

Medidas interinas de protección en arbitraje CIADI

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2010

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2011

Andrea Camargo García*

Resumen: Durante la solicitud de medidas provisionales, es posible encontrarse en circunstancias apremiantes susceptibles de justificar la exigencia de una protección inmediata del tribunal mientras este decide la solicitud de medidas provisionales. En este contexto, algunos demandantes en casos ante el CIADI han incluido, de forma complementaria, una petición para que se emita una medida interina de protección en el marco de sus solicitudes de medidas provisionales. Tal petición está destinada a obtener del tribunal arbitral una recomendación que prohíba a la contraparte alterar el *statu quo* y agravar la controversia, mientras tiene lugar la sustanciación y decisión de la medida provisional de fondo.

Los Tribunales Arbitrales CIADI, al estar frente a tal tipo de solicitudes, se han encontrado con la dificultad de no encontrar ningún tipo de previsión en la Convención CIADI o en las Reglas de Arbitraje CIADI, que contemple expresamente la facultad para dictar medidas interinas de protección.

Ante similar dificultad se han enfrentado otros tribunales internacionales, los cuales han concluido que la facultad de dictar medidas interinas

* Abogada colombiana egresada de la Universidad del Rosario con máster en Derecho de Negocios Internacionales y Europeos (Universidad Paris Dauphine), máster en Derecho Internacional Económico (Paris 1 Panthéon-Sorbonne), especialización en Derecho de Seguros (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá) y doctorado en Derecho en realización (Universidad Paris Dauphine). 69 Yale Court, Honeybourne Road, NW6 1JQ, Londres, Inglaterra. Especial agradecimiento a Jean Paul Dechamps y Martín Tavaut por sus comentarios y aportes durante la realización de este artículo. andreamargog@gmail.com

Para citar este artículo: Camargo García, Andrea (2011), Medidas interinas de protección en arbitraje CIADI. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* n.º 4, pp. 71-95.

de protección se encuentra implícita en la facultad de dictar medidas provisionales y se basa en los principios generales del derecho internacional que fundamentan la facultad para dictar medidas provisionales.

La práctica adoptada por estos tribunales internacionales ante la solicitud de medidas interinas de protección, es de gran utilidad para los tribunales arbitrales CIADI, toda vez que estos tribunales deben decidir conforme a los principios generales del derecho, tal y como lo dispone el artículo 42 de la Convención.

Palabras clave: Medidas interinas de protección, medidas provisionales, CIADI, Corte Internacional de Justicia, Tribunal Arbitral Irán-Estados Unidos.

Abstract: During a request of provisional measures to the arbitral tribunal it is possible to be in a situation of emergency that could justify an immediate need of protection. In this context, parties in certain ICSID cases have opted to include a complementary request for an interim measure of protection. The purpose of such request is to obtain from the arbitral tribunal, while the decision on provisional measures is pending, a recommendation ordering to the other party to preserve the *statu quo* and to avoid to take any steps that could aggravate the dispute.

When the ICSID arbitral tribunals have been confronted with such requests, they have not found special provisions in the ICSID Convention or in the ICSID Arbitration Rules, which permit them to grant interim measures of protection.

Other international tribunals have been confronted with similar requests and they have concluded that the authority to grant interim measures of protection is implicit to the authority to grant provisional measures, and it is grounded on the general principles of international law that serve to justify the capacity to grant provisional measures.

The practice of those international tribunals constitutes an important precedent for ICSID tribunals, notably as we are aware that under article 42 of the ICSID Convention, ICSID tribunals have to render their decisions in accordance with the general principles of international law.

Key words: Temporary restraining orders, provisional measures, ICSID, International Court of Justice, Iran-United States Tribunal.

Introducción

La facultad de los tribunales arbitrales para conceder medidas provisionales está reconocida en el artículo 47 de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención CIADI):

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 partes¹.

