

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE INVESTIGACIÓN

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de
medidas cautelares en arbitrajes de inversión**

John Alexander Brenes Rodríguez
Carné A91065

Junio, 2016



14 de junio de 2016
FD-AI-451-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: John Alexander Brenes Rodríguez, carné A91065 denominado: "La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de medidas cautelares en arbitrajes de inversión" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

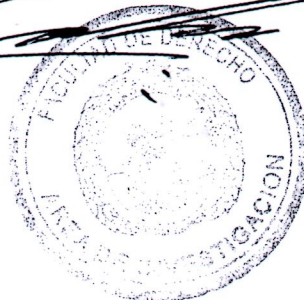
Tribunal Examinador

Informante	MSc. Juan José Obando Peralta
Presidente	Dr. Jorge López González
Secretario	Licda. Ana Lucía Espinoza Blanco
Miembro	MSc. José Roberto Garita Navarro
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **30 de junio del 2016**, a las 12:00 m.d. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



14 de junio de 2016

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado don Ricardo:

Sirva la presente para saludarlo e indicarle que he revisado, en mi condición de director, el trabajo final de graduación titulado: "*La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de medidas cautelares en arbitrajes de inversión*", elaborado por el estudiante John Alexander Brenes Rodríguez, carné A91065.

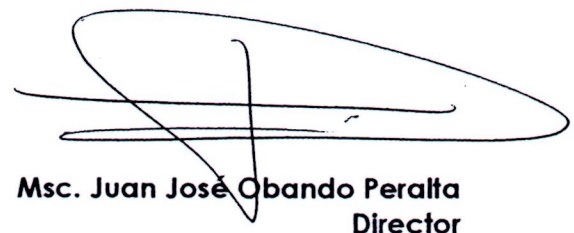
Esta investigación resulta novedosa pues aborda de forma amplia el tema de las medidas provisionales emitidas en contra de sujetos de Derecho Público en materia de arbitraje de inversiones con lo cual llena un vacío existente en Costa Rica donde este tema –y en general el arbitraje internacional o de derecho público- es muy poco comentado por la doctrina.

El trabajo además del análisis se muestra como crítico y propone la adopción de medidas que permitan comulgar la materia cautelar en este tipo de arbitrajes con una perspectiva acorde con el derecho internacional público y orientado hacia el cumplimiento de la garantía de tutela judicial efectiva.

Concluyo que el trabajo cumple con los objetivos que se propuso y da una respuesta atinada y clara a la problemática, además cumple con las formalidades exigidas por esta área por lo que lo **APRUEBO** para su respectiva defensa oral.

Sin más que agregar, y deseándole éxito en su labor, me despido.

Atentamente,



Msc. Juan José Obando Peralta
Director

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 13 de junio del 2016

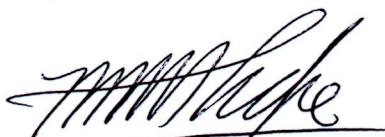
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado ***La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de medidas cautelares en los arbitrajes de inversión*** elaborado por el estudiante John Alexander Brenes Rodríguez, carné universitario número A91065. Se trata de una investigación sobre un tema novedoso, relevante y actual.

Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, lo apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo muy atentamente.


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

14 de junio de 2016

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

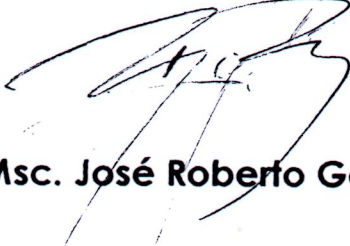
Estimado don Ricardo:

Sirva la presente para saludarlo e indicarle que he revisado, en condición de lector, el trabajo final de graduación titulado: "*La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de medidas cautelares en arbitrajes de inversión*", elaborado por el estudiante John Alexander Brenes Rodríguez, carné A91065.

Considero que el trabajo cumple con los objetivos trazados y da una respuesta clara a la problemática, además respeta las formalidades exigidas por esta área por lo que lo **APRUEBO** para su respectiva defensa oral.

Sin más por el momento, y deseándole éxito en su labor, me despido.

Atentamente,



Msc. José Roberto Garita Navarro
Lector



M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro
Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.
Inscripción tributaria #4631004631477

A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el trabajo de investigación revisado y aprobado por el tutor (a). Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula

LA LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES PÚBLICAS POR MEDIO DE MEDIDAS CAUTELARES EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

DE

JOHN ALEXANDER BRENES RODRÍGUEZ

**LICENCIATURA EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Se extiende la presente certificación a solicitud del interesado, en la ciudad de San José a los doce días del mes de junio de dos mil dieciséis. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión y que no estén contemplados en el cd de respaldo.

Vilma Isabel Sánchez

Teléfonos 2227-8513 fax 2286-3954. Cel 8994-76-93
www.compuartecr.com- vsanchez@compuartecr.com -vilma_sanchez@hotmail.com

A mi maestro de vida y profesión,
a mi héroe, a mi amigo, a mi papá:
Don John Brenes Ortiz.

Agradecimientos:

A Ma por ser testimonio de esfuerzo, lucha y amor.

A Pa por ser apoyo, amigo y ejemplo.

Tita por saber dar amor y nada más que amor. Don Javier Brenes, Tito, por ser mi súper héroe.

Mely y José por estar a mi lado como hacen los hermanos. Juank, hermano con otro apellido. A Lu por motivarme a ser ejemplo.

A Stephanie por su invaluable ayuda, que espero sea eterna. A todos los clientes de Brenes & Brenes por quienes me he hecho -más que licenciado- abogado.

Ana, por ser punto y aparte. JJ, trotamundos compañero. Ale, Andre y todos con los que comparto una buena historia -la lista es larga-: gracias por formar parte de esta fugaz etapa llamada *universidad*.

Dyalá Jiménez Figueres, por su aporte fundamental para esta tesis, la motivación y el apoyo.

Katharine Menéndez de la Cuesta, por su calidad humana, ejemplo profesional y ayuda desinteresada.

Álvaro López de Argumedo, por su calidez y por darme un consejo profesional de oro.

Francisco Amallo y Francisco González de Cossío, por darme una luz sobre el tema.

A don Jorge López, José Roberto Garita, Maikol Andrade, Gonzalo Monge, Ana Lucía Espinoza y al director Juan José Obando por su valioso criterio.

A mis profesores: maestro Ricardo Zeledón, Francis Mora, Pablo Barahona, Jorge López, Roberto Garita, JJ Obando, Óscar Hernández, Ólman Arguedas, Franz Vega, Dr. Solórzano, Javier Llobet, R.A. Sanabria -entre algunos otros- por colaborar de forma significativa con mi formación académica.

“la primera pregunta que cabe plantearse al analizar el tema que nos ocupa es si realmente existe la necesidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la efectividad de un laudo arbitral. En mi opinión, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. En efecto, a pesar de la difundida idea de la brevedad de los procedimientos arbitrales, lo cierto es que su duración es mayor de lo que normalmente se cree. La experiencia demuestra que aquella parte que prevé que el laudo no le va a resultar favorable, utiliza todos los mecanismos a su alcance para dificultar y entorpecer el arbitraje e incluso para imposibilitar al máximo la ejecución del laudo...”¹

Álvaro López de Argumedo

“Talvez la propensión, acentuada en los últimos años, a repensar la función jurisdiccional en términos de ‘tutela de los derechos’ más que en un cuadro meramente procesal, pueda enriquecer con nuevas perspectivas nuestra investigación, y conferir una colocación adecuada a la exigencia de tutelas que emergen con el desarrollo de la sociedad contemporánea.”²

Vittorio Denti, citado por Marinoni

“Las relaciones privadas de las transacciones internacionales (incluidas aquellas en que un Estado actúa como como comerciante o contraparte del inversionista) como aquellas entre Estados requieren ser aprehendidas desde una perspectiva que supere la visión centrada en el Derecho interno o que se limite a aceptar una dispersión de soluciones. Por tanto, lejos de encuadrarse en una lógica de competencia, ambos ordenamientos jurídicos deberían articularse sobre la base de su complementariedad.”³

Emmanuel Gaillard

¹ Álvaro López de Argumedo «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional.» La Ley (Universidad de la Rioja), nº 3 (2000): 1767.

² Luiz Guilherme Marinoni, «De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria.» <http://www.academia.edu>. (s.f.), 319.
http://www.academia.edu/10610238/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria_Luiz_Guilherme_Marinoni

³ Emmanuel Gaillard, «las representaciones del Arbitraje Internacional.» en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013), 32.

Tabla de abreviaturas.....	ix
Resumen.....	x
Ficha bibliográfica	xii
Introducción.....	1
Justificación	1
Objetivo general:	3
Objetivos específicos:	3
Hipótesis:.....	3
Metodología:	4
Estructura capitular.....	4
Título I. Potestad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares contra sujetos de derecho público en arbitrajes de inversión	6
Capítulo primero. Fundamento teórico y necesidad práctica	8
a) El poder cautelar como una necesidad en el proceso	8
b) El arbitraje como función jurisdiccional.....	11
c) El derecho a la tutela judicial efectiva y el poder cautelar	20
d) El consentimiento como base de la sumisión de las partes a la competencia del árbitro.....	23
Capítulo segundo. La tutela cautelar en la normativa arbitral de inversiones.....	27
a) Arbitraje localizado y deslocalizado en el derecho internacional de inversiones.....	27
i) Arbitraje localizado.....	29
(1) Mecanismos Ad Hoc	30

(2) Arbitrajes institucionales.....	31
ii) Arbitraje deslocalizado	32
(1) Sistema CIADI.....	33
b) Tutela cautelar en el arbitraje CIADI	38
i) El artículo 47 del Convenio de Washington de 1966	38
ii) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje y sus adiciones de 1984 y 2006	40
(1) El artículo 46 del mecanismo complementario del CIADI	48
(2) Case law: la referencia de precedentes arbitrales	49
(a) ¿Existe realmente una jurisprudencia arbitral?	49
(b) Requisitos de las medidas.....	51
i) Jurisdicción prima facie	51
ii) Existencia y tipos de derechos susceptibles de protección	54
iii) Urgencia	55
iv) Necesidad para evitar daño irreparable	57
(c) Medidas de emergencia y órdenes preliminares	61
iii) Las disposiciones procesales contenidas en los tratados bilaterales	63

Título II. Las medidas cautelares emitidas por árbitros en contra de sujetos de derecho público	65
---	----

Capítulo Primero. Características y limitaciones de las medidas cautelares que restringen potestades de imperio	66
---	----

a) Tipos de medidas cautelares y su fundamento	66
i) Órdenes o <i>Injunctions</i>	68
(1) Limitativas de la potestad tributaria	68

(2) Limitativas de la auto tutela.....	69
(3) Limitativas de la potestad jurisdiccional y la sancionatoria (Anti-suit injunctions)	70
(a) Fundamento jurisprudencial	73
i) Protección del status quo.....	74
ii) Integridad del procedimiento	76
iii) Exclusividad de la jurisdicción del tribunal.....	78
b) Particularidades y ámbito de acción	79
i) El ejercicio de las potestades de imperio y su arbitrabilidad	80
(1) Ejercicio de las potestades de imperio	80
(a) La auto tutela.....	81
(b) La potestad punitiva.....	81
(c) Potestad tributaria	82
ii) Arbitrabilidad de potestades de imperio: la tesis reduccionista ..	82
iii) Sobre la imposibilidad de aplicar la tesis reduccionista a los casos de medidas cautelares en arbitrajes de inversión CIADI	86
(1) Obligación de derecho internacional.....	87
(2) De la soberanía, el derecho internacional y otros demonios..	90
(3) La prohibición es relativa -y en este caso aparente-	92
(4) Derechos fundamentales del inversionista	94
iv) Criterios de autocontención del tribunal arbitral	95
(1) Materias “vedadas”	96
(2) Excepcionalidad y prudencia	98
Capítulo segundo. Efectividad material de las medidas dictadas contra sujetos de derecho público	100

a)	Forma de la medida.....	100
i)	¿Recomendación u orden?	100
ii)	Laudo provisional	102
b)	Ejecución forzosa.....	104
i)	Forma de ejecución	105
(1)	Remedios provisionales.....	105
(a)	Leyes de arbitraje.....	106
(b)	Convención de Nueva York	108
(2)	Respuesta adecuada: Convenio de Washington.....	110
(a)	Inaplicabilidad del artículo 54 a este tipo de medidas cautelares.....	110
i)	Aplicación exclusiva a laudos definitivos	111
ii)	Aplicación exclusiva a obligaciones pecuniarias	112
iii)	Sobre la problemática de la inmunidad soberana.....	113
(b)	Propuesta de lege ferenda.....	115
i)	Creación de un instrumento normativo de derecho internacional que permita acceder a los mecanismos de ejecución del derecho interno	115
ii)	La remisión a los mecanismos de ejecución del derecho interno en el caso de Costa Rica	117
iii)	¿Por qué esta respuesta?.....	118
c)	Consecuencias derivadas de su incumplimiento	120
i)	Responsabilidad internacional del estado.....	120
ii)	Sanciones.....	121
iii)	Sobre las inferencias negativas.....	122

d) Algunos casos prácticos	124
(1) El caso City Oriente.....	124
(2) Burlington.....	126
(3) Perenco	128
(4) El caso Quiborax	130
(5) Convia! Callao.....	131
Conclusiones y recomendaciones	133
a) Características de la tutela cautelar limitativa de potestades de imperio en el sistema CIADI.....	133
b) Principales desafíos	135
i) De recomendar, ordenar y ejecutar.....	135
ii) Limitación de potestades de imperio	137
iii) Ejecución de las medidas.....	138
c) Propuestas y recomendaciones	138
i) Esfuerzo pedagógico	139
ii) Esfuerzo de los tribunales.....	139
iii) De lege ferenda: creación de un instrumento unificado sobre medidas cautelares emitidas por Tribunales Arbitrales	139
Bibliografía seleccionada	143

Tabla de abreviaturas

BIT: Tratado bilateral de protección de inversiones

CCI/ICC: Cámara de Comercio Internacional

CGR: Contraloría General de la República de Costa Rica

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIJ: Corte Internacional de Justicia

CNY: Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

CPCA: Código Procesal Contencioso Administrativo, ley n° 8508

CPCR: Constitución Política de la República de Costa Rica

CW: Convenio de Washington, convenio CIADI, Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados contratantes.

DRCAFTA: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América

ICDR: International Center for Dispute Resolution

LACI: Ley sobre Arbitraje Comercial internacional basada en la Ley Modelo de UNCITRAL n° 8937

LGAP: Ley General de la Administración Pública n° 6227

LRAC: Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, n° 7727

PGR: Procuraduría General de la República de Costa Rica

SCC: Cámara de Comercio de Estocolmo

TLC: Tratado de libre comercio

UNCITRAL/CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional

UNCTAD/CNUCYD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Resumen

Esta investigación sistematiza el conocimiento existente en torno a las medidas cautelares emitidas en contra de sujetos de Derecho Público en materia de arbitraje de inversiones -con énfasis en el sistema CIADI-, tema de nulo desarrollo en la doctrina nacional. La investigación se enfoca en la corriente desarrollada por la jurisprudencia arbitral internacional sobre la limitación de potestades de imperio a través de medidas provisionales, dentro de los que destacan decisiones limitativas de las potestades de auto tutela, tributaria y sancionatoria.

El tema se contrasta a la luz de la soberanía y la organización interna del Estado pues resulta algo complicado de asimilar que un tribunal conformado por árbitros extranjeros pueda decirle a un Estado soberano lo que puede y lo que no puede hacer, máxime cuando se inmiscuye en una zona tan delicadas como lo es el ejercicio de potestades. El tópico posee una relación directa con la tutela judicial efectiva.

Objetivo general:

Determinar los alcances y las características de la discrecionalidad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares en contra de sujetos de Derecho Público

Objetivos específicos:

- Definir el marco jurídico que otorga, justifica y limita el poder de los Tribunales Arbitrales para dictar una medida cautelar en contra de un sujeto de Derecho Público en el arbitraje de inversión.
- Distinguir el ámbito del Tribunal Arbitral para limitar provisionalmente el ejercicio de una potestad por parte de Estados soberanos.
- Analizar la efectividad material y los mecanismos de ejecución de las medidas cautelares en materia de arbitraje de inversión bajo el Sistema CIADI y bajo los sistemas arbitrales localizados.

La hipótesis de trabajo es que los tribunales arbitrales pueden limitar el ejercicio de las potestades de imperio por medio de medidas cautelares auto-ejecutables

fundamentadas en los criterios de urgencia, necesidad y proporcionalidad cuya inobservancia podría generar responsabilidad internacional por parte del estado contratante que la desobedezca.

Esta investigación es cualitativa y como tal siguió un proceso inductivo de exploración, descripción y generación de perspectivas teóricas mediante la revisión de documentos bibliográficos preexistentes tales como doctrina y jurisprudencia de tribunales arbitrales internacionales y cortes nacionales.

El trabajo concluye que las medidas provisionales son necesarias para la salvaguarda del objeto del proceso y del proceso en sí mismo, pueden limitar el ejercicio de potestades de imperio pues así lo aceptaron los países que integran el tratado -y muchos lo reforzaron por medio de otros tratados, leyes o contratos-, son excepcionales pues deben ser dictadas únicamente cuando se cumplan los estándares de urgencia y necesidad para evitar un daño no susceptible de reparación económica adecuada sea para un derecho o sea para el proceso; además, deben ser proporcionales.

Igualmente, tienen carácter obligatorio, pues las partes se sometieron a la autoridad de un tercero imparcial para que solucione definitivamente su controversia, lo que naturalmente incluye respetar las decisiones interlocutorias que permiten al tribunal llegar a su decisión. Las medidas deben ser -y la práctica parece cumplirlo- emitidas por medio de laudos cautelares, debidamente razonados tanto a nivel fáctico como jurídico, además, deben seguir un esquema procesal que respete los principios de audiencia y contradicción.

Finalmente, las medidas deben ser autoejecutables, es decir, exentas de exequátur y cualquier injerencia en su contenido, por lo que deben tener el mismo valor de las medidas emitidas por jueces en contra de la administración pues ese es el espíritu del sistema CIADI. La inmunidad de ejecución no puede ser aplicable en materia cautelar. En la actualidad esto no se da por lo que se concluye con una propuesta de *lege ferenda*.

Ficha bibliográfica

Brenes Rodríguez, John Alexander, *La limitación del ejercicio de las potestades públicas por medio de medidas cautelares en arbitrajes de inversión*, Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. xi, 165.

Director: Msc. **Juan José Obando Peralta**

Palabras claves: Arbitraje, inversión extranjera, CIADI, ICSID, derecho internacional público, medidas cautelares, medidas provisionales, tutela cautelar, ejecución, derecho público, administrativo, potestades, arbitrabilidad.

Introducción

Justificación

Esta investigación sistematiza el conocimiento existente en torno a las medidas cautelares emitidas en contra de sujetos de Derecho Público, particularmente en materia de arbitraje de inversiones con lo cual llena un vacío existente en Costa Rica donde este tema –y en general el arbitraje internacional- es muy poco explorado por la doctrina, aún más si coloca la palabra “Estado” sobre la mesa de discusión.

El marco que rige las medidas cautelares en los arbitrajes de inversión debe construirse utilizando una serie de normas y precedentes de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia, y arbitrales que se hayan desperdigados, que a nivel nacional no son abordados por la Academia y que de no sistematizarse conducen a una mala aplicación del Derecho en perjuicio de las garantías de la partes, siendo el Estado costarricense y los inversionistas nacionales potenciales damnificados de este desconocimiento⁴.

Es necesario generar discusión académica en torno a este tema en áreas que inclusive en el derecho interno son olvidadas como es el caso de las medidas cautelares. Es una actitud coherente con el compromiso que históricamente ha demostrado el País con el arbitraje⁵ y el Derecho Internacional.

⁴ Sobre la aplicación errónea del derecho nacional en detrimento del arbitraje CIADI y sus involucrados ver Eugenio Hernández Bretón, “El Arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno” en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta (San José: Editorial Jurídica Continental, 2011), 254-258.

⁵ Costa Rica ha demostrado un compromiso con el arbitraje, históricamente por medio de su reconocimiento como derecho fundamental, la emisión de jurisprudencia pro arbitraje y más recientemente por medio de la promulgación de una Ley de Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo UNICITRAL versión 2006, que según doctrinarios nacionales pretende hacer del País un *hub* mundial de arbitraje (al propio Juan José Obando Peralta, “¿Turismo legal en Costa Rica? El caso de la nueva ley de arbitraje comercial” En *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta (San José: Editorial Jurídica

La investigación aborda el tema relativo a la jurisprudencia arbitral internacional en el tanto los casos analizados se basan casi de forma íntegra en referencia a decisiones precedentes que han tocado temáticas similares, creando una suerte de *red de decisiones* que dan cuerpo a la decisión finalmente adoptada, la cual tiene un efecto práctico en los Estados e inversionistas que son parte del arbitraje.

Un ejemplo de esto es la decisión de Quiborax contra Bolivia en la que el Tribunal Arbitral obliga al Estado Boliviano a suspender un proceso penal contra personas involucradas en el proceso arbitral; parte del fundamento empleado por el Tribunal es la existencia de los precedentes *CSOB c. Eslovaquia* y *City Oriente c. Ecuador* en los que se emitieron órdenes cautelares para suspender procesos judiciales en aras de salvaguardar la exclusividad de jurisdicción del Tribunal y la integridad del proceso en sí.

En atención a ese poder de los Tribunales Arbitrales para emitir esta clase de medidas es relevante estudiar el tema a la luz de la soberanía y la organización interna del Estado pues resulta algo complicado de asimilar que un Tribunal conformado por árbitros extranjeros pueda decirle a un Estado soberano lo que puede y lo que no puede hacer, máxime cuando se inmiscuye en una zona tan delicada como lo son el ejercicio de las potestades de imperio.

El tópico posee una relación directa con la tutela judicial efectiva—finalidad de todo proceso— pues las medidas cautelares son un instrumento necesario para garantizar que el proceso pueda realizarse plenamente y que la decisión definitiva que el árbitro adopte será respetada y cumplida. Este derecho fundamental es reconocido internacionalmente y es extensivo a todas las personas, sin distinciones, por lo cual los inversionistas extranjeros

Continental, 2011), así mismo se precia de ser un país respetuoso del derecho internacional, el cual al carecer de ejército presenta como su único mecanismo de defensa.

son cobijados por este derecho y merecen acceder a los mecanismos que lo materializan.

Objetivo general:

Determinar los alcances y las características de la discrecionalidad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares en contra de sujetos de Derecho Público

Objetivos específicos:

- Definir el marco jurídico que otorga, justifica y limita el poder de los Tribunales Arbitrales para dictar una medida cautelar en contra de un sujeto de Derecho Público en el arbitraje de inversión.
- Distinguir el ámbito del Tribunal Arbitral para limitar provisionalmente el ejercicio de una potestad por parte de Estados soberanos.
- Analizar la efectividad material y los mecanismos de ejecución de las medidas cautelares en materia de arbitraje de inversión bajo el Sistema CIADI y bajo los sistemas arbitrales localizados.

Hipótesis:

Los tribunales arbitrales pueden limitar el ejercicio de las potestades de imperio por medio de medidas cautelares auto-ejecutables fundamentadas en los criterios de urgencia, necesidad y proporcionalidad cuya inobservancia podría generar responsabilidad internacional por parte del estado contratante que la desobedezca.

Metodología:

Esta investigación es cualitativa y como tal seguirá un proceso inductivo de exploración, descripción y generación de perspectivas teóricas⁶. En cuanto a sus fuentes de información, este trabajo final de graduación es eminentemente documental enfocado en la revisión de documentos bibliográficos preexistentes tales como doctrina acuñada en artículos y libros especializados, así como jurisprudencia de tribunales arbitrales internacionales y cortes nacionales.

Estructura capitular

Esta investigación se desarrolla en dos títulos que a su vez se dividen en cuatro capítulos, el primer título llamado *Potestad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares contra sujetos de derecho público en arbitrajes de inversión* busca fundamentar la competencia de los árbitros para dictar tutela cautelar, tanto a nivel formal como material, de ahí que en el capítulo primero *Fundamento teórico y necesidad práctica* se aborda el tema del por qué es que los árbitros pueden y deben dictar tutela cautelar, se asientan las bases de la función jurisdiccional del árbitro, las particularidades de esta y el nexo de las cautelas con el principio de tutela judicial efectiva, de absoluta vigencia en el campo arbitral.

El capítulo segundo se denomina *la tutela cautelar en la normativa arbitral de inversiones* y plantea una explicación sobre los fundamentos normativos que facultan a los tribunales arbitrales a dictar tutela provisional, las características del sistema CIADI y sus diferencias con los sistemas localizado tanto a nivel general como aplicado al tema cautelar. Esta investigación se enfoca en el sistema CIADI.

⁶ Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado, y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación* (Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2003), 13

El Título II, llamado *las medidas cautelares emitidas por árbitros en contra de sujetos de derecho público* pretende establecer las particularidades de dictado y ejecución de las medidas provisionales cuando estas consisten en obligaciones de no ejercicio de potestades de imperio.

El primer capítulo, *Características y limitaciones de las medidas cautelares que restringen potestades de imperio*, se enfoca enteramente en el dictado de las medidas, sus características y los criterios que deben observar -y justificar- los tribunales arbitrales de previo a su emisión. Además, analiza la tesis reduccionista imperante en el derecho público costarricense que niega la posibilidad de que el arbitraje toque temas relativos a potestades de imperio, para coronar el capítulo con la conclusión anticipada de que este enfoque prohibitivo no es óbice para que los tribunales en arbitrajes de inversión puedan dictar tutela cautelar limitativa del ejercicio de potestades de imperio.

Finalmente, el capítulo segundo versa sobre la *efectividad material de las medidas dictadas contra sujetos de derecho público*, es decir, que coloca el reflector sobre las múltiples nebulosas de la ejecución de las medidas cautelares, así como los desafíos a los que se enfrenta la técnica anticipatoria en el arbitraje de inversión.

Título I. Potestad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares contra sujetos de derecho público en arbitrajes de inversión

La resolución de conflictos implica una serie de facultades y deberes inherentes para que los jueces o árbitros lo utilicen como una herramienta que les permita resolver el problema de forma efectiva. Es en esta línea que aparece la tutela cautelar, una herramienta dada a los jueces y árbitros para ordenar a las partes acciones u omisiones que contribuyan con la protección del proceso o bien que no se vulneren derechos de las partes.

Este poder se puede justificar desde varias perspectivas, todas ellas aplicables al arbitraje de inversiones, las cuales serán desarrolladas en este título, cuyo análisis se orienta en la teoría tridimensional del Derecho desarrollada por Miguel Reale⁷. En el primer capítulo procedemos a explicar las razones *materiales* (fácticas y axiológicas), desde las ópticas realista e iusnaturalista, que inspiran el poder cautelar arbitral para posteriormente abordar en el segundo capítulo la perspectiva *formal*⁸ mediante la exposición y el análisis de las normas de derecho positivo que establecen la tutela cautelar como una potestad de los tribunales en algunos de los procesos más utilizados para el arbitraje de inversiones.

⁷ Esta teoría estructura el derecho como un fenómeno complejo compuesto por hechos, valores y normas, correlacionados entre sí. Su gran acierto radica en la amplitud que ofrece pues no excluye las perspectivas realista, iusnaturalista y positivista sino que admite que el contenido de la norma debe ser concordante con los hechos y los valores. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito* (São Paulo: Saraiva, 2002), 59-68.

⁸ Tal y como lo indica Ricardo Zeledón el mismo Reale le da mayor relieve a la norma positiva, que finalmente es el elemento distintivo de la disciplina jurídica. Bajo esta premisa es que en la estructura de este trabajo se optó por dedicar un capítulo propio para el estudio normativo y compartir un capítulo para las razones fácticas y axiológicas. Al propio de la preponderancia de la norma en Reale: Ricardo Zeledón, *Derecho privado para la sociedad contemporánea* (San José: Contemporánea, 2010). 260.

Dentro de las razones que se desarrollan en el primer capítulo, a saber las de carácter material que dan contenido a las normas positivas se van a desarrollar varios puntos.

En el plano práctico el poder cautelar se presenta como una necesidad en el proceso. A manera de recurso para la auto conservación procesal, es la tutela cautelar la que permite combatir el transcurso del tiempo que en concurso con las acciones u omisiones de las partes podrían generar un daño para el proceso, los derechos de las partes o bien la propia ejecución de la resolución definitiva.

La función jurisdiccional implica un poder cautelar general para quien la ejerce. El arbitraje, desde una perspectiva teleológica, es un ejercicio de función jurisdiccional pues es un proceso hetero-compositivo, dialéctico y equitativo por el que se resuelve jurídicamente un conflicto de forma definitiva. Por esta razón el árbitro al ejercer función jurisdiccional está investido de un poder general de tutela cautelar.

Por otro lado se encuentra la justificación de la tutela cautelar como derecho fundamental de las partes involucradas en el conflicto. Este derecho proviene de la garantía de tutela judicial efectiva, ampliamente reconocida por las constituciones, por la cual toda persona debe poder acceder a los medios procesales que le permitan resguardar sus derechos, lo que además implica salvaguardar la integridad del proceso principal y garantizar que la resolución final podrá ser ejecutada.

Finalmente, todo esto se conjuga con el fundamento del arbitraje: el consentimiento de las partes, base de la sumisión de las partes a la competencia del árbitro y por lo tanto fundamento del poder cautelar de este.

En sintonía con la inherencia del poder cautelar general debe tenerse noción de que no se requiere hacer especial mención en el consentimiento a la posibilidad de dictar tutela cautelar pues las disposiciones legales en el sistema CIADI, el mecanismo complementario, el reglamento de UNCITRAL y las regulaciones institucionales de los centros más importantes exigen que la renuncia de las cautelares sea explícita. Por lo cual el consentimiento del arbitraje, salvo expresa reserva, lo es también para las cautelares.

Capítulo primero. Fundamento teórico y necesidad práctica

a) El poder cautelar como una necesidad en el proceso

El tiempo es un recurso valioso, algunas veces más que el propio dinero. Es una implicación en todo proceso jurisdiccional, independientemente de si es judicial, administrativo o arbitral, así nos lo recuerda Ali Yesilirmak: "*Arbitration, like litigation, takes time*⁹". La razón de ser de esto es sencilla: un proceso requiere cumplir con ciertas reglas establecidas de previo a la emisión de una resolución final. Quizá entre las más importantes aparece la oportunidad para que las partes realicen sus manifestaciones¹⁰, la necesidad de evacuar prueba y el deber de motivar las resoluciones¹¹.

El tiempo es precisamente la razón principal por la que existe el procedimiento anticipatorio, que se caracteriza como un mecanismo procesal expedito y de cognición sumaria que sirve de contención para los retrasos inherentes al debido proceso que antecede al laudo. Calamandrei

⁹ Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005) 2.

¹⁰ Principios de audiencia y contradicción, integrantes del general principio de igualdad. Marcela Rodríguez Mejía, *Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013), 90.

¹¹ El artículo 52, inciso primero, literal "e" de la Convención de Washington establece la falta de motivación como uno de los cinco motivos por los cuales se puede anular un laudo arbitral.

condensa la problemática bajo la frase: “*la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tenga la razón*”¹².

Debe quedar patente que además del tiempo que naturalmente conllevan los procesos jurisdiccionales, sin discriminar si son de carácter judicial o arbitral, existe un agravante del que estos adolecen y que en apariencia es más viejo de lo que se cree: las tácticas dilatorias, una patología procesal que ha sido bautizada como *Guerilla Tactics* o *Terrorismo Procesal*¹³. Es *vox populi* que los litigantes que se consideran con menos opciones para obtener sus pretensiones procesales suelen preferir que el proceso se alargue¹⁴ por lo cual en no pocas ocasiones se puede observar el empleo de mecanismos para entorpecer –y por qué no frustrar– el proceso así como para imposibilitar la ejecución de su decisión final¹⁵.

Es por esta razón que, como nos recuerdan Lew, Mistelis y Kröll, la tutela jurídica definitiva que ofrece el proceso por medio del laudo puede resultar insuficiente para proteger los derechos o intereses que se pretenden¹⁶. Esto porque podrían desaparecer antes de que se logre llegar a la resolución final, porque se frustre el proceso y por ende ni siquiera se pueda llegar a

¹² Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945), 44.

¹³ Al propio del *terrorismo procesal* o *Tácticas de Guerrilla* consultar la obra: Günther J. Horvath & Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 28 (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013) 341-354

¹⁴ Álvaro López de Argumedo «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional.» *La Ley* (Universidad de la Rioja), nº 3 (2000): 1767.

¹⁵ Al propio el especialista español don Álvaro López de Argumedo recuerda que “*El actor de un procedimiento arbitral queda sujeto a los mismos riesgos de infructuosidad que el demandante en un proceso judicial*” López de Argumedo, *Medidas cautelares*, 15.

¹⁶ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Michael Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003), 585

obtener una resolución final o bien que se obtenga la resolución pero no se pueda ejecutar lo ordenado¹⁷.

Ante esta amenaza la tutela anticipatoria se yergue más como una necesidad práctica que como una simple discusión teórica pues permite redistribuir de forma *isonómica* o equitativa el efecto que tiene el transcurso del tiempo en el proceso¹⁸.

Un punto característico de la tutela cautelar es su atipicidad, en el tanto son las circunstancias del proceso las que deban determinar la decisión más adecuada del Tribunal. El poder inherente para dictar tutela cautelar hace innecesario que se deban tipificar las medidas que puede adoptar un Tribunal Arbitral¹⁹. De hecho, en materia arbitral y procesal internacional la atipicidad de las medidas cautelares es la regla²⁰.

Esta necesidad procesal de contar con un paliativo del transcurso del tiempo es lo que ha llevado al desarrollo de la técnica anticipatoria. Este

¹⁷ *"The essential object of provisional measures is to ensure that the execution of a future judgment on the merits shall not be frustrated by the actions of one party pendente lite."* Corte Internacional de Justicia. Caso relativo a la plataforma continental del mar Egeo (Medidas provisionales de Protección). Providencia de 11 de setiembre de 1976 (Nueva York, Naciones Unidas, 1976), 16.

¹⁸ Daniel Mitidiero, *Anticipación de Tutela: De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 23 y 52.

¹⁹ Gabrielle Kaufmann-Kohler, y Aurelia Antonietti, «Interim relief in international investment agreements. » En *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, de Katia Yannaca-Small (New York: Oxford University Press, 2010), 518.

²⁰ Malcolm Shaw cita al juez Higgins, juzgador en el caso de la CIJ entre Serbia y Montenegro v. Reino Unido: *"The Court's inherent jurisdiction derives from its judicial character and the need for powers to regulate matters connected with the administration of justice, not every aspect of which may have been foreseen in the Rules"* Malcolm Shaw, *International Law* (Sétima Edición. Cambridge University Press, 2014), 778 Después de todo el mayor referente en materia cautelar en el derecho internacional es el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual es el que inspira el 47 del Convenio de Washington, al propio ver Christoph Scheuer, *ICSID Convention: a commentary*. 2nd Ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 759.

tipo de tutela, que en palabras de Dyalá Jiménez-Figueres ha sido prestada por el derecho civil al arbitraje²¹, ha pasado de la interpretación de la doctrina italiana de Giuseppe Chiovenda y posteriormente Piero Calamandrei que consideraban a la tutela cautelar como una mera actividad discrecional del juez²² a ser considerada en nuestros días como un derecho fundamental atípico de los individuos²³.

b) El arbitraje como función jurisdiccional

La tutela cautelar es inherente a la función jurisdiccional. Quien ejerce función jurisdiccional implícitamente está autorizado –aun sin norma explícita- para dictar cautelas. Esta aseveración ha sido respaldada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en materias diferentes como el derecho constitucional²⁴ e internacional²⁵.

