio, mientras que el Estado lesionado no disponía del mismo derecho; por todas estas razones “el Relator Especial está firmemente convencido que no debe conservarse el vínculo entre la adopción de contramedidas y el arbitraje obligatorio”; vid. CRAWFORD, J., *Segundo Informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados*, Doc. A/CN.4/498/Add.4, párs. 384–387.

⁸⁴ Mientras unos pocos estaban a favor de retener ese artículo en el Proyecto, vid. las intervenciones de Suiza (Doc. A/CN.4/488, p. 153) y de Alemania (*ibid.*, p. 156) así como de Argentina (Doc. A/CN.4/488/Add.1, p. 8); muchos otros demandaron su supresión del proyecto al señalar que “podría incitar a un Estado a adoptar contramedidas para obligar a otro a aceptar el arbitraje”, según los términos usados por Francia (Doc. A/CN.4/488, p. 156) y en parecidos términos también México y el Reino Unido (*ibid.*, p. 157); o más aún, “podría producir un cierto desequilibrio entre el Estado infractor, que puede recurrir al arbitraje, y el Estado lesionado, que carece de ese derecho”, vid. la posición de Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (*ibid.*, p. 156), así como también los Estados Unidos (*ibid.*, pp. 129–130) y Japón (Doc. A/CN.4/492, p. 18). Algún otro propuso su disociación en un Protocolo facultativo, vid. Irlanda (Doc. A/CN.4/488, p. 134) y República Checa (*ibid.*, p. 155). Sobre el particular puede verse BELAICH, F., “Les réactions des gouvernements au projet de la CDI sur ...”, loc. cit., p. 516.

⁸⁵ Los debates más interesantes celebrados ese año con ocasión del Proyecto fueron protagonizados por el vínculo entre la adopción de contramedidas y la activación a cargo del Estado objeto de las contramedidas de un procedimiento arbitral. Así, mientras algunos miembros rechazaron de plano cualquier vínculo entre las contramedidas y el arbitraje obligatorio, vid. las intervenciones de los miembros de la CDI ROSENTOCK,

Ponente, entre las diversas opciones que barajaba, optara por ubicar las contramedidas en la *Segunda Parte* del Proyecto pero evitando todo vínculo específico con la solución de controversias⁸⁶.

Con este clima, no sorprende que el Proyecto adoptado por el Comité de Redacción en segunda lectura eliminara toda referencia al sistema de arreglo de controversias, y lo mismo hace el Proyecto de artículos adoptado por la CDI en 2001 el cual, entre las condiciones procesales que el Estado lesionado debe cumplir antes de adoptar contramedidas, se limita a exigir el ofrecimiento de negociaciones al infractor (art. 52.1 b), lo que es más del agrado de los Estados y, desde luego, mucho menos audaz que el recurso al arbitraje obligatorio⁸⁷. Que el sistema de control de las contramedidas por medio del arbitraje obligatorio es una propuesta de *lege ferenda* queda claro, ya que el DI consuetudinario sólo obliga a un Estado que desee adoptar contramedidas, antes de hacerlo, a cumplir determinadas exigencias mínimas de tipo procesal (requerir el cumplimiento y advertir de las contramedidas). Pero, sobre todo, hay que tener presente que cualquier sistema obligatorio de arreglo de controversias en virtud del proyecto de artículos se convierte potencialmente en un mecanismo general de arreglo de controversias entre Estados. Indudablemente, puede darse preferencia a cualquier otro mecanismo con intervención de tercero que las partes puedan haber elegido. Pero excepto en las esferas especializadas, en la mayoría de los casos y para la mayoría de los Estados no existe dicho mecanismo. Ahora bien, si los Proyectos de la CDI tuvieran que limitarse siempre a codificar normas ya existentes tan sólo, ¿qué habría sido del progreso del DI? Dada la

para quien los arts. 47 a 50 “sont affligés de vices rédhitoires” (*Annuaire CDI*, 1999-I, p. 251), LUKASHUK (*ibid.*, p. 252); PELLET (*ibid.*, p. 255); ADDO (*ibid.*, p. 254); YAMADA (*ibid.*, p. 256); GAJA (*ibid.*, p. 256); HAFNER (*ibid.*, pp. 256–257); MELESCANU (*ibid.*, pp. 258–259); y CRAWFORD (*ibid.*, p. 259); mientras, otro grupo minoritario se mostró partidario de incluir el recurso al arbitraje obligatorio como mecanismo de control de las contramedidas, *vid.* las intervenciones de RAO (*ibid.*, p. 253); KATEKA (*ibid.*, 253–254); KABATSI (*ibid.*, p. 254); ECONOMIDES (*ibid.*, p. 257); SEPÚLVEDA (*ibid.*, pp. 257–258); AL-KHASAWNEH (*ibid.*, p. 258).

⁸⁶ CRAWFORD, J., *Segundo Informe ...*, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁷ *Vid. Doc. A/56/10*, p. 380.

naturaleza de las contramedidas y su regulación, es muy conveniente que su adopción y realización estén sometidos a un sistema obligatorio de apreciación por un tercero imparcial y, a ser posible, que ese tercero fuera una Corte o un tribunal arbitral que finalice su labor con una decisión jurídicamente obligatoria⁸⁸. En cualquier caso, dado que la cuestión de las disposiciones sobre arreglo de controversias será retomada probablemente en una hipotética Conferencia diplomática, si es que ésta llega a convocarse⁸⁹, no queremos pensar que la regulación de la *Tercera Parte* del Proyecto de 1996 haya quedado totalmente descartada, especialmente si tenemos en cuenta lo que sucedió con el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 o con el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* de 1998⁹⁰.

⁸⁸ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Por una responsabilidad ‘responsable’ (A propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en *El Derecho internacional en los albores ...*, *op. cit.*, p. 382.

⁸⁹ Resulta significativo que en los debates habidos en la Sexta Comisión en 2002 la cuestión del arreglo de controversias haya centrado la atención de los Estados, pues han sido varios los que han manifestado su preocupación por la ausencia en el proyecto aprobado en 2001 de disposiciones sobre esta materia. De esta opinión son México, quien ha señalado que “la deficiencia más grave es la falta de disposiciones sobre solución de controversias”; *vid. (Doc. A/C.6/56/SR.14, p. 3, párr. 10)*; Grecia (*ibid.*, p. 6, párr. 31); Camerún (*ibid.*, p. 11, párr. 63); y Portugal (*ibid.*, pp. 11, párr. 67). Por el contrario, la Federación Rusa señaló que el proyecto de artículos “está bien equilibrado y tiene plenamente en cuenta la práctica de los Estados” (*ibid.*, p. 8, párr. 42); mientras que la delegación de EEUU “toma nota con satisfacción de las decisiones de la Comisión de separar las disposiciones sobre solución de controversias”, (*ibid.*, p. 12, párr. 72)

⁹⁰ Esta opinión es compartida por ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Contre-mesures et règlement ...”, *loc. cit.*, p. 377 *in fine*. Es significativo que en el tema incluido en el año 2000 titulado “Responsabilidad de las Organizaciones internacionales”, se deja abierta la posibilidad de incorporar al proyecto un sistema de arreglo de controversias a la espera de la decisión que adopte la AG en relación al Proyecto sobre responsabilidad del Estado de 2001; *vid. Doc. A/55/10, párr. 729*. La propia CDI se pronunció en 2002 de la siguiente manera: “En esta etapa, sería mejor por el momento dejar en suspenso la cuestión de la redacción de disposiciones sobre la solución de controversias, sin perjuicio de su posible inclusión”; *Doc. A/57/10, p. 219, párr. 486*.

III. El arbitraje obligatorio como procedimiento preferente y de cierre del sistema de arreglo de controversias: el “arbitraje VII” de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982

En otro orden de cosas, si el proceso codificador ha puesto de relieve que los medios no jurisdiccionales, en especial la conciliación “obligatoria”, se inscriben con frecuencia en una secuencia de medios de arreglo que cierra el procedimiento arbitral, no es menos cierto que el recurso al arbitraje con carácter obligatorio actúa a veces en un catálogo de medios judiciales de arreglo, que lo convierten en una opción alternativa o preferencial frente a la CIJ o a otros órganos judiciales, como el TIDM. En este sentido, centraremos nuestra atención en un sector del ordenamiento internacional con especial trascendencia por el grado de aceptación de sus normas y por la importancia cualitativa de sus previsiones, como es el Derecho del Mar.

1. El principio de la jurisdicción obligatoria y la preferencia del “arbitraje VII” como jurisdicción residual en la Convención sobre Derecho del Mar de 1982

La *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 descansa, básicamente, en el principio de arreglo jurisdiccional obligatorio⁹¹. El énfasis otorgado a este principio refleja los tres objetivos centrales de las negociaciones que condujeron a su adopción: primero, la constitución de un régimen completo capaz de solucionar todas las cuestiones relativas al Derecho del Mar; segundo, el empeño por llegar a un “orden económico internacional justo y equitativo” para los espacios oceánicos; y, tercero, la idea de alcanzar un “acuerdo

⁹¹ Obviamente, el sistema se aplica únicamente entre las partes en el Convenio y para las controversias relativas al Derecho del Mar. En la actualidad son ya 148 las partes en la Convención, muchas de las cuales han suscrito también el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI, pero en la lista no figuran Estados con particular significación en el ámbito marítimo como Estados Unidos; *vid.* NU *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 258–260.

global”⁹². Sin embargo, la pretensión de equilibrar el enorme número de intereses, a menudo contrapuestos, ha generado ambigüedad en algunas de sus disposiciones. Por este motivo, o precisamente para evitar interpretaciones estatales arbitrarias, el mecanismo de solución de controversias, y en particular el sistema obligatorio de arreglo de la Parte XV de la Convención, constituye el pilar más sobresaliente de la estructura convencional⁹³. En su conjunto, el sistema previsto en la Parte XV trata de trazar cotas más ambiciosas que las tradicionalmente establecidas, marcando una línea de apertura hacia los procedimientos obligatorios, pero no logra desprenderse totalmente de los condicionamientos que hacen depender la solución obligatoria de las controversias internacionales de la voluntad soberana de los Estados⁹⁴. Hay que subrayar que el principio de solución jurisdiccional obligatoria, establecido en Sección 2ª de la Parte XV⁹⁵, presenta un carácter residual o

⁹² Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, CAMINOS, H., y MONITOR, M., “Progressive Development of International Law and the Package Deal”, *AJIL*, vol. 79 (1985), pp. 871–890; BUZAN, B., “Negotiating by Consensus”, *AJIL*, vol. 75 (1981), pp. 324–348. La solución jurisdiccional obligatoria como idea básica, inspiradora de toda una filosofía en esta materia, apareció en el documento de trabajo A/CONF.62/L.7, presentado por las delegaciones de Australia, Bélgica, Bolivia, Colombia, el Salvador, Estados Unidos, Luxemburgo, Países Bajos y Singapur (Caracas, 20 de junio–29 de agosto de 1974), en cuyo punto 5 se enunciaba la “obligación de recurrir a medios de arreglo que produzcan una decisión obligatoria”, en *Docs. Of. ...*, vol. III, pp. 99–108.

⁹³ En este sentido, el Embajador H.S. Amarasinghe manifestó que: “Dispute Settlement procedures will be the pivot on which the delicate equilibrium must be balanced. Otherwise the compromise will disintegrate rapidly and permanently. I should hope, that it is the will of all concerned that the prospective convention should be fruitful and permanent. Effective dispute settlement would also be the guarantee that the substance and intention within the legislative language of the convention will be interpreted both consistently and equitably”; *vid.* SOHN, L., y ROSENNE, S., (eds.), *United Nations on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. V, Países Bajos 1988, p. 10.

⁹⁴ JUSTE RUIZ, J., “La solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas...”, *loc. cit.*, p. 139. Entre la abundante literatura que se ha ocupado del arreglo de controversias en la *Convención sobre Derecho del Mar* podemos citar, sin ánimo de exhaustividad, PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La solución de controversias en la III Conferencia sobre ...”, *loc. cit.*, pp. 11–32; ADEDE, A.O., *The System ...*, *op. cit.*; BOYLE, A. L., “Dispute settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of fragmentation and jurisdiction”, *ICLQ*, vol. 46 (1997), n. 1, pp. 37–54; CHARNEY, J., “The Implications of Expanding International Disputes Settlement System: The 1982 Convention on the Law of the Sea”, *AJIL*, vol. 90 (1996) n.1, pp. 69 y ss; COLLIARD, M.A., “Problème et solution en matière de règlement des différends”, *Perspectives du Droit de la Mer à l’issue de la Troisième Conférence des NU*, Paris 1984, pp. 174–189; SARIN, M.L., “Observations on the Mechanism of Settlement of Disputes under the UN Convention on the Law of the Sea (1982)”, en BARDONNET, D., (Ed.), *L’adaptation des structures et méthodes des NU*, La Haya, 1986, pp. 107 y ss.

⁹⁵ La Sección 2ª de la Parte XV contempla los supuestos en los que las controversias deberán someterse a “procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias”. La regla fundamental que rige en la materia se enuncia en el art. 286, que establece los términos en los que se configura el recurso a procedimientos obligatorios de solución jurisdiccional. Así, en virtud del mismo se dispone que:

“Con sujeción a lo dispuesto en la Sección 3ª, toda controversia relativa a la interpretación o

subsidiario, ya que se aplica únicamente a las controversias que no hayan sido resueltas por los medios pacíficos elegidos por las partes conforme a lo dispuesto en Sección 1^a⁹⁶. Cabe también la posibilidad de que las partes no hayan acordado el procedimiento de arreglo, o que en virtud del mecanismo elegido no hayan alcanzado una solución⁹⁷.

En efecto, el sistema de arreglo de la Convención reafirma en su art. 279 los principios onusianos de arreglo pacífico, en su aplicación a las controversias marítimas⁹⁸, y de libertad de elección del medio. Si el art. 280 establece que el sistema arranca del respeto a la libertad de los Estados para convenir, en cualquier momento, los medios pacíficos de su elección, los artículos siguientes de la Convención dan prioridad a los medios de

la aplicación de esta Convención, cuando no haya sido resuelta por aplicación de la Sección 1^a, se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la corte o tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto en esta Sección”.

En opinión de J.A. PASTOR RIDRUEJO las razones que explican este nuevo enfoque son varias y entre ellas destaca las siguientes: “en primer lugar, la abundancia y, sobre todo, la profundidad de los cambios que respecto al Derecho del Mar anterior ha introducido la Convención; así, espacios antes regidos por el principio de libertad, han pasado a convertirse en áreas de soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños, lo que originará buen número de controversias, sobre todo en materia de delimitación. En segundo término, el hecho de que la Convención, aún adoptada finalmente por votación, ha sido elaborada bajo el espíritu del consenso, lo que ha dado lugar en muchos casos a textos ambiguos, que motivarán a su vez interpretaciones diferentes en el momento de su aplicación. En tercer lugar, la circunstancia de que en la zona internacional de fondos marinos se vayan a llevar a cabo actividades de exploración y explotación en un régimen muy complejo cuya aplicación necesita en todo caso un control jurisdiccional”; *Curso ...*, op. cit., p. 439.

⁹⁶ Por otro lado, de la Parte XV se ha desgajado el arreglo de las controversias reguladas en la Sección 5^a de la Parte XI (controversias con respecto a actividades de exploración y explotación de los recursos minerales de la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos), sometidas a la jurisdicción especial de la Sala de controversias homónima establecida en el seno del TIDM, ante la que tienen *ius standi* todos los interesados en las actividades de la Zona, Estados partes, empresas o personas naturales o jurídicas bajo su patrocinio, la misma Autoridad de Fondos Marinos y su brazo ejecutor, la Empresa.

⁹⁷ Además, conforme al art. 295, “las controversias que surjan entre Estados partes con respecto a la interpretación o la aplicación de esta Convención podrán someterse a los procedimientos establecidos en esta sección sólo después de que se hayan agotado los recursos internos, de conformidad con el derecho internacional”. Este precepto reproduce, en esencia, la variante B.1 del punto 8 del *Doc. A/CONF.62/L.7* presentado por las delegaciones de Australia, Bélgica, Bolivia, Colombia, El Salvador, Estados Unidos, Luxemburgo, Países Bajos y Singapur, durante el segundo período de sesiones de la III Conferencia sobre Derecho del mar durante 1974; *vid. Docs. Of.*, ..., vol. III, Nueva York, 1974, pp. 99–108. Ahora bien, es necesario valorar esta disposición en su justa medida, pues la regla del art. 295 sólo afecta a las controversias *entre una persona privada y un Estado*, por lo que antes de recurrir a la protección diplomática será necesario analizar la legislación estatal aplicable y el procedimiento a seguir. Cuando la controversia surge directamente entre Estados, por el juego de las inmunidades de jurisdicción y ejecución, no es preciso el agotamiento de los recursos internos, sino que se puede recurrir directamente al procedimiento de arreglo internacional.

⁹⁸ Como señala R. RANJEVA, la insistencia del Convenio en recordar la obligación de arreglo por medios pacíficos (corolario de la prohibición del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza) se explica también por las preocupaciones militares y estratégicas vinculadas al mar, vía de conquista y de penetración y marco de actividades militares navales y aéreas; “Le Règlement des différends ...”, p. 1113.

solución elegidos por las partes en la controversia sobre los establecidos en la propia Parte XV.

El art. 281 establece que la elección de un procedimiento específico para la solución de una controversia concreta realizada de modo subsiguiente a la aparición de la misma, adquiere así prioridad sobre los procedimientos de solución jurisdiccional obligatoria previstos en la Parte XV, pues éstos solamente se aplicarán, en los supuestos indicados, de modo consecutivo y subsidiario al elegido por las partes y siempre que éstas no hayan excluido el recurso eventual a otro procedimiento distinto del de su elección⁹⁹.

Por su parte, el art. 282 afirma que el procedimiento jurisdiccional establecido de antemano mediante una cláusula compromisoria convencional o mediante un mecanismo equivalente (caso de la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ), adquiere una eficacia sustitutoria de los mecanismos jurisdiccionales de la Parte XV¹⁰⁰, salvo que las partes decidan voluntariamente acudir a estos últimos¹⁰¹.

⁹⁹ Esta prioridad puede tener bien un carácter meramente suspensivo (mientras el medio de solución elegido por las partes sigue su curso), o bien un carácter preclusivo (cuando las partes hayan elegido ese medio con exclusión de cualquier otro).

¹⁰⁰ Este artículo se distingue del 280 por varios elementos específicos: primero, contempla la existencia de una cláusula compromisoria convenida en virtud de un acuerdo general, regional o de alguna otra manera; en segundo lugar, parte de la premisa de que dicha cláusula compromisoria ha sido establecida con anterioridad a la aparición de la controversia; y, en tercer lugar, requiere que el procedimiento de solución así acordado conduzca a una decisión obligatoria. Partiendo del art. 282, los Estados miembros de la CE están obligados a iniciar el procedimiento de solución de controversias ante el TJCE contra otros Estados miembros de la CE por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, o bien contra el Consejo y/o la Comisión. Por tanto, los procedimientos de solución de controversias procedentes de acuerdos regionales a los que se refiere el art. 282 prevalecerán sobre los previstos en la Convención en las controversias en materia de pesquerías o de protección del medio ambiente en la que la CE ha asumido plenos poderes.

¹⁰¹ En cualquier caso, la apreciación de esa eficacia sustitutoria corresponderá a un órgano jurisdiccional como así lo ha hecho el Tribunal Arbitral en el *laudo sobre jurisdicción y admisibilidad de 4 de agosto de 2000* emitido en la controversia del *Atún (Australia y Nueva Zelanda/Japón)*. Así, Japón alegó que, en virtud del art. 282 de la Convención, las partes podían evitar la solución obligatoria de la controversia si ésta se regía por otro tratado al que las partes estuvieran vinculadas que excluyera la Convención, como en efecto ocurría en la controversia, pues todas las partes estaban vinculadas por la *Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993 en la que figuraba una disposición para la solución de las controversias surgidas en el marco de la Convención, que permite a las partes recurrir a los medios de solución que prefieran (art. 16). En relación con esta cuestión, el TIDM estimó en su *Orden* de medidas provisionales, que la intención de la Convención de 1993 no era excluir los procedimientos obligatorios de la Convención de 1982, por lo que desestimó la alegación de Japón por la que éste pretendía que la controversia sólo hacía referencia a la Convención de 1993 y también la eficacia sustitutoria de dicha cláusula convencional. Para un breve resumen de este caso puede consultarse el *Doc. Los océanos y el derecho del mar*, Informe del Secretario General, A/56/58, pp. 89-90.

Como colofón, la prioridad concedida a los medios elegidos por las partes viene confirmada por las disposiciones del art. 299.2 que permite a éstas convenir la aplicación de un procedimiento de solución pacífica determinado en cualquier momento y circunstancia¹⁰².

Además, como vimos *supra*, el alcance de la solución jurisdiccional obligatoria aparece también recortado por su sujeción a las limitaciones y excepciones previstas en la Sección 3ª (arts. 297 y 298), que restringen notablemente su operatividad¹⁰³, si bien la voluntad concordante de las partes en la controversia puede derogar, también por acuerdo, tanto las limitaciones “automáticas” como las excepciones “facultativas” (art. 299.1). Por tanto, el principio de libre elección del medio se convierte así en la clave de bóveda de la arquitectura del sistema de la Convención de 1982, ya que permite a éstas elegir y excluir los medios de solución aplicables (conducentes o no a una decisión obligatoria) casi sin límite alguno.

Ahora bien, el sistema de la Parte XV de la Convención parte de la premisa de que “toda controversia” relativa a la interpretación o aplicación de la misma que no haya sido resuelta por el medio elegido por las partes, será sometida al arreglo jurisdiccional obligatorio (art. 286). Esta disposición admite una fórmula basada en un sistema de “jurisdicción a la carta”, que consiste en el establecimiento de un menú en el que figuran varios foros jurisdiccionales, dejando en libertad a las partes para la elección de uno u otro de éstos, con el fin de combinar el principio de jurisdicción obligatoria con la libre elección del procedimiento por parte de los Estados¹⁰⁴. El compromiso previsto en el art. 287

¹⁰² El párrafo 2 del art. 299 deja bien claro que “ninguna de las disposiciones de esta Sección menoscabará el derecho de las partes en la controversia a convenir cualquier otro procedimiento para solucionar la controversia o a llegar a una solución amistosa”.

¹⁰³ Aunque para determinadas controversias sustraídas del sistema general se pone en juego un mecanismo de conciliación obligatoria, las limitaciones convencionales impuestas al mismo condicionan de manera considerable su eficacia.

¹⁰⁴ Este sistema responde a la llamada “fórmula Montreux”, diseñada en esta ciudad suiza por un grupo de expertos durante las negociaciones informales celebradas durante el tercer período de sesiones de la Conferencia (Ginebra, 17 marzo – 9 de mayo de 1975) y luego perfilada a través de complicadas

articula el derecho de selección del procedimiento de un modo particularmente flexible, exigiendo únicamente una declaración en forma escrita formulada al firmar, ratificar o adherirse a la Convención o en un momento posterior, pero permitiendo elegir uno o varios de los procedimientos establecidos, en el orden preferido por el Estado autor de la declaración, o realizar la opción sólo para un período de tiempo determinado, entre uno o varios de los siguientes procedimientos: el TIDM, la CIJ, el Tribunal arbitral general (Anexo VII) y el Tribunal arbitral especial (Anexo VIII).

Pero esta situación se complica todavía más pues el *Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios* (en adelante, Acuerdo de 1995), cuya parte VIII se dedica al arreglo de controversias, establece en su art. 30.1 que las disposiciones de la Parte XV de la Convención de 1982 se aplicarán *mutatis mutandis* a las controversias entre Estados Partes en el Acuerdo relativas a su interpretación o aplicación, con independencia de que sean o no partes en la Convención. Los párrafos 3 y 4 del art. 30 del Acuerdo de 1995 regulan lo relativo a la elección del procedimiento de solución de controversias de la siguiente forma¹⁰⁵; para los Estados que, siendo partes tanto en el Acuerdo de 1995 como

negociaciones hasta alcanzar su redacción actual. En la reunión de Montreux tuvo lugar un animado debate sobre cuál de estos procedimientos – arbitraje, TIDM, y CIJ – debía prevalecer sobre los otros. Las posiciones estuvieron enfrentadas entre aquellos que defendían el recurso a la CIJ y al arbitraje, y los que, como Estados Unidos o Francia apoyaban la primacía del TIDM. La división de pareceres logró superarse gracias a una fórmula de entendimiento, llamada “Compromiso Montreux”, en cuya virtud quedaron consagrados todos los órganos citados, con el compromiso de dejar a la elección de las partes, en el momento de la ratificación, la designación del tribunal competente. Dicha expresión quedó redactada en los siguientes términos: “One participant suggested that perhaps there could be set upon several procedures of jurisdiction, when each party ratified the convention it could choose in which tribunal it would contest different disputes”; *vid.* MESEGUER, J.L., “La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias en el nuevo derecho del Mar. Las excepciones ...”, *loc. cit.*, p. 580. ADEDE, A.O., “Settlement of Disputes Arising Under the Law of the Sea Convention”, *AJIL*, vol. 69 (1975), pp. 798–818; ROSENNE, S., “UNCLOS III- The Montreux (Riphagen) Compromise”, en BOS y SILBLESZ (Eds.), *Realism in Law-Making, Essays in Honour of W. Riphagen*, Dordrecht, 1986, pp. 169–178; y QUENEUDEC, J.P., “Le choix des procédures de règlement selon la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer”, *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement, Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, pp. 383–387.

¹⁰⁵ El párrafo 2 del art. 39 prevé, por su parte, que las disposiciones de la Parte XV se aplicarán también a toda controversia entre los Estados partes en el Acuerdo relativas a la interpretación o aplicación de las

en la Convención, hubieran efectuado una declaración conforme al art. 287 de la misma, se dispone que no es necesario que emitan una nueva declaración, pues el procedimiento allí elegido lo será igualmente para las controversias derivadas del Acuerdo, salvo que prefieran otro, para lo cual deberá realizar una declaración adicional. Sin embargo, los Estados que no sean partes en la Convención no tendrán más remedio, en su caso, que efectuar la declaración contemplada en el art. 287 de la misma¹⁰⁶.

En este contexto, el art. 287.3 de la Convención de 1982 establece la presunción *ope legis* de que el Estado parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor ha aceptado la jurisdicción residual del arbitraje del Anexo VII (denominado “arbitraje VII”), lo que convierte al arbitraje general en el procedimiento residual de la jurisdicción obligatoria. La misma presunción se aplica si las partes en una controversia no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia pues, en tal caso, ésta solamente podrá ser sometida al “arbitraje VII”, a menos que las partes convengan otra cosa (art. 287.5)¹⁰⁷. Y, aunque el artículo examinado no lo dice expresamente, a la misma conclusión habría que llegar en los supuestos en los que uno de los Estados parte en la controversia no hubiera realizado declaración alguna¹⁰⁸.

A la luz de semejantes previsiones convencionales, parece clara la opción por el arbitraje general del Anexo VII como preferente, en tanto no se produzca una manifestación expresa que lo excluya o lo relegue a un segundo plano¹⁰⁹. En el momento

normas contenidas en acuerdos subregionales, regionales o mundiales sobre la misma materia.

¹⁰⁶ Sobre el arreglo pacífico de controversias en el Acuerdo de 1995 puede consultarse GHERARI, H., “L’Accord du 4 août 1995 sur les stocks chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs”, *RGDIP*, t. 100 (1996) n. 2, pp. 386 y ss.

¹⁰⁷ Esta jurisdicción obligatoria residual del arbitraje se ha repetido posteriormente en otros tratados en materia de protección del medio ambiente, como p.e., el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del medio ambiente*, de 4 de octubre de 2001, en cuyo art. 18.3 se dispone lo siguiente: “Se considerará que una Parte que no haya formulado una declaración acogiendo al párrafo 1 precedente o con respecto a la cual una declaración ha dejado de tener vigor, ha aceptado la competencia del Tribunal Arbitral”.

¹⁰⁸ En este sentido se ha pronunciado J.A. PASTOR RIDRUEJO al afirmar que “bien entendido que si un Estado parte en una controversia no ha hecho oportunamente la declaración en cuestión, se presumirá que ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII”; *Curso ...*, *op. cit.*, p. 440.

¹⁰⁹ Esta jurisdicción residual del “arbitraje VII” puede verse paliada según lo establecido en el art. 298, que permite a los Estados declarar que no aceptan los procedimientos obligatorios de solución de controversias

actual, de los 148 Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención de 1982, sólo 36 han hecho uso del art. 287¹¹⁰. Lo que significa que la mayoría de los Estados partes en la Convención no se ha pronunciado. Ahora bien, ¿corresponde verdaderamente esta presunción de arbitraje a la voluntad y a los intereses de los Estados que no hayan hecho una declaración *ex art. 287*? Si en algún caso ello puede deberse a una opción intencional, como en el caso de los Estados que recelan tanto de la Corte de La Haya como del Tribunal de Hamburgo¹¹¹, en muchos otros la falta de elección puede tener su causa en la idea de mantener abiertas todas las expectativas, a la espera de que otros Estados hayan hecho su elección, o en la intención de valorar el funcionamiento práctico del TIDM.

2. La preferencia por el “arbitraje VII” en la práctica: consideraciones a la luz del art. 282 de la Convención de 1982

A la luz de los elementos que hemos visto, la reflexión que deben hacer los Estados es si prefieren que sus controversias sean sometidas al arbitraje común o a una jurisdicción internacional permanente. En este punto, se debe recordar lo previsto en el art. 282 de la Convención, según el cual, la existencia de cualquier acuerdo entre las partes en una controversia que prevea una cláusula de jurisdicción obligatoria (bien en un acuerdo bilateral o multilateral, o bien la cláusula del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ) excluye el

respecto de determinadas categorías de éstas. Argentina, Austria, Cabo Verde, Canadá, Chile, Cuba, Eslovenia, España, Federación Rusa, Francia, Italia, México, Noruega, Portugal, Túnez, Ucrania y Uruguay han hecho uso de esta facultad; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 261–285.

¹¹⁰ Este número baja a 34 si se tiene en cuenta que las declaraciones de Cuba y Guinea-Bissau se limitan a rechazar la competencia de la CIJ. De las restantes, cinco otorgan prioridad a la CIJ (Argelia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido y Suecia), trece al TIDM (Alemania, Argentina, Austria, Cabo Verde, Canadá, Chile, Croacia, Grecia, Lituania, Portugal, Tanzania y Uruguay), y seis eligen a la CIJ y al TIDM sin establecer prioridad entre ambos (Australia, Bélgica, España, Finlandia, Italia y Omán), y cinco eligen el arbitraje (Belarús, Egipto, Eslovenia, Rusia y Ucrania); *vid. <http://www.un.org/Depts/los/ITLOS.htm>*.

¹¹¹ Como es el caso de EEUU que, en el momento de adherirse a la Convención de 1982, declaró la preferencia del arbitraje entre los medios de arreglo que menciona el art. 287, tal y como se deduce del mensaje del Presidente al Senado recomendando la adhesión a la Convención; *vid. 103rd Congress, 2 Session, Senate, Treaty Doc. 103-39*, p. IX (letra de presentación del Secretario de Estado) y 84 (comentario).

mecanismo de jurisdicción obligatoria previsto en el art. 287 de la Convención y, en consecuencia, la jurisdicción del “arbitraje VII”¹¹². Por efecto del art. 282, el Tribunal de Hamburgo o los tribunales arbitrales tendrán que declarar su incompetencia, salvo que a tenor del *forum prorrogatum* el Estado demandado, una vez recibida la solicitud del Estado demandante, hubiera aceptado la competencia de aquellos¹¹³.

En este sentido, debemos retener el dato, entre otros, de que de los 65 Estados que han aceptado la competencia obligatoria de la CIJ conforme al art. 36.2 de su Estatuto¹¹⁴, 50 son partes en la Convención de 1982, de los cuales sólo 17 han hecho una declaración *ex art. 287*: seis han declarado que prefieren la CIJ (Honduras, Nicaragua, Países Bajos, Noruega, Suecia y Reino Unido); cinco se someten a la CIJ y al TIDM sin otorgar preferencia entre ambos órganos (Australia, España, Italia, Bélgica y Finlandia); cinco han elegido el TIDM como preferente (Austria, Canadá, Grecia, Portugal y Uruguay); y otro eligió el arbitraje general (Egipto)¹¹⁵.

Del análisis de estos datos podemos extraer dos observaciones: primera, la preferencia a favor de los órganos permanentes de justicia internacional que surge, de forma clara, cuando por sus declaraciones, los Estados intentan evitar la jurisdicción de un tribunal arbitral que, según el art. 287.5, es aplicable si las partes en la controversia no han aceptado el mismo procedimiento. Éste ha sido el propósito de las declaraciones de Australia, Bélgica, Finlandia, Italia, España y México, países que, en el marco del art. 287

¹¹² Como ha sucedido en el reciente laudo de 4 de agosto de 2000 emitido por el Tribunal Arbitral constituido para la controversia del *Atún de Aleta Azul Meridional (Australia y Nueva Zelanda/Japón)*, y que veremos *supra*.

¹¹³ *Vid.* TREVES, T., “Conflictos entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, en TORRES, S., TREVES, T., y VALTICOS, N., *Tres Estudios sobre la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1999, 47-65, pp. 51-52.

¹¹⁴ Como se puede consultar en la página web de la CIJ: <http://www.icj-cij.org/icjwww/icjhome.htm>.

¹¹⁵ Mientras que otro ha rechazado la jurisdicción de la CIJ (Guinea-Bissau), algo insólito y carente de validez en el caso de que se planteara una controversia con otro Estado que hubiera aceptado la competencia de la CIJ conforme al art. 287 de la Convención. En esta línea, lo lógico es que Guinea-Bissau introdujera una reserva en su declaración excluyendo de la competencia de la CIJ *ex art. 36.2* del Estatuto las controversias que origine la Convención de 1982; *vid.* esta declaración en UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 272.

han elegido la CIJ y el TIDM, sin expresar una prioridad entre ambos. Por consiguiente, la jurisdicción de un tribunal arbitral sólo será aplicable para las controversias entre estos países y los Estados que, en virtud del art. 287, no hayan elegido ni el TIDM ni la CIJ. Un efecto similar es el que han conseguido Austria, Hungría, Grecia, Portugal y Uruguay; países que, si bien han aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ conforme al art. 36.2 del Estatuto, han optado por el Tribunal del Hamburgo, según el art. 287. De este modo, en las controversias entre éstos y otros Estados que hayan admitido la competencia obligatoria de la CIJ de acuerdo al art. 36.2 de su Estatuto, ésta tendrá jurisdicción, y en los litigios entre esos Estados y los países que hayan escogido el TIDM, será este último el órgano competente.

En cuanto a la segunda observación, conviene destacar el problema de concurrencia de jurisdicciones que, a salvo del art. 282 de la Convención, se podría plantear respecto de aquellos Estados que, habiendo aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ por la vía del art. 36.2 de su Estatuto, ahora establecen la jurisdicción preferente del arbitraje general respecto de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención, como es el caso de Egipto. Este problema de concurrencia se podría haber evitado si Egipto hubiera introducido en su declaración de aceptación de la jurisdicción de la CIJ una reserva, por la que excluyera de la competencia de este órgano aquellas controversias en las que convenga recurrir a otros medios de arreglo conducentes a una solución definitiva y vinculante, entre las que habría que incluir las relativas a la Convención de 1982, sometidas a arbitraje. Sin embargo, Egipto no lo ha hecho, lo que conduce a un problema real de concurrencia¹¹⁶. En este punto, conviene recordar el art. 103 de la Carta que establece, en caso de incompatibilidad de obligaciones, la prioridad de las obligaciones derivadas de la Carta y, por tanto, de la jurisdicción de la CIJ derivada del art. 36.2 del Estatuto

¹¹⁶ Ver la declaración de Egipto en CIJ, *Annuaire 2001-2002*, p. 134.

(instrumento integrante de la Carta). Esto equivale a afirmar que la CIJ tiene competencia sobre una controversia entre Estados que hayan hecho la declaración prevista en el art. 36 párrafo 2 del Estatuto, independientemente de las declaraciones mencionadas en el art. 287¹¹⁷. En consecuencia, las declaraciones que efectúen los Estados, como Egipto, otorgando prioridad al arbitraje, o como Canadá, que otorga preferencia por el TIDM y por el arbitraje indistintamente, sólo tendrán validez respecto de controversias con Estados que hubieran rechazado la competencia de la CIJ y aceptado igualmente esa otra vía.

Además del “arbitraje VII” como jurisdicción residual en defecto de previsión específica de las partes en sentido distinto, el art. 287.1 hace referencia, en su apartado d), a un arbitraje “especializado o técnico”, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican y cuya activación se produce mediante la pertinente notificación a la otra parte¹¹⁸. La posibilidad de un “arbitraje técnico”, se recoge en el art. 1 del Anexo VIII para determinadas materias en las que, por su especificidad técnica o científica, se estima que es preferible la intervención de expertos que gozan de tal consideración por parte de las Organizaciones internacionales relacionadas con pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento.

¹¹⁷ Sobre la cuestión de la concurrencia de jurisdicciones en estos supuestos véase LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Judicialización y sectorialización del Derecho Internacional”, *AADI*, vol. XI (2001/2002), 145–175, pp. 167–168.

¹¹⁸ El origen legislativo de esta disposición arranca del *TIOFN* cuyo documento A/CONF.62/WP.9/Rev.1 introducía un nuevo foro con competencia para dilucidar determinadas cuestiones relativas a la ZEE: el sistema de procedimientos especiales, consistente en la formación de Comisiones Especiales. Estas Comisiones, propugnadas por la Unión Soviética y otros Estados de Europa Oriental, aunque tenían un carácter marcadamente jurisdiccional estaban constituidas por expertos-científicos, pero precisamente ésta y otras razones de carácter político fueron duramente criticadas por los Estados en desarrollo, que al carecer de los expertos necesarios consideraban que las comisiones especiales quedarían al servicio de los Estados desarrollados. El *TIOFN* cambió la denominación “comisiones especiales” por la de “tribunal arbitral especial”, que en la actualidad es regulado por el Anexo VIII de la Convención; *cf.* MESEGUER, J.L., “La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias ...”, *loc. cit.*, pp. 581–582.

Como en el caso del “arbitraje VII”, la obligatoriedad del arbitraje especializado radica no tanto en la incoación unilateral del procedimiento, como en las garantías que establece el art. 3 del Anexo VIII para la constitución del tribunal, pues si una de las partes no designara a su árbitro nacional o no acordaran en elegir al presidente, ambas designaciones serán a cargo del SG (apartados *d*) y *e*) del Anexo VIII). Además de realizar su función jurisdiccional, el órgano arbitral especializado podrá constituirse con la sola misión de realizar una función consultiva o de *mero establecimiento de los hechos*, los cuales se considerarán definitivamente establecidos para las partes, salvo que estas acuerden otra cosa¹¹⁹. Sin embargo, la escasa preferencia manifestada hasta la fecha por los Estados respecto a los procedimientos de arbitraje especial del Anexo VIII constituye la nota negativa, pues estos procedimientos sólo aparecen en segundo plano (como segunda, tercera o cuarta opción) en la elección de algunos Estados¹²⁰, a lo que habría que añadir que el proceso de designación de los expertos que han de integrar las listas contempladas en el Anexo VIII se está llevando a cabo de un modo bastante lento¹²¹.

En cualquier caso, la virtualidad de “arbitraje VII” como procedimiento residual que cierra el sistema de arreglo debe confrontarse con un examen de la práctica contenciosa, pues ya existen algunos casos en que se ha puesto en entredicho la eficacia de este procedimiento¹²².

¹¹⁹ En efecto, como ha sido señalado por la doctrina, “Thus the special Arbitral Tribunal under this annex combines the function of fact-finding and making non-binding recommendations comparable to those of the conciliation procedure, with the normal function of rendering binding decisions substantively in the disputes referred to the procedure under the annex for a settlement. No other third-party procedures for judicial settlement under the Montreux formula in Article 289 of the Convention have this double function”, *vid.* ADEDE, A.O., *The System ...*, *op. cit.*, p. 235.

¹²⁰ UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 271 (Alemania) 261 y 262 (Argentina y Austria), 265 (Chile), 266 (Hungría) 272, (México), 276 (Portugal) y 279 (Ucrania).

¹²¹ La lista de expertos designados por las partes puede consultarse en http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/experts_special_arb.htm. Sin embargo, por su trascendencia, debemos señalar que Estados Unidos ha efectuado una declaración conforme al art. 30.4 del Acuerdo de 1995 que, como sabemos, es parte integrante de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, y lo ha hecho eligiendo el tribunal arbitral especial del Anexo VIII, UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 308.

¹²² *Vid. Sección tercera* de este Capítulo.

Sección segunda. El proceso de judicialización del arbitraje: manifestaciones en algunos de sus elementos estructurales

I. El soporte institucional del sistema arbitral

1. La vinculación entre las NU y el tribunal arbitral: la participación del SG en el procedimiento arbitral

Las partes en los tratados que prevén el recurso al arbitraje, sea facultativo u obligatorio, están obligadas a celebrar un acuerdo complementario denominado “compromiso” en el cual, una vez nacida la controversia, se determina la constitución y composición del órgano arbitral (amén de otras cuestiones que fuera menester dilucidar, en particular la definición del objeto de la controversia)¹²³, es decir, un *pacto de contrahendo* cuya violación generaría responsabilidad internacional¹²⁴.

Ahora bien, a pesar de la creciente revitalización del arbitraje en el proceso codificador lo cierto es que, al tratarse de un medio de arreglo no institucionalizado, carente pues de carácter permanente y composición predeterminada, la obligación arbitral no siempre es suficiente para su puesta en práctica. La demanda unilateral de arbitraje podría encontrarse con la actitud reticente de la parte que, llegado el caso, quisiera sustraerse a su experimentación, lo que paralizaría el procedimiento arbitral en sus orígenes. Para evitar

¹²³ El *Modelo de Reglas* de la CDI indica (art. 2), además de la determinación de la constitución y composición del órgano arbitral y la definición del objeto de la controversia, otras con carácter ejemplificativo, como el Derecho aplicable (que en las cláusulas compromisorias especiales estará normalmente determinado por las previsiones del tratado), las reglas de procedimiento o los poderes atribuidos al tribunal para fijarlas, la mayoría necesaria y el plazo para dictar sentencia, la sede y otros aspectos administrativos, los idiomas que han de utilizarse, la forma de repartir los gastos y costas y los servicios que pueden pedirse a la CIJ.

¹²⁴ Según tuvo la oportunidad de constatar la CIJ en relación con la obligación de Bulgaria, Hungría y Rumania de cumplir con la cláusula compromisoria incorporada en los Tratados de Paz de 1947 (arts. 36, 40 y 38, respectivamente); *vid. Interprétation des Traités de paix, avis consultatif*, CIJ, *Recueil 1950*, p. 223.

este riesgo, se han articulado diversas técnicas cuyo objetivo es asegurar la constitución del órgano arbitral ante cualquier eventualidad que pudiera surgir. Entre ellas destaca la fijación de plazos perentorios para la constitución del órgano de arreglo, pasados los cuales sin que se haya hecho, se confiere competencia a un tercero para que efectúe el nombramiento que corresponda hacer a una de las partes, o supere el desacuerdo de éstas, o de los árbitros ya nombrados, de cara a la designación del presidente (*appointing authority*)¹²⁵. Si consideramos que el siglo XX marca el comienzo de la judicialización de los arbitrajes interestatales, podemos comprobar que primero las *Convenciones de La Haya de 1899 y 1907* y, más tarde, el *Modelo de Reglas* de la CDI proporcionan una variada gama de cláusulas-tipo que los Estados podían tener en cuenta en la designación de los miembros del tribunal arbitral. La previsión de esta técnica encontraría su fundamento en el principio de “no frustración” del procedimiento arbitral, el cual se convierte en elemento dispensable en la moderna filosofía del arbitraje¹²⁶, en especial a partir de la Segunda Guerra Mundial donde el arbitraje asumirá funciones cuasi-judiciales¹²⁷.

¹²⁵ Los problemas inherentes a la elección de los árbitros han sido señalados por LALIVE, J.-F., “Some Practical Suggestions on International Arbitration”, *Mélanges Valticos. Droit et Justice*, Paris, 1999, 287–300, pp. 289–296.

¹²⁶ En este sentido, las reglas modernas sobre arbitraje comercial prevén cláusulas que impiden que la constitución de un tribunal arbitral pueda verse truncada por la actitud dilatoria de una de las partes. Así, los arts. 6 y 7 de las *Reglas UNCITRAL* confieren esta autoridad al Secretario General de la CPA; el art. 38 de la Convención sobre el Centro Internacional sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones establece que, si el tribunal no se ha constituido en 90 días, el presidente deberá nominar a los árbitros todavía no designados sin que puedan ser nacionales de una de las partes. Por su parte, el art. 1124 del NAFTA que lleva por título “Constitution of Tribunal When a Party Fails to Appoint an Arbitrator or the Disputing Parties Are Unable to Agree a Presiding Arbitrator”, prevé que en un arbitraje relativo a inversiones, será el Secretario General del Centro el que deberá nombrar a los árbitros. Mientras que las *Reglas de la CPA sobre arbitraje y conciliación* de 1992 (arts. 6 y 7) sugieren un sistema más complejo y dilatorio al apuntar, como primera medida, la elección por acuerdo de las partes de un tercero que lleve a cabo la designación, que de no conseguirse delegan en el Secretario de la CPA, pero en este caso no para que el Secretario proceda directamente a la designación, sino para que nombre a un tercero que será al que corresponda ejercer tales funciones dirimentes. Más rudimentario es el *Convenio de La Haya de 1907* (art. 45), pues para salvar el desacuerdo inicial de las partes sobre el nombramiento de los miembros del órgano en cuestión, éstas deben elegir una tercera potencia que proceda a la designación (en el mismo sentido que las reglas de la CPA), pero si en dos meses no es posible, cada una de ellas debe presentar dos candidatos de la lista de los miembros de la CPA (con exclusión de sus nacionales y de los ya designados), dejando al azar quién debe ejercer las funciones de superárbitro.

¹²⁷ Vid. CHARNEY, J.S., “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals”, *RdC*, t. 271 (1988), 101–382, p. 119.

La principal aportación que introducen los convenios codificadores en este sentido radica en la estrecha vinculación entre las NU y el sistema de designación del órgano arbitral, principalmente a través de la atribución de facultades nominadoras a dos autoridades pertenecientes a la estructura institucional de la Organización mundial, como su SG y el Presidente de la CIJ (u otro miembro de este órgano judicial)¹²⁸. Claro que la previsión de todos los aspectos necesarios en orden a asegurar la efectiva constitución del órgano arbitral no se contiene con igual precisión en todos los convenios codificadores.

Entre los convenios codificadores auspiciados por la CDI que optan por el arbitraje *opting in*, sólo el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 releva a las partes que han convenido someter la controversia a arbitraje (art. 33 c) de celebrar un acuerdo complementario, puesto que tanto la constitución del tribunal como la sustanciación del procedimiento arbitral queda asegurada a través del Anexo al Convenio¹²⁹. En tales circunstancias, cada parte nombrará a un árbitro y los dos árbitros así elegidos designarán al tercero, que será el presidente del tribunal (art. 1 del Anexo); pero si no se designara al árbitro nacional o al presidente en los dos meses siguientes al inicio del procedimiento, será el Presidente de la CIJ quien realice los nombramientos¹³⁰. En cambio, el sistema arbitral facultativo establecido tanto en las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, (arts. 44 y 45, respectivamente), como en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 (art. 66), no refuerza el compromiso de arbitraje con garantías institucionales del tipo señalado, por lo que dicha estipulación constituiría un

¹²⁸ El *Modelo de Reglas* de la CDI de 1958 sobre arbitraje ya sugería que tales funciones dirimientes recayeran en el Presidente de la CIJ (art. 4.2).

¹²⁹ En el ámbito de la codificación auspiciada por las NU, también el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 prevé esta contingencia en los arts. 1 a 3 del Anexo que organiza la constitución y el funcionamiento del tribunal arbitral.

¹³⁰ En el plazo de dos meses, art. 4.1 del Anexo. Para designar al presidente del tribunal, el Presidente de la CIJ deberá tener en cuenta que no sea nacional de ninguna de las partes en la controversia ni de uno de los Estados ribereños del curso de agua de que se trate, que no tenga su residencia habitual en territorio de una de las partes o de estos Estados ribereños, ni haya conocido la causa en ninguna otra calidad (art. 3.1 del Anexo).

pacto de contrahendo cuyo cumplimiento sólo puede verificarse aplicando el estándar de la buena fe¹³¹.

Por el contrario, son los convenios que establecen la obligatoriedad de la vía arbitral los que la afianzan con resortes dirigidos a asegurar la constitución del órgano de arreglo. Así, en el caso del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones* de 1986 (art. 66.2 f), la posibilidad que tienen las partes de modelar la composición del tribunal queda tasada por la reglamentación contenida en su Anexo¹³². Según este texto, a falta de nombramientos de los árbitros en el plazo marcado (60 días), las facultades dirimentes serán a cargo del SG o del Presidente de la CIJ, en este último caso cuando las NU sean una de las partes en la controversia. Un aspecto interesante de este Convenio reside en que el SG (o el Presidente de la CIJ), podrá nombrar presidente del tribunal arbitral bien a una persona de la lista, bien a uno de los miembros de la CDI, con lo cual este organismo se incorpora a la estructura orgánica del Convenio de 1986. De igual modo, el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 confía al SG las facultades de designación de los cinco miembros que componen la comisión arbitral, pues si las partes no logran ponerse de acuerdo en tres meses, serán nombrados por el SG previa consulta con las otras partes y con otras autoridades, como el Presidente de la CIJ o el Dtr. Gral. de la FAO (art. 9 del Convenio de 1958)¹³³.

¹³¹ En efecto, como claramente advierte el art. 1 del *Modelo de Reglas* de la CDI de 1958 “toda estipulación contractual de recurrir al arbitraje para solucionar una controversia entre Estados constituye una obligación jurídica que ha de ser ejecutada de buena fe”. No puede admitirse, explicó en el comentario de este precepto el Ponente, G. SCHELLE, “que si no hay un compromiso o antes de redactarlo, un ‘pacto *nudo*’ de arbitraje no tenga carácter obligatorio, so pretexto de que se trata de una promesa abstracta relativa a diferencias eventuales o futuras. *Esto implicaría nada menos que declarar sin valor los tratados de arbitraje o las cláusulas compromisorias*”; *Anuario CDI*, 1958-II, pp. 3-4. La cursiva es nuestra.

¹³² Según el Anexo, tras la solicitud de arbitraje cada parte, sea un Estado o una Organización, nombrará en un plazo de 60 días dos árbitros; el primero puede ser elegido o no de entre la lista que mantiene el SG a estos efectos, y otro necesariamente será elegido de entre dicha lista que no tenga la nacionalidad de ninguno de los Estados, ni haya sido designado por alguna de las Organizaciones que sea parte en esa controversia, teniendo en cuenta, además, que si la controversia enfrenta sólo a Organizaciones, el tribunal arbitral no podrá estar formado por nacionales de un mismo Estado. Las cuatro personas así nombradas designarán, en otros 60 días, y de entre la lista, un quinto árbitro, que será el presidente del tribunal.

¹³³ Además, este Convenio recoge un aspecto que no se contiene en ningún otro convenio codificador pues el párrafo 3 del art. 9 prevé que “cada Estado parte en el litigio podrá designar a un nacional para que forme

Algunos de sus aspectos han sido considerados como método de selección de los árbitros en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, si bien en esta última se incorpora la novedad de las listas de árbitros como base para elegir al tribunal¹³⁴. En efecto, si una de las partes no designara a su árbitro o ambas partes no acordaran nombrar a uno o varios miembros o al presidente, tales nombramientos serán realizados por el Presidente del TIDM¹³⁵ o, si éste no pudiera o fuere nacional de una de las partes, por el Juez más antiguo del mismo Tribunal (salvo que las partes acuerden encomendar cualquiera de esos nombramientos a una persona o a un tercer Estado), y en consulta con las partes¹³⁶. En el caso del tribunal arbitral *técnico*, su constitución obedece a las mismas reglas que la del “arbitraje VII” (art. 3 del Anexo VIII), si bien será el SG el encargado de nominar a los expertos o árbitros de entre la lista que mantienen las distintas Organizaciones internacionales (art. 2 del Anexo VIII)¹³⁷.

Como puede observarse, el procedimiento arbitral que organizan los Anexos VII y VIII, a la vez que refuerzan la obligatoriedad del arbitraje, le atribuyen de un cierto soporte institucional. Ejemplo de ello son los tribunales arbitrales constituidos sobre la base de este Anexo, como es el caso del asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional*, cuyo procedimiento

parte de la Comisión, con derecho a participar plenamente en sus actuaciones en igualdad de condiciones con los miembros de la comisión, pero sin derecho a voto ni a participar en la redacción de los fallos”.

¹³⁴ Según el art. 3 a los Anexos VII y VIII, la parte que incoe el arbitraje general nombrará un árbitro, preferentemente de entre la lista que mantiene el SG, que podrá ser nacional suyo, nombramiento que será notificado a la otra parte en la controversia para que en un plazo de 30 días proceda a designar a su árbitro de la misma manera. Los otros tres árbitros hasta completar un tribunal de cinco serán elegidos por acuerdo entre las partes y seleccionados entre personas nacionales de terceros Estados que figuren, preferentemente, en la lista que mantiene el SG a estos efectos (párs. b) c) y d) del Anexo).

¹³⁵ En un plazo, respectivamente, de 30 o 60 días siguientes a la notificación.

¹³⁶ Aunque en esta circunstancia los miembros así nombrados deben ser elegidos necesariamente de entre la lista que mantiene el SG, en cualquier caso serán de nacionalidades diferentes y no estarán al servicio de ninguna de las partes en la controversia, ni residirán en el territorio de una de las partes o serán nacionales de ninguna de ellas (párrafo e) *in fine*). Sobre los debates en torno a las propuestas que conferirían a distintas autoridades las facultades de designación, finalmente otorgadas al Presidente del TIDM, puede verse ADEDE, A.O., *vid. The System ...*, *op. cit.*, p. 225.

¹³⁷ Como cláusula de cierre, el art. 3 común a ambos Anexos establece en su apartado h), que las disposiciones relativas a la designación de los miembros del tribunal se aplicarán, en la medida de lo posible, a las controversias en que intervengan más de dos partes. Como complemento a lo anterior, el apartado g) del art. 3 común a ambos Anexos establece que las partes que hagan causa común, nombrarán conjuntamente a uno o dos miembros del tribunal de común acuerdo, lo que puede tener incidencia en aquellas controversias relativas a cuestiones de delimitación en las que normalmente hay varias partes interesadas.

se sustanció, a petición de las partes y del tribunal, ante el Centro Internacional de Arreglo de Controversias relativas a Inversiones¹³⁸.

Otra de las manifestaciones de la inercia judicializadora del arbitraje consiste en la predeterminación del órgano arbitral mediante *sistemas de listas* integradas por juristas, cuyos nombres deberán facilitar los Estados partes a una autoridad internacional – normalmente el SG –, constituyendo así la base sobre la que se procederá a la elección de los árbitros, ya sea en primera instancia por las partes o, en su caso, por el tercero que ejerza las funciones dirimentes. Es la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 la que inaugura un modelo de órgano arbitral cuya composición procederá, cualquiera que fuera la modalidad elegida, de una lista de árbitros o expertos¹³⁹. Conforme al art. 2.1 del Anexo VII, corresponde al SG la responsabilidad de establecer y mantener una lista de árbitros compuesta de la siguiente manera¹⁴⁰: cada Estado parte tendrá derecho a designar cuatro árbitros (al igual que sucede en el caso de la CPA), quienes deberían ser personas con experiencia en asuntos marítimos y que gocen de las más alta reputación por su imparcialidad, competencia e integridad, condiciones también requeridas para los jueces del TIDM (art. 2.1 del Anexo VI)¹⁴¹.

¹³⁸ Vid. *Los océanos ...*, op. cit., p. 89, párr. 447. En los dos últimos asuntos en que se ha solicitado la constitución de un tribunal arbitral, las partes litigantes, Bardados y Trinidad y Tobago, por un lado, y Guyana y Surinam, por otro, han aceptado que el registro de todas las actuaciones procesales se realice ante la Secretaría de la CPA; vid. <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DRAP/index.htm>.

¹³⁹ Sin embargo, el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 constituye un referente pues, si las partes no lo hacen, los miembros de la comisión serán nombrados por el SG de entre nacionales de terceros Estados especialistas en materia de pesquerías, si bien los nombres de esas personas no procederán de una lista preestablecida.

¹⁴⁰ Si en cualquier momento los árbitros designados por un Estado parte para integrar la lista fueren menos de cuatro, ese Estado parte tendrá derecho a hacer las nuevas designaciones necesarias (art. 2.2 del Anexo VII). La lista de las personas designadas como árbitros sobre la base del art. 2 del Anexo VII de la Convención, así como la fecha de notificación al SG de dicho nombramiento puede verse en, *UN Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 288–290.

¹⁴¹ Por ejemplo, el Tribunal Arbitral establecido para conocer de la controversia originada en el asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional* de 1999 se ha constituido sobre la base de estas directrices; así, dos de los miembros del Tribunal Arbitral constituido proceden de dicha lista (Per Tressett y Chusei Yamada), mientras que los tres restantes, incluido el presidente, han sido elegidos de común acuerdo entre las partes; vid. nota 90 *supra*.

El sistema de selección de los árbitros que organiza el Anexo al *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986 también se sustenta en una lista integrada por juristas y confeccionada por el SG (art. 1)¹⁴². En la Convención de 1986 existe la particularidad de que *todos* los Estados miembros de NU, sean o no partes en el mismo, están invitados a designar a dos árbitros por un período de cinco años¹⁴³, disposición que se justifica por el interés de que se impliquen el mayor número posible de Estados en el procedimiento arbitral, dado la repercusión general del tipo de controversias sobre las que se proyecta el arbitraje en este Convenio (*ius cogens*). La relación de las NU con el tribunal arbitral todavía es más estrecha si consideramos que el SG proporcionará al tribunal la asistencia y facilidades que necesite, e incluso los gastos del tribunal serán sufragados por las NU (art. 9 del Anexo), situación que conlleva una auténtica institucionalización del procedimiento arbitral financiado por las NU¹⁴⁴.

Sin embargo, en los supuestos donde el arbitraje requiere un mayor grado de especialización, es cuando la reglamentación de las listas de árbitros alcanza un nivel más detallado. Es el caso del arbitraje especializado de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, concebido para determinadas materias en las que, por su especificidad técnica o científica, se estima que es preferible la intervención de expertos que gozan de tal consideración por parte de las organizaciones internacionales relacionadas con pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación. Como base para seleccionar los árbitros, en cada uno de esos ámbitos, el art. 2.2 del Anexo VIII prevé que se establezca y mantenga una lista de expertos, a cargo de distintas

¹⁴² Una copia de la cual se enviará al Presidente de la CIJ, para que pueda realizar sus funciones de designación cuando las NU sean una de las partes en la controversia.

¹⁴³ El nombre del árbitro permanecerá en la lista hasta que sea retirado por el Estado que lo haya designado, aunque seguirá formando parte del tribunal hasta que termine el procedimiento arbitral, art. I.1, *in fine*, del Convenio de 1986 y art. 2.3 del Anexo VII de la *Convención sobre Derecho del Mar*.

¹⁴⁴ DECAUX, E., "Arbitrage entre sujets du Droit International: ...", *loc. cit.*, pp. 18–19.

organizaciones del sistema de NU¹⁴⁵. Para confeccionar las distintas listas de expertos cada Estado parte podrá designar dos personas de probada competencia en materia jurídica, científica o técnica¹⁴⁶, cuyo nombre permanecerá en la lista hasta que sea retirado por el Estado que lo haya designado, si bien ese experto seguirá formando parte del tribunal arbitral para el que haya sido nombrado hasta que termine el procedimiento (art. 2.5 del Anexo VIII). Por el momento, a la escasa preferencia manifestada hasta la fecha por los Estados respecto al arbitraje especializado, hay que añadir que el proceso de designación de los expertos que han de integrar las listas dista mucho de ser aceptado de manera generalizada¹⁴⁷.

De todos modos, es innegable que el “sistema de listas” constituye una limitación a la libertad de las partes para modular la composición del órgano arbitral (tanto por lo que se refiere al número de sus miembros como al método de selección), imponiendo al tiempo un plazo para su constitución que, de no cumplirse, permita la intervención automática del SG (o de otra autoridad internacional) para realizar las labores de designación que corresponden a las partes. Este mecanismo contrasta con otros que favorecen la intervención de la CIJ, no con el propósito de resolver las cuestiones previas que impidieran la constitución del tribunal arbitral, sino con la de dirimir el fondo de la controversia. Ahora bien, esta técnica que inauguran los Protocolos facultativos a los

¹⁴⁵ Así, en materia de pesquerías, a la FAO; en materia de protección y preservación del medio marino, al Programa de las NU para el Medio Ambiente; en materia de investigación científica marina, a la Comisión Oceanográfica Intergubernamental; en materia de navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento, a la OMI o, en cada caso, al órgano subsidiario pertinente en que la organización, el programa o la comisión haya delegado estas funciones. Sobre la idoneidad de los distintos Organismos especializados de las NU para confeccionar y mantener una lista de expertos en cada una de estas materias ver ADEDE, A.O., *The System ...*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁶ Art. 2.3 del Anexo VIII. En principio, a tenor de lo que dispone este artículo, debería tratarse de una especie de sabios con conocimientos, creemos, por lo menos concretos y extensos en materia científica y técnica y con ciertas nociones jurídicas. Claro que para L. CAFLISCH lo deseable es que fueran *árbitros-juristas* pues si “l’arbitrage sert à trancher des questions de *droit*, et les seuls connaissances techniques requises leur manquent, libre à eux de faire appel à des experts pour les assister”; “Cent ans de règlement ...”, *loc. cit.*, p. 359.

¹⁴⁷ En referencia a este aspecto, la AG aprobó la Res. 57/26 en 2003, titulada “Prevención y solución pacífica de controversias”, en cuyo párrafo 7 se alienta a los Estados a que designen personas con la idoneidad apropiada para incluir sus nombres en las listas de conciliadores y árbitros contempladas en algunos tratados que así lo prevean, como la *Convención sobre Derecho de Mar* de 1982.

Convenios sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre *Relaciones Consulares* de 1963, de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* de 1969¹⁴⁸, así como la *Convención sobre Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973 (art. 13), constituye, más que un mecanismo favorecedor del arbitraje, un resorte eficaz para activar la jurisdicción de la CIJ.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

II. Las partes en el procedimiento arbitral: la ampliación del *locus standi* procesal a entidades distintas de los Estados

El procedimiento arbitral no es ajeno a la evolución del modelo de subjetividad internacional. Junto a los Estados soberanos, la posibilidad de participar activamente en el sistema de arreglo arbitral se extiende a las Organizaciones Internacionales, tanto a aquellas con personalidad oponible *erga omnes*¹⁴⁹, como a las que posean subjetividad limitada únicamente respecto a los sujetos que expresamente las han reconocido, situándose en una posición de igualdad formal en el sistema arbitral frente a otros Estados u Organizaciones Internacionales. El reconocimiento de la capacidad de litigar en sede jurisdiccional a favor de las Organizaciones Internacionales a través del sistema arbitral ya fue advertida en el *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral. Así, con respecto al alcance y propósito del *Modelo de Reglas* destinadas a ser aplicadas a los arbitrajes entre los Estados, la CDI observó que: “(...) si las partes lo desean, sus normas podrían servir, con las modificaciones

¹⁴⁸ El Art. II común a los tres Protocolos prevé que las partes pueden convenir recurrir al arbitraje en un plazo de dos meses desde la notificación de una parte a la otra. Ahora bien, en ese plazo las partes deberán redactar el compromiso arbitral o constituir el tribunal pues, en caso contrario, cualquiera de ellas podrá acudir a la CIJ.

¹⁴⁹ Los sujetos susceptibles de verse involucrados en una controversia aumentan, pues ésta no sólo puede existir entre dos o más Estados sino que también puede incluir a una Organización internacional, como señaló la CIJ en su dictamen dado en el asunto de la *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, ICJ, *Reports 1949*, p. 178.

necesarias, para el arbitraje entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales”¹⁵⁰.

Entre los convenios codificadores que incluyen el arbitraje entre los procedimientos de arreglo al servicio de las Organizaciones Internacionales no puede dejar de mencionarse el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, cuyo art. 66 y Anexo reservan la vía arbitral para las controversias surgidas de la alegación de una causa de incompatibilidad de un tratado con el *ius cogens* (arts. 53 y 64), bien entre un Estado y una Organización, bien entre dos o más Organizaciones Internacionales¹⁵¹. También debe destacarse el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 cuyo art. 33 contempla el recurso al arbitraje como alternativa consensuada al acceso obligatorio a la determinación de los hechos. De acuerdo con el art. 33.10 b) del Convenio, el procedimiento arbitral será el único de carácter jurisdiccional que puedan utilizar las Organizaciones Internacionales, especialmente las de integración económica regional¹⁵². Pero sobre todo debemos referirnos a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, en la cual se reconoce a las Organizaciones Internacionales las mismas opciones para elegir procedimiento que tienen los Estados conforme al art. 287, con excepción de la remisión a la CIJ (art. 7.1 de su Anexo IX)¹⁵³. Así, en el supuesto de que, en una misma controversia, una Organización y uno o varios de sus Estados miembros fueran partes conjuntas – como podría ser el caso de la CE y sus

¹⁵⁰ *Doc. A/CN.4/113*, párs. 10–43.

¹⁵¹ A este respecto, debemos subrayar el dato positivo que ofrece el estado de ratificaciones en los últimos años, pues desde que NU ratificara en 1998 el Convenio de 1986, en los últimos cuatro años han sido ocho las Organizaciones de su sistema las que han consentido en obligarse por la misma, lo que sin duda amplía las posibilidades del arbitraje como principal medio de arreglo de controversias previsto en el Convenio, cuando éste entre en vigor; *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 341.

¹⁵² Según el párrafo 10 b) *in fine* del art. 33, cuando una de las partes en la controversia sea una Organización económica regional, ésta podrá formular una declaración en el momento de ratificar, aceptar o aprobar la Convención, o adherirse a ella, o en cualquier momento posterior, aceptando con carácter obligatorio *ipso facto* y sin acuerdo especial bajo condición de reciprocidad, esto es, en relación con cualquiera de las partes que acepte la misma obligación, que dicha controversia sea sometida a arbitraje de conformidad con el Anexo, salvo que las partes acuerden otra cosa.

¹⁵³ Las Organizaciones internacionales ven limitada su libertad de elección de medios a los previstos en los apartados a), c) o d) del párrafo 1 del art. 287 de la Convención.

Estados miembros¹⁵⁴—, o partes con un mismo interés, se considerará que la Organización ha aceptado los mismos procedimientos de solución que los Estados miembros. Ahora bien, si en una controversia entre un Estado y una Organización, el Estado únicamente ha elegido la competencia de la CIJ,

“se considerará que la Organización y el Estado miembro de que se trate han aceptado el arbitraje tal y como se prevé en el Anexo VII, salvo que las partes en la controversia convengan otra cosa” (art. 7.3 del Anexo IX a la Convención).