Esta facultad se encuentra reglamentada en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI de 2006 (las Reglas de Arbitraje CIADI), la cual establece las directrices que han de regular la implementación del artículo 47 de la Convención, en los siguientes términos:

- (1) En cualquier etapa del 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 necesaria la dictación 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 presentes sus observaciones.
- (5) 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 de la iniciación del procedimiento, o durante la

¹ Artículo 47 de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 1965.

sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

Ahora bien, durante la solicitud de medidas provisionales, es posible encontrarse en circunstancias extremadamente apremiantes como para justificar la exigencia de una protección inmediata del tribunal mientras la solicitud de medidas provisionales se sustancia². Es así como algunos inversionistas demandantes en casos ante el CIADI, al solicitar medidas provisionales han incluido una petición complementaria consistente en la emisión de una medida interina de protección, también llamada medida provisional de segundo orden³.

Estas medidas están destinadas a obtener del tribunal arbitral una recomendación que prohíba a la contraparte alterar el *statu quo* y agravar la controversia, mientras tiene lugar la sustanciación y decisión de la medida provisional de fondo. Este tipo de solicitudes se han presentado en una variedad de escenarios fácticos, caracterizados por la amenaza inminente de la eficacia de una eventual decisión de medidas provisionales, requiriendo por ello una protección interina e inmediata por parte del tribunal arbitral⁴.

² C. Schreuer: “Under Arbitration Rule 39(2), the tribunal shall give priority to such a request. Speedy action may require special procedures. The procedure may be accelerated by convening a special session of the tribunal. In accordance with Arbitration Rule 16(2), the tribunal may also take a decision by correspondence among its members, provided that all of them are consulted. A decision by letter was, in fact, taken by the Tribunal in *Agip c. Congo* when it addressed recommendations to the Government”. C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 763, párr. 44.

³ De la información disponible, se han solicitado medidas interinas de protección en los siguientes seis arbitrajes CIADI hasta la fecha: *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. República de Eslovaquia* (Caso CIADI n.º ARB/97/4), *City Oriente Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI n.º ARB/06/21) (*City Oriente*), *Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI n.º ARB/08/05) (*Burlington*), *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI n.º ARB/08/10) (*Repsol*), *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (Caso CIADI n.º ARB/08/06) (*Perenco*) y *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CIADI n.º ARB/08/04) (*Murphy*).

⁴ En el caso *CSOB c. República de Eslovaquia*, CSOB, en el marco de una solicitud de medidas provisionales en que se solicitaba al Tribunal que recomiende a una corte eslovaca la suspensión de un proceso de quiebra en su contra, pidió como medida interina de protección que el Tribunal emitiera una orden para que la corte eslovaca suspendiera una audiencia de fondo que tendría lugar en el referido proceso de quiebra. Los otros cinco casos se sucedieron casi diez años después, todos ellos involucrando a la República de Ecuador y teniendo por

La controversia en relación con el dictado de medidas interinas de protección ha girado en torno a si los tribunales constituidos bajo las reglas del CIADI (Tribunales Arbitrales CIADI) están facultados para dictar medidas interinas de protección, aun a pesar de que tal facultad no se encuentra explícita en la Convención CIADI, ni en las Reglas de Arbitraje CIADI. Sin embargo, la falta de previsión específica de la facultad de los tribunales arbitrales CIADI para dictar medidas interinas de protección, no ha impedido a algunos tribunales arbitrales CIADI a dictar tales medidas⁵.