Para poder sostener que los árbitros están dotados de poder cautelar debemos comenzar por establecer las bases de este. A pesar de que esta investigación se ciñe sobre el arbitraje en materia de inversiones para efectos de comprender el fundamento de la protección cautelar debe comenzarse por definir el concepto de jurisdicción, que es la razón de que justifica el empleo de la tutela cautelar, y tomar una postura en torno a si

²¹ Dyalá Jiménez Figueres, *Enforcement in Latin America of Provisional Measures ordered by Arbitral Tribunals. Where we are. Where we can go*, Pendiente de publicación, 2011, 1.

²² Mitidieri, 45.

²³ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 6224 de las 3:16 del 25/5/2005.

²⁴ "el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar." "No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida" *Ibíd.*

²⁵ "The court has certain inherent powers flowing from its role as a judicial organ" C. Brown by Shaw, 778.

jurisdicción y arbitraje son conceptos contrapuestos o bien se encuentran ligados.

Partiendo de la definición de don Gabriel Hernández Villareal, en seguimiento del procesalista argentino don Adolfo Alvarado Velloso, el proceso jurisdiccional es un:

"...método de debate dialéctico y pacífico que se desarrolla siguiendo las reglas de un procedimiento preestablecido, en el que las partes actúan en igualdad jurídica ante un tercero imparcial e independiente que les resolverá hetero-compositivamente el conflicto. Su estructura es triangular debido a que enlaza a un pretendiente, un resistente y una autoridad, y en ella hay una clara asignación de roles y funciones en las que se respetan los principios basales de igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador²⁶."

Si se asume como guía la definición dada por Hernández Villareal podría concluirse que el arbitraje es un proceso jurisdiccional y que como tal es una forma de ejercicio de esta actividad²⁷; sin embargo, esta conclusión no es del todo compartida por la doctrina.

²⁶ Gabriel Hernández, «Jurisdicción y competencia. Funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas» En *Código General del Proceso Comentado (con artículos explicativos de miembros del ICDP)* del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, (Bogotá: ICDP, 2014), 214.

²⁷ En un sentido similar se puede ver la discusión sobre la potestad jurisdiccional administrativa:

"Pero recordaré que tanto puede haber "jurisdicción" en la actividad del juez como en la actividad del administrador. "La jurisdicción, dijo acertadamente García Trevijano Fos, puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, entendiendo por jurisdicción la potestad de componer los intereses contrapuestos. En este sentido, agrega, es evidente que la Administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de recursos." Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.f.), 263.

La palabra jurisdicción etimológicamente proviene del latín *iurisdictio* que significa *acción de decir del derecho*²⁸. Por lo cual en sentido amplio, y amparado en la semántica de la palabra, la función jurisdiccional refiere a la acción de disponer cual es el derecho aplicable a una determinada situación con la autoridad de la cosa juzgada, por lo tanto comprendemos el término jurisdicción como una acción.

Sin embargo, la teoría del Estado y la ciencia del derecho procesal han conceptualizado de una forma más compleja y amplia el concepto forense de jurisdicción y lo han ligado estrechamente al Estado.

La definición tradicional de jurisdicción responde a una actividad monopolizada por el Estado (jurisdicción como potestad). Por ejemplo, en Costa Rica el constituyente originario invistió al Poder Judicial de la potestad de conocer los conflictos surgidos entre los habitantes de la República, la cual ha sido reconocida por doctrina procesalista²⁹ y la jurisprudencia constitucional como la función jurisdiccional en sentido material³⁰.

Según los parámetros del artículo 143 de la CPR –en concordancia con gran parte de la doctrina procesal– la jurisdicción comprende al menos dos aspectos básicos³¹:

a) **Cognición:** que supone el conocimiento del juez para declarar el derecho que ponga fin al conflicto suscitado³².

²⁸ Henry Capitant, *Vocabulario jurídico* (Buenos Aires: De Palma, 1981), 336.

²⁹ Sergio Artavia Barrantes, *El Proceso Arbitral en Costa Rica* (San José: Dupas S.A., 1996) 34-38.

³⁰ Sala Constitucional. *Ibíd.*

³¹ Distinción hecha por Chiovenda, quien separó el *accertamento del diritto* de la *esecuzione*. Tomado de Mitidieri, 29.

³² Rolando Arazi, *Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires: Astrea, 1995), 21.

b) **Ejecución:** frente al demandado renuente, el juez tiene a su servicio la fuerza para que sus decisiones sean acatadas³³.

Aquí es donde se fundamenta la posición que niega que el arbitraje sea actividad jurisdiccional. Al respecto Rolando Arazi manifiesta abiertamente que el árbitro no ostenta jurisdicción alguna pues no cuenta con las citadas *executio* ni *coertio*³⁴ los cuales son elementos básicos de esta potestad monopolizada por el Estado.

En igual sentido se pronuncia Ernesto Jinesta Lobo al considerar que el poder del árbitro difiere materialmente de la actividad jurisdiccional, la cual define como la potestad de los tribunales de juzgar con autoridad de cosa juzgada material y ejecutar lo ordenado³⁵. Esta posición es esperable a merced de la tradición del derecho procesal latinoamericano de herencia europea y por ende algo escéptica del arbitraje³⁶.

En contraposición existe otro sector que se decanta por una interpretación algo menos esencialista y más teleológica que defiende el carácter jurisdiccional³⁷ del poder del árbitro bajo la premisa de que este ejerce el poder de decidir controversias con autoridad de cosa juzgada material y

³³ Arazi, 23.

³⁴ Arazi, 806-807.

³⁵ Ernesto Jinesta Lobo, «Constitución y arbitraje: Derecho fundamental al arbitraje» en *El Arbitraje en el Derecho Público*, de Ernesto Jinesta Lobo, & Aldo Milano Sánchez (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008), 26.

³⁶ Don Diego Fernández Arroyo se refiere como *hostilidad conceptual* al arbitraje. Diego P. Fernández-Arroyo, «La evolución del arbitraje en América Latina: de la supuesta hostilidad a la evidente aceptación» en *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta (San José: Editorial Jurídica Continental, 2011), 186-187.

³⁷ Thomas Clay, *El Árbitro* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012), 42 y Joao Bosco Lee y Rafael Francisco Alves «Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica» en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013), 114.

siguiendo, si bien con menor rigidez, un debido proceso. Para esta corriente la diferencia entre la actividad judicial y la arbitral radica en la fuente (legislación versus acuerdo arbitral) y los alcances de la potestad otorgada (general versus particular) sin que esto afecte el sustrato de la labor *jurisdiccional* de ambos.

Esta última tesis es seguida por la Sala Constitucional costarricense mediante el voto 10352-2000 en la que tajantemente se concluye que a pesar de las diferencias entre el sistema judicial y el arbitral, el segundo también es una manifestación del ejercicio del poder jurisdiccional³⁸. Con esto la Sala costarricense va más allá de la concepción mixta que el Tribunal Constitucional Español adoptó desde los años noventa del siglo pasado, bajo la que ha definido al arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*³⁹. Este carácter de función jurisdiccional incompleta obedece a la incapacidad del arbitraje para cumplir con la función de *ejecutar lo juzgado*.

Desde nuestra perspectiva carece de sentido –al menos en términos prácticos- considerar el hecho de que los árbitros deban acudir ante un juez de apoyo para la ejecución de sus decisiones como un sinónimo de carencia de poder jurisdiccional. Sucede algo similar *mutatis mutandis* en la jurisdicción ordinaria: un juez nacional en un proceso de conocimiento efectúa actividad jurisdiccional a pesar de que sus sentencias finalmente

³⁸ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 10352 de las 14:58 del 22/11/2000. Considerando VII.

³⁹ Al propio los Votos 43/1988 y 62/1992 del SSTC citados por Aldo Milano Sánchez «Arbitraje y derecho administrativo, su puesta en acción» en *El Arbitraje en el Derecho Público*, de Ernesto Jinesta Lobo, & Aldo Milano Sánchez (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008), 96 y Rodríguez Mejía, 42.

sean ejecutadas por un cuerpo de jueces ejecutores de ese tribunal para que ordene la materialización de lo dispuesto en ellas⁴⁰.

Dicho lo anterior si bien seguimos la conceptualización de la función jurisdiccional como bifásica⁴¹ (conocimiento y ejecución) consideramos que analógicamente la función del tribunal en un arbitraje de inversión es la misma que la del juez: decir el derecho de aplicable a la resolución definitiva (con autoridad de cosa juzgada) de un conflicto, con la excepción de los poderes de imperio para ejecutar las medidas y con las obvias adecuaciones que deben hacerse entre los institutos (Vg. Juez natural). Es una actividad jurisdiccional limitada o imperfecta debido a sus particularidades⁴².

Desde nuestra óptica existen evidentes diferencias entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria⁴³, eso es esperable, claro e innegable; sin embargo la función ejercida y sus características sustanciales (dialéctico, heterocompositivo, procedimental y equitativo) finalmente son las mismas por lo cual, sea que se asuma la posición mixta o la jurisdiccional, esta distinción

⁴⁰ Este ejemplo es aplicable al proceso contencioso administrativo, al respecto artículo 27 y título VIII del CPCA y 86 del Reglamento Autónomo de Servicios de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

⁴¹ Otras conceptualizaciones como las de inspiración en Chiovenda y Carnelutti mantienen que la función cautelar es un *tertum genus* es decir una tercera función integradora de la jurisdicción junto con las de conocimiento y ejecución. Por lo cual en este caso serían dos las sub-funciones que llevaría a cabo el Tribunal, a saber la cautelar y la de conocimiento del conflicto reservando la ejecución forzosa para el juez de apoyo.

⁴² Al respecto Alberto Fernández López «El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional» en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, de Organización de Estados Americanos (Washington: OEA, 2011), 145.

⁴³ Diferencias como la flexibilidad y disponibilidad de las normas procedimentales en el arbitraje versus la rigidez y orden público de las normas procesales en la jurisdicción estatal; el problema de la mora judicial inexistente como tal –lo que no lo exime de los problemas de tiempo- en el arbitraje, la inaplicación del principio de juez natural, la potestad general de dictar justicia otorgada a los jueces por la Constitución versus el origen voluntario y excepcional del poder de los árbitros.

no debe afectar en lo absoluto el centro del asunto: el reconocimiento al derecho a la justicia pronta y cumplida⁴⁴ de las partes⁴⁵ que entre otras se materializa a través del amplio poder cautelar otorgado a los árbitros; estos últimos son los aspectos sobre los que discurre esta tesis.

Para efectos de esta investigación debe comprenderse que en un arbitraje de inversión el tribunal administra justicia (actividad jurisdiccional *lat o sensu*) para un caso específico; sin embargo, su origen es distinto al de la jurisdicción ordinaria⁴⁶ pues no lo hace en nombre de un Estado como en el caso de la potestad jurisdiccional tradicional, ejercida por el Poder Judicial y de origen constitucional sino en nombre de la comunidad internacional⁴⁷ como resultado de una obligación de derecho internacional público adquirida por los Estados contratantes mediante los tratados internacionales suscritos⁴⁸.

Ahora bien, más allá de la reticencia de parte de los sectores más conservadores –estadistas- del derecho procesal en torno al carácter jurisdiccional o no del arbitraje⁴⁹, en el caso específico de la Convención de Washington no debería existir mayor problema pues el Tratado es bastante

⁴⁴ Jinesta, *Constitución y arbitraje*, 53.

⁴⁵ Finalmente al comprender que el derecho a la tutela cautelar pertenece a las partes hace desaparecer cualquier duda en torno al dictado de medidas cautelares por los encargados de la resolución del conflicto.

⁴⁶ Que en la concepción de Chiovenda tiene un carácter “público-estatalista” Mitidiero, 28.

⁴⁷ Emmanuel Gaillard «las representaciones del Arbitraje Internacional.» en *Cuestiones claves del arbitraje internacional* de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013), 20.

⁴⁸ Como el Convenio de Washington que da acceso al sistema CIADI así como los Tratados Bilaterales de Inversión o multilaterales de libre comercio en los que se da el consentimiento anticipado de los estados al arbitraje. Este carácter de obligación de derecho internacional público asumida por medio de un tratado internacional asemeja al sistema CIADI a un organismo judicial internacional, como el caso de la Corte Internacional de Justicia.

⁴⁹ Sea doméstico o internacional –comercial o de inversión ad hoc-.

explícito como para que se mantenga alguna duda en el campo del arbitraje de inversión bajo el sistema CIADI. El Tribunal arbitral ejercita actividad jurisdiccional⁵⁰ por “*sus efectos y dimensiones*”⁵¹ y como lo verifica la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

El sistema CIADI es la materialización del ordenamiento jurídico arbitral autónomo y deslocalizado, es decir completamente separado de la intervención procesal de las cortes domésticas⁵² y en la cual los métodos, las fuentes y el valor jurídico del laudo se desmarcan de las cortes locales de los Estados⁵³.

Esto se colige principalmente de la forma de ejecutar los laudos bajo los mismos parámetros de las sentencias nacionales (artículo 54), el veto a la intervención de los tribunales nacionales en el reconocimiento del laudo (artículo 52⁵⁴) así como la aplicación de reglas transnacionales aun sobre las normas de derecho nacional⁵⁵. Todo esto emanado del reconocimiento de los Estados⁵⁶ signatarios de la Convención en clara cesión de su soberanía⁵⁷.

⁵⁰ Alan Thompson, «El arbitraje inversionista-Estado y la comisión de libre comercio en el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos: Análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional» En *Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, de Anabel González (San José: ASE-TLC, 2005), 468.

⁵¹ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 9469 de las 10:00 del 3/7/2007. considerando VII del voto de mayoría.

⁵² Sea el de la sede del arbitraje o el de su lugar de ejecución. Al propio ver la excelente síntesis del profesor Gaillard en Emmanuel Gaillard, *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*, traducido por Ximena Herrera-Bernal (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012), 69-101.

⁵³ Con la salvedad del derecho sustantivo aplicable a la controversia.

⁵⁴ Artículos 52 y 54 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados también llamado Convenio de Washington.

⁵⁵ Ver Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra la República de Costa Rica, caso CIADI no. ARB/96/1, laudo final, 17 de febrero de 1996. Ver infra 64-66.

⁵⁶ Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 93.

⁵⁷ Román Solís Zelaya «Arbitraje y transacción en la Ley General de la Administración Pública» en *Justicia Alternativa en Costa Rica: de la justicia tradicional a la justicia*

El CIADI administra procedimientos en los que las partes nombrarán árbitros que serán competentes para conocer las diferencias surgidas entre inversionistas y estados contratantes, esto es considerado en el capítulo II, artículos 25 al 27 de la Convención de Washington. De hecho, la Sala Constitucional, en sus sentencias, se refiere a **la jurisdicción de los tribunales arbitrales bajo el convenio CIADI**. Por ejemplo, en el voto 9469-2007, al juzgar el carácter forzoso del arbitraje contenido en el capítulo 10 del DR-CAFTA, indica que: "*Sin embargo, en este caso el consentimiento lo da el inversionista al decidir a cuál jurisdicción acudir, por lo que no puede hablarse de un mecanismo forzoso.*"⁵⁸

Esta investigación se matricula con la interpretación teleológica – independientemente de las concesiones hechas por las leyes nacionales⁵⁹– por lo que concluimos que los árbitros se encuentran desarrollando una labor jurisdiccional y por lo tanto están investidos con el poder de dictar tutela cautelar para garantizar que los procesos a resolver tendrán un sentido práctico –ejecutabilidad–, para proteger su propia jurisdicción y los derechos de las partes.

necesaria, de Walter Antillón Montealegre (San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995) 169

⁵⁸ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 6851 de las 9:57 del 1/6/2005 reiterado por Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 9469 de las 10:00 del 3/7/2007

⁵⁹ Al propio debe recordarse que existen ordenamientos que no permiten el ejercicio de tutela cautelar por parte de los árbitros, sobre todo en materia arbitral doméstica –por ejemplo la Ley RAC costarricense–. Sin embargo la aseveración que hacemos posee un carácter teórico de inspiración teleológica, más allá de ser un asunto de mero derecho positivo.

La aseveración con la que se comenzó este apartado debe entenderse como: la tutela cautelar es inherente a la tutela judicial efectiva⁶⁰, por lo cual antes de mirar hacia quién otorga la medida -si se trata de un árbitro o de un juez- debe observarse hacia su beneficiario: se trata de una persona, que como titular del derecho a una justicia pronta y cumplida tiene derecho a solicitar y, en caso de proceder, ver materializada la tutela sumaria que le garantiza la protección del proceso y de sus derechos⁶¹. Por cuestiones de utilidad es claro que el más apto para dictar tal tutela es quien tiene la potestad de resolver definitivamente el conflicto⁶².

c) El derecho a la tutela judicial efectiva y el poder cautelar
La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental del individuo protegido a nivel constitucional⁶³ que se conceptualiza en términos simples como la garantía de obtener justicia sin dilaciones innecesarias⁶⁴. A esta

⁶⁰ "No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida..." Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 6224 de las 3:16 del 25/5/2005.

⁶¹ Esto es de entera aplicación para los inversionistas que demanden a Costa Rica pues la Constitución Política (artículos 19 y 33) reconoce a los extranjeros los mismos derechos fundamentales que a los costarricenses -con excepciones como el sufragio- por lo cual los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva (41 CP) y a la resolución por medio de árbitros (43 CP) son de pleno ejercicio para los inversionistas, así como los derechos especialmente contenidos por los tratados de protección de inversiones -entre los que destaca la protección del 33 y 45 de la misma Constitución-.

⁶² "It makes good sense to give arbitral tribunals the power to issue interim measures generally because they are close to the case. ... There is no good reason why an arbitral tribunal should be limited to the interim measures available to the courts at the seat of the arbitration." Pierre Karrer, «Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and The Courts: Less Theory, Please» en *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series, de Albert Jan van den Berg, (Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2001), 8.

⁶³ Artículo 41 CPR.

⁶⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo* (San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996), 90.

definición se le suman algunas otras variantes que son esbozadas en la redacción del artículo 41 de la Constitución costarricense:

“ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

De la última línea se desprende que la justicia además de *pronta* debe ser *cumplida*, es decir que los procesos –sean judiciales, administrativos o arbitrales- han de tener un sentido práctico para la solución del conflicto, por lo que la resolución final debe ser objetivamente realizable.

Esta garantía de eficiencia de la sentencia⁶⁵ es en gran medida la razón de ser de la tutela anticipatoria cautelar⁶⁶, la cual es un instrumento para salvaguardar el objeto del proceso y la eficacia material de la sentencia⁶⁷ por medio de la conservación de las condiciones *“reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”*⁶⁸. De hecho, Arazi, siguiendo a

⁶⁵ Eduardo García de Enterría, «Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo» en *Revista española de derecho administrativo* (Civitas), nº 76, (1992): 629.

⁶⁶ Al propio debemos seguir la conceptualización del jurista brasileño Daniel Mitidiero quien acertadamente llama a diferenciar los conceptos de la tutela anticipatoria (medio técnico procesal) de tutela cautelar (finalidad: tutela judicial efectiva). Esto reviste importancia en el tanto no solo existen procedimientos anticipatorios de carácter cautelar sino también con naturaleza satisfactiva (Vg. el proceso de violencia doméstica costarricense) Mitidiero, 25 sobre la diferencia entre tutela cautelar y satisfactiva ver Luiz Guilherme Marinoni, «De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria», 307. url: <http://http://www.academia.edu>. s.f. http://www.academia.edu/10610238/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria_Luiz_Guilherme_Marinoni

⁶⁷ Jorge Alberto López González, *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (San José: Juricentro, 2007), 133.

⁶⁸ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 7190 de las 15:24 horas del 6/12/1994.

Carnelutti, define cautelar como el procedimiento que garantiza el *buen fin* de un proceso definitivo⁶⁹.

En efecto las medidas cautelares permiten la facilitación de la disputa objeto del proceso y pueden llegar a tener una importancia capital en la suerte del procedimiento⁷⁰. Garantizar la eficacia material de la sentencia por medio de la tutela cautelar implica no reducir las pretensiones a meras posibilidades indemnizatorias, en esta dirección han marchado algunas sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo, autoridad que ha afirmado que:

“No existe justicia administrativa pronta y cumplida cuando el mismo sistema permite la convertibilidad de las pretensiones en meras expectativas indemnizatorias, que llevan a dar un valor económico equivalente al bien jurídico que se buscaba tutelar, lo que sin duda, no supone una satisfacción plena de los derechos de los justiciables, cuando en sentencia se declare que les acudía la razón. El justiciable busca que el bien jurídico por el cual busca tutela judicial, permanezca íntegro y no que se transforme, por las dilaciones o tardanzas del proceso, en una indemnización. La reparabilidad del bien no se satisface, en todos los casos por un reintegro monetario.”⁷¹ (Resolución n° 1765 de las 07:35 del 13/05/2010 TCA sección VI).

⁶⁹ Arazi, 564.

⁷⁰ Dana Renée Bucy, «How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law.» *American University International Law Review*, Vol. 25, Issue 3, (2010): 592.

⁷¹ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sección VI. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia 1765 de las 07:35 del 13/05/2010 y Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sección II. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia 105 de las 2:00 de las 30/5/2012.

Para ello las medidas cautelares fungen como un paliativo contra las dilaciones procesales mediante la adopción de acciones o la prohibición de otras que combaten el efecto nefasto del tiempo sobre la pretensión⁷², con lo cual se constituyen en la mejor forma de garantizar la tutela judicial efectiva⁷³.

Finalmente debe entenderse que la tutela judicial efectiva tiene un doble carácter como derecho y como deber⁷⁴, siguiendo a don Enrique Ulate, que se ve materializado en la orden cautelar que se erige como una carga para una de las partes y un beneficio para quien la pide, todo esto bajo la figura de una resolución con carácter provisional.

d) El consentimiento como base de la sumisión de las partes a la competencia del árbitro

El consentimiento es la base del arbitraje, consiste en la convergencia de las voluntades de las partes⁷⁵ de investir a un particular con la autoridad para resolver definitivamente un conflicto. Es precisamente esa voluntad de someterse libremente al arbitraje la que fundamenta tanto el carácter de cosa juzgada material como la fuerza ejecutoria del laudo y la obligatoriedad de las demás disposiciones que emita un tribunal arbitral.

La voluntad debe manifestarse por medio de un acto, este puede ser un compromiso o bien una cláusula compromisoria dependiendo de si se está ante un conflicto actual y presente o si se trata de uno eventual y futuro⁷⁶.

⁷² Ernesto Jinesta Lobo, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo* (San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996), 91.

⁷³ Enrique Ulate Chacón, «Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional.» *Revista de Ciencias Jurídicas* (IIJ Universidad de Costa Rica), n° 114 (2007): 173

⁷⁴ Ulate, 149.

⁷⁵ Clay, 20.

⁷⁶ Jinesta, *Constitución y arbitraje*, 37.

Esto tiene una vertiente positiva y una negativa, la positiva es la de dotar al tribunal arbitral –ad hoc o institucional- de competencia para el conocimiento de la causa, mientras la negativa es sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria la tramitación del proceso⁷⁷. Es un acto de importancia capital en el que se le quita la competencia al juez para dársela al árbitro, que liga 1) a las partes quienes no podrán desconocer el compromiso, 2) al árbitro que deberá cumplir con el mandato y 3) al juez quien no podrá conocer de la causa en forma definitiva⁷⁸.

El consentimiento es un requisito fundamental en el arbitraje, sin este el árbitro no puede actuar; es por ello que es uno de los requisitos básicos de la jurisdicción⁷⁹ en el sistema CIADI por lo que se le exige a la Secretaría realizar un examen sumarísimo *prima facie* de previo a dar curso a la solicitud de conformación del Tribunal, esto de acuerdo con el artículo 36.3 del Convenio de Washington. Si se llega a dar curso a la solicitud se procede con el mecanismo de constitución del tribunal arbitral el cual una vez conformado será el que ejerza la jurisdicción y consecuentemente quien tendrá la facultad de otorgar tutela anticipatoria a las partes.

Además es un principio arraigado en los tribunales arbitrales CIADI el realizar otro análisis *prima facie* de su propia jurisdicción de previo a emitir la recomendación cautelar. Este es un principio heredado de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia el cual es ilustrado por Schreuer en la

⁷⁷ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014), 1046 – 1252.

⁷⁸ Podría, eventualmente, participar en el proceso como juez de apoyo del arbitraje en temas de ejecución o bien dictando medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal.

⁷⁹ Junto con el *ratione personae* y *materiae*. Francisco González de Cossío, *Arbitraje de Inversión* (Guadalajara, 2009), 57.

cita del caso *Pulp Mills on the River Uruguay* entre Argentina y Uruguay⁸⁰ por el cual la Corte manifiesta que no se indicarán medidas sin haber realizado un análisis preliminar de la jurisdicción del Tribunal que emitirá la medida.

Forma y efectos del consentimiento. En materia de arbitraje de inversiones el consentimiento suele operar de una forma bastante diferente a la de los arbitrajes comerciales pues no se trata de un consentimiento contractual⁸¹ sino que los estados suelen contemplar un *Arbitration Without Privity*, es decir arbitraje en ausencia de relación contractual⁸² que no es otra cosa que el consentimiento anticipado de los estados de someter a arbitraje las controversias futuras que se susciten con los inversionistas extranjeros de quienes son anfitriones.

Según las estadísticas oficiales del CIADI este tipo de consentimiento no contractual⁸³ ha estado presente en el 81.7% de los casos administrados por el Centro hasta el 31 de diciembre de 2014, la mayoría por medio de tratados bilaterales, otro tanto por leyes de protección de inversión extranjera y un poco más por acuerdos multilaterales. Por su parte el restante 18.3% si posee una base contractual, más afín al tradicional consentimiento de los arbitrajes privados.

En caso de arbitrajes CIADI los países signatarios del Convenio de Washington con la ratificación del tratado asintieron la posibilidad de recibir

⁸⁰ Schreuer, *ICSID Convention*, 772.

⁸¹ Por cláusula compromisoria (acuerdo sobre controversias futuras) o compromiso (en caso de controversias actuales). Jinesta, *Constitución y arbitraje*, 37.

⁸² El concepto es descrito por Jan Paulsson. González de Cossío, *Arbitraje de inversión*, 58.

⁸³ *Ibíd.*, 58-59.

tutela cautelar salvo acuerdo expreso en contrario⁸⁴, en el mismo sentido fue redactado el reglamento sobre mecanismo complementario.

Por su parte en los arbitrajes ad hoc bajo reglamento de UNCITRAL así como la mayoría de instituciones arbitrales⁸⁵ contemplan la posibilidad de dictar tutela cautelar como la regla, por lo cual -salvo una reserva en el tratado o contrato que restrinja dicha capacidad de dictar tutela cautelar- el consentimiento al arbitraje conlleva la aquiescencia a las medidas cautelares⁸⁶.

Compartimos tal visión pues como se indicó en líneas precedentes: en términos materiales el poder de los árbitros de dictar tutela cautelar radica en el ya mencionado derecho a la tutela judicial efectiva y tiene una finalidad de salvaguardar el proceso o los derechos de las partes.

⁸⁴ Artículo 47.

⁸⁵ ICC, LCIA, SCC, ICDR.

⁸⁶ Fernández Rozas considera que "si las partes otorgan poderes a los árbitros para que decidan sobre el fondo del asunto, no existe ninguna razón para que esta competencia no se extienda a las medidas cautelares". José Carlos Fernández-Rozas, «Arbitraje y Justicia Cautelan» Revista de la Corte Española de Arbitraje XXII (2007): 28.

Capítulo segundo. La tutela cautelar en la normativa arbitral de inversiones

Una necesidad fáctica y axiológica suele dar como resultado la creación de normas. Siguiendo esta premisa observamos que la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva se ha materializado en la letra de diversos instrumentos de derecho positivo.

Con base en el capítulo anterior se concluye que *todos los procesos jurisdiccionales necesitan tener la opción de acceso a la tutela anticipatoria*⁸⁷ sin embargo se verá que dependiendo del sistema existen diferentes formas de regular la técnica. Es decir, hay cierta paz en torno al *qué* pero existen variaciones importantes en el *cómo* por lo cual a lo largo de este capítulo se va a desarrollar el sistema cautelar que impera en el sistema CIADI y se mencionarán las principales diferencias de este con respecto a otros sistemas localizados de arbitraje.

a) Arbitraje localizado y deslocalizado en el derecho internacional de inversiones

El arbitraje es un procedimiento que permite la aplicación de la ley sustantiva (o la equidad, cuando aplique), que predomina en los tratados de inversión⁸⁸ a pesar de ser un instituto propio del Derecho Privado⁸⁹ y que por sus particularidades tanto a nivel de procedimiento -participación de

⁸⁷ Esto es confirmado en precedentes arbitrales, por ejemplo, el tribunal de Pey Casado c. Chile indica: "la institución jurídica de las medidas provisionales, cuya necesidad ha sido universalmente reconocida en el derecho interno e internacional." Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, caso CIADI no. ARB/98/2, decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de setiembre de 2001, párrafo 6.

⁸⁸ Carlos Ignacio Suarez Anzorena, «Acceso a la jurisdicción arbitral en los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Perú: requisitos y particularidades» Themis (Pontificia Universidad Católica del Perú), n° 53 (2007): 151.

⁸⁹ Solís Zelaya, 159.

estados soberanos- como de finalidad -protección de inversiones- se ha especializado como una rama del arbitraje.

Bajo esta premisa tenemos claro que estos arbitrajes se ubican en la rama derecho internacional de inversiones⁹⁰, que pertenece al derecho internacional público⁹¹, independientemente de si se trata de un arbitraje localizado⁹² -como consideramos al institucional y al ad hoc- o deslocalizado -sistema CIADI-.

La clasificación en arbitrajes localizados y deslocalizados responde a los trabajos del Emmanuel Gaillard sobre la existencia de tres formas⁹³ de representar el arbitraje internacional⁹⁴: monolocalizadora, multilocalizadora y deslocalizada (ordenamiento jurídico arbitral autónomo)⁹⁵. Esta, como toda categorización, es utilizada por la utilidad para abordar el estudio teórico, en este caso, el de los distintos tipos de arbitraje.

⁹⁰ Al propio de la especialidad de esta disciplina jurídica ver Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Económico* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2012), P. 382-420 y Christoph Schreuer, «Investments International Protection.» en *Encyclopedia of Public International Law*, de Max Planck Institute (Oxford: Oxford University Press, 2010).

⁹¹ Algunos autores como Gus van Harten and Martin Loughlin se han atrevido a señalar este tipo de arbitrajes -y su derecho de fondo- como derecho administrativo global, al respecto: Gus Van Harten and Martin Loughlin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of global Administrative Law.», *The European Journal of International Law*, Vol. 17, nº 1 (2006): 149.

⁹² González de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, 394.

⁹³ Emmanuel Gaillard considera que hay tres, Jan Paulsson describe cuatro. Al propio: Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 49 y Jan Paulsson «Arbitration in three dimensions. » *LSE Law, Society and Economy Working Papers* (London School of Economics and Political Science) nº 2 (2010): 3.

⁹⁴ El enfoque de la categorización hecha por Gaillard es sobre el arbitraje internacional en general, sin embargo, tiene un énfasis muy marcado al arbitraje comercial internacional.

⁹⁵ Ver los trabajos citados de Gaillard, *Aspectos filosóficos y las Representaciones en Arbitraje Internacional*.

De las tres se puede apreciar un marcado cisma entre las representaciones localizadas, es decir, dependientes de algún estado, sea donde se desarrolla o bien donde se ejecuta; y la deslocalizada, en la que se parte de la existencia de un ordenamiento arbitral independiente de los estados soberanos.

Al observar las características de ambas representaciones y analizar la forma de concebir el arbitraje de cada tipo de arbitraje se puede apreciar que el sistema CIADI fue concebido como un sistema deslocalizado, autónomo y realmente internacional; mientras que los arbitrajes ad hoc, los que siguen el mecanismo complementario del CIADI y los institucionales continúan dependiendo de la normativa del estado sede por lo que -a pesar del optimismo del profesor Gaillard- fueron concebidos como dependientes de su localización.

i) Arbitraje localizado

Esta noción del arbitraje internacional puede ser monolocalizadora - también llamada territorial⁹⁶- o multilocalizadora -conocida por Paulsson como pluralista⁹⁷- dependiendo de si el enfoque se va a realizar en el país sede o en los distintos estados donde se podría ejecutar el laudo.

La representación monolocalizadora le otorga nacionalidad al laudo⁹⁸, por lo que, en un arbitraje internacional con sede en Lima, inevitablemente el laudo será peruano y por lo tanto tendrá el valor y características que la ley peruana le otorgue. Esta noción ha sido dejada atrás a pesar de que se señale la permanencia de algunos vestigios de ella⁹⁹ sin embargo para efectos de esta investigación nos centraremos en la representación

⁹⁶ Paulsson, *Arbitration in three*, 4.

⁹⁷ Paulsson, *Arbitration in three*, 7.

⁹⁸ Gaillard, *las Representaciones*, 17.

⁹⁹ Paulsson, *Arbitration in three*, 4.

multilocalizadora que es la que predomina en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁰⁰.

La concepción multilocalizadora parte de la idea de que el laudo tiene la eficacia que el conjunto de ordenamientos internacionales le reconoce por lo cual lo importante no son las condiciones que otorga la sede del arbitraje sino los eventuales lugares donde se va a ejecutar.

La consecuencia práctica del arbitraje localizado es en primer lugar la necesidad de someter el laudo a reconocimiento y en segundo lugar la injerencia de la *autoridad competente* (tribunales nacionales) en la revisión de la validez del laudo (por medio de la petición de nulidad). Esto de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York y las leyes de arbitraje de cada estado puede traducirse en la introducción de elementos y consideraciones de derecho interno a arbitrajes de carácter internacional¹⁰¹.

Tanto los mecanismos *ad hoc* e *institucionales* son arbitrajes que son susceptibles de ser considerados localizados puesto que su ejecución es dependiente de las normas de derecho reconocidas por el estado donde se realiza la ejecución del laudo.

(1) Mecanismos Ad Hoc

¹⁰⁰ Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 63.

¹⁰¹ Por lo que se deja al *prudente arbitrio* de los jueces nacionales la interpretación de conceptos como orden público y arbitrabilidad, bajo los cuales se podría llegar a negar el reconocimiento y la ejecución del laudo. Como una amenaza, Jan Paulsson pone sobre la mesa a los jueces nacionales que responden a objetivos ilegítimos. Al respecto Jan Paulsson, «El Orden Público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales.» En *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. De Guido S. Tawil, & Eduardo Zuleta (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008), 610.

Un mecanismo sumamente utilizado en el campo de las inversiones es el arbitraje ad hoc, en estos arbitrajes se suelen emplear las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional conocida como CNUDMI o UNCITRAL.

El reglamento de UNCITRAL posee una vocación eminentemente comercial que ha ido variando hasta años recientes con la incorporación de disposiciones complementarias relativas al arbitraje de inversión como el *Reglamento sobre Transparencia* de la UNCITRAL¹⁰².

(2) Arbitrajes institucionales

Además, algunas instituciones normalmente dedicadas al arbitraje comercial administran arbitrajes de inversión. Las dos más importantes son la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Cámara de Comercio Internacional¹⁰³ dentro de cuyas regulaciones, también de eminente inspiración mercantil, figuran mecanismos como el del árbitro de emergencia que se mencionará, aunque sea de forma breve, en este trabajo.

Además, el propio CIADI ofrece un reglamento, llamado *mecanismo complementario*, para administrar arbitrajes de inversión en los que no se cumple con los requerimientos *ratione personae* o *ratione materiae* del

¹⁰² Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 2014.

¹⁰³ Según estadísticas de la UNCTAD las instituciones arbitrales que más arbitrajes de inversión han realizado son la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) con más de una veintena y la Cámara de Comercio Internacional (ICC) con cuatro. http://unctad.org/en/Pages/DIAE/ISDS.aspx?Paged=TRUE&PagedPrev=TRUE&p_ArbitrationRules=ICSID%20AF&p_ID=2812&SortField=ArbitrationRules&SortDir=Desc&PageFirstRow=181&SortField=ArbitrationRules&SortDir=Desc&&View={FC8B9ABA-CF09-4491-89D1-99DE23534CA1}

Convenio de Washington¹⁰⁴. Este es un arbitraje dependiente de su sede¹⁰⁵ (llamada lugar del arbitraje, capítulo IV del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario).