Por tanto, el citado Anexo IX opta claramente por el procedimiento arbitral en una aplicación simétrica a las Organizaciones del sistema general establecido para las controversias entre Estados¹⁵⁵, descartando, de esta suerte, la opción preferente a favor del TIDM, a pesar de constituir una vía posible de acceso a la solución judicial del litigio¹⁵⁶. Es más, en los Anexos VII y VIII que organizan los distintos aspectos del arbitraje se hace referencia a la manera en que cualquier Organización Internacional tiene acceso a las distintas modalidades de arbitraje¹⁵⁷. Sin embargo, en el asunto *Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern*

¹⁵⁴ La amplia declaración efectuada por la CE al depositar el instrumento de confirmación formal en virtud del art. 310 de la Convención y del art. 5.1 del Anexo IX a la Convención, no contiene declaración alguna relativa a la elección del procedimiento para la solución de las controversias previstas en el art. 7 del mismo Anexo, lo que implícitamente le conduciría al procedimiento arbitral caso de ser parte en una controversia que le enfrentara a otra Organización Internacional o un Estado parte en la Convención. La declaración de la CE puede verse en UN, *Multilateral Treaties Deposited ..., op.cit.*, vol. II, pp. 268–270. El argumento sobre la no elección del foro se recoge en el orden del día adoptado por el grupo de Altos funcionarios que siguen las cuestiones de Derecho del Mar en el Consejo; *vid.* Decisión del Consejo de 23 de marzo de 1998, *DOCE*, L 179, de 23 de junio 1998, *décimo considerando*.

¹⁵⁵ En efecto, el art. 7.2 del Anexo IX prevé que la Parte XV de la Convención se aplica, *mutatis mutandis*, a las controversias que enfrenten a una o varias Organizaciones Internacionales; en consecuencia, el recurso al arbitraje VII será el procedimiento residual también en el caso en que las partes en la controversia sean Organizaciones Internacionales.

¹⁵⁶ El Anexo VI de la Convención que contiene el Estatuto del TIDM, simplemente se limita a establecer en su art. 20.2 que las entidades distintas de los Estados partes – como las Organizaciones Internacionales – tendrán acceso al TIDM en los supuestos previstos en la Parte XI o bien de conformidad con cualquier otro acuerdo que le confiera una competencia aceptada por todas las partes, siempre en las condiciones previstas en el art. 7 del Anexo IX.

¹⁵⁷ Así, mientras el art. 13 del Anexo VII, relativo al arbitraje general, prevé la aplicación de las disposiciones de este Anexo a las controversias en que intervengan entidades distintas a los Estados partes, el art. 4 del Anexo VIII, que regula el arbitraje especializado, establece que el art. 13 del Anexo VII también se aplicará a este arbitraje especial.

Pacific Ocean, único hasta la fecha que ha enfrentado a una Organización Internacional, la CE, y a un Estado Parte en la Convención, Chile, no ha prosperado el “arbitraje VII”, pese a darse la presunción favorable al mismo, ya que ambas partes acordaron someter su controversia a la Sala Especial del TIDM¹⁵⁸.

Asimismo, tampoco podemos olvidar que, por efecto de la norma de conflicto contenida en el art. 282 de la Convención de 1982, en las controversias entre Estados miembros de la UE (o de éstos con la Comisión y el Consejo), relativas a materias que regula la Convención de 1982, la competencia del tribunal arbitral cede en favor de un mecanismo jurisdiccional regional como el TJCE¹⁵⁹. Esta situación podría suceder en el asunto de la *MOX Plant*, que enfrenta a Irlanda contra el Reino Unido, ambos miembros de la UE, en el que el tribunal arbitral instituido por Irlanda ha decidido suspender los procedimientos relativos a la jurisdicción y al fondo de la controversia hasta que logre cerciorarse de que varias de las disposiciones a las que se refiere la demanda irlandesa afectan a materias que han sido transferidas por las partes a la Comunidad Europea¹⁶⁰,

¹⁵⁸ Hasta ahora, la única controversia en que la CE ha sido parte por violación de la Convención de 1982 la ha enfrentado a Chile. Sin embargo, mientras la CE reclamó el establecimiento de un Panel de Solución de Controversias ante la OMC por violación de la libertad de tránsito, por el contrario Chile inició su acción sobre la base del sistema de arreglo de la Parte XV de la Convención de 1982. Dado que Chile sí había efectuado la elección del art. 287, optando por el TIDM, y que la CE no realizó elección alguna de procedimiento, la presunción del art. 287.5 jugaba a favor del arbitraje general. Aunque ambas partes llegaron a un acuerdo provisional el 25 de enero de 2001, en diciembre de 2000 Chile y la CE acordaron someter mediante compromiso su controversia a la Sala Especial del TIDM para su constitución de acuerdo con el art. 15.2 de su Estatuto; *vid.* la *Orden* del TIDM, de 20 de diciembre de 2000, por la que se constituye la Sala en *ILM*, vol. 40 (2001), pp. 475–479.

¹⁵⁹ La compatibilidad futura entre tales decisiones y las de los órganos jurisdiccionales previstos en la Convención – en especial las adoptadas por un tribunal arbitral general que, por su condición de procedimiento residual, serán frecuentes –, podría pasar a ser una forma de verificar la capacidad del TJCE no sólo para cumplir con sus funciones en aplicación del TCE, sino también de interpretar la Convención de 1982 en relación con el Convenio sobre Derecho de los Tratados de 1969, y de determinar, en su caso, la aplicación de ciertas normas consuetudinarias a la luz de la práctica de los Estados miembros; *vid.* SIMMONDS, K.R., “European Economic Community and the New Law of the Sea”, *RdC*, t. 218 (1989-VI), 9–166, pp. 139–142.

¹⁶⁰ Como estimó el Tribunal arbitral en su Orden de 24 de junio de 2003: “there is a real possibility that the European Court of Justice may be seised of the question whether the provisions of the Convention on which Ireland relies are matters in relation to which competence has been transferred to the European Community and, indeed, (...) whether the exclusive jurisdiction of the European Court of Justice extends to the interpretation and application of the Convention as such and its entirety”; *vid.* *The MOX Plant Case, Order 24 June 2003*, <http://www.pca-cpa.org>. Incluso, el Tribunal arbitral recibió una respuesta escrita emitida por la Comisión Europea ante el Parlamento el 15 de mayo de 2003, en la cual la Comisión señalaba que, en este caso, estaba examinando instituir el procedimiento del art. 226 del TCE; *European Parliament Plenary*

especialmente teniendo en cuenta la amplia declaración efectuada por la CE y sus Estados miembros, conforme al art. 5 del Anexo IX de la Convención.

Pero el *locus standi* procesal en el procedimiento arbitral no termina en las Organizaciones Internacionales, sino que puede alcanzar a otras entidades no reconocidas como sujetos de pleno derecho a las que, sin embargo, se atribuye un estatuto internacional particular con cierta trascendencia jurídica, como es el caso de las personas físicas y jurídicas. Esta tendencia que permite el acceso a individuos en los mecanismos de solución de controversias para ciertos ámbitos materiales del ordenamiento internacional¹⁶¹, se ha extendido a sectores tan importantes como el Derecho del Mar, en el cual se permite a los particulares litigar por la vía arbitral (y también ante el TIDM). Esta posibilidad se desprende del art. 13 del Anexo VII a la Convención de 1982, en virtud del cual se ha extendido el conjunto de las disposiciones establecidas en materia arbitral *mutatis mutandis* a toda controversia en que intervengan entidades distintas a los Estados partes. En fin, aun cuando este ejemplo es significativo de la lenta progresión en favor de los particulares en tanto que partes en el arbitraje¹⁶², al mismo tiempo pone de relieve el desarrollo experimentado en el elemento *subjetivo* de la noción clásica de controversia, pues esta noción dependerá del contexto normativo concreto en el que se prevé y opera el mecanismo de arreglo en curso¹⁶³.

Session, Oral question by De Rossa (H-0256/03), 15 May 2003.

¹⁶¹ Esta tendencia a abrir cauces a las personas físicas o jurídicas para participar en los procedimientos de arreglo es admitida por la CPA al considerar que los Estados, las Organizaciones y las partes privadas pueden encontrar en la potenciación del arbitraje un medio adecuado para conseguir mayores dosis de justicia y efectividad en el arreglo de controversias. En este sentido puede verse el documento titulado *Initial Comments of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration and the Rapport*, en ORREGO VICUÑA, F. y PINTO, Ch., “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects ...”, *loc. cit.*, párrafos 9–10. El texto puede consultarse en http://www.minbuza.nl/english/conference/c_peace_docs.html.

¹⁶² Como se observa, el proceso de sectorialización de la SI difumina los contornos tradicionales del concepto de controversia y abre nuevas perspectivas a los particulares en el procedimiento arbitral. Es por ello que, de acuerdo con E. GORDON, consideramos que: “The Mavrommatis definition is of minor interest at this late date. In any event, although frequently cited, it has long since proven to be inadequate”, “Legal disputes under Article 36 (2) of the Statute”, en DAMROSCH, L.F., (Ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, Nueva York, 1987, 183–222, p. 201.

¹⁶³ BENVENUTI, P., *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, 1985, nota 25, p. 196. En esta misma línea puede verse R. JENNINGS, “Reflections on the

III. La regulación tasada del procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral se desarrolla conforme a las reglas establecidas por las partes en el compromiso. No obstante, en caso de silencio o desacuerdo, es práctica frecuente que el compromiso deje libertad al órgano arbitral para elaborar las reglas procesales a las que habrá de ajustarse en la conducción del arbitraje¹⁶⁴.

Sin embargo, la previsión del arbitraje como procedimiento que cierra del sistema de arreglo en buena parte de los convenios codificadores ha supuesto, como condición de su eficacia y credibilidad, la reglamentación de las pautas procesales inherentes al sistema arbitral a través, principalmente, de la regulación contenida en un Anexo, el cual hace las veces de compromiso, y cuyo objetivo no es otro que organizar todos los aspectos del arbitraje, con el fin de garantizar que el procedimiento arbitral se desarrolla hasta su fin. En primer lugar, centraremos nuestra atención en la reglamentación de los denominados incidentes de procedimiento, como son la determinación de la competencia del órgano arbitral, la intervención de terceros y la posibilidad de solicitar medidas provisionales.

1. Especial referencia a los incidentes de procedimiento

El poder de los tribunales arbitrales para pronunciarse prejudicialmente respecto de cuestiones relativas a su competencia para conocer de un asunto sometido a su jurisdicción, ha sido claramente establecido por la jurisprudencia arbitral¹⁶⁵. Bien es cierto que es el

term dispute”, en McDONALD, R.S.J., (Ed.), *Essays in honour of Wang Tieya*, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 401–405.

¹⁶⁴ QUEL LÓPEZ, F.J., “Algunas Consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 78.

¹⁶⁵ Así lo estableció, por ejemplo, el Tribunal de arbitraje en su sentencia de 16 de mayo de 1980 en el asunto del préstamo *Young* (Bélgica, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Suiza contra la República Federal de Alemania); ver el texto en *RGDIP*, vol. LXXXIV (1980), pp. 1158–1206. Sin lugar a dudas, respecto de la competencia para determinar la propia competencia “es el Tribunal el que aprecia y decide consciente de que su decisión sobre la cuestión previa se impondrá a las partes y le permitirá conocer después el fondo del asunto (salvo que se declare incompetente); *vid.* FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La*

texto del compromiso el que marca los límites de la actuación del órgano arbitral y que, en materia de competencia, deberá ser interpretado de manera estricta¹⁶⁶. A la luz de estas consideraciones, resulta claro que el principio de la *competencia de la competencia* cede ante la estricta interpretación de la voluntad de las partes plasmada sin ambigüedades en el compromiso arbitral.

Ahora bien, de estar predeterminado el recurso al arbitraje en una cláusula compromisoria, sea con carácter opcional u obligatorio, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia¹⁶⁷, así como interpretar el instrumento en el que aquélla se funde¹⁶⁸. Este principio se reconoce en los convenios codificadores que organizan el recurso a un procedimiento arbitral para todas o algunas de sus disposiciones, máxime cuando una de sus finalidades consiste en garantizar la seguridad jurídica del resto de partes en el Convenio. Así, el tribunal arbitral que instituye el Anexo al *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986 deberá cerciorarse, antes de iniciar sus actuaciones, de que el objeto material de la demanda versa exclusivamente sobre la invocación de un tratado cuyo contenido sea contrario al *ius cogens*¹⁶⁹. Considerando que el sistema arbitral sólo se prevé para determinadas categorías de controversias, todavía adquiere mayor justificación para el órgano arbitral verificar de

interpretación de las normas internacionales, Pamplona, 1996, p. 298.

¹⁶⁶ De acuerdo con un principio bien establecido en la jurisprudencia arbitral, “Une clause de compromis ne peut pas être interprétée extensivement spécialement dans le champ international, en ce qui concerne la compétence de l’arbitre ou des arbitres”; cf. esta afirmación en el *asunto de la interpretación del artículo 79, párrafo 6 c) del Tratado de Paz de 1947 (nº 196)* (Francia c. Italia). Decisión de 7 de diciembre de 1955 de la Comisión de conciliación Franco-Italiana, *RSA*, vol. XIII, p. 431. La interpretación estricta de las reglas de competencia exige, como ha afirmado la jurisprudencia, el rechazo de la utilización de criterios tales como la analogía o la interpretación extensiva; en tal sentido puede consultarse la sentencia de 24 de julio de 1967 dictada por la Comisión arbitral sobre bienes, derechos e intereses en Alemania en el *asunto International Administrative Cantor NV c. República Federal de Alemania*; vid. su texto en COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISEMANN, P.M., *Répertoire de la Jurisprudence arbitrale internationale*, t. III (1946–1988), Dordrecht, 1991, nº 3719, p. 1420.

¹⁶⁷ Arts. 3.3 y 10 del *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral de la CDI.

¹⁶⁸ Art. 9.1 del *Modelo de Reglas* de la CDI, que faculta al órgano arbitral para decidir si existe ya entre las partes un acuerdo suficiente respecto de los elementos esenciales de la controversia que le permita examinar la cuestión y, de no ser así, ordenar a las partes que completen o, en su caso, concierten el compromiso.

¹⁶⁹ Por ello, el párrafo 6 del Anexo a la misma dice que “antes de dictar el laudo el tribunal deberá asegurarse no sólo de su competencia para decidir la controversia, sino también de que la pretensión está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho”.

forma *prima facie* su competencia, esto es, que la causa de nulidad, terminación o suspensión del tratado que alega una parte se funda en su incompatibilidad aparente con una norma de *ius cogens*, sobre todo teniendo en cuenta que el procedimiento arbitral se puede desarrollar y el tribunal dictar su laudo incluso si una parte no comparece. A esta facultad también alude el Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 pues, una vez constituido el tribunal arbitral, el art. 13 *in fine* del Apéndice al Convenio dispone que “antes de dictar su decisión definitiva, deberá cerciorarse de que la demanda tenga fundamento suficiente de hecho y de derecho”, pudiendo incluso examinar y dirimir demandas reconventionales (art. 11)¹⁷⁰.

En otros convenios codificadores este poder del órgano arbitral debe presumirse implícitamente incluido en las disposiciones que organizan el procedimiento arbitral. Así se infiere del art. 9.6 del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958¹⁷¹, o más claramente del Anexo VIII a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, donde la jurisdicción del arbitraje especializado podría solaparse con la de la conciliación “obligatoria” del Anexo V, dado que las controversias resultantes del ejercicio por las partes de sus derechos soberanos o jurisdicción en relación con la investigación científica marina o de la pesca en la ZEE, quedan sustraídas de la jurisdicción obligatoria y sometidas de manera automática a la conciliación “obligatoria”¹⁷².

Por su parte, el ámbito competencial del “arbitraje VII” de la Convención de 1982 plantea dos cuestiones particulares. En primer lugar, porque una vez constituido el tribunal, deberá asegurarse de que su jurisdicción no queda excluida por una declaración *ex art.*

¹⁷⁰ Por lo demás, se trata de una facultad prevista en los convenios codificadores para la protección del medio ambiente, como el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992, cuyo Anexo se dedica a la organización y funcionamiento del Tribunal Arbitral, y cuyo art. 11 dispone que: “El Tribunal podrá conocer de las reconversiones directamente basadas en el objeto de la controversias y resolver sobre ellas”.

¹⁷¹ A cuyo tenor se establece que, al dictar su fallo, “la comisión deberá observar lo dispuesto en estos artículos y en todo acuerdo especial que exista entre las partes acerca de la solución de la controversia”. En particular, deberá apreciar que la demanda presentada versa sobre la aplicación de medidas de conservación a las que se refieren los arts. 4, 5, 6, 7 y 8 del Convenio y que el plazo de doce meses dado a las partes para llegar a un acuerdo ha expirado.

¹⁷² Art. 297 párrafo 2 (investigación científica marina) y 3 (pesquerías).

298.1, en virtud de la cual las partes pueden sustraer determinadas controversias de los procedimientos jurisdiccionales obligatorios para someterlas a la conciliación obligatoria, procedimiento que debe tener prioridad sobre el “arbitraje VII”, en cuanto que el art. 298.1 es una norma más específica que el art. 287. Este supuesto se produciría en el caso de una controversia entre un Estado que hubiera aceptado la jurisdicción del tribunal arbitral del Anexo VII de forma expresa (287.1), como Egipto, o de manera implícita (como dispone el art. 287.3), mientras que otro, como es el caso de Noruega, hubiera elegido la jurisdicción de la CIJ y rechazara, además, según el art. 298.1, el procedimiento arbitral del Anexo VII¹⁷³. En este caso, el tribunal arbitral deberá verificar con especial cuidado el fundamento fáctico y el *petitum* de la demanda, con el fin de evitar una extralimitación en su competencia material, que pudiera invadir un ámbito normativo ajeno por completo a la finalidad para la que ha sido creado¹⁷⁴.

En segundo lugar, porque en espera de que se constituya el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede solicitar la adopción de medidas provisionales *ex art. 290.5* a cualquier Corte o Tribunal designado de común acuerdo o, a falta de tal acuerdo, al TIDM o a su Sala de Controversias sobre Fondos Marinos (para las actividades en la Zona), el cual tiene potestad para decretar medidas provisionales si estimara “en principio, que el tribunal que haya de constituirse es competente”. Ahora bien, si la decisión adoptada *a priori* sobre la competencia por el tribunal en cuestión fuera negativa, tal decisión sólo puede afectar a los respectivos derechos de las partes o a los daños al medio marino que no van a poder ser preservados a través de medidas provisionales, pero no a la verificación de su competencia realizada por el órgano arbitral una vez constituido, pues se trata de una

¹⁷³ En este caso, cualquier controversia que surgiera entre Egipto y Noruega cubierta por la declaración realizada por ésta última de acuerdo con el art. 298.1, quedaría sometida al procedimiento de conciliación obligatoria y no al arbitraje del Anexo VII.

¹⁷⁴ Así se desprende del art. 9 del Anexo VII según el cual “antes de dictar su laudo, el tribunal arbitral deberá asegurarse no sólo de que es competente en la controversia, sino también de que la *pretensión está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho*”. La cursiva es nuestra.

facultad que corresponde en todo caso al propio tribunal (art. 9 *in fine* del Anexo VII). En el asunto del *Atún*, se dio la paradoja de que el Tribunal Arbitral VII, tras estimarse incompetente para conocer del asunto, revocó las medidas adoptadas por el TIDM, acreditando así la relativa autonomía de la competencia incidental respecto de la principal¹⁷⁵. Por otra parte, en el asunto *MOX Plant*, el Tribunal Arbitral VII, en su Auto de 24 de junio de 2003, tras constatar que no apreciaba razón alguna “to disagee with the finding that *prima facie* it has jurisdiction”¹⁷⁶, decidió confirmar la medida cautelar adoptada por el TIDM en su Orden de 3 de diciembre de 2003¹⁷⁷.

En otro orden de cosas, la predeterminación del arbitraje en los convenios codificadores para todas o algunas de sus disposiciones supone que, surgida una controversia relativa a su ámbito material de competencia, la decisión del órgano arbitral no sólo posea un interés directo para los litigantes, sino también para el resto de partes en la convención, cuyos derechos e intereses pudieran verse afectados por tal decisión. Por principio, el sistema arbitral no se compadece bien con la tramitación de episodios que pueden afectar, no ya a los derechos y deberes de las partes, sino a terceros ajenos inicialmente al proceso principal. Aunque el incidente de intervención haya sido previsto en diferentes convenios generales sobre arreglo de controversias¹⁷⁸, su materialización en el seno del arbitraje dependerá de su reconocimiento expreso en el convenio codificador¹⁷⁹. Esta posibilidad que tienen los terceros para intervenir se reconoce en varios convenios

¹⁷⁵ Vid. auto de 4 agosto de 2001 en el asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional*, en *ILM*, vol. 39 (2000) n. 4, pp. 1359–1389.

¹⁷⁶ Auto, párr. 14.

¹⁷⁷ Auto, párr. 64.

¹⁷⁸ Como es el caso de la *Convención relativa a la Conciliación y el Arbitraje* de la CSCE de 1992, en la cual se permite, asimismo, la intervención de todo Estado participante en la Conferencia – aunque no sea parte en la Convención – cuyos intereses jurídicos puedan verse afectados por la decisión del tribunal arbitral, siempre que demuestre la existencia de tal interés (art. 29).

¹⁷⁹ De igual modo, en el marco del proceso ante la CIJ, las condiciones en las que puede intervenir un tercero en una controversia en la que tenga un interés jurídico que pueda ser afectado por la decisión, se regula en los arts. 62 del Estatuto de la CIJ y 81 de su Reglamento. Sobre la petición de intervención ante la CIJ y sus condiciones puede consultarse RIQUELME CORTADO, R.M., *La intervención de terceros Estados en el proceso internacional*, Madrid, 1993.

codificadores, entre los que destaca el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, si bien en estos instrumentos el derecho a intervenir se subordina a la autorización del tribunal arbitral (art. 10 del Anexo)¹⁸⁰; así como también en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, si bien en este caso su Anexo condiciona la intervención de terceros al previo consentimiento de las partes en la controversia¹⁸¹. A nuestro modo de ver, esta exigencia no se justifica en atención a la importancia de las controversias sobre las que puede operar el arbitraje, pues, como mínimo, la presunta incompatibilidad de un tratado con una norma de *ius cogens* interesa a las demás partes en el tratado, aunque en principio no lo sean en la controversia.

De todos modos, aun cuando en el texto o en el Anexo del convenio codificador no se refiera expresamente a la posibilidad de intervenir en el procedimiento, el carácter multilateral de estos convenios parece legitimar la intervención de terceros Estados, pues es lógico presuponer que otras partes en el tratado ajenas, en principio, a la controversia, puedan tener un interés jurídico que pueda verse afectado por la decisión arbitral. En tal supuesto, la remisión genérica a los aspectos del procedimiento arbitral puede ser suficiente para considerar competente al tribunal en orden a apreciar la legitimidad del interés para intervenir y, por ende, para pronunciarse respecto a su competencia para solventar dicho incidente¹⁸². Esta solución se infiere de la regulación prevista tanto en el *Convenio sobre*

¹⁸⁰ Precepto que dispone lo siguiente: “cualquiera de las partes en el Convenio que tenga un interés de carácter jurídico en el objeto de la controversia que pueda verse afectado por la decisión en la causa podrá intervenir en la sustanciación de ella, siempre que el tribunal arbitral lo autorice”. La misma autorización del tribunal arbitral exige el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (art. 10 del Anexo sobre arbitraje), y, en el ámbito de la protección internacional de los Espacios Polares, también lo hacen la *Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos* de 1980 (art. 4 del Anexo) y el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente* de 1991 (art. 7 del Anexo).

¹⁸¹ Pues, a tenor de su art. 4, “el tribunal arbitral podrá invitar a cualquier Estado u organización internacional interesado a exponerle sus opiniones, verbalmente o por escrito”.

¹⁸² En este sentido, estamos de acuerdo con F.J. QUEL LÓPEZ en que, para poder afirmar la capacidad del órgano arbitral en orden a dirimir el incidente de intervención será necesario, al menos, una habilitación para resolver aquellos aspectos que no hayan sido expresamente regulados en el texto del compromiso de arbitraje; “El Arbitraje Internacional: Algunas Consideraciones...”, *loc. cit.*, p. 81.

Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar de 1958 (art. 9.4), como en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 (art. 5 del Anexo VII, también aplicable al arbitraje especializado)¹⁸³, pues en ambos instrumentos la capacidad del órgano arbitral para admitir la intervención parece tener su fundamento en la delegación implícita de las partes para resolver cualquier aspecto vinculado al procedimiento.

A diferencia de los incidentes de intervención, en los que debe existir una habilitación concreta o genérica para afirmar la competencia del órgano arbitral, en el caso de las medidas cautelares la jurisdicción incidental es inherente a la propia función arbitral. No obstante, dado que la práctica convencional multilateral en materia de arbitraje pone claramente de relieve un amplio reconocimiento de la capacidad de los tribunales arbitrales para establecer medidas cautelares¹⁸⁴, no sorprende que de todos los incidentes de procedimiento, el relativo a las medidas provisionales sea el que cuente con una reglamentación más pormenorizada en los convenios codificadores. Dentro de esta categoría se inscribe el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, cuyo art. 10.2 dispone que la Comisión arbitral que ha de conocer la controversia podrá decidir la suspensión de las medidas de conservación objeto de discusión “hasta que dicte su fallo”, si bien en el caso de litigios a que dé lugar el art. 7¹⁸⁵, dichas medidas sólo se suspenderán cuando la Comisión llegue al convencimiento de que no es necesario aplicarlas de forma urgente. La obligatoriedad de tales medidas para las partes no ofrece dudas, pues a tenor del art. 11 del Convenio “las decisiones de la Comisión especial serán

¹⁸³ Salvo que las partes en la controversia acuerden otra cosa, el tribunal o la comisión arbitral, según los casos, fijará su propio procedimiento, garantizando a cada una de las partes plena oportunidad de ser oída y de hacer defensa de su caso.

¹⁸⁴ Art. 33 del *Acta General* de 1928/1949; art. 31 de la *Convención Europea* de 1957 o el art. 26 de la *Convención sobre conciliación y arbitraje* de 1992. Por su parte, las *Reglas de la CPA para el arbitraje de controversias entre Estados* dan algunas pautas sobre las medidas provisionales previstas en tales instrumentos convencionales (art. 26).

¹⁸⁵ Aquellos derivados de la adopción por el Estado ribereño de medidas unilaterales de conservación que respondan a una necesidad urgente, que estén fundadas en dictámenes científicos y no discrimine entre pescadores de terceros Estados.

obligatorias para los Estados partes en el litigio”, lo que se refuerza con la insólita posibilidad de acudir al art. 94.2 de la Carta de las NU en ejecución de las mismas.

Con la misma claridad se pronuncia el art. 290 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, en el cual se autoriza a cualquier jurisdicción competente conforme a la misma (y, por tanto, al arbitraje), a decretar las medidas provisionales que estime apropiadas para preservar los derechos de las partes o para impedir que se causen daños al medio marino¹⁸⁶. Las medidas provisionales siguen el modelo general previsto en el art. 41 del Estatuto de la CIJ, pero incluyen algunas novedades interesantes. En primer lugar, el art. 290.1 emplea el término “decretar”, y no el más atenuado de “indicar” como en el caso de la CIJ, por lo que cabe deducir que las medidas cautelares adoptadas a través de dicho artículo tienen carácter obligatorio *per se*¹⁸⁷. En cambio, mayores dudas sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares plantea la redacción del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, pues el art. 7 del Anexo que organiza el arbitraje simplemente establece que el tribunal arbitral podrá “recomendar” medidas esenciales de protección, a solicitud de parte. Al igual que prevé el *Convenio marco* de 1997, el tribunal arbitral no podrá decretar medidas provisionales *motu proprio*, facultad que sí tiene la CIJ, sino únicamente a petición de parte. No obstante, la diferencia más importante es que las medidas provisionales pueden ser adoptadas por el tribunal arbitral para preservar, no sólo los derechos de las partes en la controversia, sino también un interés de la CI como “impedir que se causen daños graves al medio marino”.

¹⁸⁶ El art. 290.1 dispone lo siguiente: “Si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estimare competente conforme a esta Parte o a la sección 5ª de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estimare apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva”. Se trata de una facultad reconocida en el *Reglamento de la CPA para el arbitraje de controversias entre Estados* (art. 26.3).

¹⁸⁷ *Vid.* WOLFRUM, R., “Provisional Measures of the International Tribunal of the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), pp. 420–434. Sobre el carácter obligatorio de las medidas cautelares indicadas por la CIJ puede verse la sentencia de la Corte en el asunto *LaGrand (Alemania/Estados Unidos)*, ICJ, *Reports 2001*, p. 109.

Al margen de las medidas provisionales que se pueden solicitar ante cualquier jurisdicción competente en aplicación del art. 290.1, el párrafo 5 del mismo artículo establece la jurisdicción especial del TIDM o de su Sala de Controversias de los Fondos Marinos, si no hay acuerdo entre las partes para someter la controversia a otra corte o tribunal, para decretar medidas provisionales “hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia”¹⁸⁸. Tales medidas podrán ser modificadas, revocadas o confirmadas por el tribunal arbitral competente para resolver la controversia una vez constituido¹⁸⁹.

En el lado opuesto, el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986 no se refiere expresamente a la posibilidad de indicar medidas cautelares. De todos modos, el Anexo al Convenio de 1986 organiza un modelo de procedimiento arbitral entre cuyas funciones debiera quedar comprendida dicha capacidad, al disponer que “el Tribunal Arbitral fijará su propio procedimiento” (art. 3), o que “las decisiones del Tribunal Arbitral se adoptarán por mayoría de sus miembros” (art. 5), se entiende, las decisiones definitivas y las provisionales¹⁹⁰. No obstante, la práctica de los Estados enseña que el ámbito donde han intervenido habitualmente las medidas cautelares ha sido la determinación y cuantificación de la reparación subsiguiente a la comisión de un hecho ilícito, en la medida en que a través de tal iniciativa pueda evitarse la

¹⁸⁸ El art. 290.5 viene a afirmar lo siguiente: “Hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la Zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estimara, en principio, que el tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el tribunal al que se haya sometido la controversia podrá, actuando conforme a los párrafos 1 a 4, modificar, revocar o confirmar las medidas provisionales”.

¹⁸⁹ Hasta ahora, en todos los asuntos sometidos al “arbitraje VII” se han solicitado por las partes la adopción de medidas cautelares al amparo del art. 290.5 en coordinación con el TIDM (asuntos del *Atún*, *MOX Plant* y *Reclamación de tierras en el Estrecho de Johor*).

¹⁹⁰ Resulta lógico pensar que, dada la naturaleza de las controversias sobre las que se proyecta el arbitraje en el Convenio de 1986, la primera medida que debiera adoptar el tribunal, en caso de surgir una controversia, sería la suspensión provisional de las obligaciones convencionales impuestas por un tratado presuntamente contrario a una norma de *ius cogens*.

adopción de contramedidas¹⁹¹. Esta práctica fue reconocida de forma expresa en la versión de 1996 del *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados*, en cuyo proyecto de art. 58.2 se establecía que el Estado contra el que se han aplicado contramedidas podría someter la controversia a un tribunal arbitral cuya decisión sería obligatoria, incluidas las medidas cautelares que en su caso pudiera dictar (art. 58.2)¹⁹².

Finalmente, la regulación en los convenios codificadores de aspectos tales como la obligación de cooperación de las partes con el tribunal, la determinación de su sede o la forma de repartir los gastos y costas, no se caracteriza por su complejidad. Aunque se trata de un derecho que es inherente a las partes en el proceso arbitral, varios convenios se refieren expresamente a la obligación que tiene el órgano arbitral de garantizar el derecho que asiste a las partes a ser oída y de hacer defensa de su causa¹⁹³. Muy simples, en cambio, son las cláusulas destinadas a reglamentar la distribución de los gastos y costas que ocasione el procedimiento arbitral¹⁹⁴, barajándose en este sentido dos opciones, una tradicional y otra innovadora: la primera aboga porque las costas del arbitraje y la remuneración de los árbitros se sufraguen por partes iguales¹⁹⁵; la innovación viene de la

¹⁹¹ La práctica confirma que es lícito el recurso a las contramedidas incluso cuando la controversia se encuentra *sub-iudice*, salvo que el órgano jurisdiccional garantice el respeto de las medidas cautelares dictadas en el marco de la controversia, según fue confirmado por el Tribunal Arbitral en el asunto del *Accord relative aux Services Aériens du 27 mars*; *vid. RSA*, vol. XVIII, 415–493, pp. 485 *in fine*–486. Entre la doctrina *vid. SICILIANOS, L.-A., Les réactions ...*, *op. cit.*, pp. 236–234.

¹⁹² *Doc. A/50/10*, pp. 213–214. El art. 48 finalmente aprobado por la CDI en la sesión de 1996, titulado “Condiciones del recurso a las contramedidas”, establecía que el *derecho a adoptar contramedidas sólo se suspende* cuando ha cesado el hecho ilícito y el Estado autor acepta de buena fe la solución de la controversia mediante un procedimiento caracterizado por la intervención de un tercero con competencias para dictar medidas cautelares – incluidos los procedimientos de arreglo de controversias previstos en la *Tercera Parte* –, y éstas son respetadas por el Estado presuntamente autor del hecho ilícito. También puede adoptar contramedidas el Estado lesionado, si el Estado infractor no atiende un requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de arreglo de controversias que, de acuerdo con el art. 58.2 de la *Tercera Parte*, sería siempre un tribunal arbitral; *vid. Doc. A/51/10*, pp. 170–176.

¹⁹³ Art. 9.4 del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958; art. 5 del Anexo VII, común al Anexo VIII, de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 y también art. 3 del Anexo a la *Convención sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986.

¹⁹⁴ Sobre todo si las comparamos con las *Reglas de la CPA sobre el arbitraje entre Estados* de 1992 en cuyos arts. 38 a 40 se lleva a cabo una regulación muy detallada de las costas, honorarios y otros gastos ocasionados por el procedimiento arbitral.

¹⁹⁵ Esta opción se ha seguido en el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 (art. 9.4); en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 (art. 7 de los Anexos VII y VIII) y en el art. 10 del Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, en el que se añade, además, que

mano del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, en el que, dada la vinculación orgánica entre el SG y el tribunal arbitral, los gastos ocasionados por éste serán sufragados por las NU (art. 9 del Anexo). Por último, no es muy frecuente que se detallen los aspectos vinculados a la obligación de cooperación que tienen las partes con el órgano arbitral y que se centran, básicamente, en la obligación de proporcionar la documentación e información requerida por el tribunal y proteger su carácter confidencial, o en su facultad para citar y tomar declaración a testigos y peritos, realizar visitas *in loco*¹⁹⁶, o determinar su sede¹⁹⁷.

2. Especial referencia a la sentencia arbitral

La autoridad de *res judicata* del laudo arbitral se desprende del mismo consentimiento de las partes al arbitraje y así lo expresa con claridad el art. 32 del *Modelo de Reglas* de la CDI de 1958 cuando afirma que: “La sentencia es obligatoria para las partes desde el momento en que sea dictada”¹⁹⁸. Corolario inmediato de la obligatoriedad, es el efecto definitivo o preclusivo de la decisión. En efecto, los Estados limitan los efectos del compromiso a la emisión de una sentencia a la que otorgan un carácter definitivo, lo que diferencia al arbitraje de los medios no jurisdiccionales, excluyendo, precisamente por el efecto limitador de su voluntad soberana, cualquier posibilidad de apelación¹⁹⁹.

el tribunal llevará un registro de todas las costas y presentará a las partes un estado definitivo de ellas.

¹⁹⁶ Art. 6 de los Anexos VII y VIII a la *Convención sobre Derecho del Mar*; art. 8, párrafos 1 y 2, del Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997; y también el art. 7 del Anexo al *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992.

¹⁹⁷ Una referencia en este sentido puede encontrarse en el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente* de 1991, en cuyo art. 5.1 de su Apéndice se dispone lo siguiente: “A menos que las partes en controversia convengan de otra manera, el arbitraje se realizará en La Haya, donde se guardarán los archivos del Tribunal Arbitral”.

¹⁹⁸ *Doc. A/CN.4/113*, p. 11.

¹⁹⁹ Para E. DECAUX, los efectos jurídicos de la sentencia arbitral se expresan en los siguientes términos: “Par le recours a l’arbitrage, les États acceptent que leur différend soit tranché par l’arbitre dont la sentence, même si elle ne se borne pas à proclamer la conformité ou la non-conformité des prétentions des parties avec le droit existant, les oblige. Ils sont donc juridiquement tenus de l’exécuter”; “Arbitrage entre sujets de Droit International: États ...”, *loc. cit.*, p. 18, párgf. 62.

Ahora bien, desde un punto de vista procesal, la reglamentación contenida en los convenios codificadores constituye un límite a la soberana autonomía convencional que gobierna la organización del procedimiento arbitral pues, al quedar tasados determinados aspectos concernientes a la construcción del laudo, sin duda se condiciona la posibilidad que tienen las partes de “modular” esta fase del procedimiento arbitral. En cuanto a los aspectos procesales, es muy frecuente la previsión de los plazos para emitir la sentencia o las reglas de votación; mientras que, en lo que atañe a los aspectos sustantivos, destaca la previsión de la regla de derecho aplicable y la posibilidad de los árbitros de adjuntar opiniones disidentes a la sentencia.

A) La regulación tasada de los aspectos concernientes al laudo arbitral

Aunque los elementos de orden procesal vinculados a la decisión arbitral, como las reglas de voto o el plazo para la emisión del laudo, normalmente son negociados por las partes y fijados en el compromiso, lo cierto es que también han sido objeto de una reglamentación diversa entre los convenios codificadores, pudiendo agruparse las cláusulas que lo hacen, en función de su menor o mayor complejidad.

Por lo que se refiere a las reglas de voto para alcanzar la sentencia arbitral, al mismo tiempo que se confirma la regla general de la *mayoría de votos*, se ha querido reglamentar cualquier episodio que pudiera dificultar la adopción de la decisión por el colegio arbitral. Si en un primer momento la referencia al procedimiento de adopción de decisiones era muy simple, limitándose a señalar la regla de la mayoría como norma básica²⁰⁰, los convenios adoptados en la década de los años ochenta abarcan otras incidencias relativas a la emisión del laudo, como la posibilidad del empate de votos entre los árbitros, situación que se

²⁰⁰ Estipulación prevista en el art. 9.7 del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, y que ha sido repetida en el art. 12 del Anexo del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, o en el art. 12 del *Convenio sobre Diversidad Biológica* de 1992.

resuelve de la misma manera: decidirá el voto de calidad del presidente²⁰¹. En los Anexos VII y VIII de la *Convención sobre Derecho del Mar* se añade, además, otra cláusula de salvaguardia pues, a tenor de su art. 8 común a ambos, “la ausencia o abstención de menos de la mitad de sus miembros no será impedimento para que el tribunal llegue a una decisión”.

En proporción a los convenios que contemplan las reglas de voto, son menos los que se refieren a la decisión arbitral para fijar el plazo en que ésta debe dictarse, advirtiéndose dos posibilidades, en atención al tratamiento más o menos prolijo del tema. La primera es la que se ofrece en los *Convenios sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 (art. 9.5) y sobre *Diversidad Biológica* de 1992 (art. 14 del Anexo), cuyos textos imponen al órgano arbitral la obligación de emitir su decisión dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de su constitución, ampliables por el órgano arbitral (a tres o cinco meses). Otra posibilidad más avanzada es la de aquellos instrumentos que relacionan los plazos para dictar la decisión con el carácter definitivo y obligatorio del laudo arbitral²⁰².

Por lo que se refiere a los aspectos sustantivos, uno de los elementos esenciales del compromiso es la elección por los litigantes del derecho aplicable a la controversia, elemento que normalmente sí se recoge en el compromiso arbitral²⁰³. Sin embargo, esta apreciación debe ser matizada a la luz del proceso codificador, pues el procedimiento arbitral cumple en el proceso de sectorialización una función primaria: garantizar la correcta interpretación y aplicación de las normas codificadas en cada sector normativo. Esta función determina que el margen de maniobra de las partes y, por ende, de los árbitros

²⁰¹ Art. 5 del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*, de 1986, y art. 8 común a los Anexos VII y VIII de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982.

²⁰² Como es el caso del art. 14.1 del Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales*, en virtud del cual el tribunal arbitral dictará su decisión definitiva dentro de los cinco meses siguientes a la fecha en que quede constituido (a menos que conceda una prórroga por otros cinco meses).

²⁰³ Como ha señalado A. REMIRO BROTONS, “El órgano arbitral ha de atenerse al acuerdo de las partes sobre el derecho aplicable, pudiendo aquellas acotar, jerarquizar y fijar en el tiempo las normas y principios sobre los que ha de fundarse la sentencia. Por lo mismo también pueden las partes facultar al órgano arbitral para dictar una decisión *ex aequo et bono*”; *Derecho internacional ...*, *op. cit.*, p. 859.

para la aplicación de las reglas sustantivas llamadas a regir la controversia esté sometido a ciertos límites²⁰⁴. Y ello debe predicarse tanto respecto de los convenios que hacen referencia al derecho sustantivo aplicable, como a los que omiten tal aspecto.

En lo que atañe a los convenios que relacionan la decisión arbitral con el derecho aplicable, es frecuente que se especifique al órgano arbitral la aplicación del derecho material a la controversia. Es el caso del *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuyo art. 5 del Anexo dispone que “el tribunal arbitral dictará sus decisiones de conformidad con lo dispuesto en la Convención y con el derecho internacional”, si bien este último inciso permitiría al órgano arbitral proceder con un cierto margen de discreción para considerar otras reglas jurídicas aplicables a la controversia. Más concreto es el párrafo 6 del art. 9 al *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, a cuyo tenor la comisión arbitral “deberá observar lo dispuesto en estos artículos y en todo acuerdo especial que exista entre las partes acerca de la solución de la controversia”²⁰⁵.

Por el contrario, en aquellos supuestos que guardan silencio sobre el derecho aplicable, como son la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 o el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, debe interpretarse que el propio Convenio será la primera fuente normativa y, de forma subsidiaria, el DI en vigor entre las partes. Ahora bien, en este caso resulta difícil plantear

²⁰⁴ Siguiendo a D. BOWETT podemos señalar únicamente tres limitaciones al control omnímoto de las partes en cuanto a la configuración del procedimiento arbitral: primero, cabe afirmar la imposibilidad de establecer reglas contrarias a normas de *ius cogens* pues las partes “they cannot require an arbitral or judicial tribunal to apply a rule in derogation of the *ius cogens*”. Segundo, y referido al supuesto de arbitrajes derivados de cláusulas compromisorias en tratados multilaterales (*de codificación y desarrollo progresivo*), señala el autor que, en sintonía con el art. 41 del Convenio de Viena de 1969, no podrá someterse a un procedimiento arbitral una discrepancia de la que podrían derivarse consecuencias para los derechos de las demás partes en el tratado. Por último, aunque las partes posean un alto grado de control respecto del nombramiento de tribunal, “beyond this initial stage of selection, however, the parties do not and must not control the arbitrators or judges”; “Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes”, *RdC*, t. 180 (1983-II), 169-236, pp. 181-184.

²⁰⁵ La alusión expresa a todo “acuerdo particular” entre las partes tiene por objeto eliminar cualquier relación de jerarquía entre el Convenio y un acuerdo de ese tipo, concretando ciertos criterios técnicos aplicables según los problemas planteados en la controversia.

la aplicación de la equidad al procedimiento arbitral. La práctica muestra que en el arreglo arbitral la capacidad de actuación del órgano viene determinada por el imperio del DI, aun en caso de silencio del compromiso, salvo acuerdo expreso en contrario que prevea la incorporación como criterio decisorio de la equidad autónoma²⁰⁶. Como señala F.J. QUEL LÓPEZ, la lógica de la transacción que define al arbitraje tiende a imponerse hasta el punto de distorsionar, si las partes lo convienen, la regla aplicable adaptándola al caso concreto²⁰⁷.

Ciertamente, esta ventaja del arbitraje que permite superar un criterio formalista en la aplicación del DI queda matizada a través de la sectorialización que experimenta el sistema arbitral en el proceso codificador, pues aquí el resto de las partes en el convenio demandan cierta predecibilidad de una decisión arbitral de la que pueden derivarse consecuencias para los derechos e intereses de aquéllas. Por tal motivo, aunque el convenio permitiera a las partes acordar que el litigio se resolviera *ex aequo et bono*²⁰⁸, el papel de la equidad se debiera limitar a una función *infra legem*, en aras a una correcta interpretación o aplicación del convenio codificador, o a una equidad *praeter legem*, llamada a cubrir las eventuales lagunas existentes en el propio convenio, evitando el *non liquet*²⁰⁹. Por el contrario, si las partes han pactado la aplicación de la regla de la equidad *contra legem*, el órgano arbitral deberá rechazar el encargo arbitral de tal suerte que, de no aplicar la regla

²⁰⁶ En términos generales, la práctica arbitral afirma en este sentido que “à défaut de clauses particulières déterminant, dans le compromis, le droit pouvant servir de base à la décision de l’arbitre (...) cet arbitre est tenu de se borner au rôle de juge et de statuer sur la base du respect du droit”, *vid.* asunto *Diverted Cargoes* (Grecia/Gran Bretaña) sentencia de 10 de junio de 1955; *RSA*, vol. XII, p. 69.

²⁰⁷ “El Arbitraje Internacional: Consideraciones...”, *loc. cit.*, p. 85. Como afirma este autor, el arbitraje en el asunto *Eritrea-Yemen* constituye un magnífico ejemplo de balance entre la justicia individual del caso concreto y la necesidad de predecibilidad demandada por la SI. Una reseña de este asunto puede verse en *ibid.*, pp. 85–87.

²⁰⁸ Como habría sucedido si hubiera prosperado la propuesta presentada al proyecto de artículos sobre la “Cláusula de la nación más favorecida”, de incorporar un sistema de arreglo centralizado en un arbitraje (art. 28) en cuyo Anexo se afirmaba que: “Si las partes en una controversia así lo acuerdan, la Comisión de Arbitraje decidirá el litigio *ex aequo et bono*”; *Anuario CDI*, 1978-II (2ª parte), p. 16, p. 68.

²⁰⁹ Este tipo de equidad complementaria fue reconocida en la práctica arbitral en asuntos tan significados como el relativo a la *responsabilidad de Alemania por causa de los daños causados en las colonias portuguesas del Sur de África (incidentes de Maziu y de Naulilaa)* (Alemania c. Portugal), sentencia de 31 de diciembre de 1928; *vid.* *RSA*, vol. II, p. 1016.

jurídica contenida en el convenio codificador, podría ser causa para invocar la nulidad del laudo por inaplicación o manifiesta aplicación defectuosa del derecho material establecido en el compromiso.

Finalmente, por lo que respecta a la posibilidad de añadir opiniones separadas o disidentes al laudo, se trata de una facultad que se recoge en casi todos los convenios codificadores que reglamentan el arbitraje²¹⁰. Claro que la previsión de este derecho puede convertirse en un factor que debilita al arbitraje, en la medida en que el voto particular contrario a la mayoría podría ser utilizado por la parte que resulte perdedora, bien para no ejecutar de buena fe la decisión, bien para sustanciar un ulterior procedimiento de apreciación de validez del laudo invocando el voto particular contrario al mismo.

B) El *Modelo de Reglas* de la CDI como parámetro que rige la ejecución y eficacia del laudo arbitral

La sentencia arbitral no sólo posee fuerza obligatoria, sino que constituye una decisión definitiva e inapelable pues, sobre la base del principio *in favorem validitatis sententiae*, se determina la imposibilidad de reconsideración de la decisión arbitral²¹¹. Corolario inmediato de la obligatoriedad de la decisión es su efecto definitivo o valor de *res iudicata*, lo que excluye cualquier posibilidad de apelación, se prevea o no en el compromiso el efecto preclusivo de la decisión²¹². A este doble efecto se refieren

²¹⁰ Al margen del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 que nada dice al respecto, reconocen esta facultad el art. 10 del Anexo VII a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982; el art. 7 del Anexo de la *Convención sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*, y el art. 14.2 del Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997.

²¹¹ QUEL LÓPEZ, F.J., *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, 2000, p. 24.

²¹² En palabras de E. DECAUX, “La conséquence du caractère définitif de la sentence est l’indépendance des arbitres à l’égard de toute autre juridiction. Aucune voie de recours n’est normalement ouverte, ni appel, ni recours en cassation soit devant l’arbitre lui-même, soit devant un autre arbitre, soit devant la Cour Internationale de Justice. Ce principe est la conséquence de l’origine diplomatique de l’arbitrage dans une société non organisée”; “Arbitrage entre sujets de Droit International:...”, *loc. cit.*, p. 79, p. 22.

expresamente los convenios codificadores que regulan la decisión arbitral²¹³, si bien lo hacen de forma mucho más rudimentaria que el *Modelo de Reglas* de la CDI²¹⁴. En este sentido, si en algún caso sólo se hace hincapié en el carácter definitivo e inapelable del laudo²¹⁵, en otros se destaca su carácter inapelable aludiendo de manera implícita a la obligatoriedad del mismo²¹⁶, mientras que sólo el Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 alude a la vez a la condición obligatoria e inapelable del laudo arbitral (art. 14.3 del Anexo).

Si la autoridad de *res iudicata* hace referencia a la eficacia del laudo como decisión definitiva y de obligado cumplimiento para las partes, ello no significa que sea necesariamente *self enforcing*²¹⁷. En efecto, el sistema arbitral presenta una debilidad estructural que no la posee las sentencias de la CIJ para las que, al menos formalmente, se prevén medidas institucionales del tipo de las previstas en el art. 94.2 de la Carta para hacer cumplir su decisión²¹⁸. Sin embargo, resulta satisfactorio señalar que este mecanismo de ejecución ha sido extendido a las decisiones que emita la Comisión arbitral constituida al amparo del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 pues, a tenor del art. 11 de este texto, “las decisiones de la Comisión especial serán obligatorias para los Estados partes en el litigio de que se trate y serán aplicables a las mismas lo que se dispone en el párrafo 2 del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas”, incluyendo así

²¹³ Con la salvedad del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 que nada dice sobre esta cuestión.

²¹⁴ Así, este *Modelo de Reglas* especifica que “La sentencia es obligatoria para las partes desde el momento en que sea dictada. Deberá ser ejecutada de buena fe inmediatamente, a menos que el tribunal haya fijado plazos para su ejecución total o parcial”.

²¹⁵ Como el art. 8 del Anexo al *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986.

²¹⁶ Es el caso del Anexo VII al *Convenio sobre Derecho del Mar* de 1982, en cuyo art. 11 se dispone que “El laudo deberá ser cumplido por las partes en la controversia”.

²¹⁷ Respecto al fundamento de la *res iudicata* en las sentencias arbitrales puede consultarse LIMBURG, “L’authorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales”, *RdC*, t. 29 (1929-V), 519–615, pp. 536–549.

²¹⁸ Como señala el art. 82 del Convenio de La Haya de 1907 las posibles discrepancias que pudieran surgir en relación a la ejecución del laudo deberán, salvo acuerdo en contrario, ser sometidas al mismo tribunal que dictó la decisión. Respecto de la posible ejecución forzosa de la sentencia, el art. 13.4 del Pacto de la SdN contenía una regla de alcance general a tenor de la cual: “En defecto de ejecución de una sentencia, el Consejo propone las medidas que deben asegurar sus efectos”.

la posibilidad de recurrir al CS, quien podrá hacer recomendaciones o dictar medidas al respecto.

La segunda consecuencia que se deriva del efecto definitivo de la decisión arbitral es su carácter inmutable, característica que impide a un tribunal posterior volver sobre una decisión anteriormente adoptada por un órgano arbitral previo. Ahora bien, nada obsta para que, en ejercicio de su soberana autonomía convencional, las partes establezcan un mecanismo supervisor del laudo²¹⁹. Así se reconoce en el art. 14.3 del Anexo al *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 y, sobre todo, en el Anexo VII a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, en cuyo art. 11 se deja claro que la posibilidad de recurrir el laudo en apelación *sólo* podrá prosperar si las partes lo han convenido de antemano²²⁰. De hecho, una propuesta dirigida a someter el laudo a apelación ante el TIDM, con el acuerdo previo de las partes, fue rechazada aduciéndose que limitaba *a priori* la posibilidad de plantear la apelación ante cualquier otro foro del art. 287 de la Convención escogido por las partes²²¹.

En este contexto debe situarse la referencia a los recursos subsiguientes a la decisión arbitral, siendo tres las modalidades posibles de actuación post-sentencia: la interpretación, la revisión y la nulidad del laudo. Debemos subrayar que la previsión de estas “vías complementarias” de control del laudo en los convenios que las reglamentan carecen de una mínima enjundia procesal, quedando limitada a los elementos esenciales característicos de estos recursos. Así pues, para la sustanciación de las cuestiones de procedimiento que no se prevean expresamente se deberá acudir bien a la regulación contenida en el *Modelo de Reglas de la CDI* o en las *Reglas de la CPA* de 1992 (que establecen unas normas básicas

²¹⁹ Como pone de manifiesto F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, “no desnaturaliza el arbitraje ni el establecimiento de posibles recursos ante otros tribunales internacionales (arbitrales o judiciales) en caso de que alguna parte alegue una causa de nulidad del arbitraje basada en reglas generalmente admitidas del Derecho internacional; ni la inclusión de un tribunal arbitral dentro de una jerarquía de tribunales internacionales”; “Algunas cuestiones de la práctica contemporánea del arbitraje ...”, *loc. cit.*, p. 15.

²²⁰ La misma condición se exige a la hora de impugnar la decisión arbitral en el art. 16 del Anexo al *Convenio sobre Diversidad Biológica* de 1992.

²²¹ ADEDE, A.O., *The System ...*, *op. cit.*, p. 229.

de mera previsión de la controversia posterior a la sentencia), bien a través de una referencia a lo dispuesto en el régimen de La Haya²²² y, en última instancia, a la capacidad autoorganizativa del propio órgano arbitral.

Por lo que se refiere a los convenios codificadores que incluyen entre sus disposiciones una cláusula interpretadora, principalmente se limitan a subrayar lo previsto en el *Modelo de Reglas* de la CDI, esto es, que la interpretación “n’est pas, à proprement parler, un recours contre la sentence: c’est plutôt une procédure de confirmation”²²³. Consecuencia de ello es que este recurso deberá plantearse ante el mismo tribunal que conoció inicialmente del asunto²²⁴, elemento que caracteriza tanto a las cláusulas interpretadoras contenidas en instrumentos codificadores promovidos por la CDI, como sería el caso de las previstas en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982)²²⁵ o en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 (art. 14.4 del Anexo); como a las dispuestas en convenios codificadores auspiciados al margen de la CDI, como es el caso de las cláusulas previstas en el art. 17 del Anexo al *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992, en la *Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos* de 1980 (art. 5.1 del Anexo), así como en el *Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente* de 1991 (art. 11.3 del Anexo sobre arbitraje). En

²²² En unos casos, como ocurre respecto del *Acta General* de 1928/1949, no existe previsión alguna respecto de los posibles recursos, “razón por la que debe considerarse como supletorio el Convenio de La Haya de 1907 respecto a la elaboración, efectos y recursos ante la sentencia arbitral”; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje ...*, op. cit., p. 122. En otras ocasiones la incorporación es expresa, como así lo hace el art. 24 de la *Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias* de 1957, pues se refiere de manera específica el Título IV del Convenio de La Haya para aquellas cuestiones en las que no exista una regulación contenida en el compromiso arbitral (art. 23).

²²³ Doc. A/CN.4/18, p. 143.

²²⁴ Como prevé el *Modelo de Reglas* de la CDI al señalar lo siguiente: “Toda controversia que surja entre las partes respecto a la interpretación y al alcance de la sentencia deberá ser sometida, a petición de una de ellas y dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia, al juicio del tribunal que la haya dictado”.

²²⁵ En la cual se subraya que “los desacuerdos que surjan entre las partes en la controversia acerca de la interpretación o el modo de ejecución del laudo podrán ser sometidas por cualquiera de las partes a la decisión del tribunal arbitral que haya dictado el laudo” (art. 12.2 del Anexo VII). Es interesante destacar que la propuesta contenida en el TIOFN, Rev. 1, en la que sólo se aludía al término “ejecución” del laudo fue rechazada por varias delegaciones, las cuales estimaban que la ejecución del laudo implicaba la posibilidad de medidas cautelares contra una de las partes, sugiriendo por tanto una redacción similar al art. 60 del Estatuto de la CIJ en la que se alude al “significado y alcance de la sentencia”; vid. ADEDE, A.O., *The System ...*, op. cit., p. 229.

cambio, en ninguno de los anteriores instrumentos se prevé la fijación de un plazo de ejercicio de la acción de interpretación, esencial para garantizar la pervivencia del tribunal que conoció del asunto inicialmente. De todos modos, esta omisión pierde relevancia cuando la constitución del tribunal arbitral se garantiza a través de las cautelas previstas para la designación de los árbitros en un breve período de tiempo²²⁶. A esta eventualidad se refiere el Anexo VII a la Convención de 1982 al disponer que, planteada la demanda de interpretación, “toda vacante ocurrida en el tribunal será cubierta en la forma establecida para los nombramientos iniciales de los miembros del tribunal” (párrafo 2 de su art. 12)²²⁷.

Al igual que el órgano arbitral es competente para interpretar la cláusula compromisoria que le otorga competencia, también lo es para interpretar su propia sentencia, sin que necesariamente exista una cláusula interpretativa que contemple tal posibilidad. Por ello, el *Convenio de La Haya de 1907* dispone que, para que el tribunal arbitral quede excluido de la competencia interpretadora, debe existir una estipulación expresa en contrario (art. 82)²²⁸. Éste es el sentido de la previsión del art. 12 del Anexo VII al *Convenio sobre Derecho del Mar* de 1982, cuyo párrafo 2 permite que cualquier desacuerdo acerca de la interpretación del laudo pueda ser sometido a otro Tribunal o Corte distinto del que emitió el laudo, de conformidad con el art. 287, pero dejando claro que esta posibilidad requiere siempre del acuerdo de *todas* las partes en la controversia.

En cuanto a la cláusula de revisión arbitral, sus aspectos procesales esenciales también fueron caracterizados en el *Modelo de Reglas* de la CDI sobre la base de un presupuesto básico: la aparición con posterioridad a la finalización del proceso de un “hecho nuevo”, de importancia decisiva para la solución final de la controversia, que fuera

²²⁶ En este sentido, el Ponente G. SCHELLE propuso un plazo corto en el que “no es probable que la composición del tribunal haya variado o que no pueda ser contemplado según la forma prevista para su formación inicial”; *Doc. A/CN.4/109*, p. 11.

²²⁷ Aunque guarda silencio sobre el particular, el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997 prevé un sistema de designación del tribunal arbitral que puede aplicarse también a la controversia interpretadora.

²²⁸ Lo que no existen son cláusulas expresas de exclusión de la capacidad interpretadora, como sí ocurre respecto de posibles recursos de revisión y nulidad.

desconocido para la parte que alega su existencia y para el tribunal que conoció la causa²²⁹. No obstante, el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958 recoge una variante atípica de este recurso. En efecto, el art.12 de este Convenio estructura un procedimiento de revisión exclusivamente para el caso en que los hechos que fundamentan la decisión inicial de la comisión arbitral se “modifiquen” debido a cambios importantes en las condiciones o en los métodos de pesca, circunstancia que permitiría incoar de nuevo el procedimiento de arbitraje que organiza el art. 9 del Convenio.

El concepto de “hecho nuevo”, fundamento procesal de la revisión, se sustituye aquí por unos hechos que han quedado alterados posteriormente debido a cambios importantes en las condiciones de reserva de peces o en los métodos de pesca y que, desde luego, no se podían conocer en el momento de emitir la decisión, puesto que no existían. Además, tales cambios deben ser de tal naturaleza que alteren las bases esenciales de la decisión de la comisión y, por tanto, han de ejercer una influencia decisiva en el sentido de poder modificar total o parcialmente la sentencia²³⁰. Nada se dice, empero, respecto a la condición de que la demanda deba sustanciarse ante el mismo tribunal llamado a resolver la controversia inicial, señalando simplemente que cualquiera de los Estados “podrá recurrir de nuevo al procedimiento de arbitraje previsto en el art. 9”, lo que no garantiza que la composición personal de la comisión arbitral sea exactamente la misma que emitió la decisión inicial. En cualquier caso, la demanda de revisión deberá sustanciarse siempre que

²²⁹ En su Informe a la CDI, el Relator SCHELLE afirmó que, mediante la institución de la revisión, “no se pone en duda la autoridad de la cosa juzgada, ya que sólo puede haber revisión si con posterioridad a la sentencia se descubre un ‘hecho nuevo’ y es posible presumir que la sentencia hubiera sido diferente si los jueces hubiesen tenido conocimiento de ese hecho”. En la misma línea continúa el argumento señalando que: “no puede asimilarse la revisión a la apelación ni a la casación ya que el Tribunal que ha de pronunciarse a la vez sobre el hecho nuevo y sobre la segunda decisión es el mismo tribunal que ha dictado la primera sentencia. No es posible hablar aquí, pues, de una jerarquía judicial”; *Doc. A/CN.4/113*, p. 12. Sobre las características generales del procedimiento de revisión *vid.* TORRES BERNÁRDEZ, S., “A propos de l’interprétation et de la révision des arrêts de la Cour Internationale de Justice”, *Le Droit international a l’heure de sa codification. op. cit.*, ..., pp. 461 y ss.

²³⁰ En palabras de E. ZOLLER, la naturaleza y magnitud del hecho ha de inducir al tribunal llamado a estimar la admisibilidad a considerar que el tribunal no hubiese juzgado de la misma manera; *vid.* “Observations sur la révision et l’interprétation des sentences arbitrales”, *AFDI*, vol. XXIV (1978), 327–351, p. 341.

hayan transcurrido al menos dos años desde que se dictó el fallo inicial (art. 12 párrafo 2), si bien el Convenio no se refiere al plazo máximo para plantear la revisión, o al tiempo que ha de transcurrir desde que se conoce la “modificación” de los hechos que fundamentan la decisión inicial²³¹.

En tercer lugar, también es posible atacar la incorrección del laudo arbitral por referencia a lo establecido en la cláusula compromisoria que contenga la obligación arbitral, si bien la impugnación del laudo por causa de nulidad no constituye en sí misma una negación del principio de autoridad de cosa juzgada del laudo²³². La codificación de las causas o del procedimiento de nulidad ha sido una reivindicación constante de la doctrina desde los primeros Proyectos emprendidos por la CDI, comenzando por el *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral, en cuyo art. 36 quedaron reflejadas las circunstancias “generalmente admitidas como causas de nulidad”²³³. No obstante, no fueron los motivos de nulidad los que provocaron su rechazo por los Estados en la AG, sino la vinculación del procedimiento de nulidad con la CIJ (no como juez de apelación, sino de supervisión), como instancia que necesariamente debiera conocer este recurso, si resulta imposible o desaconsejado (como lo es en el caso de la nulidad) someter la controversia al mismo tribunal que dictó la sentencia. Tampoco se trata, sin embargo, de una indicación seguida

²³¹ Aspectos que sí han sido regulados en el *Modelo de Reglas* de la CDI en cuyo art. 39.1 se destaca, entre las siguientes reglas de procedimiento que: “La demanda en revisión deberá ser formulada a más tardar dentro del plazo de seis meses después de descubierto el hecho nuevo, y en todo caso, dentro de los diez años siguientes en que hubiese sido dictada la sentencia”.

²³² La jurisprudencia internacional distingue el recurso de nulidad respecto de la apelación o casación del laudo. Así, en los dos asuntos sometidos a la consideración de la CIJ fundados en la impugnación de sendas sentencias arbitrales, la Corte se ha cuidado al afirmar que su competencia no será la de valorar si el árbitro ha juzgado bien o no, sino que la controversia jurídica de nulidad constituye un nuevo litigio que nada tiene que ver con la decisión sobre el fondo del asunto previamente sentenciado; *vid.* en este sentido las sentencias en los asuntos relativos a *The Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgement*, ICJ, *Reports 1960*, p. 214; y la *Sentence arbitrale du 31 juillet du 1989, CIJ, Recueil 1991*, p. 62.

²³³ Y cuyo tenor es el siguiente: “Cualquiera de las partes podrá impugnar la validez de una sentencia por una o varias causas siguientes:

- a) Exceso de poder del Tribunal.
- b) Corrupción de un miembro del Tribunal.
- c) Infracción grave de una norma fundamental de procedimiento, incluso el hecho de que la sentencia no exprese total o parcialmente los motivos en que se funda.”; *vid. Anuario CDI*, 1958-II, p. 11.

en los convenios codificadores que organizan el arbitraje, por lo que no resulta extraño que hasta la fecha la CIJ no haya conocido de ningún asunto relativo a la nulidad, o también de la revisión, de decisiones arbitrales sobre la base de lo previsto en una cláusula compromisoria, y que hayan sido declaraciones hechas de conformidad con el art. 36.2 de su Estatuto, el título jurídico invocado en los dos únicos asuntos en los que se la pedido declarar la nulidad de decisiones arbitrales²³⁴.

En cambio, una propuesta en este sentido sí fue planteada en la versión del *Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados* de 1996 en el que, sobre la base del art. 37 del *Modelo de Reglas* de 1958²³⁵, se establecía la posibilidad de incoar a instancia de parte un procedimiento encaminado a determinar la posible nulidad total o parcial del laudo ante la CIJ (proyecto art. 60)²³⁶. El sistema previsto, más que una segunda instancia supervisora del laudo arbitral, se concebía como un órgano suplementario para pronunciarse acerca de la vulneración de las pautas esenciales de funcionamiento del tribunal tales como la existencia de factores que ataquen la validez del compromiso (reservas, objeciones a la cláusula arbitral), la incorrecta constitución del tribunal según el Anexo II, la indebida construcción de la sentencia, el exceso de poder de los árbitros o la existencia de errores *in iudicando* fundados en la indebida utilización del derecho material aplicable. Esta propuesta, amén de no considerar aspectos técnicos como la objetivación de

²³⁴ Como son *The Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906*, y sobre todo, la *Sentence arbitrale du 31 juillet du 1989 (Guinea Bissau c. Senegal)* asunto que abre nuevas perspectivas respecto de la eficacia del laudo arbitral, pues por primera vez la Corte de La Haya ha sido llamada a resolver una controversia cuyo objeto central es la impugnación de una sentencia arbitral en el marco de su jurisdicción contenciosa.

²³⁵ El art. 37 del *Modelo de Reglas* establecía que, “a falta de acuerdo de las partes para someter el asunto a otro tribunal, la Corte Internacional de Justicia será competente para declarar, a instancia de una de las partes, la nulidad de la sentencia”.

²³⁶ Según su tenor literal: “1. Si la validez del laudo arbitral es impugnada por una de las partes en la controversia, y si en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de impugnación las partes no se han puesto de acuerdo sobre otro tribunal, la Corte Internacional de Justicia será competente, a petición formulada oportunamente por cualquier parte, para confirmar la validez del laudo o declarar la nulidad total o parcial. 2. Las cuestiones controvertidas que hayan quedado sin resolver por la anulación del laudo podrán, a petición de cualquier parte, someterse a un nuevo arbitraje ante un tribunal arbitral que se constituya de conformidad con el Anexo II de los presentes artículos”; el texto puede verse en *Doc. A/51/10*, p. 159.

las causas de nulidad²³⁷, no parece demasiado realista, al menos fuera de un marco doctrinal²³⁸. Incluso ha podido ser un factor añadido para que el Proyecto de artículos adoptado en 2001 haya prescindido del mecanismo de arreglo de controversias adoptado en 1996. Ciertamente, el proyecto de art. 60 suscitó reservas entre los Estados y fue calificado de polémico en los debates celebrados en la Sexta Comisión en 1996²³⁹.