Por su naturaleza los arbitrajes tanto ad hoc como institucionales, llamados localizados¹⁰⁶, se encuentran definidos por las leyes sobre arbitraje de su sede o del lugar donde se vaya a llevar a cabo la ejecución del laudo. Tienen un procedimiento de reconocimiento y ejecución más complejo que el de los laudos CIADI y las cortes nacionales pueden intervenir en la revisión de la nulidad del laudo.

ii) Arbitraje deslocalizado

La representación del arbitraje deslocalizado parte de la premisa de que el árbitro es un administrador de justicia internacional¹⁰⁷ cuya fuente de poder no es dada por el ordenamiento de un estado determinado (sea la sede del arbitraje o la de la ejecución). Emanada del reconocimiento de los estados,

¹⁰⁴ Enrique Fernández Masiá, «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana» en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, de Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar, y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010), .65-66 y De Cossío p. 103.

¹⁰⁵ Así lo explica Bernardini:
"Differently from the ICSID Convention, all other methods of arbitration, including ICSID Additional Facility Rules, provide for the conduct of arbitration under the rules chosen by the parties, which are complemented by the rules of procedure of the legal system of the place of arbitration. This means that, depending on the place of arbitration and therefore on the applicable legal system, non-ICSID arbitrations are subject to different rules of procedure, the award ensuing therefrom is subject to different means of recourse and the recognition and enforcement of such award is in principle governed by the New York Convention." Piero Bernardini, «ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration.» En *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, de David Arias, & Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Madrid: La Ley, 2010), Párrafo 9.

¹⁰⁶ Al propio puede ser monolocalizadora o multilocalizadora, la primera hace referencia a que la legitimidad del arbitraje es dado por la ley de arbitraje de la sede, la segunda se centra en la ley del lugar o lugares donde el laudo será ejecutado. Gaillard, *Las representaciones*, 17-21

¹⁰⁷ Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 69

pero tiene independencia de estos¹⁰⁸ de forma similar al derecho internacional.

Si bien esta concepción podría ser aplicada a los arbitrajes descritos anteriormente como localizados, esto depende de la anuencia de los jueces nacionales encargados del reconocimiento y ejecución de los laudos¹⁰⁹; además, obedecen a instrumentos como la Convención de Nueva York que no conceptualizó al arbitraje de esta forma. Por lo dicho no fueron considerados como deslocalizados. El sistema CIADI previó esta circunstancia y se vacunó de la interferencia estatal¹¹⁰.

(1) Sistema CIADI

El Convenio de Washington o Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados es el tratado internacional por el que se creó el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversión (CIADI) un ente con personalidad jurídica internacional que forma parte del grupo del Banco Mundial¹¹¹. Entró en vigencia el 14 de octubre de 1966¹¹² y como tratado internacional es una fuente de derecho a la que le aplica el principio *pacta sunt servanda*¹¹³ por lo que tiene carácter vinculante para los 153 estados que lo han ratificado¹¹⁴.

¹⁰⁸ Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 93

¹⁰⁹ Dyalá Jiménez Figueres, «La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales.» <http://www.djarbitraje.com>. (2005), 13. url: http://djarbitraje.com/pdf/578La%20madurez%20del%20arbitraje%20comercial%20internacional%20_legis.pdf

¹¹⁰ Bernardini, párrafo 7.

¹¹¹ Pedro Claros Alegría, Pedro. «El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).» *Spain Arbitration Review (Club Español del Arbitraje)* nº 1 (2008): 1.

¹¹² Mauricio París Cruz y Natalí Sequeira Navarro. «El arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de disputas de inversión en Costa Rica.» *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, nº 1 (enero 2014): 33.

¹¹³ Shaw, 67.

¹¹⁴ "LIST OF CONTRACTING STATES AND OTHER SIGNATORIES OF THE CONVENTION" (as of April 12, 2016), ICSID, accesado el 9/6/2016 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

Este sistema se rige por las disposiciones del Convenio de Washington y las reglas de arbitraje de CIADI¹¹⁵, además, los pronunciamientos de los Tribunales suelen hacer gran referencia a los casos previamente resueltos con lo cual se genera una suerte de *jurisprudencia arbitral*¹¹⁶.

Para acceder al sistema CIADI tanto el país del que el inversionista (persona física o jurídica) es nacional como el estado anfitrión de la inversión deben ser miembros de la convención por medio de la ratificación del Tratado.

El sistema CIADI es el más importante en materia de arbitraje de inversión¹¹⁷, es un sistema institucional, deslocalizado y concebido como libre de injerencia de los aparatos judiciales de los estados que integran el sistema. Es decir, completamente separado de la intervención procesal de las cortes domésticas¹¹⁸ y en la cual los métodos, las fuentes y el valor jurídico del laudo se desmarcan de las cortes locales de los Estados¹¹⁹.

La deslocalización del sistema CIADI se colige principalmente de la inmunidad que tienen la convención, el reglamento y los laudos emitidos con respecto a la jurisdicción nacional.

¹¹⁵ Moldeado de forma similar al arbitraje comercial internacional, según expresa Gary Born. Gary Born, «A new generation of international adjudication.» *Duke Law Journal* (Duke Law) Vol. 61, n° 4 (2012): 834.

¹¹⁶Diego P. Fernández-Arroyo, «Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral.» en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013), 236.

¹¹⁷ Diego P., Fernández-Arroyo, y Pilar Perales Viscasillas. «Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva.» *Revista de Derecho Comparado: Arbitraje Comercial Novedades Legislativas* (Ribinzal-Culzoni Editores), n° 20 (2012): 63.

¹¹⁸ Sea el de la sede del arbitraje o el de su lugar de ejecución. Al propio ver la excelente síntesis del profesor Gaillard en Gaillard, *Aspectos filosóficos*,. 69-101.

¹¹⁹ Con la salvedad del derecho sustantivo aplicable a la controversia de acuerdo, tal y como se menciona en las líneas venideras.

Con respecto al primer punto el artículo 44 del Convenio de Washington es claro en establecer que las reglas procedimentales -salvo acuerdo en contrario- del arbitraje son las de su artículo 44 y el reglamento respectivo del CIADI, con lo cual excluye cualquier injerencia que pueda tener la legislación nacional.

En segundo lugar, con respecto a la forma de ejecutar las decisiones finales bajo los mismos parámetros de las sentencias nacionales, los artículos 53 y 54 del Convenio de Washington eximen a los laudos con condenas pecuniarias de requisitos extra convencionales y los equiparan a una sentencia final emitida por el estado donde se va a ejecutar, este carácter de sentencia *nacional final* la exime de cualquier requisito de reconocimiento -como los reconocidos según la Convención de Nueva York o bien las leyes de arbitraje internacional- o revisión por parte de los tribunales nacionales.

En tercer plano, veta cualquier intervención de los tribunales nacionales en la revisión ante hechos nuevos (artículo 51 del Convenio de Washington) o declaratoria de invalidez del laudo, al propio el artículo 52 del Convenio de Washington establece que la revisión de la validez del laudo es realizada por un comité ad hoc del propio CIADI.

Por último, la interpretación del artículo 42.1 del Convenio de Washington hecha por algunos tribunales ha demostrado que inclusive a la hora de decidir el régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia se siguen las disposiciones del derecho internacional público¹²⁰ pues se privilegian las

¹²⁰ Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

reglas del derecho internacional sobre las normas de derecho nacional, al respecto señala el laudo final del caso Santa Elena c. Costa Rica:

To the extent that there may be any inconsistency between the two bodies of law, the rules of public international law must prevail. Were this not so in relation to takings of property, the protection of international law would be denied to the foreign investor and the purpose of the ICSID Convention would, in this respect, be frustrated¹²¹.

Todas estas prerrogativas son una clara cesión de soberanía estatal¹²² que fue aceptada de forma deliberada por los estados¹²³ signatarios a través de la ratificación del Convenio de Washington; por lo que el contenido de este tratado constituye una obligación de conformidad con el derecho internacional público.

Se puede hablar de un ordenamiento jurídico autónomo o especializado¹²⁴, por la capacidad de identificar un objeto, un método y unas fuentes propias del derecho internacional de inversiones en lo sustantivo, la cual sumado a su autonomía normativa, pedagógica y académica le da cierta independencia como rama del derecho internacional público.

¹²¹ Ver Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra la República de Costa Rica, caso CIADI no. ARB/96/1, laudo final, 17 de febrero de 1996. Párrafos 64-66.

¹²² Solís Zelaya, 169.

¹²³ Gaillard, Emmanuel. *Aspectos filosóficos*, 93.

¹²⁴ Bien señalaba Carrozza, al referirse a la especialidad del derecho agrario, que ninguna rama jurídica posee autonomía absoluta puesto que ninguna, por especial que sea, se basta a sí misma. Antonio Carrozza & Ricardo Zeledón, *Teoría general e institutos de derecho agrario* (San José: Investigaciones Jurídicas, 2013), 123.

Este ordenamiento especializado utiliza como instrumento procesal al arbitraje, el cual posee características muy específicas que lo diferencian de otros y que en el caso del CIADI tiene un centro que administra exclusivamente este tipo de arbitrajes, un reglamento procedimental especializado y un panel de árbitros elegibles propio.

Téngase en consideración que la categorización esbozada aquí proviene del arbitraje comercial internacional, vía procesal que sigue siendo utilizada en los casos de arbitraje de inversión ad hoc e institucional SCC e ICC, y que para algunas voces altamente autorizadas (Gaillard y Fernández-Arroyo) la representación deslocalizada debe ser -y está siendo- la aceptada por la comunidad jurídica internacional¹²⁵.

Sin perjuicio de lo dicho, es necesario recalcar que lo que realmente hace que el sistema CIADI sea un sistema deslocalizado en la práctica es su capacidad de haber mantenido fuera del escenario a los tribunales nacionales utilizando como medio un tratado internacional ratificado en más de 150 países, esto lo diferencia profundamente de los arbitrajes ad hoc e institucionales que se identifican más con el abordaje multi-localizado.

Es importante dejar una premisa clara: el tipo de arbitraje que se siga no varía la naturaleza del proceso como un arbitraje mixto¹²⁶ ni su pertenencia al derecho internacional público. La representación externada en los instrumentos del sistema (localizado o deslocalizado) tiene consecuencias prácticas con respecto al mecanismo de ejecución y la injerencia de los tribunales nacionales.

¹²⁵ Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 86.

¹²⁶ Entre un Estado y un particular. González De Cossío, *Arbitraje de inversión*, 57.

b) Tutela cautelar en el arbitraje CIADI

i) El artículo 47 del Convenio de Washington de 1966

La base del sistema CIADI es la convención de Washington por lo que el artículo 47 de dicho tratado es el fundamento de la tutela cautelar en los casos que se resuelven bajo un arbitraje de este tipo.

La redacción del artículo se encuentra directamente inspirada por el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹²⁷. De acuerdo con Schreuer la preparación del artículo 47 demostró desacuerdos claros entre quienes querían dotar de poder cautelar amplio a los tribunales y quienes disientían de esta opción. En palabras del mencionado autor la versión final es salomónica, es el resultado del acuerdo entre ambas posturas¹²⁸. La redacción del artículo 47 de la Convención indica:

“Artículo 47. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.”

Siguiendo ese régimen general que establece el Convenio a través de la redacción de este artículo debe destacarse la capacidad de disponer voluntariamente del poder cautelar del tribunal sea por medio de una

¹²⁷ Pey Casado c. Chile, párrafo 2. *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre la solicitud del solicitante para medidas provisionales, 3 de marzo 2010, párrafo 39.

¹²⁸ Schreuer, *ICSID Convention*, 759.

proscripción total¹²⁹ o bien parcialmente mediante la estipulación de limitaciones al ejercicio, requisitos especiales o sanciones por incumplimiento de las medidas¹³⁰. Es manifiesto que la posibilidad de emplear la técnica anticipatoria se presume como aceptada salvo acuerdo en contrario.

La redacción del artículo es clara en establecer un régimen cautelar que se encuentra supeditado a la existencia de circunstancias que exijan su adopción y a la fundamentación de la necesidad de las medidas adoptadas. Es claro que un poder tan grande requiere de criterios bien marcados en torno a las condiciones para decretarlo. Estos criterios son desarrollados por medio del reglamento de arbitraje CIADI en su regla número 39.

Por otro lado, debe resaltarse que hay dos puntos de la redacción del artículo que no se siguen conforme a la literalidad de sus palabras: el verbo recomendar y la referencia a los derechos de las partes.

En lo referente a la *recomendación* de las medidas cautelares la discusión se ciñe en la obligatoriedad de acatamiento de las medidas y con esto los mecanismos de ejecución forzosa así como las consecuencias que acarrea la inobservancia. La jurisprudencia arbitral ha sido clara en interpretar que la palabra *recomendar* es sinónimo de *ordenar*¹³¹, por lo que las partes se encuentran en la obligación de acatar el contenido de la resolución provisional que emite el Tribunal (este tema se ahonda en el título II).

¹²⁹ Con la cual no comulga esta tesis por las razones esbozadas en el primer capítulo.

¹³⁰ Schreuer, *ICSID Convention*, 761.

¹³¹ Emilio Agustín Mafezinni contra el Reino de España. Caso CIADI No. ARB/97/7, orden procesal número 2, 28 de octubre de 1999, párrafo 9.

Por su parte la referencia a los derechos de las partes va más allá de las pretensiones aducidas por los litigantes pues engloba derechos procesales¹³² y la protección de la exclusividad de jurisdicción del Tribunal¹³³.

Fuera de las precisiones hechas el artículo, aunque breve, es elocuente y se desarrolla de forma bastante más amplia en el artículo 39 de las reglas de arbitraje del CIADI.

- ii) El artículo 39 del Reglamento de Arbitraje y sus adiciones de 1984 y 2006

El artículo 44 del Convenio de Washington establece que las reglas del proceso arbitral son las establecidas en el tratado mismo y, salvo exclusión expresa de las partes, las reglas de arbitraje del CIADI vigentes al momento de rendir consentimiento al arbitraje. Es por ello que el artículo 47 de la Convención se desarrolla a través de la letra de la regla 39 sobre arbitraje, la cual ha tenido tres versiones a lo largo del tiempo pues recibió adiciones en 1984 y 2006¹³⁴.

Este reglamento es redactado por el Consejo Administrativo del Centro¹³⁵ de conformidad con la propia Convención CIADI que lo establece en su artículo 6. Como es esperable, el Reglamento profundiza mucho más que la convención. La versión actual de la Regla indica:

¹³² Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra la República Unida de Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, orden procesal No. 3, 29 de setiembre 2006, 71.

¹³³ Tokios Tokelés contra Ucrania, caso CIADI No. ARB/02/18, orden no. 1 sobre medidas provisionales, 11 de julio de 2003, párrafo 3.

¹³⁴ Kafmann-Kohler, 509.

¹³⁵ El consejo es integrado por un representante de cada Estado contratante. Es presidido por el presidente del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) quien sin embargo carece de voto. Esto lo establece el Convenio de Washington en sus artículos 4 y 5.

Regla 39

Medidas provisionales

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

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.

(6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento,

soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

De esta regla es pertinente señalar sus características principales:

Límites temporales. Lo primero a resaltar es la referencia al momento de solicitar la tutela cautelar que para efectos del artículo es cualquier momento posterior a la iniciación del arbitraje. Esto establece dos cosas (1) no limita temporalmente la solicitud del remedio cautelar a una etapa procesal específica y (2) supedita la medida al inicio del procedimiento, es decir no prevé una acción *ante causam* o pre-arbitral.

En torno al primer punto la amplitud temporal es justificada por lo dicho en el capítulo primero: la tutela cautelar responde a una necesidad procesal, la cual depende de las circunstancias determinadas de cada proceso.

En cuanto al segundo efecto se puede tornar compleja la discusión pues atendiendo a las razones de urgencia y necesidad¹³⁶ indicadas supra nada garantiza que las partes no requieran del auxilio cautelar de previo a la iniciación del arbitraje¹³⁷. Esta necesidad no pasa desapercibida por la técnica procesal, a raíz de la posibilidad de que la tutela cautelar se necesite antes de que inicie el procedimiento la legislación costarricense prevé las medidas cautelares *ante causam* concebidas por el Código Procesal Civil y detalladas con particular atino en el Código Procesal

¹³⁶ Estos criterios serán desarrollados más adelante en la investigación, sin embargo, son solo una categorización dogmática de la necesidad que resaltamos en el primer capítulo de esta tesis.

¹³⁷ El momento de iniciar el arbitraje es, de acuerdo con el artículo 36 de la Convención, cuando se registra la solicitud de arbitraje en la Secretaría del Centro.

Contencioso Administrativo¹³⁸. En la misma dirección diversas instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Cámara de Comercio Internacional y el Centro Internacional de Resolución de Disputas prevén el mecanismo del árbitro de emergencia¹³⁹.

El mecanismo que ha empleado el sistema CIADI para intentar satisfacer esta necesidad es la inclusión de los numerales 5¹⁴⁰ y 6 del artículo 39. El inciso 5 fue introducido en abril del 2006¹⁴¹ y si bien no constituye tutela pre arbitral, pues la resolución es finalmente tomada por el tribunal que conocerá el arbitraje, es una suerte de paliativo pues disminuye el tiempo que llevaría esperar a la constitución del tribunal para llevar adelante el procedimiento que exige escuchar a ambas partes.

Bajo este inciso se define que el secretario general se subroga la potestad de emplazar a las partes por lo que para cuando el Tribunal se haya constituido ya debe tener todos los elementos que le permitan resolver de forma célere el pedimento provisional, en otras palabras se adelanta el procedimiento aunque se reserva la resolución para la constitución del tribunal. Esta resolución provisional goza de prioridad debido al carácter urgente (*Periculum in mora*) propio de las medidas cautelares¹⁴² por lo tanto

¹³⁸ El Código Procesal Contencioso Administrativo ley n° 8508 del 28 de abril de 2006 desarrolla en su artículo 26 la posibilidad de solicitar tutela cautelar al Tribunal Contencioso Administrativo de previo a la presentación de la demanda; establece el órgano competente (juez tramitador), el plazo perentorio para presentar la acción principal (15 días hábiles desde la notificación del auto que acoge la medida) y la sanción por no cumplir con tal plazo (condena de daños y perjuicios).

¹³⁹ El Árbitro de Emergencia es tratado más adelante en este capítulo.

¹⁴⁰ Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión. Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Secretariat Working Paper may 12, 2005 (Washington: CIADI. 2005).

¹⁴¹ Kaufmann-Kohler, 509.

¹⁴² Schreuer, 769.

el tribunal una vez conformado debe atender con prontitud la solicitud y resolverla.

Por otrolado en 1984¹⁴³ a la regla se le incluyó el actual inciso 6 para referirse a la tutela cautelar judicial. Tal previsión autoriza la intervención de la “*autoridad judicial o de otra naturaleza*” para que ordene medidas cautelares siempre y cuando las partes lo hayan estipulado de tal forma, esto en cualquier momento, incluso antes, del procedimiento¹⁴⁴.

Esto es importante para efectos de evitar que se interprete que la normativa procesal ordinaria del arbitraje prohíbe *per sé* la intervención estatal en el dictado de cautelas o que se pretenda interpretar que la solicitud del remedio provisional a una corte nacional es por sí sola una aplicación material de la elección de vía o “*Fork in the road*”¹⁴⁵, es decir que se interpretase que la solicitud de tutela cautelar es una renuncia al arbitraje por parte de quien pide la cautela.

Preeminencia al impulso procesal de parte. La Regla 39 hace referencia a que las partes poseen la capacidad de solicitarle al Tribunal medidas cautelares para la protección de sus derechos¹⁴⁶. Por lo anterior en tesis de

¹⁴³ Kaufmann-Kohler, *Ibid.*

¹⁴⁴ El propio CIADI indica lo poco utilizado que es este recurso: “*Some investment treaties take advantage of this possibility and permit recourse to national courts for provisional measures. Such arrangements are, however, uncommon; parties seeking provisional measures must therefore normally await the constitution of the arbitral tribunal, even if the measures may be urgently required.*” Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión. Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, Secretariat Discussion Paper, October 22, 2004 (Washington: CIADI, 2004), 5.

¹⁴⁵ Al propio de esta figura se debe señalar que hay importantes tratados que establecen esta exclusión de vías tales como el DR-CAFTA. Franz Kundmüller Caminiti y Roger Rubio Guerrero, «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.» Lima Arbitration (Círculo Peruano de Arbitraje), n° 1 (2006): 90.

¹⁴⁶ El artículo habla de recomendación sin embargo como se indicó supra ya en el precedente Maffezini c. España quedó clara la equiparación hecha por los tribunales de los verbos recomendar con ordenar –más allá de la semántica–.

principio¹⁴⁷ esta previsión cubre a los litigantes y no así a las partes no contendientes conocidos como los *amici curiae* o coadyuvantes¹⁴⁸, quienes limitan su participación a la presentación de sus posiciones ante el Tribunal sin ejercer una pretensión propia¹⁴⁹.

La doctrina refiere la preminencia casi absoluta que tiene la iniciativa de las partes para el dictado de las medidas provisionales¹⁵⁰ sin perjuicio de dotar al tribunal de la facultad de emitir, modificar o revocar cautelas de forma oficiosa.

Ahora bien, es un principio ratificado por la jurisprudencia y la doctrina que la parte que pide la cautela tiene la carga de la prueba¹⁵¹ por lo que los Tribunales suelen rechazar las solicitudes cuya sustanciación no satisfaga los criterios de urgencia y necesidad¹⁵² en esta dirección pensar en una medida

¹⁴⁷ No obstante, si se adopta una tesis amplia en lo relativo a los derechos sujetos a protección cautelar y tomamos en consideración derechos procesales y la protección de exclusividad de la jurisdicción, nada impediría recibir una solicitud de tutela provisional por parte de un coadyuvante quien a fin de cuentas sí goza de un interés legítimo en que el proceso llegue a buen puerto.

¹⁴⁸ Esta precisión es importante en el tanto siguiendo a Medina-Casas la normativa procesal CIADI llama "partes" tanto al inversionista y al Estado como a los que intervengan en calidad de *amici curiae*.

Héctor Mauricio Medina-Casas, «Las partes en el arbitraje CIADI.», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, (2009): 219.

¹⁴⁹ Al propio Tomoko Ishikawa indica que "*the acceptance of amicus curiae submissions is a matter of discretion and the power of tribunals to accept such submissions is limited to procedural matters: in other words, third parties do not have any rights or privileges in the arbitral proceedings.*" Ishikawa, Tomoko. «NGO Participation in Investment Treaty Arbitration» En *Connected Accountabilities*, de Sivaram Vemuri (Oxford: Inter-Disciplinary Press, 2009), 109.

¹⁵⁰ Tanto Schreuer como Kaufmann-Kohler y Antonietti manifiestan que no existe precedente conocido de cautelares emitidas de oficio, lo que para las segundas constituiría una rareza. Schreuer, *ICSID Convention*, 762; Kaufmann-Kohler, 530.

¹⁵¹ PNG Sustainable Development Program Ltd. contra el Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea, caso CIADI No. ARB/13/33, decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 21 de enero de 2015, párrafo 108. Ver también: Schreuer, *ICSID Convention*, 776.

¹⁵² Por ejemplo el tribunal en Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. contra la República de Eslovaquia caso CIADI No. ARB/97/4, orden procesal No. 4, 11 de enero de 1999.

dictada de oficio –máxime tratándose de un proceso que privilegia la voluntad particular como ninguno otro- es difícil, sobre todo al recordar que existe una obligación para los árbitros de no realizar un prejuzgamiento de la controversia.

En este mismo sentido, el tribunal carece de la facultad de emitir resoluciones sin haber permitido a las partes emitir sus respectivas consideraciones¹⁵³ al punto de que omitir dicha audiencia sería un vicio grave de procedimiento que, de acuerdo con Schreuer, es un motivo para solicitar la anulación del laudo final en atención al 52.1.d de la Convención¹⁵⁴. Esta obligación es tan importante para el sistema que ni siquiera se puede pasar por alto amparado en motivos de urgencia¹⁵⁵.

Finalidad de la medida. La solicitud debe expresar de forma puntual cuáles son los derechos que se quieren proteger, cuáles son los alcances de la medida pretendida y justificar porque la medida puede salvaguardar el derecho invocado. Este es un requisito indispensable para que el Tribunal otorgue el remedio provisional.

En torno a los derechos invocados por la parte debe tenerse en consideración que estos han de ser derechos actuales, es decir, existentes al momento de la solicitud, por lo cual meras expectativas jurídicas –como derechos eventuales y futuros- no pueden ser objeto de protección provisional. Así se extrae de la interpretación que realiza el tribunal de *Maffezini c. España* en la que el Reino de España pretendía que se emitiera una medida provisional que obligara al demandante a depositar una

¹⁵³ Conocidas como medidas *ex parte*, *inaudita altera parte*, órdenes preliminares o medidas cautelares provisionalísimas.

¹⁵⁴ Schreuer, *ICSID Convention*, 763.

¹⁵⁵ Schreuer, *ICSID Convention*, 770.

garantía suficiente para cubrir las costas del proceso en caso de que se declare sin lugar la acción y se condene a costas¹⁵⁶. El Tribunal declaró la acción sin lugar al considerar que la petición se fundamenta en conjeturas y situaciones hipotéticas¹⁵⁷.

El tribunal de Occidental c. Ecuador confirmó la tesis mencionada en el párrafo anterior al indicar que el propósito de una medida provisional es la de garantizar la protección de derechos cuya existencia esté en peligro en ausencia de tal medida¹⁵⁸, por lo tanto, da por sentado que el derecho existe al momento de solicitar la cautelar.

Por otro lado, existe un amplio margen de derechos¹⁵⁹ cuya protección se puede solicitar por la vía provisional; pueden ser de carácter procesal como sustantivo, por lo cual derechos procesales como el debido proceso y otros generales como la garantía de conservación del *statu quo* así como el principio de derecho internacional de no agravación de la disputa pueden ser el fundamento de una cautela. Este criterio se encuentra bien establecido mediante su reiterada aplicación en diversas resoluciones en arbitrajes como Quiborax c. Bolivia¹⁶⁰, Burlington c. Ecuador¹⁶¹, Bewater Gauff

¹⁵⁶ Maffezini

¹⁵⁷ Maffezini, párrafos 13, 16, 20.

¹⁵⁸ Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador Caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, párrafo 60.

¹⁵⁹ Schreuer, *ICSID Convention*, 778-780.

¹⁶⁰ Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2, decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010, párrafo 117.

¹⁶¹ Burlington Resources Inc. y otros contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, resolución procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales, 29 de junio de 2009, párrafo 60.

c. Tanzania¹⁶² y *Convial Callao c. Perú*¹⁶³, no obstante estos derechos deben estar relacionados con el objeto de la controversia, utilizando la terminología de *Plama c. Bulgaria* y reiterada por *Quiborax c. Bolivia*: deben relacionarse con la posibilidad de que se considere y se emita, con justicia, una decisión sobre los reclamos y la reparación buscada por la parte que solicita las medidas y de que el laudo que se emita pueda ser efectivo y ejecutado¹⁶⁴.

Rechazo por falta de fundamentación. Los tribunales arbitrales son claros en exigir una adecuada fundamentación tanto fáctica -la cual reposa en la prueba- como jurídica sobre la urgencia y necesidad de la medida provisional para evitar la existencia de un daño inminente o irreparable. Conceptos que han sido desarrollados más adelante.

Esto, naturalmente, conlleva a exigirle al peticionario de la medida la prueba de las circunstancias que justifican la adopción de las cautelas¹⁶⁵ pues, como lo estableció el tribunal en el caso *Maffezini c. España*, las medidas cautelares son excepcionales por lo que no pueden ser dictadas a la ligera sino que deben ser objeto de un examen en el cual la carga de la prueba es de quien la solicita¹⁶⁶.

(1) El artículo 46 del mecanismo complementario del CIADI

Las medidas provisionales de protección se encuentran dentro del capítulo de actuaciones especiales del Tribunal, lo cual confirma el carácter extraordinario que indicábamos en el apartado anterior.

¹⁶² *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrafo 71.

¹⁶³ Al propio *Convial Callao S.A. y CCI- Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. contra República del Perú*. Caso CIADI No. ARB/10/2, decisión sobre solicitud de medida provisionales, 22 de febrero de 2011, párrafo 82.

¹⁶⁴ *Plama Consortium Limited contra la República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, orden, 6 de setiembre de 2005, párrafo 40 y *Quiborax, medidas* 118.

¹⁶⁵ Scheuer, *ICSID Convention*, 776.

¹⁶⁶ *Maffezini*, párrafo 10.

En términos generales las disposiciones de este artículo son muy similares a las del Convenio de Washington sin embargo tiene algunas particularidades:

- a) Excluye el mecanismo de petición previa a la constitución del tribunal arbitral, por lo que en principio se tendría que esperar a la constitución de este para poder comenzar con la presentación de la solicitud.
- b) No hace referencia a la necesidad de estipular en el convenio la facultad de solicitar tutela cautelar a órganos jurisdiccionales nacionales (como el 39.6 del Convenio de Washington) sino que se limita a manifestar que no se incumple con el acuerdo ni se afecta el poder del Tribunal por hacer la solicitud.
- c) Al ser un mecanismo que no fue concebido por el Convenio de Washington y que de hecho fue creado para conocer casos que están fuera de la competencia del CIADI¹⁶⁷, el reglamento expresamente prohíbe la aplicación del CW y en general cualquier fuente que provenga de la aplicación de este.
- d) La legislación sobre medidas cautelares en materia arbitral de la sede son una limitación directa del reglamento de conformidad con el artículo primero del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Esto es una consecuencia de depender de la sede del arbitraje propia de la concepción localizada de este.

(2) Case law: la referencia de precedentes arbitrales

(a) ¿Existe realmente una jurisprudencia arbitral?

Las decisiones arbitrales suelen contener consideraciones previas de otros tribunales sobre casos similares, esto lo justifican bajo el principio de la seguridad jurídica. Por ejemplo, el Tribunal del caso City Oriente C. Ecuador señaló que la coherencia de lo decidido contribuye con la consecución del

¹⁶⁷ Según lo que establece el artículo 25 del Convenio de Washington.

principio citado y de la previsibilidad del sistema¹⁶⁸. Esto es positivo para el desarrollo evolutivo del derecho¹⁶⁹.

A pesar de que se utilicen los criterios desarrollados por otros tribunales para fundamentar las nuevas decisiones, tanto la doctrina como las decisiones arbitrales son cuidadosos en delimitar los alcances de esta aplicación de precedentes, así como la imposibilidad de tener un sistema 100% coherente -máxime ante la limitación del control del laudo-. Por ello, a pesar del empleo del término jurisprudencia, se destaca la inexistencia de su carácter obligatorio¹⁷⁰, entendida como decisiones que externan un criterio jurídico que deba ser acatado por todos los demás tribunales arbitrales.

Al respecto decisiones sobre medidas cautelares como la citada City Oriente o Conviaf Callao¹⁷¹ detallan que la comparación de conclusiones¹⁷² con otros precedentes es conveniente pero que ante todo debe responder a un análisis particular, “juicioso y *detallado*” de las circunstancias del caso concreto. En otras palabras, pueden ser una guía para el razonamiento del Tribunal y un elemento que les permita arribar a una conclusión jurídica sobre los hechos, pero jamás puede tomarse como una solución escrita en piedra que exime al tribunal de plasmar sus consideraciones propias.

¹⁶⁸ City Oriente Limited contra la República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, decisión sobre medida provisionales, 19 de noviembre de 2007. Párrafo 87.

¹⁶⁹ Fernández Arroyo, *Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral*, 261.

¹⁷⁰ Karl-Heinz Böckstiegel, «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they today? The Lalive Lecture 2012. » *Arbitration International* (Oxford University Press), Vol. 28, Issue 4 (2012): 588.

¹⁷¹ Conviaf c. Perú, párrafo 79.

¹⁷² Dicha consideración -en consideración del autor- se queda corta pues los tribunales no solo revisan conclusiones, sino métodos para poder validar sus propias conclusiones. Por ejemplo, la resolución citada en su párrafo 80 hace referencia a los criterios que debe revisar el tribunal para dictar una cautelar y lo hace sobre la base desarrollada previamente por otros tribunales.

Por esto, toda referencia a otros precedentes debe estar incluida en un análisis autónomo y razonado del tribunal arbitral sobre el derecho aplicable y a la luz de las circunstancias.

(b) Requisitos de las medidas

La tutela cautelar es una poderosa herramienta para garantizar la tutela judicial efectiva para las partes, sin embargo, como todo ejercicio de un poder, debe estar justificado y encontrar límites que impidan su abuso. Bien señaló el Tribunal de *Maffezini* al indicar que las medidas provisionales nunca pueden ser otorgadas a la ligera¹⁷³.

Es por esto que para dictar medidas cautelares los tribunales exigen el cumplimiento de una serie de estándares que justifiquen el empleo de este instrumento procesal excepcional. A continuación, citamos los requisitos identificados por la jurisprudencia, sin los cuales se suele rechazar la petición:

i) Jurisdicción prima facie

Todo ejercicio tutela debe ir precedido de la capacidad del tribunal de otorgarla, sin embargo, en materia de medidas cautelares este tema adquiere matices diferentes en virtud de la especialidad de la tutela cautelar -como fue expuesto en el capítulo anterior-.

Es claro que la tutela cautelar requiere de una atención prioritaria puesto que su dilación podría terminar por frustrarla efectividad del mismo proceso. Es por esto que en atención del principio general *quando est periculum in mora incompetencia non attenditur*¹⁷⁴ se suavizan los requisitos de

¹⁷³ Maffezini, párrafo 10.

¹⁷⁴ Bosco Lee, 131.

determinación de la competencia del tribunal y solo se exige un análisis *prima facie* o preliminar para su dictado¹⁷⁵.

Siguiendo esta línea, el que esté pendiente la resolución sobre la competencia del tribunal no solo no obsta para que se dicte una medida cautelar¹⁷⁶ sino que además no requiere que se exija el cumplimiento de un estándar más estricto sobre la jurisdicción¹⁷⁷. Además, el que una parte considere que el tribunal carece de competencia no le impide -ni formal ni materialmente- acudir a solicitar la protección cautelar de este¹⁷⁸.

En cuanto al contenido de este requisito, ante la ausencia de normativa que lo defina, los tribunales arbitrales han ido evolucionando y dándole contenido al examen de jurisdicción. Los tribunales se han apoyado en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia para mantener que no es un examen final que deba satisfacer al tribunal sobre la declaración de su competencia¹⁷⁹, por esta razón no agota el tema que debe ser definido en el *momento procesal oportuno*¹⁸⁰.

Partiendo de los criterios de los tribunales de *Pey Casado* y *Perenco* el análisis *prima facie* debe ir más allá del que hace la secretaría del Centro al registrar del arbitraje¹⁸¹, según el Convenio en su regla 36.3, sino que debe ser un

¹⁷⁵ *Pey Casado*, párrafos. 1-12.

¹⁷⁶ Al propio Schreuer menciona los precedentes *Holiday Inns c. Marruecos*, *Vacuum Salt C. Ghana*, *CSOB C. Eslovaquia*, entre otros, Schreuer, *ICSID Convention*, 773.

¹⁷⁷ *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devinci Salah Hourani contra la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/13/13, Decisión sobre medidas provisionales, 4 diciembre 2014, párrafo 108.

¹⁷⁸ Schreuer señala el caso *Pey Casado*. Schreuer, *ICSID Convention*, 773.

¹⁷⁹ Kaufmann-Kohler, 530-531.

¹⁸⁰ Eufemismo para: cuando el tribunal quiera considere que deba hacerlo.

¹⁸¹ *Pey Casado*, párrafo 11 y *Perenco Ecuador LTD. Contra República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, decisión sobre medida provisionales, 8 de mayo de 2009, párrafo 39.

razonamiento propio del tribunal arbitral sobre la existencia de méritos suficientes como para considerar que *eventualmente* es un reclamo que puede ser conocido por este.

De hecho, en PNG Sustainable Development Ltd. C. Papúa Nueva Guinea, se define como un umbral más alto -aunque provisional- que para ser traspasado requiere de la presentación de un caso creíble¹⁸². Este abordaje se asemeja al que se realiza en el arbitraje comercial internacional¹⁸³ y al que hace el derecho procesal iberoamericano al requerir como presupuesto de la tutela cautelar la apariencia de buen derecho¹⁸⁴, la cual en palabras de Jinesta, es un juicio hipotético de verosimilitud sobre la posición de quien pretende la medida cautelar¹⁸⁵ con la particularidad de que la referida postura arbitral extiende el objeto de la valoración *prima facie* a la fuerza de las posturas de ambas partes¹⁸⁶.

Ahora bien, es de alta importancia que el tribunal realice un análisis indiciario, no muy exhaustivo que pueda dilatar excesivamente la tutela o que prejuzgue el fondo de la disputa, por lo que debe limitarse a confirmar que no existen evidentes obstáculos para que el tribunal conozca y resuelva

¹⁸² PNG, párrafos 120-123.

¹⁸³ Kaufmann, 533.

¹⁸⁴ O Fomus Boni Iuris que según Jake Rylatt debería ser aplicado en los casos de la Corte Internacional de Justicia, al respecto: Jake Rylatt, «Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency. », Leeds Journal of Law & Criminology (University of Leeds School of Law), Vol. 1, no 1, (2013): 66.

¹⁸⁵ Ernesto Jinesta Lobo «Capítulo VII. Medidas cautelares.» en *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, de Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta, Aldo Milano & Óscar González, (San José: Poder Judicial, 2006), 173.

¹⁸⁶ Los árbitros Gary Born, Michael Pryles y Duncan Kerr manifiestan: “*Although a tribunal should engage in a consideration of the prima facie strength of the parties’ respective claims, counter-claims and defenses, that analysis should not pre-judge the merits of the case (as explained below239).*” PNG c. Papúa Nueva Guinea, párrafo 120.

el conflicto o bien que la pretensión de fondo sea manifiestamente inviable¹⁸⁷.

ii) Existencia y tipos de derechos susceptibles de protección

El artículo 47 de la convención justifica el uso de la técnica anticipatoria en la necesidad de salvaguardar los derechos de las partes. Esto es reiterado en las reglas de arbitraje que exigen que se expliciten los derechos a tutelar en la solicitud de medida provisional. Ninguno de los dos instrumentos determina los derechos que se pueden proteger por medios provisionales, sino que opta por un sistema amplio y de tutela no taxativa, estos derechos serán ampliados en el siguiente capítulo.

Bajo esa línea se concluye que los derechos invocados -de forma fundamentada y específica- pueden ser relativos al fondo de la controversia o eminentemente procesales, directamente relacionados con el objeto del proceso¹⁸⁸, dependiendo de las circunstancias del caso particular¹⁸⁹.

Derechos como el de mantenimiento del status quo, la efectividad del laudo, la preservación y producción de prueba, confidencialidad del procedimiento, exclusividad de la jurisdicción, así como protección de los derechos en litigio son algunos de los que han sido identificados en los diversos arbitrajes¹⁹⁰.

Desde la óptica del tribunal de *Maffezini* estos derechos a proteger deben ser existentes y no hipotéticos¹⁹¹, lo cual los tribunales de *Pey Casado* y

¹⁸⁷ PNG párrafo 120, véase también Kaufmann, 531.

¹⁸⁸ Plama, párrafo 40.

¹⁸⁹ Las cuales definirán también el tipo de las medidas que van a protegerlos.

¹⁹⁰ Schreuer, *the ICSID Convention*, 779.

¹⁹¹ Maffezini, párrafo 13.

Occidental se encargaron de desarrollar y comulgar con la imposibilidad de prejuzgar el fondo de la controversia, al propio establecieron que no se puede exigir prueba de los derechos invocados¹⁹² y que el tribunal se debe conformar con la existencia teórica de un derecho o interés jurídicamente protegido del cual el peticionario sea titular -al menos de forma potencial-¹⁹³. Esto se asimila a lo indicado en el aparte precedente que la doctrina procesal conoce como *fomus boni iuris*, o apariencia de buen derecho.

Además, la tutela cautelar no debe constituir una mejora en la situación del peticionario, sino mantener la situación que existe al momento de iniciar la controversia, de esta forma se han manifestado tribunales como el de *Phoenix*¹⁹⁴. De esta forma se deja claro que la finalidad de la técnica anticipatoria es la protección del proceso definitivo lo que reafirma su carácter instrumental.

Para que las medidas sean procedentes la protección de estos derechos debe ir acompañada de circunstancias de urgencia y necesidad, las cuales se detallan a continuación.

iii) Urgencia

De acuerdo con lo que se expuso en el capítulo anterior, el criterio de urgencia es el presupuesto natural de las medidas cautelares, a fin de cuentas, de no ser por esta no existiría razón para justificar la aplicación de la técnica anticipatoria.

¹⁹² Pey Casado, párrafos 46 y 49.

¹⁹³ Occidental, párrafo 65.

¹⁹⁴ Phoenix Action, LTD. Contra la República Checa, caso CIADI No. ARB/06/5, orden, 6 de abril de 2007. párrafo 35.

Según Schreuer, la urgencia se da cuando se debe tutelar una cuestión que no puede esperar al laudo definitivo¹⁹⁵ definición que es acuerpada por los tribunales de los casos *Biwater Gauff*¹⁹⁶, *Quiborax*¹⁹⁷, *Convial Callao*¹⁹⁸ y más recientemente *PNG*¹⁹⁹ y *Teinver*²⁰⁰, el penúltimo hace hincapié en la inherencia de la urgencia a la técnica anticipatoria.

Por su parte tribunales como los de *Occidental*²⁰¹ y *Phoenix*²⁰² han definido como un criterio bien establecido, y aplicable para el arbitraje bajo el Convenio, aquel emanado de la CIJ en el caso concerniente al paso por el *Great Belt*²⁰³, criterio que define la urgencia como la probabilidad de que antes de la emisión del laudo definitivo se vayan a tomar acciones perjudiciales para las partes.

Independientemente del fundamento que se siga, y tal como lo confirma el tribunal de *Burlington*²⁰⁴ ambos criterios concurren en que la medida cautelar exige una premura tal que su dictado no puede esperarse hasta la decisión definitiva; por ello el examen de urgencia debe realizarse de forma particular, atendiendo a las circunstancias particulares del caso y el tipo de protección solicitada²⁰⁵ pues los supuestos de tutela cautelar son realmente amplios.

¹⁹⁵ Schreuer, *the ICSID Convention*, 775.

¹⁹⁶ *Biwater*, párrafo 76.

¹⁹⁷ *Quiborax*, párrafo 150.

¹⁹⁸ *Convial*, párrafo 116.

¹⁹⁹ *PNG*, párrafo 115.

²⁰⁰ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre medidas provisionales, 8 de abril de 2016, párrafo 233.

²⁰¹ *Occidental*, párrafo 59.

²⁰² *Phoenix*, párrafo 33.

²⁰³ *Occidental*, párrafo 59 y nota al pie 6.

²⁰⁴ *Burlington*, párrafo 73.

²⁰⁵ *Biwater*, párrafo 536.

Por su parte, sendos tribunales han concluido que existen cuestiones que por su naturaleza llevan implícito el carácter urgente, en este sentido debe resaltarse lo manifestado por los árbitros de los casos *Burlington*, *City Oriente* y *Quiborax*, quienes resaltan la urgencia inherente de los casos en que las medidas se soliciten para proteger contra la agravación de la controversia²⁰⁶, la exclusividad de jurisdicción²⁰⁷ y la integridad del procedimiento arbitral²⁰⁸. Este último criterio ha sido reproducido por los tribunales de *Hydro*²⁰⁹ y *Valle Verde*²¹⁰ en resoluciones de reciente emisión.

iv) Necesidad para evitar daño irreparable

El otro presupuesto que justifica la aplicación de la técnica anticipatoria es el de la necesidad, las medidas provisionales tienen una finalidad, deben estar dirigidas a un *para qué*: evitar un daño irreparable²¹¹.

Tradicionalmente, para los tribunales en arbitrajes CIADI el concepto de daño irreparable está ampliamente ligado a la posibilidad de indemnizar económicamente el menoscabo, es decir, de transformarlo en una obligación pecuniaria.

²⁰⁶ Burlington, párrafo 74.

²⁰⁷ City Oriente, párrafo 69.

²⁰⁸ Quiborax, párrafo 153.

²⁰⁹ Hydro S.r.L y Otros contra la República de Albania. Caso CIADI No. ARB/15/28, orden sobre medidas provisionales, 3 de marzo de 2016. 3.27.

²¹⁰ Valle Verde Sociedad Financiera S.L. contra República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI no. ARB/12/18, decisión sobre las medidas provisionales, 25 de enero de 2016, nota al pie número 39.

²¹¹ Referencia al Caso relativo a la plataforma continental del mar Egeo (Medidas provisionales de Protección). Providencia de 11 de setiembre de 1976. en). Occidental, nota al pie 5.

Tribunales como los de *Plama*, *Occidental* y *Met aklad* son un ejemplo claro de la conceptualización rígida sobre el daño irreparable como aquel que no puede ser indemnizado²¹².

A pesar de lo dicho, tribunales como *City Oriente*, *Burlington* y *Cemex*²¹³ profundizaron en el tema y suavizaron el criterio al adoptar la conceptualización de la ley modelo de UNICITRAL que considera como irreparable aquel daño que no es adecuadamente resarcible por medio de una compensación económica.

De hecho, recientemente el tribunal de PNG definió el daño irreparable a un riesgo material de daño grave o serio²¹⁴, por lo que la medida será necesaria cuando se demuestre que existe una amenaza suficiente de que se materializará un daño grave o serio, sin recurrir al criterio compensabilidad económica.

La evolución del concepto parece responder a la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva, derecho mencionado en *City Oriente*²¹⁵ y reproducido por PNG²¹⁶, el cual también tiene total vigencia en el derecho interno costarricense²¹⁷.

²¹² Kauffman, 540.

²¹³ Cemex, párrafo 55.

²¹⁴ PNG, párrafo 109.

²¹⁵ City Oriente, párrafo 52.

²¹⁶ PNG, párrafo 114.

²¹⁷ "No existe justicia administrativa pronta y cumplida cuando el mismo sistema permite la convertibilidad de las pretensiones en meras expectativas indemnizatorias, que llevan a dar un valor económico equivalente al bien jurídico que se buscaba tutelar, lo que sin duda, no supone una satisfacción plena de los derechos de los justiciables, cuando en sentencia se declare que les acudía la razón. El justiciable busca que el bien jurídico por el cual busca tutela judicial, permanezca íntegro y no que se transforme, por las dilaciones o tardanzas del proceso, en una indemnización. La reparabilidad del bien no se satisface, en todos los casos por un reintegro monetario." Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sección VI. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia 1765 de las 07:35 del 13/05/2010.

Es importante señalar que el daño debe ser actual o inminente por lo cual daños potenciales o hipotéticos no son susceptibles de protección cautelar²¹⁸, tesis que fue seguida por tribunales como *Phoenix*, que desestimó la solicitud del inversionista para acceder a información secreta del gobierno checo al considerarla vaga e inespecífica²¹⁹, y el de *Railroad* al considerar que el peticionario no demostró la inminente posibilidad de que se destruyeran elementos de prueba documental por parte del gobierno de Guatemala²²⁰.

Precisamente por lo dicho, atendiendo a un criterio teleológico, y bajo el respaldo de la práctica reciente del derecho internacional²²¹ y del derecho comercial internacional²²², debe considerarse que el umbral de necesidad se cumple cuando se demuestre un peligro actual e inminente -no eventual ni hipotético- de que habrá un daño que no puede ser adecuadamente reparado por medio de una condena económica.

Los mecanismos de autocontención que debe aplicar el tribunal son el juicio de *proporcionalidad* de la medida cautelar, esto consiste en balancear los efectos de la medida para ambas partes²²³, esto en el tanto no es atendible que por proteger los derechos de una parte se genere una lesión a los de su contrincante.

²¹⁸ Occidental, párrafo 61.

²¹⁹ Phoenix, párrafo 43.

²²⁰ Railroad Development Corporation contra la República de Guatemala, caso CIADI No. ARB/07/23, decisión sobre medidas provisionales, 15 de octubre de 2008, párrafo 35.

²²¹ Kauffman, 539.

²²² Kauffman, 541.

²²³ Kauffman, 539.

Este *equilibrio* debe ser parte del análisis previo a dictar la medida²²⁴, por ejemplo en el caso de *Hydro C. Albania* los árbitros se enfrentaban a la solicitud del inversionista de que se ordenara al Estado a tomar las acciones necesarias para suspender un procedimiento penal seguido en contra de dos inversionistas, así como un procedimiento de extradición que se lleva a cabo en un tercer país. El tribunal, después de evaluar la posición de las partes consideró que el daño que se podría causar a los inversionistas con los procesos penal y de extradición (limitar o coartar su participación en el procedimiento arbitral) sería más dañoso que el que se le causa al Estado con el dictado de la orden provisional (retrasar el ejercicio de la acción penal)²²⁵. Por esta razón consideró que el balance favorecía la concesión de la medida.

Por su parte el tribunal de *Railroad* consideró que el estándar que debe aplicarse a las medidas cautelares es uno de sensatez o razonabilidad²²⁶ que considere las circunstancias específicas, los derechos que deben ser protegidos y la susceptibilidad de estos a sufrir de un daño irreparable.

En el mismo sentido que con la urgencia, algunos tribunales como los de *Plama*, *Quiborax* e *Hydro* consideran que la exclusividad²²⁷ e integridad del procedimiento arbitral²²⁸ y los derechos de las partes a participar de este constituyen *per se* mérito suficiente para cumplir con el criterio de

²²⁴ Saipem S.p.A contra la República Popular de Bangladesh, ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, 21 marzo 2007, párrafo 175

²²⁵ Hydro, párrafo 3.41.

²²⁶ "The standard to be applied is one of reasonableness, after consideration of all the circumstances of the request and after taking into account the rights to be protected and their susceptibility to irreversible damage should the tribunal fail to issue a recommendation." Railroad, párrafo 34.

²²⁷ Plama, párrafo 38.

²²⁸ Quiborax, párrafo 157.

necesidad²²⁹. Bajo esta óptica se concluye que, en la práctica de los tribunales CIADI, la limitación de acciones que puedan frustrar el procedimiento arbitral son considerados como medidas urgentes y necesarias. Posición que comparte esta investigación puesto que cualquier intento de frustrar el procedimiento debe ser combatido por medios legítimos.

(c) Medidas de emergencia y órdenes preliminares

Los sistemas localizados suelen tener una amplitud mayor en el dictado de medidas cautelares²³⁰ debido a la mayor amplitud de las normas que regulan su adopción.

Irónicamente el sistema CIADI carece de algunas herramientas más avanzadas que varios sistemas localizados si poseen, en particular las órdenes preliminares -ex parte- y el uso de árbitros de emergencia.

En el caso de las medidas *ex parte*, es decir sin audiencia previa a las partes, la prohibición es expresa en la letra del reglamento de arbitraje del centro que en el numeral 4 del artículo 39 establece que el tribunal sólo podrá dictar, revocar o modificar medidas después de haber dado oportunidad a las partes para realizar sus observaciones.

Esta limitación contrasta con la tendencia seguida por la Ley Modelo de UNICITRAL versión 2006, sobre la que se funda la Ley sobre Arbitraje

²²⁹ Hydro, párrafo 3.36.

²³⁰ Por ejemplo las decisiones bajo reglas UNCITRAL tienden a dar mayor discreción al tribunal pues refieren a cualquier medida que se considere necesaria con respecto al objeto del proceso mientras el convenio CIADI limita a medidas de protección de derechos. Al respecto: Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra el Gobierno de Mongolia, arbitraje ad Hoc bajo reglas UNCITRAL PCA 2009-23, orden de medidas cautelares, 2 de setiembre de 2008, párrafo 36.

Comercial Internacional costarricense²³¹, que dotó a los árbitros de la posibilidad -salvo renuncia de las partes- de dictar órdenes provisionales, es decir con fecha de caducidad determinada, en los casos en que las circunstancias demanden un efecto sorpresa ante la posibilidad de que se frustre la medida solicitada.

A pesar de esto en casos como *City Oriente* y *Perenco*, ambos arbitrajes CIADI, se emitieron órdenes preliminares en detrimento de potestades públicas como la jurisdiccional²³². Estos casos claramente son ejemplos de la extralimitación de un tribunal allende el consentimiento de las partes, piedra angular del arbitraje.

Por su parte el arbitraje de emergencia es un mecanismo que actualmente utilizan instituciones como la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)²³³, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR) que consiste en la disposición de un mecanismo para solicitar medidas cautelares previas al comienzo del arbitraje.

El arbitraje, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, carece de un cuerpo fijo de árbitros (no hay un juez natural preexistente a la disputa) sino que una vez hecho el requerimiento arbitral debe procederse a nombrar a los

²³¹ Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 8937: «Ley de Arbitraje Comercial Internacional».

²³² Kauffman, 537.

²³³ En el caso *JXX Oil & Gas c. Ucrania*, arbitraje de inversión administrado por la SCC, el árbitro de emergencia emitió un laudo cautelar de emergencia en el que se ordenó al gobierno ucraniano a abstenerse de incrementar el porcentaje de cobro por concepto de regalías a una de las subsidiarias del inversionista. Al respecto *Perepelynska, Olena*, «Enforceability of Emergency Arbitrator Awards in Ukraine», *CIS Arbitration Forum* (2015), url: <http://www.cisarbitration.com/2015/12/07/enforceability-of-emergency-arbitrator-awards-in-ukraine/>

árbitros, lo que conlleva tiempo. Para mitigar los efectos que el transcurso de ese lapso pueda acarrear sobre los derechos de las partes las referidas instituciones idearon un procedimiento en el que se le pide a un árbitro únicamente que conozca y resuelva la solicitud de tutela cautelar; a pesar de su utilidad y eficiencia dicha previsión no ha sido instaurada en el sistema CIADI por lo que no puede ser utilizada.

Tanto el arbitraje de emergencia como la emisión de órdenes preliminares son herramientas útiles que han sido desarrolladas por el derecho para responder a necesidades reales. Bajo esta tesitura es justo considerarlas como alternativas para ser adoptadas por el sistema CIADI, sin embargo hasta entonces y partiendo de la ideología sobre la que se basa el arbitraje, es claro que el uso de estas alternativas sin el respectivo consentimiento de las partes constituye un ejercicio abusivo por parte del tribunal.

iii) Las disposiciones procesales contenidas en los tratados bilaterales Existen más de 2500 tratados de protección de inversión vigentes en el mundo²³⁴, cada uno de ellos ha sido redactado de conformidad con el consentimiento de las partes. Cada uno de estos tratados consiste en un compromiso de los estados y por lo tanto los obliga a honrar aquellas acciones que hayan estipulado sean sustantivas o bien procesales.

En el caso costarricense existen 19 tratados de protección de inversiones (tanto bilaterales como TLC)²³⁵ que incluyen previsiones relativas a la

²³⁴ Según datos de UNCTAD 2612 tratados se relativos a protección de inversiones se encuentran vigentes a junio de 2016 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

²³⁵ Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7691: «Aprobación del convenio entre la República de Costa Rica y de la República Francesa, sobre fomento y protección recíproca de inversiones»; Ley n° 7695: «Aprobación del tratado entre Alemania y Costa Rica sobre fomento y recíproca protección de inversiones y su protocolo».; Ley n° 7748: «Aprobación del acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 7869: «Aprobación del acuerdo para la

solución de controversias de inversionistas y estados por medio de arbitraje de inversión.

Entre estos compromisos salta a la vista que solo los tratados de libre comercio con México²³⁶, Panamá²³⁷ y Estados Unidos²³⁸ poseen un título dedicado exclusivamente a medidas provisionales. Según tales tratados estas pueden tener como fin la tutela de un derecho o bien el ejercicio pleno de la jurisdicción del tribunal. Los de los países norteamericanos son sumamente claros en establecer el carácter de *orden* de la medida provisional mientras que el instrumento con Panamá es confuso al indicar

promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España»; Ley n° 7870: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de Canadá para la promoción y protección recíproca de inversiones»; Ley n° 7994: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de China para la promoción y protección recíproca de las inversiones y su protocolo»; Ley n° 8067: «Aprobación del acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela»; Ley n° 8068: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 8069: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de la República de Paraguay para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 8076: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Checa para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 8081: «Aprobación del acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos»; Ley n° 8217: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de la República de Corea para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 8218: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la confederación Suiza para la promoción y protección recíproca de inversiones»; Ley n° 8455: «Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM)»; Ley n° 8622: «Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica- Estados Unidos (CAFTA-DR)»; Ley n° 8675: «Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Panamá»; Ley n° 9099: «Ley de aprobación del acuerdo entre el gobierno del estado de Qatar y el gobierno de la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones»; Ley n° 9122: «Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua»; Ley n° 9123: «Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República de Singapur».

²³⁶ Ley n° 9122, artículo 10.24.

²³⁷ Ley n° 8675, artículo 10.35.

²³⁸ Ley n° 8622, artículo 10.16.8.

que el tribunal podrá solicitarle a los tribunales nacionales o dictarle a las partes la referida tutela.

Otra particularidad de los tratados ratificados por el Estado costarricense, con relevancia para la investigación, es la renuncia a la inmunidad soberana de los Estados durante cualquier momento del procedimiento que posee el tratado con Suiza²³⁹, esto como se verá ahorra muchos problemas de malinterpretación que son explicados en el capítulo II.II.

Finalmente debe resaltarse que sendos tratados refieren la obligatoriedad de las decisiones arbitrales²⁴⁰, laudos²⁴¹ y otros de la sentencia²⁴² y a su ejecutabilidad por los medios indicados por la legislación interna. Sobre decir que esta obligación contraída por el Estado costarricense lo compele a garantizar el acceso de las decisiones arbitrales a los mecanismos del derecho interno.

Título II. Las medidas cautelares emitidas por árbitros en contra de sujetos de derecho público

Visto el primer capítulo se tiene claro que los tribunales arbitrales gozan -salvo renuncia de las partes- de autoridad para otorgar tutela cautelar, además han sido expuestos los presupuestos que deben observar los tribunales arbitrales para justificar el empleo de este instrumento.

En este título la discusión se va a centrar en torno a las particularidades, en cuanto a dictado y ejecución, de las medidas provisionales que se emiten en

²³⁹ Ley n° 8218, artículo 9.5

²⁴⁰ España, Paraguay, Venezuela y Taiwán.

²⁴¹ Alemania, Canadá, Corea, Suiza, Qatar, República Checa, CARICOM y Singapur.

²⁴² Argentina, Chile

contra de estados, concretamente aquellas que limitan el ejercicio de potestades soberanas.

Capítulo Primero. Características y limitaciones de las medidas cautelares que restringen potestades de imperio

a) Tipos de medidas cautelares y su fundamento

La tutela anticipatoria como técnica procesal²⁴³ responde a necesidades específicas que surgen durante el proceso y busca construirles una solución a la medida, de ahí que no exista una lista determinada de remedios cautelares (son medidas atípicas o innominadas²⁴⁴). Es por esto que la técnica anticipatoria está ampliamente ligada con la discrecionalidad del árbitro orientada y limitada por los estándares que se detallaron en el capítulo pasado.

Siguiendo esta lógica Yves Fortier identifica tres propósitos básicos de las cautelares: 1) facilitar el procedimiento, 2) garantizar la ejecución del laudo y 3) preservar el statu quo²⁴⁵, mismos que van a verse materializados a través de diversas medidas. Esta investigación se limita a tratar las órdenes que limitan potestades de imperio.

Este tipo de medidas se materializan a través de órdenes de dar, hacer o no hacer y pueden ser dos tipos: *innovativas* o sea aquellas que generan una

²⁴³ Mitidiero, 52.

²⁴⁴ López González, 135.

²⁴⁵ Yves Fortier, «Interim Measures: An Arbitrator's Provisional View.» Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation. Investor-State Arbitrations: "Interim Measures: An Arbitrator's Provisional View" (Leiden: Nijhoff, 2009). 9. url: http://www.arbitration-icca.org/media/4/01137866264927/media0122329529899201115_001.pdf

modificación del estado de cosas²⁴⁶ por lo que se obliga a una de las partes a hacer, no hacer o dar algo que de no ser por las medidas sería inexistente. O bien las medidas pueden limitarse a ser *conservativas*, es decir que tengan como norte mantener -o reestablecer- el *statu quo*.

Esta categoría responde a la protección de derechos de los que las partes son titulares, los cuales pueden ser de carácter sustantivo o, como en su mayoría, procesal.

El arbitraje de inversión -a pesar de que el sistema CIADI no esté limitado por el Convenio de Washington²⁴⁷- históricamente ha sido contemplado como un mecanismo en el que se ventilan pretensiones eminentemente patrimoniales²⁴⁸, es decir, en la que los laudos definitivos se limitan a términos económicos por medio de la fijación de indemnizaciones de los daños y perjuicios causados.

Bajo este entendido es difícil imaginar que se tutelen una gran variedad de derechos subjetivos, sin embargo, la norma lo permite y la jurisprudencia identifica algunos derechos sustantivos que son tutelados como la integridad del procedimiento arbitral y el de mantener el *statu quo*.

²⁴⁶ Arazi, 570.

²⁴⁷ Christoph Schreuer, «Non-pecuniary remedies in ICSID Arbitration», *Arbitration international* (Oxford University Press) Vol. 20, no 4 (2004): 331.

²⁴⁸ Thompson, Alan. «El arbitraje inversionista-Estado y la comisión de libre comercio en el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos: Análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional.» En *Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, de Anabel González (San José: ASE-TLC, 2005), 462.

i) Órdenes o *Injunctions*

Se conoce así a las disposiciones que una autoridad dicta a las partes para que hagan o se abstengan de hacer alguna acción específica²⁴⁹; son denominadas por el common law con el nombre de *injunctions*, lo cual podría traducirse de forma literal como orden o mandato²⁵⁰.

Las órdenes pueden ser negativas o positivas, las primeras -que en el derecho público costarricense, siguiendo la clasificación italiana, podrían ser conservativas o innovativas inhibitorias²⁵¹- consisten en prohibiciones de actuar como podría ser el mandato de abstenerse de comenzar o continuar con un proceso administrativo, judicial o arbitral -conocidas como *anti suit injunctions*-, o el de impedir realizar cobros de impuestos²⁵² o participaciones²⁵³, entre otros. Las positivas, por su lado, instan a la parte requerida a que actúe de cierta forma, como puede ser el mantener o retomar una relación contractual²⁵⁴, siguiendo los objetivos trazados en el ante proyecto esta investigación se centra en las primeras.

(1) Limitativas de la potestad tributaria

En *Paushok*, el tribunal -ad hoc bajo las reglas de UNCITRAL- emitió una medida cautelar en la que suspendió el deber de pagar un tributo al gobierno de Mongolia argumentando su alto valor y la posibilidad de que

²⁴⁹ <https://www.law.cornell.edu/wex/injunction>

²⁵⁰ Diccionario de la Universidad de Chicago inglés-español y español-inglés, cuarta edición, s.v. *Injunction*.

²⁵¹ Jinesta, *Capítulo VII. Medidas cautelares*, 183.

²⁵² Tal como sucede en el caso de *Sergei Paushok, C.JSC Golden East Company y C.JSC Vostokneftegaz Company c. El Gobierno de Mongolia*, arbitraje ad Hoc bajo reglas UNCITRAL PCA 2009-23, orden de medidas cautelares, 2 de setiembre de 2008.

²⁵³ Como el caso *City Oriente*.

²⁵⁴ Francisco González de Cossío, «la Modificación del Derecho Arbitral Mexicano. Un comentario» *Revista de Derecho Comparado: Arbitraje Comercial Novedades Legislativas* (Ribinzal-Culzoni Editores), n° 20 (2012): 135.

este no pudiera ser pagado por el inversionista²⁵⁵, esto según la visión del tribunal podría generar la insolvencia y posterior quiebra de uno de los principales productores de oro del país²⁵⁶. Dentro del análisis de proporcionalidad valoró el daño para la empresa y el impacto que el cese de operaciones de esta generaría en la economía mongola²⁵⁷, además utilizó una declaración del gobierno en la que aceptó que la ley que fijó el impuesto no estaba cumpliendo con el efecto para el que fue pensado²⁵⁸.

(2) Limitativas de la auto tutela

Criterio similar fue el de *Burlington* que ordenó a Ecuador finalizar procedimientos administrativos y abstenerse de iniciar nuevos en aras de no agravar la controversia²⁵⁹. Ecuador había iniciado estos procedimientos -en ejercicio de su potestad de auto tutela administrativa- para cobrar una cantidad de dinero que el inversionista se negaba a pagar -por considerarlos cobros ilegales- y que habían dado como resultado inclusive el embargo de barriles de petróleo²⁶⁰.

Meses después el tribunal de *Perenco*²⁶¹, tomó una disposición en un sentido similar pero algo más amplia al impedir a Ecuador emprender acciones judiciales en contra del inversionista o sus empleados con ocasión -o conexión- de la disputa de fondo²⁶². La explicación sobre mantenimiento de statu quo va en la misma línea de *Burlington*.

²⁵⁵ Paushkok, párrafo 81-85.

²⁵⁶ Paushok, párrafo 77.

²⁵⁷ Paushok, párrafo 83.

²⁵⁸ Paushok, párrafo 82.

²⁵⁹ Burlington, párrafo 65.

²⁶⁰ Burlington, párrafo 12-15.

²⁶¹ Perenco, párrafos 58-59.

²⁶² Perenci, párrafo 79.

(3) Limitativas de la potestad jurisdiccional y la sancionatoria (Anti-suit injunctions)

Esta es una clase específica de medidas de no hacer que responde a la necesidad de proteger la competencia del tribunal, la participación de los inversionistas, los testigos o bien a la no agravación de la disputa.; merecen una mención aparte en virtud de su especificidad: impedir la acción procesal en otras sedes.

El derecho anglosajón las ha desarrollado y llamado anti-suit injunctions que son órdenes que le prohíben a las partes la iniciación o continuación de procesos –judiciales o arbitrales- paralelos que puedan poner en entredicho la jurisdicción plena del Tribunal Arbitral²⁶³ a pesar de ser una figura que se considera propia de los países del sistema common law dicha tipología cautelar ha sido empleada por países de tradición continental como Brasil o Venezuela²⁶⁴. Es un recurso reiteradamente utilizado ante casos de concurrencia jurisdiccional, protección de la integridad del proceso o como un mecanismo para impedir la agravación de la controversia.

A lo largo de la historia del Convenio de Washington este tipo de medidas ha visto una evolución progresiva al punto que hoy en día se yerguen como el tipo de medidas que más han sido otorgadas²⁶⁵. Sin embargo, en un inicio los tribunales se negaban a dictar órdenes de cese de procedimientos en contra de los estados nacionales.

²⁶³ James Paul George, «Internationa Parallel Litigation-a Survey of current conventions and Model Laws. » *Texas International Law Journal*, no 73 (2002): 536.

²⁶⁴ Emmanuel Gaillard, «Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. » En *International Arbitration 2006: Back to Basics*, de Albert Jan Van Den Berg, (La Haya: International Council for Commercial Arbitration, 2006), 235.

²⁶⁵ Schreuer, *ICSID Convention*, 785.

Siguiendo la exposición hecha por Schreuer²⁶⁶ el primer tribunal de un arbitraje CIADI, el del caso *Holiday Inns c. Marruecos* en 1972, de forma palmaria indicó que no podría emitir una *anti-suit injunction* pero pronunció una recomendación general de abstenerse de tomar medidas incompatibles con el mantenimiento de la relación contractual. En 1984, el tribunal de *Atlantic Triton c. Guinea* rechazó otorgar una *recomendación general*²⁶⁷ en este sentido aludiendo al erróneo sustento de la norma legal de la solicitud.

Un año más tarde el tribunal de *Mine c. Guinea* emitió por primera vez una recomendación directa, en este caso a solicitud del estado, al inversionista discontinuar permanentemente las acciones que tuviese ante los tribunales nacionales.

La orden procesal número 4 en el arbitraje entre CSOB c. Eslovaquia, de 1999, marca un hito en el desarrollo de las *anti-suit injunctions* en arbitrajes CIADI pues es el primero en el que el tribunal recomienda a un estado, en este caso Eslovaquia, suspender un proceso judicial concursal (de quiebra) durante el trámite del arbitraje, esto en el tanto dicho proceso podía definir temas de interés para la resolución del arbitraje²⁶⁸. En un sentido similar se encuentran resoluciones como las de los arbitrajes de Tokios Tokeles c. Ucrania y SGS c. Pakistán.

Sin embargo, el hito sería llevado más allá en 2007 cuando se dicta la decisión de medida cautelares de *City Oriente c. Ecuador*, la cual establece

²⁶⁶ *Ibíd.*, 784-787.

²⁶⁷ Una recomendación general, desde nuestra óptica, no es viable pues las medidas deben ser específicas y no recordatorios preventivos sobre las obligaciones de las partes.

²⁶⁸ CESKOSLOVENSKA OBCHODNI BANKA, A.S. contra República de Eslovaquia. Caso CIADI No. ARB/97/4, orden procesal número 4, 11 de enero de 1999.

la obligación para el Estado Ecuatoriano de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos contra City Oriente, directivos o empleados relacionados con el contrato de explotación petrolera y los alcances de la Ley Ecuatoriana de Hidrocarburos que modificó la relación contractual entre ambas partes²⁶⁹. Lo novedoso de esta resolución cautelar está en que dentro de los procedimientos de los que se debe abstener el gobierno ecuatoriano se encuentran dos investigaciones penales²⁷⁰.

En 2010 el tribunal arbitral de Quiborax c. Bolivia, consolidando esta línea ordenó al Estado Plurinacional de Bolivia tomar las medidas para suspender el proceso penal relacionado con el arbitraje así como a abstenerse de iniciar procesos penales o acciones que atenten contra la integridad del arbitraje. Dicha decisión, dictada por los reconocidos juristas Gabrielle Kaufmann-Kohler, Marc Lalonde y Brigitte Stern configura una ruptura del paradigma clásico del arbitraje de inversión y confirma la dinámica que exige la disciplina con respecto a la potestad del Estado²⁷¹.

En tiempos recientes, el Tribunal de *Hydro* adoptó una resolución cautelar en el mismo sentido mientras que *Teinver* postergó su decisión al respecto en virtud de circunstancias particulares del caso, lo cual permite inferir la aceptación de este tipo de medidas por parte de los tribunales CIADI²⁷².

²⁶⁹ City Oriente, *medidas*, párrafos 91 y IV. Decisión.

²⁷⁰ City Oriente, *medidas*, párrafos 61-66.

²⁷¹ Quiborax, *medidas*, párrafo 165.

²⁷² Inclusive en arbitrajes localizados se han emitido este tipo de medidas: El 25 de enero de 2012 un Tribunal Arbitral ad hoc bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL emite una orden en el caso ChevronTexaco c. Ecuador en la que ordena al Estado abstenerse de continuar –o iniciar nuevos- procesos judiciales contra los demandantes así como tomar medidas tendientes a suspender o causar la suspensión de la ejecución y reconocimiento dentro o fuera del Ecuador de los juicios hechos por la corte provincial de Sucumbios (Caso Lago Agrio). Al respecto 4. Al propio: Chevron Corporation-Texaco Petroleum Co. contra la República de Ecuador Arbitraje Ad Hoc bajo reglas UNCITRAL PCA 2009-23, primer laudo cautelar, 25 de enero de 2012.