Sin embargo, de *lege ferenda* no se puede ignorar que la asunción de esta competencia por parte de la CIJ presenta indudables ventajas en un doble sentido: desde una óptica jurídica, el sistema implica una garantía procesal añadida a favor de las partes en orden a confirmar la regularidad del procedimiento arbitral y a garantizar su ejecución; desde una óptica política, el sistema repercutiría en una mayor credibilidad del laudo, con lo que se afianzaría el papel de los órganos jurisdiccionales actuales y se evitaría esa proliferación de nuevos órganos jurisdiccionales que en ocasiones se ha criticado entre la doctrina²⁴⁰.

²³⁷ A este respecto, el representante de España ante la Sexta Comisión, PASTOR RIDRUEJO, criticó la propuesta de la CDI al considerar que, al no haberse previsto la objetivación de las causas de nulidad que permiten la impugnación de esa validez, se estaba convirtiendo a la CIJ en un órgano de casación, al que el Estado perdedor en el arbitraje podrá recurrir sin ninguna limitación. Por ello propuso que se enumeraran en el Proyecto las causas de nulidad que se mencionan en el *Modelo de Reglas* sobre procedimiento arbitral; *vid. Doc. A/C.6/50/SR.18*, p. 3.

²³⁸ En este sentido, F. ORREGO VICUÑA y Ch. PINTO han señalado que, entre las innovaciones técnicas que podrían ampliar las condiciones de intervención de la CIJ, una de ellas podría consistir en investir a la Corte de una competencia de apelación y casación de sentencias arbitrales o de otras jurisdicciones permanentes; “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects ...”, *op. cit.*, p. 103. Por el contrario, W.M. REISMAN ha señalado que “the incorporation of the national institution of appeal, (...) presupposes a social and political context which does not exist in international politics. The idea of transforming the International Court into a international court of appeal may be misguided”; “The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication”, *RdC*, t. 258 (1996), 9-394, p. 389.

²³⁹ Aunque hubo opiniones dispares con respecto al art. 60, la mayoría de los Estados se manifestó contraria a esta facultad pues, si bien un procedimiento de solución de controversias que terminara en la CIJ podría ser fiable y práctico, también se dijo que la jurisdicción obligatoria que se otorgaba a la Corte en el art. 60 era inadmisibles, ya que el recurso a los tribunales para solucionar controversias era facultativo y debería seguir siéndolo. Se observó, además, que no se había otorgado a la CIJ competencia para ratificar la validez de los laudos arbitrales ni para anularlos total o parcialmente pero que, sin embargo, en el art. 60.1 se decía que la Corte podría, a petición de cualquier parte, dictar una decisión con respecto a la validez de los laudos; *vid. Doc. A/CN.4/479/Add.1*, p. 32.

²⁴⁰ *Cf.* LATTANZI, F., “Inesistenza e nullità delle sentenze arbitrali in una pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia”, *RDI*, vol. LXXV (1992), n.1, 41-65, pp. 49-50.

Sección tercera. El relativo auge del arbitraje en los convenios codificadores: práctica en torno a la cláusula arbitral

I. Una aproximación desde la *sectorialización*: la reticente actitud estatal hacia la cláusula arbitral prevista en los convenios codificadores

Sentadas las bases sobre la configuración del arbitraje dentro de los sistemas de arreglo previstos en los convenios codificadores, así como las técnicas dirigidas para su puesta en práctica, abordaremos ahora el grado de utilización por los Estados de la cláusula arbitral, tanto hacia las dispuestas con carácter opcional (*opting in*) como las dispuestas con carácter obligatorio. En primer lugar, el balance respecto a las cláusulas compromisorias que hacen depender la activación del arbitraje de una declaración adicional de las partes (*opting in*) no es muy alentador. Si consideramos las convenciones que incorporan la cláusula arbitral a través de un Protocolo facultativo, cabría decir que, aunque se trata de instrumentos que han alcanzado un pleno éxito en cuanto a ratificaciones, apenas un tercio de las partes en los *Convenios sobre Relaciones Diplomáticas* (1961), *Relaciones Consulares* (1963) y *Misiones Especiales* (1969), han aceptado los Protocolos sobre arreglo de las controversias que les acompañan (61 de los 181 contratantes de la primera, 44 de los 165 de la segunda y 15 de los 32 de la tercera)²⁴¹. Si a la lectura de estos datos le añadimos que el arbitraje requiere un acuerdo adicional entre las partes, no extraña que no se conozca ningún caso en que las partes hayan convenido acudir a un arbitraje sobre la base de los Protocolos, a diferencia de lo que ha ocurrido con la cláusula judicial, que ha sido utilizada como título de jurisdicción en varios asuntos llevados ante la CIJ²⁴².

²⁴¹ Vid. NU, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 87, 104 y 117, respectivamente.

²⁴² Los cuatro asuntos sobre la base del Art. III.1 de los Protocolos facultativos a los *Convenios sobre*

Tampoco la actitud de los Estados que son parte en las convenciones que incorporan el arbitraje opcional en su propio texto presenta mejores resultados, pues si ninguno de los contratantes de las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, ha aceptado hasta hoy la invitación de sumisión a la jurisdicción de la CIJ tampoco tenemos conocimiento de que las partes hayan convenido un arbitraje sobre la base de la Convención de 1978, única de las dos que se encuentra en vigor. En la misma situación estaría el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuya cláusula arbitral *opting in* sólo ha sido aceptada por uno de los contratantes, si bien todavía no puede hacerse operativa²⁴³. Ni siquiera los convenios que articulan un arbitraje opcional reforzado, como única alternativa del sistema de arreglo para evitar la jurisdicción obligatoria de la CIJ, han conseguido incentivar el recurso al arbitraje. Es el caso de la cláusula arbitral que contiene el art. 66 a) del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969, que simplemente no ha sido invocada por los Estados, aunque tampoco el régimen de las reservas desvirtúa el recurso al arbitraje. En efecto, el único dato para el optimismo en este Convenio procede de la retirada, prácticamente en bloque, a partir de la década de los años noventa de las reservas al procedimiento arbitral que en su día formularon los países socialistas de Europa del Este²⁴⁴. Sólo dos Estados pertenecientes al mundo islámico, Arabia Saudí y Argelia, mantienen sus reservas al procedimiento arbitral²⁴⁵.

Relaciones Diplomáticas, de 1961, y sobre *Relaciones Consulares*, de 1963. Sobre estos asuntos véase Capítulo IV *Sección segunda*.

²⁴³ Sólo Hungría ha formulado una declaración en la que deja constancia de su compromiso genérico con los medios jurisdiccionales que recoge el Convenio, aunque la aceptación del arbitraje o del arreglo judicial queda emplazada al caso concreto; UN, *Multilateral Treaties Deposited*, ..., vol. II, 2003, p. 465.

²⁴⁴ En este sentido hay que mencionar el cambio de actitud de estos países, como es el caso de Bulgaria, que ha retirado una reserva al art. 66 a) del Convenio de Viena de 1969, *ibid.*, pp. 336 y 290, nota 11. O de la ex Alemania Democrática (336 n. 5), mediante comunicación de 19 de octubre de 1990 al SG; República Checa (*ibid.*); Eslovaquia, (*ibid.*); Hungría, (337 n. 15), mientras que a través de un comunicado al SG de 19 de julio de 1990, Mongolia retiró su reserva al art. 66 en su conjunto, *ibid.*, pp. 337 n. 16.

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 329 y 326.

Si nos situamos del lado de las cláusulas que apuestan por la obligatoriedad del arbitraje para la interpretación auténtica del tratado, enseguida nos damos cuenta que los Estados utilizan su soberanía para dejar a salvo sus opciones de elegir procedimiento, llegado el caso. En efecto, si la arquitectura procesal que afianza el arbitraje obligatorio en el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, *a priori* debe ser un elemento que estimule el recurso al arbitraje, *a posteriori* puede ser la causa de que, de los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar de 1958, el de la *Alta Mar* sea el que menos ratificaciones haya recibido al día de hoy por los Estados²⁴⁶. Por su parte, la virtualidad del arbitraje obligatorio que instituye el art. 13.1 de la *Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973, queda seriamente debilitada por la cláusula *opting out* de su párrafo 2 que permite a los Estados excluir tanto el arbitraje como el eventual recurso a la CIJ previsto en el párrafo 1, siendo ilustrativo que la reserva a los procedimientos jurisdiccionales sea la única permitida en la Convención. En este sentido, basta con recordar que, de los 148 Estados partes, 35 han hecho uso de la cláusula que les permite excluir el arbitraje forzoso, aunque España no figura en ese grupo²⁴⁷. Igualmente, debe destacarse la actitud respecto al arbitraje obligatorio de los antiguos Estados de órbita socialista pues un nutrido grupo de ellos (Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia, Eslovaquia, a los que se ha añadido

²⁴⁶ A 31 de diciembre de 2003, el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* tiene 37 partes contratantes, contra las 51 del *Convenio sobre Mar Territorial y Zona Contigua*, los 62 del *Convenio sobre Alta Mar*, y los 57 del *Convenio sobre Plataforma Continental*; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 251, 245 y 253.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 113–118. Las últimas ratificaciones a esta Convención producidas en 2004 han sido a cargo de Bélgica, Micronesia y de Arabia Saudí, este último acompañando su ratificación de una reserva al arreglo judicial o al arbitraje obligatorio del art. 13.1 de la Convención; *vid. BOE* n. 249, 15.10.2004, p. 34427. Por lo demás, estos datos se corresponden con los ofrecidos por otros convenios que también prevén la posibilidad de exclusión del arbitraje (y del eventual recurso a la CIJ) a través de una cláusula *opting out*. Así, por ejemplo, si tomamos por caso la *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes* de 1979, observamos que aproximadamente una sexta parte de sus Estados parte (17 de 136) reservan la jurisdicción obligatoria de un tribunal arbitral; *ibid.*, 106–110.

Colombia) han retirado las reservas formuladas en su momento a la cláusula del art. 13.1 de la Convención de 1973²⁴⁸.

Por último, la jurisdicción residual que asume el arbitraje del Anexo VII a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 como procedimiento residual y de cierre del sistema de arreglo, frente a otros órganos judiciales como la CIJ o el TIDM, debe confrontarse con un examen de la práctica para saber si realmente los Estados le conceden esa posición preferencial. Vamos a verlo.

II. Una aproximación desde la *especialización*: posibilidades del “arbitraje VII” de la Convención de 1982 en la práctica

Por el momento, la aplicación del “arbitraje VII” de la Convención de 1982 nos ofrece varios supuestos en los que se ha acudido al mismo, si bien debemos subrayar que dicho recurso ha sido incentivado por el art. 290.5 que autoriza a las partes en el procedimiento arbitral a someter, de mutuo acuerdo, la solicitud de medidas provisionales a cualquier tribunal o, de no haber acuerdo, al TIDM (y, respecto a las actividades en la Zona, a su SCFM).

El primer supuesto de recurso inicial al arbitraje general lo constituye el asunto del *Buque Saiga N.1* cuando, el 22 de diciembre de 1997, San Vicente y Granadinas formula una notificación al Gobierno de Guinea instando un arbitraje general y proponiendo al TIDM, a la vez, la adopción de un conjunto de medidas provisionales de acuerdo con el art. 290.5²⁴⁹. El procedimiento no prosperó en su concepción arbitral en la medida en que, pocas semanas después de la petición de San Vicente y Granadinas de constituir el tribunal arbitral competente, ambas partes acordaron la transferencia del caso al Tribunal de

²⁴⁸ *Ibid.*, por orden de referencia, pp. 119 n. 11, 119 n. 4, 120 n. 15, 120 n. 18 y 119 n. 9.

²⁴⁹ *Cf.* también art. 89.2 del Reglamento del Tribunal.

Hamburgo²⁵⁰. El asunto del *Buque Saiga N.2* es un ejemplo claro de las dificultades con las que pueden encontrarse los Estados, especialmente los que tengan menos recursos económicos, que no hayan hecho una declaración conforme al art. 287 de la Convención y tengan que afrontar los problemas organizativos y los costes del procedimiento arbitral que la Convención impone.

Una aplicación más reciente del arbitraje general sobre la base del procedimiento incidental del art. 290.5, ha tenido lugar el 15 de julio de 1999 en la controversia sobre el *Atún de Aleta Azul Meridional (Australia y Nueva Zelanda c. Japón)*. No habiéndose elegido por las partes con carácter previo a la controversia un procedimiento de arreglo en virtud del art. 287 del Convenio, Australia y Nueva Zelanda decidieron someter el asunto el 15 de julio de 1999 a un tribunal arbitral, tal y como se prevé en el Anexo VII de la Convención. El 30 de julio Nueva Zelanda introdujo una demanda en indicación de medidas provisionales ante el TIDM, en la que solicitaba la limitación cautelar al ejercicio de la pesca por parte de Japón de determinadas especies migratorias, al considerar que dicho Estado podría haber violado los arts. 64 y 116 a 119 de la *Convención sobre Derecho del Mar*²⁵¹.

²⁵⁰ Mediante Canje de Notas de 20 de febrero de 1998, mientras que el 22 de febrero se notifica formalmente al Tribunal la sumisión de las partes. Se trata de un acuerdo perfectamente compatible con el art. 287.4, que establece la jurisdicción del órgano de arreglo elegido por las partes (en este caso, de manera presunta), “a menos que las partes convengan otra cosa”. El texto íntegro del asunto, registrado ante el Tribunal como número 3, puede consultarse en <http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/Order-tuna34.htm>.

²⁵¹ Las medidas provisionales solicitadas, a las que se adhirió Australia, incluían el cese del programa de pesca experimental aplicado unilateralmente por Japón en 1998 y 1999; la restricción de futuras capturas por dicho país (Japón había violado las capturas permitidas en virtud de la *Convención para la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993: acuerdo trilateral celebrado entre Australia, Japón y Nueva Zelanda); el requisito de observar el principio de cautela en las demás operaciones de pesca, y otras providencias para proteger los derechos de las partes. Sobre esta causa *vid. Los océanos y el Derecho del Mar*. Informe del SG, Doc. A/54/429, de 30 de septiembre de 1999, párs. 42 a 45 y 581 a 585; para ver el texto íntegro de este asunto en http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/Tuna_cases.htm. Entre la doctrina han comentado este asunto KWIATKOWSKA, B., “Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Order on Provisional Measures (ITLOS Cases Nos. 3 and 4)”, *AJIL*, vol. 94 (2000), n. 1, pp. 150–155; *vid.* también CHANDRASEKHARA RAO, P., “ITLOS: The First Six Years”, *Max Planck YUNL*, vol. 6 (2002), 183–300, pp. 245–255; COLSON, D.A., y HOYLE, P., “Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory ...”, *loc. cit.*, , pp. 63–71; y CHURCHILL, R.R., “The Southern Bluefin Tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan): order for provisional measures of 27 August 1999”, *ICLQ*, vol. 49 (2000), n. 4, pp. 979–990.

Por su parte, Japón trató de impugnar la competencia del tribunal alegando que, de conformidad con el art. 282 de la Convención, los tres Estados eran partes en la *Convención para la conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993, acuerdo multilateral que contiene una disposición para la solución de las controversias en la que se permite a las partes acudir a los medios de arreglo que convengan (art. 16.1), y que, según el art. 282 de la Convención, excluiría la aplicación del “arbitraje VII”. Aunque el 27 de agosto de 1999 el TIDM decretó una serie de medidas provisionales estimando la jurisdicción *prima facie* del Tribunal Arbitral²⁵², tales medidas fueron revocadas finalmente por el Tribunal Arbitral constituido al efecto, por entender que no tenía competencia para conocer de la controversia²⁵³. El argumento ofrecido por el Tribunal Arbitral para inhibirse estuvo motivado por el convencimiento de que, de acuerdo con la Convención, su jurisdicción exigía una base consensual que no se daba en este caso y que, según el art. 281 de la misma, era suficiente un acuerdo “implícito” para eclipsar la competencia obligatoria del “arbitraje VII”. Para el Tribunal Arbitral el art. 16 de la *Convención para la conservación del Atún de Aleta Azul* de 1993 ofrecía esta posibilidad, pues dicho precepto establecía un arbitraje consensual y que, debido al rechazo de Japón para acudir al mismo, las partes estarían obligadas implícitamente a buscar una solución por cualquier otro medio previsto en la Convención de 1993, lo que excluiría la aplicación de los procedimientos conducentes a decisiones obligatorias de la Parte XV de la Convención de 1982²⁵⁴. Desde

²⁵² El TIDM entendió que, de conformidad con el art. 30.3 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la controversia podía afectar a más de un tratado, como en efecto ocurría en el presente caso y, por tanto, desestimó la alegación de Japón relativa a que la controversia se refería únicamente a la Convención de 1993; *vid. Doc. A/56/58*, de 9 de marzo de 2001, p. 89.

²⁵³ Así, el tribunal arbitral constituido al efecto (Stephen M. Schwebel, Florentino Feliciano, Kenneth Keith, Per Tressett y Chusei Yamada).

²⁵⁴ *Vid.* los párrafos 52–65 del *laudo sobre jurisdicción y admisibilidad de 4 de agosto de 2001* en *ILM*, vol. 39 (2000), pp. 1359–1389. El objetivo del art. 16.1 de esta Convención es imponer los procedimientos previstos en él sobre los mecanismos obligatorios de la Sección 2ª de la Parte XV de la Convención de 1982. Así, en opinión del Tribunal Arbitral “that UNCLOS falls significantly short of establishing a truly comprehensive regime of compulsory jurisdiction entailing binding decisions”, *ibid.*, pár. 62. Incluso, este tribunal afirmó que, en los términos del art. 281, no era necesario una expresa exclusión de otros procedimientos en el acuerdo en cuestión – pues la Convención de 1993 no contenía disposición alguna que excluyera cualquier otro procedimiento –, siendo suficiente un acuerdo *implicito* de exclusión, *ibid.*, párs. 59

luego, la interpretación ofrecida por el Tribunal Arbitral del art. 281 de la Convención de 1982 constituye una presunción en contra de la jurisdicción obligatoria, lo que podría ser utilizado en el futuro para bloquear cualquiera de las cláusulas jurisdiccionales de la misma²⁵⁵. Por tanto, si *a priori* la Convención de 1982 sitúa al “arbitraje VII” como jurisdicción residual, *a posteriori* tal obligatoriedad puede quedar condicionada por la voluntad de las partes²⁵⁶.

También se han solicitado medidas provisionales al TIDM *ex art.* 290.5 mientras se espera a la constitución del tribunal arbitral en la controversia relativa a la *MOX Plant (Irlanda c. Reino Unido)*, lo que aquel órgano judicial hizo a solicitud de Irlanda el 9 de noviembre de 2001²⁵⁷. Como en el asunto del *Atún*, el Reino Unido objetó la jurisdicción del tribunal arbitral al entender que, de un lado, a la controversia que planteaba Irlanda le eran aplicables otros convenios regionales que tenían sus propios mecanismos de arreglo de controversias (como sería el caso de la *Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico Noroeste*) y, de otro, que Irlanda no había satisfecho la condición que impone

y 65. Este argumento no fue compartido por uno de los árbitros, K. KEITH, quien manifestó su desacuerdo con el resto del tribunal al entender que el órgano arbitral sí tenía competencia (pár. 30). Así, en su *Opinión disidente* este árbitro manifestó que el art. 16 “podría excluir” implícitamente la Convención de 1982, dado el ámbito material de ambos tratados, pero “it does not say that it does”, *ibid.*, (pár. 13), añadiendo, además, que el carácter obligatorio del sistema de arreglo de la Convención de 1982 se infiere del objeto y fin de la misma y los trabajos preparatorios de la III Conferencia de las Naciones Unidas (párs. 23–27). Un análisis sumamente crítico de los argumentos utilizados por el Tribunal Arbitral puede verse en COLSON, D.A., y HOYLE, P., “Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement: ...”, *loc. cit.*, pp. 67–71; y CANNONE, A., “L’accertamento della giurisdizione nelle prime decisioni di organi previsti dalla convenzione sul diritto del mare”, *RDI*, vol. LXXXIV (2001), n. 4, pp. 935–954. Por su parte, la reacción del TIDM no se ha hecho esperar y así, en un comunicado de prensa subsiguiente a este asunto el Presidente del Tribunal manifestó que “there is no other international court whose judges were also draftsmen of the Convention they are asked to interpret and apply”; *vid.* Comunicado de prensa n. 64 del TIDM, de 27 de marzo de 2002, en <http://www.itlos.org>

²⁵⁵ *Vid.* sobre este asunto DEVINE, “Compulsory Dispute Settlement in UNCLOS Undermined?”, *South Africa YB Int’l L*, vol. 25 (2000), p. 97, y OXMAN, B., “Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction”, *AJIL*, vol. 95 (2001), p. 277.

²⁵⁶ Quizás por ello Australia, una de las partes demandantes en la controversia del *Atún*, se decidió a realizar la declaración del art. 287 en marzo de 2002 eligiendo, sin orden de preferencia, al TIDM y a la CIJ; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 261.

²⁵⁷ El Gobierno irlandés, preocupado por los riesgos de contaminación que el transporte de los materiales radioactivos, hacia o desde la fábrica MOX, situada en Sellafield (Reino Unido), puede generar para el Mar de Irlanda, notificó al Reino Unido – el 25 de octubre de 2001 –, su intención de someter la controversia a un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII; *vid.* Orden de medidas provisionales del TIDM, *The MOX Plant Case (Ireland v. UK)*, en *ILM*, vol. 41 (2002), p. 405. Una exposición de los hechos que motivaron este asunto puede verse en CHANDRASEKHARA RAO, P., “ITLOS: The First Six Years”, *loc. cit.*, pp. 255–270.

el art. 283 de la Convención de intercambiar puntos de vista²⁵⁸. Frente a esta tesis, la Irlanda alegaba que, meses antes de iniciar el procedimiento arbitral, envió una carta en la que su Gobierno conminaba al del Reino Unido a intercambiar puntos de vista, y que sólo después de que este último manifestara su voluntad de no suspender la autorización a la fábrica MOX, procedió a activar el mecanismo jurisdiccional de la Convención de 1982²⁵⁹.

En su contestación, el TIDM reafirmó de nuevo la jurisdicción *prima facie* del Tribunal Arbitral del Anexo VII, pues entendía que el objeto material de la controversia se refería únicamente a la Convención de 1982²⁶⁰. En consecuencia, el TIDM dejó de lado la tesis mantenida por el Tribunal Arbitral en el asunto del *Atún*, en favor de otra que refuerza la jurisdicción obligatoria y en virtud de la cual, si una controversia relativa a la *Convención sobre Derecho del Mar* no está regulada de forma específica por otros tratados internacionales, quedaría exclusivamente dentro del ámbito material del sistema obligatorio de arreglo de controversias previsto en la Convención de 1982²⁶¹.

La línea jurisprudencial del Tribunal Arbitral constituido para conocer de la controversia sobre la *MOX Plant* sigue, a mi juicio de manera acertada, la mantenida previamente por el TIDM. Así, a través de su Orden de 24 de junio de 2003, el Tribunal confirmó las medidas previamente decretadas por el TIDM en 2001, si bien ordenaba la suspensión de los procedimientos relativos a la jurisdicción y al fondo del asunto hasta el 1 de diciembre de 2003, con el fin de cerciorarse respecto a la relación entre varios aspectos de la controversia con las obligaciones que incumben a las partes en virtud del DC²⁶². En

²⁵⁸ *Ibid.*, párs. 38 y 57.

²⁵⁹ *Ibid.*, párs. 58–59.

²⁶⁰ Con este fin, realizó una interpretación restringida del art. 281, ya que en su opinión, la finalidad de dicho artículo quedaría limitada a aquellos acuerdos que establecieran *expresamente* un sistema de arreglo referido a la interpretación y aplicación de esta Convención; *Order*, pár. 62.

²⁶¹ *Ibid.*, pár. 53.

²⁶² Al estimar que: “the Tribunal concluded that remain substantial doubts whether the jurisdiction of the Tribunal can be firmly established in respect of all or any claims in the dispute”; *vid. Order n. 3 of 24 June 2003, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures*; [http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/#Irelandv.UnitedKingdom\[“MOXPlantCase”\]](http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/#Irelandv.UnitedKingdom[“MOXPlantCase”]), p. 20. El Tribunal arbitral (formado por los jueces T. Mensah, J. Crawford, Y. Fortier, G. Hafner y A. Watts) emitió esta

este caso, el Tribunal Arbitral ha actuado con prudencia, en la medida en que varias de las disposiciones de la Convención de 1982 a las que se refiere Irlanda en su demanda afectan a materias que han sido transferidas por las partes a la UE, circunstancia que podría suponer, a la luz de los arts. 281 y 282 de la Convención, la jurisdicción exclusiva del TJCE en la controversia, dado que se trataría de un órgano jurisdiccional creado por un acuerdo regional cuyas decisiones son obligatorias y vinculantes. En este sentido, el Tribunal Arbitral quiso observar que: “the resolution of the essentially internal problems within the European Community legal order may involve decisions that are final and binding. The Tribunal further observes that its decision, including a decision on jurisdiction, will be final and binding on the Parties by virtue of article 296 of the Convention and article 11 of Annex VII to the Convention”²⁶³.

La última causa en la que se han solicitado medidas provisionales data del 4 de septiembre de 2003, fecha en la que Malaysia solicitó al TIDM que decretara medidas cautelares *ex art.* 290.5, en tanto se constituye un “arbitraje VII”, dando lugar al asunto relativo a las *Reclamaciones de Tierras en el Estrecho de Johor*²⁶⁴. Requerimiento que fue atendido por el TIDM en su Orden de 8 de octubre de 2003, a través de la cual afirmó la jurisdicción *prima facie* el Tribunal Arbitral para conocer de la controversia²⁶⁵. Queda por ver si el Tribunal Arbitral encargado de la controversia seguirá la línea jurisprudencial

decisión en virtud de las facultades que le confiere el art. 8 de sus Reglas de Procedimiento. Sin embargo, el Tribunal confirmó las razones que habían llevado al TIDM en 2001 a afirmar que el órgano arbitral tenía jurisdicción *prima facie*, pues tanto Irlanda como el Reino Unido eran partes en la Convención de 1982, se habían intercambiado puntos de vista con carácter previo conforme al art. 283 de la Convención, y la demanda presentada por Irlanda tenía su fundamento en varias disposiciones de la Convención; *ibid.*, párs. 14 y 25.

²⁶³ *Ibid.*, pár. 27.

²⁶⁴ A través de una Nota diplomática fechada el 4 de julio de 2003, Malaysia notificó a Singapur el sometimiento de la controversia a “arbitraje VII”, para lo que depositó demanda en indicación de medidas provisionales el 4 de septiembre de 2003.

²⁶⁵ *Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), request of provisional measures, order*, que figura en la lista de casos del TIDM con el n. 12; *vid.* demanda en indicación de medidas provisionales en http://www.itlos.org/start2_en.html. A raíz de la demanda el TIDM ha prescrito una serie de medidas provisionales que pueden consultarse en *ibid.*, pp. 21–23, párs. 1–4.

emprendida por el TIDM respecto a la jurisdicción obligatoria como filosofía inspiradora de la Convención de 1982.

Además, la jurisdicción del “arbitraje VII” también ha sido instituida en dos asuntos recientes, sin que su constitución haya venido precedida de solicitud de medidas provisionales *ex art. 290.5*, refiriéndose ambos casos a cuestiones sobre delimitación marina. En efecto, si el 16 de febrero de 2004 era Barbados quien sometía la controversia sobre delimitación marina que le enfrentaba a Trinidad y Tobago al arbitraje del Anexo VII²⁶⁶, el 24 del mismo mes era Guyana quien notificaba a Surinam la sumisión unilateral a arbitraje de ciertas cuestiones sobre la delimitación de sus fronteras marinas²⁶⁷.

De la práctica contenciosa de los Estados se infiere que la importancia del “arbitraje VII” en la Convención de 1982 reside no tanto en su ubicación como mecanismo que cierra el sistema obligatorio de arreglo – que en la práctica puede quedar desvirtuado, como acabamos de ver, por el acuerdo de las partes –, como en los instrumentos procesales de intervención rápida de que ha sido dotado a través del art. 290.5, en combinación con otros órganos jurisdiccionales permanentes como el TIDM (o su Sala Especial), lo que verdaderamente incentiva y refuerza la posición del arbitraje VII en la Convención de 1982.

²⁶⁶ Un tribunal arbitral de cinco miembros fue designado de acuerdo al art. 3, párs. b) y c), del Anexo VII, compuesto por los árbitros S. Schwebel, V. Lowe (designado por Barbados), I. Brownlie (por Trinidad y Tobago), y F. Orrego Vicuña. Mediante su *Orden n.2* de 23 de agosto de 2004, este Tribunal fijó las reglas de procedimiento, la sede del tribunal en La Haya, así como los plazos y el lugar en que tendrán lugar las audiencias a las partes; *vid. <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/BATRI/BATRIPress23Aug.htm>*.

²⁶⁷ *Vid. <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DRAP/index.htm>*. El 30 de julio de 2004, el Tribunal Arbitral y las partes se reunieron para debatir ciertas cuestiones de procedimiento y de logística relativas a la conducción del asunto. Por expreso deseo de las partes, todos los procedimientos escritos y orales serán confidenciales, por lo que habrá que esperar al laudo del tribunal para conocer las cuestiones relativas al fondo del asunto.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO IV. LA PROMOCIÓN DEL CONSENTIMIENTO ANTICIPADO AL ARREGLO JUDICIAL A TRAVÉS DE LA SECTORIALIZACIÓN Y LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL

Introducción. La promoción del consentimiento anticipado al arreglo judicial a través de los convenios de codificación y desarrollo progresivo

I. Planteamiento

La creación de una jurisdicción internacional permanente y de vocación universal, primero con la CPIJ, y después con la CIJ, constituye un salto cualitativo de primer orden en la historia de la evolución del ordenamiento jurídico internacional¹. En efecto, la CIJ es considerada como el más importante de todos los tribunales internacionales, no sólo por su larga historia, sino por su amplitud: cualquier Estado puede potencialmente recurrir a este órgano judicial, y puede abordar cualquier cuestión de DI. La CIJ es el órgano judicial principal “del sistema particular de Naciones Unidas, si bien su competencia, que se funda en el consentimiento de los Estados Partes en cada litigio, comprende la decisión conforme al Derecho Internacional de cualesquiera controversias que le sometan los Estados en cuestión (miembros o no, según el caso, de Naciones Unidas), adoptando entonces aquél una sentencia obligatoria para las propias partes”².

¹ Vid. DUPUY, P.-M., “Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l’ordre juridique international”, *CEBDI*, vol. III (1999), 259–281, p. 265. Su actuación se quería que fuese decisiva, pues la finalidad avocada por sus promotores era la de sustituir el recurso a la fuerza, e incluso a las represalias, por el recurso al juez.

² MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional”, *CEBDI*, vol. III (1999), 316–361, p. 331

Así pues, los rasgos fundamentales de la CIJ derivan de dos circunstancias: ser un medio de arreglo pacífico de controversias y ser el órgano judicial principal de las NU. La primera implica la característica más importante de la jurisdicción contenciosa de la Corte, su voluntariedad³. La segunda, su carácter institucional y universal, pues la CIJ se encuentra unida constitucionalmente a la Organización, hecho que se refleja en la condición jurídica del Estatuto de la Corte, que es parte integrante de la Carta (art. 92)⁴. Sin embargo, el primer obstáculo que dificulta el recurso a la CIJ se relaciona con el postulado de la soberanía: la jurisdicción internacional es voluntaria, por lo que el recurrir a la instancia judicial internacional depende del consentimiento de los Estados partes en la controversia y, en especial, del que preste el Estado demandado⁵. Esta necesidad de aceptación de la jurisdicción de la CIJ no es más que el reflejo de la estructura formal de la SI, en la que la soberanía del Estado es un principio constitucional, y donde la obligación de arreglo pacífico de controversias se complementa con la libertad de elección del medio de arreglo, libertad que puede convertirse en un obstáculo ante la inexistencia de un recurso judicial obligatorio que opere de manera subsidiaria. Por ello, no debe extrañar que la facultad concedida al CS por el art. 36.3 de la Carta de las NU (ubicado, por lo demás, en el Capítulo VI) acerca del deber de tomar en consideración que las controversias de “orden jurídico”, como regla general, deben ser sometidas a la CIJ de conformidad con su Estatuto, se revista simplemente de mera recomendación y no tenga su *crescendo* natural en los

³ Aunque la mayoría de los delegados del Comité de Juristas de Washington que redactaron el Estatuto consideraban que había llegado el momento de hacer obligatorio lo que hasta el momento era opcional en materia de arreglo judicial, al mismo tiempo se temía que, si se instituía la jurisdicción obligatoria de la CIJ ello podría impedir la ratificación de la Carta, e incluso del Estatuto, por un gran número de Estados y, en particular, por Estados Unidos y por la URSS; *vid.* sobre el particular DUBISSON, M., *La Cour Internationale de Justice*, Paris, 1964, p. 145.

⁴ En efecto, el art. 92 de la Carta dispone lo siguiente: “La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

⁵ El recurso a la jurisdicción de la CIJ se hace depender del principio de aceptación por las partes pues, como ha afirmado la propia Corte en el asunto del *East Timor (Portugal v. Australia)*: “The Court recalls in this respect that one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the *consent* of those States to its jurisdiction”; ICJ, *Reports 1995*, p. 101, pár. 29. Cursiva añadida.

supuestos del Capítulo VII⁶. Tampoco sorprende que instrumentos jurídicos como la *Declaración de Manila*, se limite a advertir que la remisión a la CIJ de las controversias jurídicas no debería ser considerado un acto inamistoso⁷.

Por tanto, dado que ningún Estado puede ser sometido a un procedimiento jurisdiccional que no ha consentido, el art. 36 del Estatuto de la CIJ ha previsto un sistema de *contracting in*, con la aspiración de que los Estados consientan de antemano la sumisión de todas o amplias categorías de controversias a la CIJ, dada la naturaleza definitiva y obligatoria de sus decisiones. Conforme a dicho artículo son cuatro los modos de aceptación de la jurisdicción, a saber; el compromiso, la cláusula compromisoria, las declaraciones unilaterales de conformidad con el art. 36.2 de su Estatuto, y a través del *forum prorogatum*, doctrina jurisprudencial que ha permitido que el consentimiento pueda ser manifestado por el demandado una vez iniciado el proceso. Dejando al margen este último modo de menor importancia cuantitativa, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la CIJ responden al juego conocido como cláusula opcional o facultativa⁸, cuyo funcionamiento está presidido por los principios de mutualidad y reciprocidad, siendo la confluencia de declaraciones en el común denominador de su contenido (pues se trata de actos unilaterales dependientes), lo que determina la competencia de la Corte⁹. En cualquier

⁶ Aunque la naturaleza de la controversia es relevante para determinar su jurisdicción, es la voluntad de las partes la que decide, en última instancia, su carácter justiciable o no. En este sentido, H. LAUTERPACHT subrayó que “le seul critérium décisif de la justiciabilité du différend est la volonté des parties en conflit de soumettre leurs divergences à l’arbitrage du droit”; “La théorie des différends non ...”, *loc. cit.*, p. 572; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso ...*, *op. cit.*, p. 605.

⁷ Parte II, pár. 5 *in fine*.

⁸ En virtud del cual, los Estados puede reconocer en cualquier tiempo como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto de cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: 1) La interpretación de un tratado; 2) cualquier cuestión de Derecho internacional; 3) la existencia de cualquier hecho que, de ser comprobado, constituiría violación de una norma internacional; 4) la naturaleza o extensión de la reparación debida por dicha violación, lista indicativa pero al mismo tiempo comprensiva de cualquier controversia jurídica.

⁹ En la medida en que a través del art. 36.2 del Estatuto se pretende alcanzar un consentimiento general y anticipado de sometimiento a su jurisdicción obligatoria, se comprende que su ejercicio haya sido alentado en toda clase de instrumentos, desde la *Declaración de Manila* (pár. 5 b) de la Parte II), a la *Agenda para la Paz*, donde la aceptación por esta vía de la competencia de la Corte es una de las medidas de establecimiento de la paz, llegando incluso a señalarse como tope el año 2000 para su aceptación general y sin reservas (Parte IV, epígrafe 39, a).

caso, la realidad actual del sistema de la cláusula facultativa parece no haberse recuperado de la crisis sufrida en la década de los años ochenta como consecuencia de la retirada por parte de Francia y de Estados Unidos de sus respectivas declaraciones¹⁰, pues su invocación ha descendido en proporción inversa a cómo lo han hecho el número de contenciosos sometidos a la Corte. Así, de los asuntos que figuran en la lista de la CIJ en 2005, los demandantes que arguyeron como base de jurisdicción el art. 36.2 de su Estatuto lo hicieron en combinación con otros títulos jurídicos, como cláusulas compromisorias¹¹.

No obstante, dado que la CIJ acoge actualmente un mayor número de asuntos que hace unos años, se ha señalado que la justicia internacional está experimentando un genuino renacer¹². A este renacimiento ha contribuido la vía convencional del art. 36.1 del Estatuto de la CIJ, el cual reconoce a los Estados la facultad de otorgar su consentimiento a la jurisdicción contenciosa de la Corte en todos aquellos asuntos previstos en otros “*tratados y convenciones vigentes*”¹³. Son múltiples las posibilidades que se abren a los Estados por la vía convencional del art. 36.1 del Estatuto de la CIJ. En primer lugar, esta disposición faculta a los Estados para elaborar un Tratado general sobre arreglo pacífico de las controversias que pudieran surgir entre ellos, y en él contemplen el recurso unilateral a

¹⁰ Retirada de Francia el 2 de enero de 1974 (CIJ, *Annuaire 1973–1974*, p. 50) como consecuencia del asunto del *Nuclear Test Case*, y retirada de Estados Unidos e Israel en 1985 (CIJ, *Annuaire 1985–1986*, p. 61) tras el fallo de 1984 en la controversia relativa a las *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. Esta situación de crisis dio lugar a una serie de elocuentes títulos en la literatura jurídica sobre la materia: WALDOCK, C.H.M., “Decline of the Optional Clause”, *BYIL*, vol. XXXII (1955–1956), pp. 254–287; FITZMAURICE, M., “The Optional Clause System and the Law of Treaties: Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice”, *AYIL*, vol. 20 (1999), pp. 127–160.

¹¹ Así ha sucedido en los siguientes asuntos: *Licéité de l’emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique) (Yougoslavie c. Canada) (Yougoslavie c. France) (Yougoslavie c. Allemagne) (Yougoslavie c. Pays Bas) (Yougoslavie c. Portugal) (Yougoslavie c. Espagne) (Yougoslavie c. Royaume Unie), Delimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), Différend territorial et républicain (Nicaragua c. Colombie)*, y sólo en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo)*; vid. sitio web de la CIJ <http://www.icj-cij.org>.

¹² Vid. GUILLAUME, G., “The Future of International Judicial Institutions”, *ICLQ*, vol. 44 (1995), 848–862, p. 848. Otros, como F. ORREGO VICUÑA y Ch. PINTO añaden nuevos elementos a la matización del renacimiento de la CIJ, como la “importancia media” de los asuntos llevados ante ella, que no tienen implicaciones políticas importantes ni en el ámbito interno de los Estados, ni en las relaciones internacionales, “The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for ...”, *op. cit.*, p. 46.

¹³ Dicho artículo reza así: “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.

la CIJ¹⁴. Tratados de este tipo los hay de ámbito universal, regional y bilateral. En el ámbito universal, el único tratado general de arreglo pacífico en vigor es el *Acta General* de 1928/1949, instrumento en el que se dispone, sobre la base de la distinción entre controversias jurídicas y políticas, que sólo las primeras quedarán sometidas de manera obligatoria a la CIJ (art. 17)¹⁵. Desde una perspectiva regional, cabe destacar la adopción, en el seno de la OEA, del *Pacto de Bogotá* de 1948, y en el del Consejo de Europa, de la *Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias* de 1957. Ahora bien, mientras en la *Convención Europea* el recurso obligatorio a la CIJ sólo está previsto, como en el *Acta*, para las controversias de orden jurídico, el *Pacto de Bogotá* prevé dos vías de acceso a la jurisdicción de la Corte, según las controversias fueran de orden jurídico, de acuerdo al art. 36.2 del Estatuto de la CIJ (art. XXXI), y para cualesquiera otras controversias, siempre que hubiera fracasado una conciliación previa y las partes no acordasen recurrir al arbitraje (art. XXXII)¹⁶. Ahora bien, el loable intento de estos convenios regionales persiguiendo la justiciabilidad de todas o amplias categorías de controversias tiene su contrapunto en su limitada experimentación ante la CIJ, siendo así

¹⁴ Se podría afirmar que este tipo de acuerdos, cuando prevén la jurisdicción de la CIJ, crean un sistema funcionalmente parecido a la cláusula facultativa del art. 36.2 – aunque sea distinto por las diferencias en cuanto a la naturaleza y al régimen aplicable –, pues cada tratado crearía un sistema cerrado de relaciones jurisdiccionales en potencia entre los Estados Partes.

¹⁵ La vigencia del *Acta General* como título de jurisdicción ante la CIJ se cuestionó durante la década de los sesenta, con ocasión de los únicos tres asuntos sometidos a la CIJ por Estados que se apoyaron en ella como título de jurisdicción (Pakistán en el asunto del *Trial of Pakistani prisoners of War* de 1973; Australia y Nueva Zelanda en el asunto del *Nuclear Test Case*, de 1974; y Grecia en el relativo a la *Aegean Continental Shelf Case* de 1978), combatida por los demandados – la India, Francia y Turquía – con base en su terminación por *desuetudo*. La Corte no se pronunció sobre su vigencia en ninguno de los tres asuntos. Sin embargo, la mayoría de jueces que añadieron opiniones disidentes a las citadas decisiones sí se expresaron a favor de la vigencia del *Acta*. Así lo hicieron, en relación con las sentencias de 20 de diciembre de 1974, los Jueces ONYEAMA, DILLARD, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, y WALDOCK, en su opinión disidente conjunta (CIJ, *Recueil 1974*, pp. 327 y ss.), el Juez DE CASTRO (CIJ, *Recueil 1974*, pp. 377 y ss.), y el Juez BARWICK (CIJ, *Recueil 1974*, pp. 402 y ss.), los cuales, entre otros argumentos, recordaron que la misma Francia, en el *Affaire relative a certains emprunts norvégiens* (CIJ, *Recueil 1957*, p. 9), invocó el *Acta General* de 1928 como un tratado en vigor (CIJ, *Mémoires, plaidoires et documents*, 1955, vol. I, pp. 172, 173 y 180). Respecto a las ocasiones en que se ha invocado el art. 17 del *Acta* como cláusula compromisoria que activa la jurisdicción de la CIJ puede consultarse TOMUSCHAT, C., “The 1928 General Act for the Pacific Settlement of International Disputes revisited”, *Liber amicorum Judge S. Oda*, The Hague/New York, 2002, vol. II, pp. 977–994.

¹⁶ Sobre la inclusión en el *Pacto de Bogotá* de dos vías distintas de acceso a la Corte *vid.* ESPALIÚ BERDUD, C., *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 2000, pp. 109–115.

que hasta el año 2001 no se ha invocado ante la CIJ la Convención Europea de 1957¹⁷, mientras que tres veces ha sido invocado el Pacto de Bogotá como título de jurisdicción ante la CIJ¹⁸. Otra posibilidad que subyace de la vía del art. 36.1 es la atribución de competencia a la CIJ a través de un tratado *ad hoc* o *compromiso*, para una determinada controversia ya surgida entre ellos¹⁹. A pesar de que este título de jurisdicción ofrece la ventaja de que, al estar muy próximos en el tiempo la prestación del consentimiento a la CIJ y el inicio del procedimiento, se hace menos traumático el acceso a la Corte, lo cierto es que la mayor parte de los asuntos que han llegado a la Corte por esta vía en los últimos años han involucrado a Estados en vías de desarrollo²⁰.

Por último, el art. 36.1 del Estatuto faculta a los Estados para que puedan alegar como título de jurisdicción la *cláusula compromisoria especial* inserta en un tratado sobre cualquier materia, en el que se estipula que las controversias relativas a su interpretación o aplicación sean resueltas mediante el concurso de la CIJ²¹. Se trata de una competencia

¹⁷ Ha sido en el *Affaire relative à Certains biens (Liechtenstein c. Alemania)*, *Ordonnance du 28 juin 2001*, CIJ, *Recueil 2001*, p. 565.

¹⁸ El primer asunto fue el de las *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, sentencia de 20 de diciembre de 1988, en la que la Corte se consideró competente en virtud del art. XXXII. Recientemente, Nicaragua ha invocado el art. XXXI de este instrumento, primero contra Honduras, en el asunto de la *Delimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes, Application, 8 december 1999*, p. 3; y más tarde contra Colombia, en el asunto de la *Différend territorial et maritime, Application 6 december 2001*, p. 2; *vid.* una reseña de ambos asuntos en CIJ, *Annuaire 2001–2002*, pp. 279 y 300.

¹⁹ Además de la finalidad de ofrecer a un tribunal un título de competencia, el compromiso también puede introducir la instancia ante la CIJ, es decir, tiene una función análoga a la demanda, a pesar de que se trata de figuras jurídicas distintas y las reglas de procedimiento previstas en el estatuto de la CIJ a que están sujetos son diferentes; *vid.* CASADO RAIGÓN, R., *La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia, Estudio de las reglas de su competencia*, Córdoba, 1987, pp. 36–37. Sobre la activación de la CIJ a través de esta vía puede verse MARION, L.C., “La saisine de la C.I.J. par voie de compromis”, *RGDIP*, t. 100 (1995), n. 2, pp. 257–300.

²⁰ Con anterioridad a 2002, el *Annuaire* de la CIJ nos da la cifra de 15 asuntos, *vid.* CIJ, *Annuaire 2001–2002*, p. 111. En los últimos años el número ha crecido y quizás a ello algo ha contribuido la creación, a iniciativa del SG, del *Fondo de Afectación Especial* para ayudar a los Estados en vías de desarrollo a solucionar sus controversias ante la CIJ, del cual sólo podrán beneficiarse aquellos Estados que lo hagan mediante compromiso. Buena prueba de ello es que la mayoría de asuntos sometidos a la CIJ por esta vía enfrentan a Estados en vías de desarrollo, así por ejemplo: el de *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, el 29 de mayo de 1996 y el de la *Sovereignty over Palau Ligitan and Palau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, el 10 de noviembre de 1998, asunto de la *Frontier Dispute (Bénin/Níger)*, 3 de mayo de 2002; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, el 24 de julio de 2003.

²¹ CHARNEY, J., “Compromisory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, *AJIL*, vol. 81 (1987), n. 4, pp. 85 y ss. Las cláusulas *compromisorias especiales* son actualmente las reinas del sistema convencional de arreglo de controversias internacionales, siendo su floración tan espectacular en los

“pre-consentida” por los futuros litigantes, quienes aceptan, al hacerlo, que cualquiera de ellos pueda unilateralmente acudir a la Corte para someter la controversia ya surgida²². De la variada gama de tratados internacionales que incluyen cláusulas de sometimiento a la CIJ para las controversias resultantes de su interpretación y aplicación han de destacarse, como comprobación del grado de aceptación a nivel universal de su jurisdicción, las convenciones de codificación y desarrollo progresivo del DI auspiciadas por las NU. Si tenemos en cuenta, además, que actualmente gran parte de las normas que forman el DI General se encuentran recogidas en tratados multilaterales y de contenido normativo, supone, sin duda, un claro avance que en estos instrumentos convencionales se recojan cláusulas compromisorias que otorguen competencia a la CIJ²³.

Por tanto, en la *Sección primera* de este Capítulo estudiaremos los distintos modelos que incorporan una cláusula judicial “*pre-controversiam*”, pero también su relevancia procesal para activar el consentimiento a la jurisdicción de la CIJ. Claro que dicho extremo no es fácil de constatar, pues quizás su mera presencia genera entre los Estados el efecto psicológico de resolver sus controversias por otros medios de arreglo. Por ello, hemos creído conveniente limitarnos a investigar sobre dos aspectos.

En primer lugar, el nivel de generalización de la cláusula judicial de atribución de competencia a la CIJ en los convenios codificadores, así como los resortes que promueven su mayor operatividad. En segundo lugar, no se puede abordar el examen de esa vía de

últimos cincuenta años que podría decirse que hoy están localizados los ámbitos sectoriales que no las contemplan (normalmente los que tocan los aspectos más sensibles de la esfera doméstica de los Estados), siendo aproximadamente 300 los tratados que prevén el recurso a la CIJ para el arreglo de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de sus disposiciones; *vid. CJI, Annuaire 2001–2002*, pp. 173–194.

²² F. JIMÉNEZ GARCÍA, refiriéndose a la jurisdicción de la CIJ, afirma que existe jurisdicción obligatoria, en este sentido, cuando el tribunal puede decidir sobre el fondo de un asunto que le ha sido sometido por medio de una demanda unilateral de conformidad con los compromisos jurídicos anteriores y generales de aceptación de su jurisdicción, siendo irrelevante el consentimiento *ad hoc* del demandado previamente obligado; *vid. La jurisdicción obligatoria unilateral del Tribunal Internacional de Justicia, sus efectos para España*, Madrid, 1999, p. 78.

²³ Además, como destacó el IDI en su sesión de 1956 sobre “la elaboración de una cláusula modelo de competencia obligatoria de la CIJ”, la interpretación de tratados multilaterales debe quedar centralizada en la CIJ, no por evitar la puesta en práctica de otros medios de arreglo de controversias sino porque sólo en este caso la interpretación podría vincular a terceros, incluso si no han hecho uso de su derecho de intervención; *Annuaire IDI*, vol. 46 (1956) Sesión de Granada, 178–264, p. 190 y párrafo 5 de la resolución.

atribución de competencia a la CIJ sin contar con el grado de aceptación entre los Estados de la referida cláusula pues, como advierte M. BEDJAOUÏ, “[l]e particularisme de l’ordre juridique international nous oblige en effet à appréhender tout le domaine du règlement pacifique des différends à travers le prisme du sacro-saint principe de la souveraineté de l’Etat, et donc de ne jamais perdre de vue l’importance du consentement de l’Etat”²⁴. El estudio de estos dos aspectos se incardina en el marco de dos procesos simultáneos e interdependientes como son los de sectorialización del DI y de especialización del arreglo judicial. Por lo que se refiere a la sectorialización, como valoración inicial podemos afirmar que el mayor nivel de invocación de la cláusula judicial no guarda relación directa con los regímenes materiales que han previsto un mayor grado de disponibilidad mediante el recurso obligatorio y automático a la CIJ, como sucede en el Derecho de los Tratados. Al contrario, el proceso codificador demuestra que los mayores niveles de litigiosidad se localizan en aquellos sectores normativos en los que la CIJ ha creado una jurisprudencia importante y consolidada, mostrándose sensible a las tendencias del DI contemporáneo, como ocurre destacadamente con el Derecho Consular. Tanto es así, que los convenios codificadores confían la jurisdicción de la CIJ a la manifestación adicional de las partes en un Protocolo Facultativo.

Sin embargo, al estudiar estos procesos no podemos obviar que el fenómeno contemporáneo de la multiplicación de jurisdicciones internacionales ha provocado que la CIJ tenga que competir en la interpretación y aplicación del DI con otras jurisdicciones especializadas, de carácter regional o universal, producto de la mayor complejidad del este ordenamiento. Esta proliferación jurisdiccional ha sido posible por el cambio de posición de los Estados del antiguo bloque socialista y de algunos Estados del Tercer Mundo, tras el fin del enfrentamiento bipolar, respecto de los mecanismos de arreglo obligatorio de

²⁴ “Le Cinquantième anniversaire de la Cour Internationale de Justice”, *RdC*, t. 257 (1996), 9–34, p. 21.

controversias, considerados hasta entonces como un instrumento ideológico de los Estados de uno u otro bloque²⁵. Esta tendencia, calificada por algunos como una “judicialización” de la SI²⁶, se ha intensificado en los últimos años gracias a la creciente tendencia al sectorialismo especializado²⁷. Así, según los distintos ámbitos del DI, el “cuadro jurisdiccional” se nos presenta ampliamente contrastado. En el plano universal, baste citar el Tribunal Penal Internacional para los crímenes en la ex Yugoslavia, o el sistema de solución de controversias previsto en la OMC, competente para aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados “de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público”²⁸.

El creciente número de órganos judiciales existentes en la SI contemporánea ha planteado dos problemas fundamentales, uno procesal y otro sustantivo²⁹. El problema *procesal* se centra en establecer prioridades, dado que en algunas situaciones más de un órgano judicial puede tener jurisdicción sobre el mismo asunto. La concurrencia de competencias no existe entre la jurisdicción universal de la CIJ y los tribunales regionales, como el TEDH, el TJCE o la CIDH, planteándose realmente de una forma manifiesta entre la CIJ y el TIDM, lo que hace necesario establecer “normas de conflicto” que coordinen la competencia de la Corte y del Tribunal. El problema *sustantivo* consiste en asegurar que las

²⁵ TREVES, T., “Recent trends ...”, *op. cit.*, p. 433. No faltan quienes, aun constatando el avance registrado en el papel de la justicia internacional, matizan los resultados; *vid.* BARDONNET, D., “Arreglo arbitral y arreglo judicial de las diferencias interestatales”, *Academia Europea de Jaca*, Zaragoza, 1995, pp. 5 y ss.

²⁶ RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones ...*, *op. cit.*, p. 86. Entre la amplia literatura que se ha dedicado a esta cuestión en los últimos años destaca, con carácter general, el estudio de KARAGIANNIS, S., “La Multiplication des Jurisdictions Internationales: un systeme anarquiche?”, en *Société Française pour le Droit International*, *La juridictionnalisation du droit international*, *Colloque de Lille*, Paris, 2003, pp. 1–162.

²⁷ Como señala T. TREVES, la proliferación de tribunales internacionales no es el producto de la casualidad, sino que responde a la mayor complejidad del ordenamiento internacional y al hecho de que éste afecte no sólo a los Estados, sino a las Organizaciones internacionales y a las personas naturales y jurídicas, “Recent trends ...”, *op. cit.*, p. 435.

²⁸ Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias, Anexo 2 del Acuerdo por el que se establece la OMC, Marrakech, 15 de abril de 1994, art. 3, párr. 2. El sistema integrado de solución de controversias de la OMC – claro híbrido entre los medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales tradicionales –, constituye uno de los más notorios exponentes de las tendencias “funcionalizadoras” de la solución de controversias, esto es, de la tendencia a estructurar sistemas propios para un ámbito más o menos concreto de relaciones internacionales.

²⁹ *Vid.* LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Judicialización y sectorialización del Derecho Internacional”, *loc. cit.*, pp. 173–174.

decisiones sean coherentes cuando los distintos tribunales resuelven asuntos similares, pues es posible que los tribunales mantengan posiciones diferentes sobre cuestiones análogas, como ha sucedido con la interpretación dada por la Sala de Apelación del TPI para la ex Yugoslavia en el asunto *Tadic*³⁰ con respecto a la posición mantenida por la CIJ en relación a la atribución de responsabilidad internacional a grupos armados³¹.

Pero los riesgos que se pudieran derivar de una aplicación sectorial de las normas internacionales, en absoluto olvido del DI General, se han centrado en la creación del TIDM. En efecto, el sistema de arreglo jurisdiccional *ad hoc* que instituye la Convención de 1982 incorpora numerosas innovaciones, siendo la más importante la creación de un órgano judicial internacional especializado, el TIDM, y cuya jurisdicción contenciosa *ratione materiae* se solapa con la más general de la CIJ. Además, la apertura del TIDM a ciertas Organizaciones Internacionales³² e incluso a particulares, en ciertos casos³³, ha desbordado la jurisdicción *ratione personae* de la CIJ, la cual sólo está abierta a los Estados³⁴.

En este sentido, la proyección de la jurisdicción material del TIDM y la CIJ sobre unas mismas materias puede generar problemas de diversa índole. El más importante, desde luego, es el de la llamada fragmentación de la jurisdicción y el surgimiento de jurisprudencias contradictorias sobre unas mismas normas en casos semejantes. Pero también cabría pensar en otros hipotéticos problemas asociados a la litispendencia, a las medidas provisionales y a la ejecución de las sentencias dictadas por uno u otro tribunal³⁵.

³⁰ Vid. *ILM*, vol. 38 (1999), p. 1518, párs. 88–145.

³¹ Especialmente, con su posición en el asunto de las *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ, *Recueil 1986*, p. 14. Sobre el asunto *Tadic* puede verse, entre otros, ASCENSIO, H., y PELLET, A., “L’activité du Tribunal pénal international pour l’exYougoslavie”, *AFDI*, vol. XLI (1995), 101–136, pp. 115–120.

³² Por ejemplo, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos o la Comunidad Europea.

³³ Art. 187 de la Convención de 1982.

³⁴ Art. 34.1 del Estatuto de la CIJ.

³⁵ En este sentido, a diferencia del TIDM, la integración institucional de la CIJ respecto de las NU está reforzada por lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 94 de la Carta en virtud del cual: “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al

En todo caso, la coexistencia del TIDM y la CIJ es problemática allí donde existen zonas en las que la jurisdicción de ambos tribunales se superpone. Donde no hay solapamiento, la relación de coexistencia, más allá de consideraciones de oportunidad, no debe ser problemática. Por ello, la relación entre ambas instituciones judiciales no se plantea hoy día en términos de necesidad, sino de articular los elementos necesarios para que su coexistencia con la CIJ presente los menores inconvenientes posibles y resulte beneficiosa para la justicia internacional.

Y ello porque la coexistencia entre el TIDM y la CIJ también va a generar consecuencias positivas, ya que esta pluralidad de tribunales representa un importante progreso hacia la deseada jurisdicción obligatoria, pues la creación del TIDM ha contribuido a optimizar el consentimiento de los Estados hacia los órganos judiciales y, dentro de éstos, por el TIDM, especialmente respecto a ciertas controversias sobre las que el Tribunal de Hamburgo posee una jurisdicción obligatoria residual, tal y como se desprende del creciente número de asuntos sometidos y despachados por el Tribunal en su, todavía, corta andadura³⁶. Además, la existencia de ambos órganos judiciales puede contribuir a fomentar el *forum shopping*, técnica que permite a las partes en una controversia escoger cuál de esos dos tribunales resulta más útil para sus intereses en el caso concreto, y que parece del agrado de los Estados. Por tanto, la convivencia entre estos dos órganos judiciales de vocación universal y con una extensa zona de coincidencia en las controversias entre Estados, debe contar con el límite de la garantía de la coherencia mínima en la interpretación y aplicación de la Convención de 1982. A su examen dedicamos la *Sección tercera* de este Capítulo.

Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

³⁶ El TIDM, componente esencial del entramado jurisdiccional previsto por la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, empezó a funcionar en Hamburgo en el mes de octubre de 1996, *vid.* TREVES, T., “The Jurisdiction of the International Tribunal of the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), pp. 396–419. En octubre de 1997, el nuevo Tribunal había adoptado su Reglamento y dictado, el 4 de diciembre, su primer fallo en el asunto del *Buque Saiga* (pronta liberación) que enfrentaba a San Vicente y las Granadinas y a Guinea.

Sección primera. La aceptación de la jurisdicción de la CIJ por vía anticipada a través de la sectorialización

La promoción de la cláusula de aceptación de la jurisdicción de la CIJ para el control de las normas sustantivas contenidas en los convenios codificadores ha sido una constante desde los inicios de este proceso³⁷. Desde luego, es ineludible situar esta dinámica en el contexto material de la antigua fractura Este-Oeste pues, para los Estados más entusiastas con la jurisdicción de la CIJ, la obra codificadora “además de los fines que sirve de forma inmediata, debe contribuir a la creación de aquellas condiciones que permitan conseguir un amplio reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la CIJ”³⁸. Esta posición respecto a la competencia de la Corte podría muy bien confrontarse con la manifestada por los Estados del bloque socialista en las Conferencias codificadoras, en atención al argumento de que la previsión de la jurisdicción obligatoria no responde a los principios del DI contemporáneo³⁹, ni a la práctica de los Estados en materia de solución de controversias⁴⁰. Estas posiciones claramente encontradas explican la variedad de

³⁷ En efecto, la primera vez que la CDI afrontó la cuestión de incorporar cláusulas de arreglo en sus proyectos de artículos fue en 1953 mientras examinaba los proyectos sobre *Eliminación y Reducción de la apatridia* y sobre *Plataforma Continental*. Ya en ese primer momento, la CDI propuso en un proyecto común de art. 10.4, que las controversias a que dieran lugar la interpretación o aplicación de las futuras convenciones quedarían sometidas a la competencia de la CIJ; *Yearbook ILC*, 1953-II, p. 227.

³⁸ Escrito de Dinamarca presentado en la Sexta Comisión en su decimosexto período de sesiones (*Docs. Of., Anexos, Doc. A/4796 y Add. 1 a 8, anexo, sección 8, VII, 3*). *Vid. Anuario CDI*, 1970-II, pp. 284–285. O como más terminantemente dijo el delegado suizo en la Conferencia sobre Derecho del Mar de 1958, “toute codification du droit international exige, comme un corollaire indispensable, l’établissement d’un système d’arbitrage ou de règlement judiciaire obligatoires”; *vid.* la intervención de RUEGGGER, *Conférence des Nations Unies sur le Droit de la mer, Docs. Of.*, vol. II, 1958, p. 8, o en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, Docs. Of.*, vol. I, 1963, p. 258.

³⁹ Pues ello equivaldría a renunciar al mecanismo previsto en el art. 33 de la Carta de las NU, como observó el delegado búlgaro STREZOV en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Docs. Of., primer período de sesiones*, 1968, p. 465.

⁴⁰ Observaciones del delegado de Rumania BOLINTINEANU, en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Docs. Of.*, vol V., Tercera Comisión, 1958, p. 87. Como señaló JEZEK, delegado de Checoslovaquia en la Conferencia sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, comentando el proyecto de artículo 45 elaborado por la CDI, “no hace falta incluir en la convención una disposición especial relativa al arreglo de controversias. Debe dejarse a los Estados que resuelvan por acuerdo entre ellos las controversias que surjan sobre la interpretación o aplicación de la convención. Puede disponerse que, de no haber acuerdo, se someta la controversia a la CIJ, pero en este caso, de conformidad con el Estatuto de la Corte, han de someterla ambas partes”; *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas*,

posibilidades que ofrecen los convenios codificadores para activar la jurisdicción de la CIJ. En cualquier caso, las distintas posibilidades de acceso a la Corte pueden agruparse, en atención a la menor o mayor disponibilidad de la cláusula judicial para las partes, en grado ascendente, de la siguiente forma:

En primer lugar, hay convenios que prevén la sumisión a la CIJ con carácter opcional para las partes (*opting in*), lo que se materializa en la necesidad, bien de hacer depender su activación de una declaración estatal *ad hoc* al tiempo de la manifestación del consentimiento o en otro momento posterior (por lo que, en puridad, estas disposiciones no pueden considerarse auténticas cláusulas compromisorias), bien de participar en un Protocolo facultativo anejo. Como se verá *infra*, el mayor grado de utilización de la cláusula judicial se ha producido en relación a estos sistemas *opting in*.

En segundo lugar, otro grupo de convenios optan por la sumisión obligatoria a la CIJ en segunda instancia, pues establecen una condición adicional que puede ser, bien el fracaso de un procedimiento de conciliación obligatoria, bien la imposibilidad de constituir un tribunal arbitral de recurso automático. Algunos de estos tratados debilitan aún más el acceso a la CIJ permitiendo expresamente que los Estados partes puedan reservar la cláusula judicial, sistema que podemos calificar de *opting out*.

En tercer lugar, los hay que establecen el recurso obligatorio y automático a la jurisdicción de la CIJ en función del ámbito material regulado y sin posibilidad de reserva, siendo su formulación dudosamente compatible con el objeto y fin del tratado en cuestión, lo que implica un desarrollo progresivo en este ámbito.

Por último, la jurisdicción de la propia CIJ es obligatoria para los Estados Partes en otros sistemas convencionales particulares, incluso en aquellos que establecen un sistema autónomo de carácter jurisdiccional, como es el caso de la *Convención sobre Derecho del*

Doc. Of., vol. I, 1961, p. 288.

Mar de 1982. Aquí la CIJ rivaliza con otros tribunales internacionales creados por convenios de codificación y desarrollo progresivo – como sucede con el TIDM, órgano creado por la Convención de 1982 –, lo que puede dar lugar a una potencial concurrencia orgánica de jurisdicciones entre ambos órganos judiciales. Para resolver este problema debemos considerar, como punto de partida, lo dispuesto por la Sala de Apelación del TPI en el asunto *Tadic*, en el que este órgano judicial declaró lo siguiente: “In international law, every tribunal is a *self-contained system* (unless otherwise provided). Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its judicial character”⁴¹. Por consiguiente, los mencionados problemas de coordinación deben ser abordados en el ámbito de cada sistema autónomo, de acuerdo con las normas que reglamentan el funcionamiento de cada Corte o Tribunal.

I. Modelos que prevén el recurso opcional a la jurisdicción de la CIJ

1. La relegación de la cláusula judicial a un Protocolo de firma facultativa

El resultado de los primeros quince años de trabajo de la CDI respecto a la promoción del arreglo judicial en sus proyectos de convenciones se ha contentado con incorporar las cláusulas de acceso a la Corte a través de un Protocolo de firma facultativa al Convenio codificador⁴². Así ha sucedido con los *Convenios de Ginebra sobre Mar*

⁴¹ Vid. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, octubre 2 1995, en *ILM*, vol. 35 (1996), n.1, 32–74, p. 39.

⁴² Con la excepción de las *Convenciones sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 1951, *sobre el Estatuto de los Apátridas*, de 1954, y *sobre la Reducción de la Apátridia*, de 1961, así como también el *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, en cuyas disposiciones de arreglo de controversias se prevé el acceso unilateral a la CIJ o, por lo que se refiere al último convenio citado, el recurso a una comisión arbitral con carácter obligatorio.

Territorial y Zona Contigua, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar* de 1958, las de *Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 1961, y *Relaciones Consulares*, de 1963, y el de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* de 1969, textos que aparecen escoltados de Protocolos sobre el arreglo pacífico de las controversias en los que se prevé el recurso unilateral a la jurisdicción de la CIJ, a menos que, de común acuerdo, las partes opten por el arbitraje o la conciliación⁴³. En efecto, el Art. I común a los Protocolos Facultativos de las mencionadas Convenciones dispone que “las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender en ellas a instancia de cualquiera de las partes en la controversia que sea Parte en el presente Protocolo”.

A pesar de este resultado, lo cierto es que la actitud general del órgano codificador se caracterizó por plasmar propuestas avanzadas en sus proyectos, las cuales han sido suavizadas considerablemente por los Estados en la correspondiente Conferencia codificadora. Por lo que se refiere al acceso obligatorio y automático a la CIJ, su promoción se inaugura con el *Proyecto de artículos sobre Plataforma Continental* presentado por la CDI en 1956 a la Conferencia y en el cual se contemplaba el recurso unilateral a la CIJ para las controversias que surgieran de la interpretación o aplicación del futuro Convenio (proyecto de art. 73)⁴⁴. Pese a que el texto de la CDI logró la aprobación del Cuarto Comité de la Conferencia⁴⁵, en cambio no logró la mayoría de los votos necesaria en el Pleno⁴⁶, lo que propició que la propuesta alternativa de separar la jurisdicción obligatoria de la CIJ del

⁴³ En este último caso se imponen resortes a las vías de escape del sistema pues, si las recomendaciones de la comisión no son aceptadas por las partes en un plazo de dos meses, cualquiera de las partes podrá someter la controversia ante la Corte mediante solicitud escrita.

⁴⁴ *United Nations Conference on the Law of the Sea, Geneva, 1958, Official Records, VI, Fourth Committee (Continental Shelf)*, 10–11 April 1958, Summary Records, pp. 99–106.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 44. Por supuesto, no faltaron propuestas tendentes a suprimir el acceso a la jurisdicción obligatoria de la CIJ, como la iniciativa de la URSS (*ibid.*, p. 99), o la de Argentina (*ibid.*, p. 106).

⁴⁶ *Ibid.*, *Official Records, II, Plenary Meetings*, abril 1958, SR. 7-10 (7th Meeting) y 30-35 (13th Meeting). A este respecto, son sintomáticas las palabras del delegado de Suiza RUEGGER, para quien resultaba inconcebible que las partes en un tratado “should be the sole judges of their obligations thereunder”; *ibid.*, p. 8.

texto de la Convención y llevarla a un Protocolo facultativo prosperara por abrumadora mayoría⁴⁷. Con esta fórmula de compromiso, habitual en esta primera etapa del proceso codificador, se fortalecían las normas sustantivas codificadas pues, como hizo constar el delegado de España respecto del proyecto de art. 45 en la Conferencia sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, “gran número de Estados se vería en la imposibilidad de ratificar el Convenio y otros muchos tendrían que formular sus reservas”⁴⁸. Esto explica que la propuesta original de la CDI, que incorporaba en el propio cuerpo del Proyecto el acceso unilateral a la CIJ⁴⁹, ni siquiera fuera votada en la Conferencia sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, debido a la firme oposición de los Estados socialistas y afroasiáticos⁵⁰, desapego que motivó la sustitución de esta propuesta por otra que relegaba la competencia de la Corte a un Protocolo facultativo⁵¹.

Con estos antecedentes, no extraña que en 1963 la CDI se inhibiera a la hora de presentar cláusulas sobre arreglo de controversias en su *Proyecto de artículos sobre Relaciones Consulares*, a la espera de que los Estados solventaran tan delicada cuestión en la propia Conferencia⁵². De nuevo aquí el mismo panorama: cuando las propuestas que

⁴⁷ La propuesta del Protocolo facultativo logró aprobarse por 52-0-13 votos, *ibid.*, p. 55. Sin embargo, la cláusula del recurso a la CIJ no consiguió la mayoría necesaria de los 2/3 (33-29-18); *ibid.*, p. 33.

⁴⁸ *Vid.* la opinión del delegado español DE ERICE y O'SHEA, en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, Doc. Of.*, vol. II, 1961, p. 41. En el mismo sentido, las opiniones de TUNKIN (URSS), en la misma página, y JEZEK (Checoslovaquia), vol. I, p. 228; o también la del Sr. RAO (India), *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, Doc. Of.*, vol. I, 1963, p. 264.

⁴⁹ *Yearbook ILC*, 1958-II, párr. 105.

⁵⁰ Para ello adujeron motivaciones ideológicas, como las expuestas por TUNKIN, para quien “since only a few States had accepted the compulsory jurisdiction of the Court, it was obvious that acceptance of such jurisdiction could not be regarded as a rule of existing international law”; *Yearbook ILC*, 1958-I, p. 184, párs. 59-60; o técnicas, como las propuestas por ZOUREK, pues para este miembro el arreglo pacífico de controversias “was a separate problem which concerned the *application* of the international conventions and should not therefore be linked to the codification and progressive development of international law”; *ibid.*, p. 187, párs. 5-6.

⁵¹ La propuesta fue patrocinada por la República Árabe Unida, Irán, Italia y Polonia; *Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Relaciones ...*, *op. cit.*, vol. II, p. 46 (*Doc. A/CONF.20/C.1/L.316*, de 29 de marzo de 1961). Esta propuesta fue votada en el Comité Plenario, logrando ampliamente la mayoría de 2/3 (63-3-9), *ibid.*, vol. I, p. 45. Desde luego, la propuesta era aceptable como mera salida política a la cuestión del arreglo obligatorio de controversias ya que, como observó RUEGGER (Suiza), “the vote had produced an ambiguous situation, for the optional protocol had been approved by the States in favour of compulsory jurisdiction and by those opposing it”; *ibid.*, vol. I, párr. 36.

⁵² *Yearbook ILC*, 1961-II, párr. 92. Pues como apuntaba H. WALDOCK, “that recent experience at

apostaban por el recurso a la CIJ, a iniciativa de los Estados occidentales⁵³, no conseguían la mayoría de los 2/3 de los votos, entonces se sometía a votación la alternativa del grupo afroasiático de llevar el acceso a la CIJ a un Protocolo facultativo, aprobándose por abrumadora mayoría⁵⁴. Actualmente, esta modalidad de tratados que dejan la cláusula judicial relegada a un Protocolo de firma facultativa está superada, si bien muchos convenios codificadores buscan el mismo resultado, dado que insisten en su propio texto en la necesidad del consentimiento mutuo de las partes para someter un asunto a la CIJ.

En cualquier caso, el sistema del Protocolo facultativo presenta ventajas e inconvenientes. Desde luego, ha permitido que los convenios que acompañan los primeros sean el régimen convencional con mayor participación de Estados en número de ratificaciones; por el contrario, el limitado número de partes en los mencionados Protocolos – sobre todo si se compara con los convenios –, constituye la otra cara de la moneda⁵⁵. Pero incluso aquí se advierte un cambio de tendencia en los últimos años, ya que un nutrido grupo de Estados (entre los que se encuentra España) han consentido la jurisdicción de la

international conferences showed that no useful purpose would be served in recommending the insertion of a provision in the text of the draft itself”; *ibid.*, 1961-I, pp. 194–195.

⁵³ Como EEUU, que planteó el acceso unilateral a la CIJ si las partes no acordaban resolverla por otro medio; *vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, Doc. Of.* vol. II, 1963, p. 61 (*Doc. A/CONF.25/C.1/L.70*, de 8 de marzo); o de Suiza, que planteó una alternativa similar a la norteamericana y en la que también se podía recurrir a la CIJ mediante demanda, si las partes no lograran resolverla mediante arbitraje, pudiendo ser excluidos ambos procedimientos a través de una cláusula *opting out*; *ibid.*, p. 72 (*Doc. A/CONF.25/C.1/L.161*, de 25 de marzo de 1963).

⁵⁴ La propuesta conjunta del Protocolo fue adoptada por 79-0-3, *ibid.*, p. 92. Lo cierto es que el Primer Comité aprobó una propuesta que combinaba las presentadas por EEUU y por Suiza, y en la que se establecía el recurso unilateral a la CIJ acompañada de una cláusula *opting out*, que permitía a los Estados reservar dicha cláusula en el momento de la firma o la ratificación, *ibid.*, 259–260. Ahora bien, la imposibilidad de lograr los 2/3, unido al especial interés de un grupo de 20 Estados africanos y asiáticos (más España) de que se votara primero la propuesta del Protocolo, permitió a ésta lograr la mayoría necesaria; *ibid.*, pp. 87–92.

⁵⁵ A 31 de diciembre de 2003, eran 37 los Estados Partes en el Protocolo facultativo a los *Convenios sobre Derecho del Mar* de Ginebra de 1958 (por 51 en el *Convenio sobre Mar Territorial y Zona Contigua*, 62 en la *de Alta Mar*, y 37 en el *Convenio sobre Plataforma Continental*); UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, *op. cit.*, vol. II, 2003, pp. 257, 239, 245 y 251; 62 los Estados partes en el Protocolo al *Convenio sobre Relaciones Diplomáticas* (por 180 en el *Convenio*); 46 en el Protocolo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* (por 165 en el *Convenio*); y 32 los Estados Partes en el *Convenio de Naciones Unidas sobre Misiones Especiales*, mientras que la mitad (15) lo son en su Protocolo sobre arreglo de controversias, *ibid.*, vol. I, 2003, pp. 87, 102, 104, 115, 117 y 119. el contraste entre estos datos ha motivado que el sistema del Protocolo facultativo haya sido valorado negativamente por H. BRIGGS, quien habla del “mauvais exemple” dado por los *Convenios de Ginebra de 1958*; “The Optional Protocols ...”, *loc. cit.*, p. 641.

Corte a través de esta vía⁵⁶. Quizás algo ha podido influir el hecho de que esta vía se ha revelado últimamente muy eficaz, en especial la cláusula judicial del Art. I del Protocolo Facultativo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963, sobre la cual la Corte ha basado su jurisdicción en tres asuntos recientes⁵⁷. Tal es así que México aceptó el Protocolo Facultativo el 15 de marzo de 2002 para, meses más tarde – el 9 de enero de 2003 –, demandar a Estados Unidos ante la CIJ invocando como título de jurisdicción la referida cláusula⁵⁸.

2. El recurso a la jurisdicción de la CIJ a través de una declaración *ad hoc* de las partes (*opting in*)

Representativa del clima de desconfianza hacia la jurisdicción de la CIJ es la *Declaración de Manila* de 1982, en la que simplemente se recomienda a los Estados que tengan en cuenta su función como órgano judicial principal de NU, reiterando su idoneidad como procedimiento de arreglo para las controversias de orden jurídico, sin menoscabar la posibilidad que tienen de recurrir a otros tribunales⁵⁹. En este documento “si può vedere la codificazione del poco che gli stati del mondo avevano in comune in tema di soluzione

⁵⁶ El 4 de julio de 2001, España presentó su instrumento de adhesión al *Convenio de NU sobre Misiones Especiales* y Protocolo Facultativo sobre solución obligatoria de controversias de 1969, entrando en vigor ambos instrumentos el 30 de junio de ese año, *vid. BOE*, n. 159, de 4.7.2001, p. 23715. Este Convenio presenta un mayor equilibrio entre el número de participantes en la misma (32) y en el Protocolo facultativo sobre arreglo de controversias (15), ya que en los últimos años, además de España, Eslovaquia (en 1999) y Yugoslavia (2001) han aceptado la jurisdicción de la CIJ mediante el Protocolo; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, p. 119.

⁵⁷ *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay/EEUU)*; *LaGrand Case (Alemania/EEUU)* y *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico/EEUU)*.

⁵⁸ *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico/EEUU)*, *Application instituting proceedings*, p. 3, párs. 8–9.

⁵⁹ Con el fin de promover la jurisdicción obligatoria, algunos Estados occidentales trataron de incentivar el recurso a la vía consultiva, así como la inserción de cláusulas compromisorias en los acuerdos internacionales que concertasen los Estados. En este sentido, destacan las proposiciones de España (*Doc. A/33/33*, p. 55) y de Italia (*Doc. A/36/33*, pp. 93–94). Por contra, los Estados socialistas y en vías de desarrollo mostraron su desconfianza hacia la CIJ, como bien refleja la propuesta de China (*Doc. A/36/33*, p. 95).

delle controversie nell'epoca del bipolarismo e del terzomondismo militante"⁶⁰, circunstancia que ha tenido reflejo en un importante número de convenios codificadores concluidos durante esa época, en cuyas cláusulas no se incentiva precisamente el recurso a la CIJ. Principalmente, esta desconfianza se traduce en la exigencia del consentimiento expreso de las partes o, lo que es peor, en la ausencia de cualquier referencia en el convenio a la posibilidad de acudir a la CIJ. Este último es el caso de la *Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales* de 1975, cuyo sistema de arreglo de controversias se presenta huérfano de procedimientos jurisdiccionales y donde el mayor compromiso viene representado por la conciliación "obligatoria" (art. 85)⁶¹.

Aun disponiendo de cláusulas compromisorias en su mismo texto, hay convenios que contemplan la sumisión a la CIJ pero dejando claro que la controversia habrá de ser introducida mediante acuerdo entre las partes, por lo que en puridad no se trata de auténticas cláusulas compromisorias. En ellos se establece que, al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o acceder a la Convención o en cualquier momento posterior, los Estados pueden elegir mediante declaración escrita uno o varios de los procedimientos que en ellos se contemple, entre ellos la Corte. Este esquema se repite en las *Convenciones sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, en cuyos textos el acceso obligatorio a la conciliación (art. 43) se combina con la posibilidad que tienen las partes de acudir, si así lo convienen, a la jurisdicción de la CIJ (o, alternativamente, al arbitraje). Afirmando lo obvio, tanto la Convención de 1978 como la de 1983 establecen (arts. 44 y 45, respectivamente) que, si se suscita una

⁶⁰ TREVES, T., *Le Controversie ...*, op. cit., pp. 8-9.

⁶¹ Sin embargo, no debemos obviar que la Convención de 1975 contempla una posibilidad innovadora (y algo alambicada) de acceso a la CIJ en *via consultiva* pues, cuando una de las partes en la controversia sea una Organización Internacional, la comisión de conciliación podrá recomendar a ésta última – si la Carta le autoriza para ello –, que solicite un dictamen a la CIJ relativo a la interpretación o aplicación de la Convención. En cualquier caso, esta iniciativa no corresponde a las partes, sino a la propia comisión de conciliación.

controversia las partes podrán, de común acuerdo, convenir en someter la controversia a la CIJ, a arbitraje, o a cualquier otro procedimiento apropiado para el arreglo de controversias. Que este sistema de arreglo *opting in* no es satisfactorio queda claro⁶², ni tampoco parece más estimulante que el de los Protocolos facultativos. El resultado viene a ser el mismo, por cuanto la propia Convención de 1978 no obliga a someter las controversias a la CIJ, pero las consecuencias prácticas de uno y otro modelo sí son diferentes: en el sistema *opting in* existen otras disposiciones de arreglo en la misma Convención, inexistentes en el primero, lo que quizás conlleva que sea menor el número de Estados, en relación con los que lo hacen en virtud de los Protocolos, los que declaren reconocer la jurisdicción obligatoria de la CIJ⁶³.

El sistema de jurisdicción opcional preconizado por ambas Convenciones ha sido retomado en los años noventa por los convenios codificadores auspiciados por las NU en materia de medio ambiente⁶⁴ y de desarme⁶⁵, y respecto a los convenios promovidos por la CDI, en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuyo mecanismo de arreglo de controversias no sólo hace depender la competencia de la CIJ del común acuerdo de las partes, sino que además impone un requisito previo: la experimentación preceptiva de un procedimiento de determinación de los hechos⁶⁶. Para

⁶² El sistema previsto en la Convención de 1978 (la única de las dos que está en vigor) ha sido valorado por J.A. PASTOR RIDRUEJO quien ha manifestado que “los Estados se han mostrado una vez más celosos guardianes de su soberanía, y el sistema establecido (Parte VI, arts. 41 a 45) no es satisfactorio desde un punto de vista ideal”; *Curso ...*, *op. cit.*, p. 304.

⁶³ Por lo que se refiere a la Convención de 1978, en diciembre de 2003 eran 15 Estados los que habían ratificado la misma y, por tanto, *ratione personae*, sólo a ese número se podría demandar mediante la cláusula judicial, siempre que los Estados acepten el recurso a esta vía.

⁶⁴ En efecto, los convenios dedicados a la protección internacional del medio ambiente dejan la intervención de la CIJ para las controversias a que de lugar su interpretación o aplicación a una manifestación adicional de las partes en el momento de la ratificación, aceptación o en un momento posterior. Así lo hacen la *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* de 1992 (art.14.2 a), el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (art. 27.3 b) y la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África*, de 1994 (art. 28.2 b).

⁶⁵ Como la *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción* de 1993 (art. XIV.2) y el *Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares* de 1996 (art. VI.2).

⁶⁶ Su exigencia como intermedio preceptivo a la vía jurisdiccional fue el común denominador en varias de las

que se pueda activar la jurisdicción de la CIJ, el art. 33 c) del *Convenio marco* de 1997 requiere el transcurso de un año desde la incoación unilateral de la determinación de los hechos, o seis meses, desde la emisión del informe de la comisión, según cuál de estos plazos se cumpla después. Aunque este texto convencional no se encuentra en vigor, la sumisión de una controversia a la CIJ sobre la base de su art. 33 c) se nos antoja complicada puesto que, amén de contar con Estados entusiastas con la jurisdicción de la CIJ⁶⁷ – lo que ha sucedido, pese a no ser muy habitual en este terreno, en el asunto del *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungria/Eslavaquia)*⁶⁸ –, deberá salvar el escollo procesal de un procedimiento previo de determinación de los hechos, condición que es probable que haga valer la parte que quiera excepcionar la competencia de la Corte.

Por último, el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, adoptado en Roma el 18 de julio de 1998, contiene una cláusula de arreglo *sui generis* que incentiva el acceso a la competencia a la CIJ para realizar una interpretación auténtica del tratado, si bien debe estar fundamentada en una base consensual. Así, entre sus cláusulas finales, el párrafo 2 del art. 119 establece que cualquier controversia entre dos o más Estados Partes relativa a la interpretación o aplicación del Estatuto no resuelta en tres meses a través de negociaciones, será remitida para su arreglo a la Asamblea de Estados Partes. Este órgano, creado *ex novo* por el Estatuto, podrá resolver directamente la controversia o recomendar el recurso a otros medios de arreglo, incluido el acceso a la CIJ de conformidad con su Estatuto. Desde luego,

propuestas presentadas en la Sexta Comisión durante 1996. Así, a iniciativa de Siria y Suiza, se establecía la obligatoriedad de acudir a la determinación de los hechos, cuyo fracaso conduciría a un arbitraje facultativo y, de no haber acuerdo, cualquiera de las partes podría acudir a la CIJ, (*Doc. A/C.6/51/NUW/WG/CR. 1996*, p. 49). Una alternativa similar fue presentada por Finlandia, Grecia e Italia, en la que si no había acuerdo jurisdiccional se podría iniciar una conciliación obligatoria (*ibid.*, p. 71).

⁶⁷ A fecha de 31 de diciembre de 2003, sólo uno de los Estados contratantes (Hungria) ha aceptado la invitación de sumisión a la jurisdicción prevista en el art. 33 c); UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, 2003, vol. II p. 465.

⁶⁸ ICJ, *Reports 1997*, p. 7. Como ha señalado B. DE CHAZOURNES “the dispute over *Gabcikovo-Nagymaros* project concerning the erection of two dams on a portion of the Danube shared by Czechoslovakia and Hungary, is a noticeable, albeit special case. The resort to diplomatic means for resolving disputes seems to be more attractive to states”; “The Role of Diplomatic Means of Solving Water Disputes: A Special Emphasis on Institutional Mechanisms”, en *Resolution of International ...*, *op. cit.*, 91–110, p. 108.

ante una controversia relativa a la interpretación o aplicación del Estatuto de la Corte Penal nada impediría a dicha Asamblea recomendar el recurso a la CIJ⁶⁹, incluso si el plazo de tres meses dado a las negociaciones no ha expirado⁷⁰. De optar por la recomendación, se trataría de un modo peculiar de incentivar la competencia de la CIJ, si bien en dicha facultad no debiera verse en ningún caso una base de jurisdicción de la Corte conforme al art. 36.1 de su Estatuto, pues ni siquiera el art. 36.3 de la Carta de las NU hace obligatoria la jurisdicción de la Corte cuando el CS – y por analogía la AG –, simplemente “recomienda” que una controversia de orden jurídico sea sometida a dicho órgano⁷¹.

3. El recurso a la CIJ, *en segunda instancia*, condicionado a la experimentación preceptiva de otro procedimiento, con posibilidad de exclusión o reserva (*opting out*)

Desde una perspectiva realista, exigir que en todos los tratados se incluyan cláusulas judiciales que permitan el recurso a la Corte de manera automática y obligatoria puede llevar a que no sean ratificados por los Estados que quieran permanecer dueños de la situación. Tal actitud es la que ha llevado a un nutrido grupo de convenios a subordinar el recurso a la CIJ al fracaso de ciertos métodos políticos que deben utilizarse con carácter previo o, lo que es lo mismo, prever su recurso *en segunda instancia*. Como destacó el *IDI* en 1956, esta solución encierra varios problemas de importancia, como la dificultad de constatar el fracaso del medio diplomático cuando se hace referencia a un “plazo prudencial”, o no se menciona plazo alguno, conceptos que sólo la CIJ podría interpretar

⁶⁹ *Vid.* HIGGINS, R., “The Relationship between the International Criminal Court and the International Court of Justice”, en VON HEBEL, H.A.M., LAMMERS, J.G., y SCHUKKING, J., (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in honour of Adrian Bos*, La Haye, 2000, 120–169, p. 164.

⁷⁰ Pues “n’existe ni dans la Charte, ni ailleurs en Droit international, de règle générale selon laquelle l’épuisement des négociations diplomatiques serait un préalable à la saisine de la Cour et qu’un tel préalable n’avait pas été incorporé dans le Statut de la CPII, contrairement à ce qu’avait proposé le Comité consultatif de juristes en 1920”; CIJ, *Recueil 1998*, p. 303, par. 57.

⁷¹ *Vid.* PELLET, A., “Settlement of Disputes”, en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, R.W.D., (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, vol. II, Oxford, 2002, 1841–1848, pp. 1847–1848.

como dueña de su propia competencia⁷². Así, a sugerencia del *IDI* se aprobó una resolución de 17 de abril de 1956 en la que se indicaba en qué condiciones el fracaso del procedimiento de conciliación autorizaba a cualquiera de las partes a acudir a la CIJ⁷³. Esta propuesta quedó plasmada en los Protocolos facultativos a los *Convenios de Ginebra sobre Derecho del Mar* de 1958, los de *Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 1961, y *Relaciones Consulares*, de 1963, y el de *Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* de 1969, en los que a la jurisdicción de la CIJ se puede acceder en primera o en segunda instancia. En el primer caso, mediante demanda unilateral de cualquiera de las partes; en el segundo, cuando las recomendaciones de una comisión de conciliación no fueran aceptadas por las partes en la controversia en un plazo de dos meses, en cuyo caso quedaría expedita la vía judicial en segunda instancia para cualquiera de ellas. Propuestas similares fueron rechazadas en otros procesos codificadores, como el de la Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales⁷⁴, o el relativo al Derecho del Espacio Ultraterrestre⁷⁵.

El acceso a la CIJ en segunda instancia también ha sido utilizada cuando el método previo a experimentar es de carácter jurisdiccional. Es el caso del art. 13 párrafo 1 de la *Convención sobre la Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973, el cual prevé la sumisión a arbitraje para las

⁷² Vid. "L'élaboration d'une clause-modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de justice"; *Annuaire IDI*, vol. 46 (1956), Sesión de Granada, p. 359.

⁷³ La propuesta del *IDI* fue del tenor siguiente: "If the Convention contains a provision for the submission to a procedure of conciliation of disputes relating to its interpretation or application, the jurisdictional clause set forth in Art. I should be supplemented by a clause indicating under what conditions and after what period of time the failure of the conciliation procedure entitles any party to the dispute to submit it to the International Court of Justice"; *ibid.*, pp. 360-362. Esta propuesta del *IDI* tuvo su reflejo en el Proyecto de art. 73 de la CDI sobre Plataforma Continental de 1956; *vid. Yearbook ILC* (1956-II), p. 300, así como también en el Proyecto de art. 45 sobre Relaciones e Inmunities Diplomáticas de 1958; *ibid.*, 1958-II, p. 105.

⁷⁴ Vid. propuesta de los Países Bajos y Suecia en la que intentaban introducir un nuevo art. 82 *bis*, la cual fue rechazada por 31-26-13; *Doc. A/CONF.67/C.1/L.147*.

⁷⁵ Diversas propuestas fueron presentadas a la Subcomisión Jurídica encargada de elaborar el *Convenio sobre Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales*, en las que se preveía un recurso unilateral a la CIJ; *vid. las propuestas de las delegaciones de Austria (Doc. A/AC.105/C.2/SR.79, p. 7); Reino Unido (Doc. A/AC.105/C.2/SR.90-91, p. 167); Canadá (ibid., p. 171) y Australia (Doc. A/AC.105/C.2/SR.122, pp. 139-140).*

controversias que se originen en relación con la Convención (de no resolverla mediante negociaciones), si bien no es el arbitraje el procedimiento que sale reforzado en este texto convencional el cual no prevé mecanismo alguno que facilite la constitución del órgano arbitral cuando las partes no cooperan; al contrario, en este supuesto es el recurso a la Corte lo que promueve la Convención al establecer que, si en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de arbitraje, las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia ante la CIJ mediante solicitud conforme a su Estatuto (art. 13.1).

Este modelo de acceso a la CIJ condicionado al previo fracaso del arbitraje también ha tenido encaje en otros procesos codificadores auspiciados por NU, como los relativos a la regulación del Espacio Aéreo⁷⁶, a la lucha contra el terrorismo internacional⁷⁷ y a la protección de los derechos humanos⁷⁸; y en forma de propuesta, en el *Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados* presentado a la AG por su Comité especial en 2004, donde la cláusula de sumisión automática a la CIJ sólo puede hacerse operativa si las partes no logran ponerse de acuerdo en la organización del arbitraje⁷⁹. Por tanto, sería suficiente que una de las partes no

⁷⁶ Así lo prevé el *Convenio sobre Infracciones y Otros Actos cometidos a Bordo de Aeronaves* de 1963 (art.24.1), el *Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves* de 1970 (art. 12.1) y el *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil Internacional* de 1971 (art. 14.1).

⁷⁷ Es el caso del *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas* de 1997 (art. 20.1) y del *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999 (art. 24.1).

⁷⁸ La cláusula que condiciona el acceso obligatorio a la CIJ al fracaso del arbitraje en un plazo de seis meses se prevé en la *Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984 (art. 30.1), en la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979 (art. 29.1) y en la *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes* de 1979 (art. 16.1).

⁷⁹ El art. 27 del Proyecto de Convención dispone en su párrafo 2 lo siguiente: “Si, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Partes no pudieran ponerse de acuerdo acerca de la organización del arbitraje, cualquiera de ellos podrá llevar la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”; *vid. Doc. A/59/22*, de 2004, p. 15. El Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión sobre este tema también propuso el acceso automático a la CIJ, pero únicamente tras el fracaso de previas negociaciones, *Doc. A/C.6/47/L.10*, p. 25. Una propuesta idéntica fue planteada años atrás con ocasión del proceso codificador relativo a la “cláusula de la nación más favorecida” (*Doc. A/CN.4/L.270*), si bien no fue incorporada al proyecto definitivamente adoptado por la CDI; *vid. Anuario CDI*, 1978-II (2ª parte), p. 68.

quisiera cooperar en la organización del procedimiento para que la vía de la CIJ quedara expedita, convirtiéndose así en el procedimiento que cierra el sistema de arreglo. Por su parte, un sistema parecido de acceso a la CIJ en segunda instancia es el que establecen los convenios concluidos durante la década de los años cincuenta y sesenta. Es el caso de las *Convenciones sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951, y su *Protocolo Facultativo* de 1967, *sobre el Estatuto de los Apátridas* de 1954, y de la *Convención sobre la Reducción de la Apatridia* de 1961⁸⁰, en cuyos sistemas de arreglo se dispone que, toda controversia referente a la interpretación o aplicación de sus disposiciones que “no pueda resolverse por otros medios”, podrá ser sometida a la Corte de La Haya por cualquiera de las partes en la controversia (sin señalar plazo expreso para ello)⁸¹, fórmula que también fue acogida en los convenios sobre protección de los derechos humanos concluidos por las NU durante esos años⁸².

No obstante, conviene subrayar que en algunos de estos textos convencionales el acceso a la jurisdicción de la CIJ puede quedar mediatizado por las reservas. Así sucede en el caso de la *Convención sobre la Prevención y Castigo de los Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas* de 1975, cuyo art. 13 párrafo 2 permite expresamente a los Estados formular la reserva al arbitraje obligatorio, y el eventual ante la CIJ, declarando que no se consideran obligados por el sistema del párrafo 1 de dicho precepto. Incluso, a la reserva jurisdiccional se le otorga un efecto extensivo, pues los demás Estados no estarán obligados por el mecanismo de arreglo del párrafo 1 ante ningún Estado parte que haya formulado tal reserva⁸³, siendo ilustrativo que sea la reserva jurisdiccional la única

⁸⁰ En vigor desde el 13 de diciembre de 1975, UN, *Treaty Series*, vol. 989, p. 175.

⁸¹ Arts. 38, IV, 33 y 14, respectivamente. El art. 14 de la *Convención sobre la Apatridia* de 1961 fue adoptado en la Conferencia diplomática (*Doc. A/CONF.9/15*, de 29 agosto de 1961), si bien la CDI previamente había aprobado su inserción en el proyecto de artículos por 9-2-1; *Yearbook ILC*, 1953-II, p. 329.

⁸² Como la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* de 1965 (art. 22), el *Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer* de 1952 (art. IX) y la *Convención Suplementaria al Convenio sobre Abolición de la Esclavitud* de 1956 (art. 10).

⁸³ Este efecto extensivo de la reserva jurisdiccional también ha sido previsto en la *Convención Internacional contra la Toma de Rehenes* de 1979 (art. 16.2), la *Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos*

permitida por la Convención de 1973⁸⁴. En cambio, nos es grato decir que, entre las reservas que están expresamente prohibidas por las *Convenciones sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 1951, de su *Protocolo Facultativo*, de 1967, y *sobre el Estatuto de los Apátridas*, de 1954, figura la formulada a la cláusula de acceso unilateral a la jurisdicción de la CIJ (arts. 42, VII y 38, respectivamente); mientras que, en el caso de la *Convención sobre la Reducción de la Apatridia* de 1961, la posibilidad de excluir la jurisdicción de la CIJ es admitida en su art. 17, aunque son pocos los Estados que han hecho uso de esta facultad⁸⁵.

II. Modelos que prevén el recurso obligatorio y automático a la CIJ para sus disposiciones más controvertidas: el control judicial sobre las normas imperativas de DI como elemento de desarrollo progresivo

Son relativamente pocos los convenios codificadores que establecen la jurisdicción obligatoria de la CIJ que no mencionan la posibilidad de su reserva o, incluso, la prohíben expresamente. No obstante, es usual que la competencia obligatoria de la CIJ quede limitada a determinadas materias o conceptos que, por su relevancia para los intereses de la CI en su conjunto, aconsejen un control jurisdiccional sobre su interpretación o aplicación. El supuesto más importante en este sentido viene dado por el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 que establece (en última instancia), la intervención

o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (art. 30.2), la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979 (art. 29.2), el *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas* de 1997 (art. 20.1) y en el *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999 (art. 24.2).

⁸⁴ Posibilidad que también recoge el art. 27.3 del Proyecto de *Convenio de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes*.

⁸⁵ A decir verdad, de los 26 Estados partes a finales de 2003, sólo Níger y Túnez han formulado un reserva de este tipo (si bien Francia subordina el recurso a la CIJ a la circunstancia de que otros Estados acepten dicha sumisión sometida a las mismas reservas formuladas por Francia y siempre que entre ellos no exista un tratado que prevea otro método); UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, pp. 364.

obligatoria de la CIJ en vía contenciosa para la solución de las controversias más conflictivas (las de su Parte V), es decir, las relativas a la posible nulidad, terminación o suspensión de un tratado por ser contrario a una norma de *ius cogens*, ya en vigor en el momento de la celebración de aquél o formada posteriormente (art. 66 a). Esta previsión se ha repetido en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986, cuyo art. 66.2 también dispone el recurso a la CIJ para las controversias relativas a la incompatibilidad del tratado con una norma de *ius cogens* (arts. 53 y 64), ahora por la *vía consultiva*, dado que las Organizaciones Internacionales no disfrutaban de *ius standi* ante la Corte, opinión que las partes se comprometen a aceptar como obligatoria (art. 66.2 e). Además, entre sus virtudes destaca que, desde un punto de vista técnico, se trata de cláusulas judiciales “limpias”, en cuya redacción se ha empleado la precisión necesaria para evitar toda incertidumbre en cuanto al derecho de cada Estado, o de una Organización Internacional autorizada para ello, de presentar demanda unilateral ante la CIJ⁸⁶.

Por otra parte, el control jurisdiccional sobre la violación de las normas imperativas del DI se ha planteado – de momento sin éxito –, en la codificación de la responsabilidad de los Estados, pues dicha noción guarda una estrecha relación con otra, también abstracta y general, que figura en el art. 40 del Proyecto adoptado por la CDI en 2001 como la *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de DI General*, que sustituye en el Proyecto, no lo olvidemos, de la noción de “crimen internacional”⁸⁷.

⁸⁶ CASADO RAIGÓN, R., *La jurisdicción contenciosa ...*, *op. cit.*, p. 77, n. 62. Para evitar la incertidumbre, lo importante en una cláusula jurisdiccional, como señaló S. BASTID, es indicar “le pouvoir appartenant à l’un des Etats en cause de saisir unilatéralement la Cour de l’ensemble du litige”; “L’élaboration d’une clause-modèle de compétence ...”; *Annuaire IDI*, vol. 45-I (1954), p. 362.

⁸⁷ En este sentido, es obligado recordar el precedente de la cláusula de sumisión obligatoria a la jurisdicción de la CIJ contenida en el art. IX de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948, prevista para las controversias relativas a la responsabilidad de un Estado por su participación en un genocidio.

1. El control de la CIJ sobre el *ius cogens* en vía contenciosa y consultiva: *los Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986*

Si el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969 ha previsto que las controversias originadas por la presunta oposición de una norma de *ius cogens* con un tratado deben quedar bajo el control judicial de la CIJ, desde luego el mérito de tal mecanismo de arreglo no debe reconocerse a la CDI. En efecto, el órgano codificador no sólo se abstuvo de presentar propuesta alguna referida a procedimientos de arreglo vinculantes, en caso de que una parte quisiera dar por finalizado su vínculo convencional con otra⁸⁸, sino que incluso pasó por alto la posibilidad de que las partes no llegaran a un acuerdo después de haber agotado los medios del art. 33 de la Carta⁸⁹. Esta inhibición de la CDI, producto del previo fracaso de sus propuestas sobre arreglo jurisdiccional en las Conferencias de Ginebra y Viena, propició que la cuestión del “arreglo de controversias” quedara remitida a la Conferencia Diplomática. Ahora bien, en esta ocasión la cuestión estaría centrada en las controversias relativas a la Parte V del Convenio⁹⁰ y, de manera especial, en el reconocimiento de la competencia de la CIJ como contrapartida a la

⁸⁸ En efecto, el Proyecto de art. 62.3 presentado en 1966 por la CDI sólo establecía que, en tal supuesto, las partes intentarían resolver la controversia por los medios del art. 33 de la Carta; *vid.* la propuesta del Ponente y el debate entre los miembros de la CDI en *Yearbook ILC*, 1963-I, pp. 167–182, 278–280 (debate sobre art. 25); *ibid.*, 1966-I, pp. 3–8, 148–151, 157–159. El Ponente H. WALDOCK, al proyectar un artículo sobre este tema, encontró resistencia interna en varios de sus miembros y, desde luego, externa en la de muchos Estados en cuanto la idea de aceptar la decisión obligatoria de la CIJ. En vista de ello, estimó que lo único posible era disponer un procedimiento de notificación y objeción (art. 65), que debería iniciar la parte que alegue una causa, indicando, además, la medida que se propone adoptar con respecto al tratado y las razones en que se funda; *ibid.*, 1963-I, p. 167, párs. 68–70.

⁸⁹ Pues, para esta situación, estableció que “it would be for each Government to appreciate the situation and to act as good faith demands”; *Yearbook ILC*, 1966-II, p. 263. Cuando el Proyecto de artículos sobre Derecho de los Tratados de 1966 fue sometido a las observaciones de los Estados, un buen grupo de ellos (Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos) mostró su preocupación debido a la ausencia de procedimientos de arreglo vinculantes para las controversias que surgieran de su aplicación; *ibid.*, pp. 279–361.

⁹⁰ El *Convenio de Viena* de 1969 no concibe un sistema de arreglo de controversias aplicable respecto de todas sus disposiciones. Sólo la delegación de Suiza mostró interés por esta opción, mediante la inserción de un nuevo art. 76 en el que el recurso a la CIJ se preveía para la totalidad de las disposiciones de la futura Convención; *vid. Docs. A/CONF.39/C.1/L.250 y A/CONF.39/L.33*. Esta propuesta no obtuvo la mayoría requerida (2/3), al ser finalmente rechazada por 41-36-27; la propuesta se contiene en el *Doc.*, A/CONF.39/SR.29, pp. 8 y 17.

inclusión en el Convenio de 1969 de ciertas causas de nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, como condición exigida por los países occidentales para aceptar el régimen relativo a dichas causas en relación con el *ius cogens*⁹¹. Por el contrario, los Estados socialistas se oponían a instaurar cualquier mecanismo de jurisdicción obligatoria, posición que encontró el apoyo de un gran número de Estados afroasiáticos e hispanoamericanos⁹², lo que hizo necesario que durante la Conferencia se presentaran varias enmiendas con el fin de salvarla de su *impasse*. Así las cosas, un grupo de diecinueve Estados presentó un proyecto de art. 62 *bis* estructurado en tres etapas, a saber: en caso de no arreglar la controversia por cualesquiera medios elegidos por las partes en doce meses, se podría activar un procedimiento obligatorio de conciliación y, de no lograr un acuerdo seis meses después del informe de la comisión, se podría someter la controversia a un arbitraje *ad hoc*⁹³. El control de la aplicación de los artículos referentes al *ius cogens* puso de manifiesto una doble alternativa: o bien se definía el *ius cogens* o bien debía intervenir un tercero imparcial que determinara las bases jurídicas de esta noción con el fin de evitar las posibles arbitrariedades de las partes⁹⁴. Pese a la necesidad de llegar a un acuerdo, la propuesta del art. 62 *bis* no logró obtener en el Pleno de la Conferencia la

⁹¹ En este sentido puede verse las opiniones del delegado belga DEVADDER y del irlandés HAYES; *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Doc. Of.*, pp. 477 y 484, respectivamente.

⁹² La posición de este grupo se puede expresar en la intervención del delegado soviético KHLESTOV, en la Conferencia al afirmar que: “En el Derecho internacional contemporáneo, la obligación principal es, por tanto, resolver pacíficamente las controversias, pero los modos de arreglo los eligen libremente los Estados”, negándose con ello a que se estableciera un procedimiento obligatorio y señalando, en relación con lo que sería el futuro Convenio de Viena que “el Derecho de los tratados existe y ha existido *sin jurisdicción obligatoria*”; *ibid.*, p. 454, párs. 55 y 57. La cursiva es nuestra.

⁹³ *Doc. A/CONF.39/C.1/L.352/Rev.3*. Si para alguna delegación, como la República Centroafricana, el sistema del nuevo art. 62 *bis* tenía la virtud de no hacer referencia a la CIJ, *vid. Conferencia de las Naciones Unidas, ... op. cit., Primer período, 1968, Doc. A/CONF.39/C.1/SR.69*, p. 12; para otras, la cuestión del *ius cogens* requería garantías más sólidas como el recurso a la Corte de La Haya. En particular, Japón observó “que las cuestiones relacionadas con el *ius cogens* afectan a toda la Comunidad Internacional de naciones y sólo la Corte Internacional de Justicia puede decidir de manera autorizada si una disposición de un tratado está en oposición con una norma de Derecho internacional general y si esta regla debe ser considerada como una norma imperativa”, *Doc. A/CONF.39/11*, p. 438. Con el mismo entusiasmo en favor del recurso a la CIJ para el *ius cogens* se mostraron las delegaciones del Reino Unido, *ibid.*, pp. 9–10; Turquía, *ibid.*, p. 16; Suiza, *ibid.*, p. 5, y Chile, *ibid.*, p. 10. Con más cautela se mostró Italia, *ibid.*, p. 467, párr. 65.

⁹⁴ MAREK, C., “Contribution à l'étude du jus cogens en Droit international”, *Recueil d'Études ...*, *op. cit.*, 426–459, pp. 458–459. Entre nosotros, puede verse también CASADO RAIGÓN, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, Córdoba, 1991 (reimpresión en 1999), pp. 46–64.

mayoría de 2/3 de los votos⁹⁵. Llegados a este punto, y para evitar el fracaso de la Conferencia, *in extremis* se consiguió adoptar el sistema de arreglo que finalmente recogería el art. 66 del Convenio de 1969, a través de una fórmula que establecía el control jurisdiccional del *ius cogens* para las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los arts. 53 y 64 de la Parte V, mediante el recurso automático a la CIJ – si las partes no lograban solucionarla en un año por los medios del art. 33 de la Carta de NU –, vía que podrá sustituirse por el arbitraje facultativo, por lo que si una de ellas persiste en que la Corte de La Haya es la vía más idónea, será este órgano el que conozca de la controversia⁹⁶.

Desde el punto de vista valorativo, el control judicial al que se somete el tratado que pueda estar en oposición a una norma imperativa de DI es, en nuestra opinión, un acierto del Convenio de Viena de 1969, pese a que algún Estado occidental -y también perteneciente a la UE, como Francia, haya aducido que la vaga definición que contienen los arts. 53 y 64 de ese tipo de normas podría conferir a la CIJ el poder, no sólo de interpretar el derecho, sino también de crearlo⁹⁷. Pero quizás precisamente por la ambigüedad intrínseca de la noción, un control de la CIJ es la mayor garantía de la interpretación y aplicación de los arts. 53 y 64 del Convenio⁹⁸.

Desde luego, la objetivación jurisdiccional del *ius cogens* constituye un caso de desarrollo progresivo en el terreno de la solución de controversias, pues lo habitual en el ámbito del proceso codificador es justamente lo contrario: que la codificación de las

⁹⁵ Fue rechazada por un estrecho margen (62-37-10), y sólo cuatro votos impidieron que se adoptara la fórmula del arbitraje obligatorio; *Doc. A/CONF.39/SR.27*, p. 8.

⁹⁶ *Doc. A/CONF.39/SR.34*, de 21 de mayo de 1969, p. 26, que sí logró concitar el voto afirmativo de los 2/3 de los Estados presentes (61-20-26), puede verse en *Doc. A/CONF.39/L.47/Rev.1*. El texto del art. 66 de la Convención de 1969 se contiene en el *Doc. A/CONF.39/26*, de 23 de mayo de 1969, Acta Final de la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados.

⁹⁷ A este respecto, puede verse la explicación del voto de Francia en la Conferencia en DELEAU, O., “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, *AFDI*, vol. XV (1969), 7-23, p. 21.

⁹⁸ En este sentido, el representante del Reino Unido en la Conferencia subrayó que “dejar que la identificación, definición y aplicación de las normas imperativas dependan de los intereses de las respectivas partes interesadas, significaría un retorno al caos, no un progreso hacia el derecho y la justicia (...) Las controversias relacionadas con los arts. 53 y 64 [...] deben solucionarse en el plano judicial más elevado del mundo”; *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados, Doc. Of., Primer periodo de sesiones, 71ª sesión plenaria*, 1968, p. 462.

normas sustantivas llegue mucho más lejos que las instituciones procesales⁹⁹. Este éxito “normativo”, que se ha reflejado también, como veremos *infra*, en el juego de las declaraciones, reservas y objeciones a las mismas, no ha tenido en cambio su traslación en la operatividad de la cláusula judicial, pues hasta ahora la CIJ no ha reconocido su jurisdicción sobre la base del art. 66 a) del Convenio de 1969. Esta circunstancia no ha impedido que la objetivación judicial del *ius cogens* de nuevo se haya recogido en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales* de 1986¹⁰⁰, si bien la transposición de las disposiciones del Convenio de 1969 al de 1986 encontró dificultades derivadas de la imposibilidad de participar una Organización Internacional en un procedimiento contencioso ante la CIJ. Para este supuesto, la CDI concibió un sistema de arreglo escalonado en dos etapas en el que, fracasada la primera fase de conciliación, cualquiera de las partes podría acudir a la CIJ para que ésta pudiera emitir una opinión consultiva que las mismas asumirían como obligatoria¹⁰¹, sistema que ha pasado al texto definitivo del art. 66.4 del Convenio¹⁰². Así, para las controversias originadas por la alegación de una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado relativas al *ius cogens* (arts. 53 y 64) entre dos o más Organizaciones Internacionales, cualquiera de ellas podría solicitar, como primera opción, un dictamen a la CIJ¹⁰³ que las

⁹⁹ Lo importante de este resultado, ha escrito R.-J. DUPUY, es que presenta un gran interés “non seulement celui de démontrer, une fois de plus, les difficultés aux-quelles se heurtent toute proposition de juridiction ou arbitrage obligatoire, mais encore celui, plus spécifique, de mettre en évidence la différence de rythme, selon lequel se développe, dans la société internationale, la fonction normative et l’action du juge ou de l’arbitre”; “Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement», *AFDI*, vol. XV (1969), pp. 70–91, p. 74.

¹⁰⁰ Pues para la CDI las motivaciones que llevaron en 1969 a adoptar una cláusula sobre arreglo de controversias continuaban siendo válidas en 1986; *vid. Anuario CDI*, 1982-II (2ª parte), p. 69.

¹⁰¹ A propuesta del Ponente P. REUTER, *Anuario CDI*, 1980-I, p. 213, párs. 65–69. Esta previsión fue recogida en el Proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la Comisión, *Anuario CDI*, 1980-II (2ª parte), pp. 63 y ss. Sin embargo, en la segunda lectura del proyecto, la CDI propuso un cambio respecto a dicho sistema, pues ahora las controversias de la Parte V relativas al *ius cogens* quedarían sometidas de forma unilateral al arbitraje (procedimiento al que las Organizaciones Internacionales sí tienen acceso), mientras que para las restantes se mantenía la conciliación obligatoria; *vid.* la propuesta en *Doc. A/CN.4/353*, cuyo contenido figura en el *Anuario CDI*, 1982-II (1ª parte), p. 14.

¹⁰² Este sistema se incorporó en la enmienda patrocinada por *ocho Estados* y obtuvo en la Conferencia la mayoría requerida de 2/3 (38-25-22); *Doc. A/CONF.129/C.1/SR.29*, de 1986, pp. 3–4.

¹⁰³ A expensas, como sabemos, del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 96 de la Carta de NU.

partes asumirían como “obligatorio y decisivo” conforme al apartado e) del art. 66.2¹⁰⁴; y, de no prosperar la petición, cualquiera de las partes podría acudir a un procedimiento arbitral como segunda alternativa.

La citada cláusula del art. 66.2 b) del Convenio de 1986 permite a una Organización Internacional utilizar la vía consultiva ante la CIJ para dirimir una controversia relativa al *ius cogens* de la que también sea parte un Estado. Ahora bien, esa Organización puede ser las NU – en caso de que este sea el camino elegido por el Estado parte en la controversia, y siempre que cumpla con los requisitos exigidos por el apartado b) –, u otra Organización Internacional que, siendo parte en la controversia, esté capacitada para acudir a la vía consultiva¹⁰⁵. Sin duda, la cláusula judicial del art. 66.2 constituye un elemento de desarrollo progresivo, pues a través de la misma no sólo se obtiene un resultado vinculante (utilizando la vía consultiva como una vía equivalente a la contenciosa)¹⁰⁶, sino también se trata de mitigar la ausencia de *ius standi* que las Organizaciones Internacionales tienen ante

Sobre el particular puede verse ESPÓSITO, C.D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1996, pp. 61–80 y 153–160.

¹⁰⁴ En el cual se establece que “la opinión consultiva que se emita de conformidad con los apartados b), c) o d) será aceptada como decisiva por todas las partes en la controversia de que se trate”. Este párrafo debe inscribirse en un marco bien determinado pues sus disposiciones entran en juego siempre y cuando no se haya llegado a ninguna solución – por los medios del art. 33 de la Carta de las NU en el plazo de doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción (art. 66.1) –, entre el Estado objetante y aquel Estado que pretenda la nulidad o terminación de un tratado, retirarse de él o la suspensión de su aplicación. Respecto a la solicitud de opiniones consultivas y el carácter decisivo que el Convenio prevé para ellas véase GAJA, G., “A ‘New’ Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: a critical commentary”, *BYIL*, vol. LVIII (1987), pp. 253 y ss.

¹⁰⁵ El carácter de esta Organización, en cuanto que debe estar autorizada para ello por la Carta y el Estatuto, queda limitado a ciertas Organizaciones Internacionales, esto es, a aquéllas que están legitimadas por la AG para solicitar un dictamen de la Corte.

¹⁰⁶ Para denominar a este tipo de decisiones de la CIJ, S. ROSENNE ha acuñado el término “opiniones compulsivas” las cuales, por factores normativos externos a la Carta y al Estatuto de la CIJ, tienen un valor jurídico obligatorio, *The Law and Practice ...*, *op. cit.*, pp. 682–686. Por otra parte, se ha llamado la atención sobre un posible conflicto entre las cláusulas que hacen obligatoria una opinión consultiva y las normas de la Carta, recordando que ante tal hipotética contradicción las normas de la Carta prevalecerían por aplicación del art. 103 de la Carta; *vid.* H. FAKHER, *The Relationships among the Principal Organs*, London, 1951, p. 135; en contra puede verse PRATAP, D., *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972, p. 227. Esta querrela doctrinal ha sido resuelta por la propia CIJ en su Dictamen consultivo en el asunto sobre la *Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, donde la CIJ advirtió que la Sección 30 del art. VIII de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU contiene una cláusula de este tipo y precisó que “that fact does not change the advisory nature of the Court’s function, which is governed by the terms of the Charter and of the Statute (...) A distinction should thus be drawn between the advisory nature of the Court’s task and the particular effects that parties to an existing dispute may wish to attribute, in their mutual relations, to an advisory opinion of the Court”; ICJ, *Reports 1999 (I), advisory opinion of 29 april*, pp. 76–77, p. 25.

la CIJ y que se enmarca en un proceso que podríamos llamar de progresiva ampliación de su jurisdicción consultiva¹⁰⁷. Esta valoración positiva se corresponde, asimismo, con la importancia que los Estados han querido dar al control jurisdiccional del *ius cogens* en el ámbito convencional, lo que se desprende, por ejemplo, de las declaraciones introducidas por algunos Estados occidentales¹⁰⁸, constituyendo un claro ejemplo de desarrollo progresivo en el ámbito del arreglo pacífico a través de medios jurisdiccionales.

2. La jurisdicción de la CIJ en la codificación de la responsabilidad internacional del Estado: la conveniencia de un control judicial acerca de la violación grave de normas imperativas

El ingente esfuerzo emprendido por la CDI durante los últimos cincuenta años hasta finalizar su *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* no ha sido jalonado con un mecanismo de arreglo de controversias obligatorio incorporado al texto del Proyecto definitivamente adoptado en 2001. Desde luego, no se trata de una buena noticia, sobre todo teniendo en cuenta la importancia de esta labor codificadora, y del precedente del Proyecto adoptado en primera lectura en 1996, que sí contenía un sistema de arreglo de controversias articulado en tres fases en el que se establecía, incluso, la posibilidad de acudir a un arbitraje obligatorio para verificar la legalidad de las contramedidas adoptadas por un Estado¹⁰⁹. Ciertamente, el

¹⁰⁷ HINOJO ROJAS, M., “Un apunte en torno al artículo 66.2 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones internacionales”, *Homenaje Casas*, Córdoba, 1996, 337–343, p. 343. Resulta curiosa la declaración de Senegal, en la que se precisa que dicho Estado no reconoce el derecho de las Organizaciones Internacionales de comparecer como partes ante la CIJ (se entiende, en vía contenciosa); UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II., 2003, p. 342.

¹⁰⁸ Como los Países Bajos, en el sentido de que “las disposiciones sobre arreglo de controversias son parte importante del Convenio y no pueden ser separadas de las disposiciones sustantivas con las que están conectadas”; *ibid.*, p. 342.

¹⁰⁹ Una crítica de alcance general sobre toda la *Tercera Parte* ha sido realizada por A. PELLET, “Remarques sur une révolution inachevée. Le Projet d’articles sur la responsabilité des Etats”, *AFDI*, vol. XLII (1996), 7–

Proyecto de 1996 dejaba en manos de los Estados el poder de determinar, en principio, si se había cometido o no un “crimen internacional”, estableciendo que, en caso de controversia sobre el particular, se podía acudir al sistema de arreglo de la *Tercera Parte* que conducía a un sistema de conciliación obligatoria cuyo resultado final conduciría a un informe meramente recomendatorio (art. 56 y Anexo II del Proyecto). A pesar de la moderación de la propuesta de conciliación obligatoria, los debates habidos en la Sexta Comisión en 2001 reflejaron el verdadero sentir de los Estados sobre esta cuestión, pues aunque una mayoría de Estados se mostraron partidarios de incluir algún mecanismo de solución de controversias en un futuro convenio, pocos se pronunciaron claramente a favor de establecer mecanismos jurisdiccionales obligatorios¹¹⁰. Otros Estados, sin embargo, se manifestaron en contra de la inclusión de mecanismos de arreglo de controversias¹¹¹.

Ante este panorama, no extraña que se eliminara del Proyecto de 2001 cualquier referencia a un sistema de arreglo de controversias. Sin embargo, el Proyecto de artículos de 2001 ofrece por vez primera una codificación del Derecho de la responsabilidad internacional en el que no pocas disposiciones generarán conflictos de interpretación, abordándose también cuestiones importantes y delicadas, jurídica y políticamente, como pueden ser las contramedidas o la figura (sustitutiva de la noción de “crimen internacional”), de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del DI General. Siendo esto así y aspirando el Proyecto a convertirse en un Convenio de

32, pp. 9 nota 16, 28–32.

¹¹⁰ *Vid.* las intervenciones de Marruecos (A/C.6/56/SR.11, p. 7), Belarús – partidaria de mantener las disposiciones del Proyecto de 1996 – (A/C.6/SR.12, p. 3), Bahrein (A/C.6/56/SR.12, pp. 6–7), España (A/C.6/56/SR.12, p. 9), Chipre (A/C.6/56/SR.13, p. 11), México (A/C.6/56/SR.14, p. 3), Grecia (A/C.6/56/SR.14, p. 6), Camerún – partidario de incluirlo como Protocolo – (A/C.6/56/SR.14, p. 11), Portugal (A/C.6/56/SR.14, p. 11), Jordania (A/C.6/56/SR.15, p. 5), Tailandia (A/C.6/56/SR.15, p. 6), Brasil (A/C.6/56/SR.16, p. 3), Eslovaquia – Protocolo Facultativo – (A/C.6/56/SR.16, p. 5), Suiza (A/C.6/56/SR.16, p. 7).

¹¹¹ *Vid.* las intervenciones de Reino Unido (A/C.6/56/SR.11, p.4–5), Francia (A/C.6/56/SR.11, p. 12), Países Bajos (A/C.6/56/SR.12, p. 5), Australia (A/C.6/56/SR.12, p. 10), Austria (A/C.6/56/SR.13, p. 12), Israel (A/C.6/56/SR.13, p. 5), Chile (A/C.6/56/SR.15, p. 3), Hungría (A/C.6/56/SR.15, p. 3) y Tailandia (A/C.6/56/SR.15, p. 6). Con anterioridad, en sus observaciones escritas al Proyecto de 2000, Estados Unidos, se había manifestado en contra: A/CN.4/515, p. 20.

codificación y desarrollo progresivo de la importancia del *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados* de 1969, habría que intentar, por necesario, dotarle de un sistema de arreglo de las controversias que su aplicación y/o interpretación pudieran generar en la Conferencia codificadora que en su momento se convoque¹¹². Llegados a ese momento, sería aconsejable que fuera la CIJ el órgano encargado de determinar la existencia y consecuencias de la “violación grave de normas imperativas”, especialmente si consideramos que los Estados ya han aceptado tiempo atrás un sistema similar en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 para las controversias que se refieren a la incompatibilidad de un tratado con el *ius cogens* (art. 66 a)¹¹³.

Por lo demás, iniciativas en este sentido no han faltado en este proceso codificador. A iniciativa del Ponente W. RIPHAGEN se propuso un sistema de arreglo que establecía una distinción entre las controversias relativas al *ius cogens* y los crímenes internacionales – para las que establecía el recurso a la CIJ –, y las relativas al resto de normas del futuro Convenio, para las que se imponía el acceso a la conciliación “obligatoria”¹¹⁴. También G. ARANGIO-RUIZ propuso a la CIJ como el único órgano permanente que posee, en principio, la competencia y los medios técnicos necesarios para determinar la existencia, la atribución y las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito, con inclusión de los

¹¹² Sobre la necesidad de un sistema de arreglo de controversias para este Proyecto de artículos *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Por una responsabilidad ‘responsable’ (a propósito del proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en MARÍÑO MENÉNDEZ, F., (Ed.), *El Derecho ...*, *op. cit.*, p. 372. Se recordará que en el supuesto del Convenio de Viena de 1969 el sistema de arreglo finalmente adoptado no figuraba en el Proyecto de la CDI sino que fueron incorporados en la misma Conferencia; *vid.* DUPUY, R-J., “Codification et règlement ...”, *loc. cit.*, p.72.

¹¹³ De cualquier forma, es difícil considerar, como sostiene F.M. MARÍÑO MENÉNDEZ, que la reiteración de cláusulas estableciendo la jurisdicción obligatoria de la CIJ (u otro tribunal internacional “generalista” y universal) pueda constituir precedentes en la formación de una norma general que imponga el sometimiento en última instancia de toda controversia, por ejemplo sobre la interpretación o el cumplimiento del “orden público internacional”, a una jurisdicción internacional obligatoria, atribuyendo la correspondiente “acción” a todos los Estados; *vid.* “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales ...”, *op. cit.*, p. 333. Esta opinión ha sido confirmada implícitamente por la CIJ en su Orden de 10 de julio de 2002, emitida en el asunto de las *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)*, en el que se ha señalado el estrecho ámbito material sobre el que se proyecta la jurisdicción de la CIJ conforme al art. 66 a) de la Convención; *vid.* CIJ, *Recueil 2002*, p. 31, párs. 74–75.

¹¹⁴ *Vid.* *Anuario CDI*, 1986-II (1ª parte), pp. 2–7.

“crímenes” de los Estados¹¹⁵. Desde luego, las propuestas sobre la intervención obligatoria de la Corte no han recibido nunca el respaldo de la CDI¹¹⁶, mientras que sólo una parte de la doctrina las ha apoyado¹¹⁷. Sin duda, esta situación ha motivado que las razones que da la CDI en sus comentarios para explicar por qué el art. 40 del Proyecto de 2001 “no define ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave de una norma imperativa” no parecen muy convincentes, al menos desde una perspectiva estrictamente jurídica¹¹⁸. Y es que, como sostiene C. GUTIÉRREZ ESPADA, “cuando los intereses esenciales de la comunidad internacional están en juego, parece conveniente y, más aún, parece necesario, que la existencia o no de la violación grave de una norma imperativa que los protegen sea obligatoriamente determinada por un tercero imparcial, lo que, por lo demás, defendería tanto el Estado lesionado o a los beneficiarios de la obligación violada como, en su caso, al Estado acusado injustamente de cometer un hecho ilícito de esa gravedad”¹¹⁹. En la función de tercero imparcial, el recurso a un sistema de conciliación con ciertos aspectos obligatorios podría ser, desde luego, un compromiso razonable para los Estados sin causarles “excesivos” problemas¹²⁰. Sin embargo, la

¹¹⁵ Vid. ARANGIO-RUIZ, G., *Quinto Informe ...*, Doc. A/CN.4/454/Add.3, p. 18.

¹¹⁶ Cf. *ad. ex. Doc. A/CN.4/SR. 2436 y SR.2438*.

¹¹⁷ Por ejemplo, B. SIMMA afirmó que los Estados jamás aceptarían conectar el art. 40 del Proyecto de artículos, referido a las violaciones graves de normas imperativas de DI, con la intervención obligatoria de la Corte, pues esperar otra cosa es “simplemente utópico”; *vid.* “Bilateralism and community interest in the Law of International Responsibility of States”, en TABORY, M., y DINSTEIN, Y., (Eds.), *International Law at time of perplexity ...*, *op. cit.*, p. 838; Por el contrario, S. TORRES BERNÁRDEZ se manifiesta favorable a la atribución a la CIJ de alguna función en relación a los crímenes, bien para determinar su existencia, bien para verificar *ex post facto* la legitimidad de las sanciones previstas, y ello en virtud del riesgo de manipulación política que una competencia exclusiva del CS pudiera entrañar; *vid.* “Problems and Issues Raised by Crimes of States: An Overview”, en J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (Eds.), *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC's draft article 19 on State responsibility*, Berlín-Nueva York, 1989, pp. 262–263. En el mismo sentido HUTCHINSON, D.N., “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, *BYIL*, vol. LVIX (1988), pp. 182–183, quien propugna un mecanismo judicial tomando como base el art. IX de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, y el art. XII de la *Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, pp. 196–213.

¹¹⁸ Cf. en comentario n. 9 al art. 40 del Proyecto definitivo de artículos; *Doc. A/CN.4/L.600*, de 21 de agosto 2000, p. 309.

¹¹⁹ “Por una responsabilidad “responsable” (A propósito del Proyecto ...)”, *loc. cit.*, p. 375; así como, del mismo autor, “El punto final (¿?) de un largo debate: los crímenes internacionales”, *REDI*, vol. LIII (2001), ns. 1 y 2, 11–49, p. 25.

¹²⁰ Vid. CASANOVAS y LA ROSA, O., “Unidad y pluralismo ...”, *op. cit.*, p. 228. También se ha propuesto el recurso a la Corte en el marco de su función consultiva, de forma similar a lo previsto en el *Convenio sobre*

importancia de asegurar una interpretación objetiva e imparcial del DI imperativo, así como la existencia de práctica convencional en vigor (como el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969), nos hace creer que, de *lege ferenda*, sería deseable que fuera la CIJ el órgano encargado de sentar las bases jurídicas de la calificación de un hecho internacionalmente ilícito como “crimen internacional”. En nuestra opinión, una mayoría de Estados, formada por, sino todos, una buena parte de los miembros de la UE y de Latinoamérica, así como de otras regiones del mundo, deberían ser capaces, formando una especie de “grupo de Estados afines” – “like-minded group” –, de negociar y adoptar un convenio que complete y mejore el Proyecto de 2001, sobre todo a través de la inclusión de un sistema de arreglo de controversias en el que, a ser posible, la alegación de la violación grave de una norma imperativa esté bajo el control de la CIJ¹²¹. Sobre esta cuestión, debemos subrayar que en sus Observaciones y en sus intervenciones en el seno de la Sexta Comisión, España ha sido uno de los Estados que se han mantenido favorables a la inclusión de un sistema de arreglo, basado en la conciliación y en el arbitraje y/o la CIJ¹²².

Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986, cf. BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Bilbao, 1999, pp. 160 y ss.

¹²¹ Y si, como sostiene C. GUTIÉRREZ ESPADA, la vía de la Corte no fuera finalmente posible, la intervención de un tribunal arbitral sería una posibilidad más que aceptable; “*Quo vadis* Responsabilidad? (Del crimen internacional a la violación grave de normas imperativas)”, *CEBDI*, vol. V (2001), 383-564, párs. 24-27, 111-114 y 119-123.

¹²² Como ha señalado el representante de España ante la Sexta Comisión durante la etapa de J. CRAWFORD, “el énfasis en esta línea era lógico en un país de las características del nuestro que, como potencia intermedia, se manifiesta siempre a favor del imperio del Derecho en las relaciones internacionales”; PÉREZ GIRALDA, A., “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del cambio”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, 1-23, p. 23. Por ello, España, como potencia media y Estado miembro de la UE que se precia de mantener vínculos de cooperación con los Estados latinoamericanos, debería formar parte de este “grupo de Estados afines”, que patrocinara el desarrollo de las *normas terciarias* del ordenamiento internacional.

III. Modelos que prevén un sistema jurisdiccional *ad hoc* en los que, entre una variada gama de procedimientos obligatorios, es posible elegir a la CIJ

También existen convenios codificadores en los cuales se dispone que, al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o acceder a la Convención o en cualquier momento posterior, los Estados pueden elegir mediante declaración escrita uno o varios de los procedimientos que en ellos se contemple, entre ellos la Corte. Generalmente se suele disponer que, cuando las partes hayan elegido el mismo procedimiento se acudirá a él y, si no coincide, se prevé un procedimiento subsidiario. Es usual, además, que en estos convenios se excluya del arreglo obligatorio determinadas materias rebajando así, de forma considerable, la presión que para los Estados supone la obligación de acudir a medios jurisdiccionales.

En este sentido, si cualquier cláusula compromisoria contenida en un tratado da lugar a un sistema propio de arreglo pacífico de controversias, las que habilitan que los Estados mediante declaraciones puedan elegir el procedimiento jurisdiccional de su agrado, crean sistemas propios de gran complejidad que pueden ser comparados – salvando las debidas distancias –, con el sistema de la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ. Por su trascendencia, estudiaremos en particular¹²³, el sistema jurisdiccional autónomo que crea el art. 287 de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, en el que la Corte comparte espacio con otro órgano judicial de carácter especializado, el TIDM, cuya jurisdicción contenciosa *ratione materiae* es estrictamente voluntaria, pues depende, en última instancia, del consentimiento del justiciable. A pesar de todo, como en el caso de la Corte, también cabe hablar de una jurisdicción obligatoria del TIDM, aludiendo con esa expresión a una jurisdicción consentida por las futuras partes litigantes con anterioridad al surgimiento de la controversia en virtud de la cual cualquiera de ellas, sin necesidad de

¹²³ Vid. *infra*, Sección tercera de este Capítulo.

contar con el consentimiento de la otra, puede acudir unilateralmente al TIDM. Además de la Convención de 1982, existen también otros tratados en los que se otorgan a esta institución judicial algún tipo de jurisdicción obligatoria, siendo el más importante el *Acuerdo de 1995 sobre aplicación de las disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias*, cuyas disposiciones sobre arreglo de controversias se remiten al sistema de arreglo de la Convención de Montego Bay de una forma muy extensa.

Sentadas las bases acerca de la cláusula judicial que atribuye jurisdicción a la CIJ y las técnicas previstas para su experimentación, analizaremos ahora la actitud que se desprende de la práctica estatal tanto hacia las dispuestas con carácter opcional, sea su elección en sentido positivo (*opting in*) o negativo (*opting out*), como hacia las dispuestas con carácter obligatorio.

Sección segunda. El relativo auge de la jurisdicción contenciosa de la CIJ: práctica en torno a la cláusula judicial contenida en los convenios codificadores

Es casi un lugar común criticar a la CIJ por su falta de eficacia y que ello es causa y consecuencia de una escasa utilización de la misma. No obstante, en los últimos diez años la situación parece diferente, al observarse un cierto avance en el papel de la Corte como órgano judicial principal de la SI organizada. Entre los factores que han contribuido a su utilización se encuentra, sin duda, el creciente uso de las cláusulas judiciales contenidas en tratados y convenciones vigentes, pues su invocación como base de su jurisdicción, en conexión con el art. 36.1 del Estatuto de la CIJ, se han utilizado en varios de los asuntos llevados en los últimos años ante la Corte de la Haya, lo que demuestra la buena salud de

esta vía¹²⁴. A la utilización de esta vía convencional han contribuido decisivamente las cláusulas compromisorias insertas en los convenios codificadores que otorgan jurisdicción a la CIJ para conocer de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de sus disposiciones¹²⁵. Ahora bien, como valoración inicial, no todos los convenios codificadores contribuyen en la misma medida a optimizar la utilización de la CIJ, pues la práctica reciente en torno a la cláusula judicial demuestra que son aquellos convenios en los que predomina la codificación declarativa, los que han animado a los Estados a llevar las controversias originadas por la interpretación o aplicación de sus normas ante la CIJ. Por el contrario, en aquellos convenios en los que la jurisdicción de la CIJ se proyecta sobre disposiciones que contienen importantes dosis de desarrollo progresivo, los Estados todavía, por diversas causas, no han mostrado su confianza hacia la CIJ como instancia encargada de controlar la interpretación o aplicación de tales disposiciones.