Esta tendencia es relativamente novedosa pues el Estado, tal y como se ha resaltado, posee una serie de características que le diferencian de los sujetos de derecho privado y que, según Yves Fortier, para efectos prácticos el hecho de que la medida sea presentada en contra de un sujeto de Derecho Público influye en la forma en la que el Tribunal Arbitral emite la medida, máxime cuando involucra a otro poder de la República –como el judicial-²⁷³, este tema será abordado más adelante.

Ahora bien, del análisis de casos como los mencionados anteriormente se puede concluir que la tendencia que señala Fortier se ha quebrado y la tónica comienza a ser la de la igualdad material de las partes. Al propio Babatunde Osadare considera que casos como *City Oriente*, *Perenco* y *Burlington* –todos contra Ecuador- son elocuentes para demostrar que la participación de Estados ya no influye en la decisión de medidas cautelares²⁷⁴.

(a) Fundamento jurisprudencial

El dictado de *anti-suit injunctions* es aceptado por la jurisprudencia arbitral, pero ¿en qué se han fundamentado los tribunales que las dictan? ¿Cuál es su finalidad? Una evaluación de las resoluciones que las han dictado demuestra que se basan en la protección de los derechos al *status quo*, la participación del inversionista en el procedimiento, así como la exclusividad e integridad del arbitraje.

²⁷³ Fortier, 15.

²⁷⁴ Babatunde Osadare, «Interim Measures of Protection in International Investment Arbitration With Sovereign Rights?» CAR (CEPMLP Annual Review) 13 (2009): 15.

i) Protección del status quo

Este derecho se encuentra íntimamente ligado al principio de no agravación de la controversia, ambos derechos autónomos según múltiples tribunales como *Holiday Inns*²⁷⁵, *Tokios Tokelés*²⁷⁶, *Quiborax*²⁷⁷ y recientemente *Teinver*²⁷⁸. El contenido de este derecho -bien afianzado²⁷⁹- es que las partes, por su propio bien, deben abstenerse de realizar acciones que puedan agravar el conflicto que se encuentra en litigio, por lo que se debe mantener el estado de cosas existente al momento del inicio de la disputa.

El principio encuentra su origen en la obligación de las partes de actuar de buena fe²⁸⁰, el cual es un principio básico del derecho internacional²⁸¹. Nótese que es un principio de no agravar o extender el conflicto y no de solucionarlo provisionalmente²⁸², por lo cual tiene una vocación eminentemente conservativa del estado de las circunstancias al momento de solicitar la tutela arbitral²⁸³.

Si bien la medida busca proteger un derecho general, la medida debe otorgarse solo cuando se expliciten, de manera puntual, las razones por las que es urgente y necesario conservar el estado de cosas imperante al

²⁷⁵ Quiborax nota al pie 151.

²⁷⁶ Tokios Tokelés contra Ucrania, caso CIADI No. ARB/02/18, orden no. 3 sobre medidas provisionales, 18 de enero de 2005, párrafo 7.

²⁷⁷ Quiborax, párrafo 133.

²⁷⁸ Teinver, párrafo 198.

²⁷⁹ Existe amplia jurisprudencia que lo sustenta, proveniente de diversos órganos como la Corte Permanente Internacional de Justicia, la Corte Internacional de Justicia, los Tribunales arbitrales CIADI y UNCITRAL. Al propio: Perenco, párrafo 54.

²⁸⁰ Caratube, párrafo 113.

²⁸¹ Shaw, 74.

²⁸² Phoenix, párrafo 37.

²⁸³ Quiborax, párrafo 134.

momento de comenzar el arbitraje, caso contrario la medida carece de justificación²⁸⁴.

Para que se considere proteger este derecho por medios cautelares se tiene que lograr probar que la acción de la contraparte va a generar, de forma inminente, un efecto que va a modificar las cosas y agravar la disputa. Por ejemplo, tanto en *Quiborax* como en *Convial Callao*, los tribunales rechazaron el argumento de que una persecución penal pudiese *per se* considerarse una agravación de la controversia, al menos en los términos requeridos para dictar una orden provisional, pues es una potestad estatal legítima²⁸⁵.

Por el contrario, el tribunal de *City Oriente* consideró este principio para ordenarle a Ecuador detener la investigación penal por peculado al considerar que no se podía utilizar ese mecanismo como coacción para exigir el pago de dineros supuestamente adeudados por el inversionista²⁸⁶.

En 2016 el tribunal de *Teinver*, si bien postergó el dictado de *anti-suit injunctions*, llamó la atención sobre las implicaciones que el eventual proceso en contra de los abogados del inversionista tendría sobre el deber de no agravar la controversia²⁸⁷. Esa disposición deja clara la noción que tiene el tribunal sobre la posibilidad de tutelar el mantenimiento del *statu quo* a través de este tipo de órdenes.

²⁸⁴ CSOB c. Eslovaquia, Orden Procesal no. 3, y PNG, párrafo 151.

²⁸⁵ *Quiborax*, párrafo 138, *Convial*, párrafo 105.

²⁸⁶ *City Oriente*, párrafo 62.

²⁸⁷ *Teinver*, párrafo 5.

ii) Integridad del procedimiento

En los precedentes que se enmarcan en la protección de la integridad arbitral, al igual que en los casos de mantenimiento del estado de cosas, se pone sobre la mesa la producción de un *efecto*, un resultado nocivo para el arbitraje que sea identificable, pues como se ha insistido las medidas no pueden ser otorgadas a la ligera.

En *Quiborax* el tribunal tuteló el acceso a la prueba testimonial al considerar que el Estado Boliviano estaba utilizando un procedimiento penal como arma para intimidar a los posibles testigos del caso CIADI. El proceso penal era seguido en contra de uno de los demandantes, un socio, asesores jurídicos y ex empleados públicos por delitos patrimoniales y contra la fe pública²⁸⁸, todos estos potenciales testigos para la réplica y contestación de objeciones del arbitraje²⁸⁹.

Este abuso es valorado por el tribunal a partir de la forma sospechosa en la que es conducido el proceso penal por parte de las autoridades bolivianas quienes, conscientes de la importancia del arbitraje CIADI, negociaron la confesión de uno de los socios bolivianos del inversionista a cambio del perdón judicial, con lo cual se impidió al testigo cambiar el contenido de su eventual deposición en el arbitraje. Según el tribunal la persecución coloca a los testigos en una encrucijada entre la libertad de rendir su propio testimonio y la posibilidad de enfrentarse a una sanción privativa de libertad²⁹⁰.

²⁸⁸ *Quiborax*, párrafo 29-30.

²⁸⁹ *Ibid* 143.

²⁹⁰ *Ibid*. 144-145.

Con posterioridad, en *Convial Callao*, el tribunal tomo como base el razonamiento de *Quiborax* y otorgó la medida de ordenar a Perú abstenerse de continuar con cualquier acción que pudiese restringir la libertad -y por ende cohibir la participación- de dos ex gerentes de la empresa inversionista; esto en virtud de que el testimonio libre y espontáneo de los testigos es una materialización del derecho a la integridad del arbitraje, manifestada en los medios de prueba²⁹¹.

Tanto en *Lao* como en *PNG* los tribunales analizaron la relación de la causa sobre la que se pretendía la medida con el procedimiento arbitral, esto midiéndola en función del efecto (Vg. La amenaza) que pudiese generar sobre la integridad del procedimiento arbitral²⁹².

Por su lado los árbitros de *Hydro* se basaron en la integridad desde el punto de vista del efecto negativo que el proceso penal -y la posible encarcelación- ejerce sobre la participación del inversionista en el proceso²⁹³. El tribunal es cuidadoso en señalar que la causa está directamente relacionada con la inversión y en delimitar su ámbito de acción a dicha circunstancia puesto que sería impropio que ordenara la suspensión de un procedimiento que no tuviera tal nexo con el arbitraje²⁹⁴. Por esta razón se ordena la suspensión de la causa penal y los procedimientos de extradición.

²⁹¹ *Convial*, párrafo 112.

²⁹² *Laos*, párrafo 37 y *PNG*, párrafo 146.

²⁹³ *Hydro*, párrafo 3.18.

²⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 3.19.

iii) Exclusividad de la jurisdicción del tribunal

El Convenio de Washington garantiza la exclusividad del procedimiento ante un tribunal CIADI, el artículo 26 de dicho tratado establece que el consentimiento al arbitraje conlleva el sometimiento a este como mecanismo exclusivo de solución de controversias²⁹⁵.

En el caso CSOB el tribunal decidió otorgar una orden en la que recomendó a Eslovaquia suspender un procedimiento de quiebra ante las cortes nacionales en virtud de que este podría determinar cuestiones relacionadas con el arbitraje²⁹⁶.

En un sentido similar actuó el tribunal de *Tokios Tokelés* el cual en su primera orden ordenó la suspensión, finalización y abstención de cualquier proceso judicial o administrativo relacionado con la inversión o el inversionista que pueda perjudicar el arbitraje o agravar la controversia. La resolución se basa en su mayoría en el referido principio de exclusividad del procedimiento de arbitraje CIADI, obligación derivada del artículo 26 de comentario²⁹⁷.

El tribunal de *Perenco* se fundamenta en este mismo principio para impedir la continuación o institución de acciones judiciales, arbitrales o administrativas relacionada, en contra del inversionista o sus empleados, con ocasión -o conexión- de la disputa de fondo así como le prohíbe ejercer la potestad de modificar o rescindir los contratos firmados con el inversionista²⁹⁸

²⁹⁵ El texto del tratado reza: "Artículo 26: *Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.*"

²⁹⁶ CSOB, orden 4.

²⁹⁷ Tokios orden 1, párrafos 1, 3 y 7.

²⁹⁸ Perenco, párrafo 79.

En suma, todos estos precedentes han dejado claro que los tribunales arbitrales aplican medidas cautelares que limitan la acción soberana de los estados parte del arbitraje. Potestades como la sancionatoria²⁹⁹ y la jurisdiccional³⁰⁰-sobre las que se ciñe esta investigación en los siguientes apartados-, así como la autotutela en relación con la potestad de modificar o rescindir unilateralmente contratos y concesiones³⁰¹, y el cobro de participaciones³⁰² e así como la potestad tributaria³⁰³, han sido limitadas por las órdenes negativas provisionales de los tribunales de arbitrajes de inversión.

b) Particularidades y ámbito de acción

El dictado de este tipo de medidas se contrapone al reduccionismo del espectro arbitrable, tesis seguida por importantes órganos del Estado Costarricense³⁰⁴ que consideran las potestades de imperio reservadas a la jurisdicción estatal³⁰⁵ y su imposibilidad de ser comprometidas en arbitraje, lo cual si bien es considerado como ilegal e inconstitucional por reconocidas voces del derecho administrativo costarricense³⁰⁶ puede traer problemas prácticos a la hora de ejecutar una orden cautelar como las ya mencionadas *injuncti*ons, máxime si se realiza una errónea interpretación – sobre la literalidad- del artículo 55 de la Convención de Washington que

²⁹⁹ Quiborax, Convia Callao, Chevron e Hydro.

³⁰⁰ CSOB.

³⁰¹ City Oriente, Perenco.

³⁰² Tokios Tokeles, City Oriente, Burlington, Perenco.

³⁰³ Paushok.

³⁰⁴ Al propio saltan las posiciones sostenidas por la Contraloría General de la República en sus oficios 6665 de 18 de junio de 2001 y 6810 de 21 de junio de 2004, la Procuraduría General de la República C-089099 de 10 de mayo de 1999 así como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sus resoluciones 747-A-03 de las 11:05 del cinco de noviembre de 2003 y 704-C-2004 de las 10:46 del 25 de agosto de 2004.

³⁰⁵ Milano Sánchez, 151.

³⁰⁶ Milano Sánchez, 152.

establece la no derogatoria de las leyes vigentes sobre inmunidad en materia de ejecución de los estados parte.

i) El ejercicio de las potestades de imperio y su arbitrabilidad

(1) Ejercicio de las potestades de imperio

Una potestad es una situación de poder que autoriza a su titular a imponer conductas por medio de la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas³⁰⁷. Normalmente son ejercidas por la administración pública ya que esta las utiliza como el medio por el que el Estado logre sus fines³⁰⁸.

A diferencia de los derechos, que facultan a algo específico, las potestades son genéricas e indeterminadas, nacen de un mandato legal³⁰⁹ que obliga a sus titulares a ejercerlas (principio de legalidad positivo) y limita el ámbito de acción (principio de vinculación negativo)³¹⁰. Están sujetas a formas determinadas³¹¹, deben respetar los derechos de los particulares y responder a un control judicial de legalidad *ex post*.

Existen diversas clasificaciones sin embargo para efectos de esta tesis se van a exponer brevemente 3 manifestaciones: la auto tutela, la sancionatoria y la tributaria.

³⁰⁷ Ernesto Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I* (San José: IJSA, 2006), 210.

³⁰⁸ Mareinhoff, 262.

³⁰⁹ Alonso Ernesto Moya, «Relaciones entre la administración pública y los administrados.» en *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008) , 128.

³¹⁰ Gabriel Domenech Pascual, «El principio de legalidad y las potestades administrativas.» En *Lecciones de Derecho administrativo con ejemplos*, de Miguel Ángel Recuerda Girela, (Madrid: Tecnos, 2014), 99.

³¹¹ Esto sin perjuicio de la potestad discrecional en las que el ordenamiento establece el *qué*, pero no el *cómo*, dejando al funcionario público la capacidad de decidir la forma más conveniente de satisfacer el fin público. Domingo Juan Sesin, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica* (Buenos Aires: Depalma, 1994) , 126.

(a) La auto tutela

El nombre de esta potestad es bastante elocuente, consiste en la capacidad que tiene la administración de tutelar y ejecutar sus situaciones jurídicas sin tener que acudir ante un juez para que las declare o lleve a cabo³¹².

Al no tener que acudir ante un tercero que ampare sus acciones a la administración pública le basta y sobra con ella misma para poder actuar en busca de sus fines; limitada, claro está, según la forma que establezca el ordenamiento.

Es por esto que la administración puede utilizar los procedimientos de la vía administrativa para anular sus actos, modificar o terminar sus contratos³¹³ y cobrar sus deudas.

(b) La potestad punitiva

El *ius puniendi* es la atribución del Estado para declarar punibles determinadas conductas y castigarlas por medio de penas³¹⁴, esta potestad se compone de la posibilidad de investigar, procesar y reprimir conductas que por su contenido se consideran lesivas de bienes jurídicos.

Las herramientas con las que el estado puede sancionar a los particulares (sentido amplio) reúne el sistema administrativo sancionatorio -que a su vez está dividido en potestad correctiva y disciplinaria³¹⁵-, enfocado en

³¹² , Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, 3era. Edición, (Madrid: Civitas, 1980), 695.

³¹³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo tomo III-A* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.f.), 26.

³¹⁴ Fernando Velázquez, *Manual de Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 2002), 24

³¹⁵ La correctiva es de alcance general mientras que la disciplinaria requiere de situaciones en que el particular tiene una sujeción especial a la administración en virtud, por ejemplo, de una relación de empleo público o ejercicio de una profesión regulada por un colegio profesional. Ana Cecilia Arguedas Chen Apuy, Ana Lorena Brenes, Ivan Vicenti & Luis Guillermo Bonilla, *Manual de Procedimiento Administrativo* (San José: Procuraduría General de la República, 2007), 207-208.

sanciones como multas y limitaciones o restricciones de derechos como la propiedad o el ejercicio de determinadas acciones como trabajar y ejercer de profesiones; y el sistema penal que actualmente se enmarca en penas privativas de libertad³¹⁶ y medidas de seguridad³¹⁷; este último se encuentra reservado para la sanción de lesiones graves de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad³¹⁸.

(c) Potestad tributaria

Esta es una manifestación de la soberanía aplicada a las finanzas públicas que consiste en la potestad del Estado de establecer y regular las contribuciones que deben hacer los particulares para financiar la labor estatal, así como el poder de apropiarse y disponer de los montos recaudados³¹⁹.

ii) Arbitrabilidad de potestades de imperio: la tesis reduccionista

La visión reduccionista del arbitraje en temas de derecho público es una corriente que niega la posibilidad de someter determinadas materias a la competencia de un árbitro, misma que priva en Costa Rica³²⁰.

En Costa Rica el razonamiento encuentra sustento en una interpretación desarrollada a partir de la Ley General de la Administración Pública que establece la irrenunciabilidad de las potestades de imperio salvo estipulación de ley y que prohíbe la perturbación del ejercicio legítimo de estas³²¹. Este insumo ha sido conjugado con las referencias

³¹⁶ Al respecto Michael Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores Argentina, 2006).

³¹⁷ Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 53.

³¹⁸ Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires: B de F, 2003), 107.

³¹⁹ Adrián Torrealba, *Derecho Tributario Parte General Tomo I* (San José: Editorial Jurídica Continental, 2009), 26-27.

³²⁰ Milano, 154-155.

³²¹ Artículos 18 y 66 LGAP.

constitucionales³²² y legales³²³ a la materia objeto del arbitraje (patrimonial y disponible) por parte de la Contraloría General de la República (CGR)³²⁴ y la PGR.

La PGR en 2001 emitió el dictamen C-111-2001 en el que concluye que la administración pública no está en capacidad de dejar en manos de un particular la decisión sobre legalidad o conveniencia del ejercicio de potestades de imperio³²⁵, esta resolución constituye jurisprudencia administrativa y obligatoria para la administración pública³²⁶. Anteriormente en el dictamen C-89-1999 el órgano procurador manifestó la imposibilidad definitiva de someter ciertos asuntos a arbitraje, todos estos relacionados con potestades de imperio³²⁷. No han sido emitidos nuevos dictámenes que permitan concluir que ha habido un quiebre en la línea jurisprudencial.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 6227: «Ley General de la Administración Pública».

³²² Artículo 43 CPR.

³²³ 18 LRAC. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7727: «Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social», 39 Ley de Concesiones. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7762: «Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos».

³²⁴ Milano, 149 quien cita el oficio n° 06810 del 21/06/04: "1. En cuanto a la posibilidad de arbitraje establecido en la cláusula Décima, debe tomarse en cuenta que aunque la diferencia sea de carácter patrimonial, no podría someterse a arbitraje si está de por medio alguna potestad de imperio de la Administración."

³²⁵ PGR C-111-2001: "Entonces, la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus potestades públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero, sea de un árbitro o del propio administrado, el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio. El inciso 2 del numeral 66 de la Ley General de la Administración Pública, claramente dispone los límites jurídicos dentro de los cuales podría eventualmente declinarse el ejercicio de esas funciones públicas. En lo que interesa, dicho numeral establece que "Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral oneroso"."

³²⁶ Artículo 2 Ley de la PGR. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 6815: «Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República».

³²⁷ PGR C-89-1999: "En el campo de la disponibilidad de la materia para ser sometida a un proceso arbitral, en efecto hay materias que pueden ser sometidas a transacción y arbitraje en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión. Sin embargo, es clara la existencia de ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje o transacción, como lo

Por su parte la Sala Primera, encargada de la casación civil y contencioso administrativa, así como de la materia arbitral ha manifestado en diversos pronunciamientos el seguimiento de la tesis reduccionista y la imposibilidad de someter a criterio de árbitros temas relacionados con el ejercicio de potestades de imperio³²⁸ pues además de la expresa prohibición legal estos involucran temas de interés público³²⁹. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional, cuya jurisprudencia es obligatoria erga homines, al establecer como imposible la aplicación del arbitraje cuando se implique o comprometa el ejercicio de potestades de imperio³³⁰.

Es por esto que la jurisprudencia de los más altos tribunales costarricenses ha sido amplia y rígida en manifestar la limitación de la materia arbitrable a los conflictos patrimoniales disponibles dentro de los que de forma muy clara no hay lugar para las potestades de imperio³³¹.

serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos."

³²⁸ 343 -2005 de la Sala Primera: *"La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las petitorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa."* Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 343 de las 9:45 del 26/05/2005.

³²⁹ 718-F-2006 de Sala Primera: *"Por ello, el ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, los cuales son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, no puede ser objeto de compromiso arbitral. En estos casos, además de no ser materia patrimonial disponible, entra en juego el interés público o general, el cual trasciende al de las partes."* 718-F-2006 de Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 718-F-2006 de las 15:20 del 27/9/2006.

³³⁰ Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 15095 de las 15:01 del 2/11/2005.

³³¹ Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 717-F-2006 de las 15:10 del 27/9/2006, Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 743-F-2005 de las 11:15 del 12/10/2005, Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 210-F-2001 de las 15:00 del 9/3/2001 y Sala

Esto podría constituir un problema en materia de arbitraje CIADI puesto que en los términos sostenidos por los dos tribunales más importantes en materia de derecho público así como la PGR y la CGR es claro que la prohibición de acudir al arbitraje no se limita al sometimiento de potestades de imperio a una decisión definitiva (por medio de una decisión con carácter de *res judicata*) sino que se refieren a cualquier injerencia que implique comprometer el ejercicio de potestades de imperio, lo cual sin duda alguna ocurre en los casos de limitaciones por medio de decisiones sobre medidas provisionales.

De hecho, esta problemática se ha visto materializada en el caso ecuatoriano³³², el cual ha demostrado el cambio de la jurisprudencia de una amplia hacia la restrictiva. El Ecuador ha dado un tratamiento dispar a las *antisuit injunctions* emitidas por tribunales arbitrales CIADI, en 2008 -de previo a la entrada en vigor de la constitución política de octubre de ese año- el Estado acató la medida cautelar dictada por el tribunal del caso *City Oriente*, de hecho la sala de segunda de lo penal anuló los actos de investigación que se hicieron con posterioridad al dictado de la medida, misma que consideraron obligatoria e impeditiva de realizar los actos en ella descrita³³³.

A pesar de lo dicho, un año después, con ocasión de las cautelares dictadas en los casos *Burlington* y *Perenco* –ambos posteriores a la denuncia del

Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 15095 de las 15:01 del 2/11/2005.

³³² Exponente de la llamada izquierda latinoamericana, grupo de gobiernos del continente con una tendencia política socialista. Actualmente dichos gobiernos se encuentran enfrentando tensión en sus países por lo que su auge se ha detenido. Entre los más representativos se encuentran Venezuela, Ecuador, Bolivia, Argentina y Brasil.

³³³ Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia de la República Plurinacional de Ecuador. Voto de las 11:00 del 9 de junio de 2008.

Convenio de Washington³³⁴- se negó la ejecución al considerar que las medidas eran recomendaciones y que un estado soberano no estaba obligado a obedecerlas³³⁵. Esto en total consonancia con la postura del gobierno ecuatoriano que más allá de restrictiva ha sido prohibitiva del arbitraje internacional en temas estatales³³⁶.

Con este panorama a la vista: ¿es jurídicamente viable que un tribunal arbitral CIADI limite el ejercicio de una potestad de imperio? ¿Es realmente un problema a nivel jurídico? Desde la óptica de esta investigación podría ser un problema en el plano material, es decir que el estado se niegue a ejecutar la cautelar sin embargo a nivel jurídico la respuesta no resulta tan obscura.

iii) Sobre la imposibilidad de aplicar la tesis reduccionista a los casos de medidas cautelares en arbitrajes de inversión CIADI

Se trata de un caso que puede ejemplificar el problema del derecho internacional: a los estados les cuesta aceptar que un tercero les diga cómo deben actuar. Inclusive Costa Rica, un país que pregona su predilección por el derecho internacional recientemente ha tenido problemas para adecuar su normativa interna a las exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -de la cual es sede- debido a la imposibilidad de encontrar consenso en el poder legislativo, en el que se han escuchado

³³⁴ Hecha por el presidente Rafael Correa el 2 de julio de 2009 <http://www.icts.org/bridges-news/puentes/news/ecuador-agita-foros-internacionales>

³³⁵ Juan Manuel Marchan, «Chapter 11: Ecuador.» En *Interim Measures in International Arbitration*, de Lawrence W. Newman and Colin Ong (New York: JurisNet, LLC, 2014), 226.

³³⁶ Por medio de la denuncia y revisión de tratados de protección de inversiones, la prohibición constitucional y posterior denuncia del Convenio de Washington. Al respecto Pérez Loose, Hernán. «Capítulo XI Ecuador, El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica.» En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Zapata de Arbeláez, Adriana, Silvia Barona Vilar, y Carlos Esplugues Mota. (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010), 407.

interpretaciones desafortunadas sobre la jurisdicción en derecho internacional público³³⁷.

Esto aunado al choque entre los tres poderes de la República sobre la forma de cumplir con un fallo de carácter definitivo³³⁸, lo cual hace más que previsible el impacto que podría causar en el Estado una limitación de una potestad ejercida por el poder judicial, como el caso específico de la potestad de investigar delitos que el legislador confió en el Ministerio Público, órgano del Poder Judicial, o la otras arriba mencionadas.

Ahora bien, si la prohibición legal cobija a los árbitros o bien faculta a los estados parte para desatender la limitación dictada por el tribunal arbitral: la respuesta es no.

(1) Obligación de derecho internacional

Los tratados internacionales son acuerdos escritos entre sujetos de derecho internacional público³³⁹ y se han convertido en la principal fuente de derecho internacional³⁴⁰; tanto la costumbre internacional como el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁴¹ establecen la obligatoriedad de cumplir, de buena fe, con las disposiciones que emanan de este tipo de instrumentos, esta disposición es conocida

³³⁷ Ronny López, «[Diputado pide no dar dinero a Corte Interamericana por aprobar FIV](http://www.amprensa.com/2016/05/05/diputado-pide-no-dar-dinero-corte-interamericana-aprobar-fiv/)», *AM Prensa*, 5 de mayo de 2016. <http://www.amprensa.com/2016/05/05/diputado-pide-no-dar-dinero-corte-interamericana-aprobar-fiv/>

³³⁸ Mata, Esteban. «Corte Interamericana exige a Sala IV no obstaculizar la FIV.» *La Nación*, 4 de setiembre de 2015. http://www.nacion.com/nacional/politica/Corte-Interamericana-Sala-IV-FIV_0_1510049031.html

³³⁹ Shaw, 655.

³⁴⁰ James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course on Public International Law, General Course on Public International Law*. Vol. 21 (La Haya: The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 2014), 90.

³⁴¹ Organización de Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. A/CONF.39/27 (Viena: Organización de Naciones Unidas, 1969).

pacta sunt servanda y se yergue como el principio fundamental del derecho de los tratados³⁴².

Por lo anterior, tanto los respectivos tratados de protección de inversiones, tratados entre algunos pocos países específicos (*treaty contracts*³⁴³), como el propio Convenio de Washington, como tratado de alcance general (*law making treaty*³⁴⁴), obligan a las partes a su cumplimiento de buena fe, por lo cual tanto el compromiso de resolver las controversias por medio de un arbitraje -lo que incluye comprometerse a respetar la autoridad de los árbitros, la integridad del proceso y la decisión final que se adopte- como las previsiones sobre la autoridad para dictar medidas provisionales constituyen obligaciones de derecho internacional público para los estados contratantes.

Las partes poseen una obligación general de no frustrar el objeto del proceso, de ahí que se justifique el carácter vinculante de las medidas cautelares³⁴⁵, esto es reafirmado desde el punto de vista teleológico, criterio que sirve para la interpretación de los tratados³⁴⁶, así como aplicando el desarrollo que se le ha dado por parte de los diferentes órganos decisores de casos de derecho internacional público³⁴⁷ y particularmente los tribunales arbitrales CIADI³⁴⁸.

³⁴² Shaw, 656.

³⁴³ Shaw, 67.

³⁴⁴ *Ibíd.*

³⁴⁵ Schreuer, *ICSID Convention*, 764.

³⁴⁶ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

³⁴⁷ Cuya relevancia puede observarse en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* (Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1945).

³⁴⁸ A partir de los precedentes *Maffezini* y *Pey Casado* y ampliamente explicado por Perenco, cautelares, párrafo 67.

De hecho, esta posición fue la del tribunal de *Maffezini*, precedente de enorme relevancia, al equiparar la fuerza obligatoria de la medida provisional con la del laudo definitivo³⁴⁹, esta doctrina es desarrollada por el tribunal de *Pey Casado* el cual además se vale de la jurisprudencia de la CIJ (Caso LaGrand-Alemania contra los Estados Unidos de América) y el Tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos (caso Rockwell contra Irán) para manifestar que:

*...existe una obligación jurídica de ceñirse a las medidas provisionales que la instancia internacional haya ordenado, recomendado, indicado, etc., la cual obtiene su poder en la materia (incluso si su competencia sobre el fondo del asunto es objetada) de un acuerdo internacional...*³⁵⁰

La interpretación de las cautelares como obligatorias está bien afianzada en el derecho internacional de inversiones, lo cual ha sido reflejado por medio de múltiples decisiones sobre medidas provisionales en la materia³⁵¹.

Resulta claro que negar la autoridad del árbitro para dictar medidas provisionales es directamente desobedecer el artículo 47 del Convenio de Washington. Y, en virtud de que la finalidad de cualquier medida provisional es prevenir daños graves a los derechos de las partes o al proceso, si la desatención de tal orden genera un daño podría implicar no solamente el incumplimiento del tratado sino además responsabilidad internacional para el estado³⁵² tal y como se comenta en el siguiente capítulo.

³⁴⁹ Maffezini, párrafo 9.

³⁵⁰ Pey Casado, párrafo 22.

³⁵¹ Valle Verde c. Venezuela, párrafo 75; Tethyan Copper Company Pty Limited contra la República Islámica de Pakistán, caso CIADI No. ARB/12/1, decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 13 de diciembre de 2012, párrafo 120; Occidental, párrafo 58; Tokios, orden n° 1, Párr. 3.

³⁵² Al respecto los artículos 27 y 64 del Convenio de Washington.

Lo que finalmente termina de aclarar la respuesta es que el estado no puede recurrir a prohibiciones o concesiones hechas por su normativa interna para desatender obligaciones de derecho internacional público³⁵³ por lo que las prohibiciones contenidas en las leyes nacionales no podrían jamás servir de base para desatender la autoridad del tribunal arbitral, ni siquiera aquellas que hacen referencia a la violación de soberanía.

(2) De la soberanía, el derecho internacional y otros demonios

La soberanía es un importante recurso retórico que integra el discurso político en muchos países en vías de desarrollo³⁵⁴, de hecho, tal como fue mencionado en las líneas precedentes, el sustento de Ecuador para no cumplir con las órdenes de *Burlington* y *Perenco* fue precisamente el ejercicio de su soberanía. Y es que no es para menos, las potestades de imperio son prerrogativas exorbitantes de las que se vale el estado para gobernar, pero ¿cómo debe comprenderse la soberanía?

La soberanía, como todo concepto, es polisémico mientras para Crawford -citando a la CIJ- no es un derecho o una precondition sino una descripción de la calidad de estado³⁵⁵, para Shaw es un derecho fundamental de los estados otorgado por el derecho internacional y cuyo sinónimo es la independencia³⁵⁶. Sin ánimos de entrar a tales discusiones, para efectos de esta investigación, partimos de que la soberanía es una capacidad ejercida por los estados para actuar en pos de su bien común y desarrollo, libre de la injerencia de otros estados³⁵⁷ lo cual le permite ejercer el poder para mantener el orden dentro de sus fronteras. Menor soberanía implica menor

³⁵³ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

³⁵⁴ Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público* (Ciudad de México: IJ UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2005), 217.

³⁵⁵ Crawford, *Chance*, 71-72.

³⁵⁶ Shaw, 153.

³⁵⁷ *Ibíd.*

poder para el estado y por ende menor capacidad para mantener tal orden y conseguir sus fines³⁵⁸.

Dentro de los atributos de la soberanía Crawford coloca: la capacidad plenaria de actuar en el derecho internacional y comprometerse por medio de tratados, la exclusividad -en tesis de principio- de jurisdicción sobre sus asuntos internos, la imposibilidad de someter a los estados a procesos *latu sensu* internacionales sin su consentimiento, la igualdad -al menos formal- de todos los estados y la vigencia de estos principios salvo expresa declaración de los estados³⁵⁹.

Comprendida esa capacidad plenaria de los estados conviene preguntarse ¿es irrestricta? si viviésemos en un sistema absolutista la respuesta sería positiva, sin embargo, la vocación democrática a la que aspiran los países que integran la Organización de Naciones Unidas³⁶⁰ pregona una idea de gobierno democrático, participativo, de miembros políticamente iguales³⁶¹ y respetuoso de los derechos de los particulares por lo cual la acción del gobierno se encuentra limitada a lo interno por medio del derecho público³⁶² y a lo externo por los compromisos, que en ejercicio de esa soberanía, adquiera por medio de tratados internacionales³⁶³. El ejercicio de

³⁵⁸ Herdegen, *Derecho Internacional Público*, 216.

³⁵⁹ Crawford, *Chance*, 72.

³⁶⁰ La cual dentro de sus valores esenciales posee el de la democracia. Al respecto los artículos 19, 21, 22 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por gran parte de los miembros de la ONU. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A/RES/2200 A (XXI). Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1966.

³⁶¹ Robert Dahl, *On Democracy* (New Haven, Yale University Press, 1998), 37.

³⁶² Magally Hernández Rodríguez, «Nacimiento del Derecho Público y las teorías que fundamentan su objeto de estudio.» En *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008), 22.

³⁶³ Shaw, 154.

sus capacidades exorbitantes debe ser ejecutado de buena fe y en respeto de los derechos de los particulares³⁶⁴.

Si bien el término puede mantener una carga emotiva amplia, de autodeterminación absoluta³⁶⁵ e ilimitada³⁶⁶ debe contextualizarse al verdadero alcance que posee: la actuación del estado, y por ende el ejercicio de las potestades de imperio, están limitados por el derecho por lo que al existir una obligación como la de someter las diferencias relativas a inversión por medio de arbitraje el estado de buena fe debe cumplir con tal obligación y todas sus implicaciones, entre las que destaca la obediencia a las medidas provisionales.

Cuando los estados, en ejercicio de su independencia, deciden ceder soberanía por medio de la suscripción de tratados internacionales deben asumir las consecuencias que libremente adquirieron. El *pacta sunt servanda* se conjuga con los principios del derecho público sobre la intangibilidad de los actos propios y la inderogabilidad singular de las normas, para exigirle al estado cumplir con su obligación de acatar las disposiciones ordenadas por árbitros, y una referencia a la soberanía no puede ser justificante de su inobservancia.

(3) La prohibición es relativa -y en este caso aparente-

De acuerdo con el planteamiento de Milano Sánchez en el ordenamiento jurídico costarricense es completamente viable someter a arbitraje el

³⁶⁴ Lao Holdings N.V. contra República Democrática Popular Lao. Caso CIADI No. ARB (AF)/12/6, decisión sobre moción para enmendar la orden de medidas provisionales, s.f., párrafo 25.

³⁶⁵ Charney citado por Crawford: "evokes the anachronistic idea of the total independence and autonomy of the state . . . a fundamentalist view that is difficult to debate in light of its emotive baggage" Shaw, nota al pie 196.

³⁶⁶ Shaw, 15.

examen sobre la legalidad del ejercicio de una potestad de imperio³⁶⁷, esta tesis sostenida por uno de los cultores del Código Procesal Contencioso Administrativo³⁶⁸ es crítica del razonamiento -arriba expuesto- sostenido por los tribunales y órganos administrativos más importantes del país. Milano desecha la tesis reduccionista mediante un análisis histórico de las normas de derecho público y describe que nunca ha existido una prohibición constitucional a ese respecto al tiempo que diferentes cuerpos legales como la LGAP, en su momento el CPC y la ley RAC han concedido a la administración pública la posibilidad de someter a arbitraje conflictos de derecho público³⁶⁹.

Por otra parte, el referido autor niega que la prohibición del artículo 66 de la LGAP tenga relevancia para el tema pues en primer lugar no es una prohibición específica para el arbitraje. En segundo término, el que el árbitro se pronuncie al respecto de la legalidad o no del ejercicio de la potestad no significa que el árbitro vaya a subrogarse en el ejercicio, solo se limita a decir si la administración debe o no ejercerla³⁷⁰.

Aplicando esta lógica al arbitraje de inversión se puede concluir que la prohibición es aparente pues no solo existen diversas normas habilitantes para el arbitraje de derecho público³⁷¹ sino que no existe una norma prohibitiva.

³⁶⁷ Milano, 152.

³⁶⁸ Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8505: «Código Procesal Contencioso Administrativo».

³⁶⁹ Milano, 154.

³⁷⁰ Milano, 152.

³⁷¹ Convenio de Washington, convenios bilaterales de protección recíproca de inversiones, y en lo interno 27.3 LGAP, 18 LRAC.

Debe llamarse la atención con respecto a que la norma utilizada de base por los órganos administrativos y jurisdiccionales costarricenses -el artículo 66 de la LGAP- no es una prohibición absoluta sino que contempla una excepción a la regla: la administración puede comprometerse a no ejercer una potestad mediante ley y en el contexto de actos o contratos bilaterales y onerosos criterio que se ve respetado en el tipo de casos que nos ocupa pues estamos en casos de relaciones bilaterales, onerosas y en las que el compromiso arbitral se realiza con base en tratados internacionales aprobados por la asamblea legislativa -en ejercicio de la potestad otorgada por el artículo 121.4 CPR- y con una jerarquía superior a la de la propia ley.

Por todo se puede aseverar que la tesis restrictiva no solo es inviable de ser aplicada en el derecho internacional, sino que además no se sostiene a nivel de derecho interno.

(4) Derechos fundamentales del inversionista

Por último, en el caso de Costa Rica la constitución contempla en su artículo 43 el derecho fundamental de toda persona a terminar sus diferendos de contenido patrimonial por medio de arbitraje³⁷², esto debe ser visto en conjunto con la garantía de tutela judicial efectiva que fue expuesta en el primer capítulo.

Además de la amplitud subjetiva del termino *persona*, la constitución por medio de la integración de los artículos 19 y 33 reconoce a los extranjeros

³⁷² Esta disposición, si bien en tesis de principio no es de aplicación para la administración pública, pues se encuentra contemplado en el capítulo de garantías individuales, ha sido aplicada por la Sala Primera y la Constitucional para declarar un “derecho” de la administración al arbitraje. Al respecto Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 1363-2011 de las 9:55 del 3/11/2011 y Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 15095 de las 15:01 del 2/11/2005.

los mismos derechos fundamentales que a los costarricenses -con excepciones como el sufragio- por lo cual los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva (41 CPR) y a la resolución por medio de árbitros (43 CPR) son de pleno ejercicio para los inversionistas, así como los derechos especialmente contenidos por los tratados de protección de inversiones - entre los que destaca la protección del 33 y 45 de la misma Constitución-.

Las medidas provisionales protegen, entre otras cosas el objeto del arbitraje, la integridad del procedimiento y la posibilidad de llegar al dictado y la ejecución del contenido del laudo por lo que desobedecer una determinada orden cautelar puede -de forma muy probable- conllevar la frustración del arbitraje y con ello la violación de un derecho fundamental.

Al concordar el derecho al arbitraje con la tutela judicial efectiva se arriba a la conclusión que el inversionista que, amparado en los tratados internacionales respectivos, acuda a un arbitraje de inversión está en posición de exigir el derecho a que se respete no solo su acceso al arbitraje sino a que se respete la integridad material de este y la eficacia sustancial del laudo. Por lo que es claro que el no acatamiento de una medida provisional es una violación de derechos fundamentales.

iv) Criterios de autocontención del tribunal arbitral

Si bien es posible limitar el ejercicio de potestades de imperio, este poder cautelar de los árbitros debe ser ejercido con igual cuidado por los árbitros que conozcan de una solicitud de medidas. Por esto los tribunales arbitrales deben ser muy rigurosos en evaluar que se cumple con los estándares que se explicaron en el anterior capítulo y contenerse de dictar medidas cautelares a la ligera.

(1) Materias “vedadas”

Si bien el sistema cautelar que hemos venido tratando es bastante amplio, parece que el derecho internacional deja a salvo de la injerencia de los tribunales la imposición de medidas como las *cautio judicatum solvi* y las medidas de restitución de concesiones o propiedad sobre recursos naturales.

La *cautio judicatum solvi* es la garantía de cumplimiento de la obligación dineraria derivada ya sea del laudo que conceda la compensación a favor del demandante o bien la condena en costas en beneficio del demandado. Esta sería la típica medida innovativa en pro de la ejecución del laudo, sin embargo, la doctrina reconoce que los tribunales -si bien podrían ordenarlo- suelen rechazar las solicitudes de garantías de cumplimiento de obligaciones pecuniarias, tanto para el solicitante³⁷³ como para quien responde³⁷⁴.

Precedentes como los de Atlantic Triton y Maffezini son traídos a colación por el tribunal de Pey Casado para fundar la exigencia de probar el peligro de insolvencia de una de las partes para el dictado de esta clase de solicitudes llamadas por la doctrina “*Cautio judicatum solvi*”³⁷⁵.

Aparte de la poca probabilidad de que un Estado sea insolvente, debe recordarse que el sistema combate esta problemática por medio de las

³⁷³ Esto en el caso del inversionista debe ir más allá de la mera referencia a su nacionalidad o calidad de no domiciliado pues esta será una condición general repetida en todo arbitraje CIADI; y en el caso del estado se vislumbra como improbable su insolvencia. Este tipo de medidas son etiquetadas por los referidos precedentes como verdaderamente extraordinarias sobre todo por lo problemático de tener que realizar un análisis preliminar sobre las posibilidades de éxito de un caso. Al respecto Pey Casado, párrafos 83, 87 y 89 y Maffezini, párrafo 20.

³⁷⁴ Schreuer, *ICSID Convention*, 784.

³⁷⁵ Pey Casado, párrafo 89.

normas de reconocimiento y ejecución del laudo como una sentencia nacional, lo que suele servir de paliativo para la necesidad de la medida de otorgar garantías³⁷⁶.

Por el otro lado en los temas relativos a restitución de concesiones terminadas el tribunal arbitral se encuentra limitado por los criterios sobre status quo y daño no susceptible de reparación económica -arriba desarrollados- así como por la regla de derecho internacional³⁷⁷ que establece que en caso de imposibilidad (por razones sociales o materiales) o desproporción la restitución puede ser cambiada por una compensación económica³⁷⁸. Esta disposición es reproducida por algunos tratados como los TLC de Costa Rica con Estados Unidos³⁷⁹, México³⁸⁰ y Canadá³⁸¹.

Este criterio toma especial relevancia en los casos de concesiones de explotación de recursos naturales en los que el derecho internacional reconoce plenamente la potestad expropiatoria del estado de conformidad con su legislación interna y los estándares internacionales³⁸².

³⁷⁶ Schreuer, *ICSID Convention*, 782

³⁷⁷ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. A/RES/56/83. (Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 2002), Artículo 35.

³⁷⁸ Occidental, párrafo 85

³⁷⁹ Ley n° 8622, artículo 10.26.1.B

³⁸⁰ Ley n° 9122, artículo 11.30.1.B

³⁸¹ Ley n° 7870, artículo XII.9

³⁸² "4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional." Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Resolución 1803 (XVII). (Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1962), Artículo 4.

Las dos medidas expuestas están dentro del amplio espectro de las medidas cautelares innominadas para la protección de derechos de las partes que comprende el Convenio CIADI sin embargo el derecho internacional da salidas alternativas para los problemas indicados que pueden justificar la abstención de los tribunales de dictarlas.

(2) Excepcionalidad y prudencia.

El criterio inherente para el dictado de medidas provisionales en el ámbito CIADI es la excepcionalidad. El tribunal de *Maffezini* recordaba -de forma atinada- que estas medidas son extraordinarias y no son un recurso que se pueda usar a la ligera³⁸³.

La excepcionalidad de la medida se observa cuando se dictan únicamente aquellas medidas que sean urgentes y necesarias para evitar un daño de difícil compensación económica a un derecho de las partes o al arbitraje como tal por lo que la medida debe ser la excepción y no la regla³⁸⁴.

Los tribunales deben ser especialmente cuidadosos al otorgar medidas limitativas de la potestad penal pues de lo contrario se caería en el absurdo de generar una inmunidad penal a la que los inversionistas no son acreedores.

Este problema del abuso es tocado por Don Wallace Jr., profesor de Georgetown, en el artículo *Criminal Investigations: A Hypothetical Case*; aquí desarrolla algunos problemas -que él mismo considera irresolutos- que atañen a este tema en particular tales como la diferencia entre el objeto

³⁸³ Maffezini, párrafo 10.

³⁸⁴ Convia, párrafo 121.

procesal de una persecución penal y el de un arbitraje de inversión -y por ende la dificultad de relacionarlos- y el balance entre la salvaguarda del proceso y la justicia penal; después de todo el ejercicio de una potestad es una prerrogativa legítima de los estados³⁸⁵ -y los tribunales arbitrales que han sido citados lo tienen claro-.

En el caso particular de la limitación de procesos penales los tribunales han optado por exigir el cumplimiento riguroso de los requisitos de previo a dictar su medida. El Tribunal de *Tokios* fue pionero al establecer el deber del solicitante de la medida de satisfacer un alto límite³⁸⁶ como condición para ejercer tutela cautelar. En ese mismo sentido fueron otros tribunales como el de *Caratube*³⁸⁷ y *Laos* en el que el tribunal reconoció que las circunstancias para el dictado de órdenes que limiten el ejercicio de la potestad de persecución penal son realmente excepcionales³⁸⁸, tal es el caso de utilizar de forma arbitraria el proceso como un medio para obtener un resultado que daña a las partes o al arbitraje.

Es una cuestión de sentido común que generar impunidad de personas investigadas por la comisión de delitos podría deslegitimar completamente el sistema, generando una presión de carácter político absolutamente innecesaria sobre este. De ahí que el sistema deba tomar las precauciones del caso y proveerse de los mecanismos que le permitan mantener una

³⁸⁵Don Wallace Jr., Don. «Criminal Investigations: A Hypothetical Case. » En *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, de Dora Ziyayeva, (Washington D.C.: International Law Institute Series on International Law, Arbitration and Practice, 2015), 202.

³⁸⁶ *Tokios Tokelés* contra Ucrania, caso CIADI No. ARB/02/18, orden no. 3 sobre medidas provisionales, 18 de enero de 2005, párrafos 12 y 13.

³⁸⁷ *Caratube*, párrafo 134

³⁸⁸ *Laos*, párrafo 26.

contención adecuada del poder con el que ha sido investido. El no abusar de sus competencias es requisito para mantener vigente el arbitraje CIADI³⁸⁹.

Capítulo segundo. Efectividad material de las medidas dictadas contra sujetos de derecho público

Si bien los árbitros pueden emitir ordenes provisionales que limiten el ejercicio de las potestades de imperio, estas deben llegar al momento de su eficacia material por medio de la ejecución, la cual puede ser por cumplimiento espontáneo del obligado (para efectos de esta investigación: el Estado) o bien por ejecución forzosa.

Primero debe establecerse la forma en la que se emite la decisión posteriormente los mecanismos que eventualmente podrían utilizarse para pedir su forzada ejecución y finalmente ver la forma en la que se han resuelto algunos casos prácticos.

a) Forma de la medida

i) ¿Recomendación u orden?

Si bien la literalidad del artículo 47 del Convenio de Washington se refiere a que el tribunal puede *recomendar* cualquier medida provisional, la evolución del derecho internacional ha permitido a los tribunales arbitrales - y otros tribunales de derecho internacional mencionados en el capítulo pasado- a crear una doctrina que establece la obligatoriedad de atender al dictado de las cautelas³⁹⁰. Esta doctrina ha sido asumida por algunos

³⁸⁹ El instinto de auto conservación es inherente a todo sistema, así lo manifiesta Crawford: "*The instinct of any system is its own preservation and perpetuation: international law is no different.*" Crawford, *Chance*, 228.

³⁹⁰ Maffezini párrafo 9. Véase también: Schreuer, *ICSID Convention*, 764

tratados como el DR-CAFTA o Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana³⁹¹.

La literalidad es solo uno de los criterios interpretativos de los tratados internacionales, su propósito y finalidad deben servir para tallabor³⁹², lo cual parece que tomaron en consideración los cultores de esta teoría, hoy dominante, sobre la obligatoriedad de las medidas.

Perenco hace un excelente y completo análisis sobre la obligatoriedad de este tipo de medidas³⁹³ en el que concluye que sea con base en la interpretación sobre la voluntad de los estados contratantes (*Maffezini*) o ateniéndose al desarrollo de la jurisprudencia de la CIJ y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (*Pey Casado*) la conclusión predominante hoy en día es la del carácter vinculante de la medida y la equivalencia del término recomendación al de orden³⁹⁴.

Esta conclusión es la correcta atendiendo a la naturaleza de cualquier sistema hetero-compositivo de controversias -sea arbitral, judicial o administrativo- las partes se someten a la autoridad de un tercero imparcial para que solucione el diferendo y como consecuencia deben atender las decisiones -sean interlocutorias o definitivas- de este sobre la conducción del proceso³⁹⁵. Este tipo de sistemas no son mecanismos de mediación o conciliación en los que se busca que las partes, por si mismas, arriben a una

³⁹¹ Artículo 10.20.8 DR-CAFTA.

³⁹² Artículos 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁹³ *Perenco, cautelares*, párrafos 66-77.

³⁹⁴ *Ibíd.* 74.

³⁹⁵ Según Thomas Clay el árbitro no debe permitir que se desvanezcan sus prerrogativas jurisdiccionales pues está obligado a conducir el procedimiento. Clay, 25.

solución del diferendo. Los tribunales no fueron concebidos para dar consejos a las partes.

Tal y como ha desarrollado la jurisprudencia, las medidas cautelares son herramientas al servicio de la justicia, muchas veces indispensables para poder llegar a una solución, basadas en su **necesidad**³⁹⁶ para proteger tanto los derechos de las partes como el propio arbitraje³⁹⁷ lo que está aunado al compromiso de los estados signatarios de la convención de acatar la autoridad del tribunal y las reglas de procedimiento, dentro de las que expresamente se contempla la competencia arbitral para dictar cautelares³⁹⁸.

Por ello se concluye que la decisión sobre medidas cautelares es materialmente una orden del tribunal, aunque, como se explicará en el siguiente apartado, la práctica arbitral contemporánea estila emitirlos - formalmente- como verdaderos laudos provisionales.

ii) Laudo provisional

A pesar de que el Convenio de Washington solo habla de recomendaciones, la doctrina diferencia dos formas básicas que puede presentar la medida provisional: una orden procesal o un laudo provisional³⁹⁹.

Ambas son de acatamiento obligatorio sin embargo se identifican diferencias entre ambas, la más evidente es la formalidad y exposición minuciosa de los razonamientos que lo conducen a la decisión del laudo

³⁹⁶ Schreuer, *ICSID Convention*, 764.

³⁹⁷ Perenco, *cautelares*, 69.

³⁹⁸ *Ibíd.* 67.

³⁹⁹ Lew, Mistelis, Kroll, 608.

versus la ausencia de rigurosidad y formalidad de la orden, la cual se conforma con ser una disposición imperativa. Esta diferencia genera otras discusiones sobre todo en torno a la ejecución de las órdenes bajo la Convención de Nueva York que en principio está reservada para los laudos y no para toda decisión arbitral así como la posibilidad de dictar una resolución sin escuchar a la contraparte⁴⁰⁰, lo cual sería viable por medio de una orden y no así de un laudo⁴⁰¹.

El laudo puede ser provisional o definitivo, el carácter de *res judicata* (cosa juzgada material) es el que los diferencia pues el primero resuelve de forma definitiva una controversia mientras que el segundo resuelve obligatoria y definitivamente⁴⁰² una situación provisional (hasta que pase el tiempo definido o que se resuelva definitivamente el problema de fondo), temporal, supeditada al criterio del tribunal que puede ordenar la variación o cesación de la medida en caso de que cambien las circunstancias por las que fue otorgada.

Desde la perspectiva teórica⁴⁰³ parece que es lo más correcto, atendiendo a las particularidades de la tutela otorgada por la medida provisional, sus implicaciones para el ejercicio de potestades por parte de estados soberanos y la necesidad de contar con medios de ejecución, es considerar que las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales CIADI deben presentarse en forma de laudos cautelares. A la luz de la mayoría de las resoluciones citadas en este trabajo, al menos a partir de *City Oriente*, se

⁴⁰⁰ Como se explicó en el capítulo dos, esta posibilidad se encuentra vetada del sistema CIADI.

⁴⁰¹ Yesilirmak, 192-193.

⁴⁰² Es definitiva siempre que se mantengan las circunstancias de su dictado.

⁴⁰³ González de Cossío advierte los problemas teóricos en los casos del arbitraje comercial internacional en derecho mexicano debido a la concepción generalizada del concepto *final* del laudo pero resalta las bondades que en la práctica se obtienen de decantarse por dicha forma al momento de emitir la cautela. Al respecto: González De Cossío, *Modificación*, 141.

puede concluir que la práctica arbitral contemporánea se ha decantado por la emisión de verdaderos laudos cautelares en vez de meras órdenes.

Como bien señala Salas: “*el lenguaje es una “herramienta” que condiciona, en una gran medida, nuestra forma de pensar y de percibir el mundo*”⁴⁰⁴ sin embargo el que ninguna de las órdenes se denomine a sí misma como “laudo” no implica que siga las formalidades y por ende posea los atributos que le identifican como uno.

b) Ejecución forzosa

Si bien lo deseable en todo sistema de controversias, sin excepciones, es que el cumplimiento de las resoluciones sea ejercido de forma espontánea y voluntaria⁴⁰⁵ por el obligado esto no suele ser la regla en los procesos contenciosos⁴⁰⁶. Ante la necesidad de contar con una garantía de efectividad de la medida⁴⁰⁷ es que se emplean medios coactivos para ejecutar las decisiones dictadas por los órganos judiciales y administrativos, las cuales toman prestados los árbitros para la ejecución forzosa de sus resoluciones.

Tal y como se indicó en el primer capítulo los árbitros carecen del poder de ejecución que les permita sancionar la desobediencia a sus órdenes⁴⁰⁸, pues se limitan al conocimiento y resolución de la controversia, por lo que

⁴⁰⁴ Minor Salas Solís, «Magia verbal: la manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social.», *Nómadas. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas* (Universidad Complutense de Madrid) Vol. 14, no 2 (2006): 12.

⁴⁰⁵ José Ángel Rueda García, «Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allenda c. República de Chile): sin exequátum», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Universidad Carlos III), Vol. 6, nº 1, (2014): 417.

⁴⁰⁶ Jiménez, *Enforcement*.

⁴⁰⁷ Rodríguez Mejía, 346.

⁴⁰⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, 2432.

deben recurrir a los sistemas judiciales para la ejecución forzosa de sus órdenes y laudos.

i) Forma de ejecución

El arbitraje CIADI posee un mecanismo específico de ejecución de laudos mientras que los arbitrajes localizados están -en la mayoría de países- sometidos a las disposiciones mínimas dadas por la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, estas condiciones de reconocimiento y ejecución pueden ser mejoradas por medio de disposiciones de sus leyes de arbitraje (en la que sobre sale el modelo UNCITRAL en sus diversas versiones).

Las medidas provisionales CIADI no tienen un mecanismo de ejecución previsto por el Convenio de Washington, y la aplicación de un mecanismo propio del arbitraje localizado es incoherente con los principios de este tipo de arbitraje, a continuación se hace una crítica de las posibles soluciones provisionales, así como una propuesta definitiva de ejecución.

(1) Remedios provisionales

Las leyes de arbitraje comercial y la Convención de Nueva York son dos opciones que si bien parecieran funcionar como paliativos para la ejecución de medidas cautelares no son los más adecuados.

De entrada, nos encontramos con que hablar de *reconocimiento* de una medida es contrario a la filosofía del Convenio de Washington pues permite la injerencia del Estado a la hora de dotarlo de la prerrogativa de negar el reconocimiento de la resolución.

La dependencia del criterio de una autoridad nacional para decidir si reconoce y ejecuta una medida implica una dilación contraria al sentido de la tutela cautelar en lo particular y la judicial efectiva en lo general, por lo tanto, no puede ser jamás considerada como la solución definitiva al problema de ejecución.

El procedimiento de *exequátur* -normalmente confiado a tribunales superiores- es un mecanismo que propicia la heterogeneidad de criterios y la imprevisibilidad judicial los cuales no son deseables en ningún sistema jurídico.

(a) Leyes de arbitraje

La ley modelo de UNCITRAL fue un esfuerzo de esta comisión de la ONU para unificar el marco normativo del arbitraje comercial internacional, data de 1986 y fue parcialmente enmendada en el año 2006. En el texto de 2006 se innovó con la inclusión de del Capítulo IV A. Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares, amplio artículo que vino a llenar el vacío sobre medidas cautelares en este tipo de arbitrajes. Su artículo 17, en los incisos H e I, contempla un mecanismo de ejecución de medidas cautelares extranjeras que parece ser sumamente amplio y eficaz⁴⁰⁹, además de respetuoso de la integridad de la orden emitida por el tribunal⁴¹⁰.

A pesar de las bondades de dicha medida este remedio no es adecuado por varias razones -además de la reiterada filosofía del sistema-, en primer lugar, según datos de UNCITRAL⁴¹¹ para junio de 2016 la ley modelo había

⁴⁰⁹ De Cossío, Modificación, 141.

⁴¹⁰ Artículo 17.1.2 de la Ley Modelo.

⁴¹¹ Número de textos dados a conocer a la Secretaría de la UNCITRAL disponible en el sitio web de la Comisión:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_stat_us.html a los cuales se pueden sumar adopciones parciales de la norma modelo a otras

servido de base para las leyes de 102 jurisdicciones en 72 Estados, de las cuales solo 23 jurisdicciones de 17 países habían adoptado las previsiones de 2006. Este hecho hace que el reconocimiento y la ejecución por medio de esta ley no sea una solución de carácter general.

En segundo lugar, el artículo primero de la ley modelo presenta un obstáculo al indicar que dicha norma no afectará a ninguna ley estatal que determine la imposibilidad de someter a arbitraje determinadas controversias o bien que tales controversias excluyan la aplicación de dicha norma⁴¹², por lo que resulta previsible la posibilidad de recurrir a la legislación interna referente a arbitrabilidad para oponerse a ejecutar la medida.

A esto se unen dos objeciones más: al menos en el caso costarricense se agrava la cuestión pues el mencionado artículo excluye expresamente la aplicación de la LACI en los casos de disputas de inversión⁴¹³ y por otro lado la norma posee el bemol de que la ejecución está confiada a la Sala Primera de la Corte, la cual puede decidir discrecionalmente a cuál tribunal delega tal ejercicio, desde nuestra perspectiva una sala de casación no resulta el órgano más célere para ejecutar una medida cautelar que se presupone urgente.

leyes como la LAI de Colombia y las normas del Código de Comercio mexicano. Al respecto Bosco Lee, 127; y De Cossío, *Modificación*, 141.

⁴¹² 1.5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). «Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial.» Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Nueva York: Naciones Unidas, 2006).

⁴¹³ 1.5 LACI. Ahora bien como último recurso para cumplir con una obligación internacional podría utilizarse este mecanismo pues el Estado no podría aducir la inexistencia de normativa interna para cumplir con la ejecución de decisiones y laudos a los que por medio de sus tratados internacionales -de mayor rango- se comprometió a ejecutar. Al respecto de esos tratados en Costa Rica ver Capítulo II.b.iii de esta tesis.

(b) Convención de Nueva York

Este tratado internacional data de 1958, se encuentra actualmente ratificado por 156 estados⁴¹⁴ y tiene como norte garantizar la unificación de normas sobre ejecución de “*sentencias arbitrales extranjeras*”, es decir el reconocimiento y cumplimiento forzoso de los laudos emitidos en arbitrajes localizados⁴¹⁵. Ante la falta de leyes nacionales más favorables⁴¹⁶ el mecanismo de reconocimiento y ejecución de la Convención es de aplicación directa.

Como se explicó en el segundo capítulo, el arbitraje CIADI fue concebido como libre de la aplicación de las previsiones de este tratado y/o cualquier ley sobre arbitraje comercial internacional, sin embargo, ante la limitación del mecanismo de ejecución comprendido por el Convenio de Washington y en ausencia de una regla específica, se convierte en la norma homogénea⁴¹⁷ más cercana para solicitar el reconocimiento y la ejecución de un laudo con condena no pecuniaria (sea provisional o definitivo) podría ser utilizada⁴¹⁸.

⁴¹⁴ «NY Convention Status», UNCITRAL, accedido el 9/6/2016. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁴¹⁵ Gaillard afirma que el espíritu de la Convención está basado en la visión multilocalizadora Gaillard, *Aspectos filosóficos*, 63.

⁴¹⁶ Jiménez resalta los casos de Costa Rica, México, Ecuador y Perú como casos que permiten ejecución y reconocimiento de las medidas. Jiménez, *Enforcement*, 3

⁴¹⁷ Pues a nivel de regulación legal del arbitraje no todos los países conciben la ejecución de medidas cautelares arbitrales y los que lo hacen no necesariamente -pues está el esfuerzo de la Ley Modelo UNCITRAL- poseen normas iguales.

⁴¹⁸ De esa forma lo consideran Lew, Kroll y Mistelis con respect a la ejecución de condenas no pecuniarias en laudos definitivos: “While the obligation to recognise awards is not limited to any form of award the facilitated enforcement procedure only covers the pecuniary obligations. Orders for specific performance or other non-pecuniary obligations must be enforced under the New York Convention or the law of the state of enforcement.” Lew, Mistelis, Kroll, 801.

Sobre la posibilidad de utilizar este tratado para la ejecución de medidas cautelares existe controversia⁴¹⁹, por ejemplo la nomenclatura utilizada por el texto en español se refiere a sentencia arbitral lo que la acerca al concepto del derecho interno de resolución final y definitiva, no obstante lo anterior esta investigación suscribe la tesis de Jiménez Figueres, quien señala lo infundado de la interpretación restrictiva de la Convención de Nueva York en virtud de su finalidad (dotar de herramientas que fortalecieran el sistema arbitral) y la interpretación del sentido de las palabras en inglés (*binding* -obligatorio- como antónimo de *voluntary* y no de *provisional*)⁴²⁰.

En consonancia con tal postura opinó la Corte Estadounidense de Apelaciones, segundo distrito en el caso *Kahn Lucas Lancaster Inc. v Lark International LTD*⁴²¹ al considerar que las versiones de la Convención de Nueva York en inglés, francés y español -lenguajes de trabajo de la ONU- tienen por finalidad el reconocimiento de resoluciones obligatorias, no necesariamente finales⁴²².

Esta previsión, además de las dificultades dadas por el *reconocimiento*, tiene la problemática particular de la inexistencia de acuerdo sobre su aplicación a la ejecución de cautelas arbitrales por lo que existe una nebulosa en la práctica sobre su aplicabilidad.

⁴¹⁹ Jiménez Figueres, *enforcement*, 27.

⁴²⁰ *Ibíd.*

⁴²¹ Así citado por Olena Perepelynska. *Ibíd.*

⁴²² Sin embargo, hemos de ser conscientes de que esta posición es debatible pues las nociones de *sentencia* y *sentence* llevan implícito el carácter de final.

(2) Respuesta adecuada: Convenio de Washington

El sistema CIADI, si bien es sin lugar a dudas un mecanismo arbitral, producto de la naturaleza deslocalizada -tratada a fondo en el segundo capítulo- se asemeja más a un tribunal de derecho internacional público⁴²³ que a uno arbitral comercial. Este tratado estableció que sus laudos se ejecutarían de una manera distinta a la de la Convención de Nueva York pues la idea de un arbitraje sin sede (independiente del derecho de un país) requería sacar del panorama a las cortes nacionales.

Por ello la convención expresamente eximió a los laudos CIADI de la injerencia de los tribunales nacionales en la anulación del laudo -dejándolo para una comisión ad hoc según lo dispuesto por el 52 del tratado- y del requisito del exequátur el cual sustituyó por la certificación de la secretaría del CIADI -según el numeral 54 del Convenio-. El laudo tiene fuerza ejecutiva en todos los estados parte del tratado, es un equivalente de la sentencia emitida por los tribunales nacionales del país⁴²⁴. No obstante lo dicho se dejó un vacío en torno a ejecución de medidas provisionales.

(a) Inaplicabilidad del artículo 54 a este tipo de medidas cautelares

A pesar de lo vanguardista que es este sistema de ejecución -que data de mediados del siglo XX- la doctrina señala dos obstáculos para la aplicación de la actual disposición del Convenio a las medidas cautelares: el primero referente a que es exclusivo para laudos y que el sistema CIADI no denomina a las medidas provisionales con tal nombre; el segundo que la norma limita su aplicación al cumplimiento de obligaciones pecuniarias. El primero nos

⁴²³ Rueda García, 420.

⁴²⁴ Christian B. Sommer, «El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ejecución directa o aplicación del exequátur?», Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público (Universidad Nacional de Córdoba), Vol. 1, nº 1 (2011): 5-6

resulta posible de vencer sin embargo la literalidad del segundo y la interpretación de la doctrina lo muestra como un obstáculo infranqueable.

i) Aplicación exclusiva a laudos definitivos

Esta posición es eminentemente formalista y atiende a la inexistencia de la nomenclatura *laudo* en el texto del tratado y la imposibilidad de equipararlo a tal por no ser final⁴²⁵, sin embargo, como fue indicado en las líneas anteriores, las características de las resoluciones cautelares revisadas para esta investigación, al menos las dictadas en la práctica arbitral de los últimos diez años, han permitido concluir que los tribunales emiten verdaderos laudos interlocutorios o provisionales.

Tampoco es admisible el criterio de que con base en el artículo 26 del Convenio las partes no pueden solicitar la ejecución de medidas cautelares⁴²⁶ pues el fin de dicha norma es proteger la exclusividad de jurisdicción del tribunal y en el caso de pedir apoyo al juez para ejecutar una resolución del propio tribunal lo que se hasta haciendo es reafirmar la autoridad del tribunal -y por ende del sistema- para emitir disposiciones vinculantes para las partes. Este argumento sería admisible si se pidiera tutela cautelar directamente al juez, pero no existe ningún obstáculo sustancial que impida a la autoridad jurisdiccional nacional ejecutar la medida dictada por el tribunal de arbitraje.

Esta investigación comparte la visión que parece privar en Estados Unidos que en varias cortes han ejecutado medidas cautelares por medido de la

⁴²⁵ Kaufmann, 546.

⁴²⁶ Ibid.

norma federal sobre arbitraje sin elucubrar teorías formalistas restrictivas con base en la forma en la que fue emitida⁴²⁷.

ii) Aplicación exclusiva a obligaciones pecuniarias

El artículo 54 del Convenio de Washington es muy claro al establecer que el laudo emitido por el tribunal arbitral obliga a las partes, sin embargo, con respecto a las obligaciones dinerarias existentes en el laudo va más allá y expresamente compromete a las partes a ejecutarlas por los mismos medios que una sentencia nacional con carácter de *res judicata*.

El Convenio de Washington tiene tres traducciones auténticas: francés, español e inglés. El artículo 54 de las dos primeras versiones es muy consistente al referirse a “L'exécution” y variantes del verbo “ejecutar”, respectivamente; sin embargo, la versión en inglés es oscura en el tanto los dos primeros incisos hacen referencia a “enforcement” mientras el tercero emplea la dos veces la palabra “execution”.

A pesar de que ambos términos anglosajones podrían ser diferenciables desde el punto de vista teórico (el primero es más amplio que el segundo⁴²⁸), esta investigación no identifica elementos lo suficientemente fuertes que permitan sostener una tesis sobre la ejecución de medidas cautelares por los medios del artículo 54 del Convenio de Washington, al menos no bajo su redacción actual (muy específica en torno “las obligaciones pecuniarias”) razón por la que más adelante se realiza una propuesta de *lege ferenda*.

⁴²⁷ “In such cases, the courts have focused on the nature of the relief ordered by the arbitrators and not whether the order of provisional measures was labeled an “award,” even though the provisions of the Federal Arbitration Act relating to enforcement of awards were invoked” Abby Cohen Smutny, Anne D. Smith, & McCoy Pitt. «Enforcement of ICSID Convention Arbitral Awards in US Courts.» *Pepperdine Law Review*, Vol. 43, (2016): 668.

⁴²⁸ Al respecto de la discusión terminológica en la versión inglesa: Schreuer, *ICSID Convention*, 1135-1136.

iii) Sobre la problemática de la inmunidad soberana

Sin duda alguna desde los años 50 del siglo XX se han hecho ingentes esfuerzos por modernizar el arbitraje internacional⁴²⁹ y dotarlo de herramientas que le permitan evolucionar como un mecanismo de solución de controversias más eficiente. A pesar de esto el tema de la ejecución de laudos arbitrales mantiene un aura de complejidad en razón de la falta de un *imperium* arbitral, esta *peccata* no es exclusiva del arbitraje comercial internacional sino que se presenta en el derecho internacional⁴³⁰ y en los casos de arbitraje de inversión⁴³¹.

El artículo 55 del Convenio de Washington es claro al someter el procedimiento de ejecución del artículo 54 al respeto por las normas domésticas sobre inmunidad de ejecución.

Al respecto de este punto, el editorial de la tercera edición de la Revista de Derecho Internacional de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) expone -con razón- el desafío que representa la remisión a la normativa interna -respecto al principio de inmunidad

⁴²⁹ Por medio de tratados internacionales sobre el tema, la proliferación de cláusulas arbitrales en contratos y tratados, elaboración de leyes modelo, modernización de legislación nacional y desarrollo de jurisprudencia, doctrina y docencia, crecimiento y especialización de instituciones administradoras de arbitraje, entre los más importantes.

⁴³⁰ Attila Tanzi, «Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations», *European Journal of International Law*, Vol. 6, and n° 1 (1995): 539-572.

⁴³¹ "Sin temor a equívocos puede apuntarse a dicha situación como la causa que genera, y de hecho ha generado¹¹, que a pesar de concluir con éxito un procedimiento arbitral ante CIADI, finalmente la pretensión nunca sea satisfecha o no llegue a concretarse con la celeridad y eficacia que las partes desearon cuando sometieron el contrato a tal Centro. Queda un vacío en cuanto a la fase ejecutoria en virtud de que el procedimiento se ha llevado de cierta manera y durante la fase de ejecución las circunstancias cambian, según se expondrá de seguido." Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI). « ¿Convenio CIADI incompleto? Desafíos en la ejecución de los laudos» *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, n° 1 (2014): 9.

soberana- para los inversionistas que pretenden ejecutar laudos ante tribunales nacionales aduciendo la maleabilidad -en casos abusiva- de dicho principio y los problemas de tiempo y eficiencia que este implica⁴³².

Este artículo podría acarrear problemas eventuales relativos a la ejecución de las medidas provisionales producto de una interpretación sesgada⁴³³ - desde nuestro punto de vista- por lo que lo más adecuado es que expresamente se declare la inaplicabilidad de este principio a la materia cautelar.

La renuncia a la inmunidad de jurisdicción está más que expresada por medio del texto del artículo 25 de Convenio de Washington, así como por el consentimiento del arbitraje, tal renuncia es suficiente para todas las instancias procesales⁴³⁴.

Al tener claro que las medidas provisionales son una forma de proteger la integridad y exclusividad del arbitraje es claro que pretender eximirse de su cumplimiento, aún bajo la mampara de la inmunidad de ejecución, no es otra cosa que pretender recurrir a la inmunidad de jurisdicción⁴³⁵ lo cual sería en sí mismo una acción dirigida a frustrar el arbitraje y como tal violatoria del artículo 25 del Convenio de Washington.

⁴³² *Ibíd.*, 6-14.

⁴³³ Esto en el tanto el concepto de inmunidad soberana ha girado en torno a la autoridad de cortes extranjeras sobre el estado y su propiedad. Al respecto Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes y Shaw, 507-519

⁴³⁴ González De Cossío, *Arbitraje de Inversión*, 100.