¹²⁴ Así ha sucedido en los siguientes asuntos: *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Costa Rica), *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v. Italia), *Aerial Incident of 3 July 1988* (Irán c. Estados Unidos), *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahrein), *Passage Trough Grand Belt* (Finlandia c. Dinamarca), *Case Concerning questions of Interpretation and Application of the Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libia c. Estados Unidos), *Plates-formes prétolières* (Irán c. Estados Unidos), *Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), *Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. Estados Unidos), *LaGrand Case* (Alemania v. Estados Unidos), *Affaire relative à Certains Biens* (Liechtenstein c. Alemania), *Delimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans le mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Honduras), *Différend territorial et maritime* (Nicaragua c. Colombia), *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. Estados Unidos).

¹²⁵ Además, como ha señalado C. PAULSON en su estudio sobre el grado de cumplimiento de las sentencias pronunciadas por la CIJ, entre los factores que han contribuido a la aceptación de sus decisiones, al menos en los últimos catorce asuntos que han culminado en una decisión sobre el fondo desde 1987, se encuentra la sumisión de la controversia mediante cláusula compromisoria pues, para el citado autor, “Unilateral application was an important factor: all five of the states that brought unilateral suits and lost accepted the judgement as controlling”; “Compliance with final judgements of the International Court of Justice since 1987”, *AJIL*, vol. 98 (2004), n. 3, 434–461, p. 457.

I. Tratados que prevén el recurso opcional a la CIJ

El balance que ofrece la actitud estatal hacia las cláusulas compromisorias que hacen depender su activación de una declaración de voluntad *ad hoc* (*opting in*) es decepcionante. De entrada, la opción de introducir la jurisdicción de la Corte a través de una cláusula *opting in* se debe, en gran medida, al clima de desconfianza hacia este órgano judicial en el momento de su gestación¹²⁶. Esta circunstancia podría explicar que, hasta el momento presente, ninguno de los contratantes de las *Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*, de 1978, y en *materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado*, de 1983, haya aceptado la invitación de sumisión a la jurisdicción de la CIJ en ellos prevista (arts. 43 y 45)¹²⁷. Sin embargo, en una época como en la actual, donde los Estados parecen haber recuperado la confianza en la Corte, la cláusula jurisdiccional *opting in* vuelve a incluirse en el *Convenio marco sobre Cursos de agua internacionales* de 1997, cuyo art. 33 c) subordina el acceso a la CIJ al común acuerdo de las partes, invitación que sólo ha sido aceptada por uno de los contratantes, Hungría, probablemente a causa de su satisfacción con la decisión de la CIJ en el asunto del *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungría c. Eslovaquia)*¹²⁸.

Tampoco son demasiado halagüeñas las cifras que se desprenden de la formulación de exclusiones y reservas a las cláusulas jurisdiccionales que las admiten (*opting out*),

¹²⁶ Como bien lo demuestra el rechazo de sendas enmiendas a las Convenciones de 1978 y 1983, patrocinadas por algunos Estados occidentales, que establecían la sumisión a la CIJ o, alternativamente, al arbitraje, mediante una cláusula *opting out*; *vid. Doc. A/CONF.80/C.1/56*.

¹²⁷ A 31 de diciembre de 2003, 17 Estados eran partes en la Convención de 1978 (entre los que no se encuentra España), sin que ninguno de ellos hubiera aceptado la invitación de sumisión a la CIJ, UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, p. 339; mientras que, en la misma fecha con sólo 6 contratantes contaba la Convención de 1983, que aun no ha entrado en vigor; *ibid.*, vol. I, pp. 119.

¹²⁸ En este sentido, Hungría ha declarado que “se considera obligada por cualquiera de los dos medios de arreglo de controversias (CIJ y arbitraje), reservándose el derecho de aceptar el órgano competente en el caso concreto”; *ibid.*, p. 465. Como ha señalado el Juez SCHWEBEL, esta decisión de la CIJ ha sido calificada por las partes en la controversia como una “masterpiece”; “The Judgement of the International Court of Justice in the Case Concerning the Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)”, en *The International Bureau ...*, *op. cit.*, 247–258, p. 258.

coyuntura que en otro tiempo aprovecharon los Estados de órbita socialista – que por suerte las han retirado recientemente en su mayoría –, y que hoy mantienen los países del mundo islámico. Baste recordar que de los 148 Estados que han ratificado la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas* de 1973, treinta y cuatro de ellos han hecho la reserva que excluye tanto el arbitraje forzoso como el eventual recurso obligatorio a la CIJ. Como aspecto positivo, debe valorarse la nueva actitud de los otrora Estados socialistas, pues un nutrido grupo de ellos ha retirado las reservas formuladas en su momento a la cláusula jurisdiccional del art. 13.1 de la Convención¹²⁹. Otro dato que debemos interpretar de forma positiva es que, de los veinte Estados que han ratificado esta Convención en 2003 – a causa, probablemente, de la sensibilización de los Estados por los actos delictivos contra este tipo de personas –, sólo cuatro formularon la reserva al art. 13, perteneciendo todos al mundo islámico (Etiopía, Malaysia, Mauricio y Mozambique). Por el contrario, el incremento de los actos terroristas en los últimos años no ha inducido a los Estados a retirar sus reservas formuladas a los procedimientos jurisdiccionales, tanto al arbitraje como al acceso a la CIJ, previstos en los *Convenios Internacionales para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*, de 1997, y *para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, de 1999, incluyendo a Estados de diversa orientación cultural o religiosa y de distinto poder económico o militar¹³⁰. Mejores perspectivas presenta, en cambio, la *Convención sobre la*

¹²⁹ De los 148 Estados partes, 34 han efectuado la reserva al art. 13.1, perteneciendo buena parte de ellos al mundo islámico (Argelia, Irak, Kuwait, Pakistán, Siria, Túnez, Etiopía, Malaysia, Mauricio y Yemen), *ibid.*, pp. 113–120. De nuevo destaca la actitud de los antiguos Estados de órbita socialista que han retirado sus reservas a la CIJ (y al arbitraje), como es el caso de Bulgaria, República Checa, Hungría, Polonia y Eslovaquia (a los que se ha añadido Colombia); *ibid.*, pp. 119 n. 11, 119 n. 4, 120 n. 15, 120 n. 18 y 119 n.9., *ibid.*, p.117.

¹³⁰ Por lo que respecta al *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas* de 1997, a 31 de diciembre de 2003 eran 115 los Estados partes, 17 han utilizado la cláusula *opting out* que permite reservar la competencia de la CIJ, estando comprendidos en este grupo Estados pertenecientes al mundo islámico (Argelia, Etiopía, Malaysia o Turquía), o de ideología socialista (Cuba, China o Laos), Potencias regionales (Brasil o Israel) y la superpotencia (Estados Unidos); *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 123-128. La misma reflexión respecto al *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999, pues si en esa misma fecha eran

Reducción de la Apatridia de 1961, pues de los veintisiete Estados partes en la misma sólo dos han reservado el recurso unilateral a la Corte, perteneciendo ambos también al mundo islámico¹³¹.

Sin embargo, la otra cara de la moneda viene representada por los Protocolos facultativos que acompañan a los *Convenios de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua*, sobre *Plataforma Continental* y sobre *Alta Mar* de 1958, a los *de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 1961, y *Relaciones Consulares*, de 1963, y al *de NU sobre Misiones Especiales*, de 1969¹³². En efecto, aunque esta modalidad de tratados que dejan la cláusula judicial relegada a un Protocolo facultativo parece hoy superada, lo cierto es que la cláusula judicial contenida en el Art. I del Protocolo facultativo al Convenio Consular de 1963 ha sido invocada recientemente como título de jurisdicción ante la Corte en tres asuntos sucesivos, como se examina a continuación.

1. La reactivación de la competencia contenciosa de la CIJ en el ámbito del Derecho Consular: los asuntos *Breard*, *LaGrand* y *Avena y Otros Nacionales Mexicanos*

La relevancia de la codificación del Derecho Diplomático y Consular merece destacarse no sólo porque los convenios surgidos de la misma corresponden a una de las épocas más fructíferas de la CDI¹³³, sino también porque se trata de un sector normativo repleto de repercusiones prácticas y de cierta actualidad, como lo demuestra el hecho de

107 los Estados partes, 16 habían utilizado la posibilidad que permite su art. 24.2, comprendiendo a Estados del más diverso pelaje; *ibid.*, pp. 147-153.

¹³¹ Es el caso de Níger y Túnez, *ibid.*, p. 365. Por su parte, Francia ha formulado una “declaración interpretativa” precisando que sólo acepta la jurisdicción de la CIJ en relación con aquellos Estados que hayan aceptado tal jurisdicción sometida a las mismas reservas realizadas por Francia; *ibid.*, pp. 348-49.

¹³² Sobre el estado de ratificaciones de los Protocolos facultativos en comparación con el número de partes en los convenios a los que acompañan véase *supra* nota 55.

¹³³ Que comprendería los *Convenios sobre Relaciones Consulares y Relaciones Diplomáticas*, de 1961 y 1963, respectivamente, el *Convenio de Naciones Unidas sobre Misiones Especiales* de 1969, completando el ámbito de este importante sector jurídico la *Convención sobre Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente protegidas*, de 1973.

que, de los asuntos introducidos ante la CIJ en los últimos seis años, en tres de ellos los demandantes hayan invocado el mismo título de jurisdicción: el Art. I del Protocolo Facultativo sobre el arreglo obligatorio de controversias adjunto al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963. Este precepto incorpora una cláusula judicial que ha permitido introducir ante la CIJ dos asuntos con gran repercusión: el asunto *Breard*, en virtud del cual en el año 1998 Paraguay introdujo una demanda contra Estados Unidos por la ejecución de uno de sus nacionales¹³⁴, asunto que quedó inconcluso tras desistir Paraguay de la acción; y el asunto *LaGrand*, por el que Alemania también demandó a ese mismo Estado ante la CIJ al imputarle la violación del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 en la persona de dos de sus nacionales, si bien en este caso Alemania continuó litigando hasta recibir de la Corte cumplida respuesta sobre el fondo a través de su sentencia de 27 de junio de 2001¹³⁵.

Por lo demás, no es la primera vez que la CIJ afirma su competencia basándose en este título de jurisdicción, pues en el asunto del *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (EEUU/Irán)*¹³⁶, Estados Unidos alegó como título de jurisdicción la referida cláusula junto con la prevista en el Protocolo al *Convenio de sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961. Ni tampoco la última, ya que además de los asuntos *Breard* y *LaGrand*, en enero de 2003 México utilizó la misma cláusula compromisoria para introducir una demanda ante la CIJ, también contra Estados Unidos, por el incumplimiento de este último del Convenio de 1963, ahora en relación a nacionales mexicanos, dando lugar al asunto *Avena*¹³⁷. El 31 de marzo de 2004, en un tiempo récord respecto a lo que es

¹³⁴ *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional measures*, ICJ, Reports 1998, p. 1.

¹³⁵ *LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgement of 27 June 2001*, ICJ, Reports 2001, párs. 36–38.

¹³⁶ Asunto en el que, tras la condena por la Corte de las acciones de Irán (ICJ, Reports 1980, p. 45), EEUU desistió de su instancia acerca de la determinación de las reparaciones debidas (Orden de 12 de mayo de 1981, ICJ, Reports 1981, p. 46), que fueron sometidas al Tribunal de Reclamaciones creado en la Declaración de Argel de 1981 (art. III de la Declaración).

¹³⁷ En el asunto *Avena and Other Mexican Nationals* – Carlos Avena Guillén es el primero de la lista

habitual en este órgano, la Corte dictó sentencia sobre el fondo, condenando a Estados Unidos por la violación de los derechos consulares protegidos por el art. 36 del Convenio de 1963¹³⁸.

De los tres asuntos sometidos a la CIJ, en dos de ellos este órgano ha basado su jurisdicción en la cláusula propuesta por el demandante. Si tenemos en cuenta que en el otro asunto se produjo desistimiento¹³⁹, podemos afirmar que si un Estado quiere servirse de estas cláusulas para llevar a otro ante la Corte, tendrá bastantes probabilidades de conseguirlo. Y lo que es más relevante, pues a fecha de presentación de este trabajo, no tenemos constancia de que Estados Unidos haya denunciado el Protocolo Facultativo.

A) El Art. I del Protocolo facultativo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 como cláusula idónea para activar la competencia de la CIJ

Como consecuencia de los asuntos *Breard* y *LaGrand* se han abierto importantes retos para la Corte de La Haya, pues en ambos se ha planteado ante el órgano judicial principal de las NU cuestiones vitales para el ordenamiento internacional como sistema jurídico, tanto de orden sustantivo como procesal. En el plano procesal, destacan los problemas interpretativos y de calificación que plantea el reconocimiento competencial de la CIJ cuando el título de atribución se funda en una cláusula judicial contenida en un tratado multilateral *ante hoc* y, sobre todo, la cuestión de la obligatoriedad de las medidas

alfabética de 54 nacionales mexicanos que figura en la demanda –, ha permitido a México, en la primera vez que acude a la Corte, convertirse en el tercer país que demanda a los Estados Unidos por la violación de obligaciones derivadas de los arts. 5 y 36 del *Convenio sobre Relaciones Consulares*. La demanda mexicana puede verse en <http://www.icj-cij.org/>, *Communiqué de presse 2003/1*. Han comentado este asunto centrándose, en particular, en las medidas provisionales; VIVES CHILLIDA, J., “Asunto Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América), Medidas provisionales: Providencia de 5 de febrero de 2003”, *REDI*, vol. LV (2003), n. 1, pp. 492–497, y LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Avena y Otros Nacionales Mejjicanos”, *ADI*, vol. XIX (2003), pp. 421–441.

¹³⁸ *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. EEUU)*, 31 March 2004. A falta de publicación oficial a la fecha de esta investigación, la sentencia puede verse en <http://www.icj-cij.org/>.

¹³⁹ *Case concerning Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. EEUU)*.

provisionales indicadas *ex art.* 41 de su Estatuto. En el plano sustantivo, por su parte, se ha planteado una cuestión esencial para el orden internacional, esto es: si las previsiones de los arts. 5 y 36 del Convenio de Viena de 1963 crean “derechos individuales” para el extranjero procesado directamente oponibles al Estado receptor. Desde luego, estamos ante obligaciones internacionales que el Estado de residencia tiene tanto frente a los individuos, que no son simples beneficiarios de las obligaciones violadas, como frente a los Estados, aunque el cometido de la CIJ sea sólo pronunciarse sobre la cuestión en el plano interestatal. Por ello, no abordaremos aquí la interesante cuestión, entre otras¹⁴⁰, planteada por Alemania a la CIJ en *LaGrand* en la que, con el bagaje de la *Opinión consultiva* CIDH de 1 de octubre de 1999¹⁴¹, le preguntaba a dicho órgano si el contenido del art. 36.1 b) del Convenio de Viena de 1963 reconoce el derecho humano que todo extranjero tiene de ponerse en comunicación con sus autoridades consulares¹⁴², cuestión que ha sido retomada

¹⁴⁰ Otra cuestión que presenta gran interés, y en la que tampoco profundizaremos aquí, viene dada por los mecanismos para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales en Estados de estructura política y territorial federal, en conexión con la responsabilidad de dicho Estado. Esta situación adquiere relevancia sobre todo en el asunto *Avena* pues la CIJ, en su sentencia sobre el fondo, declaró como remedio apropiado para dar satisfacción a la violación de los derechos consulares de los nacionales mexicanos, “el reexamen y la revisión judicial” de las condenas y sentencias (sin que pueda considerarse un remedio efectivo el procedimiento de “clemencia”), lo que sin duda a puesto a prueba el respeto por el DI de las autoridades de Estados Unidos, en especial en el caso de tres nacionales mexicanos cuyas sentencias y condenas eran ya definitivas e, incluso, en un caso (Sr. Torres) se había fijado fecha para la ejecución; *vid. Case concerning Avena ...*, *op. cit.*, p. 46, pár. 114.

¹⁴¹ En el ínterin que separa el asunto *Breard* de la resolución definitiva del asunto *LaGrand*, la CIDH dictaba, el 1 de octubre de 1999, una opinión consultiva sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, según la cual el art. 36.1 del Convenio de Viena de 1963 reconoce unos derechos que “tienen la característica de que su titular es el individuo [...] En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* [...], *vid. Opinión Consultiva OC-16/99, CIDH, Serie A*, n. 16, párs. 82 y 84. La defensa alemana encontró en este dictamen su principal aliado para fundamentar el objetivo principal de su demanda: la obtención de un juicio declaratorio que, en función de la evolución del DIDH, reconozca los derechos singulares que derivan del art. 36 del Convenio de Viena de 1963 a favor de los particulares extranjeros incurso en un proceso judicial, así como las correlativas obligaciones que los mismos imponen al Estado receptor como garantías del derecho fundamental a un proceso judicial equitativo.

¹⁴² Para la Corte, el art. 36.1 b) del Convenio de Viena “creates individual rights for nationals, which, by virtue of Article I of The Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of [a] detained [citizen of that State]. These rights were violated in the present case”, ICJ, *Reports 2001*, p. 494, pár. 77 *in fine*. Desde luego, aunque la Corte responde a una estructura interestatal clásica que no puede asimilarse a la de los tribunales de derechos humanos, este órgano ha perdido una ocasión para fortalecer la unidad de interpretación del DI pues, a la hora de concretar el contenido de una regla jurídica, la Corte no se pronuncia sobre si el art. 36.1 b) del Convenio de Viena de 1963 reconoce el *derecho humano* que todo extranjero tiene de ponerse en comunicación con sus autoridades consulares, *ibid.*, párs. 78 y 126. Sobre esta cuestión puede

en el asunto *Avena*¹⁴³, y sobre la que la Corte ha declinado pronunciarse en el entendido de que no es una cuestión sobre la que debiera decidir para resolver el fondo de la controversia¹⁴⁴.

En el plano procesal, el asunto *Breard* constituye el punto de referencia en lo referente al reconocimiento competencial de la CIJ sobre la base de una cláusula judicial contenida en un convenio codificador. A través de este asunto se produjo el hecho sin precedentes de que, el 3 de abril de 1998, Paraguay depositara ante la CIJ demanda contra Estados Unidos para la defensa de sus derechos y en ejercicio de la protección diplomática en interés de los derechos de su nacional, A.F. Breard. En cuanto a los hechos, la demanda de Paraguay puso de relieve que, entre los años 1992 y 1993, las autoridades policiales y judiciales del Estado norteamericano de Virginia llevaron a cabo distintas actuaciones contra su nacional, sin que dichas autoridades hubiesen puesto en práctica las obligaciones contenidas en los arts. 5 y 36 del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963¹⁴⁵, privándole de una representación jurídica suficiente que le condujo a tomar una serie de decisiones objetivamente irrazonables a lo largo del proceso penal¹⁴⁶. Tras su condena a

verse AZNAR GÓMEZ, M.J., “El asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, *REDI*, vol. LIV (2002), n. 2, 733–751, pp. 742–743.

¹⁴³ *Vid. Application instituting proceedings, 9 January 2003*, p. 44, párr. 281.

¹⁴⁴ *Case concerning Avena and ..., op. cit.*, p. 49, párr. 124.

¹⁴⁵ El art. 5 del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 especifica que las funciones consulares consistirán en proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y los de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas. Y en este sentido, se asume por parte de los Estados, entre otras, la obligación de representar a sus nacionales y tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, a fin de lograr que se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de aquéllos cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlo oportunamente. Por su parte, el art. 36 establece ciertas obligaciones para el Estado receptor imprescindibles para el ejercicio posible y efectivo de esta asistencia consular: garantizar la libre comunicación entre los funcionarios consulares y sus nacionales, y asegurar la comunicación e información “sin retraso alguno” por parte de las autoridades de ese Estado a la oficina consular competente cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva a fin de visitarlo, conversar con él y organizar su defensa ante los tribunales. Y si bien esta obligación se define en términos puramente interestatales, inmediatamente el art. 36 b) *in fine* la reconduce en derecho del extranjero inmerso en una de estas situaciones, pues dichas autoridades “habrán de informar *sin dilación* a la persona interesada de los derechos que se le reconocen en este apartado”. Esta asistencia consular aparece condicionada en un doble sentido: decae cuando el interesado se oponga expresamente a ella y se ejercerá de conformidad con la práctica, las leyes y reglamentos del Estado receptor dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional (como es la propia Convención consular).

¹⁴⁶ Por un lado, rechazó aceptar una reclusión a cadena perpetua mediante el expediente de reconocimiento de

muerte en 1996, Paraguay comenzó a prestarle asistencia jurídica con el fin de que tanto su nacional como el Estado mismo agotasen los recursos internos norteamericanos, en cuanto condición indispensable que abriría posteriormente el cauce para el ejercicio de la protección diplomática por la violación de una obligación internacional en la persona de uno de sus nacionales. Junto a las acciones judiciales en el ámbito interno (desestimadas en virtud de la doctrina interna de la *procedural default*)¹⁴⁷, Paraguay llevó a cabo negociaciones diplomáticas con el objeto de alcanzar el acuerdo con Estados Unidos para subsanar las violaciones de la Convención de 1963, cuyo fracaso motivó que la continuación de tal ejercicio por Paraguay requiriese la existencia de una jurisdicción internacional obligatoria para sustanciar la protección.

Presentada por Paraguay la demanda ante la Corte de La Haya, la primera labor de la CIJ sería determinar *prima facie* su competencia sobre la base del Art. I del Protocolo facultativo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963, el cual exige dos condiciones para fundar la competencia de la CIJ¹⁴⁸. En primer lugar, que los Estados litigantes sean partes tanto en el Convenio de Viena de 1963 como en el Protocolo facultativo anejo a la misma, situación que se cumplía pues tanto Paraguay como Estados Unidos habían aceptado sin reservas ambos instrumentos¹⁴⁹. En segundo lugar, debía existir una controversia relativa a la “interpretación o aplicación del Convenio sobre Relaciones Consulares”¹⁵⁰. De acuerdo con ello, la Corte debía dilucidar si el objeto de la controversia

la propia culpabilidad, mientras que, por otro, asumió el riesgo de ser condenado a pena de muerte, al confesar y revelar sus propios antecedentes penales ante el tribunal juzgador.

¹⁴⁷ En virtud de la cual el recurrente no puede hacer valer en el procedimiento federal de *habeas corpus* derechos que previamente no han sido invocados en los procedimientos judiciales anteriores. Dicha doctrina niega todo recurso, incluso cuando el procesado no tuvo conocimiento de tales derechos, precisamente, porque las autoridades locales ¡incumplieron su obligación de informarle sobre los mismos¡.

¹⁴⁸ Dicho artículo reza así: “Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender en ellas a instancia de cualquiera de las partes en la controversia que sea Parte en el presente Protocolo”.

¹⁴⁹ Estados Unidos era parte en los dos instrumentos desde el 24 de noviembre de 1969, mientras que Paraguay lo era desde el 23 de diciembre de 1969; UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. I, 2003, p. 115.

¹⁵⁰ Ambos términos, “interpretación” o “aplicación”, tienen una significación equivalente en cuanto a los efectos de diseñar un ámbito competencial concreto; *vid.* SOHN, L.B., “Settlement of Disputes Relating ...”,

puede considerarse incluido en el ámbito del Convenio de 1963, por lo que Paraguay debía de fundar una conexión razonable entre sus alegaciones (la violación por Estados Unidos de las obligaciones derivadas de los arts. 5 y 36 del Convenio de 1963) y *el Convenio* en cuestión¹⁵¹. En este sentido, el objeto principal de la demanda paraguaya lo constituiría el requerimiento de un juicio declaratorio acerca de la calificación jurídica del derecho a la asistencia consular pues, según Paraguay, el art. 36 no sólo confiere derechos al Estado de envío sino también a los nacionales del mismo¹⁵². En consecuencia, Paraguay entendía que todos sus *petita* planteaban una controversia *jurídica* “sobre la interpretación o aplicación del Convenio”.

Para Estados Unidos no existía una controversia jurídica entre las partes pues, aun reconociendo que había violado los arts. 5 y 36 del Convenio Consular, ambos preceptos sólo reconocen derechos a los Estados, por lo que tal violación había sido subsanada mediante la presentación de excusas al Estado afectado. En su *Orden* de 9 de abril de 1998, la Corte dio respuesta a dicho alegato afirmando que una controversia sobre la reparación que deba darse a la violación del Convenio de 1963 constituye “a dispute arising out of the application of the Vienna Convention relating first article of the Facultative Protocol”¹⁵³. En esa misma *Orden* la CIJ precisó otro aspecto procesal, en el sentido de que el recurso previo al arbitraje o a la conciliación que prevén los Arts. II y III del mencionado

loc. cit., p. 271.

¹⁵¹ Esta conexión razonable entre el tratado y el objeto de la demanda fue señalada por la CIJ en su sentencia relativa a las *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ, *Reports 1984*, (*Jurisdiction and admissibility*) p. 427, pár. 81. El Juez SCHWEBEL procura, en su opinión disidente, demostrar – precisamente para negar la competencia de la Corte en el asunto – que los hechos alegados por Nicaragua no pueden considerarse incluidos, bajo ningún concepto, dentro del articulado del Tratado, *ibid.*, pp. 632–633, pár. 124.

¹⁵² Paraguay hilvanó esta pretensión en relación con los arts. 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente este último, relativo a que una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

¹⁵³ ICJ, *Reports 1998*, *Order of 9 April 1998*, p. 256, pár. 31. Sobre la determinación de la existencia de una controversia jurídica puede consultarse CASSESE A., “The Concept of Legal Dispute in the Jurisprudence of the International Court”, *Comunicazioni e studi*, vol. 14 (1975), pp. 173–200.

Protocolo, no constituyen una condición adicional y previa a la aplicación precisa y categórica del Art. I, recordando su jurisprudencia anterior sobre esta cuestión¹⁵⁴.

A pesar de que el asunto quedó inconcluso como consecuencia del desistimiento unilateral por parte de Paraguay¹⁵⁵, las pretensiones de dicho Estado se han incorporado como fundamentos de derecho en el conocido como asunto *LaGrand*, por el que Alemania demandó ante la CIJ en 1999, también a Estados Unidos, basando su jurisdicción en la misma cláusula judicial. El eje central de la demanda presentada por Alemania viene dado por la pretensión relativa a que el acto de notificación a las autoridades consulares y el deber de información al detenido sobre su derecho a la asistencia consular, reconocidos por el art. 36.1 b) del Convenio de Viena de 1963, son “derechos individuales” y forman parte del “derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, y que habían sido vulnerados en la persona de sus nacionales Karl y Walter LaGrand¹⁵⁶.

Si bien Estados Unidos reconocía haber violado de nuevo la obligación impuesta por el art. 36.1 b) del Convenio, ello no impidió que planteara objeciones a la competencia de la CIJ, al entender que Alemania no podía alegar que había sufrido un perjuicio en la persona de sus dos nacionales y que, como consecuencia, podía invocar este procedimiento en ejercicio de la protección diplomática en beneficio de sus nacionales. Para Estados

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 11, pár. 26. En el asunto de *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* la Corte constató, por lo que se refiere a los Arts. II y III del Protocolo, que “make it clear that they are not to be understood as laying down a precondition of the applicability of the precise and categorical provision contained in Article I establishing the compulsory jurisdiction of the Court in respect of disputes arising out of the interpretation or application of the Vienna Convention ...”; ICJ, *Reports 1980*, pp. 25–26.

¹⁵⁵ ICJ, *Reports 1998*, providencia de 10 de noviembre de 1998, p. 426, con la que se da efecto al desistimiento de Paraguay. En el asunto *Breard* no hubo pronunciamiento sobre el fondo pues el caso quedó cerrado cuando el Gobierno de Estados Unidos presentó excusas ante el Gobierno y el pueblo de Paraguay, reconociendo haber violado el Convenio sobre Relaciones Consulares y comprometiéndose a garantizar que, en lo sucesivo, “los derechos consulares de los extranjeros en los Estados Unidos fueran respetados, y que los paraguayos y otros súbditos extranjeros fueran debidamente notificados de su derecho a solicitar asistencia consular en caso de ser arrestados o detenidos”; cf. *US Department of State, Office of Spokesman*, texto de la Declaración emitida en Asunción, Paraguay, el 4 de noviembre de 1998, citado en ACEVES, W.J., “Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Federal Republic of Germany v. United States)”, *Provisional Measures Order*, *AJIL*, vol. 93 (1999), n. 4, 924–928, p. 927.

¹⁵⁶ En cuanto a los hechos que motivaron la demanda de Alemania, cabe señalar que en 1982 las autoridades de Arizona arrestaron como presuntos autores de varios crímenes, entre ellos un asesinato, a los hermanos Karl y Walter LaGrand, de nacionalidad alemana, quienes fueron juzgados y condenados a la pena de muerte sin ser informados de su derecho a ser asistidos por parte de las autoridades consulares alemanas, garantizado por los arts. 5 y 36 de el Convenio de 1963.

Unidos esta pretensión sería inadmisibles, pues su defensa partía de la distinción – a los efectos de la competencia de la Corte *ex* Protocolo Facultativo –, entre las normas primarias que reconoce el Convenio de Viena (los derechos consulares), y las normas secundarias que pudieran nacer de la violación de dicho Convenio (incluido el ejercicio de la protección diplomática)¹⁵⁷. Así, el título de atribución invocado – el Art. I del Protocolo Facultativo –, se ha de constreñir estrictamente y *ratione materiae* al Convenio de Viena de 1963, por lo que la controversia se reducía a la ausencia de información consular sobre el estado procesal de los hermanos LaGrand¹⁵⁸; controversia entre Estados, que no confería derechos a los particulares susceptibles de ser defendidos en una instancia judicial a través de la protección diplomática¹⁵⁹.

Por el contrario, para Alemania existía una conexión razonable entre sus alegaciones y el Protocolo en cuestión, pues entendía que ambas violaciones – del apartado *b*), por un lado, y de los apartados *a*) y *c*), por otro – y sus consecuencias debían ser atribuidas separadamente a Estados Unidos; y que, en conjunto, constituía una controversia sobre la “aplicación de la Convención” en el sentido del Art. I del Protocolo Facultativo. La respuesta procesal de la Corte fue clara, considerando que las tres controversias planteadas

¹⁵⁷ Ejercicio que Estados Unidos fundaba, además, no en la Convención de 1963 sino en el DI General, motivo por el cual excluían la competencia de la Corte, toda vez que Alemania basaba dicha competencia en el Protocolo Facultativo. Estados Unidos se preguntaba, en consecuencia, si no era evidente que “to the extent that this claim by Germany is based on the general law of diplomatic protection, it is not within the Court's jurisdiction” under the Optional Protocol because it “does not concern the interpretation or application of the Vienna Convention”; ICJ, *Reports 2001*, p. 40.

¹⁵⁸ Estados Unidos reconocía en su Conmemoria haber violado su obligación de informar a los hermanos LaGrand de su derecho a comunicarse con los funcionarios consulares alemanes, pero que esta violación había quedado subsanada mediante presentación de excusas al Estado afectado (Contra-memoria, 27 de marzo de 2000, párs. 50 y 67). Estados Unidos ha seguido con su proceder en el asunto *Avena* basándose, de manera sorprendente, en la sentencia *LaGrand* al afirmar que: “We (...) have made a conscious choice to focus our efforts on clemency proceedings for providing the review and reconsideration this Court called for in *LaGrand*. [That Judgement] expressly left the choice of means of providing the review and reconsideration to the United States (...) Clemency proceedings provide a more flexible process that is best suited for achieving, without procedural obstacles, the review and reconsideration this Court called for”; *Order 5 February*, ICJ, *Reports 2003*, p. 10.

¹⁵⁹ Según la defensa norteamericana, el Convenio de Viena de 1963 constituye un “sistema normativo autárquico”, cuyas disposiciones sólo prevén normas primarias de conducta destinadas exclusivamente a los Estados, sin que las previsiones de los arts. 5 y 36 sean una excepción y se hayan transformado en un derecho individual del extranjero procesado oponible al Estado receptor. Esta afirmación contradice su propia posición jurídica manifestada en el asunto del *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*; ICJ, *Pleadings 1980*, p. 174.

por el demandante – esto es, divisibilidad de las violaciones por parte de Estados Unidos; creación de derechos individuales susceptibles de tutela a través de la protección diplomática; y consecuencias jurídicas de la violación del Convenio –, recaían dentro de la misma base de competencia constituida por el Art. I del Protocolo Facultativo, ya que todas ellas eran “originadas por la interpretación o aplicación del Convenio”¹⁶⁰. En su sentencia sobre el fondo, de nuevo la CIJ volvió a reafirmar su jurisdicción sobre la base de dicha cláusula compromisoria¹⁶¹.

Este amplio reconocimiento competencial realizado por la CIJ sobre la base del Art. I del Protocolo Facultativo al Convenio de Viena de 1963 ha animado a otros Estados a recurrir a la referida cláusula para activar su jurisdicción. El 9 de enero de 2003, México se ha convertido en el tercer Estado en introducir una demanda en solicitud de medidas provisionales contra Estados Unidos, por violación de los arts. 5 y 36 del Convenio de 1963 en la persona de 54 nacionales condenados a muerte en diversos Estados de la Unión, y en cuyos procesos otra vez se violaron los derechos consulares protegidos por este Convenio. En su *Orden* de 5 de febrero de 2003, la Corte volvió a refrendar que los criterios para determinar su competencia se cumplieran en la fecha del depósito de la demanda, pues en esa fecha ambos litigantes eran partes tanto del Convenio de Viena de 1963 como del Protocolo Facultativo (México desde el 15 de marzo de 2002); y, además, entre México y los Estados Unidos existían puntos de vista irreconciliables en cuanto a las obligaciones que imponen

¹⁶⁰ *LaGrand*, ICJ, *Order of 3 March 1999*, p. 15, párr. 25. En contra *cf.* opinión del Juez Oda, *ibid.*, p. 18.

¹⁶¹ Cuando afirmó lo siguiente: “The dispute between the parties as to whether Article 36, paragraph 1 (a) and (c), of the Vienna Convention have been violated in this case in consequence of breach of paragraph 1 (b) does relate to the interpretation and application of the Convention. This lapso is true of the dispute as to whether paragraph 1 (b) creates individual rights and whether Germany has standing to assert these rights on behalf of its nationals ... Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany’s claim based on the individual rights of the LaGrand brothers is beyond the Court’s jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law. *This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdictional clause in such treaty*”, *LaGrand, Judgement*, ICJ, *Reports 2001*, pp. 482–483, párr. 42. *Cursiva del autor.*

los arts. 5 y 36.1 del Convenio de Viena de 1963¹⁶², posición que ha sido reiterada en su sentencia de 31 de marzo de 2004¹⁶³. Así, el hecho de que México ratificara el Protocolo sólo siete meses antes del depósito de su demanda demuestra que la capacidad de maniobra de los Estados puede operar también a los efectos de activar la jurisdicción de la Corte. Es por ello que, de acuerdo a su línea jurisprudencial emprendida en *Breard* y *LaGrand*, la Corte ha entendido que dicha cláusula judicial es una vía útil para activar su competencia *prima facie* a los efectos de dictar medidas provisionales, lo que facilita mucho el acceso a la fase sobre el fondo.

B) Desarrollos jurisprudenciales en torno a la cláusula judicial del Art. I del Protocolo Facultativo al Convenio Consular de 1963: la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas por la Corte *ex art.* 41 de su Estatuto

Quizás la cuestión de máximo interés que ha suscitado el asunto *Breard* y, de manera especial, el asunto *LaGrand*, sea la del carácter obligatorio del incidente procesal que constituyen las medidas provisionales y, en consecuencia, la determinación del contenido de su incumplimiento y los cauces de exigencia para el Estado incumplidor. La cuestión de la naturaleza obligatoria de las medidas cautelares constituye, como es lógico, la piedra angular de esta institución incidental. Cuestión que adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta que tal naturaleza obligatoria no está resuelta expresamente ni el Estatuto y el Reglamento de la Corte¹⁶⁴, ni en su propia jurisprudencia¹⁶⁵, situación que ha

¹⁶² *Avena and Other Mexican Nationals*, Order 5 february 2003, en <http://www.icj-cij.org/>, párs. 41–42.

¹⁶³ *Case concerning Avena ...*, *op. cit.*, *Judgement*, 2004, pp. 21–24. Es interesante observar que ante una de las objeciones presentadas por Estados Unidos a la jurisdicción de la CIJ, por la que se pedía que el primer *petita* de la demanda de México quedara fuera de la competencia de este órgano, la CIJ arguyó que “Such interpretation may or may not be confirmed on the merits, but is not excluded from the jurisdiction conferred on the Court by the Optional Protocol to the Vienna Convention”; *ibid.*, pár. 30.

¹⁶⁴ Todo el problema se centra en la lectura que se haga del art. 41 del Estatuto de la CIJ, teniendo en cuenta la redacción del precepto: “La Corte tendrá la facultad para indicar ...”. Tampoco el estudio del texto del art. 41 del Estatuto, de los trabajos preparatorios y de los artículos del Reglamento donde aquel se desarrolla

dejado subsistir ciertas ambigüedades que han alimentado el debate doctrinal¹⁶⁶. Esta redacción contrasta con la clara regulación de los efectos de las medidas cautelares que hace la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, pues conforme a su art. 290 párrafo 6 las medidas *decretadas* por la corte o tribunal en cuestión son de cumplimiento obligatorio por las partes, que deberán aplicarlas *sin demora*.

Ante este panorama, debiera ser la CIJ la que se pronunciara, en sede judicial, de forma clara e inequívoca sobre las consecuencias del incumplimiento de estas medidas provisionales, pues no en vano la Corte ha reconocido tener jurisdicción para resolver sobre su propia competencia (como es la incidental), facultad por otra parte prevista expresamente en el párrafo 6 del art. 36 de su Estatuto. Esta oportunidad se la ha brindado el asunto *LaGrand*, el cual ha servido para que la CIJ se pronuncie, por vez primera en su historia, sobre el carácter obligatorio de las medidas provisionales indicadas *ex art.* 41 de su Estatuto¹⁶⁷. Constatados los presupuestos cautelares (competencia *prima facie* basada en el

aportan mucha luz al respecto.

¹⁶⁵ Hasta el asunto *LaGrand*, y a pesar de la práctica infractora de los Estados en cuanto a las medidas ordenadas, la CIJ no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión en sede judicial. Únicamente en su Orden de 13 de septiembre de 1993 dictada en el asunto de la *Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide*, exige la puesta en práctica y efectiva aplicación de las medidas provisionales ya indicadas anteriormente (varios Jueces sí que se mostraron firmemente convencidos del carácter obligatorio de las medidas cautelares); *vid.* sobre el particular las opiniones individuales de los Jueces WEERAMANTRY, ICJ, *Reports 1993*, p. 349; AJIBOLA, *ibid.*, p. 399; LAUTERPACHT, *ibid.*, p. 410, y SHAHABUDEEN, *ibid.*, p. 367.

¹⁶⁶ Lo cierto es que un sector mayoritario de la doctrina califica a ésta competencia incidental como una competencia obligatoria, que no se puede hacer depender del consentimiento *ad hoc* de los Estados litigantes. Baste con citar lo defendido por FITZMAURICE, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1995, p. 548; ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court of Justice 1920–1996*, vol. II, Jurisdiction, The Hague, 1997, pp. 596–602; y, entre nosotros, ABAD CASTELOS, M., *El Tribunal Internacional de Justicia y la Protección Cautelar de los Derechos de los Estados*, Madrid, 2002, pp. 127–140. Por el contrario, algunos autores han rechazado su carácter vinculante; *vid.* los análisis de GROSS, L., “Some observations on Provisional Measures”, *International Law at time of perplexity ...*, *op. cit.*, pp. 307–323 y MERRILLS, J.G., “Interim measures of protection in the recent jurisprudence of the International Court of Justice”, *ICLQ*, vol. 44 (1995), n. 1, pp. 90–145;

¹⁶⁷ Esta posibilidad no se la pudo ofrecer el asunto *Breard* pues, si bien Paraguay se reservó el derecho a modificar y completar los términos de su demanda, tras la ejecución del Sr. Breard el 17 de abril de 1998, en flagrante incumplimiento de las medidas provisionales, el asunto quedó inconcluso como consecuencia del desistimiento de Paraguay. Sobre la naturaleza obligatoria de las medidas provisionales en este asunto *vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte internacional de Justicia: a propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los EE.UU. en el asunto *Breard*”, *Anuario IHLADI*, vol. XIV (1999), pp. 158–169; AZNAR-GÓMEZ, M.J., “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d’Amerique)”, *RGDIP*, t. 102 (1998), n. 4, pp. 915–949; ADDO, M.K., “Interim Measures of

Art. I del Protocolo Facultativo, urgencia, gravedad e inmediatez del caso y existencia de un perjuicio irreparable para los derechos del Estado demandado)¹⁶⁸, la Corte de La Haya ordenó el 3 de marzo de 1999, y por unanimidad, que Estados Unidos debía tomar todas las medidas que estuvieran a su disposición para que W. LaGrand no fuera ejecutado hasta que no se dictara un pronunciamiento definitivo sobre el asunto, debiendo comunicar a la CIJ las medidas que en tal sentido hubieran sido adoptadas. En este caso, la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas venía fortalecida por el hecho de que haber sido dictadas de oficio¹⁶⁹, confirmando la jurisdicción inherente que la CIJ posee frente a los Estados partes.

Sin embargo, la principal novedad de esta decisión con respecto a *Breard* es la referencia a la responsabilidad de Estados Unidos en la adopción de todas las medidas “disponibles” para obligar a sus órganos internos a dar debido cumplimiento a la providencia dictada, lo que supone un levantamiento del velo de la estructura político-territorial del Estado federal¹⁷⁰. Pero a pesar de la obligación incondicional de resultado

protection for rights under the Vienna Convention on consular relations”, *EJIL*, vol. 10 (1999) n. 4, pp. 713–732, y HENKIN, L., “Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States”, *AJIL*, vol. 92 (1998), n.4, pp. 679–683. Este último artículo se encuadra dentro del intenso debate suscitado en Estados Unidos tras la orden sobre medidas provisionales en el asunto *Breard*, al que el volumen citado en la revista estadounidense dedica un apartado (*Agora: Breard*).

¹⁶⁸ La exigencia de evitar con las medidas cautelares un perjuicio irreparable ha sido valorado por la Corte como punto básico en varios asuntos como los siguientes; *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ, *Reports 1980*, p. 899, párr. 38; *Nuclear Test Case, Order of 22 June 1973*, ICJ, *Reports 1973*, p. 103 y *Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide, Ordonnance 7 octobre 1993*, ICJ, *Reports 1993*, p. 19, párr. 34.

¹⁶⁹ Debe tenerse en cuenta que la Corte, por primera vez desde su creación, indicó aquellas medidas *motu proprio* “conforme al art. 75.1 de su Reglamento”, considerando que la excepcionalidad del caso exigía actuar con extrema urgencia. En la Orden de 3 de marzo de 1999, los Jueces ODA y SCHWEBEL, aun votando a favor de las mismas, señalaron sus dudas acerca del hecho de haber procedido *motu proprio*, *vid.* ICJ, *Reports 1999 (I)*, *Order 3 of March*, pp. 13 y 21. Sin embargo, y no estando obligado a dar el derecho de audiencia a las partes previsto en los artículos 73.2 y 73.3 del Reglamento, el Vicepresidente de la Corte, recibió a los representantes de estas (*ibid.*, párr. 12); *vid.* las críticas estadounidenses en su Contra-memoria, párrs. 108 y 109.

¹⁷⁰ Estos son los significativos términos en que se expresa la providencia: “Whereas the United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings; whereas, according to the information available to the Court, implementation of the measures indicated in the present Order falls within the jurisdiction of the Governor of Arizona; whereas the Government of the United States is consequently under obligation to transmit the present Order to the said Governor”; ICJ, *Reports 1999*, párr. 28. Cursiva añadida.

impuesta a Estados Unidos por la providencia de 3 de marzo de 1999, tal decisión no impidió que W. LaGrand fuera ejecutado ese mismo día¹⁷¹.

En consecuencia, Alemania solicitó de la Corte que determinara que Estados Unidos había violado la obligación jurídica a su cargo de adecuar su comportamiento a lo indicado en la providencia, siendo el cauce procesal pertinente la presentación de una demanda adicional en ampliación del objeto de la demanda principal¹⁷², en la que Alemania planteaba, de modo liminar, el carácter obligatorio de las medidas provisionales *ex art. 41* del Estatuto de la CIJ. Por su parte, Estados Unidos mantenía haber cumplido con la providencia de la Corte, entre otras cosas, mediante su “traslado” al Gobernador de Arizona¹⁷³.

Sin embargo, en la fase oral, Alemania avanzó el argumento que finalmente retendría la Corte: que las decisiones de la Corte *ex art. 41* son actos jurídicos a los que se les presupone un efecto útil pues, en caso contrario, las medidas provisionales perderían su razón de ser¹⁷⁴. La Corte entendió que la controversia entre las Partes se refería esencialmente a la interpretación que debiera darse al art. 41 de su Estatuto y, por tanto,

¹⁷¹ En atención a la consideración, defendida por el Fiscal General y retenida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos de que la providencia de la CIJ carecía de la naturaleza obligatoria necesaria para fundamentar un recurso de revisión del proceso concluido mediante sentencia firme, *vid. LaGrand v. Arizona*, 119 S.Ct. 1137 – Breyer and Stevens, JJ., dissenting–, Anexo 30 de la Memoria de la RFA). Resulta significativo que el Juez BUERGENTHAL votara en contra de la admisión de esta pretensión alemana aduciendo la tardía introducción de la demanda por parte de Alemania y que este país no podía ignorar la postura oficial del Gobierno estadounidense acerca del carácter no vinculante de las órdenes de la CIJ, *vid. Opinión Disidente* del Juez BUERGENTHAL, pár. 19.

¹⁷² Alemania requirió de la Corte que se pronunciara sobre esta cuestión al ampliar, mediante su Memoria, el objeto de su demanda y solicitar de la Corte, en su tercera conclusión, que diga y juzgue que: “3. Los Estados Unidos, al no haber tomado todas las medidas de que disponían para asegurar la suspensión de la ejecución de Walter LaGrand hasta que la Corte Internacional de Justicia hubiera dictado su decisión definitiva, han violado su obligación jurídica internacional de dar debido cumplimiento a la providencia de 3 de marzo de 1999 y de abstenerse de todo acto que pueda interferir el objeto de la controversia mientras el procedimiento judicial esté pendiente”.

¹⁷³ Su argumentación se basaba en dos ideas, a saber: primera, sin negarlo categóricamente, ponían en duda el carácter obligatorio de las medidas provisionales; y, segundo, mantenían que en razón de las “circunstancias extremas” en las que tales medidas fueron indicadas (con pocas horas de antelación respecto a la ejecución de W. LaGrand), Estados Unidos hizo todo lo posible teniendo en cuenta la naturaleza federal de su organización política; *vid. esta idea repetida varias veces en la Contra-memoria norteamericana*, pár. 104; *Comptes-Rendus* 2000/29, pár. 7.3; y *Comptes-Rendus* 2000/31, párs. 7.1 y 7.14.

¹⁷⁴ *Vid. la respuesta de Alemania en CR* 2000/30, párs. VII. 21–24.

procedió a la aplicación de las reglas sobre interpretación del *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 concluyendo que

“[...] It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article”¹⁷⁵.

por lo que la Corte llegaba a la conclusión de que las medidas provisionales del art. 41 del Estatuto “have binding effect”¹⁷⁶, cerrando así, de manera expresa, el debate sobre su obligatoriedad. Este pronunciamiento histórico ha tenido una aplicación diferida en las medidas provisionales indicadas por la CIJ el 5 de febrero de 2003 en el asunto *Avena*, puesto que a través de ellas la CIJ ha requerido a Estados Unidos para que adopte “todas las medidas necesarias”¹⁷⁷ para impedir que tres nacionales mexicanos sean ejecutados *pendente lite*¹⁷⁸. La afirmación del carácter obligatorio de las medidas provisionales ha permitido a la CIJ desarrollar plenamente su función judicial en *Avena*, sustituyendo aquéllas por un pronunciamiento definitivo sobre el fondo en el cual se indican las medidas apropiadas dirigidas a la reparación de la violación de los derechos consulares¹⁷⁹.

¹⁷⁵ ICJ, *Reports 2001*, pár. 102.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pár. 109.

¹⁷⁷ En cuanto al contenido de las medidas provisionales requeridas, en comparación con los asuntos *Breard y LaGrand*, es interesante observar que la Corte no se limita a prescribir a Estados Unidos que adopte las medidas *disponibles* (o a su alcance, tal y como figura en las actas de la audiencia oral de solicitud de medidas cautelares por México, CR 2003/1, p. 10), sino que se refiere a todas las medidas necesarias (se habla de “tout mesure”, en la versión francesa). Este perfeccionamiento del lenguaje de la providencia respecto a los casos anteriores (*cf.* pár. 111 de la sentencia *LaGrand*) permite estrechar un poco más el margen de respuesta del demandado, que no puede seguir alegando que ha cumplido con su obligación de comportamiento porque otras medidas no están a su alcance.

¹⁷⁸ En concreto indicó que “The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgement in these proceedings”; ICJ, *Reports 2003, Order*, pp. 91–92, pár. 59.

¹⁷⁹ Así, por 14 votos contra 1, la Corte determinó que la reparación apropiada en este caso consiste en la

II. La reticente actitud estatal hacia las cláusulas que prevén el recurso obligatorio a la CIJ, sin posibilidad de exclusión o reserva: el caso del Derecho de los Tratados

Como señala Ph. PAZARTZIS “si, en teoría, la aceptación con carácter previo del recurso a procedimientos de arreglo obligatorio debe provocar el aumento del número de controversias resueltas por estos medios, en la práctica el comportamiento estatal varía en función de la coyuntura política internacional y de las relaciones interestatales reales en un momento dado”¹⁸⁰. Esta afirmación puede muy bien confrontarse si consideramos el elevado número de reservas que, en su momento, se formularon a la cláusula de acceso unilateral a la CIJ prevista en los *Convenios sobre Derecho de los Tratados entre Estados*, de 1969, y *entre Estados y Organizaciones Internacionales*, de 1986, cuyas disposiciones no las permiten expresamente, y el cambio de sentido jurídico experimentado entre algunos Estados, sobre todo a partir de la década de los años noventa, en relación con esta cuestión.

Por lo que se refiere al Convenio de 1969, los antiguos Estados del bloque socialista que su opusieron de manera frontal durante la Conferencia de 1969 a la jurisdicción obligatoria de la CIJ nunca cerraron la posibilidad de introducir reservas a las correlativas disposiciones del texto convencional. En sentido inverso, el art. 66 es el precepto que concentra mayor número de declaraciones formuladas mayoritariamente por Estados

“obligación de Estados Unidos de realizar, a través de los medios de su propia elección, una revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos considerando la violación de los derechos previstos”, lo que adquiere especial importancia en el caso de los tres nacionales mexicanos cuyas condenas son ya definitivas, pues ni existe recurso interno disponible ni la doctrina de la preclusión procesal permite la revisión de sus sentencias, y sobre los que se había fijado fecha de ejecución, *vid. Case concerning Avena ..., op. cit.*, p. 60. Sin embargo, hay que felicitar, pues en esta ocasión, y a diferencia de lo sucedido en *LaGrand*, el 13 de mayo de 2004 el Gobernador de Oklahoma conmutó la sentencia de muerte del Sr. Torres por cadena perpetua y ese mismo día la Corte de Apelación de Oklahoma ordenó detener la ejecución y la revisión del caso. En este sentido, es significativo que en el comunicado de la oficina de prensa del Gobernador se afirmara lo siguiente: “The International Court of Justice ruled on March 31 that Torres’s rights were violated because he had not been told about his rights guaranteed by the 1963 Vienna Convention. Under agreements entered into by the United States, the ruling of the ICJ is binding on U.S. courts”; *vid. http://www.governor.state.ok.us*. Sobre la ejecución de la sentencia *Avena* por los tribunales de Estados Unidos véase *Contemporary Practice*, “Implementation of *Avena* decision by Oklahoma Court”, *AJIL*, vol. 98 (2004), pp. 581–584.

¹⁸⁰ *Les engagements internationaux ..., op. cit.*, p. 32.

occidentales, con la finalidad de relacionarlo con la aceptación, por medio de otros instrumentos, de la jurisdicción de la CIJ. Se trata de “declaraciones interpretativas” por medio de las cuales los autores evitan la eventual interpretación según la cual los Estados sometidos previamente por otros instrumentos a la jurisdicción de la CIJ podrían acudir a “otros medios de solución de controversias”, salvando así la jurisdicción obligatoria y automática de la Corte conforme al Convenio de 1969¹⁸¹. Es el caso de las declaraciones realizadas por el Reino Unido, Canadá o los Países Bajos respecto del Convenio de 1969¹⁸²; o de las declaraciones de Alemania y los Países Bajos respecto al Convenio de 1986, en el sentido de que el art. 66.4 no establece “otro medio de solución” de controversias en relación con aquellos Estados partes en el Convenio que hayan aceptado previamente la jurisdicción obligatoria de la CIJ, incluso para las controversias de la Parte V que no se refieran a los arts. 53 y 64 (sometidas a conciliación “obligatoria”)¹⁸³.

A diferencia de las anteriores, la adhesión sucesiva, y prácticamente coincidente en el tiempo, de los países otrora socialistas al Convenio de Viena de 1969, introdujo reservas cuyo objeto era excluir los efectos del art. 66. Por suerte, el fin de la confrontación bipolar parece haber provocado un cambio “de sentido jurídico” en tales Estados, pues cuatro de ellos – ex R.D. de Alemania, República Checa, Eslovaquia y Mongolia¹⁸⁴ –, han retirado sus reservas a la totalidad de dicho precepto, siendo ilustrativo que sea la Federación Rusa (junto con Belarús y Ucrania)¹⁸⁵ el único Estado ex socialista que mantiene la reserva

¹⁸¹ Para justificar su formulación se podría acudir, como ha hecho A. REMIRO BROTONS, al art. 65.4 del Convenio que “deja a salvo los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de las controversias, lo que ha de entenderse (...) como una aceptación general de los procedimientos de arreglo expresamente previstos por las partes en otros textos jurídicamente relevantes”; *Derecho Internacional Público 2. Derecho ...*, op. cit., p. 455.

¹⁸² Vid. la posición de Gran Bretaña en UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, p. 329; y también las de Canadá y los Países Bajos en *ibid.*, pp. 327 y 329.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 342.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 336 nota 6 (ex R.D. de Alemania); pp. 335 y 336 nota 5 (República Checa); *ibid.*, (Eslovaquia); pp. 337 n. 16 (Mongolia).

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 329 y pp. 326 (Belarús) y 329 (Ucrania), pues Bulgaria retiraba su reserva a los procedimientos jurisdiccionales del art. 66 a), optando por el sometimiento a la CIJ bajo condición de reciprocidad, así como al art. 66.2 a) del Convenio de 1986; *ibid.*, pp. 336 n. 11 y 343 n.6 y 308 n.6. Por su parte, Hungría hacía lo propio con la reserva formulada al art. 66.2 del Convenio de 1986; *ibid.*, p. 343, n.7.

formulada en su momento al art. 66 a), junto con tres Estados pertenecientes al mundo islámico (Argelia, Túnez y Arabia Saudí), que también la mantienen¹⁸⁶. Con los mismos efectos que las anteriores, pero de naturaleza y con base en consideraciones distintas, hay que citar las declaraciones de Dinamarca y Tanzania, sujetas a condición de que algún Estado formule reservas a las disposiciones procesales de la Parte V¹⁸⁷.

Por su parte, sólo una minoría de Estados del grupo occidental que objetan la reserva destinada a excluir la competencia de la Corte, han conferido a su objeción un alcance *cualificado*, mediante el que se oponen a la entrada en vigor del Convenio de 1969 en sus relaciones con el reservante, como inequívocamente han expresado Nueva Zelanda y el Reino Unido respecto a la formulada por Túnez a la CIJ¹⁸⁸, y de nuevo el Reino Unido respecto a la realizada por Vietnam en 2002¹⁸⁹. Otras objeciones son simples pues, o bien se limitan a declarar la incompatibilidad de estas reservas con el fin y propósito del Convenio¹⁹⁰, o bien consideran excluidas en sus relaciones con el reservante las disposiciones afectadas, tanto las de índole procesal como las sustantivas a las que se refieren aquéllas¹⁹¹. A fin de cuentas, quizás es preferible mantener vivas las obligaciones

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 326 (Argelia) y 329 (Túnez y Arabia Saudí).

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 327 y 330, respectivamente. También Dinamarca y Bélgica han formulado este tipo de reserva extensiva al acceso a la CIJ en vía consultiva del *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1986. Para tales Estados, esta declaración implicaría la exclusión de las disposiciones convencionales de la Parte V relativas a la nulidad, terminación o suspensión de un tratado, en el supuesto de que un Estado reservara la aplicación de los procedimientos previstos en el art. 66.4; *ibid.*, p. 342.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 332–334. Resulta extraño que Estados Unidos mantuviera esa actitud respecto a la reserva siria destinada a excluir el procedimiento de conciliación “obligatoria”, y no respecto a la reserva tunecina a la CIJ; *ibid.*, p. 300.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 300.

¹⁹⁰ Así, las objeciones de Alemania a la reserva de Vietnam al Convenio de 1969 y a la formulada en su momento por Bulgaria al art. 66.2 del Convenio de 1986, *ibid.*, pp. 297 y 307. En este sentido, R. RIQUELME CORTADO ha apuntado que “ni siquiera parece posible afirmar la incompatibilidad de las reservas a los medios jurisdiccionales de arreglo con el objeto y el fin de tratados que probablemente más la merecerían [como el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados*], no sólo por carecer de cláusula al efecto, sino porque [...] late la activación de medios de solución de las controversias que ponen en cuestión la contradicción con normas de *ius cogens*”; *Las Reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, p. 200.

¹⁹¹ Así, Dinamarca, Egipto, Japón, Tanzania o Nueva Zelanda en relación con la reserva formulada por Túnez a la jurisdicción obligatoria de la CIJ (art. 66 a); *ibid.*, p. 293, 296, 297, 296 y 298. La misma actitud han manifestado Países Bajos, Suecia y el Reino Unido respecto a la reserva formulada por Cuba; *ibid.*, pp. 298, 299 y 300; así como de nuevo los Países Bajos, en relación con la formulada por Vietnam en 2002 al mismo artículo del Convenio de 1969; *ibid.*, p. 298.

sustantivas impuestas en el tratado en cuestión con los reservantes a la cláusula que otorga jurisdicción a la CIJ, que eliminarlos del círculo de Estados partes, para lo que, según se infiere del dictamen relativo a las *Réserves a la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*¹⁹², y de la regulación flexible que de las reservas hace la Convención de 1969, en el silencio del tratado, sería preciso la objeción cualificada *unánime*¹⁹³.

No obstante, la práctica en torno a la cláusula judicial del art. 66 a) del Convenio de 1969 – pues el de 1986 no ha entrado en vigor –, rebaja un tanto el optimismo ya que, desde su entrada en vigor hace más de 20 años, dicha cláusula ha sido invocada sólo una vez ante la CIJ¹⁹⁴. Ha sido en mayo de 2002, fecha en la que la República Democrática del Congo presentó demanda contra Ruanda solicitando medidas cautelares en el *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002)*¹⁹⁵. En su respuesta a través de la Orden de 10 de julio de 2002, la CIJ ha rehusado afirmar su competencia *prima facie* sobre la base del art. 66 a) del Convenio de 1969, al considerar que no existía una conexión entre el objeto de la demanda y la referida cláusula¹⁹⁶. Ahora bien, la Corte sí

¹⁹² *Avis consultatif du 28 mai 1951*, CIJ, *Recueil 1951*, p. 19.

¹⁹³ Entre la doctrina española *vid.* QUEL LÓPEZ, F.J., *Las reservas a los tratados internacionales*, Bilbao, 1991; BONET i PÉREZ, J., *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, 1996, y RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados ...*, *op. cit.*

¹⁹⁴ De igual modo, sólo una vez se ha invocado la cláusula de atribución de competencia automática a la CIJ contenida en el art. IX de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio* de 1948. Fue el 20 de marzo de 1993, cuando Bosnia-Herzegovina, fundamentando la jurisdicción de la CIJ, entre otros títulos, en el art. IX de la Convención contra el Genocidio de 1948, presentó una demanda contra la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), acusando a dicho Estado de haber vulnerado, entre otras normas, la Convención contra el Genocidio de 1948. En su Orden de 8 de abril de 1993, la CIJ se consideró competente *prima facie* de acuerdo al citado artículo para dictar medidas provisionales dentro del ámbito *ratione materiae* delimitado por dicha Convención, entendiendo que Yugoslavia había ratificado esa Convención en 1948 y que tanto Bosnia-Herzegovina como la R.F. Yugoslava (Serbia y Montenegro) habían sucedido en las obligaciones convencionales de Yugoslavia, al menos en lo referente a esta Convención; *vid.* RAMÓN CHORNET, C., “Nota sobre la Orden de 8 de abril de 1993 de la CIJ en el conflicto de Bosnia-Herzegovina”, *ADI*, vol. X (1994), 301–321, p. 320.

¹⁹⁵ *Republique Democratique du Congo, requête introductive d’instance a la CIJ contre Republique du Rwanda*, La Haye, 28 mai 2002. En su demanda, la R.D. del Congo sostenía la pretensión de que el *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 fundaba la competencia de la Corte para conocer las controversias originadas por la violación de normas imperativas en materia de derechos humanos reflejadas en un cierto número de tratados internacionales, *vid.* el texto de la demanda en <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icrw/icrwframe/htm>.

¹⁹⁶ *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête: 2002)*, *Republique*

aprovechó para delimitar el alcance material de la cláusula del art. 66 a), al considerar que dicha cláusula debe leerse en relación con el art. 65 del mismo Convenio relativo al procedimiento que se ha de seguir en caso de nulidad, extinción, retirada o suspensión de un tratado que esté en oposición a una norma de *ius cogens*, concluyendo que, la demanda presentada por la R.D. del Congo en este asunto

“ne soutient pas qu’un différend, qui n’aurait pu être réglé en suivant la procédure prévue à l’article 65 de la Convention de Vienne, l’opposerait au Rwanda au sujet d’un conflit entre un traité et une norme impérative de droit international”¹⁹⁷.

Esta posición de la CIJ sugiere, a mi juicio, dos reflexiones. Primera, esta decisión confirma que la jurisdicción de la CIJ instituida a través del art. 66 a) del Convenio de 1969 se concibe dentro de un margen procesal muy estrecho, pues sólo podrá invocarse en el caso de que se considere que el contenido de un tratado pudiera ser contrario a una norma imperativa. Segunda, este pronunciamiento debe evitar que en el futuro dicha cláusula judicial pueda ser utilizada como arma política en situaciones de conflicto armado con grave deterioro de los derechos humanos, como ha sucedido en el asunto citado. De todos modos, en realidad es difícil conocer el verdadero papel que ha jugado esta cláusula judicial ya que, al margen de que no serán frecuentes los tratados en oposición a una norma de *ius cogens*, el mero hecho de su existencia quizás conlleva un efecto disuasivo por el cual los Estados, antes de ser llevados ante la Corte, se esfuercen con más empeño en no concluir acuerdos de este tipo¹⁹⁸.

Démocratique du Congo c. Rwanda, Ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ, Recueil 2002, p. 35, p. 94.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 31, p. 75. En su *obiter dicta* la Corte aclaró que el objetivo del art. 66 “n’a pas pour objet de permettre que les procédures de règlement judiciaire, d’arbitrage et de conciliation de la convention de Vienne sur le droit des traités soient substituées aux mécanismes de règlement des différends relatifs à l’interprétation ou à l’application de traités déterminés, notamment lorsque la violation de ces traités est alléguée”; *ibid.*, p. 75. La cursiva es nuestra. Cf. la opinión individual del Juez DUGARD, *ibid.*, p. 53, p. 8.

¹⁹⁸ Quizás otra circunstancia que juega en contra de ello es la amplitud de los plazos que exigen los arts. 65 y

Sección tercera. La especialización judicial dentro de la sectorialización: el sistema de arreglo de la Parte XV de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 y el nuevo TIDM

I. La optimización del consentimiento al arreglo judicial obligatorio: el “Compromiso Montreux”

1. Planteamiento: descripción general del sistema de arreglo de la Convención de 1982

Reflejo de la complejidad y extensión de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 es el sistema previsto en la Sección 2ª de su Parte XV relativa al arreglo de controversias a que de lugar su interpretación y aplicación, que arranca del respeto de la libertad de los Estados partes para convenir, en cualquier momento, los medios pacíficos de su elección (art. 280). Ahora bien, quizás el mayor éxito del sistema consiste en subordinar la consabida libertad de elección del medio a la obligación de arreglo pacífico de controversias a través de un mecanismo tan complejo como innovador. En efecto, de no cuajar el acuerdo entre las partes, el art. 287.1 de la Convención prevé un sistema “a la carta” que permite a las partes elegir, mediante declaración escrita formulada al firmar, ratificar o adherirse a la Convención, o en cualquier momento posterior, uno o varios de los siguientes procedimientos: “a) el Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituido de conformidad con el Anexo VI¹⁹⁹; b) La Corte Internacional de Justicia; c) Un tribunal

66 del Convenio y el Anexo, al Estado que invoque una causa de nulidad, terminación o suspensión antes de acudir a la Corte, especialmente si se espera que la parte inocente deba respetar durante ese lapso de tiempo (doce meses) las obligaciones que le incumben según el tratado.

¹⁹⁹ Conocido, anteriormente, como Tribunal de Derecho del Mar (TDM), su denominación varió durante la novena sesión de los debates de la III Conferencia (1981). El Presidente explicó, en este sentido, que “the title Law of the Sea Tribunal was pedestrian and did not adequately describe the international status and the

arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII; c) Un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII, para una o varias de las categorías de controversias que en él se especifican”.

La utilización de esta fórmula abierta y flexible, resultante del “*Compromiso de Montreux*”, permite elegir entre cuatro foros diferentes, aunque otorgando a uno de ellos (el denominado “arbitraje VII”) jurisdicción residual en caso de falta de elección o elección discordante. Asimismo, esta flexibilidad se traduce en la facultad de escoger el momento idóneo para pronunciar la declaración pertinente de elección del foro. En lo que se refiere a la primera cuestión, las opciones de los Estados giran en torno a las siguientes pautas: en primer lugar, si las partes en una controversia han aceptado el mismo procedimiento, ésta sólo podrá someterse a ese medio de arreglo (art. 287.4); en segundo término, si las partes hubieran elegido mecanismos distintos, el litigio sólo podrá resolverse a través del arbitraje general previsto en el Anexo VII (art. 287.5), procedimiento también aplicable en el supuesto de que los Estados involucrados no hubieran manifestado elección alguna (art. 287.3). La lectura de estas reglas convencionales nos permite extraer una doble conclusión: por un lado, es evidente que la CIJ y el TIDM rivalizan entre sí para que los Estados partes en la Convención de 1982 les otorguen su confianza; y, por otro, no debemos ignorar que los dos juntos, en su calidad de órganos permanentes de justicia internacional, compiten con el tribunal arbitral del Anexo VII, supuestamente aceptado por los Estados que no hayan elegido ningún procedimiento (la mayoría), y cuya jurisdicción también es aplicable, de manera residual, ante diferentes alternativas de solución. Esta regulación jurídica sugiere una atención particular sobre la cuestión de las relaciones y los posibles conflictos entre el Tribunal de Hamburgo y la Corte de La Haya, así como la predilección por uno u otro

dignity of the tribunal to be established under this convention”, ODA, S., “Some reflections on the Dispute Settlement Clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea”, en MAKARCZYK, J., (Ed.), *Études de Droit International en l'honneur du Judge M. Lachs*, La Haya-Boston-Lancaster, 1984, 645-655, p. 646.