⁴³⁵ "El artículo 25 del Convenio CIADI establece que el consentimiento al arbitraje implica una renuncia irrevocable a la inmunidad de jurisdicción. Es decir, a ser parte en el arbitraje. Vinculado por su consentimiento el Estado no podrá interponer una excepción de inmunidad soberana que pueda frustrar el arbitraje CIADI. Es decir, el consentimiento al arbitraje CIADI implica una renuncia al primer tipo de inmunidad soberana: inmunidad de jurisdicción." González De Cossío, *Arbitraje de Inversión*, 67.

La existencia del artículo 55 es otra razón más para considerar que el mecanismo de ejecución de las condenas pecuniarias no le es aplicable a las medidas provisionales.

(b) Propuesta de lege ferenda

Esta investigación considera que es necesario esclarecer el marco de dictado y ejecución de medidas cautelares en arbitrajes CIADI, la forma más adecuada, aunque sin duda complicada, sería por medio de la consolidación de un instrumento normativo que garantice tres principios:

- Permitir que la orden pueda ser ejecutada por los mecanismos de ejecución de medidas cautelares de derecho interno
- La inaplicabilidad de las normas internas sobre inmunidad soberana
- Dotar de un mecanismo con el cual se sancione la inobservancia de las medidas provisionales

- i) Creación de un instrumento normativo de derecho internacional que permita acceder a los mecanismos de ejecución del derecho interno

Si bien la redacción del artículo 54 -secundado por los comentarios de la doctrina- es lo suficientemente clara como para desistir de aplicarla a las medidas cautelares es, al menos desde la posición de esta investigación, indudable que las medidas provisionales emitidas por tribunales arbitrales CIADI deben atender a la filosofía del tratado y ser ejecutadas de la misma manera en que lo son los laudos con condenas pecuniarias: deben ser sometidos al procedimiento de ejecución de la jurisdicción contencioso administrativa y sancionar su desobediencia según cada ordenamiento nacional lo considere.

Por esta razón, emulando *mutatis mutandis* la propuesta realizada por Dyalá Jiménez en el caso del arbitraje comercial internacional⁴³⁶, es que resulta pertinente asumir la responsabilidad que se tiene con el sistema y redactar un instrumento anexo a la convención -que también podría ser decretado para relaciones específicas en el articulado de tratados y leyes de protección de inversión así como contratos- que regule la materia de medidas cautelares con base en el desarrollo que se ha expuesto a lo largo de esta tesis y que además establezca cual es el mecanismo para ejecutar estas medidas.

En lo relativo a ejecución de la materia que nos ocupa el instrumento puede limitarse a considerar que:

“el laudo de medidas provisionales que imponga obligaciones al Estado parte del arbitraje se podrá ejecutar por los mismos mecanismos de ejecución de medidas cautelares vigentes para sujetos de derecho público en el estado requerido. Para dichos efectos el laudo emitido se reputará como la versión final de la resolución que ordena medidas cautelares por lo que su modificación o terminación podrá ser decretada únicamente por el tribunal arbitral que la ordena.

En materia de medidas provisionales el Estado no podrá invocar sus disposiciones sobre inmunidad de ejecución.

La inobservancia del contenido de la medida provisional dará pie a la imposición de una multa pecuniaria por parte de la Secretaría General del Centro”

⁴³⁶ Jiménez Figueres, *enforcement*, 25.

ii) La remisión a los mecanismos de ejecución del derecho interno en el caso de Costa Rica

Esta previsión lo que pretende es permitir el acceso a las vías del derecho interno para ejecutar los laudos cautelares los cuales podrían funcionar como un recurso importante y bastante efectivo pues pone al servicio del sistema CIADI los mismos recursos coercitivos de los que goza el derecho interno.

En caso de que se materializara tal innovación normativa el órgano competente para ejecutar la orden en Costa Rica sería el Tribunal Contencioso Administrativo en aplicación de los títulos III y VIII así como artículo 128 todos del Código Procesal Contencioso Administrativo.

El proceso contencioso administrativo costarricense posee un ámbito de acción cautelar mucho más amplio y eficiente que el que ofrece el Convenio (no en vano pasaron más de 50 años entre la redacción de ambas normas) y dentro de las órdenes que puede emitir el juez contencioso están medidas inhibitorias que limitan el ejercicio de potestades de imperio de la administración⁴³⁷ por lo que el mecanismo de ejecución prevé el cumplimiento de este tipo de órdenes.

La interpretación de la doctrina más calificada⁴³⁸ asevera que los jueces gozan de todos los poderes dados atinentes a la ejecución de sentencias al servicio de la ejecución de la medida cautelar⁴³⁹.

⁴³⁷ Jinesta, *Capítulo VII. Medidas cautelares* 184.

⁴³⁸ La de los propios redactores del código, por medio de una publicación de la Escuela Judicial, órgano de capacitación de la judicatura costarricense.

⁴³⁹ Jinesta, *Capítulo VII. Medidas cautelares*, 195.

La imposición de esta clase de medidas cautelares (art. 20 CPCA) hace una remisión a la norma que tutela la condena que limita u obliga al ejercicio de potestades discrecionales de la administración (art. 128 CPCA) dicha norma establece la forma de ordenar la conducta -o a *contrario sensu* la abstención de esta- cuando es determinada⁴⁴⁰-de forma directa- o cuando deba determinarse -por medio del procedimiento de ejecución-.

El artículo 129 del CPCA refiere que ante el incumplimiento el juez ejecutor puede recurrir a las prerrogativas que le dan sus artículos 158 y 159 que son atinentes a la responsabilidad civil, disciplinaria y penal del funcionario que desobedece, entre las que destacan la posibilidad de establecer una multa económica y el testimonio de piezas al ministerio público⁴⁴¹.

iii) ¿Por qué esta respuesta?

La tutela cautelar se encuentra íntimamente ligada al principio de tutela judicial efectiva, la justicia no es efectiva cuando se mercantiliza el sistema y todo se reduce a términos económicos, por lo que limitarse a un mecanismo de daños⁴⁴² o de sanciones⁴⁴³ -los cuales podrían funcionar como medios subsidiarios- es, desde la perspectiva de esta investigación, algo insuficiente para lograr satisfacer el ideal de justicia.

Tomando en consideración que el derecho internacional carece de los mecanismos propios para ejecutar las resoluciones por medio de la fuerza,

⁴⁴⁰ La determinación consiste en el contenido de la obligación, su plazo, sus límites fácticos y jurídicos.

⁴⁴¹ Por ejemplo, el artículo 314 del Código Penal vigente castiga el delito de desobediencia con pena privativa de libertad de seis meses a tres años. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 4573: «Código Penal».

⁴⁴² Como el recurso actual.

⁴⁴³ Como el propuesto por Jake Rylatt para las medidas cautelares emanadas de la Corte internacional de Justicia: "*pecuniary measures provide the greatest method to ensure compliance.*" Rylatt, 67.

así como la necesidad de que las medidas se materialicen de forma rápida, es necesario contar con mecanismos que permitan esto.

Por otra parte, el tratado sobre el que se basa el sistema CIADI tiene una filosofía propia: autonomía y aplicación directa e independiente de un instrumento emanado de un tribunal arbitral, en un procedimiento administrado por un organismo internacional y que carece de una sede. La interpretación de las normas y el espíritu de cualquier cambio o adición que se haga al sistema deben ser una evolución que fortalezca esos principios y no que consista en un retroceso del derecho internacional.

Si bien se comparten las críticas existentes a la ejecución de laudos CIADI por medio de los mecanismos del derecho interno⁴⁴⁴ esta problemática no se combate privando a los mecanismos cautelares de utilizar los mecanismos de ejecución que tienen las órdenes análogas que emanan de autoridades nacionales. La solución del problema de ejecución expuesto sería por medio de la disposición explícita sobre la inaplicabilidad de las normas de inmunidad de ejecución a materia de medidas cautelares.

Este fungiría como un primer recurso y en caso de incumplimiento se podría recurrir a un mecanismo suplementario de carácter represivo⁴⁴⁵, por medio de la imposición de multas monetarias en contra de los Estados que incumplen, de forma similar al sistema de medidas pecuniarias que posee la Corte de Justicia de la Unión Europea⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Con respecto a la aplicación del principio de inmunidad soberana por parte de los tribunales nacionales. Asociación Costarricense de Derecho Internacional, 6-14.

⁴⁴⁵ Siguiendo la propuesta de Jake Rylatt.

⁴⁴⁶ Unión Europea. Versión Consolidada del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea OJ C115/47 (Roma: Unión Europea, 2008), Art 260.

c) Consecuencias derivadas de su incumplimiento

i) Responsabilidad internacional del estado

Bajo el esquema actual pareciera que la única consecuencia derivada del incumplimiento de las medidas cautelares es el reclamo de responsabilidad internacional para el Estado infractor. Esta se da cuando existe una actuación del Estado inconsistente con una obligación internacional, sin que importe la fuente de tal obligación⁴⁴⁷.

Tal y como se detalló en las líneas precedentes cada Estado contratante posee la obligación internacional de respetar la autoridad exclusiva del tribunal arbitral derivada del artículo 26 del Convenio de Washington. Si partimos de la interpretación dada por el tribunal de *Perenco* el Estado los estados parte del convenio CIADI contrajeron la obligación de cumplir con las medidas provisionales dictadas por el tribunal pues el compromiso de acatar las decisiones definitivas implica necesariamente cumplir con las interlocutorias que permiten llegar finalmente al laudo definitivo⁴⁴⁸.

Partiendo del principio de unidad del Estado, expuesto por el tribunal de *Convial Callao*, la responsabilidad internacional sobre los actos de la totalidad de órganos y entes de la administración pública recae en el Estado; por lo cual un problema de coordinación interna para cumplir con

⁴⁴⁷ James Crawford, «Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts» *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2012): 3. url: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf

⁴⁴⁸ *Perenco, medidas*, párrafo 67.

el mandato del tribunal arbitral no exime ni atenúa la responsabilidad del contratante⁴⁴⁹.

Por esto, si se materializa un daño⁴⁵⁰ a raíz de la inobservancia de la medida el Estado infractor puede enfrentar un proceso ante la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con los artículos 27 y 64 del Convenio CIADI, promovido por el Estado del cual es nacional el inversionista. Estos daños tienen como consecuencia la obligación de cesación y no repetición de la conducta ilícita, así como la reparación de perjuicios materiales y morales.

Si bien estas disposiciones son, desde nuestra óptica, atinadas no resuelven el problema de forma total pues, en primer lugar requieren que se materialice una daño por lo que de no demostrarse la conducta no generará una consecuencia; y en segundo plano es tutela ex post, que involucra un litigio entre estados ante la CIJ por lo cual la idea de urgencia jamás se ve satisfecha. Por ello son un recurso útil mas no suficiente para garantizar la ejecución de medidas provisionales.

ii) Sanciones

La posibilidad de dotar al sistema CIADI de sanciones en contra de las partes que incumplan con el tratado es sin duda alguna un mecanismo de alto valor coercitivo, de hecho es la solución que Rylatt propone para las cautelares de emitidas por la CIJ⁴⁵¹. Esta adaptación del sistema de la Unión Europea⁴⁵², sería una opción interesante ya que multa a los Estados que desobedezcan los mandamientos del tribunal.

⁴⁴⁹ Convia, *medidas*, párrafo 125.

⁴⁵⁰ Shaw, 568.

⁴⁵¹ Rylatt, 67.

⁴⁵² Unión Europea. *Versión Consolidada*, Art 260.

Tal y como señala la doctrina en el sistema actual existe cierto miedo a la actitud que el Banco Mundial (institución internacional a la cual está afiliada el CIADI) pueda adoptar ante la negativa de cumplimiento de las partes⁴⁵³ sin embargo este es un poder informal, eventual⁴⁵⁴ y que además puede ser menos efectivo para los países menos dependientes de los préstamos del Banco.

Si bien las características del Banco Mundial son muy distintas a las de la Unión Europea debe llamarse la atención sobre el efecto coactivo que un sistema de multas podría tener en los casos de ejecución. Es un tema que resulta interesante pero cuya viabilidad se sale de las pretensiones investigativas de este trabajo por lo cual estas líneas no hacen más que tocar, de forma superficial y dejándolo sobre la palestra para un posterior debate.

iii) Sobre las inferencias negativas

Las inferencias negativas⁴⁵⁵ son una amenaza genérica para las partes de que cualquier desobediencia de las órdenes cautelares podrá ser tomada en cuenta para decidir la controversia de forma contraria a sus intereses⁴⁵⁶.

⁴⁵³ González De Cossío: "... existe un aspecto meta-jurídico que impacta la ejecución de dichos laudos: el "factor Banco Mundial". Dado que el CIADI es una institución afiliada al Banco Mundial, existe un cierto "temor reverencial" al Banco Mundial, y sus políticas de extensión de créditos, que beneficia las posibilidades de ejecución de un laudo CIADI. Si bien dicho aspecto psicológico es inverificable, muchos practicantes le otorgan un peso importante.²¹²González De Cossío, *Arbitraje de Inversión*, 96.

⁴⁵⁴ Al respect ver: Parra, Antonio. «The enforcement of ICSID arbitral awards» (Conferencia presentada en el 24º joint colloquium on international arbitration, Paris, 16 noviembre de 2007) <http://www.arbitration-icca.org>. 2007. http://www.arbitration-icca.org/media/4/39889320043113/media012144885278400enforcement_of_icsid_awards.pdf

⁴⁵⁵ Lew, Mistelis, Kroll, 593.

⁴⁵⁶ Kauffmann, 546.

Si bien este tipo de consecuencias pueden tener un efecto realmente efectivo que genere el sometimiento de las partes, no es un remedio válido ni respetuoso de las características propias de un arbitraje de derecho. Born acierta al recordar que aun y cuando, a nivel subjetivo, una parte se comporte de forma reprochable esto no exime al tribunal de su deber de resolver de forma imparcial –“objetiva”- y con base en los hechos probados y el derecho aplicable⁴⁵⁷.

La imparcialidad, definida como la no predisposición del árbitro a favorecer -o perjudicar- a alguna de las partes⁴⁵⁸ es una de las bases de la función jurisdiccional y como tal es exigible a los árbitros a la hora de solucionar una controversia⁴⁵⁹ por lo que están obligados a resolver la diferencia sobre una base de evidencia y argumentación jurídica.

Cambiar la forma de resolución de un caso con base en la actitud de las partes o bien ignorar prueba o desaplicar normas simplemente porque una parte irrespetó la autoridad del árbitro -pretendiendo una suerte de excepción *non adimpleti contractus*- es una desnaturalización del arbitraje y un incumplimiento de obligaciones del árbitro por lo cual no puede ser un mecanismo adecuado para sancionar la inobservancia de cautelares.

⁴⁵⁷ Born, *international commercial arbitration*, 2248 y Fernando Mantilla Serrano «La Selección del Árbitro y su obligación de independencia» en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013), 40.

⁴⁵⁸ Conceptos diferentes pero ligados entre sí. Mantilla Serrano, 41.

⁴⁵⁹ Clay, 39.

d) Algunos casos prácticos

(1) El caso City Oriente

En City Oriente el Estado, a pesar de solicitar la revocación de las medidas, fue respetuoso de la ejecución de la medida provisional de no iniciar o continuar un proceso penal en contra de personeros de City Oriente, aunque no sin que personeros estatales manifestaran el conflicto interorgánico que supone el acatamiento de esta clase de medidas pues es una decisión que ejerce la fiscalía.

"...El procurador del Estado, Xavier Garaicoa, señaló ayer que estas medidas, que en esencia ordenan a Ecuador no tomar acciones contra la compañía mientras concluye el arbitraje, son de imposible aplicación. ... Las medidas se dictaron ante la decisión de la Fiscalía de Ecuador dictar la prisión preventiva para los ejecutivos de la firma. "Yo no puedo decirle al Fiscal que no actúe, son entes autónomos. Mi obligación es notificar a los organismos de estas medidas", su aplicación dependerá de la decisión de esos organismos (sic), dijo. No obstante, el funcionario espera que este proceso arbitral concluya en una negociación amistosa con el Gobierno. ..."⁴⁶⁰

La solicitud de revocatoria fue desestimada por el tribunal arbitral⁴⁶¹ por lo que se confirmaron las medidas cautelares otorgadas que de cierta manera fueron reafirmadas por la decisión de la Segunda Sala de lo Penal:

⁴⁶⁰ El Comercio. «Las Medidas Cautelares en caso City con (sic) posibles de cumplin». El Comercio 29 de noviembre de 2007. <http://biblioteca.bce.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=74793>

⁴⁶¹ City Oriente Limited contra la República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, decisión sobre revocación de medida provisionales y otros aspectos procesales, 13 de mayo de 2008, párrafo 96.

*“éste dictó las siguientes medidas provisionales al amparo del Art. 47 del Convenio del CIADI: “1.- La República del Ecuador y la Empresa Estatal del Ecuador (Petroecuador) se abstendrá de:- **Iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a City Oriente Limited y/o sus directivos o empleados,...***

2.- Las presentes medidas provisionales continuarán en vigor, en tanto el Tribunal no las modifique o revoque o dicte su laudo definitivo.”.

Por cuanto esta Resolución del CIADI determina un obstáculo legal para el desarrollo del proceso por los hechos antes referidos, no podía el señor Ministro Fiscal General del Estado iniciar la presente instrucción fiscal, hasta tanto se remueva este obstáculo, conforme a lo establecido en los Arts. 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal; obstáculo que persiste hasta el momento y consecuentemente, no puede seguirse con la sustanciación de esta causa, porque se vulnera el debido proceso.”⁴⁶²

En este caso las autoridades judiciales ecuatorianas actuaron de forma armónica con el sentido del Convenio de Washington, aunque la resolución parece más influenciada por el respeto de las garantías procesales penales de los imputados, y la posibilidad de querer evitar nulidades en este, que por el ánimo de cumplir con las obligaciones de derecho internacional del Ecuador.

⁴⁶² Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia de la República de Ecuador. Voto de las 11:00 del 9 de junio de 2008.

Sin duda alguna este caso ilustra de forma amplia un problema general de las obligaciones impuestas al Estado por medio de resoluciones emanadas de tribunales de derecho internacional pero que requieren de la acción de sus órganos o entes⁴⁶³, pues en virtud de la distribución de funciones entre cada poder independiente⁴⁶⁴ la representación del estado ante el arbitraje carece de competencia interna para obligar a los otros poderes a actuar de determinada forma. A pesar de esto el Estado es uno solo para efectos del Derecho Internacional⁴⁶⁵.

Finalmente, City Oriente y Ecuador llegaron a un acuerdo y transaron su diferencia⁴⁶⁶ por lo que el arbitraje fue discontinuado y las medidas quedaron sin eficacia.

(2) Burlington

En Burlington el tribunal ordenó la abstención por parte del estado de realizar actos que pudieran llevar al inversionista a abandonar su operación y particularmente a finalizar el procedimiento administrativo de “coactivas”⁴⁶⁷ por el que pretendían ejecutar el cobro de cuotas adeudadas por la

⁴⁶³ En Costa Rica se ha ejemplificado con don fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han impuesto a Costa Rica obligaciones de cambiar disposiciones de su derecho interno (labor desempeñada por el poder legislativo), los casos específicos son Herrera Ulloa y Artavia Murillo, ambos contra Costa Rica y obligaban a innovar con legislación que permitiera acceder al recurso de apelación de la sentencia penal y a la fecundación in vitro, respectivamente. Al respecto: César Hines, «Il. Fuentes del ordenamiento jurídico-administrativo.» En *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar, (San José: Editorial Jurídica Continental, 2008), 66-67; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴⁶⁴ Artículo 9 CPR.

⁴⁶⁵ Herdegen, *Derecho internacional público*, 71.

⁴⁶⁶ Associated Press. «City Oriente entregará sus instalaciones a Ecuador esta medianoche.» *Diario el Universo*, 30 de julio de 2008 <http://www.eluniverso.com/2008/07/30/0001/9/148726D0BDDDB453780EA536D15AF1838.htm>

l

⁴⁶⁷ Burlington, *medidas*, párrafos IV.7 y IV.8.

petrolera Burlington en virtud de la Ley No. 2006-42 -que aumento la cuota de contribución que debía reconocerse al Estado-, todo esto discutido en el fondo de la controversia.

Ecuador fue bastante menos respetuoso en esta ocasión y a pesar de que no existía ningún lío interorgánico en virtud de que el procedimiento a suspender estaba siendo ejecutado por la misma administración involucrada, continuó con los procedimientos aduciendo que los funcionarios estaban obligados por la referida ley a realizar el procedimiento y que su inobservancia acarrearía responsabilidad civil y penal⁴⁶⁸.

Esta justificación no solo es inadmisibile por parte de un tribunal de derecho internacional público en aplicación del artículo 27 de la ya citada Convención de Viena y la costumbre internacional, sino que al admitirlo el tribunal consiente que un gobierno, de forma flagrante desconozca el valor de la orden del tribunal para el derecho interno pues la suspensión del procedimiento -y por ende del deber de aplicar esa ley para ese caso concreto- proviene de un mandato legal de un órgano de derecho internacional público reconocido y vinculante para el Estado ecuatoriano.

Además, continúa el laudo diciendo que tres ministros del Estado dijeron que, para el entendimiento de Ecuador, las medidas eran meras recomendaciones no vinculantes⁴⁶⁹ lo cual contradice la postura que había mantenido Ecuador ante *Cit y Oriente*, inclusive declarado así por una sala de su Corte Suprema de Justicia.

⁴⁶⁸ De acuerdo con el laudo la justificación de Ecuador para desatender la orden fue que: "*Under Ecuadorian law, public officials were under a duty to enforce Law 42, the breach of which would have resulted in civil and criminal liability.*" Burlington, Laudo, párrafo 646.

⁴⁶⁹ *Ibíd.* Párrafo 499.

Si bien Tribunal tomó en consideración el incumplimiento hecho por el Estado no adoptó ninguna determinación al respecto al considerar que *per se* no constituyó una violación al estándar de expropiación⁴⁷⁰, lo cual si bien es acertado demuestra que el tomar en consideración el incumplimiento de la medida, a la hora de resolver definitivamente, no es precisamente la solución más adecuada para garantizar la eficacia de la medida.

De hecho, en este caso uno de los árbitros, el chileno Francisco Orrego Vicuña designado por el inversionista, emitió una decisión disidente por la que consideró, entre otras cosas, que no es correcto dejar pasar un incumplimiento de medidas cautelares sin que el Estado sufra consecuencias⁴⁷¹. El dejar sin efecto la desobediencia del Estado es una forma de consentir el desprecio a la autoridad del Tribunal y demuestra que este tema requiere de una definición para que las medidas no sean un simple saludo a la bandera⁴⁷².

(3) Perenco

En Perenco el estado ecuatoriano se negó a cumplir con la medida provisional ordenada por el tribunal y continuó con el ejercicio del procedimiento administrativo para cobrar cuotas que consideraba

⁴⁷⁰ "While the Tribunal certainly does not condone Ecuador's failure to abide by the provisional measures, it cannot agree with Burlington's contention." Burlington Resources Inc. contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párrafo 481.

⁴⁷¹ "30. Moreover, such measures were adopted in disregard of the provisional remedies ordered by the Tribunal, a situation that renders Coactiva quite at odds with the orderly conduct of arbitration proceedings and the authority of the Tribunal. I respectfully suggest that such an event should not pass without consequences." Burlington Resources Inc. contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, opinión disidente del árbitro Orrego Vicuña, 8 de noviembre de 2012, párrafo 30.

⁴⁷² En la orden cautelar el tribunal inclusive dijo, sobre una carta enviada las partes en la que se solicitó abstenerse de alterar el statu quo, que "no podía entenderse como una invitación desprovista de consecuencias legales" Perenco, medidas, párrafo 76.

adeudadas por el inversionista. El sustento normativo sobre el que se basó Ecuador fue el mismo que el de Burlington la Ley No. 2006-42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos⁴⁷³, que entró en vigencia con posterioridad a los contratos de participación por los que el Estado concesionó la explotación de los yacimientos de petróleo.

De acuerdo con lo externado por el tribunal, Ecuador estaba obligado a cumplir con las medidas en virtud de la existencia de una obligación contractual, ya que el Estado se comprometió por medio de las cláusulas 22.2.2 de los contratos de participación a respetar el laudo y las decisiones del tribunal⁴⁷⁴, con esto se generó una expectativa reforzada -más allá de la genérica- para el inversionista de que se respetaría el contenido de la medida provisional⁴⁷⁵.

Este caso es un claro ejemplo de que el tribunal puede tomar en consideración la actuación de Ecuador, en este caso declaró que el incumplimiento de las medidas constituyó en sí mismo una violación al contrato por lo cual debía resarcir Perenco. Si bien el laudo sobre la magnitud y cuantificación de daños se encuentra aún pendiente de resolución⁴⁷⁶ el tribunal deberá tomar en consideración el que la

⁴⁷³ Perenco Ecuador LTD. Contra República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), Caso CIADI No. ARB/08/6, decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, 12 de setiembre de 2014, párrafos 85-95.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, Párrafo 417.

⁴⁷⁵ Perenco, *laudo*, párrafo 694.

⁴⁷⁶ Según información del perfil del caso en el portal web de CIADI, al 26 de mayo de 2016, la audiencia de conclusiones se llevó a cabo el 21 de abril de 2016 en la Haya, Holanda.

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/08/6&tab=PRD>

desobediencia de las medidas provisionales obligó a Perenco a abandonar la operación en Ecuador⁴⁷⁷.

(4) El caso Quiborax

En Quiborax, Bolivia incumplió la orden provisional de no continuar con los procedimientos penales seguidos en contra de uno de los inversionistas y otras personas relacionadas con el arbitraje⁴⁷⁸, esto mediante la acusación formal del inversionista e inclusive su requerimiento formal a través de INTERPOL, además de esto comenzó una investigación contra el notario de la empresa y citó como testigos a un abogado y a un socio comercial del inversionista⁴⁷⁹. Esto según reconoce el tribunal “*exacerbó el clima de hostilidad*”⁴⁸⁰.

A pesar de esto el tribunal no realizó ninguna condena al Estado boliviano en el laudo definitivo lo anterior al considerar la posibilidad de que este haya desobedecido de buena fe la orden del tribunal, mediante una especie de error de derecho, en el tanto la obligatoriedad de las medidas cautelares es una evolución relativamente novedosa dentro del derecho internacional. Bajo este argumento si bien Bolivia violó una obligación de derecho internacional contenida en el artículo 47 del Convenio de Washington no transgredió el deber de litigar de buena fe⁴⁸¹.

Este razonamiento es contradictorio con lo que más adelante expresa el laudo al considerar que la buena fe implica el deber de no actuar de ninguna forma que pueda anular el objeto y propósito de la obligación asumida por las partes (en este caso la cautelar como forma de tutelarla

⁴⁷⁷ Perenco, *laudo*, párrafo 434.

⁴⁷⁸ Quiborax, *laudo*, párrafo 570.

⁴⁷⁹ Quiborax, *laudo*, párrafo 66.

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, párrafo 570.

⁴⁸¹ *Ibíd.* Párrafo 583.

integridad y exclusividad del procedimiento) aun y cuando tal acción no esté expresamente prohibida⁴⁸². En este caso existía una medida provisional que era suficientemente clara en establecer un deber para las partes⁴⁸³, dictada por un tribunal arbitral al cual las partes se comprometieron a respetar.

El tribunal observó la imposibilidad material de otorgar daños punitivos, en el tanto no fueron contemplados dentro de las atribuciones del tribunal, sin embargo, dejó claro que tiene la capacidad de declarar el incumplimiento en el laudo⁴⁸⁴ -como lo hizo con respecto al artículo 47-.

El laudo fue claro en que a pesar del incumplimiento de la obligación las amenazas de obstaculización de participación (para testigos y representantes del inversionista) en el arbitraje no fueron materializadas y que a pesar de que el proceso penal agravó la disputa esta no se tradujo en una complicación para resolver la controversia⁴⁸⁵.

(5) Convia! Callao

En este arbitraje, el tribunal ordenó a Perú abstenerse de continuar con cualquier acción tendiente a limitar la libertad de tránsito⁴⁸⁶ de dos exgerentes de la empresa Convia! quienes fungirían como testigos de la

⁴⁸² "The principle of good faith involves the duty not to perform any act that would defeat the object and purpose of the obligation that has been undertaken by the parties, even if the act itself is not expressly prohibited by the provisions of the treaty" *Ibíd.* Párrafo 592.

⁴⁸³ Quiborax, *medidas*, párrafo 108.

⁴⁸⁴ Quiborax, *laudo*, párrafo 561.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, párrafo 594.

⁴⁸⁶ Convia!, *medidas*, párrafo V.ii.

inversionista. El Estado peruano, quien a la postre resultó vencedor, fue respetuoso de la orden y de esta forma lo consignó el tribunal⁴⁸⁷.

En este caso es importante destacar que los alcances de la orden del tribunal eran distintos a los de cualquiera de las órdenes precedentes pues no ordena la suspensión del proceso penal, sino que se limita a indicarle al Estado que se abstenga de emplear medidas que restrinjan la libertad de circulación de los testigos, como podría haber sido una medida cautelar en el proceso penal o una solicitud de captura internacional.

⁴⁸⁷ Convia Callao S.A. y CCI- Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. contra República del Perú. Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013, párrafo 28.

Conclusiones y recomendaciones

El tema de las medidas provisionales en arbitraje fue por mucho tiempo relegado a un segundo plano y fue hasta hace pocos años que se comenzó a innovar con marcos normativos más acordes con lo que realmente requiere un proceso -tales como la ley modelo de UNICITRAL, los reglamentos institucionales de la ICC, SCC, ICDR-. A pesar de que el sistema CIADI ha tenido un amplio desarrollo en las últimas tres décadas y que esto se ha visto reflejado en las resoluciones referentes a medidas cautelares, el sistema no ha visto una modernización traducida en normas más adecuadas.

A pesar de lo anterior este trabajo de investigación concluye comprobando parcialmente la hipótesis que lo guío: efectivamente los tribunales arbitrales pueden limitar el ejercicio de las potestades de imperio por medio de medidas cautelares fundadas en los criterios de urgencia, necesidad y proporcionalidad cuya inobservancia podría generar responsabilidad internacional por parte del estado que incumpla. La referencia a la auto-ejecutabilidad del laudo fue descartada con base en las normas existentes en la actualidad sin embargo se ha insistido en la necesidad de solucionar tal problema por medio de la innovación normativa. Es una necesidad no cubierta por el sistema, un *deber ser* que aún no es.

- a) Características de la tutela cautelar limitativa de potestades de imperio en el sistema CIADI

Sobre la base de los capítulos expuestos se concluye que las medidas provisionales en arbitraje de inversión son:

1. plenamente necesarias para la salvaguarda del objeto del proceso y del proceso en sí mismo,

2. pueden limitar el ejercicio de potestades de imperio pues así lo aceptaron los países que integran el tratado -y muchos lo reforzaron por medio de otros tratados, leyes o contratos-,

3. son excepcionales pues deben ser dictadas únicamente cuando se cumplan los estándares de urgencia y necesidad para evitar un daño no susceptible de reparación económica adecuada sea para un derecho o sea para el proceso; además deben ser proporcionales.

4. tienen carácter obligatorio, pues las partes se sometieron a la autoridad de un tercero imparcial para que solucione definitivamente su controversia, lo que naturalmente incluye respetar las decisiones interlocutorias que permiten al tribunal llegar a su decisión.

El poder de otorgar tutela cautelar debe estar bien definido y los árbitros, si bien gozan de una amplia discreción en cuanto a los alcances de la medida, deben ser capaces de identificar el ámbito de acción en el que se pueden conducir, esto mediante el estudio de las decisiones precedentes y los estándares de urgencia, necesidad y daño.

Las medidas deben ser vistas con lupa y garantizadas solo en casos excepcionales, en los que realmente exista una amenaza de daño relevante e inminente para un derecho o para el arbitraje en sí y bajo el entendido de que la medida es un instrumento indispensable para paliar tal amenaza.

Las razones que justifican la excepcionalidad de la tutela provisional podrían atender a criterios de justicia o equidad, pero una ampliamente relevante es la auto conservación del sistema arbitral como mecanismo de solución

de controversias pues una tendencia de los árbitros a extralimitarse y abusar de su poder cautelar en detrimento de potestades soberanas tendrá como respuesta de los estados un abandono del sistema.

Las medidas deben ser -y la práctica parece cumplirlo- emitidas por medio de laudos cautelares, debidamente razonados tanto a nivel fáctico como jurídico, además deben seguir un esquema procesal que respete los principios de audiencia y contradicción.

Finalmente, las medidas deben ser autoejecutables, es decir exentas de exequátur y cualquier injerencia en su contenido, por lo que su ejecución debe seguir los mismos mecanismos que se utilizan para la ejecución de las medidas cautelares dictadas por jueces en contra de la administración pues ese es el espíritu del sistema CIADI.

b) Principales desafíos

i) De recomendar, ordenar y ejecutar

Es claro que el Convenio de Washington, que en este año celebra sus bodas de oro, fue un instrumento innovador, cambió el paradigma imperante y terminó por enterrar las ideas territorialistas como la doctrina Calvo. No obstante, como toda obra humana, el instrumento es imperfecto y erró en ciertos puntos sobre los que la práctica exige resolución, para nuestros efectos: las medidas cautelares.

Si bien a nivel de la práctica de los tribunales arbitrales se ha consolidado la teoría que otorga valor obligatorio, preceptivo y ordenatorio a las medidas provisionales esto no ha sido alcanzado por la existencia de mecanismos coercitivos que permitan hacer efectiva dicha orden aun sin la anuencia de la parte.

Si los estados han asumido el arbitraje como la regla en disputas de inversión por medio de la suscripción del Convenio de Washington y los diversos tratados de protección de inversiones resulta claro que el cumplimiento de estos compromisos se traduce en someterse a la jurisdicción del tribunal y por lo tanto a sus decisiones.

Esta conclusión es la correcta atendiendo a la naturaleza de cualquier sistema hetero-compositivo de controversias -sea arbitral, judicial o administrativo- las partes se someten a la autoridad de un tercero imparcial para que solucione el diferendo y como consecuencia deben atender las decisiones -sean interlocutorias o definitivas-. Este tipo de sistemas no son mecanismos de mediación o conciliación en los que se busca que las partes, por si mismas, arriben a una solución del diferendo. Los tribunales no fueron concebidos para dar consejos a las partes.

Lastimosamente los tribunales, que han desarrollado ampliamente la obligatoriedad de las medidas, no han sabido como sancionar su desobediencia y más bien han desaprovechado la oportunidad de abordar esta temática saliéndose por la tangente⁴⁸⁸ sin entrar a dilucidar el punto básico: ¿cómo se ejecutan? ¿Cuál es la consecuencia de su inobservancia? Estas interrogantes deben ser definidas por la comunidad internacional.

Si se considera que las medidas cautelares deben ser recomendaciones, que estas no son necesarias en los arbitrajes de inversión o que no pueden limitar potestades de imperio⁴⁸⁹ lo correcto entonces es prohibirlo y justificar

⁴⁸⁸ Ver la descripción de los casos Quiborax y Burlington en el capítulo sobre ejecución de las medidas.

⁴⁸⁹ A fin de cuentas el arbitraje no deja de tener un aura ideológica bastante pesada, como muy bien lo ilustra don Walter Antillón:

la razón, lo que no es correcto es condenar al ostracismo⁴⁹⁰ a una materia que se aplica continuamente en el arbitraje internacional y dejar sin definir interrogantes que pueden incidir de forma definitiva en un arbitraje.

ii) Limitación de potestades de imperio

La soberanía no es un poder irrestricto ni absoluto, sino que se encuentra sometido al control de legalidad tanto a nivel nacional como internacional. El ejercicio de potestades de imperio es universalmente aceptado como una prerrogativa legítima de los estados. La regla es que todo estado puede ejercer sus potestades soberanas siempre que lo haga respetando su normativa interna y sus obligaciones de derecho internacional.