órgano, la falta de preferencias explícitas de la mayoría de los Estados y la presunción a favor del arbitraje²⁰⁰.

II. Relaciones y posibles conflictos de jurisdicción entre la CIJ y el TIDM

Para abordar este tema, hay que distinguir dos categorías de “conflictos”. Por una parte, estarían los *conflictos de jurisdicción* – autonomía o superposición de los ámbitos de competencia de la Corte y del Tribunal – y, por otra, los *conflictos de jurisprudencia* –, la posibilidad de que ambos foros adopten decisiones discrepantes sobre cuestiones de DI en general y, en particular, sobre Derecho del Mar, y la consiguiente duda de si ello supone un elemento positivo o un riesgo de fragmentación del ordenamiento. El estudio de la primera categoría requiere, principalmente, el examen de las reglas de DI aplicables. Por el contrario, un análisis exhaustivo de la segunda cuestión no se puede realizar sino a la luz de la jurisprudencia del TIDM la cual, si bien todavía está en sus inicios y esté referida, sobre todo, a las controversias sobre las que el Tribunal tiene competencia obligatoria y exclusiva, puede servir para esbozar algunas tendencias de orden general²⁰¹.

El término “jurisdicción” incide en la *potestas decidendi* de una corte o tribunal internacional para decidir sobre un asunto. Esta expresión puede ir acompañada de distintos calificativos, cuyo cometido consiste en encuadrar los aspectos particulares de la competencia del órgano judicial. De esta suerte, mientras la jurisdicción *ratione personae* alude a los sujetos que pueden ser partes en una controversia ante el foro de arreglo, la jurisdicción *ratione materiae* precisa las controversias que, por razón de su objeto, puede

²⁰⁰ Cf. TREVES, T., “Conflictos entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, *loc. cit.*, p. 57.

²⁰¹ *Ibid.*, “Le Tribunal International du Droit de la Mer et la multiplication des juridictions internationales”, *RDI*, vol. LXXXIII (2000), n. 3, 726–746, pp. 728–729.

conocer la instancia judicial. Pudiendo ser, en función de la fuerza vinculante de la decisión solicitada, contenciosa o consultiva, también es habitual distinguir entre una jurisdicción obligatoria y facultativa de la instancia solicitada. En este sentido, se ha hecho frecuente el uso de la expresión jurisdicción obligatoria para designar a aquella que, establecida con anterioridad al surgimiento de la controversia, permite a cualquiera de los litigantes, una vez surgida ésta, acudir unilateralmente a la corte o tribunal que corresponda, sin necesidad de contar con la aceptación, inclusive contra la opinión expresa de la parte contraria; de lo que resulta que la expresión jurisdicción voluntaria quedaría reservada únicamente para aquellos supuestos en los que, surgida la controversia, sería necesario, en todo caso, para poder acudir al Tribunal, el consentimiento expreso de ambos litigantes²⁰². Referida a la *Convención sobre Derecho del Mar*, el propósito de esta diferenciación descansa en la intención de separar los supuestos en los que la competencia de la corte o tribunal puede ser requerida, a petición de una de las partes en la controversia, sobre la base de las normas de la Convención de 1982 (jurisdicción obligatoria), de aquellos otros en los que su actuación depende de un acuerdo – anterior o posterior²⁰³ al nacimiento de la controversia – distinto de la Convención de 1982 (jurisdicción facultativa).

1. La jurisdicción obligatoria

Por lo que se refiere a la jurisdicción obligatoria, que es la competencia de la Corte o del Tribunal a la cual queda sometida una parte cuando la otra inicia de forma unilateral las actuaciones, hay casos que están cubiertos únicamente por la competencia del Tribunal

²⁰² El uso de esta clasificación procede de su introducción en los textos legales. En particular, la incorporación de esta terminología se produce con el art. 36.2 del Estatuto de la CPJI. De ahí pasa al art. 36.2 del Estatuto de la CIJ. Ver también la *Declaración de Manila* de 1982. Dado el uso frecuente de esta expresión por el Estatuto de la Corte, a la doctrina no le ha quedado prácticamente otra opción que hablar de la jurisdicción “obligatoria” de la CIJ, a pesar de reconocer su carácter voluntario.

²⁰³ Si es anterior, la competencia del foro de solución puede ser solicitada por una de las partes en el conflicto. Si es posterior, el órgano judicial sólo podrá conocer de acuerdo con una coincidencia de voluntades.

de Hamburgo o de la Corte de La Haya y otros que abarcan la competencia de ambos tribunales. La competencia del TIDM encuentra su fundamento en las disposiciones de la Convención de 1982, así como en el Anexo VI del Estatuto del Tribunal, y presenta características innovadoras. Destaca el reconocimiento de su jurisdicción obligatoria y exclusiva en dos supuestos concretos: las controversias relativas a los fondos marinos (en virtud de la Parte XI, enmendada por el Acuerdo de 1995), y los procedimientos sobre pronta liberación de buques y su tripulación, donde la exclusividad de la competencia no lo es *de iure*, pero sí *de facto*. Al margen de estos supuestos, el acceso al TIDM constituye una opción para los Estados, en los términos ya aludidos del art. 287, opción que cada vez cuenta con más adhesiones entre aquéllos.

A) Posición del TIDM dentro del sistema de arreglo obligatorio: controversias que se someten obligatoriamente al Tribunal Internacional del Derecho del Mar

Ya hemos apuntado anteriormente que el TIDM, en pleno o a través de su SCFM, ha sido investido por la Convención de un papel preponderante en relación con determinadas categorías de controversias, a saber, las previstas en el art. 187 en materia de fondos marinos, y las definidas en el art. 292 en materia de pronta liberación. De aquí que, tratándose de este tipo de controversias, la regla general es la sumisión al TIDM y la excepción la sumisión a otro foro distinto. Por el contrario, tratándose de las restantes controversias sometidas al arreglo obligatorio, la regla general será su sometimiento al “arbitraje VII”, en tanto que foro con jurisdicción residual obligatoria, y la excepción la sumisión al TIDM (o a uno de los restantes foros del “*Compromiso de Montreux*”). En todo caso, hemos de señalar que el propio Tribunal de Hamburgo ha precisado en su jurisprudencia las condiciones que, con carácter previo, debe reunir una disputa susceptible

de ser introducida obligatoriamente a su competencia para ser sometida efectivamente al mismo.

a. La Convención de 1982 como vía de jurisdicción *pre-controversiam* del TIDM

Como ya hemos señalado, para que una controversia relativa a la Convención de 1982 pueda ser sometida obligatoriamente al TIDM será necesario, ante todo, que exista una disputa entre las partes y, en segundo lugar, que dicha controversia lo sea “sobre la interpretación o aplicación” de la Convención. En cuanto a la existencia de una *controversia*, la jurisdicción contenciosa del TIDM se proyecta, obviamente, no sobre todo conflicto de intereses que pudiera surgir entre las partes sino únicamente sobre aquéllas que puedan ser calificadas procesalmente como controversia. En este sentido, la ya clásica definición dada por la CPJI en el asunto sobre las *Concessions Mavrommatis en Palestine*, ha sido plenamente asumida por el TIDM en el asunto del *Atún* al afirmar que “*in the view of the Tribunal, a dispute is a `disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests` (Mavrommatis Palestine Concessions (...))*²⁰⁴. Por otra parte, no se ha planteado hasta la fecha objeción alguna a la competencia del TIDM alegando ser la controversia de naturaleza estrictamente política y no jurídica, a diferencia de lo sucedido en algunas ocasiones en relación con la jurisdicción de la CIJ²⁰⁵. Sí se ha objetado, en cambio, ante el TIDM, para negar la competencia obligatoria *prima facie* de un tribunal arbitral VII (y, en consecuencia, la del propio TIDM, para dictar las correspondientes medidas provisionales), que la controversia no tenía naturaleza jurídica sino científica. En el asunto del *Atún*, Japón alegó, para negar la competencia del Tribunal Arbitral y del

²⁰⁴ *Asunto del Atún de Aleta Azul Meridional*, Auto de 27 de agosto de 1999, pár. 44. La cursiva es mía.

²⁰⁵ Por ejemplo, asunto del *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States/Iran)*, ICJ, *Reports 1980*, p. 20; o en el asunto de las *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. États Unies)*, ICJ, *Reports 1984*, p. 93.

TIDM, que “This case involves nothing more than a disagreement about a matter of science”; por lo que llegaba a la conclusión de que “the disputes are scientific rather than legal”²⁰⁶. Sin embargo, dicho planteamiento fue rechazado por el TIDM manifestando que “in the view of the Tribunal, the differences between the parties also concern points of law”²⁰⁷.

En cuanto al concepto de controversia *sobre la interpretación o aplicación* de la Convención, se trata de una fórmula de uso frecuente en las cláusulas de arreglo de todo tipo de tratados, expresión que fue asumida en su día por el IDI en su *Cláusula modelo de competencia de la Corte Internacional de Justicia*, en la que se han inspirado un buen número de tratados²⁰⁸. Volviendo al TIDM, aunque Japón llegó a afirmar expresamente, en el asunto del *Atún* que la controversia que le enfrentaba a Australia y Nueva Zelanda, por referirse a la interpretación o aplicación de la *Convención sobre la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993, celebrado entre las partes, “does not concern the interpretation or application of the Convention on the Law of the Sea”²⁰⁹, en realidad, puede considerarse que no se ha planteado hasta la fecha, como objeción a la jurisdicción del TIDM, que una controversia que se hubiera alegado sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, debiera ser considerada, por contra, como controversia no referida a la interpretación o aplicación de ese tratado. Por otra parte, en el asunto *MOX Plant*, el Estado demandante (Irlanda) alegó que el demandado (Reino Unido), había violado varias disposiciones de la Convención de 1982 y que, en consecuencia, la controversia “concerns the interpretation and application of certain provisions of the

²⁰⁶ Auto del TIDM, de 27 de agosto de 1999, pár. 42.

²⁰⁷ *Ibid.*, pár. 43.

²⁰⁸ Sobre el tratamiento de esta cuestión por el IDI, ver sus sesiones de Siena, *Annuaire IDI*, 1952, pp. 458 y ss; Aix-en-Provence (Informe de P. GUGGENHEIM, proyecto resolución y discusión sobre el tema en *Annuaire IDI*, 1954, pp. 310–406), y Granada, *Annuaire IDI*, 1956, pp. 178–264 y 358 y ss. Ver Resolución II.

²⁰⁹ Auto del TIDM, pár. 46.

Convention”²¹⁰. Sin embargo, el Reino Unido objetó que “the main elements of the dispute (...) are governed by the compulsory dispute settlement procedures of the OSPAR Convention or the EC Treaty or the Euratom Treaty”, por lo que, en aplicación del art. 282 de la Convención, ni el Tribunal Arbitral VII ni el TIDM eran competentes para conocerla²¹¹.

Por su parte, el TIDM, tanto en el asunto del *Atún* como en el *MOX Plant*, mantiene una misma posición: se limita a confirmar la existencia de una disputa sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, con independencia de que la controversia lo sea también sobre otro tratado en vigor entre las partes. En particular, en el asunto del *Atún*, el Tribunal de Hamburgo concluye que “the fact that the Convention of 1993 applies between the parties does not preclude recourse to the procedures in Part XV, section 2, of the Convention on the Law of the Sea”²¹². Y más claro es aún el TIDM en el asunto *MOX Plant*, en el cual, probablemente en respuesta al Tribunal Arbitral en el asunto del *Atún*, afirma más taxativamente que “since the dispute before the Annex VII arbitral tribunal concerns the interpretation or application of the Convention *and no other agreement*, only the dispute settlement procedures under the Convention are relevant to that dispute”²¹³. En suma, y sin perjuicio de volver sobre esta cuestión en otros apartados, si se sigue la posición del TIDM se amplía considerablemente el ámbito del sistema de arreglo obligatorio de la Convención de 1982 como vía de jurisdicción del Tribunal, mientras que si se sigue la del Tribunal Arbitral VII la extensión de dicho sistema es mucho menor²¹⁴.

Supuesto que la disputa pueda ser calificada como una controversia sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, para que pueda someterse a la

²¹⁰ Auto, pár. 36.

²¹¹ Auto, pár. 38 y 44.

²¹² Auto, pár. 55.

²¹³ Auto, pár. 52. La cursiva es mía.

²¹⁴ Ante todo, la adhesión del Tribunal Arbitral VII a la doctrina de la CIJ por la que se atribuye la facultad de determinar cuál es la “disputa real”, le lleva a colocar una bomba en la línea de flotación de todo el sistema obligatorio de la Convención de 1982. Ver laudo arbitral de 4 de agosto de 2000, pár. 48; así como también la sentencia de la CIJ en el asunto de las *Fisheries Jurisdiction*; ICJ, *Reports 1998*, párs. 30 y 31.

jurisdicción obligatoria del TIDM, será necesario, además, que esté sometida a su sistema de arreglo de controversias. Aunque el sistema de arreglo de la Convención se refiere a todas las controversias sobre su interpretación o aplicación, no todas ellas se someten a la jurisdicción obligatoria del TIDM de forma *exclusiva*. En consecuencia, en las controversias que están expresa y especialmente sometidas a la competencia exclusiva del TIDM no es posible la concurrencia de jurisdicciones con la CIJ, las cuales analizaremos a continuación, por su singularidad e importancia para el TIDM.

b. La jurisdicción obligatoria y exclusiva del TIDM: controversias relativas a la Zona

El art. 287 de la *Convención sobre Derecho del Mar* en su párrafo 2, reafirma la competencia obligatoria y exclusiva de la SCFM del TIDM, en la medida y en la forma establecidas en la Sección 5ª de la Parte XI, relativa a la Zona. Se trata aquí tanto del reconocimiento implícito del principio de especialización judicial, como de la preservación de los difíciles equilibrios manifestados con ocasión de la elaboración de la Parte XI. En efecto, cuando las partes en estas controversias sean entidades distintas de los Estados, como la Autoridad y la Empresa internacionales de los fondos marinos, empresas estatales o personas naturales o jurídicas, se prevé la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal²¹⁵. En lo que hace a las controversias entre Estados, la obligatoriedad de la competencia de la SCFM se deduce del art. 287.3, toda vez que, mientras para las demás disputas sometidas a los procedimientos obligatorios, se permite a los Estados elegir entre cuatro foros diferentes, “Ninguna declaración hecha conforme al

²¹⁵ De otra parte, la Convención reconoce a la Sala del Tribunal una competencia *consultiva* para la solución de las controversias relativas a los fondos marinos; competencia que la Sala ejerce a petición de la Asamblea o del Consejo de la Autoridad Internacional (arts. 191 y 159.10 de la Convención). Sobre la competencia de esta Sala puede verse, PAOLILLO, F., “Solución de controversias relacionadas con actos de organizaciones internacionales: el caso de la Autoridad internacional de Fondos Marinos”, *REDI*, vol. XXXIII (1981), n.2, pp. 491–562; y ALK, J., “The Sea-Bed Dispute Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), n. 3, pp. 435–451.

párrafo 1 afectará a la obligación del Estado parte de aceptar la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la medida y en la forma establecidas en la sección 5 de la Parte XI, ni resultará afectada por esa obligación”.

En lo que respecta a las controversias en las que se encuentran involucrados sujetos que no son Estados, la obligatoriedad de la SCFM²¹⁶ se asienta sobre la combinación de varios factores, a saber: que el acceso de dichos sujetos a los procedimientos de la Parte XI se permita “únicamente en los casos en que ello se disponga expresamente en la Convención” (art. 291.2); que la Convención de 1982 sólo les reconozca expresamente dicho acceso en relación al TIDM o a su SCFM (arts. 20 y 37 del Estatuto); y que la competencia para conocer de las únicas controversias relativas a la Zona en las que se permite litigar a sujetos que no son Estados, que son las previstas en el art. 187, corresponda precisamente a la SCFM, como acabamos de ver. En efecto, dicho artículo dispone la extensión del sistema de arreglo obligatorio a una serie de controversias caracterizadas por la nota común de que, en ellas, al menos uno de los litigantes puede no ser un Estado, lo que constituye una auténtica novedad en la jurisdicción internacional. Y ello porque si consideramos lo previsto en el art. 34.1 del Estatuto de la Corte²¹⁷, es obvio que estas controversias no pueden someterse a la Corte de La Haya, aunque sí a otros foros jurisdiccionales. Por ello, el adjetivo “exclusiva” no debe ser entendido con un significado tan amplio, sino más limitado, en el sentido de que, con la única excepción del arbitraje comercial obligatorio, la SCFM es la única que posee jurisdicción obligatoria para conocer de las controversias previstas en el art. 187²¹⁸. Sea cual fuere el calificativo más adecuado,

²¹⁶ Con la salvedad de “las controversias relativas a la interpretación o aplicación de un contrato mencionadas en el inciso i del apartado c del artículo 187”, que “se someterán, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a arbitraje comercial obligatorio, a menos que las partes convengan en otra cosa” (art. 188.2 a).

²¹⁷ Precepto que afirma con claridad que “sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”.

²¹⁸ Éste probablemente es el sentido que cabe atribuir a las palabras del Juez TREVES cuando afirma que “Interpretando teleológicamente el art. 187 de la Convención de 1982 (...), sería posible llegar a la conclusión

la jurisdicción de la SCFM va a operar, en la práctica, de una manera muy similar a como lo hace la jurisdicción *residual* obligatoria del TIDM en materia de pronta liberación, o la del tribunal arbitral en las materias previstas en el art. 287.

c. La jurisdicción obligatoria y residual del TIDM: controversias sobre pronta liberación (art. 292)

Como sucede con las controversias especificadas en el art. 187 en materia de Fondos Marinos, la Convención también somete expresamente al sistema de arreglo obligatorio las controversias a las que se refiere el art. 292 sobre pronta liberación de buques detenidos y sus tripulaciones, precepto en el que se asigna igualmente al TIDM un papel preponderante. En este sentido, aunque el procedimiento especial del art. 292 de la Convención no es el único cauce procesal para debatir todos y cada uno de los casos en los que pueda pretenderse la liberación de un buque o sus tripulantes²¹⁹, sí puede ser considerado, en cambio, como el único específico y, sin duda, el más expeditivo de cuantos se hallan disponibles. Dispone en este sentido el art. 292.1 de la Convención que

“[...] la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo, en un plazo de 10 días contados desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa”.

de que también en los casos de controversias entre Estados parte en la Convención (...) la competencia de la Sala es no únicamente obligatoria sino también exclusiva”; “Conflictos entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal ...”, *loc. cit.*, p. 50.

²¹⁹ También podría utilizarse el procedimiento de medidas provisionales o, incluso, el de una demanda ordinaria.

Esta disposición establece un procedimiento especial de carácter sumario para una categoría de disputas muy concreta, en virtud del cual el TIDM tiene atribuido un papel claramente protagonista, al ser el único foro dotado con jurisdicción residual obligatoria: residual, porque el Tribunal es competente a falta de elección de otro foro por las partes²²⁰, y obligatoria, en tanto que, no mediando acuerdo de las partes sobre aquél, el Estado del pabellón del buque detenido puede llevar por sí solo el asunto ante el TIDM, sin contar con el consentimiento del Estado de la detención.

Los supuestos en los que se prevé expresamente la obligación de pronta liberación de los buques y de su tripulación, una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera conciernen a los siguientes casos, a saber: bien el apresamiento de buques pesqueros en la ZEE, de acuerdo con el art. 73.2 de la Convención; bien la retención de buques que hayan cometido infracciones de las reglas relativas a la contaminación por vertimiento (art. 216), o a la contaminación por buques (arts. 218 y 220), con arreglo a lo previsto en el art. 226.1 b).

La redacción del art. 292.1 nos lleva a admitir que la jurisdicción residual obligatoria del TIDM no es exclusiva *stricto sensu*²²¹, pero sí lo es *de facto*. Ciertamente, la supuesta lentitud de la Corte²²², debido a la gran cantidad de asuntos de los que tiene que

²²⁰ Sobre el procedimiento de pronta liberación del art. 292 y su jurisprudencia, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: AKL, J., "La procédure de prompt mainlevée du navire ou prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer", *Annuaire du Droit de la mer*, t. VI (2001), pp. 219–246; ANDERSON, D.H., "Investigation, Detention and Release of Foreign Vessels under the UN Convention on the Law of the Sea of 1982 and Other International Agreements", *IJMCL*, vol. 11 (1996), n. 2, pp. 165–177; JAENICKE, G., "Prompt Release of Vessels-The M/V 'Saiga' Case", *Max Planck YUNL*, vol. 2 (1998), pp. 387–497; KWIAKOWSKA, B., "Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea M/V Cases", *ODIL*, vol. 30 (1999), n. 1, pp. 43–78; OXMAN, B.H., "The M/V Saiga", *AJIL*, vol. 92 (1998), n. 2, pp. 287–282; REY ANEIRO, A., "La liberación inmediata de buques y sus tripulaciones (art. 292 de la CNUDM). La inauguración de la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 1999, pp. 679–689; y TREVES, T., "The Proceedings Concerning Prompt Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea", *IJMCL*, vol. 11 (1996), n. 2, pp. 179–200.

²²¹ Pues tanto la CIJ como cualquiera de los tribunales arbitrales previstos en el art. 287 de la Convención están facultados para conocer de estas controversias, si así lo deciden las partes.

²²² Sobre la dilación de los procedimientos ante la CIJ puede verse el informe redactado por D.W. BOWETT, J. CRAWFORD, I. SINCLAIR y A.D. WATTS para el *British Institute of International and Comparative Law*, titulado *The International Court of Justice, Efficiency of Procedures and Working Methods*, suplemento

conocer en la actualidad, sólo podría comportar inconvenientes para un Estado, el del pabellón, que pretendiese obtener rápida y eficazmente la liberación de un buque por la vía del art. 292. Y más si se tiene en cuenta que la CIJ carece, por el momento, de un procedimiento específico para este tipo de demandas, por lo que tendría que tramitarla, a falta de acuerdo entre los litigantes sobre el procedimiento, por los cauces establecidos para una demanda ordinaria, incompatibles, obviamente, con la urgencia que requiere el proceso de pronta liberación²²³. Igualmente, la pronta liberación se presenta incompatible con los plazos para la constitución de un tribunal arbitral previstos en el art. 3 del Anexo VII, pues el propósito de celeridad requerido en el marco de este procedimiento sumario, justifican la dificultad práctica de someter tales controversias a un “arbitraje VII”. Sirva de ejemplo el hecho de que, el 22 de diciembre de 1997, San Vicente y Granadinas había comunicado a Guinea su intención de someter el litigio al arbitraje previsto en el Anexo VII de la Convención. Sin embargo, pocos meses después, el 20 de febrero de 1998, las partes acordaron mediante un canje de cartas someter al TIDM la controversia sobre el fondo del asunto – *Saiga N.2* –, incluida la solicitud de medidas provisionales en aplicación del art. 290.5²²⁴. Esta jurisdicción residual del TIDM responde no sólo a la rapidez y eficacia necesarias para la pronta liberación, sino también por la posibilidad que confiere el art. 292.2 de que la solicitud de liberación del buque o de su tripulación pueda ser formulada por el Estado del pabellón *o en su nombre* (eventualmente por los propietarios, armadores o asociaciones interesadas que hayan sido autorizadas por el Estado del pabellón)²²⁵.

El apartado 3 del art. 292 dispone, asimismo, que la corte o tribunal decidirá sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión, sin prejuzgar el

del *ICLQ*, vol. 45 (1996), n. 1., *passim*.

²²³ En este sentido, da la sensación de que la Corte se ha desentendido un tanto de este tipo de procesos, consciente quizá de sus propias limitaciones, dejando terreno libre al TIDM.

²²⁴ *Vid.* OXMAN, B., y BANTZ, V., “International Decisions: The M/V Saiga N° 2 (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)”, *AJIL*, vol. 94 (2000), n. 1, pp. 140–150.

²²⁵ Por este motivo T. TREVES ha señalado que “In tal modo si può verificare, in pratica, anche se non in via de principio, che parti possano essere ádmese a far valere il loro interessi davanti al Tribunale. E quanto é avvenuto nel già cittato caso de la nave Saiga n.1”; *Le Controversie ...*, *op. cit.*, p. 131.

fondo del asunto. Sin embargo, como ha precisado el TIDM en la causa en relación con el *Buque Saiga* nada impide “qu’un différend portant quant au fond sur les circonstances ayant abouti à l’arrondissement du Saiga pourrait éter soumis ultérieurement pour decisión quant au fond au tribunal ou à tout autre cour ou tribunal compétent conformément á l’article 287 de la Convention»²²⁶.

En todo caso, la decisión relativa a la liberación del buque o de su tripulación es obligatoria y deberá ser cumplida sin demora; es también una decisión final, no siendo posible recurrirla ante ningún otro tribunal. En este sentido, es claro que el TIDM está llamado a desempeñar un papel especialmente relevante en este tipo de procesos, al ser el único órgano dotado de jurisdicción residual obligatoria y, probablemente, el que reúna mejores condiciones para resolver con celeridad esta clase de controversias. Pero también lo es que el proceso del art. 292.1 significa mucho para el recién constituido Tribunal. Baste recordar, a este respecto, que de los trece asuntos sometidos, hasta la fecha, a su conocimiento, siete son casos de pronta liberación del artículo citado: el caso *Saiga* (o *Saiga N° 1*) (S. Vicente y Granadinas c. Guinea), decidido mediante sentencia de 4 de diciembre de 1999²²⁷; el asunto *Camouco* (Panamá c. Francia), resuelto mediante sentencia de 7 de febrero de 2000; el caso *Monte Confurco* (Seychelles c. Francia)²²⁸, decidido por sentencia de 18 de diciembre de 2000; el asunto *Grand Prince* (Belice c. Francia), decidido mediante sentencia de 20 de abril de 2001²²⁹; el *Chaisiri Reefer* (Panamá c. Yemen), que no

²²⁶ Vid. pár. 50 de la sentencia de 4 de diciembre de 1997, en http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/Saiga_cases.htm.

²²⁷ Primera controversia incoada ante el nuevo Tribunal: arresto y detención fuera de la costa de Sierra Leona por autoridades de Guinea del buque tanque *Saiga*, incluida su tripulación, que enarbolaba el pabellón de S. Vicente y Granadinas.

²²⁸ Tanto Panamá, en el asunto *Camouco*, como Seychelles, en el asunto *Monte Confurco*, solicitaron expresamente del TIDM que declarase que Francia había incumplido el art. 73.3 de la Convención, al aplicar sobre el capitán medidas penales que, *de facto*, constituían una detención ilegal. Ver sentencias *Monte Confurco*, pár. 74, y *Camouco*, pár. 67 a 70. El Tribunal, en ambas sentencias, rechazó los argumentos franceses, manifestando que, en la medida en que el capitán se encontraba “under court supervision, his passport had also been taken away from him by the French authorities, and, consequently, he was not in a position to leave Reunion, it was appropriate to order the release of the Master in accordance with article 292 (...)”, párs. 71 y 90, respectivamente.

²²⁹ Para un examen de este asunto puede verse ARMAS BAREA, C., “El caso ‘Grand Prince’ ante el Tribunal

llegó a terminarse por acuerdo entre las partes²³⁰; el del *Buque Volga* (Rusia c. Australia), resuelto mediante sentencia de 23 de diciembre de 2002²³¹, mientras que el último asunto introducido ante el TIDM ha sido el “*Juno Trader*” (San Vicente y Granadinas c. Guinea)²³². De este modo, el TIDM es, hasta la fecha, el único foro que ha tenido la oportunidad de juzgar y delimitar su propia competencia y el único que ha podido interpretar el art. 292 de la Convención de Montego Bay, tanto en sus aspectos jurisdiccionales como de fondo.

Internacional del Derecho del Mar”, *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al prof. E. Rey Caro ...*, op. cit., 398–418.

²³⁰ El *Chaisiri Reefer 2*, barco de pesca de pabellón panameño, fue retenido el 3 de mayo de 2001 por los guardacostas yemenitas, acusado de infringir su legislación pesquera cuando salía del puerto de Mukalla (Yemen) para dirigirse a Tailandia. El barco recibió la orden de regresar a Mukalla, donde su carga (765,74 toneladas de pescado congelado, valoradas en 950,332 \$) fue decomisada. La demanda, introducida por Panamá el 3 de julio de 2001 ante el TIDM, pone de relieve que a pesar de la decisión de 16 de junio de 2001 de la *Yemen Court of Public Assets*, decisión que ordenaba la liberación del navío y el depósito de una garantía comercial, que fue satisfecha el mismo día por los propietarios del buque, la liberación del barco no se había producido y que tanto el capitán (de nacionalidad birmana) como los 15 miembros de la tripulación (de nacionalidad tailandesa) continuaban retenidos a bordo. Por esta razón, Panamá solicitó al TIDM la inmediata liberación del pesquero y de su tripulación, así como la devolución de la carga. No obstante, tras la solución – mediante acuerdo – del conflicto entre las partes, el asunto del “*Chaisiri Reefer 2*” fue finalmente excluido, el 13 de julio de 2001, de los casos ante el TIDM.

²³¹ El 7 de febrero de 2002 el pesquero *Volga*, de pabellón ruso, fue apresado y detenido por guardacostas australianos acusado de pescar dentro de la Zona de delimitación pesquera de Australia sin tener en vigor la licencia que le permitiría hacerlo, condición que exige la *Ley Australiana de Gestión de las Pesquerías* de 1991 (secc. 100.2). El 19 de ese mismo mes el capitán y los tres tripulantes (nacionales españoles) del *Volga* fueron llevados al puerto australiano de Fremantle, mientras que la Corte Suprema de Australia Occidental estableció el 14 de junio la garantía financiera para la pronta liberación del buque y de su tripulación en 3,332,500 (\$ australianos), si bien el propietario del barco había depositado una fianza ante la misma para liberar a la tripulación de 225,000 \$. En su demanda, introducida ante el Tribunal el 2 de diciembre de 2002, Rusia solicitaba entre sus *petita* que el órgano judicial declarara que las condiciones y garantías exigidas por Australia para la pronta liberación del buque o bien no estaban permitidas o bien no eran razonables de acuerdo con el art. 73.2 de la Convención. Una vez afirmada su jurisdicción, el TIDM admitió la demanda y dictó sentencia el 23 de diciembre de ese mismo año. En la misma, el Tribunal estableció que Australia no había cumplido con su obligación de fijar una fianza razonable en virtud del art. 73.2 y que debía liberar de forma inmediata al buque *Volga* una vez se depositara la fianza determinada por el Tribunal, que ascendía a 1,920,000 \$; *vid.* p. 28, pár. 89 de la sentencia en http://www.itlos.org/cgi-bin/cases/list_of_cases. Para un análisis de este asunto *vid.* ROTHWELL, D., y STEPHENS, T., “Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests”, *ICLQ*, vol. 53 (2004), n.1, 171–187, pp. 177–186.

²³² El 24 de septiembre de 2004 el carguero refrigerador *Juno Trader*, con pabellón de San Vicente y Granadinas, fue apresado por oficiales del Servicio de Inspección Pesquera de Guinea-Bissau por cometer una infracción pesquera grave en su ZEE. Ese mismo día el Buque fue conducido al puerto de Bissau, y su capitán y tripulación fueron detenidos por el Servicio guineano de Vigilancia Aduanera. Si el 18 de noviembre de 2004, San Vicente y Granadinas introducía demanda ante el TIDM sobre la base del art. 292 de la Convención, un mes más tarde, el Tribunal ordenaba en su sentencia a Guinea-Bissau, por unanimidad, la pronta liberación del buque y de su carga, determinando depósito a modo de fianza por San Vicente y Granadinas la cantidad de 300,000 euros. La sentencia, que figura con el n. 13 en la lista de casos del TIDM, puede verse en http://www.itlos.org/cgi-bin/cases/list_of_cases.

B) La jurisdicción incidental de la Corte y del TIDM: la prescripción de medidas provisionales obligatorias en virtud del art. 290 de la Convención de 1982

Una de las manifestaciones más características de la jurisdicción incidental del TIDM es su capacidad para dictar medidas provisionales. En cuanto a su regulación, se establece en el art. 25 del Estatuto del Tribunal, conforme al cual, “el tribunal y su Sala de Controversias de los Fondos Marinos estarán facultados para decretar medidas provisionales” “con arreglo al artículo 290”. El contenido de esta disposición, referida no sólo al TIDM sino a cualquier corte o tribunal que pueda conocer de una controversia conforme a la Convención de 1982, aunque está inspirado en la regulación de la competencia cautelar de la CIJ, presenta frente a este órgano judicial numerosas diferencias que suponen otras tantas innovaciones importantes. En primer lugar, se hace explícita la exigencia de que la corte o el tribunal se estime *prima facie* competente para conocer del asunto, a diferencia del Estatuto de la CIJ, en el que dicha exigencia, seguida en la práctica por la Corte, no se menciona. En cuanto a la estimación *prima facie* de su propia competencia, ni el art. 290 ni el Reglamento del Tribunal definen lo que haya de entenderse por estimarse competente “en principio”. Sin embargo, el TIDM, en su Orden de 11 de marzo de 1998, sobre medidas provisionales, en el asunto *Saiga N.2*, se ha limitado a trazar los límites máximo y mínimo dentro de los cuales ha de situarse el referido test jurisdiccional, afirmando que:

“before prescribing provisional measures the tribunal need not finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case and yet it may not precribe such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear *prima facie* to afford a basis on which the jurisdiction of the Tribunal might be founded”²³³.

²³³ Vid. Auto de 11 de marzo de 1998, pár. 29, en <http://www.itlos.org>.

En segundo lugar, el art. 290 deja pocas dudas acerca de que el tribunal de que se trate se encuentra obligado a resolver acerca de las medidas solicitadas, a diferencia del Estatuto y Reglamento de la Corte, cuyos textos han dado pie a entender que ésta podía, discrecionalmente, negarse a hacerlo. En tercer lugar, conforme al art. 290 las medidas *decretadas* por la corte o tribunal en cuestión son de cumplimiento obligatorio por las partes, que deberán aplicarlas sin demora²³⁴, superándose así la ambigüedad del Estatuto de la CIJ respecto a las medidas *indicadas* por ésta, no resuelta por ella hasta muy recientemente, en el asunto *LaGrand*²³⁵. En cuarto lugar, las medidas adoptadas de conformidad con el art. 290 no sólo persiguen una finalidad “relativa”, la de preservar los respectivos derechos de las partes litigantes, sino que también pueden perseguir, en su caso, una finalidad *erga omnes*, como es la de impedir la causación de un *grave daño al medio ambiente marino* “preservando no ya un interés directo de las partes, sino un interés general de la Sociedad Internacional”²³⁶. En este caso, las partes que solicitan medidas provisionales actúan como defensoras del medio ambiente, pudiendo hacer valer un interés aun que no se haya conculcado un derecho propio, ya que para la defensa de un tal derecho podrían en todo caso solicitar la adopción de las medidas apropiadas. Algún autor ha utilizado esta posibilidad para sostener que el procedimiento cautelar ante el TIDM no sería incidental y que la prescripción de medidas cautelares puede constituir un procedimiento independiente²³⁷. Sin embargo, su conexión al procedimiento principal parece muy clara en el art. 290.1 al afirmar, *in fine*, que las medidas provisionales se decretarán “en espera de que se adopte la decisión definitiva”.

²³⁴ De acuerdo con la redacción del párrafo 6 del art. 290, “las partes en la controversia aplicarán *sin demora* todas las medidas provisionales decretadas conforme a este artículo”. La cursiva es mía.

²³⁵ ICJ, *Reports 2001*, pár. 109. Su carácter obligatorio también ha sido confirmado por el TIDM en su Auto de 11 de marzo de 1998 – asunto del *Saiga N° 2*, – párrafo 48. Por otro lado, según el párrafo 1 del art. 25 del Anexo VI de la Convención, la SCFM del Tribunal está igualmente facultada para dictar medidas provisionales.

²³⁶ CARREÑO GUALDE, V., “El arreglo pacífico de las controversias internacionales en el ámbito de la protección del medio marino contra la contaminación”, *ADI*, vol. XVI (2000), 39–64, p. 58.

²³⁷ *Vid.* ROSENNE, S., “The International Tribunal for the Law of the Sea: Survey for 1999”, *IJMCL*, vol. 15 (2000), n. 4, 443–474, p. 208.

Una quinta diferencia consiste en que, según el art. 290.3, “las medidas provisionales (...) sólo podrán ser decretadas, modificadas o revocadas a petición de una de las partes en la controversia”, y no *motu proprio* por el Tribunal. No cabe, pues, como en el caso del Reglamento de la CIJ, que puedan ser decretadas de oficio. Ahora bien, aunque el art. 290 se refiere a ambos tribunales por igual, su trascendencia es muy diferente para uno y para otro. En el caso de la CIJ, su competencia para dictar medidas provisionales en general se regula en el art. 41 de su Estatuto – desarrollado a través del art. 75.1 de su Reglamento²³⁸ –, el cual confirma la capacidad de dicho órgano para examinar de oficio su jurisdicción cautelar. Por tanto, la exigencia de que las medidas cautelares sólo puedan ser decretadas “a petición de una de las partes”, en principio afectaría a la jurisdicción de ésta en relación con medidas provisionales respecto de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Estatuto de la CIJ es parte integrante de la *Carta de las NU*, y que el art. 103 de la misma dispone la primacía de sus obligaciones sobre las contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, es indudable que la Carta – y con ella el Estatuto de la CIJ –, deben prevalecer sobre lo dispuesto en la Convención de 1982.

Desde luego, este problema de aplicación de tratados sucesivos no se plantea en el caso del TIDM, pues al remitirse el art. 25 de su Estatuto al art. 290 de la Convención, su capacidad para dictar medidas cautelares se ve sometida al cumplimiento de este requisito en todo tipo de disputa²³⁹. Otra cosa distinta es que, aprovechando una solicitud de medidas provisionales, el Tribunal pueda decretar medidas distintas de las solicitadas. Esto es lo que se ha hecho en el art. 290 al disponer que la corte o tribunal en cuestión “podrá decretar las

²³⁸ De conformidad con el art. 75 del Reglamento de la CIJ: “1. La Corte puede en cualquier momento decidir examinar de oficio si las circunstancias del asunto aconsejan la indicación de medidas provisionales que las partes o una de ellas deben adoptar”.

²³⁹ Ya que constituido de conformidad con el Anexo VI de la propia Convención, su Estatuto ratifica el contenido del art. 290.3, y su Reglamento tampoco contempla un posible examen de oficio. El Reglamento del TIDM no contiene una regla correlativa al art. 75.1 del Reglamento de la CIJ.

medidas que *estime apropiadas* con arreglo a las circunstancias (...)”, evitando con ello su sometimiento a una relación o catálogo prejijado²⁴⁰.

En cuanto a la finalidad de preservar los derechos de las partes en litigio, inspirada en la exigida por el art. 41 del Estatuto de la CIJ (“resguardar los derechos de cada una de las partes”), debe ser entendida, como ésta, en un sentido amplio, es decir, no tanto referida a un derecho individualizable, como a la neutralización de los efectos negativos que el proceso pudiera tener sobre la posición de las partes o para la eficacia de la sentencia²⁴¹.

En lo que hace al requisito de la preservación de un grave daño al medio ambiente marino, constiuye una auténtica novedad. Por supuesto, en la medida en que la preservación del medio marino puede afectar también al interés individual de cualquiera de los litigantes, en ocasiones esta finalidad podrá entenderse comprendida en la de preservar los derechos de las partes. Sin embargo, lo que sin duda tiene más interés es la posibilidad de que la preservación del medio marino pueda ser perseguida aisladamente y, más aún, no en interés individual de cualquiera de las partes sino en interés general. Hasta ahora la finalidad de preservación del medio ambiente marino ha sido invocada por las partes (asuntos del *Atún*, *MOX Plant* y de las *Reclamaciones de Tierras en el Estrecho de Johor*) con un sentido general, pero con una clara intención de reforzar su pretensión particular.

Aunque, en principio, las medidas provisionales habrán de ser solicitadas por las partes, sin embargo, el TIDM, a través de su Reglamento, se ha atribuido la capacidad para, mediando una petición, acordar medidas total o parcialmente distintas a las solicitadas²⁴².

Así por ejemplo, en sus Autos de medidas provisionales en los asuntos del *Buque Saiga*

²⁴⁰ En todo caso, las medidas a adoptar deberán perseguir uno de los fines (o ambos) que alternativamente se proponen por el propio art. 290.1, es decir: “preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia” o “impedir que se causen graves daños al medio marino”.

²⁴¹ Vid. *LaGrand*, Order 3 March, ICJ, *Reports 1999*, pp. 14–15, p. 22. Así como también la Orden de 3 febrero de 2003, en el asunto *Avena*, p. 49.

²⁴² El art. 89.5 del Reglamento del TIDM dispone que: “When a request for provisional measures has been made, the Tribunal may prescribe measures different in whole or in part from those requested and indicate the parties which are to take or to comply with each measure”.

N.2²⁴³, del *Atún*²⁴⁴ y de *MOX Plant*²⁴⁵, el TIDM se consideró autorizado para prescribir medidas cautelares *ultra petita*, invocando el art. 89.5 de su Reglamento²⁴⁶.

En cualquier caso, la facultad de dictar medidas provisionales es más amplia en el caso del Tribunal que en la CIJ. Al margen de las medidas provisionales que se pueden solicitar ante cualquier jurisdicción competente, en aplicación del párrafo 5 del art. 290 se establece la competencia residual obligatoria del TIDM, o de su SCFM para decretar medidas provisionales “hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia”. A este respecto, el TIDM ha sido colocado en una posición privilegiada al ser el foro dotado de jurisdicción residual si no hay acuerdo entre las partes en que el incidente se someta a otra corte o tribunal en un plazo ciertamente breve, quince días desde la solicitud de las medidas. Esta circunstancia, nos hace pensar que, como en el procedimiento en materia de pronta liberación, el TIDM puede convertirse en el principal, cuando no en el único referente sobre la materia²⁴⁷.

En cuanto a la estimación “en principio, que el Tribunal que haya de constituirse sería competente”, el TIDM ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los tres casos planteados hasta la fecha, los asuntos del *Atún*, *MOX Plant* y *Reclamación de tierras en el Estrecho de Johor*. No parece, a este respecto, que el Tribunal se haya apartado de los

²⁴³ Vid. *ILM*, vol. XXXVII (1998), p. 1202.

²⁴⁴ Vid. *ILM*, vol. XXXVIII (1999), p. 1624.

²⁴⁵ Auto, pár. 89.1.

²⁴⁶ En el asunto del *Atún*, el Juez *ad hoc* SHEARER cuestionó la capacidad del Tribunal para adoptar tales medidas. Preguntándose el Juez australiano si el TIDM puede ejercer el poder que le reconoce el art. 89.5 de su Reglamento de una manera que se aparte por completo de la solicitud de cualquiera de las partes, llega a la conclusión de que, a pesar de que el artículo citado se inspira en el art. 75 del Reglamento de la CIJ, la situación del Tribunal es diferente de la de la Corte, en la medida en que, los poderes del TIDM, a diferencia de la CIJ, se encuentran condicionados por lo establecido en el art. 290. Sobre esta premisa el Juez SHEARER concluyó que: “If article 89 paragraph 5, of the Rules of the Tribunal truly purports to give a power to the Tribunal to act beyond the bounds of what has been requested (*ultra petita*), then in my opinion that rule is not authorised by the Convention (*ultra vires*) and is thus invalid”; vid. *Opinion individual Juez SHEARER*, penúltimo párrafo. Hay que recordar, no obstante, que hasta la fecha la Corte no ha hecho uso de esta facultad de adopción de medidas *motu proprio* sino en el asunto *LaGrand*, dada la premura de tiempo, y ante una clara iniciativa de Alemania.

²⁴⁷ Al menos hasta la fecha la práctica así lo confirma. De los cuatro “arbitrajes VII” instituidos hasta el momento, en los tres en los que se han solicitado medidas provisionales pendiente la constitución del tribunal arbitral, éstas se han sometido al TIDM. Nos referimos, obviamente, a los asuntos del *Atún*, *MOX Plant* y *Reclamación de tierras en el Estrecho de Johor*.

criterios seguidos en el precedente del caso *Saiga N.2* para la estimación *prima facie* de su propia competencia. Así, es lógico pensar que, por cautela, el TIDM será siempre más propenso a deferir al tribunal arbitral la cuestión de su competencia, a poco que exista una base plausible para defenderla, que cuando la jurisdicción que se decide es la suya. Además, el art. 290.5 dispone que el tribunal “podrá decretar (...) medidas provisionales (...) si estima (...) que la urgencia de la situación así lo requiere”, y “que estas medidas provisionales podrán ser modificadas o anuladas por el Tribunal arbitral competente para resolver la controversia sobre el fondo”²⁴⁸. Ahora bien, la urgencia a la que se refiere expresamente el apartado 5 debe ser entendida de manera diferente a la urgencia que implícitamente exige el apartado 1 de ese mismo artículo: en el supuesto del art. 290.1 el Tribunal decidirá si se requiere la adopción de medidas “en espera de que se adopte la decisión definitiva”. En el caso del art. 290.5, el lapso de tiempo es significativamente más corto, pues el TIDM deberá decidir si se requiere la adopción de medidas “hasta que se constituya el tribunal arbitral”²⁴⁹.

Además, según el art. 25 párrafo 2 del Estatuto del TIDM, cuando este órgano judicial no se encuentra en sesión o no hay disponibles un número suficiente de jueces para constituir *quorum*, las medidas cautelares pueden ser prescritas por su Sala de procedimiento sumario, aspecto que constituye una excepción al principio general en virtud del cual las controversias se someten a la Sala con la voluntad de las partes²⁵⁰.

²⁴⁸ Sin embargo, creemos que la efectividad de tales medidas puede quedar en entredicho pues debe dejarse pasar un plazo de dos semanas desde la fecha de la solicitud, en caso de desacuerdo entre las partes, ya que verosíblemente en muchas ocasiones (especialmente en los casos tendentes a impedir que se causen daños graves al medio marino) esas medidas tardías no resultarán ya útiles; *vid.* JUSTE RUIZ, J., “La solución de controversias en el Convenio de las Naciones Unidas ...”, *loc. cit.*, p. 157.

²⁴⁹ Como afirma TREVES, en su Opinión separada al Auto de 27 de agosto en el asunto del *Atún*: “The requirement of urgency is stricter when provisional measures are requested under paragraph 5 than it is when they are requested under paragraph 1 of article 290 as regards the moment in which the measures may be prescribed. In particular, there is no “urgency” under paragraph 5 if the measures requested could, without prejudice to the rights to be protected, be granted by the arbitral tribunal once constituted”; *vid.* Opinión separada del Juez TREVES, pár. 4.

²⁵⁰ Esta posibilidad, que constituye una novedad, se justifica en cuanto que los jueces del TIDM no residen permanentemente en Hamburgo, queda equilibrada pues el párrafo 2 del art. 25 del Estatuto establece que tales medidas estarán “sujetas a la revisión del Tribunal”, ya sea a petición de parte en los 15 días siguientes a

Por último, el TIDM tiene competencia para dictar medidas cautelares respecto de controversias que se le sometan relativas a *la interpretación o aplicación de otros tratados internacionales*. A este respecto, el *Acuerdo de 4 de diciembre de 1995* remite al TIDM la competencia residual y exclusiva del TIDM para dictar medidas provisionales, si bien dicha remisión habrá que entenderla con el matiz introducido en virtud del párrafo 3 del art. 31 del Acuerdo, el cual dispone que: “Un Estado Parte en el presente Acuerdo que no sea Parte en la Convención podrá declarar que, no obstante el párrafo 5 del artículo 290 de la Convención, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar no podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales sin el consentimiento de dicho Estado”²⁵¹. Luego, en el marco del Acuerdo de 1995, un Estado sí puede oponerse a que las medidas provisionales sean decididas por una jurisdicción diferente a la elegida para dirimir la controversia. Por el momento, ninguno de los Estados parte en el Acuerdo, que no lo son de la Convención²⁵², ha realizado una declaración al respecto.

2. La jurisdicción facultativa: las disposiciones de otros convenios en los términos de la Convención de 1982

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el fundamento inicial de la jurisdicción del órgano judicial concreto reside en el consentimiento de las partes. Se entiende así que varias disposiciones de la Convención de 1982 consoliden esa base competencial, potenciando, al mismo tiempo, la solución de las controversias a través de la vía judicial o arbitral. Esta posibilidad no encuentra obstáculo en la existencia de reservas, limitaciones o

su prescripción, ya sea de oficio, en cualquier momento (art. 91.2 del Reglamento del Tribunal).

²⁵¹La introducción de esta cláusula de salvaguardia contrasta con la potencial utilidad de unas medidas que no prejuzgan el fondo del asunto, y con la insistencia del Acuerdo sobre la moderación y la rapidez con que deben actuar los Estados para instituir arreglos temporales o solicitar medidas de conservación; *vid.* McDORMAN, T.L., “The Dispute Settlement Regime of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Convention”, *CYBIL*, vol. XXXV (1997), 57–79, p. 74.

²⁵²Dinamarca, Estados Unidos e Irán.

excepciones que se aplican a la competencia obligatoria de la Corte o del Tribunal²⁵³. Incluso el mecanismo del art. 287 de la Convención está subordinado al interés mencionado, ya que las normas que prescriben la aplicación del procedimiento elegido por las partes, y que imponen el arbitraje en caso de diferente elección, sólo son válidas a menos que aquellas convengan en otra cosa. Ahora bien, una vez que una controversia ha sido sometida a la Corte o al Tribunal por notificación de un compromiso (o aun unilateralmente, por solicitud basada en un acuerdo particular que no prevea limitaciones de algún tipo), su jurisdicción no encuentra límites *ratione materiae* por razón de reservas, limitaciones o excepciones, como se desprende del art. 299.1 de la Convención de 1982, según el cual “las controversias excluidas de los procedimientos de solución de controversias previstos en la Sección 2ª en virtud del artículo 297 o por una declaración hecha con arreglo al artículo 298 sólo podrán someterse a dichos procedimientos *por acuerdo de las partes en la controversia*”²⁵⁴. Así, por ejemplo, en el caso de España, que ha efectuado una declaración conforme al art. 298 excluyendo las controversias sobre delimitación marina y bahías históricas de la competencia de los órganos jurisdiccionales del art. 287 y que, por tanto, quedarían sometidas a la conciliación “obligatoria”²⁵⁵, mediante un simple acuerdo entre las partes, podrían ser relevadas de la competencia de ésta última en favor de un procedimiento jurisdiccional.

Pero el aspecto consensual de la jurisdicción de la Corte o del Tribunal no se agota en estas disposiciones pues, en virtud del art. 282 de la Convención, la existencia de cualquier *acuerdo previo* entre las partes que prevea una cláusula de jurisdicción

²⁵³ De conformidad con el art. 280 de la Convención de 1982: “Ninguna de las disposiciones de esta Parte menoscabará el derecho de los Estados partes a convenir, en cualquier momento, en solucionar sus controversias relativas a la interpretación o la aplicación de esta Convención por cualquier medio pacífico de su elección”. Entre estos medios pueden figurar, evidentemente, los procedimientos judiciales o arbitrales.

²⁵⁴ Cursiva del autor. Sobre esta cuestión, SOHN y ROSENNE han señalado lo siguiente: “The last article of Part XV thus concludes in the spirit of section 1, emphasizing that even in matters where dispute settlement is restricted, there is still possibility, by agreement of the parties, to find a dispute settlement procedure amicably and peacefully”, SOHN, L.B., y ROSENNE, S., (Eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A commentary, op. cit.*, p. 146.

²⁵⁵ Vid. la declaración de España en UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 281–282.

obligatoria excluye el sistema de arreglo jurisdiccional previsto por la Convención. De lo que acabamos de exponer, resulta que existen controversias sobre las cuales la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo tienen competencia *ratione materiae* y *ratione personae*. Sin embargo, como veremos a continuación, el posible conflicto de competencias entre la Corte y el Tribunal es más potencial que real.

A) Conflicto potencial de jurisdicciones: el art. 282 de la Convención de 1982 como “norma de conflicto”

Cuando la jurisdicción obligatoria de una corte o un tribunal reside en las disposiciones convencionales que le otorgan dicha competencia, esa corte o tribunal se configura como un sistema jurisdiccional “autárquico” (*self-contained regime*)²⁵⁶. Por lo que respecta a la Convención de 1982, el sistema jurisdiccional obligatorio que inspira su art. 287 implica la competencia exclusiva de la corte o del tribunal elegido de entre todos los que allí figuran, frente a los otros procedimientos previstos en el mismo artículo. La cuestión es saber lo que ocurre cuando, entre las partes en la controversia y fuera del marco de la Convención, ya existe un acuerdo que prevé la jurisdicción obligatoria de una corte o tribunal distinto del que es competente según el mecanismo del art. 287. Esta eventualidad provocaría un “conflicto positivo” de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales, lo que genera una situación de litispendencia que requiere la existencia de una “norma de conflicto” que regule los problemas de coordinación entre las distintas jurisdicciones de los tribunales, función que en el caso de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 cumple el art. 282 de la misma al disponer lo siguiente:

²⁵⁶ *Sentencia sobre la jurisdicción de la Sala de Apelación del TPI para la ex-Yugoslavia en el asunto Tadic*, 2 de octubre de 1995, *ILM*, vol. XXXV (1996), pp. 32 y ss.

“Cuando los Estados Partes que sean parte en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención han convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta Parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa”.

Por efecto de ese artículo la jurisdicción de una corte o tribunal prevista en los arts. 286 y 287 se hace operativa sólo a falta de otra jurisdicción establecida en un acuerdo entre las partes. Tal es el caso de la “cláusula facultativa” de jurisdicción obligatoria de la CIJ, prevista en el art. 36.2 de su Estatuto. De este modo, si los Estados partes en un conflicto hubieran formulado la declaración contenida en dicho precepto, sin reservar la competencia de la CIJ, y en sus declaraciones según el art. 287 hubiesen elegido otro foro distinto de arreglo, deberá primar, efectivamente, la jurisdicción obligatoria de la Corte. Sobre este particular conviene recordar el art. 103 de la Carta de las NU y la primacía de las obligaciones de la Carta sobre cualesquiera otras²⁵⁷. Por tanto, la CIJ tendría competencia sobre una controversia entre Estados que hayan hecho la declaración prevista en el art. 36.2, *independientemente de las declaraciones mencionadas en el art. 287 de la Convención*. Además, la oportunidad de examinar la conexión entre la cláusula facultativa del art. 36.2 y el art. 282 de la Convención de 1982 ya se planteado en el plano judicial.

Por lo que respecta a la Corte, este órgano pudo precisar aquella conexión en el *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (exceptions préliminaires)* en el que, si bien los dos litigantes eran partes en la Convención de 1982 sin que ninguno de ellos realizara la declaración conforme al art. 287 – lo que supone la elección del “arbitraje VII” –, la coincidencia de sendas declaraciones de aceptación de la

²⁵⁷ A este propósito puede consultarse el trabajo de TOUBLANC, A., “L’article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *RGDIP*, t. 108 (2004), n. 2, pp. 440–462.

jurisdicción de la Corte conforme al art. 36.2 de su Estatuto permitió a este órgano judicial afirmar su competencia, desplazando así el recurso al “arbitraje VII”²⁵⁸.

Por lo que se refiere al Tribunal de Hamburgo, este órgano tuvo ocasión de precisar la eficacia sustitutoria de la cláusula facultativa en relación con el art. 282 de la Convención en la controversia relativa al *Atún (Australia/N. Zelanda c. Japón)*, en la que pudo examinar de oficio la cuestión de la incompetencia de un tribunal arbitral por aplicación de las declaraciones hechas por los tres litigantes, en los términos del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ. Así, en vista de que todas las partes habían aceptado la cláusula facultativa, el TIDM se dirigió a los demandantes para que éstos le aclararan la incidencia en la controversia del art. 282 de la Convención, a lo que respondieron alegando que: “As Japan has not raised an objection to jurisdiction based on this point, it is unnecessary for the Tribunal to resolve the relationship between optional clause declarations and article 282”²⁵⁹. Tampoco Japón, como parte demandante, intentó alegar la incompetencia del Tribunal Arbitral encargado de la controversia en aplicación del art. 282 de la Convención,

²⁵⁸ En este caso, el demandado presentó una excepción preliminar – la séptima –, según la cual las demandas concernientes a cuestiones de delimitación marítima son inadmisibles conforme al DI en el supuesto de que las partes no se hayan esforzado, sobre un pie de igualdad, en realizar una delimitación por vía de acuerdo. La Corte abordó este extremo en los párs. 108 y 109 de su sentencia de 11 de junio de 1998 señalando que los dos Estados se han referido a la *Convención sobre Derecho del Mar*, de la que son partes. En el art. 74 de la misma, relativo a la ZEE, y en el art. 83, concerniente a la plataforma continental, se dispone que la delimitación entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del DI. Dichos párrafos son seguidos por otra disposición – en términos idénticos en ambos artículos –, según la cual, si no se llegare a un acuerdo en un plazo razonable, los Estados interesados recurrirán a los procedimientos previstos en la Parte XV. Sin embargo, en su respuesta

“[la] Cour observera cependant qu’en l’espece, elle n’a pas été saisie sur la base du paragraphe 1 de l’article 36 du Statut et, par application de cet article, conformément à la partie XV de la Convention de Nations Unies sur le droit de la mer, relative au règlement des différends surgissant entre les parties à la Convention à propos de l’interprétation ou de l’application de cette dernière. *Elle a été saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l’article 36 du Statut, déclarations qui ne contiennent aucune condition relative à des négociations préalables à mener dans un délai raisonnable*”; CIJ, *Recueil 1998*, pár. 109. La cursiva es nuestra.

Se trata, a nuestro entender, de una apreciación coherente con el sistema de arreglo de controversias previsto en la Convención de 1982, sobre todo si se repara en lo dispuesto en el art. 282 de la misma.

²⁵⁹ En su respuesta, Australia y Nueva Zelanda proseguían de esta manera: “This said, from the terms of the declarations recognizing the compulsory jurisdiction of the ICJ made by Australia, Japan and New Zealand, it was not clear to the Applicants that the compulsory jurisdiction of the ICJ would exist in this case. By contrast, the applicants considered that the compulsory and binding procedures in Parte XV of UNCLOS were clearly appropriate and applicable in this case”.

y ni siquiera este órgano se refirió en su Auto de 4 de agosto de 2000 a esa cuestión, en el que se declaró incompetente²⁶⁰.

Desde luego, si se invoca el art. 282 de la Convención tanto el TIDM como los tribunales arbitrales deberán declarar su incompetencia, salvo que a tenor del *forum prorrogatum*²⁶¹, el Estado demandado, recibida la solicitud del Estado actor, aceptara la competencia de aquéllos. Ahora bien, si por efecto del art. 282 se excluye la competencia obligatoria de uno cualquiera de los órganos jurisdiccionales previstos en el art. 287 de la Convención, como sucedería en el caso de concurrir sendas declaraciones formuladas en virtud del ex art. 36.2 del Estatuto de la CIJ, tanto el Tribunal de Hamburgo como la Corte de La Haya han subrayado la necesidad de invocar el carácter consensual del previo acuerdo excluyente.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las reservas formuladas por los Estados limitan sustantivamente el efecto de las declaraciones de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte conforme al art. 36.2 de su Estatuto. Por lo que se refiere a las limitaciones *ratione materiae*, es frecuente que los Estados agreguen a sus declaraciones reservas por razón de una materia concreta, excluyendo, por ejemplo, los conflictos relativos a los espacios marítimos, los recursos vivos del mar, o determinadas categorías de controversias respecto de las cuales hayan convenido o convengan recurrir a un medio pacífico distinto. En tales casos, la Corte no tendrá competencia según el párrafo 2 del art. 36 de su Estatuto, pero sí será aplicable el *mecanismo del art. 287 de la Convención*. De esta forma, tanto el Tribunal de Hamburgo, como los tribunales arbitrales, y la propia Corte

²⁶⁰ Sin embargo, en la Memoria presentada el 11 de febrero de 2000, el consejero de Japón, S. Rosenne, sí se refirió a este aspecto señalando que, si se aceptara la tesis de que los procedimientos de arreglo obligatorios de la Convención de 1982 son aplicables a esta controversia (tesis rechazada por Japón), habría que concluir afirmando que “since all parties have made declarations accepting the compulsory jurisdiction [de la CIJ], that procedure should apply in lieu of the procedures provided for in Part XV. *In such situation under article 282, the Applicants should have invoked the ICJ procedure first*”. La cursiva es nuestra. El texto de las Memorias escritas, de los procesos verbales en las audiencias y de la sentencia del tribunal arbitral pueden consultarse en el sitio en internet <http://www.worldbank.org/icsid>.

²⁶¹ El principio del *forum prorrogatum* se encuentra en el art. 54 del Reglamento del TIDM, que corresponde al art. 38 párrafo 5 del Reglamento de la CIJ.

estarían facultados para resolver el litigio²⁶². Por otro lado, la jurisdicción obligatoria del TIDM así como la de la Corte, cuando tenga su base en el art. 287 de la Convención, encuentra las “limitaciones” que prevé el art. 297 y puede encontrar las “excepciones” previstas en las declaraciones que los Estados pueden formular conforme al art. 298.

En cualquier caso, la aceptación por ambas partes en una controversia de la competencia de la Corte faculta a someter a este órgano, invocando el art. 282 de la Convención, controversias que serían exceptuadas de la jurisdicción de una corte o tribunal pertinente conforme al art. 287. Así, por ejemplo, un conflicto relativo a la interpretación de las normas de la Convención sobre los derechos soberanos del Estado ribereño con respecto a los recursos vivos de su ZEE que, en virtud del párrafo 3 del art. 297 de la Convención, no puede ser sometido a una corte o tribunal del art. 287. En cambio, una controversia de este tipo sí podría plantearse ante la CIJ a través del art. 282, siempre que las partes hubiesen aceptado la jurisdicción obligatoria de la misma sin reservas aplicables en el asunto. Incluso es posible que una controversia compleja, en la cual estén combinadas varias cuestiones, se encuentre sometida en algunos aspectos a la jurisdicción de la CIJ por efecto del art. 282 y, en otros puntos, por el hecho de las reservas formuladas al aceptar el art. 36.2 del Estatuto, a la jurisdicción de una corte o tribunal competente según el art. 287. No sería este un caso de litispendencia *stricto sensu*, pues cada corte o tribunal sería competente de aspectos distintos. Sin embargo, la conexión entre las cuestiones haría muy poco práctico y jurídicamente complejo que la controversia se discutiera en parte ante la CIJ y en parte ante el TIDM o un tribunal arbitral²⁶³.

²⁶² Seguramente, a esta situación se habría llegado si Canadá y España hubieran sido partes en la *Convención sobre Derecho del Mar* en el momento en que surgió la controversia del buque *Estai*, pues la reserva canadiense introducida en su declaración de aceptación de la jurisdicción de la CIJ conforme al art. 36.2 de su Estatuto, no habría impedido activar la jurisdicción del TIDM, de un tribunal arbitral o de la propia CIJ, conforme al art. 287 de la Convención de 1982; *vid. TREVES, T., “Le Tribunal International du Droit de la Mer et la Multiplication des juridictions ...”, loc. cit., 733–734.*

²⁶³ No cabe duda que Noruega se dio cuenta de estas dificultades cuando, después de su ratificación de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, enmendó su declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de La Haya precisando que: “Las limitaciones y excepciones referentes a la solución

Por lo que se refiere a las opciones que ofrece el art. 287 de la Convención de 1982, hasta ahora su ejercicio por los Estados es poco favorable para el arreglo judicial. En enero de 2004, sólo dos de cada diez Estados partes en la Convención (que en esa fecha sumaban 145) habían elegido – al firmar, ratificar o adherirse a la misma –, procedimientos de arreglo de conformidad con las previsiones del art. 287, y aun así la lista es heterogénea en cuanto al método en cuestión y el orden elegido para su experimentación, lo que conduce al arbitraje general del Anexo VII para las controversias entre Estados que no hayan manifestado sus preferencias, o no lo hayan hecho por la misma jurisdicción (art. 287.5). Pero el *Acuerdo de 4 de agosto 1995* complica más esta situación, pues en su art. 30.1 se establece que las disposiciones de la Parte XV de la Convención de 1982 se aplicarán *mutatis mutandis* a las controversias entre los Estados partes en el Acuerdo relativas a la interpretación y aplicación del mismo, con independencia de que sean o no partes en la Convención.

de controversias conforme a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y al Acuerdo de 4 de diciembre de 1995 para la aplicación de las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativa a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, y las declaraciones hechas en cualquier momento por Noruega con arreglo a estas limitaciones y excepciones, serán aplicables a todas las controversias sobre el Derecho del Mar”; ICJ, *Yearbook*, 1996–97, p. 117.

III. Relaciones entre la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo en lo referente a la elección del procedimiento según lo previsto en el art. 287 de la Convención de 1982

1. Datos que ilustran la posición de los Estados

Según el art. 287.1 de la Convención de 1982, la voluntad de los Estados se proyecta en una discrecionalidad tanto orgánica como temporal. En efecto, su capacidad para escoger uno o varios de los procedimientos propuestos – TIDM, CIJ, arbitraje general o especial –, mediante una declaración escrita, conlleva la posibilidad de decidir el momento de su elección: “al firmar o ratificar la Convención, al adherirse a ella, o en cualquier momento posterior”²⁶⁴. En principio, la eficacia de esa declaración es *sine die*, lo que no impide que pueda ser revocada en cualquier momento. Si así fuera, permanecerá en vigor hasta tres meses después de que la notificación de revocación haya sido depositada en poder del SG (art. 287.6), pudiendo ser sustituida por otra de distinto cariz²⁶⁵.

Para determinar las preferencias de los Estados partes en la Convención por la Corte de La Haya o el Tribunal de Hamburgo, debemos examinar tanto el número de declaraciones efectuadas conforme al art. 287 de la Convención, como los datos referentes a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ. Por otro lado, tanto la Corte como el Tribunal, en su calidad de órganos permanentes de justicia internacional, compiten con los tribunales arbitrales como jurisdicción residual a falta de elección por los Estados.

²⁶⁴ Por lo que se refiere a las formalidades o requisitos que debe cumplir la declaración, la Convención exige que sea escrita, y que se deposite ante el SG para que sea éste quien transmita copia de ella a los Estados partes (art. 287.8).

²⁶⁵ El hecho de que la declaración pueda ser depositada con posterioridad a la fecha de ratificación o de adhesión ha planteado algunas dudas sobre la oportunidad del foro elegido para resolver las controversias – relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención –, anteriores a dicho depósito, y en detrimento, por lo tanto, de la competencia residual del arbitraje general del Anexo VII. No obstante, dado que en los términos de la Convención “ninguna nueva declaración, notificación de revocación o expiración de una declaración afectará, en modo alguno, al procedimiento en curso ante una corte o tribunal que sea competente conforme a este artículo”, la factibilidad de este supuesto no resulta posible.

Hasta la fecha, 36 de las 148 partes contratantes de la Convención de 1982 han hecho las declaraciones previstas en el art. 287. Trece (Alemania, Argentina, Austria, Cabo Verde, Chile, Croacia, Grecia, Hungría, Lituania, Túnez, Tanzania y Uruguay) han escogido el Tribunal de Hamburgo. Siete (Dinamarca, Honduras, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia) han elegido a la Corte de La Haya²⁶⁶. Siete (Australia, Bélgica, España, Finlandia, Italia, México y Omán) han optado por la Corte y el Tribunal, sin indicar preferencias entre los dos. Cinco Estados (Belarús, Egipto, Eslovenia, Rusia y Ucrania²⁶⁷) han escogido el arbitraje, mientras que Canadá ha optado por el TIDM y el arbitraje, indistintamente. Sólo Portugal ha aceptado todos los procedimientos jurisdiccionales (TIDM, CIJ y arbitraje VII), sin señalar preferencia alguna entre ellos.

En cuanto a la aceptación de la competencia obligatoria de la CIJ, de los 65 Estados que, hasta la fecha, han hecho la declaración prevista por el art. 36.2 del Estatuto, 15 no son partes en la Convención de 1982²⁶⁸. De los 50 que quedan, 33 son Estados parte en la Convención de 1982 que no han hecho una declaración conforme al art. 287²⁶⁹, y 17 Estados parte que sí han formulado tal declaración²⁷⁰. Entre esos 17, *en el marco del art. 287*, siete (Dinamarca, Honduras, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia) han manifestado que prefieren la Corte de La Haya; cinco (Australia, Bélgica, España, Italia y Finlandia) han optado por la Corte y el Tribunal; tres (Alemania, Grecia y Uruguay) han elegido únicamente el Tribunal de Hamburgo²⁷¹; uno, Canadá, ha aceptado la

²⁶⁶ Argelia también acepta la jurisdicción de la CIJ previo acuerdo entre las partes para cada caso concreto.

²⁶⁷ Belarús, Rusia y Ucrania optan por el TIDM, en cuanto a los asuntos relativos a la pronta liberación de buques detenidos o sus tripulaciones.

²⁶⁸ Camboya, Colombia, Estonia, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malawi, Paraguay, Perú, República Dominicana, Swazilandia, Suiza y Uganda. *Vid.* la lista de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la CIJ *ex art.* 36.2 de su Estatuto puede verse en el sitio web de la CIJ <http://www.icj-cij.org>.

²⁶⁹ Barbados, Bulgaria, Camerún, Costa Rica, Costa de Marfil, Chipre, Eslovaquia, Filipinas, Gambia, Georgia, Guinea, Haití, India, Japón, Kenia, Lituania, Madagascar, Malta, Mauricio, Nauru, Nigeria, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Polonia, República Democrática del Congo, Senegal, Somalia, Sudán, Surinam, Togo y Yugoslavia. Declaraciones que, además, han sido formuladas con numerosas reservas y cláusulas temporales. Como se puede consultar en la página web de la CIJ: <http://www.cij-cij.org/icjwww/icjhome/htm>.

²⁷⁰ Australia, Bélgica, Dinamarca, Egipto, España, Finlandia, Grecia, Honduras, Hungría, México, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Uruguay.

²⁷¹ Además, hay que señalar que Guinea-Bissau y Cuba han declarado que rechazan la jurisdicción de la Corte

competencia del TIDM y del “arbitraje VII”; y Portugal ha consentido por anticipado todos los procedimientos jurisdiccionales.

Así es que, según el mencionado art. 282 de la Convención, 50 Estados parte en la misma están obligados a utilizar la Corte de La Haya si se dan dos supuestos: que se trate de controversias entre Estados incluidos entre los 50, y que las reservas no hagan las declaraciones inaplicables. Si esos dos supuestos no se cumplen, tendrá que aplicarse el art. 287. Por tanto, no debe sorprender que algunos de estos Estados hayan confirmado su preferencia por la Corte de La Haya en su elección conforme al art. 287. Ni tampoco que Estados que hayan aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ, elijan el TIDM en sus declaraciones conforme al art. 287. Estos Estados utilizarán la Corte de La Haya en las controversias con otros Estados que han hecho la declaración del art. 36.2 del Estatuto, y acudirán al Tribunal de Hamburgo en las controversias con Estados que no han hecho la declaración del art. 36 párrafo 2, y que escogieron el TIDM conforme al art. 287²⁷².

Sólo 36 (o 34 si se cuentan las dos declaraciones meramente negativas de Guinea-Bissau y Cuba) entre 148 Estados partes en la Convención de 1982 han formulado la declaración según el art. 287. Si se suman a estos 36, los 33 Estados no coincidentes con ellos que han hecho la declaración conforme al art. 36, párrafo 2 del Estatuto, no son más que 69, entre 148, los Estados partes en la Convención que, de una u otra manera, han indicado una preferencia. De los datos anteriores se desprenden dos observaciones: la primera, que los Estados que han indicado una preferencia mayoritariamente están (con 4 excepciones, que han elegido exclusivamente el “arbitraje VII”)²⁷³ en favor de los órganos judiciales; la segunda, es que la mayoría de los Estados parte en la Convención, no

en cualquier tipo de controversia.

²⁷² Más difíciles de explicar son las razones de la declaración de Guinea-Bissau que, en el marco de la Convención, rechaza la jurisdicción de la Corte de La Haya, cuando, en el marco del art. 36 párrafo 2 del Estatuto, acepta (y sin reservas) la jurisdicción obligatoria de la misma Corte; *vid.* UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II., 2003, p. 272.

²⁷³ Belarús, Eslovenia, Egipto y Ucrania, *ibid.*, pp. 262, 267, 281 y 283.

habiendo hecho ni una ni otra de las declaraciones mencionadas, no ha indicado alguna preferencia explícita, lo que según el art. 287.5 de la Convención conlleva la elección presunta del arbitraje general.

2. La preferencia por los órganos permanentes de justicia internacional frente al arbitraje

La preferencia en favor de los órganos judiciales como son la CIJ y el TIDM se hace explícita cuando, por sus declaraciones, los Estados intentan evitar la jurisdicción de un tribunal arbitral que se aplica si las partes en la controversia no han aceptado el mismo procedimiento (art. 287.5). Este parece el propósito de las declaraciones de Australia, Bélgica, Finlandia, Italia y España²⁷⁴ países que, en el marco del art. 287 de la Convención, han elegido la CIJ o el TIDM, sin expresar una prioridad entre ambos. En consecuencia, la jurisdicción de un tribunal arbitral sólo será aplicable para las controversias entre estos países y los Estados que, en virtud del art. 287, no hayan elegido ni el TIDM ni la CIJ.

A fin de reducir la posibilidad de que un tribunal arbitral tenga jurisdicción conforme al art. 287, un efecto similar, y cuantitativamente más importante, lo lograron los Estados que han hecho la declaración conforme al art. 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte y han elegido el Tribunal de Hamburgo conforme al art. 287. En las controversias

²⁷⁴ Por lo que se refiere a España, el 17 de julio de 2003 nuestro país sustituyó la declaración formulada al ratificar la Convención de 1982 por la siguiente declaración: "De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 287, el Gobierno de España declara que elige el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Internacional de Justicia como medios para la solución de las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la Convención"; *vid. BOE*, n. 170, de 17.7.2003, p. 27843. Dicha declaración surtió efectos desde el 19 de julio de 2003. La misma preferencia debe presumirse para las controversias que surjan entre España y otro Estado Parte en el *Acuerdo sobre la aplicación de las Disposiciones de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias* de 1995, Acuerdo recientemente ratificado por España sin que haya elegido procedimiento alguno, lo que conduce a la elección presunta del medio de arreglo conforme al art. 287 de la Convención; *vid. la ratificación de España de este instrumento en BOE*, n. 175, 21.7.2004, p. 26601.

entre éstos y otros que hayan aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, ésta tendrá jurisdicción, y en las controversias entre estos países y los Estados que han elegido el Tribunal, la competencia pertenecerá al Tribunal.

En cuanto a la segunda observación, a saber, la falta de preferencias explícitas de la mayoría de los Estados y la presunción en favor del arbitraje (art. 287.3 de la Convención), debemos valorar si la voluntad de los Estados que no han hecho alguna de las declaraciones mencionadas, responde, realmente, a su interés por el arbitraje. Mientras en algunos supuestos la respuesta debe ser positiva – tal sería el caso, por ejemplo, de los países interesados en controlar la composición del órgano de arreglo para decidir la controversia; o el de otros que, como Estados Unidos, recelan tanto de la CIJ como del TIDM²⁷⁵ –, en otros, dicha afirmación resulta menos clara, pues la ausencia de declaraciones *ex art. 287* de la Convención puede tener su causa bien en la idea de mantener abiertas todas las expectativas, a la espera de que otros Estados hayan hecho su elección, o bien en la intención de valorar el funcionamiento práctico del nuevo TIDM²⁷⁶. Lo cierto es que, de entre los Estados que han tomado partido por el arreglo judicial conforme al art. 287, el TIDM es la opción que va ganando adeptos. Así, son varios los Estados, como es el caso de España, que han cambiado recientemente su opción inicial y preferente por la CIJ mediante una declaración posterior (de 17 de julio de 2003), en la que nuestro país se inclina ahora, indistintamente, por el TIDM o por la CIJ. La misma preferencia ha manifestado Australia en su nueva declaración, introducida en 2002, con posterioridad al asunto del *Atún*, en la

²⁷⁵ A raíz del asunto de las *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Estados Unidos retiró su aceptación a la cláusula de jurisdicción obligatoria de la Corte; ICJ, *Reports 1986*, pp. 13–549. Por otro lado, este país considera que la composición del TIDM no representa adecuadamente los intereses de los Estados occidentales; *vid.* TREVES, T., “Le Tribunal international du droit de la mer, Débuts et perspectives”, *Annuaire du Droit de la mer 1996*, vol. I (1997), 27–45, p. 33.

²⁷⁶ Italia, por ejemplo, que ratificó la Convención en enero de 1995, ha tardado dos años – febrero de 1997 –, en indicar su preferencia por el Tribunal y la Corte; *vid.* NELSON, L.D.M., “The International Tribunal for the Law of the Sea- Some Issues”, *IJIL*, vol. 37 (1997) n. 3, 388-395, p. 391.

cual subyace, a mi juicio, la intención de cerrar cualquier posible vía de acción a un tribunal arbitral²⁷⁷.

Quizás la reflexión que deben hacer los Estados que no han hecho todavía ninguna de las declaraciones comentadas, a la luz de todos los elementos pertinentes, es determinar si prefieren que sus controversias sean sometidas al arbitraje del Anexo VII o a una jurisdicción internacional permanente. En este sentido, la posibilidad de plantear la controversia ante un órgano arbitral formado por 5 miembros²⁷⁸, frente a los 15 de la CIJ, o los 21 del TIDM, supone un rasgo atrayente de la instancia arbitral que, sin embargo, no desconocen los demás foros. Ciertamente, tanto el Estatuto²⁷⁹ y el Reglamento de la Corte²⁸⁰, como el Estatuto²⁸¹ y el Reglamento del Tribunal²⁸², prevén la creación de una Sala *ad hoc* cuya composición depende de la aprobación de las partes. Se entiende así que éstas puedan sugerir²⁸³ la constitución de un órgano judicial de 3, 5 o 7 jueces – además del juez *ad hoc* – elegidos entre los 15 de la CIJ, o los 21 del TIDM²⁸⁴. En cuanto a la posibilidad de “modelar” las normas procedimentales en función de las exigencias de las partes²⁸⁵, el art. 101 del Reglamento de la CIJ contempla, en cierta medida, esa capacidad, restando importancia a aquella ventaja conferida por el arbitraje. Por lo demás, incluso los Estatutos de la Corte y del Tribunal contemplan la posibilidad de actuar “discretamente”²⁸⁶.

²⁷⁷ UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 261–262.

²⁷⁸ *Vid.* art. 3 del Anexo VII de la Convención.

²⁷⁹ *Vid.* art. 26.2 del Estatuto de la Corte.

²⁸⁰ *Vid.* art. 17.2 del Reglamento de la Corte.

²⁸¹ *Vid.* art. 15.2 del Estatuto del TIDM.

²⁸² *Vid.* arts. 28 a 31 del Reglamento del TIDM.

²⁸³ Mientras en el arbitraje son las partes quienes designan a los árbitros para constituir el tribunal arbitral, en el caso de la CIJ y del TIDM la creación de una o más Salas corresponde al propio órgano judicial. La aproximación entre el arbitraje y los órganos permanentes de justicia internacional reside, por lo tanto, en el consentimiento de las partes a la hora de establecer la composición de esas Salas.

²⁸⁴ De conformidad con los arts. 26.1 y 15.1 del Estatuto de la CIJ y del TIDM, respectivamente, la Corte y el Tribunal podrán constituir Salas compuestas de tres o más de sus miembros.

²⁸⁵ *Vid.* art. 5 del Anexo VII de la Convención.

²⁸⁶ De conformidad con el art. 46 del Estatuto de la CIJ, y el art. 26.2 del Estatuto del TIDM, las vistas serán públicas salvo que la Corte o el Tribunal decidan otra cosa, o que las partes soliciten su celebración “a puerta cerrada”.

De lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que, al menos en cierto modo, los órganos judiciales permanentes han asumido las ventajas del procedimiento arbitral. Por otro lado, es innegable que la constitución de un tribunal arbitral puede resultar, en ocasiones, larga y costosa, pues las partes en el litigio deben sufragar sus gastos, incluida la remuneración de sus miembros²⁸⁷ como ha sucedido en el caso del *Buque Saiga N° 2*²⁸⁸.

3. La opción por la Corte de La Haya o por el Tribunal de Hamburgo: distintos factores en presencia

Aunque lo relevante debe ser determinar si los Estados prefieren acudir a un órgano judicial de carácter permanente frente al procedimiento arbitral, merece un análisis particular las preferencias de los Estados por la Corte de La Haya o por el Tribunal de Hamburgo. En cuanto a la opción por uno u otro foro, es evidente que entran en juego factores de distinto carácter. Al margen de sus respectivos ámbitos de competencia, Alemania – donde se encuentra la sede del TIDM –, ha optado, por ejemplo, por este foro, mientras los Países Bajos – lugar donde reside la Corte –, ha preferido esta instancia para la solución de sus controversias. La orientación de los Estados puede estar motivada, sin duda, por la composición de ambos órganos judiciales²⁸⁹ y las mejores expectativas que, dada la distribución de los asientos en uno u otro órgano, les ofrece situar a un juez de su nacionalidad entre ellos²⁹⁰.

²⁸⁷ Vid. art. 7 del Anexo VII de la Convención.

²⁸⁸ Respecto a la costosa organización del tribunal arbitral del Anexo VII véase el Capítulo III *supra*.

²⁸⁹ Mientras los componentes de la Corte son elegidos por la AG y el CS, los 21 miembros del TIDM son nombrados por los Estados Partes en la Convención de 1982 (arts. 3 y 4 del Anexo VI de la Convención).

²⁹⁰ En este sentido, de los Estados que hasta ahora se han decantado por los procedimientos judiciales previstos en el art. 287 de la Convención, la mayoría han situado al TIDM en el primer lugar de sus preferencias (seguida en su mayoría por la opción del arbitraje). Los 21 miembros que componen el TIDM son elegidos de acuerdo con parecidas directivas a las que rigen la composición de la CIJ acomodadas al ámbito de jurisdicción material de este Tribunal, a saber: 1) que se trate de “personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad y sean de reconocida competencia en materia de Derecho del mar” y 2) que en su conjunto se garantice la “representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y

El hecho de que los jueces del Tribunal deban ser personas de reconocida competencia en materia de Derecho del Mar ha motivado que sus detractores cuestionen su capacidad a la hora de enjuiciar asuntos de DI General. Sin embargo, debemos aclarar que la mayor parte de sus jueces son, además de profesores en la disciplina, expertos en uno de sus sectores: el Derecho del Mar²⁹¹. La especialización de los miembros del TIDM no prejuzga, en definitiva, sus conocimientos sobre el resto del ordenamiento. De otro modo, también deberíamos dudar de la competencia de los árbitros, e incluso, de la de los magistrados de la Corte, ya que el art. 2 de su Estatuto sólo alude a su sabiduría en el terreno del DI. Además, la composición de la Corte parece dominada, como en 1966, por el “grupo de naciones civilizadas”. Este aspecto contrasta con un mayor equilibrio representativo del Tribunal, en el que participan los principales sistemas jurídicos del mundo, a tenor de una distribución geográfica equitativa.

Por otro lado, a diferencia de la Corte, principal órgano judicial de las NU²⁹², el Tribunal de Hamburgo tiene su base jurídica en la Convención de 1982, cuyos vínculos institucionales guardan relación con sus Estados partes – que son quienes eligen a sus jueces y garantizan su financiación²⁹³ –, y con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos – órgano encargado de administrar y regular la exploración y explotación del patrimonio común de la humanidad. Desde luego, para atraer la confianza de los Estados, el TIDM debe superar las críticas tradicionales dirigidas a la Corte. Por este motivo, su

una distribución geográfica equitativa”, (art. 2 del Anexo VI). En agosto de 1996 se llevó a cabo la primera elección del TIDM de acuerdo con el siguiente reparto geográfico: 5 jueces se han garantizado al grupo africano y otros tantos al asiático, 4 respectivamente al latino-americano-caribeño y occidental y 3 al de Europa oriental, recayendo en los siguientes jueces: Presidente, Nelson (Grenada) (30 de mayo de 2005); Vicepresidente, Vukas (Croacia) (30 de septiembre de 2005) Akl (Líbano), Amos Lucky (Trinidad y Tobago), Anderson (Reino Unido), Caminos (Argentina), Cot (Francia), Engo (Camerún), Kolodkin (Rusia), Laing (Belice), Marotta Rangel (Brasil), Marsit (Túnez), Mensah (Ghana, Presidente), N’Diaye (Senegal), Park (Corea del Sur), Rao (India), Treves (Italia), Wolfrum (Alemania, Vicepresidente), Yamamoto (Japón), Yankov (Bulgaria), Xu (China). Los Estados en desarrollo están, por lo tanto, más representados en el TIDM que en la Corte. Compárese la composición actual del TIDM con los Estados que hasta la fecha han reconocido su jurisdicción.

²⁹¹ Vid. YANKOV, A., “The International Tribunal for the Law of the Sea: Its Place within the Dispute Settlement System on the UN Law of the Sea Convention”, *IJIL*, vol. 37 (1997), 356-371, p. 367.

²⁹² La financiación de la CIJ depende de las NU, *vid.* art. 33 de su Estatuto.

²⁹³ Vid. Art. 19.1 del Anexo VI de la Convención.

Reglamento ofrece un procedimiento eficaz desprovisto de gastos innecesarios²⁹⁴. Por lo que respecta al tiempo en que se solventan los asuntos, los jueces de la Corte justifican la demora de la solución de los asuntos en una excesiva lentitud de los litigantes, a la hora de preparar sus documentos, o de responder a los argumentos de la parte contraria²⁹⁵. Se entiende así que el art. 59 del Reglamento faculta al TIDM para determinar el número y el orden de los escritos, cuyo plazo de presentación no debe superar los 6 meses²⁹⁶. Así, ante dilaciones exageradas, el TIDM está facultado para introducir las modificaciones oportunas, salvaguardando la corrección del proceso. El asunto del *Buque Saiga N.1* es un ejemplo que pone de relieve la rapidez del procedimiento ante el TIDM. La detención del barco su produjo el 28 de octubre de 1997; la demanda fue depositada el 13 de noviembre del mismo año, y el TIDM dictó sentencia el 4 de diciembre de 1997. Esta rapidez se ha confirmado en otros asuntos posteriores²⁹⁷.

En cuanto a la competencia *ratione personae*, a diferencia de la CIJ, tienen acceso al TIDM no sólo Estados sino también, bajo ciertas condiciones, otros sujetos distintos de ellos. Respecto de las Organizaciones internacionales, merece especial comentario el acceso al Tribunal de Hamburgo de la Comunidad Europea, única Organización internacional de ámbito regional, de las descritas en el Anexo IX de la Convención, que es

²⁹⁴ Vid. art. 49 del Reglamento del TIDM.

²⁹⁵ Sin embargo, con el fin de mejorar su funcionamiento interno y, en particular, acortar el período entre la clausura de la fase escrita y la apertura de la fase oral, en octubre de 2001 la Corte adoptó una serie de *Directrices prácticas* que pueden utilizarse por los Estados que decidan acudir ante la misma, sin que ello conlleve una modificación de las normas de su Reglamento. Estas Directrices pueden consultarse en el sitio web http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdoc..._practice_directions_20040730_I-XII.htm.

²⁹⁶ Debiendo considerar, no obstante, las circunstancias del caso concreto, ese período podrá ser alterado siempre que se motive su modificación, y que la prórroga sea limitada y razonable. Además, aunque si el asunto se introduce mediante un compromiso el Tribunal debe asumir la voluntad de las partes, el art. 61 del Reglamento dispone, por su parte, que los plazos, el número y el orden de los escritos serán los indicados en aquél, “salvo que el Tribunal (...) decida otra cosa”.

²⁹⁷ Así, por ejemplo, en el caso del *Camouco* (Panamá c. Francia), la detención del barco tuvo lugar el 28 de septiembre de 1999; la demanda fue depositada el 17 de enero de 2000, y el TIDM dictó sentencia el 7 de febrero de ese mismo año. De igual modo, en las causas del *Monte Confurco* (Seychelles c. Francia) y *Grand Prince* (Belice c. Francia) los pesqueros fueron detenidos el 7 de septiembre de 2000 y el 26 de diciembre de 2000, respectivamente; las correspondientes demandas fueron depositadas el 27 de noviembre de 2000 y el 21 de marzo de 2001; y el TIDM resolvió correlativamente ambos casos el 18 de diciembre y el 4 de abril de 2001.

parte en ella²⁹⁸, y cuyo acceso al Tribunal se produce en calidad de “Estado parte”, pero limitado exclusivamente al ámbito de sus competencias²⁹⁹. Por el momento, la CE no ha realizado una declaración de conformidad con el art. 287 escogiendo el TIDM como foro para conocer de las controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, lo que, como se sabe, conduciría a las eventuales controversias entre la CE y un Estado parte, a la jurisdicción residual del “arbitraje VII”. Pero esto no significa que el TIDM no cuente con la confianza de la CE. De hecho, ya se ha sometido una controversia ante este foro en la que es parte la citada organización regional: la controversia sobre la *Conservación y explotación sostenible de los stocks de pez espada en el Océano Pacífico Suroriental*, que la CE sostiene aún contra Chile³⁰⁰. Por otra parte, también tienen *ius standi* ante el Tribunal de Hamburgo, para las controversias relacionadas con la Zona, los sujetos especificados en el art. 187, esto es, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, la Empresa, una vez que llegue a constituirse, y ciertos particulares que operan o desarrollan las actividades necesarias para operar en la Zona. Lo que contrasta con la Corte, caracterizada por su falta de jurisdicción *ratione personae* respecto de otros sujetos que no fueran Estados. Otros factores como la transparencia de la actividad judicial en uno u otro foro, o las cargas financieras que deben soportar los litigantes durante el proceso son elementos que pueden influir, en el caso de los Estados, a la hora de elegir el órgano judicial³⁰¹.

A la luz de estas consideraciones, si las expectativas creadas por el sistema de arreglo obligatorio del art. 287 han sido muy grandes, en la práctica aún no se ha producido una aceptación generalizada de las posibilidades que se han abierto. Referida a la Corte de

²⁹⁸ La declaración de la CE a la confirmación formal puede consultarse en *DO*, L 179, de 23.06.1998, pp. 3 y ss.

²⁹⁹ *Vid.* Art. 7.2 del Anexo IX.

³⁰⁰ En este caso el asunto fue introducido ante el TIDM mediante *compromiso*, a través del canje de cartas de 18 y 19 de diciembre de 2000, por el que ambas partes acordaron someter directamente a una Sala *ad hoc* del Tribunal de Hamburgo la disputa que les separaba sobre los stocks de pez espada. El asunto se encuentra actualmente en suspenso a petición de ambas partes. Ver providencias de 15 de marzo y 16 de diciembre de 2003, ambas en la pág. web del TIDM.

³⁰¹ *Vid.* TREVES, T., “Le Tribunal international du droit de la mer, Débuts ...”, *loc. cit.*, p. 42.

La Haya, esta conclusión se ve reforzada si se advierte que ningún asunto ha sido llevado hasta el momento a la jurisdicción de la CIJ basándose en la Convención de 1982.

Sección cuarta. Multiplicación de tribunales internacionales, conflictos de jurisprudencia y fragmentación del DI

I. Multiplicación de tribunales internacionales y conflicto de jurisdicciones

P.-M. DUPUY ha señalado que para determinar si el establecimiento de nuevas jurisdicciones internacionales constituye un peligro para la unidad del DI, debemos considerar tres aspectos: primero, su contribución normativa; segundo, la concurrencia orgánica; y tercero, la interpretación de algunos conceptos e instituciones jurídicas básicas para la cohesión del conjunto de la disciplina³⁰².

Por lo que se refiere al primer factor, la aportación normativa de los distintos tribunales siempre ha jugado a favor del desarrollo del DI. Desde luego, en el plano universal, la proliferación de jurisdicciones no ha supuesto hasta ahora la existencia de divergencias notables entre ellos respecto de la interpretación y aplicación del DI. En efecto, si valoramos la coexistencia pacífica general de los tribunales arbitrales con las dos Cortes de La Haya no ha habido ningún riesgo serio para la unidad del DI. El ejemplo más evidente – y más interesante desde el punto de vista de las relaciones entre la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo –, se encuentra en las decisiones arbitrales que, desde los años setenta, han venido solucionando cuestiones de delimitación de áreas marítimas entre

³⁰² “Multiplication des juridictions internationales ...”, *loc. cit.*, pp. 271–281.

Estados³⁰³. Estos precedentes parecen indicar, como señalan algunos autores³⁰⁴, que no hay razón para temer una fragmentación del DI debida a la presencia del nuevo TIDM siendo plausible que, nutriéndose de la experiencia y la jurisprudencia de la CIJ, el TIDM pudiera desarrollar, a su vez, las normas de delimitación de las áreas marítimas³⁰⁵ o – a través de su Sala especial –, el derecho que gestiona los fondos marinos.

En cuanto al segundo elemento, debemos reseñar que entre los tribunales internacionales que actúan en un marco jurídico creado por tratados multilaterales generales, la originalidad de varios de ellos hace que la concurrencia de jurisdicciones esté ausente entre la jurisdicción universal de la CIJ y las jurisdicciones penales o las cortes regionales, como el TJCE o el TEDH. Pese a que los peligros de fragmentación del DI responden a la inscripción de los nuevos tribunales en un marco universal (como la CPI o el sistema de *Paneles* de la OMC), lo cierto es que la concurrencia orgánica o de competencias se presenta *de facto* entre la CIJ y el nuevo TIDM³⁰⁶. Para algunos

³⁰³ Así, mientras en el *asunto relativo a la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, 15 de febrero de 1985, *vid. ILM*, vol. XXV (1985), p. 251, el Tribunal Arbitral secundó el pronunciamiento de la CIJ, en el *affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la Région du Golfe du Maine (Canadá/EEUU)*, 12 de octubre de 1984 (ICJ, *Reports* 1984, p. 246); en el *Case concerning maritime delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Dinamarca/Noruega)*, 14 de junio de 1993 (ICJ, *Reports* 1993, p. 38), la CIJ compartió, igualmente, las conclusiones de la sentencia arbitral de 1970 en el *asunto relativo a la delimitación de la plataforma continental entre Francia y el Reino Unido*, 30 de junio de 1977, *ILM*, vol. 18 (1977), p. 397. En relación a los asuntos anteriores puede consultarse, por orden de referencia, DE ALMEIDA NASCIMENTO, M.A., *La delimitación de los espacios ...*, *op. cit.*, pp. 162–166, 196–202, 214–216 y 184–187.

³⁰⁴ CHINKIN, “Dispute Resolution and the Law of the Sea: Regional Problems and Prospects”, en CRAWFORD y ROTHWELL, *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region*, Dordrecht, 1995, pp. 237–262; o JENNINGS R., “The Role of the International Court of Justice”, *BYIL*, vol. LXVIII (1997), pp. 1–63, p. 59. Posiciones distintas, y menos preocupadas por los posibles efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Hamburgo en el sentido de la fragmentación del DI, son las de CHARNEY, J., “The Implications of expanding International Dispute Settlement Systems: the 1982 Convention on the Law of the Sea”, *AJIL*, vol. 90 (1996), pp. 69–75; de BOYLE, A., “Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation ...”, *loc. cit.*, pp. 37–54; de OXMAN, B., “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *EJIL*, vol. 7 (1996), 353–371, p. 370; y de TREVES, T., “Le Tribunal International du droit de la mer et la multiplication ...”, *loc. cit.*, pp. 726–746.

³⁰⁵ Esta opinión no es compartida por el ex-presidente de la CIJ, G. GUILLAUME, para quien “ce Tribunal qui n’a pour l’heure été saisi d’aucune affaire en ce domaine a une compétence limitée aux océans. Or un grand nombre de différends interétatiques porte à la fois sur la souveraineté en ce qui concerne certains territoires terrestres (et notamment des îles) et sur la *délimitation maritime*. Ces différends ne sauraient relever de la compétence du Tribunal et demeureront sans aucun doute dans l’avenir du ressort de la Cour”; “La C.I.J. et le Droit de la Mer”, *La Cour Internationale de Justice à l’Aube du XXI Siècle, Le regard d’un juge*, Paris, 2003, 287–301, p. 300. La cursiva es nuestra.

³⁰⁶ FLEISCHHAUER, C.A., “The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly

observadores la amenaza de fragmentación del DI reside ante la eventualidad de que la jurisprudencia del TIDM pueda entrar en conflicto con la de la CIJ, sobre todo en lo que se refiere a los asuntos de Derecho del Mar y a los temas generales de DI, lo que ha provocado cierta inquietud en algunos jueces de la Corte de La Haya. En este sentido, el Juez GUILLAUME ha observado que “confier á des juridictions le soin de juger des affaires comparables, voire de trancher des questions identiques, c’est courir un risque grave que ne saurait éliminer complètement la prudence des juges»³⁰⁷.

Es cierto que el TIDM constituye un sistema jurisdiccional autónomo cuya competencia obligatoria se funda en las disposiciones de la *Convención sobre Derecho del Mar*, pero no por ello podrá dejar de considerar atentamente las decisiones de la Corte de La Haya³⁰⁸. Y hay que esperar que la Corte no ignore la jurisprudencia sobre los temas incluidos en el marco especializado del Tribunal³⁰⁹. Aunque la jurisprudencia del TIDM sea todavía escasa – pues fue constituido formalmente en agosto de 1996 –, lo cierto es que, de momento, el único conflicto de jurisprudencia se ha planteado a raíz del asunto relativo al *Atún*, controversia que ha enfrentado al TIDM con el Tribunal Arbitral constituido en virtud del Anexo VII, y que ha sacado a la luz la antagónica concepción que tienen ambos órganos respecto al carácter obligatorio del sistema de arreglo de controversias previsto en la Parte XV de la Convención de 1982.

Created International Tribunal of the Law of the Sea in Hamburg”, *Max Planck YUNL*, vol. 1 (1997), pp. 327–335.

³⁰⁷ GUILLAUME, G., “La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l’occasion du Cinquantenaire”, *RGDIP*, t. 100 (1996), n. 323–333, pp. 331–332. De esta opinión es el Juez ODA, quien ha señalado que difícilmente dos tribunales paralelos asegurarán una interpretación uniforme de cualquier convención; *vid.* ODA, S., “Dispute Settlement Prospects in the Law of the Sea”, *ICLQ*, vol. 44 (1995), 863–873, p. 864.

³⁰⁸ Así, por ejemplo, en su *Orden* en indicación de medidas provisionales en el asunto del *Reclamaciones de Tierras en el Estrecho de Johor* de 8 de octubre de 2003, el Tribunal hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte de La Haya relativa a la falta de exigencia del agotamiento de las negociaciones diplomáticas como condición para acudir a dicho órgano judicial (pár. 52 de la Orden).

³⁰⁹ Un buen ejemplo lo comporta la influencia mutua que siempre ha existido entre la CIJ y los tribunales arbitrales *ad hoc* en asuntos relativos a la delimitación de espacios marítimos, donde se ha generado una simbiótica relación. Así, analizando la noción de “circunstancias pertinentes”, la Corte señaló que el DI en la materia “s’est développé grâce à la jurisprudence de la Cour et à la jurisprudence arbitrale” (y a los trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas); *vid.* *Case concerning maritime delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Dinamarca/Noruega)*, ICJ, *Reports 1993*, p. 38 y ss.

Quizás las mayores divergencias con la línea jurisprudencial marcada por la CIJ se han producido en el marco de la sectorialización regionalista³¹⁰. Sin embargo, también en el ámbito regional, la decisión de la CIJ en *LaGrand*, en la que dicho órgano ha precisado el alcance del art. 36 del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963, emitida con posterioridad a la Opinión consultiva de la CIDH sobre la misma cuestión, suministra algunos criterios para evitar posibles tensiones entre distintos órganos judiciales derivadas de decisiones divergentes. Por tanto, a continuación se analizan dos supuestos en los que se ha suscitado un conflicto entre distintos órganos jurisdiccionales sobre un mismo asunto, uno desde la especialización y el otro desde la sectorialización judicial, para, finalmente, proponer distintas soluciones, con el fin de evitar posibles conflictos entre jurisdicciones en menoscabo de la coherencia del DI.

1. Conflictos de jurisprudencia y fragmentación del Derecho Internacional: una perspectiva jurisdiccional

Si la multiplicación de tribunales internacionales revela una mayor voluntad de los Estados para aceptar que el arreglo de sus litigios se solucione a través de procedimientos que culminan con una decisión obligatoria, al mismo tiempo la ausencia de una jerarquía jurisdiccional en DI con poder para resolver los conflictos de jurisprudencia entre los diversos tribunales, podría dar lugar a decisiones incompatibles sobre una misma cuestión,

³¹⁰ En este sentido, es ineludible la referencia a una sentencia del TEDH que ha puesto claramente de manifiesto el riesgo inminente de ruptura de la unidad misma del sistema jurídico internacional que puede llevar aparejada esta tendencia a la proliferación de jurisdicciones internacionales: la sentencia de 18 de febrero de 1999, en el asunto *Matthews c. Reino Unido*. El texto de la sentencia puede consultarse en el sitio en internet <http://www.dhcour.coe.fr>. Para un análisis *in extenso* de la misma puede verse SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *RDCE*, vol. 5 (1999), pp. 95–108.

en detrimento de la unidad del ordenamiento internacional³¹¹. En relación a la fragmentación del DI, trataremos de abordar esta cuestión desde una perspectiva estrictamente jurisdiccional, centrando nuestra atención en las cuestiones institucionales de coordinación práctica y la necesidad de que los distintos operadores jurídicos – en especial los tribunales judiciales y arbitrales –, tuvieran en cuenta su jurisprudencia respectiva.

Por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales especializados creados en el marco de la Convención de 1982, alguna decisión reciente ha puesto de relieve la antagónica concepción que algunos de ellos, como el TIDM y el Tribunal Arbitral del Anexo VII, tienen respecto de la obligatoriedad del sistema de arreglo de la Parte XV de la Convención. Por un lado, en el asunto del *Buque Saiga N. 2*, el TIDM no ha dudado en afirmar su propia jurisdicción conforme a la Convención invocando un compromiso de las partes concluido con posterioridad al sometimiento de la controversia a un tribunal arbitral, considerando incluso que tal acuerdo se retrotrae a la fecha del sometimiento inicial a arbitraje³¹². Por otro lado, la posición del Tribunal Arbitral constituido en el asunto del *Atún* ha introducido ciertas dudas respecto a la obligatoriedad de dicho sistema. Y ello porque este órgano arbitral se ha inhibido de su competencia al sostener que la controversia podría también quedar bajo el ámbito de aplicación del *Convenio sobre Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional* de 1993, acuerdo trilateral que obliga a las partes y cuyo sistema de arreglo consensual sería aplicable a la controversia. Así, sobre la base del art. 281 de la Convención de 1982, para el Tribunal Arbitral el Convenio de 1993 vendría a ser

³¹¹ Cf. BUERGENTHAL, T., “International Law and the proliferation of International Courts”, *CEBDI*, vol. V (2001), *Conferencia inaugural*, 33–43, p. 38. En lo referente a la cuestión de la fragmentación el asunto *Tadic* marca un punto de inflexión, pues en el mismo se ha suscitado un conflicto entre diferentes concepciones del DI. Así, la Sala de Apelaciones del TPI para la ex Yugoslavia se desvió en su sentencia del principio del “control efectivo” aplicado por la CIJ en el asunto concerniente a las *Military and Paramilitary activities in and Against Nicaragua*, ICJ, *Reports 1986*, p. 14, párs. 109–116.

³¹² Además, la competencia del TIDM queda reforzada a través de su Estatuto (Anexo VI) en cuyo art. 21 afirma la jurisdicción de este órgano “respecto de cualquier materia específicamente prevista en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal”, situación a la que se podría reconducir sin problemas el acuerdo de 1998 entre San Vicente y Granadinas y Guinea de llevar la controversia ante el TIDM.

un acuerdo con efecto limitativo del sistema de arreglo obligatorio de su Parte XV³¹³. El problema radica en la interpretación negativa que el Tribunal Arbitral hace del efecto limitativo del art. 281, destinado a operar sólo en caso de expresa previsión convencional en el tratado en cuestión. En efecto, dicho Tribunal entendió que la cláusula de arreglo del art. 16.2 al Convenio de 1993 tendría como objeto excluir “implícitamente” cualquier arreglo que no sea a través de un medio acordado entre las partes³¹⁴. Como señala A. CANNONE “l’interpretazione dell’art.16 della Convenzione del 1993 adottata dal tribunale arbitrale determina una *notevole incertezza rispetto a eventuali controversie future riguardanti contemporaneamente la Convenzione del 1982 e altri accordi in materia marittima* contenenti disposizione che, análogamente al predetto art. 16, non attribuiscono giurisdizione ad organi giudiziari o arbitrali e, contemporaneamente, non escludono expresamente l’applicazione delle norme della parte XV della convenzione del 1982, stante il numero elevato di tali accordi”³¹⁵. Todavía resulta más sorprendente si consideramos que el TIDM no tuvo dudas en afirmar *prima facie* la jurisdicción del Tribunal Arbitral en fase cautelar³¹⁶. De igual modo, esta posición contrasta con la línea seguida por el Tribunal Arbitral en el asunto concerniente a la *MOX Plant Case (Irlanda/Reino Unido)*. En este caso el Tribunal Arbitral decidió suspender las actuaciones relativas a su jurisdicción y al fondo del asunto, en tanto no se clarifiquen determinados aspectos de la controversia que

³¹³ Esta posición contrasta con la mantenida por el TIDM en el asunto de la *MOX Plant (Irlanda/Reino Unido)*, en el que dicho órgano ha excluido la aplicación a la controversia del art. 282 de la Convención de 1982, lo que excluiría el sistema de arreglo obligatorio de la Parte XV, al afirmar que las disposiciones sobre arreglo de controversias contenidas, tanto en la Convención OSPAR como en el Tratado EURATOM, se refieren a las controversias relativas a la aplicación o interpretación de esos acuerdos y no a las que surgidas de la Convención de 1982; *vid.* la Orden del TIDM en <http://www.itlos.org/>, párs. 49–51.

³¹⁴ El Tribunal Arbitral justifica su conclusión al entender que el art. 16.3 de la Convención de 1993 especifica que, en caso de que las partes acuerden el arbitraje previsto en la misma, la constitución del tribunal será conforme al Anexo de esta Convención, el cual prevé un modelo autónomo y consensual de arbitraje y no un arbitraje obligatorio, como instituye la Sección 2 de la Parte XV de la Convención de 1982 (pár. 57).

³¹⁵ “L’accertamento ...”, *loc. cit.*, p. 952.

³¹⁶ Sobre las medidas cautelares pendiente la constitución del Tribunal Arbitral adoptadas por el TIDM el 27 de agosto de 1999 puede verse el *Symposium* sobre el asunto del *Southern Bluefin Tuna Cases, Preliminary Measures*, en *YBIEL*, vol. 10 (1999), pp. 3–40.

podieran quedar comprendidos en el ámbito competencial de otro órgano jurisdiccional, como sería el TJCE³¹⁷.

Por otra parte, las decisiones emitidas en dos procedimientos sustanciados ante dos tribunales distintos, uno con competencia general, la CIJ y otro, con jurisdicción sectorial, la CIDH – ambas relativas a la interpretación del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 –, ofrecen un escenario interesante para suministrar distintas alternativas con las que solventar el eventual conflicto de jurisprudencia, ahora desde la *sectorialización judicial*. En el primero de estos procedimientos, la Corte Interamericana fue requerida por México para que emitiera una Opinión consultiva acerca del alcance del art. 36 del *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963, en su relación con los aspectos vinculados a la protección de los derechos humanos entre Estados americanos³¹⁸. Por su parte, Alemania requirió a la Corte de La Haya, prácticamente de manera simultánea en el tiempo, para que se pronunciara respecto a la misma cuestión en relación con dos de sus nacionales, pero en este caso sobre la base del Protocolo de firma facultativa que acompaña a la Convención Consular. Considerando que ambas Cortes habían sido preguntadas sobre el alcance de la misma disposición convencional, existía una posibilidad real de que sus decisiones ofrecieran respuestas contradictorias. Pero lo cierto es que no sucedió así pues, aunque la Opinión consultiva de la CIDH fue emitida en 1999, la sentencia que la CIJ pronunció en *LaGrand* dos años después coincidió con la interpretación que la CIDH había dado del alcance del art. 36, confirmando que dicha disposición crea “derechos individuales”

³¹⁷ Con buen criterio, el Tribunal arbitral encargado del asunto decidió suspender el procedimiento argumentando que “considerations of mutual respect and comity which should prevail between judicial institutions both of which may be called upon to determine rights and obligations as between two States, the Tribunal considers that it would be inappropriate for it to proceed further with hearing the Parties on the merits of the dispute in the absence of a resolution of the problems referred to”; *Order 24 June 2003, MOX Plant Case*, en <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC.>, pág. 28.

³¹⁸ El art. 64.1 del Convenio Interamericano autoriza a la Corte para emitir dictámenes interpretativos de la Convención y de “otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos entre Estados americanos”. La CIDH había interpretado anteriormente el último inciso en el sentido de que le estaba permitido emitir opiniones relativas a disposiciones sobre derechos humanos contenidas “en cualquier convenio internacional aplicable entre Estados americanos”; *vid. Opinión Consultiva OC-1/82*, de 24 de septiembre de 1982, *Série A*, n.1.

directamente invocables ante el Estado receptor por el nacional extranjero. Pero, ¿y si la CIJ hubiera afirmado que el art. 36 del Convenio de 1963 *no* crea derechos individuales?. Este resultado habría supuesto la creación de obligaciones distintas entre los Estados americanos, por un lado, y los no americanos, por otro. Si consideramos que la CIDH desconocía de qué manera la CIJ decidiría en *LaGrand*, y que el instrumento objeto de interpretación por ambos órganos – el Convenio de Viena de 1963 –, no es un tratado regional sino universal, quizás habría tenido sentido que la CIDH hubiera esperado antes de emitir su opinión al pronunciamiento de la CIJ sobre el particular, aunque no estuviera legalmente obligada a hacerlo.

Una alternativa razonable ante esta situación sería que cada tribunal ejerciera sus poderes judiciales teniendo en cuenta la competencia de otros tribunales o su posición privilegiada para enjuiciar el objeto material de la controversia³¹⁹. Aplicado este criterio a la situación suscitada entre la CIJ y la CIDH, se podría afirmar que la jurisdicción de la CIJ para interpretar el *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963 – tratado multilateral de vocación universal –, tendría precedencia sobre la competencia sectorial de la CIDH. Por el contrario, la eficacia judicial aconsejaría que la CIDH fuera el órgano más autorizado para interpretar los aspectos vinculados a los derechos humanos del Convenio de 1963, en su aplicación al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este ámbito las decisiones de la CIDH deberían tener precedencia sobre la CIJ, de acuerdo a su especialización sectorial.

Lo que parece evidente es que, ante este tipo de situaciones, los Estados reaccionan de forma diversa a través de prácticas como el *forum shopping*, que permite a los Estados

³¹⁹ Por ejemplo, una parte de los problemas de coordinación de las respectivas doctrinas del TEDH y del TJCE en materia de protección de derechos humanos puede encontrar solución a la luz del art. 6.2 del TUE (versión consolidada del Tratado de Niza de 2001). Este artículo establece la obligación de las Instituciones comunitarias de respetar los derechos humanos tal como están garantizados por la Convención de Roma de 1950, reenviando así implícitamente a la jurisprudencia del TEDH para apreciar la conformidad con los derechos fundamentales protegidos de las normas estatales (que entren en el ámbito de aplicación del DC) y de las actuaciones de las propias Instituciones comunitarias; ver CHARNEY, J., “Is International Law Threatened ...”, pp. 101–382.

escoger el método más acorde a sus intereses. Por ejemplo, con posterioridad al laudo del *Atún*, Australia introdujo una nueva declaración en virtud de la cual dicho Estado elige ahora, indistintamente, a la CIJ y al TIDM, cuya finalidad parece ser cerrar cualquier posibilidad al arbitraje del Anexo VII³²⁰. A la inversa, la decisión de la CIJ en *LaGrand* pudo animar a que México, solicitante de la Opinión consultiva a la CIDH de 1999, ratificara en 2002 el Protocolo facultativo al Convenio Consular para, meses más tarde (en enero de 2003), demandar ante la CIJ a Estados Unidos por hechos similares a los que originaron la demanda de Alemania.

En cualquier caso, los tribunales especializados deben ser sumamente cuidadosos al desarrollar su jurisprudencia, que debería estar en consonancia con la de la CIJ que, a fin de cuentas, es el “órgano judicial principal de las NU” con jurisdicción en todas las controversias de orden jurídico (art. 36.2 de su Estatuto). Pero también hay que tener en cuenta que el panorama judicial internacional ha cambiado mucho durante estos últimos cincuenta años ya que ni la Corte de La Haya monopoliza la judicialización de las controversias internacionales ni es el único sistema institucionalizado permanentemente. De una parte, porque han surgido otros sistemas judiciales institucionales, permanentes y obligatorios, como el TIDM, que han roto el monopolio de la actividad judicial de la CIJ. De otra, porque a su lado la sombra del arbitraje permanece alargada.

En definitiva, antes de convertir a la CIJ en una especie de Tribunal de Casación de las decisiones de otros órganos judiciales o arbitrales – propuestas que, por lo demás, carecen de viabilidad en la actual SI, al menos fuera de un marco doctrinal³²¹ –, entendemos más factible que los problemas de armonización jurisprudencial puedan

³²⁰ UN, *Multilateral Treaties Deposited ...*, vol. II, 2003, pp. 261–262.

³²¹ Soluciones como la de convertir a la CIJ en instancia de casación de otras jurisdicciones, o de la creación de una especie de cuestión prejudicial ante la CIJ, por la vía de las opiniones consultivas – al estilo de la existente en el DC –, han sido planteadas desde diversos sectores. Así, en cuanto a la creación de un mecanismo prejudicial puede verse GUILLAUME, G., “La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions ...”, *loc. cit.*, p. 332.

encontrar solución en la consolidación de una cooperación interjurisdiccional, tarea a la que están conminadas no sólo la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo, sino también los tribunales arbitrales que actúan en el marco particular de sistemas de arreglo de controversias³²². Y no olvidemos que la proliferación de tribunales internacionales es producto de la voluntad de los Estados y de las necesidades actuales de un ordenamiento internacional que se presenta más complejo y, al mismo tiempo, relevante para las relaciones que impliquen no sólo a Estados sino también a Organizaciones Internacionales y a personas físicas y jurídicas³²³.

³²² Este enriquecimiento recíproco (*cross-fertilization*) es posible, señala J. CHARNEY, por el hecho de que los jueces, árbitros y abogados que actúan en los distintos tribunales internacionales pertenecen a una misma comunidad jurídica con concepciones comunes sobre la naturaleza, el papel y la importancia del DI, “Is International Law...”, *loc. cit.*, pp. 355 y ss.

³²³ En este lugar sería pertinente la observación de L. CONDORELLI cuando señala que “when States, encouraged by the current climate favorable to compulsory settlement of disputes, accept new commitments in this field, they do so by preferring ‘new mechanisms’ instead of the well known ones of the Hague Court”, “La Cour internationale de justice: 50 ans et (pour l’heure) pas une ride”, *EJIL*, vol. 6 (1995), 388–400, p. 396.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES

I

1.- Para alcanzar el objetivo propuesto, esto es, examinar y valorar la incidencia del proceso codificador en la progresión de los distintos medios de arreglo, hemos privilegiado el estudio de la práctica institucional en materia de arreglo de controversias, fundamentalmente la desarrollada a partir de la labor codificadora que, desde 1949, lleva a cabo de manera preferente la Comisión de Derecho Internacional. A la hora de estudiar el grado de progresión de los distintos medios de arreglo de controversias, se ha hecho especial hincapié tanto en los resortes dispuestos para promover su mayor operatividad, como en las transformaciones experimentadas en los perfiles clásicos de algunos medios, si bien podemos agrupar estas conclusiones en torno a diferentes criterios, tanto de orden cualitativo como cuantitativo.

2.- En primer lugar, nos hemos ocupado de la influencia que el proceso codificador ha ejercido sobre el único medio de autosolución que conoce el DI, las negociaciones diplomáticas. Así, este proceso muestra que el dilema fundamental que se plantea en la regulación jurídica de la negociación radica en cómo conciliar la imprescindible autonomía y libertad de que gozan las partes, que es la esencia de aquélla, con la existencia de normas referentes al proceso negociador, su desarrollo y el actuar de las partes en las negociaciones.

Desde una óptica cualitativa, las negociaciones han experimentado un proceso de juridificación que se hace visible en los mecanismos dispuestos para determinar su puesta en práctica y terminación. Este proceso de regulación jurídica parte de un presupuesto: los Estados partes en una controversia tienen la obligación formal de negociar, si bien tal obligación posee un carácter estrictamente procesal. El recurso a las

negociaciones *a petición de parte* corrige la tradicional libertad de acción y decisión de que gozan los Estados pues, ante una demanda unilateral de negociaciones, la otra parte no podría negarse a negociar sin que su conducta fuera generadora de un hecho ilícito internacional.

Junto a la previsión de una obligación formal de negociar, la prioridad de la negociación como primera etapa del sistema de arreglo constituye una cláusula de estilo en buena parte de los convenios codificadores. Sin embargo, la precedencia de las negociaciones sobre el pelotón de medios previstos en el sistema de arreglo no debe dar pie a la cristalización de una pretendida norma consuetudinaria en tal sentido. Al contrario, dicha prioridad obedece a factores intrínsecos, como el claro rechazo a los medios jurisdiccionales en fase de gestación del convenio, y extrínsecos, como los legítimos intereses estatales de participar directamente en la aplicación e interpretación de las normas internacionales que previamente han consentido. El ejemplo más claro se encuentra en el rechazo de la obligación previa de negociar, en tanto condición y límite del derecho de los Estados a adoptar contramedidas, en el *Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* adoptado en 2001. Desde luego, la obligación de recurrir a las negociaciones antes de adoptar contramedidas establecida en la versión del Proyecto de 1996 representaba una propuesta de indudable desarrollo progresivo, probablemente algo prematura para el estado actual de desarrollo del DI. Asimismo, los condicionantes impuestos a las negociaciones directas a través de plazos temporales, muy breves por cierto para la sustanciación de un proceso negociador, ponen de relieve un interés en activar otros procedimientos de arreglo y no conceder todas las posibilidades a las negociaciones.

3.- En definitiva, de lo que se trata en las negociaciones es de dejar constancia de que éstas se han desarrollado, que a través de ellas se ha llegado a un punto muerto, y

que su continuación no conduciría al arreglo de la controversia. Con este fin, el proceso codificador articula una técnica interesante para objetivar la obligación de comportamiento que incumbe a las partes en las negociaciones. Esta técnica consiste en la fijación de plazos perentorios en los que necesariamente se deben sustanciar las negociaciones, pasados los cuales, será un tercero imparcial (normalmente político y rara vez jurisdiccional), el encargado de determinar su previo agotamiento para, acto seguido, conocer de la controversia. Se trata de una técnica loable pues, a su través, no sólo se permite sustituir el parámetro subjetivo de la buena fe por un sistema objetivo de plazos, sino que puede resultar útil para compensar, hasta cierto punto, la actitud dilatoria u obstruccionista del Estado más fuerte en las negociaciones, sobre todo si ese tercero imparcial es un órgano jurisdiccional.

II

1.- El proceso codificador ha tenido consecuencias en los procedimientos políticos por intervención de tercero, a la luz de dos factores que han ejercido una influencia relevante tanto en la conciliación como en la determinación de los hechos: su judicialización y funcionalización.

Por lo que se refiere a la conciliación, el proceso judicializador que experimenta este procedimiento ha sido de tal intensidad que su conceptualización como medio político o diplomático debe ser relativizada. Desde un punto de vista cuantitativo, esta inercia judicializadora se advierte en la generalización de un modelo de conciliación obligatoria incentivado a través de varios resortes dispuestos para lograr su mayor operatividad. Tras el agotamiento de las negociaciones, lo habitual en el proceso codificador es que se prevea la obligación de las partes de participar en un

procedimiento de conciliación. Si esta obligación erosiona la libertad de elección de las partes, al mismo tiempo impone la necesidad de prever los casos en que, a pesar de ello, una de las partes se niegue a hacerlo. Para prevenir esta contingencia, la conciliación ha asumido un aparato procedimental de cierta envergadura, que ha tenido consecuencias en su naturaleza y estructura clásica.

En cuanto a su naturaleza, porque la regulación de un procedimiento de conciliación que puede sustanciarse “en ausencia de parte” (*Convención sobre Derecho del Mar*), o ante un órgano de arreglo que “no goza de la confianza” de una de las partes (*Convención sobre Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales Universales*), no se compadece bien con su tradicional naturaleza consensual. Asimismo, este proceso judicializador ha dotado a este medio de una estructura procedimental cuasi jurisdiccional. En primer lugar, la cuestión de la competencia de la conciliación cuando opera de forma obligatoria sobre determinados sectores normativos ha sido resuelta otorgándole los mismos poderes de los que goza un órgano jurisdiccional para decidir sobre su propia competencia. En segundo lugar, el recurso obligatorio a la conciliación como único mecanismo de control objetivo del sistema de arreglo, implica necesariamente operar con comisiones preconstituidas o prever sistemas que aseguren su constitución cuando una de las partes se niegue a cooperar. En este supuesto, el proceso judicializador ha favorecido una cierta institucionalización de la conciliación, principalmente a través de la participación del SG de NU en el procedimiento. La creciente relación jurídica entre la conciliación y la estructura de cooperación de la SI se escenifica en las amplias facultades conferidas al SG, ya sea para designar directamente a los comisionados, ya sea para predeterminar la composición de la comisión mediante listas de expertos, cuya confección y mantenimiento corre también a su cargo o del Presidente de la CIJ. Por último, aunque

no menos importante, esta tendencia judicializadora se hace visible en el valor jurídico del informe de la comisión de conciliación, por definición no obligatorio, pero al que se confieren unos “efectos jurídicos” que nunca tuvo en su concepción tradicional, sobre todo los que subyacen de la presión moral y el peso de la opinión pública que se derivan de su traslado al SG para su depósito y publicidad.

2.- Por otra parte, entre las transformaciones de orden cualitativo, debemos destacar aquellas que han sido generadas por el factor funcionalizador, cuyo fundamento reside en la idea de que los medios de arreglo deben ser adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia. En el caso de la determinación de los hechos, este factor adquiere mayor intensidad, principalmente por la estrecha vinculación que existe entre este procedimiento y la idea de *prevención* de las controversias, al menos en determinados sectores normativos. Este proceso funcionalizador desdibuja los perfiles clásicos de la determinación de los hechos, caracterizada como método destinado a resolver controversias sobre cuestiones de hecho y no discrepancias sobre aspectos jurídicos, para añadir entre sus posibilidades funciones más propias de otros medios, en especial de la conciliación. Ya sea porque entre sus competencias asume la calificación jurídica de los hechos, ya sea porque se configura como medio auxiliar o fase previa de la conciliación. En definitiva, si la calificación jurídica era el elemento que la diferenciaba de la conciliación, al calor de dicha ampliación competencial se ha planteado si, en realidad, la determinación de los hechos conserva su carácter independiente como medio de arreglo o, por el contrario, asume un carácter subordinado de la conciliación.

En el caso de la conciliación, el factor funcionalizador confirma su papel como procedimiento orientado para resolver controversias de orden jurídico. Al menos, éste parece ser el fundamento político del modelo de conciliación obligatoria, pues si la falta

de carácter vinculante de sus decisiones puede ser un elemento atractivo para los Estados, al mismo tiempo permite que un tercero imparcial ofrezca una valoración jurídica de la controversia.

3.- Finalmente, llama la atención la distorsión que existe entre el fomento de la conciliación en los convenios codificadores y la efectiva utilización que los Estados hacen de este procedimiento. Desde luego, la regulación jurídica de la conciliación obligatoria en una amplia red de convenios codificadores no se corresponde con su utilización en la práctica, pues no se conoce ningún caso en que los Estados hayan puesto en escena este modelo obligatorio. Si a ello se añade que el contenido del informe deberá referirse necesariamente a cuestiones jurídicas, la labor de la comisión se hace más difícil, ya que ante ella se presenta el dilema entre proponer un arreglo puramente transaccional o una solución basada en consideraciones estrictamente jurídicas, lo que quizás explica que los Estados se resistan a utilizar este procedimiento.

III

1.- El estudio de las consecuencias que el proceso codificador ha tenido sobre los medios de carácter jurisdiccional se encuadra en un proceso simultáneo de sectorialización y especialización, cuya principal virtud consiste en incentivar el consentimiento estatal por vía anticipada al arbitraje y al arreglo judicial.

Por lo que se refiere al arbitraje internacional, debemos destacar el auge experimentado por el procedimiento arbitral en los convenios codificadores. Este resurgimiento se refleja en las posibilidades que ofrece el arbitraje en los distintos sistemas de arreglo, donde se configura como procedimiento de geometría variable que se adapta a las peculiaridades de cada ámbito material de relación. Cuando el arbitraje

se incorpora en una cláusula facultativa, puede aparecer como procedimiento correlativo o alternativo a la conciliación “obligatoria” (*Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados*), o como vía de escape, subsidiaria o alternativa, a la CIJ (*Convenios de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares*), fórmula que se puede revelar eficaz cuando las partes no desean someter la controversia a la Corte de La Haya.

Otro bloque cualitativamente importante de convenios disponen el recurso obligatorio al arbitraje para todas o algunas de sus disposiciones, de forma automática o subsidiaria al intento de arreglo judicial, sin que dicha obligatoriedad pueda quedar desvirtuada por el régimen de reservas y objeciones a la cláusula arbitral, como sucede en el *Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados*.

2.- Sin embargo, el arbitraje es realmente obligatorio cuando su recurso se concibe en base al “principio de no frustración”, que en ocasiones prevalece sobre el principio de autonomía de las partes en el control del procedimiento. A partir de dicho principio se conforma una obligación arbitral técnicamente perfecta, articulada a través de una cláusula-tipo, cuyo objetivo es lograr la mayor disponibilidad del arbitraje para las partes. Esta cláusula-tipo se estructura en dos fases. Una primera, donde la obligación arbitral se puede activar mediante demanda unilateral. Y otra posterior, en la que la facultad de las partes de “modular” el procedimiento arbitral se restringe a través de resortes dirigidos a garantizar la constitución del órgano arbitral.

3.- Situándonos en los extremos del procedimiento arbitral, son pocas las cláusulas que confieren competencia a órganos permanentes (como el TIDM), a fin de resolver cuestiones previas que pudieran suscitarse antes de la constitución del órgano arbitral (tales como la inexistencia de la controversia o la posibilidad de adoptar medidas cautelares hasta que el tribunal arbitral se constituya), mientras que no son muy audaces

las disposiciones dirigidas a atribuir facultades al órgano en cuestión para solucionar los aspectos sustantivos y procesales que amenacen con bloquear o retrasar el arreglo en sí (desde definir el objeto de la controversia y determinar el derecho aplicable, o prever las mayorías necesarias y el plazo para emitir el laudo arbitral).

Sí son mayoría, en cambio, los convenios codificadores que prevén mecanismos tendentes a asegurar la constitución del órgano arbitral, garantizando así la efectividad del arbitraje cuando opera como único cauce jurisdiccional (*Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos del Alta Mar*), o combinado con el recurso a la CIJ en vía consultiva (*Convenio sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*). Entre estos resortes destaca la atribución de funciones dirimentes para designar a los miembros del órgano arbitral a una autoridad perteneciente a la estructura institucional de la SI. En los tratados multilaterales auspiciados por las NU existe una gran uniformidad en relación con tales reglas, estando en ellas por lo general conferidas las funciones dirimentes al SG de la Organización o al Presidente de la CIJ. Este soporte institucional del procedimiento arbitral se complementa con el establecimiento de listas de árbitros o expertos integradas por nombres facilitados por los Estados, cuya confección y mantenimiento también corre a cargo del SG, cautelas que estructuran un procedimiento arbitral muy garantista para la parte demandante.

4.- Sin duda, todos estos resortes procesales dirigidos a promover la mayor operatividad del arbitraje manifiestan una cierta revitalización del procedimiento arbitral en el proceso codificador. Ahora bien, esta revitalización debe ser matizada, pues no se conoce ningún arbitraje instituido sobre la base de tales disposiciones convencionales. Si en algunos convenios la explicación puede encontrarse en que la cláusula arbitral todavía no puede hacerse operativa (caso del *Convenio sobre Derecho*

de los *Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales*); en otros casos, sólo puede presumirse de la retirada en bloque de las reservas a la cláusula arbitral formuladas en su día por los Estados socialistas del Este de Europa (caso de la *Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas*).

En el mismo sentido, cabe destacar la propuesta, fallida, que condicionaba el derecho de un Estado a adoptar contramedidas a la previa obligación de someter la controversia a arbitraje, planteada en su momento en la *Tercera Parte del Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados* adoptado en primera lectura en 1996. La supresión de la *Tercera Parte* en el Proyecto adoptado en 2001 demuestra que los Estados no parecen dispuestos a aceptar una obligación arbitral tan general pues, *de facto*, en esa Parte del Proyecto de 1996 se propugnaba la jurisdicción obligatoria de un tribunal arbitral “tan sólo” respecto a la controversia nacida de la presunta comisión de un hecho ilícito y sus consecuencias, cualquiera que fuera el origen de la obligación internacional violada.

5.- Por el contrario, la posición del arbitraje sí queda reforzada cuando comparte espacio con otros procedimientos jurisdiccionales en un catálogo de medios abierto a la elección de los Estados. Éste es el caso del arbitraje del Anexo VII a la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982, que se configura como jurisdicción residual que cierra el sistema de arreglo de su Parte XV, siempre que no exista acuerdo entre las partes sobre la elección del medio o éstas hayan elegido medios distintos (art. 287.3). Claro que, si se atiende a la práctica contenciosa, esta posición del “arbitraje VII” es más aparente que real. Si en el asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional*, primer arbitraje organizado conforme al Anexo VII de la Convención de 1982, el Tribunal Arbitral exigió un acuerdo expreso e inequívoco de las partes para afirmar su jurisdicción sobre

la controversia; en el asunto de la *MOX Plant*, segundo arbitraje constituido sobre la misma base normativa, el Tribunal Arbitral ha decidido suspender el procedimiento, al menos hasta cerciorarse de que su competencia no queda desplazada por la de un órgano jurisdiccional regional, como el TJCE.

6.- Asimismo, la especialización del arbitraje en determinados sectores normativos ha dotado de ciertas particularidades al procedimiento arbitral, entre las que destacan su apertura a otros entes distintos de los Estados. Principalmente, son las Organizaciones Internacionales las que se benefician del *locus standi* en el arbitraje, si bien la ampliación también alcanza a otras entidades que no son sujetos de DI, sino solamente actores, tal como permite el Anexo IX de la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982. Sin embargo, en la única disputa que ha enfrentado hasta la fecha a una Organización, la CE, con un Estado Parte en la Convención de 1982, Chile, (en el asunto de la *Conservación y explotación sostenible de los stocks de pez espada en el Océano Pacífico Suroriental*), ambos litigantes han optado por relegar la jurisdicción obligatoria residual del “arbitraje VII”, operativa en virtud del juego del art. 287.3, en beneficio de la competencia del TIDM, que conoce de dicha controversia mediante compromiso de las partes.

7.- De igual modo, la eficacia del arbitraje demanda resortes procesales que permitan preservar los derechos e intereses de las partes regulando la intervención de terceros en el procedimiento y, sobre todo, permitiendo sistemas flexibles de adopción de medidas provisionales, como el previsto por el art. 290.5 de la *Convención sobre Derecho del Mar*, que autoriza al TIDM, o a su Sala de Controversias, para decretar medidas cautelares en tanto se constituye el órgano arbitral. Esta posibilidad representa el verdadero refuerzo del arbitraje en la Convención de 1982, en la medida en que todos los asuntos sometidos a la jurisdicción de un tribunal arbitral han venido precedidos de

la adopción de medidas provisionales por parte del TIDM. Asimismo, cabe destacar la competencia establecida por el art. 11 del *Convenio sobre Conservación de los Recursos Vivos en Alta Mar* de 1958, en virtud de la cual la obligatoriedad de las medidas provisionales que pueda dictar la Comisión arbitral queda reforzada con la insólita posibilidad de acudir al art. 94.2 de la Carta en ejecución de las mismas.

8.- Menos atención, en cambio, han prestado los convenios codificadores a la fase final del procedimiento arbitral, siendo muy simple la regulación referente a los aspectos concernientes al laudo arbitral. Al margen de configurar la sentencia arbitral como un acto jurídico inmutable e inapelable, son escasos los convenios que establecen expresamente los recursos encaminados a la corrección o anulación de la sentencia, sin que dicha regulación se acompañe de un marco procesal que permita sustanciar estos remedios post-sentencia. Asimismo, debemos afirmar que el grado actual de evolución del DI no ha permitido incorporar en un convenio codificador aceptable para los Estados la propuesta de conferir una competencia supervisora de la validez del laudo arbitral a la Corte de La Haya.

IV

1.- El estudio del proceso codificador confirma la tendencia contemporánea hacia la sectorialización y especialización del arreglo judicial, a la vez que alimenta la potencial rivalidad entre dos jurisdicciones de vocación universal como son la Corte de La Haya y el Tribunal de Hamburgo sobre Derecho del Mar. Por lo que se refiere a la Corte, la promoción del consentimiento por vía anticipada a su jurisdicción depara ciertos sinsabores, pues son mayoría los convenios codificadores que dejan su aplicación a expensas de una manifestación de voluntad adicional o que permiten su

exclusión o reserva, a lo que se añade, en algún caso, el necesario trámite procesal de recurrir previamente a un procedimiento político por intervención de tercero.