El sometimiento a mecanismos arbitrales de solución de disputas consiste en un ejercicio soberano de los estados contratantes quienes libremente asumieron los compromisos contenidos en el CW y demás instrumentos de protección de inversión extranjera. Esta capacidad de firmar tratados implicó el compromiso de ceder parte de su soberanía pues sacaron determinados conflictos del conocimiento de sus tribunales nacionales.

Las potestades son limitables por medios provisionales siempre que se respeten los estándares mínimos para dictar una cautela.

“Pero mientras tanto, desde hace muchos años vienen ocurriendo en otros ámbitos del Planeta ciertos acontecimientos destinados a frustrar aquel sueño de una justicia nacional independiente e ilustrada. Me refiero al proyecto transnacional de largo alcance que se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta de despojar a los sistemas judiciales nacionales de una parte sustancial de sus competencias, en beneficio de instancias internacionales que simulan la apariencia de tribunales arbitrales, con el objetivo de debilitar a los Estados y llevarlos a privilegiar los derechos corporativos de los inversionistas por encima de sus políticas de bien social.” Walter Antillón, «El asedio a la justicia nacional.» Instituto de Investigaciones Jurídicas (s.f.), 6.

http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el_asedio_a_la_justicia_nacional_0.pdf

⁴⁹⁰ Como al que por muchos años se ha mantenido tanto en Costa Rica como en el plano derecho internacional. Ulate, 173

iii) Ejecución de las medidas

Con respecto a la ejecución el trabajo por hacer debe enfocarse a dotar de una verdadera -y cierta- solución de ejecución. Deben proveerse recursos rápidos y efectivos para la ejecución de los laudos cautelares, además de eliminar cualquier cabo suelto que permita a los estados desatender la ejecución de medidas por acudiendo a sus normas internas sobre inmunidad, orden público u arbitrabilidad.

Dotar a los laudos provisionales emitidos por tribunales del mismo valor que los emitidos en la jurisdicción nacional, así como permitirles una ejecución directa, sin que se deba cumplir con procesos de reconocimiento es la forma más coherente de garantizar la eficacia material de las medidas cautelares.

c) Propuestas y recomendaciones

El derecho internacional de inversiones ha sido capaz de lo impensable: que un particular demande a un Estado en un foro neutral, ajeno al aparato judicial estatal. Es entonces un sistema de control jurisdiccional ex post facto de la actividad estatal en el cumplimiento de obligaciones de derecho internacional contraídas por medio de tratados entre estados. Es una revolución que ha visto su paulatino desarrollo y que para su evolución requiere de diversos esfuerzos en las áreas que aún se encuentran en la oscuridad.

Tal y como lo manifestó el juez costarricense Enrique Ulate:

Debemos fomentar el estudio y la aplicación de las medidas cautelares en todos los ámbitos del quehacer jurídico, en aras

*de que todos podamos contribuir al fin último del proceso, cual es la justicia humana y democrática*⁴⁹¹.

i) Esfuerzo pedagógico

El primer paso es difundir el sistema, su filosofía y utilidad para lograr una mejor comprensión de este por parte de la comunidad jurídica nacional e internacional. No podrá haber contribución a un tema que no se comprende a cabalidad y la realidad es que es un tema ignorado pues la malla curricular de la carrera de derecho no suele tener cursos sobre este tipo de arbitraje o el derecho internacional de inversiones a nivel de pregrado, tampoco existen posgrados al respecto.

ii) Esfuerzo de los tribunales

Los tribunales arbitrales deben mantener una postura firme y previsible sobre la tutela cautelar siendo especialmente exigentes con el cumplimiento de requisitos para dictarlas, motivando adecuadamente sus laudos y sobre todo absteniéndose de dictar este tipo de medidas a la ligera, pues el abuso del recurso podría provocar más daño que el que pretende evitar.

iii) De lege ferenda: creación de un instrumento unificado sobre medidas cautelares emitidas por Tribunales Arbitrales

Finalmente, resulta necesario realizar innovaciones a nivel del derecho internacional y abordar el problema de las medidas cautelares, este es un tema que va más allá del arbitraje pero que ha ido siendo cubierto paulatina y recientemente por esta rama de la resolución de controversias.

⁴⁹¹ Ulate, 174

Las normas que se adopten en materia de derecho internacional de inversiones deben lograr satisfacer los siguientes puntos:

- Permitir que la orden pueda ser ejecutada por los mecanismos de ejecución de medidas cautelares de derecho interno
- La inaplicabilidad de las normas internas sobre inmunidad soberana
- Dotar de un mecanismo con el cual se sancione la inobservancia de las medidas provisionales

Un texto como el siguiente sería capaz de cubrir esta problemática:

“el laudo de medidas provisionales que imponga obligaciones al Estado parte del arbitraje se podrá ejecutar por los mismos mecanismos de ejecución de medidas cautelares vigentes para sujetos de derecho público en el estado requerido. Para dichos efectos el laudo emitido se reputará como la versión final de la resolución que ordena medidas cautelares por lo que su modificación o terminación podrá ser decretada únicamente por el tribunal arbitral que la ordena.

En materia de medidas provisionales el Estado no podrá invocar sus disposiciones sobre inmunidad de ejecución.

La inobservancia del contenido de la medida provisional dará pie a la imposición de una multa pecuniaria por parte de la Secretaría General del Centro”

Tales medidas pueden ser abarcadas por medio de un instrumento de alcance general como un complemento a la Convención de Washington o

bien por medio de múltiples acuerdos bilaterales que generen costumbre internacional⁴⁹².

Corolario. La posición defendida en esta tesis no es otra que la de privilegiar el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental de todo individuo. Las medidas provisionales son una forma de proteger este derecho pues resguardan, entre otras cosas el objeto del arbitraje, la integridad del procedimiento y la posibilidad de llegar al dictado y la ejecución del contenido del laudo por lo que desobedecer una determinada orden cautelar puede -de forma muy probable- conllevar la frustración del arbitraje.

El inversionista que, amparado en los tratados internacionales respectivos, acuda a un arbitraje de inversión está en posición de exigir el derecho a que se respete no solo su acceso al arbitraje sino a que se respete la integridad material de este y la eficacia sustancial del laudo. Por lo que es claro que el no acatamiento de una medida provisional es una violación de derechos fundamentales.

No se debe olvidar nunca que el derecho antes que una fría ciencia basada en el estudio de normas o un mero instrumento de orden social es un mecanismo por el que la sociedad pretende -lograrlo es utopía- encontrar la justicia, concepto polisémico, etéreo e indeterminado pero que a fin de cuentas es el faro que está en el puerto al que aspira llegar ese barco que llamamos derecho.

⁴⁹² Shaw, 69.

Ya lo decía el gran procesalista uruguayo, don Eduardo Coature, en su célebre decálogo del abogado:

"Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino natural del Derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz."

Bibliografía seleccionada

Libros de texto

- Álvarez, José Enrique. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Vol. 11. La Haya: The Pocket Books of the Hague Academy of International Law, 2011.
- Arazi, Rolando. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Arguedas Chen Apuy, Ana Cecilia, Ana Lorena Brenes, Ivan Vicenti & Luis Guillermo Bonilla. *Manual de Procedimiento Administrativo*. San José: Procuraduría General de la República, 2007
- Artavia Barrantes, Sergio. *El Proceso Arbitral en Costa Rica*. San José: Dupas S.A., 1996.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999
- Benetti Timm, Luciano, Rafael Pellegrini Ribeiro, y Angela T. Gobi Estrella. *Direito do Comercio Internacional*. Rio de Janeiro: FGV Jurídica, 2009.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014
- Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945.
- Carrozza, Antonio & Ricardo Zeledón. *Teoría general e institutos de derecho agrario*. San José: Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Capitant, Henry. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: De Palma, 1981.
- Clay, Thomas. *El Árbitro*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012.
- Crawford, James. *Chance, Order, Change: The Course on Public International Law*, General Course on Public International Law. Vol. 21. La Haya: The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 2014.
- Dahl, Robert. *On Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1998
- David, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Traducido por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar, 1973.

- Diccionario de la Universidad de Chicago Inglés-Español y Español-Inglés, cuarta edición, s.v. Injunction
- Fernández López, Alberto. *Derecho Arbitral Jurisprudencial (compendio de jurisprudencia)*. San José: Litografía e Imprenta LIL, 2012.
- Foucault, Michael. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores Argentina, 2006.
- Gaillard, Emmanuel. *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*. Traducido por Ximena Herrera-Bernal. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012.
- Gallardo, Helio. *Elementos de Investigación Académica*. San José: EUNED, 1995.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, 3era. Edición, Madrid: Civitas, 1980.
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *Derecho Internacional: Temas Selectos*. Quinta Edición. Ciudad de México: IIJ UNAM, 2008.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje de Inversión*. Guadalajara, 2009.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Económico*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Ciudad de México: IIJ UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado, & Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la Investigación*. Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2003.
- Horvath, Günther J. & Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 28, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Código General del Proceso Comentado (con artículos explicativos de miembros del ICDP)*. Bogotá: ICDP, 2014.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. San José: IJSA, 2006.

- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis & Stefan Michael Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003
- López González, Jorge Alberto. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. San José: Juricentro, 2007.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo* tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.f.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo* tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s.f.
- Mitidiero, Daniel. *Anticipación de Tutela: De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Moreno Rodríguez, José Antonio. *Contratación y Arbitraje Internacional*. Bogotá: Temis, 2014.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.
- Muñoz-Sabaté, Luis. *Diálogo con escéptico en materia de arbitraje*. Madrid: La Ley, 2011.
- Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Rodríguez Mejía, Marcela. *Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2013.
- Torrealba, Adrián. *Derecho Tributario Parte General* Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental, 2009
- Scarpa, Antonio, y Rosario Giordano. *I Procedimenti Cautelari*. Roma: Wolters Kluwer Italia Srl, 2015.
- Scheuer, Christoph. *ICSID Convention: a commentary. 2nd Ed.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sesin, Domingo Juan. *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Depalma, 1994.
- Shaw, Malcolm. *International Law*. Sétima Edición. Cambridge University Press, 2014.
- UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York: United Nations, 2012.

Yesilirmak, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

Velázquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2002.

Zeledón, Ricardo. *Derecho privado para la sociedad contemporánea*. San José: Contemporánea, 2010

Artículos académicos

Abascal Zamora, José María. The Art of Interim Measures. Vol. 13, de *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series*, de Albert Jan van den Berg, 751-767. Kluwer Law International, 2007.

Antillón, Walter. «El asedio a la justicia nacional.» *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. s.f. http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el_asedio_a_la_justicia_nacional_0.pdf (último acceso: 7 de junio de 2016).

Argerich, Guillermo. El arbitraje comercial frente a la tentación de adoptar reglas regionales. En *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta, 225-246. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011.

Arnesto Moya, Alonso. Relaciones entre la administración pública y los administrados. En *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar, 111-164. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008.

Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). «Resolución 68/109.» *Preámbulo del Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado*. 16 de diciembre de 2013.

Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI). «¿Convenio CIADI incompleto? Desafíos en la ejecución de los laudos» *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, nº 1 (2014): 6-14

Bernardini, Piero, «ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration.» En *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, de David Arias, & Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, 159-188. Madrid: La Ley, 2010.

- Bismuth, Régis. «Anatomy of the Law and Practice of Interim Protective Measures in International Investment Arbitration.» *Journal of International Arbitration (Kluwer Law International)* Vol. 26, n° 6 (2009): 773-821.
- Böckstiegel, Karl-Heinz. «Applying the UNCITRAL Rules: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal.» *Berkeley Journal of International Law* Vol. 4, n° 2 (1986): 267-271.
- Böckstiegel, Karl-Heinz. «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012.» *Arbitration International (Oxford University Press)*, Vol. 28, Issue 4 (2012): 577-590
- Born, Gary. «A new generation of international adjudication.» *Duke Law Journal (Duke Law)* Vol. 61, n° 4 (2012): 775-879.
- Bosco Lee, Joao , y Rafael Francisco Alves. «Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica.» En *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo, 111-132. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.
- Claros Alegría, Pedro. «El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).» *Spain Arbitration Review (Club Español del Arbitraje)* n° 1 (2008): 11 – 55
- Cohen Smutny, Abby, Anne D. Smith, & McCoy Pitt. «Enforcement of ICSID Convention Arbitral Awards in US Courts.» *Pepperdine Law Review*, Vol. 43, (2016): 649-680
- Crawford, James. «Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts.» *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2012): 1-10. url: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf (último acceso: 7 de junio de 2016).
- Domenech Pascual, Gabriel. «El principio de legalidad y las potestades administrativas.» En *Lecciones de Derecho administrativo con ejemplos*, de Miguel Ángel Recuerda Girela, 97-132. Madrid: Tecnos, 2014.
- Donovan, Donald Francis. «Provisional Measures in the ICJ and ICSID: Further Dialogue and Development.» En *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, de Arthur Rovine, & Arthur W. Rovine, 100-111. Leiden: Brill, 2013.
- Fernández-Arroyo, Diego P. «La evolución del arbitraje en América Latina: de la supuesta hostilidad a la evidente aceptación.» En *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego

P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta, 181-224. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011.

Fernández-Arroyo, Diego P., y Pilar Perales Viscasillas. «Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva.» *Revista de Derecho Comparado: Arbitraje Comercial Novedades Legislativas* (Ribinzal-Culzoni Editores), n° 20 (2012): 37-68.

Fernández-Arroyo, Diego P. «Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral.» En *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, de Diego Fernández-Arroyo, & Emmanuel Gaillard, 225-262. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.

Fernández López, Alberto, «El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional» En *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, de Organización de Estados Americanos, 143-166, Washington: OEA, 2011

Fernández-Rozas, José Carlos. «Arbitraje y Jurisdicción: una Interacción Necesaria para la Realización de la Justicia.» *Derecho Privado y Constitución*, n° 19 (2005): 55-91.

Fernández-Rozas, José Carlos. «Arbitraje y Justicia Cautelar.» *Revista de la Corte Española de Arbitraje XXII* (2007): 23-60.

Fernández-Rozas, José Carlos. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización.» *Revista Española de Derecho Internacional*, n° LVII (2005): 605-637.

Fernández Masiá, Enrique. «La realidad del arbitraje de inversiones desde la perspectiva latinoamericana.» En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Zapata de Arbeláez, Adriana, Silvia Barona Vilar, y Carlos Esplugues Mota. 59-84. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010.

Fortier, L. Yves. «Interim Measures: An Arbitrator's Provisional View.» *Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation. Investor-State Arbitration*. Leiden: Nijhoff, 2009. 1-15. url: http://www.arbitration-icca.org/media/4/01137866264927/media0122329529899201115_001.pdf

Gaillard, Emmanuel. «Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators.» En *International Arbitration 2006: Back to Basics*, de Albert Jan Van Den

- Berg, 235-266. La Haya: International Council for Commercial Arbitration, 2006.
- Gaillard, Emmanuel. «*las representaciones del Arbitraje Internacional.*» En *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo, 11-32. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.
- García de Enterría, Eduardo. «*Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo.*» En *Revista española de derecho administrativo (Civitas)*, n° 76, (1992): 615-634
- George, James Paul. «*International Parallel Litigation- A Survey of current conventions and Model Laws.*» *Texas International Law Journal*, n° 73 (2002): 499-540.
- González, Héctor Molina. «*Breve reseña histórica del arbitraje.*» *Revista de la Facultad de Derecho de México (UNAM)*, n° 157-159 (1988): 215-225.
- González de Cossío, Francisco. «*Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje.*» <http://www.gdca.com.mx>. s.f.
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias%20como%20Garantia%20U%20Chile.pdf> (último acceso: 6 de junio de 2016).
- González de Cossío, Francisco. «*la Modificación del Derecho Arbitral Mexicano. Un comentario*» *Revista de Derecho Comparado: Arbitraje Comercial Novedades Legislativas* (Ribinzal-Culzoni Editores), n° 20 (2012): 127-146.
- Hernández-Bretón, Eugenio. En *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta, 246-268. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011.
- Hernández, Gabriel. *Jurisdicción y competencia. Funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas.* En *Código General del Proceso Comentado (con artículos explicativos de miembros del ICDP)* del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 211-223. Bogotá: ICDP, 2014.
- Hernández Rodríguez, Magally. «*Nacimiento del Derecho Público y las teorías que fundamentan su objeto de estudio.*» En *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar, 11-54. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Hines, César. «*II. Fuentes del ordenamiento jurídico-administrativo.*» En *Apuntes de Derecho Administrativo*, de Rafael González Ballar, 55-92. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008.

- Ishikawa, Tomoko. «NGO Participation in Investment Treaty Arbitration» En *Connected Accountabilities*, de Sivaram Vemuri, 101-134. Oxford: Inter-Disciplinary Press, 2009.
- Jiménez Figueres, Dyalá. *Enforcement in Latin America of Provisional Measures ordered by Arbitral Tribunals. Where we are. Where we can go*. Pendiente de publicación, 2011.
- Jiménez Figueres, Dyalá, y Karina Cherró. «Investment Arbitration in Costa Rica.» *Journal of International Arbitration* 29 (Kluwer Law International), n° 4 (2012): 453-472.
- Jiménez Figueres, Dyalá, «La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales.» <http://www.djarbitraje.com>. 2005.
- http://djarbitraje.com/pdf/578La%20madurez%20del%20arbitraje%20comercial%20internacional%20_legis.pdf (último acceso: 6 de junio de 2016).
- Jinesta Lobo, Ernesto. «Capítulo VII. Medidas cautelares.» En *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, de Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta, Aldo Milano & Óscar González, 147-196. San José: Poder Judicial, 2006.
- Jinesta Lobo, Ernesto. «Constitución y arbitraje: Derecho fundamental al arbitraje.» En *El Arbitraje en el Derecho Público*, de Ernesto Jinesta Lobo, & Aldo Milano Sánchez, 15-87. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Karrer, Pierre. «Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and The Courts: Less Theory, Please.» En *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series, de Albert Jan van den Berg, 97-110. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2001.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, y Aurélia Antonietti. «Interim relief in international investment agreements.» En *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, de Katia Yannaca-Small, 507-550. New York: Oxford University Press, 2010.
- Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero., «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte.» *Lima Arbitration* (Círculo Peruano de Arbitraje), n° 1 (2006): 69-112.
- López de Argumedo, Álvaro. «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional.» *La Ley* (Universidad de la Rioja), n° 3 (2000): 1767-1776

- Mantilla Serrano, Fernando. «La Selección del Árbitro y su obligación de independencia.» En *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, de Emanuel Gaillard, & Diego P. Fernández-Arroyo, 33-54. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.
- Marchan, Juan Manuel. «Chapter 11: Ecuador.» En *Interim Measures in International Arbitration*, de Lawrence W. Newman and Colin Ong, 217-232. New York: JurisNet, LLC, 2014.
- Marinoni, Luiz Guilherme «De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria.» <http://www.academia.edu>. s.f.
http://www.academia.edu/10610238/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria_Luiz_Guilherme_Marinoni (último acceso: 14 de febrero de 2014).
- Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje CIADI.», *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, (2009): 215-242.
- Milano Sánchez, Aldo. «Arbitraje y derecho administrativo, su puesta en acción.» En *El Arbitraje en el Derecho Público*, de Ernesto Jinesta Lobo, & Aldo Milano Sánchez, 89-180. San José: Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Miles, Cameron. «The Origins of Provisional Measures before International Courts and Tribunals.» *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 615 (2013): 615-672.
- Miranda Miranda, Rodolfo Guillermo. «A reasonable respect to privileges: a proposed criterion regarding enforcement of awards and judgments against states.» *Young Arbitration Review*, (2014): 14-31.
- Miró Gili, Marius. «La Decisión del Árbitro de Emergencia: su contenido, ejecutabilidad y ejecución.» *Revista del Club Español de Arbitraje (Club Español de Arbitraje)*, n° 16 (2013).
- Moses, Margaret. «Arbitration/Litigation Interface: The European Debate.» *Northwestern Journal of International Law & Business* 35, n° 1 (2014): 1-47.
- Noodt, María Blanca. «É tão importante a legislaçãõ no desenvolvimento da arbitragem internacional?» En *Anuário Brasil-Europa 2002 Soluçãõ de controvérsias, Arbitragem comercial e propriedade intelectual*, de Hoffmeister, W. , & Trein, F., 161-174. Rio de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

- Obando Peralta, Juan José. *¿Turismo legal en Costa Rica? El caso de la nueva ley de arbitraje comercial.* En *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, de Diego P. Fernández Arroyo, & Juan José Obando Peralta, 269-300. San José: Editorial Jurídica Continental, 2011.
- Osadare, Babatunde. «Interim Measures of Protection in International Investment Arbitration Wither Sovereign Rights?» CAR (CEPMLP Annual Review) 13 (2009)
- París Cruz, Mauricio, y Natalí Sequeira Navarro. «El arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de disputas de inversión en Costa Rica.» *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, n° 1 (Enero 2014).
- Paulsson, Jan. «Arbitration in three dimensions.» LSE Law, Society and Economy Working Papers (London School of Economics and Political Science) n° 2 (2010): 1-34.
- Paulsson, Jan., «El Orden Público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales.» En *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. De Guido S. Tawil, & Eduardo Zuleta, 609-616. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Paulsson, Jan. «Unlawful Laws and the Authority of International Tribunal.» *Foreign Investment Law Journal (ICSID)* 23, n° 2 (2008): 1-20.
- Parra, Antonio. «The enforcement of ICSID arbitral awards» (Conferencia presentada en el 24º joint colloquium on international arbitration, Paris, 16 noviembre de 2007) <http://www.arbitration-icca.org>. 2007. http://www.arbitration-icca.org/media/4/39889320043113/media012144885278400enforcement_of_icsid_awards.pdf (último acceso: 6 de junio de 2016).
- Pazó León, Nelly, y Elena Yubero Gonçalves. «Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento.» *Estudios Internacionales*, 2007: 133-147.
- Perepelynska, Olena. «Enforceability of Emergency Arbitrator Awards in Ukraine», CIS Arbitration Forum. 2015 <http://www.cisarbitration.com/2015/12/07/enforceability-of-emergency-arbitrator-awards-in-ukraine/> (último acceso: 6 de junio de 2016).
- Pérez Loose, Hernán. «Capítulo XI Ecuador, El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica.» En *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*. Zapata de

- Arbeláez, Adriana, Silvia Barona Vilar, y Carlos Esplugues Mota. 371-410. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010.
- Quiñones Gómez, Carlos. «Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: un motivo de tensión en el arbitraje internacional.» *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), 2012.
- Reinick, Javier. «Las medidas provisionales recomendadas en el ámbito del CIADI y su eventual obligatoriedad jurídica.» *Investigación y Docencia* (Universidad Nacional del Rosario), n° 45 (2012): 207-228.
- Renée Bucy, Dana. «How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law.» *American University International Law Review*, Vol. 25, Issue 3, (2010): 579-609.
- Rueda García, José Ángel. «Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allenda c. República de Chile): sin exequátur», Cuadernos de Derecho Transnacional (Universidad Carlos III), Vol. 6, n° 1, (2014): 414-430,
- Rylatt, Jake. «Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency.», *Leeds Journal of Law & Criminology* (University of Leeds School of Law), Vol. 1, n° 1, (2013): 45-68.
- Salas, Mauricio. «17. Arbitraje internacional y la aprobación legislativa del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos.» En *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, de Anabel González, 489-508. San José: ASE-TLC, 2005.
- Salas Solís, Minor. «*Magia verbal: la manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social.*», *Nómadas. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas* (Universidad Complutense de Madrid) Vol. 14, n° 2 (2006)
- Schreuer, Christoph. «Investments International Protection. » En *Encyclopedia of Public International Law*, de Max Planck Institute. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Schreuer, Christoph, «Non-pecuniary remedies in ICSID Arbitration», *Arbitration international* (Oxford University Press) Vol. 20, n° 4 (2004): 325-332
- Solís Zelaya, Román. «Arbitraje y transacción en la Ley General de la Administración Pública.» En *Justicia Alternativa en Costa Rica: de la*

justicia tradicional a la justicia necesaria, de Walter Antillón Montealegre, 159-169. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995.

Sommer, Christian B. «El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ejecución directa o aplicación del exequátur?», *Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público* (Universidad Nacional de Córdoba), Vol. 1, n° 1 (2011).

Suarez Anzorena, Carlos Ignacio. «Acceso a la jurisdicción arbitral en los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Perú: requisitos y particularidades.» *Themis* (Pontificia Universidad Católica del Perú), n° 53 (2007): 149-159.

Tanzi, Attila. «Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations», *European Journal of International Law*, Vol. 6, and n° 1 (1995): 539-572.

Thompson, Alan. «El arbitraje inversionista-Estado y la comisión de libre comercio en el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos: Análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional.» En *Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, de Anabel González, 451-487. San José: ASE-TLC, 2005.

Ulate Chacón, Enrique. «Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional.» *Revista de Ciencias Jurídicas* (IIJ Universidad de Costa Rica), n° 114 (2007): 137-174.

Van Harten, Gus, and Martin Loughlin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of global Administrative Law.», *The European Journal of International Law*, Vol. 17, n° 1 (2006): 121-150.

Wallace Jr., Don. «Criminal Investigations: A Hypothetical Case.» En *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, de Dora Ziyayeva, 199-207. Washington D.C.: International Law Institute Series on International Law, Arbitration and Practice, 2015.

Normativa

Tratados internacionales

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión. *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*. 14 de octubre de 1966. Washington: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión, 2006.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York: Naciones Unidas, 1958.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1945.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. A/RES/2200 A (XXI). Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1966.

Organización de Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. A/CONF.39/27. Viena: Organización de Naciones Unidas, 1969.

Unión Europea. *Versión Consolidada del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea OJ C115/47*, Roma: Unión Europea, 2008.

Resoluciones de la Asamblea General de la ONU

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. A/RES/56/83. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 2002.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Resolución 1803 (XVII). Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 1962.

Leyes

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 4573: «Código Penal».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 6227: «Ley General de la Administración Pública».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 6815: «Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7691: «Aprobación del convenio entre la República de Costa Rica y de la República Francesa, sobre fomento y protección recíproca de inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7695: «Aprobación del tratado entre Alemania y Costa Rica sobre fomento y recíproca protección de inversiones y su protocolo».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7727: «Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7748: «Aprobación del acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7762: «Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7869: «Aprobación del acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7870: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de Canadá para la promoción y protección recíproca de inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 7994: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de China para la promoción y protección recíproca de las inversiones y su protocolo».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 8067: «Aprobación del acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 8068: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Argentina para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley n° 8069: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de la

República de Paraguay para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8076: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Checa para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8081: «Aprobación del acuerdo para la promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8217: «Aprobación del acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de la República de Corea para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8218: «Aprobación del acuerdo entre la República de Costa Rica y la confederación Suiza para la promoción y protección recíproca de inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8455: «Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM)».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8505: «Código Procesal Contencioso Administrativo».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8622: «Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica- Estados Unidos (CAFTA-DR)».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8675: «Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Panamá».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 8937: «Ley de Arbitraje Comercial Internacional».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 9099: «Ley de aprobación del acuerdo entre el gobierno del estado de Qatar y el gobierno de la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones».

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley nº 9122: «Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua».

Leyes modelo

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). «Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial.» Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2006.

Reglamentos

Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Circular nº 001-08: «Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda»

Reglamentos arbitrales:

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. *Arbitration Rules*. Estocolmo: Cámara de Comercio de Estocolmo, 2010.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión. *Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (Reglas de arbitraje)*. Washington: CIADI, 2006.

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013)*. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 2014

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*. Nueva York: Organización de Naciones Unidas, 2014

Corte Internacional de Arbitraje. *Reglamento de Arbitraje*. Paris: Cámara de Comercio Internacional, 2012.

International Centre for Dispute Resolution. *International Dispute Resolution Procedures (including Mediation and Arbitration Rules)*. ICDR, 2014

Resoluciones de tribunales

Arbitrales

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra la República Unida de Tanzania, Caso CIADI No. ARB/05/22, orden procesal No. 3, 29 de setiembre 2006. Original en inglés.

Burlington Resources Inc. y otros contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, resolución procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales, 29 de junio de 2009

Burlington Resources Inc. contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, opinión disidente del árbitro Orrego Vicuña, 8 de noviembre de 2012. Original en inglés.

Burlington Resources Inc. contra República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/08/5, decisión sobre responsabilidad, 14 de diciembre de 2012. Original en inglés.

Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani contra la República de Kazajistán, Caso CIADI No. ARB/13/13, Decisión sobre medidas provisionales, 4 diciembre 2014. Original en inglés.

Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre la solicitud del solicitante para medidas provisionales, 3 de marzo 2010. Original en inglés.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. contra la República de Eslovaquia caso CIADI No. ARB/97/4, orden procesal No. 4, 11 de enero de 1999. Original en inglés.

Chevron Corporation-Texaco Petroleum Co. contra la República de Ecuador Arbitraje Ad Hoc bajo reglas UNCITRAL PCA 2009-23, primer laudo cautelar, 25 de enero de 2012. Original en inglés.

City Oriente Limited contra la República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, decisión sobre medida provisionales, 19 de noviembre de 2007.

City Oriente Limited contra la República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, decisión sobre revocación de medida provisionales y otros aspectos procesales, 13 de mayo de 2008.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena contra la República de Costa Rica, caso CIADI no. ARB/96/1, laudo final, 17 de febrero de 1996.

Convia! Callao S.A. y CCI-Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. contra República del Perú. Caso CIADI No. ARB/10/2, decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22 de febrero de 2011.

Convia! Callao S.A. y CCI- Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. contra República del Perú. Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo Final, 21 de mayo de 2013. Emilio Agustín Mafezinni contra el Reino de España. Caso CIADI No. ARB/97/7, orden procesal número 2, 28 de octubre de 1999. Original en inglés.

Hydro S.r.L y Otros contra la República de Albania. Caso CIADI No. ARB/15/28, orden sobre medidas provisionales, 3 de marzo de 2016. Original en inglés.

Lao Holdings N.V. contra República Democrática Popular Lao. Caso CIADI No. ARB (AF)/12/6, decisión sobre moción para enmendar la orden de medidas provisionales, s.f. Original en inglés.

Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador Caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007. Original en inglés.

Perenco Ecuador LTD. Contra República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), Caso CIADI No. ARB/08/6, decisión sobre medida provisionales, 8 de mayo de 2009.

Perenco Ecuador LTD. Contra República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), Caso CIADI No. ARB/08/6, decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad, 12 de setiembre de 2014.

Plama Consortium Limited contra la República de Bulgaria, caso CIADI No. ARB/03/24, orden, 6 de setiembre de 2005. Original en inglés.

Phoenix Action, LTD. Contra la República Checa, caso CIADI No. ARB/06/5, orden, 6 de abril de 2007. Original en inglés.

PNG Sustainable Development Program Ltd. contra el Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea, caso CIADI No. ARB/13/33, decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 21 de enero de 2015. Original en inglés.

Railroad Development Corporation contra la República de Guatemala, caso CIADI No. ARB/07/23, decisión sobre medidas provisionales, 15 de octubre de 2008, Original en inglés.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2 decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. contra Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2, laudo, 16 de setiembre de 2015.

Saipem S.p.A contra la República Popular de Bangladesh, ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, 21 marzo 2007. Original en inglés.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra el Gobierno de Mongolia, arbitraje ad Hoc bajo reglas UNCITRAL PCA 2009-23, orden de medidas cautelares, 2 de setiembre de 2008. Original en inglés.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. contra la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/09/1, decisión sobre medidas provisionales, 8 de abril de 2016.

Tethyan Copper Company Pty Limited contra la República Islámica de Pakistán, caso CIADI No. ARB/12/1, decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 13 de diciembre de 2012. Original en inglés.

Tokios Tokelés contra Ucrania, caso CIADI No. ARB/02/18, orden no. 1 sobre medidas provisionales, 11 de julio de 2003. Original en inglés.

Tokios Tokelés contra Ucrania, caso CIADI No. ARB/02/18, orden no. 3 sobre medidas provisionales, 18 de enero de 2005. Original en inglés.

Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, caso CIADI no. ARB/98/2, decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de setiembre de 2001.

Valle Verde Sociedad Financiera S.L. contra República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI no. ARB/12/18, decisión sobre las medidas provisionales, 25 de enero de 2016. Original en inglés.

Internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.

Corte Internacional de Justicia. Caso relativo a la plataforma continental del mar Egeo (Medidas provisionales de Protección). Providencia de 11 de setiembre de 1976. Nueva York, Naciones Unidas, 1992.

Corte Internacional de Justicia. Caso relativo al paso por el Gran Belt (Finlandia contra Dinamarca). Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991, Nueva York, Naciones Unidas, 1992.

Corte Internacional de Justicia. Caso LaGrand (Alemania contra los Estados Unidos de América). Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1997-2002, Nueva York, Naciones Unidas, 2005.

Judiciales

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 1079 de las 14:48 del 2/3/1993

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 7190 de las 15:24 horas del 6/12/1994

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 10352 de las 14:58 del 22/11/2000

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 747-A-03 de las 11:05 del 5/11/2003

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 704-C-2004 de las 10:46 del 25/8/2004

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 2999 de las 14:45 del 16/3/05 2005

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 6224 de las 3:16 del 25/5/2005

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 6851 de las 9:57 del 1/6/2005

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 15095 de las 15:01 del 2/11/2005

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 12405 de las 10:07 del 25/8/2006

Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 9469 de las 10:00 del 3/7/2007

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 718-F-2006 de las 15:20 del 27/9/2006

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 343 de las 9:45 del 26/05/2005

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 210-F-2001 de las 15:00 del 9/3/2001

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 743-F-2005 de las 11:15 del 12/10/2005

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 717-F-2006 de las 15:10 del 27/9/2006

Sala Primera. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Voto 1363-2011 de las 9:55 del 3/11/2011

Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia de la República Plurinacional de Ecuador. Voto de las 11:00 del 9 de junio de 2008

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sección VI. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia 1765 de las 07:35 del 13/05/2010

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda sección II. Segundo Circuito Judicial de San José. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Sentencia 105 de las 2:00 de las 30/5/2012

Administrativa

Contraloría General de la República

Oficio 6665 de 18 de junio de 2001

Oficio 6810 de 21 de junio de 2004

Procuraduría General de la República

C-89-1999 de 10 de mayo de 1999

C-111-2001 de 16 de abril del 2001

Documentos de trabajo

Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión. Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, Secretariat Discussion Paper, October 22, 2004. Washington: CIADI. 2004

Secretaría del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversión. *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, Secretariat Working Paper may 12, 2005*. Washington: CIADI. 2005

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Recent Trends in IIAS and ISDS, IIA Issues Note, n° 1, febrero 2015. Url: disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

Sitios Web

Cornell University Law School. s.v.injunction, accedido el 6 de junio de 2016, <https://www.law.cornell.edu/wex/injunction>

"LIST OF CONTRACTING STATES AND OTHER SIGNATORIES OF THE CONVENTION" (as of April 12, 2016), ICSID, accedido el 9/6/2016 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

Enlaces de noticias

Puentes. «Ecuador agita foros internacionales.» Puentes, Vol. 10, nº28, 31 de julio 2009.

<http://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/ecuador-agita-foros-internacionales>

López Ronny. «Diputado pide no dar dinero a Corte Interamericana por aprobar FIV». AM Prensa, 5 de mayo de 2016.

<http://www.amprensa.com/2016/05/05/diputado-pide-no-dar-dinero-corte-interamericana-aprobar-fiv/>

Mata, Esteban. «Corte Interamericana exige a Sala IV no obstaculizar la FIV.» la Nación, 4 de setiembre de 2015 http://www.nacion.com/nacional/politica/Corte-Interamericana-Sala-IV-FIV_0_1510049031.html

Associated Press. «City Oriente entregará sus instalaciones a Ecuador esta medianoche.» Diario el Universo, 30 de julio de 2008 <http://www.eluniverso.com/2008/07/30/0001/9/148726D0BDDB453780EA536D15AF1838.html>

El Comercio. «Las Medidas Cautelares en caso City con (sic) posibles de cumplin». El Comercio 29 de noviembre de 2007. <http://biblioteca.bce.ec/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=74793>