2.- Si consideramos las distintas posibilidades de acceso a la Corte que ofrece el proceso codificador resulta que, mientras los convenios que exigen una manifestación adicional a su jurisdicción únicamente han recibido una respuesta positiva de un reducido número de Estados (*opting in*), en cambio son numerosos los que están dispuestos a hacer uso de las facultades que permiten eludir la intervención de la Corte (*opting out*). Sin embargo, la práctica contenciosa nos ofrece algunos datos para el optimismo, aunque todos procedan del mismo sector normativo: el *Derecho Consular*. En los últimos años tres asuntos han llegado a la Corte de forma sucesiva (*Breard*, *LaGrand* y *Avena y Otros Nacionales Mexicanos*), sobre la base del mismo título de jurisdicción: el Art. I del Protocolo facultativo al *Convenio sobre Relaciones Consulares* de 1963. En todos ellos, el Alto Tribunal ha estimado que la referida cláusula es una vía útil para afirmar su competencia *prima facie*. Pero, sobre todo, ha permitido a la Corte afirmar, por vez primera en sede judicial, el carácter obligatorio de las medidas cautelares indicadas por la misma. Este desarrollo en su línea jurisprudencial acometido en el asunto *LaGrand*, ha tenido un efecto diferido en el asunto *Avena*, en el cual se ha podido comprobar no sólo cómo las medidas provisionales son respetadas hasta ser sustituidas por una sentencia sobre el fondo, sino también cómo las decisiones de la Corte tienen la carga obligatoria suficiente para ser ejecutadas por Estados Unidos, sin que la naturaleza federal de su organización territorial haya sido un obstáculo para ello.

3.- Si nos situamos del lado de las cláusulas que prevén el recurso obligatorio a la CIJ, conviene destacar que algunos regímenes materiales consagran esta previsión precisamente para sus disposiciones más conflictivas, como sucede con los *Convenios*

de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados, de 1969, y entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 1986, que establecen el acceso automático a la Corte, en vía contenciosa y consultiva, respectivamente, para determinar si el contenido de un tratado es compatible o no con una norma de *ius cogens*, ya formada o sobrevenida. Este control judicial del *ius cogens* constituye un elemento de desarrollo progresivo en materia de arreglo de controversias, como lo demuestra la defensa que los Estados occidentales (con la excepción de Francia) hicieron de la jurisdicción de la CIJ sobre las normas imperativas durante la Conferencia. Esta defensa ha sido corroborada por la retirada en bloque a partir de 1990 de las reservas formuladas por algunos Estados socialistas de Europa del Este, ahora conversos, si bien todavía hoy algunos Estados de ese mismo corte ideológico (Cuba, Vietnam), junto a otros del mundo islámico (Túnez, Arabia Saudí), mantienen una posición contraria a cualquier vínculo jurídico entre la Corte y el *ius cogens*.

Sin embargo, la jurisdicción de la CIJ sobre la base de la cláusula judicial del art. 66 del *Convenio sobre Derecho de los Tratados* de 1969 se concibe dentro de unos márgenes procesales muy estrechos. Este aspecto ha sido confirmado por la propia Corte en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, primera vez en que un Estado, la R.D. del Congo, invoca ante la CIJ la referida cláusula, sin que dicho órgano judicial haya afirmado su competencia sobre la misma. Ciertamente es que compromisos de este tipo se explican en el marco de un contexto histórico concreto, como el originado por la fractura Este-Oeste, que obligaba a Estados de uno y otro bloque ideológico a negociar de manera indisoluble las disposiciones sustantivas y los procedimientos de arreglo vinculados a su aplicación, lo que favoreció fórmulas imaginativas que han ofrecido resultados razonables. En efecto, tras la defunción del sistema de bloques, a comienzos de este milenio la CDI no ha podido reeditar en el

Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 el compromiso jurisdiccional alcanzado entre los Estados en 1969. Y ello no sólo porque el Proyecto de 2001 se presenta huérfano de la intervención de la CIJ, sino de cualquier procedimiento, vinculante o no, que pudiera determinar de manera objetiva la violación grave de una norma imperativa.

De esta exclusión son responsables no sólo los miembros permanentes del CS, liderados por Estados Unidos, sean potencias militares, caso de Rusia, o grandes potencias pertenecientes a la UE, como Reino Unido y Francia, sino también potencias regionales (como Australia o Israel). A expensas de lo que los Estados puedan negociar y, en su caso, acordar sobre el desarrollo progresivo de las *normas terciarias* del ordenamiento en una futura Conferencia codificadora, lo cierto es que ahora mismo hay pocas expectativas de que se celebre. Y mucho menos de que la controversia nacida de la alegación de una violación grave de una norma imperativa pudiera someterse a un arbitraje obligatorio y/o a la CIJ.

4.- Con el fin de atraer la confianza de los Estados al arreglo judicial, su aceptación por vía anticipada también ha sido alentada a través de la especialización judicial, cuyo máximo exponente es el TIDM, que ejerce su competencia general conforme a la Parte XV de la Convención de 1982 y a su Anexo VI. Aunque la filosofía del sistema de arreglo de la Parte XV se inspira en el principio de la jurisdicción obligatoria, en el art. 287 se consagra un compromiso peculiar que ofrece a las partes en la Convención la opción de elegir, en un catálogo abierto, entre el TIDM, la CIJ o el arbitraje (general o especial), siendo justamente el “arbitraje VII” o general el procedimiento que cierra el sistema de arreglo. Sin embargo, la práctica contenciosa demuestra que la confianza de los Estados se dirige hacia el Tribunal de Hamburgo, incluso una vez iniciado el procedimiento arbitral, como ha sucedido en el asunto del

Buque Saiga N. 2. A su vez, el TIDM se configura como el foro especializado y con jurisdicción obligatoria residual para ciertas categorías de controversias en las que, por sus propias características, como la pronta liberación de buques y su tripulación, se requiere una respuesta rápida y eficaz. No es de extrañar, a este respecto, que los siete casos de pronta liberación planteados hasta la fecha hayan sido sometidos al Tribunal de Hamburgo.

Por lo que se refiere a la competencia incidental en materia de medidas provisionales, a diferencia de la CIJ, donde la polémica acerca de su obligatoriedad ha tenido que ser zanjada vía jurisprudencial, en el caso del TIDM el carácter obligatorio de sus medidas cuenta con un reconocimiento expreso en el art. 290 de la Convención, circunstancia que ha motivado que ninguno de los litigantes haya cuestionado su carácter obligatorio hasta el momento. En cuanto a la competencia *ratione personae*, a diferencia de la CIJ, tienen acceso ante el TIDM no sólo los Estados sino también, bajo ciertas condiciones, otros sujetos distintos a ellos. Es especialmente destacable, en este punto, que pueda litigar ante el TIDM una Organización Internacional como la CE, cuyo acceso al Tribunal se produce en calidad de “Estado Parte”, y que ha permitido someter ante este foro una controversia en la que es parte la citada Organización regional: la controversia sobre la *Conservación y explotación sostenible de los stocks de pez espada en el Océano Pacífico Suroriental*, que la CE sostiene aún contra Chile.

5.- Tratándose de controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención de 1982, la jurisdicción del TIDM se complementa con la que tienen la CIJ y los tribunales arbitrales. A este respecto, la diferente línea jurisprudencial seguida por el TIDM y el Tribunal Arbitral VII en el asunto del *Atún de Aleta Azul Meridional* ha tenido consecuencias importantes. Si se sigue la posición de este último, el hecho de que una controversia relativa a la Convención de 1982 pueda ser calificada al mismo

tiempo como relativa a la interpretación o aplicación de otro tratado internacional, va a posibilitar que se aplique el sistema de arreglo de controversias de éste, aunque sea estrictamente voluntario, en lugar del regulado por la Convención de 1982, pues para el Tribunal Arbitral basta un acuerdo implícito entre las partes para eclipsar el sistema de arreglo obligatorio de la Convención de 1982. Por el contrario, si se sigue la línea jurisprudencial trazada por el TIDM y, con toda probabilidad, por el Tribunal Arbitral en el asunto *MOX Plant*, las posibilidades de eludir el sistema de arreglo de la Convención van a ser mucho menores. Es esta última, a mi juicio, la posición más acertada.

Por otra parte, en cuanto a la coexistencia del sistema de arreglo de la *Convención sobre Derecho del Mar* con el sistema de la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ, la diversidad de problemas que puede dar lugar hace aconsejable que sean los propios Estados quienes aclaren a cuál de ellos debe darse preferencia, coordinando para este propósito sus declaraciones formuladas de conformidad con el citado art. 36.2 del Estatuto, con las efectuadas de acuerdo con los arts. 287 y 298 de la Convención de 1982.

6.- Desde una perspectiva sectorial, la decisión de la Corte en el caso *LaGrand* sugiere que la coordinación entre tribunales constituye una vía útil y eficaz para evitar jurisprudencias contradictorias cuando el objeto de una misma controversia se someta alternativamente a dos o más órganos jurisdiccionales con ámbitos competenciales distintos. Por su parte, desde la especialización judicial, también se han propuesto fórmulas alternativas como la de instaurar “normas de conflicto”, del tipo de la prevista en el art. 282 de la *Convención sobre Derecho del Mar*. Esta solución no ha logrado evitar la existencia de jurisprudencias discrepantes entre distintos órganos jurisdiccionales, como ha sucedido en la controversia del *Atún de Aleta Azul Meridional*

entre el Tribunal de Hamburgo y un Tribunal Arbitral VII. Aunque esta discrepancia no debe perjudicar la coexistencia entre ambos foros, consideramos que la línea a seguir debe ser la cooperación interjurisdiccional, fórmula que se ha revelado útil en la controversia de la *MOX Plant*. En este caso, el Tribunal Arbitral encargado de la controversia, ha optado por la coordinación a la hora de pronunciarse sobre su competencia, al menos hasta cerciorarse de que ningún otro órgano jurisdiccional llamado a resolverla conforme a la Convención de 1982, como podría ser el TJCE, esté autorizado para hacerlo.

V

1.- Por último, en una perspectiva más general, el estudio de la práctica institucional ha puesto de relieve que la traducción jurídica del principio de arreglo pacífico en los convenios codificadores ha matizado sus coordenadas básicas, si bien estos cambios tienen un carácter eminentemente procesal.

Por lo que respecta a la obligación de conducirse por medios pacíficos, esta coordenada ha tenido una traducción particular en la regulación jurídica experimentada por las negociaciones. El modo en que deben actuar los Estados en las negociaciones se articula dentro de un cauce procedimental que permite comprobar (y sancionar) la inobservancia de la obligación de comportamiento que incumbe a las partes en la negociación. A pesar de la formalización de las negociaciones, este desarrollo jurídico no ha conseguido erosionar de forma apreciable la libertad de acción y decisión que tienen los Estados sobre este medio de autosolución. Resulta significativo comprobar que la juridificación de las negociaciones no haya sido acompañada de una regulación paralela de los buenos oficios o la mediación, pues su configuración como prolongación

natural de las negociaciones aconseja no someter el acceso y puesta en práctica de estos medios políticos a mayores restricciones que las impuestas por la propia voluntad de las partes en la controversia. Ahora bien, este resultado parece lógico si consideramos que las negociaciones constituyen, con mucho, el procedimiento más aplicado en la práctica internacional y, además, el que mejor se conforma al carácter descentralizado del ordenamiento internacional y a la naturaleza dispositiva de la mayoría de sus normas.

2.- Asimismo, la influencia del proceso codificador ha suavizado el principio de libre elección del medio en un doble sentido. En primer lugar, la libertad de elección se erosiona a través de un sistema escalonado de arreglo de controversias que culmina necesariamente con la intervención de un tercero, normalmente un procedimiento de conciliación obligatoria. El acceso a un modelo de conciliación con ciertos aspectos obligatorios constituye, sin duda, la propuesta más relevante de desarrollo progresivo en lo referente a los distintos medios de arreglo. Este procedimiento de conciliación obligatoria se concibe como el punto intermedio entre la transacción negociadora que representa la libertad de elección del medio y la jurisdicción obligatoria.

En teoría, el acceso unilateral a un procedimiento de conciliación, unido a la brevedad de los plazos arbitrados para resolver la controversia mediante negociaciones, son factores que deberían incentivar su utilización por los Estados. En la práctica, sin embargo, los Estados son reacios a confiar la solución de sus controversias a un medio de arreglo situado a mitad de camino entre las negociaciones y el arreglo jurisdiccional, lo que sugiere que la conciliación no pueda ser conceptualizada como un medio político *stricto sensu*. Su carácter híbrido obedece a que el modelo de conciliación obligatoria adolece de las ventajas de la negociación y de los medios jurisdiccionales, pero sí tiene los inconvenientes de todos ellos. Por un lado, la promoción del modelo de conciliación obligatoria, lejos de incentivar el recurso a este procedimiento, puede fomentar que los

Estados acudan a las negociaciones, evitando así que la controversia trascienda a la opinión pública. En efecto, el carácter sencillo y discreto de las negociaciones contrasta con una conciliación obligatoria extremadamente costosa y pesada para las partes, las cuales no sólo deben sufragar los gastos que ocasione el procedimiento, sino también soportar su alargamiento cuando se requiera la participación del SG. Por otro lado, el modelo de conciliación obligatoria puede incentivar a los Estados a resolver sus controversias por medios jurisdiccionales, en la medida en que aquel procedimiento tampoco ofrece las ventajas que han prestigiado a estos últimos. Primero, porque la regulación judicializadora de la conciliación no se ha visto acompañada de la facultad de indicar medidas cautelares que preserven la posición de las partes en tanto se emite el informe de la comisión. Segundo, porque una vez emitida la decisión de la comisión de conciliación, las partes deben decidir la cuestión “política” de si se someten o no al informe, lo que contrasta con la seguridad jurídica que ofrece el carácter vinculante de una sentencia judicial o arbitral.

3.- En segundo lugar, la libertad de elección del medio queda érosionada a través de la tendencia funcionalizadora que caracteriza los distintos sistemas de arreglo, concebidos en función de las circunstancias y naturaleza de las controversias propias de cada ámbito material de relación. De especial intensidad ha sido este factor en la determinación de los hechos, a través del cual se ha desarrollado una regulación particular con ciertos aspectos obligatorios, referidos bien al acceso al procedimiento bien al informe sobre los hechos, pero que, como en la conciliación obligatoria, tampoco induce a pensar que los Estados vayan a confiar mayoritariamente sus controversias a este procedimiento.

4.- En cuanto a la promoción de los medios jurisdiccionales por vía anticipada, debe relativizarse tanto el auge experimentado por el arbitraje como la reactivación del

recurso al arreglo judicial. En lo que respecta al arbitraje, es cierto que el procedimiento arbitral emerge como alternativa sólida de solución jurisdiccional en varios sectores normativos con cierta trascendencia cuantitativa y cualitativa para los Estados. Pero no lo es menos que esta posición del arbitraje no se corresponde con su efectiva utilización por los Estados -- con la excepción del Derecho del Mar --, al menos si se compara con la práctica arbitral de los Estados durante el período de entreguerras. De igual modo, la promoción del consentimiento estatal por vía anticipada a la jurisdicción de la CIJ no ha tenido su traslación en una utilización verdaderamente relevante de esta vía judicial, si bien en el caso del TIDM su utilización y expectativas de trabajo son mucho mejores.

Por lo que se refiere a la Corte, los datos más estimulantes proceden de los últimos años, pues desde 1998 a 2004, contabilizamos tres asuntos (*Breard*, *LaGrand* y *Avena*), en los que la Corte de La Haya se ha declarado competente para conocer de la controversia sometida sobre la base de una cláusula judicial contenida en un convenio codificador. A este respecto, debemos subrayar que los tres responden a una gradación que ha culminado en la sentencia *Avena*, la cual debe destacarse tanto por sus implicaciones en la política interna de los Estados, ya que ha permitido levantar el velo de la estructura del Estado federal a la hora de exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, como por sus consecuencias en las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de los derechos consulares como “derechos individuales” oponibles al Estado receptor refuerza la seguridad jurídica de los Estados a la hora de defender los derechos de los nacionales que se encuentren en el extranjero.

Por su parte, el carácter especializado del TIDM para ciertas categorías de controversias y su jurisdicción incidental obligatoria para adoptar medidas cautelares hasta que se constituya un tribunal arbitral, ha permitido a este joven Tribunal conocer de trece asuntos desde su andadura en 1996, un número ciertamente respetable.

Además, a la vista de las declaraciones realizadas hasta la fecha por los Estados, parece apreciarse una ligera preferencia por el TIDM. En este punto, debemos señalar que el 19 de julio de 2002 España cambió su declaración original en la que otorgaba preferencia a la CIJ, por otra en la que se escoge el TIDM junto a la CIJ, sin establecer entre ellos un orden de prelación. De cualquier forma, los temores a una mayor fragmentación del DI no debieran tener su causa en la creación de una amplia red multilateral de convenios que incentivan el recurso a los procedimientos jurisdiccionales, pues la coexistencia entre tribunales internacionales supone, objetivamente, un paso adelante hacia la vertebración e institucionalización de la Sociedad Internacional. Los desgraciados acontecimientos ocurridos durante los últimos años en torno a Irak ponen de relieve que los peligros no deben provenir de la creación de nuevos foros jurisdiccionales, sino más bien de la no aplicación del arreglo pacífico en la práctica, como ha sucedido en el conflicto de Irak, donde el arreglo pacífico de controversias figura entre los damnificados colaterales por la crisis.

5.- En definitiva, en un ordenamiento internacional esencialmente descentralizado el principio de solución pacífica de las controversias tiene como corolario el principio de libre elección de medios, lo que implica que los Estados posean una discrecionalidad casi absoluta para aceptar el medio de arreglo que estimen más conveniente. El estudio de la práctica institucional revela que la amplísima discrecionalidad de que disponen los Estados en la elección del medio de arreglo, dificulta sobremanera la elaboración de una teoría general sobre el arreglo pacífico de controversias en el DI contemporáneo. Desde luego, en el plano universal, no se puede hablar de un sistema de arreglo de controversias completo y perfecto, lo que explica el escaso desarrollo procedimental del principio de arreglo pacífico desde su formulación en la Carta de las NU hasta la actualidad. Primero, porque la práctica contenciosa en

esta materia es anárquica y está poco vertebrada, ya que sólo contamos con algunas decisiones de la CIJ y del TIDM. Segundo, porque a ello se añade el relativismo de los Estados, que se hace patente en la amplia libertad que tienen para elegir el medio más acorde a sus intereses.

Esta situación contrasta con los progresos alcanzados a nivel regional, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, donde el creciente proceso de institucionalización jurisdiccional permite que podamos hablar de un propio y verdadero sistema de arreglo de controversias. Sin desmerecer los logros alcanzados en otros ámbitos regionales como el del Consejo de Europa, donde la homogeneidad de intereses y valores han propiciado desarrollos institucionales en materia de arreglo pacífico, que representan una clara erosión de las coordenadas básicas del principio de arreglo pacífico de controversias. Con todo, en comparación con el DI clásico, es innegable que el traslado de este principio al proceso codificador ha tenido ciertas consecuencias en sus coordenadas básicas. Al menos, la traducción jurídica del arreglo pacífico en este ámbito de la estructura de cooperación demuestra no sólo la vigencia del principio sino también su vertebración, aunque no como un sistema completo y perfecto, en una extensa red de convenios codificadores que prevén su recurso en aplicación de este principio estructural del DI contemporáneo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cursos y obras de carácter general de Derecho Internacional Público.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid, 1976.

CASANOVAS I LA ROSA, O., “Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público”, en *CEBDI*, vol. II (1998), pp. 49–265.

CASSESE, A., *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986.

GIULIANO, M., SCOVAZZI, T., y TREVES, T., *Diritto internazionale, Parte Generale*, Milano, 1991.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 8ª ed., (3ª en Civitas) Madrid, 2003.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional”, *CEBDI*, vol. III (1999), pp. 316–361.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed., Madrid, 2003.

POLITIS, N., *Les Nouvelles Tendances du Droit International*, Paris, 1927.

QUOC DINH, N., DAILLIER, P., y PELLET, A., *Droit international public*, Paris, 6ª ed., 1999, pp. 1317.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público, 1. Principios Fundamentales*, Madrid, 1982.

— *Derecho Internacional Público, 2. El Derecho de los Tratados*, Madrid, 1988.

REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de derecho internacional público*, 5ª ed., Madrid, 2002.

SIEBERT, M., *Droit international public*, vol. I, Paris, 1951.

VERZJIL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, Vol. III, Leyden, Países Bajos, 1976.

VIRALLY, M., "Panorama du droit international contemporain", *RdC*, t. 183 (1983-V), pp. 9–382.

ZEMANEK, K., "The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law", *RdC*, t. 266 (1997), pp. 9–336.

2. Obras y estudios sobre la codificación y desarrollo progresivo en general

AGO, R., "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", *RGDIP*, t. 92 (1988), n. 3, pp. 539–576.

BRIGGS, H., "Reflections on the Codification of International Law by the International Law Comisión and by other Agencies", *RdC*, t. 126 (1969-I), pp. 233–316.

BUZAN, B., "Negotiating by Consensus", *AJIL*, vol. 75 (1981), pp. 324–348.

CAMINOS, H., y MONITOR, M., "Progressive Development of International Law and the Package Deal", *AJIL*, vol. 79 (1985), pp. 871–890.

CEDE, F., "New Approaches to Law-Making in the UN-System", *Austrian Review IEL*, vol. 1 (1996), pp. 51–66.

COUSSIRAT-COUSTERE, V., "Le règlement des différends dans l'oeuvre de la Commission du Droit International: vers une codification progressive?", en *Mélanges Gilbert Apollis*, Paris, 1993, pp. 28–46.

DAUDET, Y., "Actualités de la codification du droit international", *RdC*, t. 303 (2003), pp. 9–118.

DÍAZ BARRADO, C.M., "La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público", *REDI*, vol. XLVII (1995), pp. 33–53.

LÓPEZ MARTÍN, A.G., "La codificación del Derecho internacional en el umbral del siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI", *Anuario IHLADI*, vol. 15 (2001), pp. 367–389.

NU, *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, Nueva York, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., "Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: aspectos jurídicos y políticos", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y QUEL LÓPEZ, F.J., (Coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp.173–187.

ROSENNE, S., "The International Law Commission", *BYIL*, vol. XXXVI (1960), pp. 150–151.

TORRES BERNÁRDEZ, S., “La obra de desarrollo progresivo y codificación llevada a cabo por las Naciones Unidas”, *ONU Año XX*, Madrid, 1966, pp. 198–147.

VILLANI, U., “Osservazioni sulla soluzione delle controversie nelle convenzioni di codificazione del diritto internazionale”, en *Le Droit International à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de R. Ago*, Milano, 1987, vol. III, pp. 497–521.

3. Obras y estudios que abordan con carácter general el principio de arreglo pacífico de controversias

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, M.P., “Arreglo pacífico de controversias”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol I, pp. 560–564.

BOREL, E., “L'Acte Général de Genève”, *RdC*, t. 27 (1929-II), pp. 499–592.

BOWETT, D., “Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes”, *RdC*, t. 180 (1983-II), pp. 169–236.

BRIERLY, J.L., “The General Act of Geneva, 1928”, *BYIL*, vol. XI (1930), pp. 119–133.

CAFLISCH, L., “Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques”, *RdC*, t. 288 (2001), pp. 257–461.

CARON, D.D., “War and International adjudication: reflections on the 1899 Peace Conference”, *AJIL*, vol. 94 (2000), n. 1, pp. 4–30.

COLLIER, J., y LOWE, V., *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 1999.

GONZÁLEZ FÉLIX, H.A., “Desarrollo y tendencias actuales de la solución pacífica de controversias en el ámbito del Derecho Internacional”, *El Derecho Internacional como Lenguaje de las Relaciones Internacionales*, La Haya-Londres-Boston, 1996, pp. 176–183.

JENNINGS, R., “Reflections on the term dispute”, en R.S.J. McDONALD (Ed.), *Essays in honour of Wang Tieya*, Dordrecht-Boston-London, 1994, pp. 401–405.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., y CRESPO NAVARRO, E., “La Organización de la paz y la limitación del uso de la fuerza en pleno apogeo del imperialismo: las Conferencias de Paz de La Haya”, en PECES BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R., (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo III. Siglo XIX, Madrid, 2005 (en prensa).

LAUTERPACHT, H., “Théorie des différends non justiciables en droit international”, *RdC*, t. 34 (1930-IV), pp. 499–653.

LEE, R.S., "A Case for Facilitation in the Settlement of Disputes", *GYIL*, vol. 34 (1991), pp. 138–173.

MERRILLS, J.G., *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1991 (reimpresión 1995).

— "The principle of peaceful settlement of disputes", en LOWE, V., y WARBRICK, C., (Ed.), *The United Nations and the Principles of International Law. Essays in memory of Michael Akehurst*, Londres-Nueva York, 1994, pp. 49–65.

MIAJA DE LA MUELA, A., "Solución de diferencias internacionales (Teoría jurídica general)", en *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales*, vol. I, t. 1, Madrid, 1957, pp. 183–331.

— "Solución pacífica de controversias internacionales (Medios políticos y arbitraje)", *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales*, vol. II, t. 4, Madrid, 1956–57, pp. 171–291.

ORREGO VICUÑA, F., y PINTO, Ch., "The Peaceful Settlement of Disputes: Prospects for the Twenty-First Century", *Preliminary Report prepared for the 1999 Centennial of the First International Peace Conference*, Documento de NU distribuido en el CADHI del Consejo de Europa en septiembre de 1998 bajo la sigla CADHI (98) 15 (policopiado).

PAZARTZIS, P., *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre États*, Paris, 1992, pp. 349.

PETERS, A., "International Settlement: A Network of Cooperation Duties", *EJIL*, vol. 14 (2003), n.1, pp. 1–34.

RAUCHBERG, H., "Les obligations juridiques des membres de la Société des Nations pour le maintien de la paix", *RdC*, t. 37 (1931-III), pp. 83–304.

RIQUELME CORTADO, R., "La promoción de medios y métodos de arreglo pacífico de las controversias en la conmemoración del centenario de la primera Conferencia Internacional de la Paz (1899–1999)", *ADI*, vol. XV (1999), pp. 385–478.

— "El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia a la política convencional española", *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz 1998*, pp. 217–313.

— "El arreglo pacífico de controversias en las organizaciones internacionales de fines generales", *ADI*, vol. XI (1995), pp. 275–314.

SCOTT, J.B., *The Reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907*, Oxford, 1917.

SOHN, L.B., "The Future of Dispute Settlement", en MC DONALD R.Y., JOHNSON, D.M., (eds.), *The Structure and Process of International Law*, Dordrecht, 1983, 1121 y ss.

TARASOV, N.K., "Le règlement pacifique des différends (Introduction)", en *Droit international. Bilan et Perspectives*, BEDJAOUI, M., (Ed.), *op. cit.*, pp. 528-529.

TREVES, T., *Le Controversie Internazionali, Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999.

— "Recent trends in the settlement of international disputes", *CEBDI*, vol. I (1997), pp. 395-436.

TOMUSCHAT, C., "The 1928 General Act for the Pacific Settlement of International Disputes revisited", en *Liber amicorum Judge S. Oda*, The Hague/New York, 2002, vol. II, pp. 977-994.

VALLAT, F., "The Peaceful Settlement of Disputes", *Essays in honour of Lord McNair*, Cambridge, 1965, pp. 165-187.

WEHBERG, H., "Le Protocole de Genève", *RdC*, t. 7 (1925-II), pp. 5-150.

— "La contribution des Conférences de la paix de La Haye au progrès du droit international", *RdC*, t. 37 (1931-III), pp. 533-668.

4. Obras y estudios sobre el principio de arreglo pacífico de controversias en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas

ABELLÁN HONRUBIA, V., "El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las Naciones Unidas", en *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.), Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1996, pp. 57-76.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., "El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales", *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1985, pp. 83-143.

— "Naciones Unidas y el arreglo pacífico de controversias", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y QUEL LÓPEZ, F.J., (Coord.), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Barcelona, 1997, pp. 87-120.

BADIA MARTÍ, A., *El arreglo pacífico de controversias internacionales en la Organización de Naciones Unidas*, Barcelona, 1994.

- “El Manual sobre arreglo pacífico de controversias entre Estados elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas”, *REDI*, vol. XLIV (1992), pp. 266-269.
- NU, *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados*, Nueva York, 1992.
- BOLINTINEANU, A., “Methods to Strengthen the Role of the United Nations in the Peaceful Settlement of International Disputes”, en *The Adaptation of Structures and Methods at the United Nations*, Dordrecht, 1986, pp. 91-106.
- DASTIS CAICEDO, A., “El Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional”, *REDI*, vol. XLII (1990) n. 2, pp. 705-709.
- ECONOMIDES, C., “La Déclaration de Manile sur le règlement pacifique des différends internationaux”, *AFDI*, vol. XXVIII (1982), pp. 612-633.
- ESPADA RAMOS, M.L., “Comité Especial de los principios de amistad y cooperación entre los Estados: sus trabajos y resultados”, *REDI*, vol. XXIV (1971), pp. 129-162.
- GOODRICH, L.M., HAMBRO, E., SIMONS, C., *The Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, New York, 1969.
- HUTCHINSON, D., “The material scope of the obligation under the United Charter to take action to settle international disputes”, *Aust. YIL*, vol. 14 (1992), pp. 55-56.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., “Le traitement des différends internationaux par le Conseil de Sécurité”, *RdC*, t. 85 (1954-I), 5-105.
- *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, pp. 653.
- KELSEN, H., *The Law of the United Nations*, London, 1958.
- LAVALLE, R., “The Amicable Settlement through to the Attention of States by the United Nations General Assembly in 1989: A Critical Commentary”, *Austrian Journal PIL*, vol. 42 (1991), pp. 163-182.
- PECOURT GARCÍA, E., “La solución pacífica de controversias internacionales en la Carta de San Francisco”, *ONU Año XX*, Madrid, 1966, pp. 351-368.
- PÉREZ VERA, E., “El principio del arreglo pacífico de las controversias y los trabajos del Comité de México de las Naciones Unidas”, *REDI*, vol. XVIII (1965), pp. 365-379.
- RACIC, O., “The principle that states shall settle their international disputes by peaceful means in such manner that international peace and security and justice are not endangered”, *Principles of International Law concerning friendly relations and cooperation*, Belgrado, 1972, pp. 129-170.

RODRÍGUEZ MARTÍN, E., *La acción de las Naciones Unidas en el ámbito del arreglo pacífico de controversias: un análisis de la normativa y la práctica internacionales*, (tesis inédita), Universidad de Oviedo, 2000.

SAHOVIC, M., “Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats”, *RdC*, t. 137 (1972), pp. 302–303.

— “La Declaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux”, en *Essays in honour Judge M. Lachs*, La Haya-Boston-Londres, 1984, pp. 452–453.

SEYERSTED, “Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organizations by Internal and External Courts”, *ZaöRV*, vol. 24 (1964), n. 1, pp. 1–121.

SIMMA, B., *et al.*, (Ed.) *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2ª ed., Nueva York/Oxford, 2002.

SOHN, L.B., “Draft General Treaty on the Peaceful Settlement of International Disputes: A Proposal and Report”, American Bar Association, Committee on World Order Under Law, *The International Law*, vol. 20 (1986), pp. 261–291.

TOMUSCHAT, C., “Article 33”, en SIMMA B., *et al.*, (Ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary ...*, *op. cit.*, pp. 505–514.

VON VERDROSS, A., “Idées directrices de l’Organisation des Nations Unies”, *RdC*, t. 83 (1953-II), pp. 1–77.

5. Obras y estudios sobre las negociaciones diplomáticas, la mediación y los buenos oficios.

ANDERSON, D., “Negotiation and dispute Settlement”, en EVANS, M., (Ed.), *Remedies in International law. The Institutional Dilemma*, Oxford, 1998, pp. 111–121.

BELTRAMINO, J.M.C., “¿Hacia un derecho de la negociación internacional?”, *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor E. Rey Caro*, tomo II, Drnas-Lerner (Eds.), Córdoba (Argentina), 2002, pp. 1191–1205.

— “La aparente ajurisdicción de la negociación internacional”, *Anuario IHLADI*, vol. 13 (1997), pp. 285–299.

CAHIER, Ph., “Les négociations diplomatiques comme préalable à l’action judiciaire”, en *Les multiples aspects des relations internationales*, Bruxelles, 1995, pp. 327–336.

- CLARK, R.S., “Article 119”, en *Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, TRIFFTERER, O., (Ed.), 1999, New York, pp. 1247–1253.
- “Preamble and Final Clauses”, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, LEE, R.S., (Ed.), 1999, pp. 429–430.
- DARWIN, H.G., “Mediation and Good Offices”, en WALDOCK, C.M.H., (Ed.), *International Disputes: the Legal Aspects*, Londres, 1972, pp. 83–92.
- FOMBAD, Ch. M., “Consultation and negotiation in International Disputes”, *African Journal ICL*, vol. 1 (1989), pp. 707–724.
- GEAMANU, G., “Theorie et pratique des négociations en Droit International”, *RdC*, vol. 166 (1980-I), pp. 365–448.
- “Les négociations moyen principal du règlement pacifique des différends”, en *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, La Haya-Boston-Lancaster, 1984, pp. 375–387.
- GOODPASTER, G., *A Guide to negotiation and mediation*, New York, 1997.
- GOTTLIEB, G., “Global Bargaining: The Legal and Diplomatic Framework”, en FALK, R., KRATOCHWIL, F., y MENDLOVITZ, S.H., (Eds.), *International Law. A Contemporary Perspective*, Boulder, Colorado, pp. 210–235.
- JESSUP, Ph., “Parliamentary Diplomacy”, *RdC*, t. 89 (1956-I), pp. 185–318.
- MERLE, M., “La négociation”, *Pouvoirs* (1980) n. 15, pp. 5–29.
- MIAJA DE LA MUELA, A., “Las negociaciones diplomáticas previas a las reclamaciones ante tribunales internacionales”, *Anuario IHLADI*, vol. (1963), pp. 135–148.
- PELLET, A., “Settlement of Disputes”, en CASSESE, A., GAETA, P., y JONES, R.D.W., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 2 vols., vol. II, Oxford, 2002, pp.1841–1848.
- REUTER, P., “De l’obligation de negocier”, *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV (1975), pp. 711–733.
- ROGOFF, M.A., “The obligation to negotiate in international law”, *Michigan Journal Int’l L*, vol. 16 (1994) n.1, pp. 141–186.
- SALMAN, S.M.A., “Good Offices and Mediation and International Water Disputes”, en *The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Ed.), Resolution of International Water Disputes*, The Hague, 2002, pp. 155–199.

WAART, P. J., *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States. An Analysis of Provisions made and or applied since 1918 in the Field of the Pacific Settlement of International Disputes*, La Haya, 1973.

YACINE DIALLO, I.B., *Introduction a l'étude et a la pratique de la negociation*, Paris-Genève, 1999.

6. Obras y estudios sobre la conciliación y la determinación de los hechos

BAR-YAACOV, *The Handling of Disputes by Means of Inquiry*, Oxford, 1974.

BENSALAH, T., *L'enquête internationale dans le règlement des conflicts. Règles juridiques applicables*, Paris, 1976.

BERG, A., "The Declaration on Fact-finding by the United Nations", *EJIL*, vol. 4 (1993), pp. 107–114.

CAPOTORTI, F., "Sugli aspetti quasi arbitrari di talune forme di conciliazione", *Comunicazioni e studi*, vol. XIV (1975), pp. 135–162.

COT, J.P., *La conciliation internationale*, Paris, 1969.

CASTRO-RIAL GARRONE, F., "Las Comisiones Internacionales de Investigación", *REDI*, vol. XXXVIII (1986), n. 2, pp. 519–541.

DARWIN, H., "Fact-finding and commissions of inquiry", en C.M.H., WALDOCK, (Ed.), *International Disputes. The Legal Aspects*, Londres, 1972, pp. 159–177.

BARRA, F., de la, «La médiation et la conciliation internationales», *RdC*, t. 1 (1923-III), pp. 564–565.

FATTAL, A., *Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux*, Beirut, 1966.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.A., "Notas sobre la conciliación: ¿un procedimiento de arreglo pacífico de controversias internacionales con sentido actual y perspectivas de futuro?", *ADI*, vol. IX (1993), pp. 57–121.

GUGGENHEIM, P., "La conciliation internationale", *Annuaire IDI*, vol. 49-II (1961), pp. 201–237.

KAYA, I., "Interplay of the Equitable and Reasonable Utilization Principle and Procedural Rules and Settlement of International Watercourses Disputes", en

Equitable Utilization, The Law of the non-Navigational Use of International Watercourses, Burlington (USA), 2002, pp. 121–151.

LAVALLE, R., “Conciliation under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Critical Overview”, *Austrian Review IEL*, vol. 2 (1997) n.1, pp. 25–48.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “Algunas consideraciones sobre la evolución de la conciliación”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 439–455.

NASU, H., “Investigation *Proprio Motu* for the Maintenance of International Peace and Security”, *AYIL*, vol. 23 (2004), pp. 105–134.

POLITIS, N., “L’avenir de la médiation”, *RGDIP*, (1910), pp.149–188.

QUOC-DINH, N., “Les commissions de conciliation ou commissions d’enquête”, *RGDIP*, vol. LXXI (1967), pp. 561–674.

ROACH, J.A. “The International Fact-Finding Commission”, *IRRC*, vol. 281 (1991), pp. 167–210.

ROLIN, H., “L’heure de la conciliation comme mode de règlement pacifique des litiges”, *Annuaire Européen*, vol. III (1957), pp. 3–21.

RUEGGER, P., “Nouvelles réflexions sur le rôle des procédures internationales d’enquête dans la solution des conflits internationaux”, en *Le Droit International à l’heure de sa codification ...*, *op. cit.*, pp. 327–362.

STEINBERGER, H., “The Conciliation Procedure Established by the Convention on Conciliation and Arbitration within the OSCE”, en *Règlement pacifique des différends entre États: Perspectives universelle et européenne*, CAFLISCH, L., (Ed.), The Hague/London/Boston, 1998, pp. 67–77.

TREVES, T., “La prévention des conflits internationaux dans la Déclaration adoptée en 1988 par l’Assemblée Générale de l’O.N.U.”, *AFDI*, vol. XXXIV (1988), pp. 435–453.

VILLANI, U., *La Conciliazione nelle controversie internazionali*, Napoli, 1979.

— “A new conciliation procedure: The Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character”, *IYIL*, vol. IV (1978–1979), pp. 31–45.

7. Obras y estudios sobre el arbitraje internacional.

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *El arbitraje internacional en la práctica convencional española (1974-1978)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1982.
- BARDONNET, D., “Arreglo arbitral y arreglo judicial de las diferencias interestatales”, *Academia Europea de Jaca*, Zaragoza, 1995, pp. 5 y ss.
- BOREL, E., y POLITIS, N., “L’extension de l’arbitrage obligatoire et la compétence obligatoire de la CPJI”, *Annuaire IDI*, vol. 33 (1927-II), pp. 671-702.
- CAFLISCH, L., “L’avenir de l’arbitrage interétatique”, *AFDI*, vol. XXV (1979), pp. 9-45.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., y EISEMANN, D., *Répertoire de la Jurisprudence arbitrale internationale*, t. III, vol. III, (1946-1988), Dordrecht, 1991.
- DAVID, E., “La sentence arbitrale du 14 février 1985 sur la delimitation de la frontière maritime Guinée-Guinée Bissau”, *AFDI*, vol. XXXI (1985), pp. 350-389.
- DECAUX, E., “Arbitrage entre sujets du Droit International: Etats et Organisations Internationales”, *Juris-Classeurs de Droit International* (1990), n. 3, fasc. 245.
- DE TAUBE, M., “Les origines de l’arbitrage international. Antiquité et Moyen Age”, *RdC*, t. 42 (1932), pp. 5-151.
- DOMINICÉ, C., “Le règlement juridictionnel du contentieux externe des organisations internationales”, en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, *Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, pp. 225-238.
- FRANÇOIS, J.P.A., “La Cour Permanente d’Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir”, *RdC*, t. 87 (1955-I), pp. 461-548.
- GRAY, CH., y KINGSBURY, B., “Developments in dispute settlement Inter-State arbitration since 1945”, *BYIL*, vol. LXIII (1992), pp. 9-134.
- LALIVE, J.-F., “Some Practical Suggestions on International Arbitration”, *Mélanges Valticos. Droit et Justice*, Paris, 1999, pp. 287-300.
- LATTANZI, F., “Inesistenza e nullità delle sentenze arbitrali in una pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia”, *RDI*, vol. LXXV (1992), n.1 pp. 41-64.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “Algunos aspectos de la práctica contemporánea del arbitraje internacional entre Estados”, *El Arbitraje Internacional*, Zaragoza, 1989, pp. 13-27.
- MYERS, D.P., “The Origin of the Hague Arbitral Courts”, *AJIL*, vol. 8 (1914), pp. 769-801.

QUEL LÓPEZ, F.J., “El Arbitraje Internacional: Consideraciones a la luz de la práctica reciente”, *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1999, pp. 55–97.

— *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, 2000.

QUÉNEUDEC, J.P., “L’arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal (31 juillet 1989)”, *AFDI*, vol. XXXV (1989), pp. 325–339.

RUEGGER, P., “Des clauses arbitrales et de juridiction dans les conventions internationales récentes”, *Recueil d’études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 687–701.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Un arbitrage territorial strictement latino-américain dans l’affaire de la Laguna del Desierto (A propos de la sentence du 21 octobre 1994 rendue dans l’affaire relative au différend entre l’Argentine et le Chili sur le trace entre la borne 62 et le Mont Fitz Roy)”, *AFDI*, vol. XL (1994), pp. 465–483.

SCHINDLER, D., “Les progrès de l’arbitrage obligatoire depuis la création de la Société des Nations”, *RdC*, t. 25 (1928-V), pp. 237–361.

SEIDL-HOHENVELDERN, I., “Le règlement des différends en Europe au-déla du Marché Commun (Convention Européenne du 29 avril et autres moyens)”, en *Le Règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d’avenir*, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 173–191.

SOHN, L.B., “The function of international arbitration today”, *RdC*, t. 108 (1963-I), pp. 1–113.

TORRES BERNÁRDEZ, S., “L’arbitrage interétatique. Avec des références particulières à la Convention européenne pour le règlement des différends du 20 avril 1957”, *Le Règlement pacifique des différends internationaux ...*, *op. cit.*, pp. 205–267.

ZOLLER, E., “Observations sur la révision et l’interprétation des sentences arbitrales”, *AFDI*, vol. XXIV (1978), pp. 327–351.

8. Obras y estudios sobre el arreglo judicial a través de la CIJ

ASCENSIO, H., y PELLET, A., “L’activité du Tribunal pénal international pour l’exYougoslavie”, *AFDI*, vol. XLI (1995), pp. 101–136.

BASTID, S., “L’élaboration d’une clause-modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de justice”, *Annuaire IDI*, vol. 45-I (1954), pp. 362 y ss.

- BEDJAOUI, M., "Le Cinquantième anniversaire de la Cour Internationale de Justice", *RdC*, t. 257 (1996), pp. 9–34.
- BENVENUTI, P., *L'accertamento del diritto mediante i parere consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Milano, 1985.
- BOWETT, CRAWFORD, SINCLAIR y WATTS para el *British Institute of International and Comparative Law*, titulado *The International Court of Justice, Efficacy of Procedures and Working Methods*, suplemento al número de enero de 1996 del *ICLQ*.
- BRIGGS, H.W., "The Optional Protocols of Geneva (1958) and Vienna (1961, 1963) Concerning the compulsory settlement of disputes", en *Recueil d'études de Droit international ...*, *op. cit.*, pp. 628–641.
- BUERGENTHAL, T., "International Law and the proliferation of International Courts", *CEBDI*, vol. V (2001), *Conferencia inaugural*, pp. 33–43.
- CASADO RAIGÓN, R., *La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia. Estudio de las reglas de la competencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987.
- *Notas sobre el ius cogens internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1991 (reimpresión en 1999).
- CASSESE, A., "The Concept of Legal Dispute in the Jurisprudence of the International Court", *Comunicazioni e studi*, vol. 14 (1975), pp. 173–200.
- CIJ, *Annuaire 2001–2002*, La Haye, 2002.
- CAFLISCH, L., "Judicial Means for Settling Water Disputes", en *Resolution of International Water Disputes*, The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (Ed.), The Hague/London/New York/, 2002, pp. 235–245.
- CHARNEY, J.S., "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals", *RdC*, t. 271 (1998), pp. 105–382.
- "Compromisary Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *AJIL*, vol. 81 (1987), n. 4, pp. 885–887.
- DE CHAZOURNES, B., "The Role of Diplomatic Means of Solving Water Disputes: A Special Emphasis on Institutional Mechanisms", en *Resolution of International ...*, *op. cit.*, pp. 91–110,
- DUBISSON, M., *La Cour internationale de Justice*, Paris, 1964.
- DUPUY, P.M., "Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international", *CEBDI*, vol. III (1999), pp. 259–281.

- ESPALIÚ BERDUD, C., *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 2000.
- ESPÓSITO MASSICCI, C.D., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1996.
- GROSS, L., “Some observations on Provisional Measures”, en TABORY, M., y DINSTEIN, Y., *International Law at time of perplexity. Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, 1989, pp. 307–323.
- GUILLAUME, G., “The Future of International Judicial Institutions”, *ICLQ*, vol. 44 (1995), n. 4, pp. 848–862.
- “La Cour Internationale de Justice. Quelques propositions concrètes à l’occasion du Cinquantenaire”, *RGDIP*, t. 100 (1996), n.2, pp. 323–333.
- “La C.I.J. et le Droit de la Mer”, *La Cour Internationale de Justice à l’Aube du XXI Siècle, Le regard d’un judge*, Paris, 2003, pp. 287–301.
- FITZMAURICE, M., “The Optional Clause System and the Law of Treaties: Issues of Interpretation in Recent Jurisprudence of the International Court of Justice”, *AYIL*, vol. 19 (1999), pp. 127–160.
- FAKHER, H., *The Relationships among the Principal Organs*, London, 1951.
- HIGGINS, R., “The Relationship between the International Criminal Court and the International Court of Justice”, en VON HEBEL, H.A.M., LAMMERS, J.G., y SCHUKKING, J., (Eds.), *Reflections on the International Criminal Court: Essays in honour of Adrian Bos*, La Haye, 2000, pp. 164–178.
- HINOJO ROJAS, M., “Un apunte en torno al artículo 66.2 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones internacionales”, *Homenaje Casas*, Córdoba, 1996, pp. 337–343.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, “L’élaboration d’une clause-modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de justice”, *Annuaire IDI*, vol. 44-I, 1952; vol. 45-I, 1954 y vol. 46, 1956.
- JENNINGS, R., “The Role of International Court of Justice”, *BYIL*, vol. LXVIII (1997), pp. 1–63.
- JENKS, W., *The Prospects of International Adjudication*, Nueva York, 1964.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La jurisdicción obligatoria unilateral del Tribunal Internacional de Justicia, sus efectos para España*, Madrid, 1999.
- KARAGIANNIS, S., “La Multiplication des Jurisdictions Internationales: un systeme anarchique?”, en SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT

- INTERNATIONAL, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, 2003, pp. 1–162.
- LAUTERPACHT, E., *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, 1991.
- LIMBURG, “L’*autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales*”, *RdC*, t. 29 (1929-V), pp. 519–615.
- LÓPEZ MARTÍN, A.G., “*Judicialización y sectorialización del Derecho Internacional*”, *AADI*, vol. XI (2001/2002), pp. 145–175.
- MAREK, C., “*Contribution à l’étude du jus cogens en Droit international*”, *Recueil d’Études en hommage ...*, *op. cit.*, pp. 426–459.
- MARION, L.C., “*La saisine de la C.I.J. par voie de compromis*”, *RGDIP*, t. 100 (1995), n. 2, pp. 257–300.
- MERRILLS, J.G., “*Interim measures of protection in the recent jurisprudence of the International Court of Justice*”, *ICLQ*, vol. 44 (1995), n. 1, pp. 90–145.
- OXMAN, B., “*Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction*”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 277–293.
- PAULSON, C., “*Compliance with final judgements of the International Court of Justice since 1987*”, *AJIL*, vol. 98 (2004), n. 3, pp. 434–461.
- PRATAP, D., *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972.
- RAMÓN CHORNET, C., “*Nota sobre la Orden de 8 de abril de 1993 de la CIJ en el conflicto de Bosnia-Herzegovina*”, *ADI*, vol. X (1994), pp. 301–321.
- REISMAN, W.H., “*The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication*”, *RdC*, t. 258 (1996), pp. 9–394.
- RIQUELME CORTADO, R.M., *La intervención de terceros Estados en el proceso internacional*, Madrid, 1993.
- ROSENNE, S., *The Law and Practice of the International Court of Justice 1920–1996*, vol. II, Jurisdiction, The Hague, 1997.
- TORRES BERNÁRDEZ, S., “*A propos de l’interpretation et de la révision des arrêts de la Cour Internationale de Justice*”, en *Le Droit international a l’heure de sa codification ...*, *op. cit.*, vol. III, pp. 461–473.
- WALDOCK, C.H.M., “*Decline of the Optional Clause*”, *BYIL*, vol. (1955–1956), pp. 254–287.

9. Obras y estudios sobre arreglo de controversias en el Derecho del Mar y sobre el TIDM.

ADEDE, A.O., *The System for settlement of disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea, A Drafting History and a Commentary*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987.

— “Settlement of disputes Arising Under the Law of the Sea Convention”, *AJIL*, vol. 69 (1975), pp. 798–818.

AKL, J., “The Sea-Bed Dispute Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), n. 3, pp. 435–451.

— “La procédure de prompt mainlevée du navire ou prompt libération de son équipage devant le Tribunal international du droit de la mer”, *Annuaire du Droit de la mer*, t. VI (2001), pp. 219–246.

ANDERSON, D.H., “Investigation, Detention and Release of Foreign Vessels under the UN Convention on the Law of the Sea of 1982 and Other International Agreements”, *IJMCL*, vol. 11 (1996), n. 2, pp. 165–177.

BOYLE, A. L., “Dispute settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of fragmentation and jurisdiction”, *ICLQ*, vol. 46 (1997), n. 1, pp. 37–54.

BROWN, E.D., “Dispute Settlement and the Law of the Sea: the UN Convention Regime”, *Marine Policy*, vol. 21, n. 1, pp. 19–27.

CHANDRASEKHARA RAO, P., “ITLOS: The First Six Years”, *Max Planck YUNL*, vol. 6 (2002), pp. 183–300.

CANNONE, A., “L’accertamento della giurisdizione nelle prime decisioni di organi previsti dalla convenzione sul diritto del mare”, *RDI*, vol. LXXXIV (2001), n.4, pp. 935–954.

CARREÑO GUALDE, V., “El arreglo pacífico de las controversias internacionales en el ámbito de la protección del medio marino contra la contaminación”, *ADI*, vol. XVI (2000), pp. 39–64.

CHARNEY, J., “The Implications of expanding International Dispute Settlement Systems: the 1982 Convention on the Law of the Sea”, *AJIL*, vol. 90 (1996), pp. 69–75.

CHINKIN, “Dispute Resolution and the Law of the Sea: Regional Problems and Prospects”, en CRAWFORD, J., y ROTHWELL, D., *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region*, Dordrecht, 1995, pp. 237–262.

COLLIARD, M.A., “Problème et solution en matière de règlement des différends”, en *Perspectives du Droit de la Mer à l’issue de la Troisième Conférence des NU*, Paris, 1984, pp. 174–189.

- CONDE PÉREZ, E., *La investigación científica marina, Régimen jurídico*, Madrid, 1998.
- DEVINE, E., "Compulsory dispute Settlement in UNCLOS Undermined?", *South Africa YB Int'l L*, vol. 25 (2000), pp. 97–113.
- FLEISCHHAUER, C.A., "The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal of the Law of the Sea in Hamburg", *Max Planck YUNL*, vol. 1 (1997), pp. 327–335.
- GHERARI, H., "L'Accord du 4 août 1995 sur les stocks chevauchants et les stocks de poissons grands migrateurs", *RGDIP*, t. 100 (1996) n. 2, pp. 386–402.
- GROSS, A., "La Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la Haute Mer", *RdC*, t. 97 (1959-II), pp. 5–88.
- INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE NU, *Los Océanos y el derecho del mar*, Doc. A/56/58.
- JUSTE RUIZ, J., « La entrada en vigor del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y los intereses españoles », *AADI*, vol. VII (1996-1997), pp. 176–184.
- LEHOUX, G., "La troisième conférence sur le droit de la mer et la règlement obligatoire des différends", *CYIL*, vol. 18 (1980), pp. 68–69.
- MESEGUER, J.L., "La solución jurisdiccional obligatoria de las controversias en el nuevo Derecho del Mar: las excepciones en materia de recursos vivos", *REDI*, vol. XXXVIII (1986), n. 2, pp. 571–590.
- NELSON, L.D.M., "The International Tribunal for the Law of the Sea– Some Issues", *IJIL*, vol. 37 (1997) n. 3, pp. 388–395.
- IGLESIAS BERLANGA, M., *La Regulación Jurídica de los recursos vivos de la Alta Mar: especial referencia a los intereses españoles*, Madrid, 2003.
- JAENIKE, G., "Dispute Settlement under the Convention on the Law of the Sea", *ZaöRV*, vol. 43 (1983), n.4, pp. 813–827.
- JUSTE RUIZ, J., "La solución de controversias en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982", *Cursos de Derecho Internac. Vitoria-Gasteiz*, 1999, pp. 137–174.
- MCDORMAN, T.L., "The Dispute Settlement Regime of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Convention", *CYBIL*, vol. XXXV (1997), pp. 57–79.
- ODA, S., "Some reflections on the Dispute Settlement Clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea", en MAKARCZYK, J., (Ed.), *Études de*

Droit International en Honneur du Judge M. Lachs, La Haya-Boston-Lancaster, 1984, pp. 645–655.

ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación de sus espacios marinos*, Universidad de Murcia, 1989.

OXMAN, “The Rule of Law and the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *EJIL*, vol. 7 (1996), pp. 353–371.

PAOLILLO, F., “Solución de controversias relacionadas con actos de organizaciones internacionales: el caso de la Autoridad internacional de Fondos Marinos”, *REDI*, vol. XXXIII (1981), n. 2, pp. 491–562.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La solución de controversias en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar”, *REDI*, vol. XXX (1977), n.1, pp. 11–32.

QUÉNEUDEC, J.P., “Le choix des procédures de règlement selon la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer”, en *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement, Mélanges M. Virally*, Paris, 1991, pp. 383–387.

RANJEVA, R., “Règlement des différends”, en DUPUY, R.-J., VIGNES, D., (Eds.), *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Paris, 1985, pp. 1105–1168.

ROSENNE, S., “Settlement of Fisheries disputes in the Exclusive Economic Zone”, *AJIL*, vol. 73 (1979), pp. 89–104.

— “UNCLOS III– The Montreux (Riphagen) Compromise”, en BOS, A., y SILBLESZ, H., (Eds.), *Realism in Law-Making, Essays in Honour of W. Riphagen*, Dordrecht, 1986, pp. 169–178.

SARIN, M.L., “Observations on the Mechanism of Settlement of Disputes under the UN Convention on the Law of the Sea (1982)”, en BARDONET, D. (Ed.), *L'adaptation des structures et méthodes des NU*, La Haya, 1986, pp. 107–133.

SIMMONDS, K.R., “European Economic Community and the New Law of the Sea”, *RdC*, t. 218 (1989-VI), pp. 9–166.

SOONS, A.H.A., *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, The Hague, 1982.

TREVES, T., “Conflictos entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, en TORRES, S., TREVES, T., y VALTICOS, N., (Eds.), *Tres Estudios sobre la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, 1999, pp. 47–65.

— “The jurisdiction of the International Tribunal of the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), pp. 396–419.

- “Le Tribunal International du Droit de la Mer et la multiplication des juridictions internationales”, *RDI*, vol. LXXXIII (2000), n. 3, pp. 726–746.
- “The Proceedings Concerning Prompt Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea”, *IJMCL*, vol. 11 (1996), pp. 179–200.
- “Le Tribunal international du droit de la mer, Débuts et perspectives”, *Annuaire du Droit de la Mer 1996*, vol. I (1997), pp. 27–45.

WOLFRUM, R., “Provisional Measures of the International Tribunal of the Law of the Sea”, *IJIL*, vol. 37 (1997), pp. 420–424.

YANKOV, A., “The International Tribunal for the Law of the Sea: Its Place within the Dispute Settlement System on the UN Law of the Sea Convention”, *IJIL*, vol. 37 (1997), pp. 356–371.

10. Obras y estudios sobre arreglo de controversias en el Derecho de la Responsabilidad internacional del Estado.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Contre-mesures et règlement des différends”, *RGDIP*, t. 108 (2004), n. 2, pp. 345–380.

ARANGIO-RUIZ, G., *Cuarto informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/444 y Add. 1 y 2.

— *Quinto informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/453 y Add. 1 y 2.

BELAICH, F., “Les réactions des gouvernements au projet de la CDI sur la responsabilité des Etats”, *AFDI*, vol. XLIV (1998), pp. 512–532.

CONDORELLI, L., “Le règlement des différends en matière de responsabilité internationale des Etats”, *EJIL*, vol. 5 (1994) n. 1, pp. 106–115.

CRAWFORD, J., *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaires*, Cambridge, 2002.

— *Segundo informe sobre Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/498/Add. 4.

— *Cuarto informe sobre Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/517

CRAWFORD, J., BODEAU, P., y PEEL, J., “La seconde lecture du projet d’articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit International. Evolutions ou bouleversement?”, *RGDIP*, t. 104 (2000), pp. 911 y ss.

- DOMINICÉ, Ch., “La vaine sommation, condition d’exercice des contre-mesures”, *Mélanges en hommage à Michael Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, vol. I, pp. 57–75.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Por una responsabilidad ‘responsable’ (A propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos)”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., (Ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2003, pp. 369–391.
- “El punto final (¿?) de un largo debate: los crímenes internacionales”, *REDI*, vol. LIII (2001), ns. 1 y 2, pp. 11–49
- “*Quo vadis* Responsabilidad? (Del crimen internacional a la violación grave de normas imperativas)”, *CEBDI*, vol. V (2001), pp. 383–564.
- HUTCHINSON, D.N., “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, *BYIL*, vol. LVXX (1988), pp. 182–183,
- PELLET, A., “Remarques sur une révolution inachevée. Le Projet d’articles sur la responsabilité des Etats”, *AFDI*, vol. XLII (1996), pp. 7–32.
- RIPHAGEN, W., *Séptimo informe sobre Responsabilidad de los Estados, Anuario CDI*, 1986-II (1ª parte), pp. 1–7.
- SIMMA, B., “Bilateralism and community interest in the Law of International Responsibility of States”, en TABORY, M., y DINSTEIN, Y., (Eds.), *International Law at time of Perplexity ...*, *op. cit.*, pp. 830–843.
- SICILIANOS, L-A., *Les réactions décentralisées à l’illicite, des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, 1990.
- SPINEDI, M., “International Crimes of State: The Legislative History”, en *International Crimes of State: a critical analysis of the ILC’s draft article 19 on State responsibility*, WEILER, J.H.H, CASSESE, A., SPINEDI, M., (Eds.), Berlín-Nueva York, 1989, pp. 7–138.
- TOMUSCHAT, Ch., “Are Counter-measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures?”, *EJIL*, vol 5 (1994), pp. 77–88.
- TORRES BERNÁRDEZ, S., “Problems and Issues Raised by Crimes of States: An Overview”, en *International Crimes of State: a critical ...*, *op. cit.*, pp. 262–263.

11. Obras y estudios sobre arreglo de controversias en el Derecho de los Tratados.

DELEAU, O., “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, *AFDI*, vol. XV (1969), pp. 7–23.

DUPUY, R.-J., “Codification et règlement des différends. Les débats de Vienne sur les procédures de règlement”, *AFDI*, vol. XV (1969), pp. 70–91.

ELIAS, T.O., “Problems concerning the validity of treaties”, *RdC*, t. 134 (1971-III), pp. 333–416.

EUSTATHIADES, C. TH., “Conciliation et arbitrage dans la Convention sur le droit des Traités”, *Mélanges offerts à P. Modinos*, Paris, 1968, pp. 28–39.

GAJA, G., “A ‘New’ Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations: a critical commentary”, *BYIL*, vol. LVIII (1987), pp. 253–271.

GOMMA, M., *Suspension or termination of treaties on grounds of breach*, The Hague/Boston/London, 1996.

KEARNEY, D., y DALTON, R., “Treaty on treaties”, *AJIL*, vol. 64 (1970), pp. 495–561.

LAVALLE, R., “Dispute Settlement under the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties”, *AJIL*, vol. 73 (1979), pp. 407–425.

REISMAN, W.M., “Procedures for controlling Unilateral Treaty Terminations”, *AJIL*, vol. 63 (1969), pp. 544–547.

REUTER, P., *Noveno informe sobre la cuestión de los Tratados concluidos entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre dos o más Organizaciones Internacionales*, Doc. A/CN.4/327.

RONZITTI, N., “La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Viena sul diritto dei trattati”, *Comunicazioni e studi*, vol. XV (1978), pp. 286–293.

ROSENNE, S., *The Law of Treaties*, Leyden, 1970.

— “The Settlement of Treaty Disputes under Vienna Convention of 1969”, *ZAöRV*, vol. 31 (1971) n. 1, pp. 1–62.

VISSCHER, CH., “Une réserve de la République Arabe Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités”, *RBDI*, vol. VIII (1972), pp. 416–418.

12. Bibliografía sobre los casos de la práctica examinados en este trabajo

A) *Relativas al arreglo de controversias en el ámbito del Derecho Consular*

ADDO, M.K., "Interim Measures of protection for rights under the Vienna Convention on consular relations", *EJIL*, vol. 93 (1999) n. 4, pp. 713–762.

ACEVES, W.J., "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Federal Republic of Germany v. United States), Provisional Measures Order", *AJIL*, vol. 93 (1999), n. 4, 924–928.

AZNAR GÓMEZ, M.J., "El asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia", *REDI*, vol. LIV (2002), n. 2, pp. 733–751.

— "A propos de l'affaire relative a la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)", *RGDIP*, t. 102 (1998), n. 4, pp. 915–949.

Contemporary Practice in International Law, "Implementation of *Avena* decision by Oklahoma Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), pp. 581–584.

HENKIN, L., "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States", *EJIL*, vol. 10 (1999), n. 4, pp. 713–732.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., "Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto *Avena* y Otros Nacionales Mejicanos", *ADI*, vol. XIX (2003), pp. 421–441.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "Sobre la obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte internacional de Justicia: a propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los EE.UU. en el asunto *Breard*", *Anuario IHLADI*, vol. XIV (1999), pp. 158–169.

VIVES CHILLIDA, J., "Asunto *Avena* y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América), Medidas provisionales: Providencia de 5 de febrero de 2003", *REDI*, vol. LV (2003), n. 1, pp. 492–497.

B) *Relativas al arreglo de controversias en el ámbito del Derecho del Mar*

ARMAS BAREA, C., "El caso 'Grand Prince' ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar", *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al prof. E. Rey Caro ...*, *op. cit.*, 398–418.

- CHURCHILL, R.R., “The Southern Bluefin Tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan): order for provisional measures of 27 August 1999”, *ICLQ*, vol. 49 (2000), n. 4, pp. 979–990.
- COLSON, D.A., y HOYLE, P., “Satisfying the Procedural Prerequisites to the Compulsory Dispute Settlement Mechanisms of the 1982 Law of the Sea Convention: Did the Southern Bluefin Tuna Tribunal Get It Right?”, *ODIL*, vol. 34 (2003) n. 1, pp. 59–82.
- KWIATKOWSKA, B., “Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, Order on Provisional Measures (ITLOS Cases Nos. 3 and 4)”, *AJIL*, vol. 94 (2000), n. 1, pp. 150–155.
- “Inauguration of the ITLOS Jurisprudence: The Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea M/V Cases”, *ODIL*, vol. 30 (1999), n. 1, pp. 43–78
- OXMAN, B., y BANTZ, V., “International Decisions: The M/V Saiga N° 2 (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)”, *AJIL*, vol. 94 (2000), n. 1, pp. 140–150.
- OXMAN, B.H., “The M/V Saiga”, *AJIL*, vol. 92 (1998), n. 2, pp. 287–282.
- JAENIKE, G., “Prompt Release of Vessels—The M/V ‘Saiga’ Case”, *Max Planck YUNL*, vol. 2 (1998), pp. 387–497.
- REY ANEIROS, A., “La liberación inmediata de buques y sus tripulaciones (art. 292 de la CNUDM). La inauguración de la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 1999, pp. 679–689.
- ROTHWELL, D., y STEPHENS, T., “Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests”, *ICLQ*, vol. 53 (2004), n.1, pp. 171–187,
- TREVES, T., “The Proceedings Concerning Prompt Release of Vessels and Crews before the International Tribunal for the Law of the Sea”, *IJMCL*, vol. 11 (1996), n. 2, pp. 179–200.

13. Varios.

- ALLAND, D., *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, 1994.
- BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Bilbao, 1999.
- BONET, J., *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, 1996.

- CAFLISCH, L., "La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation", *AFDI*, vol. XLIII (1997), pp. 751-798.
- CASANOVAS I LA ROSA, O., "La vuelta a la teoría", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 179-196.
- CONDORELLI, L., "Des lendemains qui chantent pour la justice internationale?", *Le droit international au service de la paix ...*, *op. cit.*, pp. 205-214.
- DE ALMEIDA NASCIMENTO, M.A., *El Derecho Internacional de la delimitación de los espacios marinos de soberanía económica*, Madrid, 1999.
- DE LA GUARDIA, E., *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1997.
- DÍAZ BARRADO, C., *Reservas a la Convención sobre tratados entre Estados*, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996.
- FERRER LLORET, J., *Las consecuencias del hecho ilícito internacional*, Universidad de Alicante, 1998.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., "A propósito de la adhesión española (1985) a la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra persona internacionalmente protegidas (contexto de un tratado internacional, reservas y objeciones, arreglo de controversias)", *REDI*, vol. XXXVIII (1986), pp. 31-36.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., *El método del Derecho Internacional Público: una aproximación sistémica y transdisciplinar*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 1995.
- "La práctica internacional y sus medios de prueba", en JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho Internacional y Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 2003, pp. 583-606.
- «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional», en JIMÉNEZ PIERNAS, C., (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, 1990, pp. 17-109.
- KOLB, R., "La bonne foi en droit international public", *RBDIP*, t. 102 (1998) n. 2, pp. 661-732.
- McCAFFREY, S.C., *Tercer informe sobre el Derecho de los cursos de agua internacionales para usos distintos de la navegación*, *Anuario CDI*, 1987-II, pp. 23 y ss.

- MARTÍN LÓPEZ, M.A., *La formación de los Tratados internacionales. Estudio de su condicionamiento por el consentimiento del Estado y el medio y los intereses colectivos*, Córdoba, 2002.
- MIKULKA, V., *Tercer informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados*, A/CN.4/480 y Add. 1.
- NATHAN, É., “The Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts”, en TABORY, M., y DINSTEIN, Y., (Eds.), *International Law at time of perplexity ...*, op. cit., pp. 489–518.
- QUEL LÓPEZ, F.J., *Las reservas a los tratados internacionales (Un examen de la práctica española)*, Bilbao, 1991.
- RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, 1ª ed., Universidad de Murcia, 2004.
- RITTER, J.-P., “La Conférence et la Convention sur la représentation des États dans leurs relations avec leurs relations avec les Organisations Internationales. Quelques questions particuliers”, *AFDI*, vol. XXIV (1978), pp. 471–481.
- ROSENNE, S., *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, Cambridge, 1989.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Sobre el Derecho. Internacional, de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto Matthews c. Reiuño Unido)”, *RDCE*, vol. 5 (1999), pp. 95–108.
- SCHWARZENBERGER, G., *The Inductive Approach to International Law*, Londres, 1965.
- TORRES UGENA, N., *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Madrid, 2000.
- TOUBLANC, A., “L’article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *RGDIP*, t. 108 (2004), n. 2, pp. 440–462.
- SALMON, J., *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, 2001.
- ZOLLER, E., *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977.