objeto el análisis de la legalidad de una reforma a la Ley de Hidrocarburos que impuso a las compañías con contratos de participación para la explotación de bloques petrolíferos en el Ecuador una obligación de pago sobre las cantidades producidas. En *City Oriente*, *City Oriente*, en el marco de una solicitud de medidas provisionales que requería una recomendación a Ecuador para que se abstuviera de ejecutar forzosamente los montos en disputa, solicitó una medida interina de protección que ordenara a Ecuador a no tomar ninguna medida de ejecución de los montos en discusión ni a continuar procesos judiciales contra sus directivos mientras el Tribunal no hubiere decidido la medida cautelar de fondo. En *Burlington*, *Repsol*, *Perenco*, y *Murphy*, los demandantes presentaron solicitudes de medidas provisionales en las que pedían a los tribunales una recomendación para que Ecuador se abstuviera de ejecutar los montos en cuestión mientras estuvieren pendientes los procesos arbitrales. Dichas solicitudes fueron acompañadas de una petición de medida interina de protección que ordenaba a Ecuador a que se abstenga de continuar con las medidas de ejecución forzada de los montos en cuestión, en tanto los tribunales no decidieren sobre las medidas cautelares solicitadas.

⁵ En *C.SOB c. República de Eslovaquia*, el Tribunal rechazó las dos peticiones por considerar que el requisito de necesidad no había sido cumplido, sin embargo, tal denegatoria no cuestionó la falta de facultades del Tribunal (*Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia* [Caso CIADI n.º ARB/97/4], Orden Procesal n.º 2, 9 de septiembre de 1998 y *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. República de Eslovaquia* [Caso CIADI n.º ARB/97/4] Orden Procesal n.º 3, 5 de noviembre de 1998). En *City Oriente*, el Tribunal emitió dos medidas interinas de protección, en la primera solicitó a ambas partes que se abstuvieran de iniciar o adoptar cualquier medida que pudiera afectar la situación jurídica existente entre las partes a la fecha del dictado de la orden (*City Oriente Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/06/21], Orden de Protección Interina, de fecha 16 de octubre de 2007) y en la segunda, ordenó a Ecuador que se abstuviera de iniciar acciones judiciales contra la demandante por cuestiones originadas en el contrato objeto de la disputa y de requerir el pago de cualquier tributo relacionado con dicho contrato, mientras tuviera lugar la sustanciación de la medida provisional solicitada (*City Oriente Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/06/21], Orden de Protección Interina, de fecha 24 de octubre de 2007). En *Repsol* como en *Murphy*, durante los intercambios escritos entre las partes dentro de los cinco días hábiles posteriores, Ecuador se comprometió a no tomar ninguna medida de embargo que implicara la ejecución efectiva de los montos reclamados, como consecuencia de tal compromiso, los tribunales consideraron que este compromiso era lo suficientemente sólido como para tornar innecesario el análisis de las medidas interinas de protección solicitadas por las demandantes, por lo que no

Por otro lado, es importante precisar que otros tribunales internacionales se han enfrentado igualmente a situaciones en las que fueron llamados a dictar medidas interinas de protección, sin que existiera una previsión específica en las reglas aplicables que contemplara tal facultad. Tal es el caso de la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), su predecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ), y tribunales constituidos conforme el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (el Reglamento CNUDMI).

En este contexto, el propósito de este artículo es estudiar en detalle la práctica internacional de los tribunales internacionales que ya han estado enfrentados a solicitudes de medidas interinas de protección y por ende han

las otorgaron. (*Repsol YPF Ecuador S.A. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/08/10], Comunicación del Tribunal de fecha 2 de marzo de 2009, párrafos. 8 y 9; y *Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador* [Caso CIADI n.º ARB/08/04], Comunicación del Tribunal de fecha 2 de marzo de 2009, párrafos. 5 y 6]. En los casos *Perenco* y *Burlington*, los tribunales tomaron otra aproximación. En *Perenco*, como parte de los intercambios que siguieron a la solicitud de medidas provisionales y a la petición de medidas interinas de protección, Ecuador presentó un compromiso similar al presentado en los casos Repsol y Murphy, el Tribunal, sin perjuicio de aceptar la validez de dicho compromiso, emitió una orden interina de protección en que solicitaba a las partes “to refrain from initiating or continuing any action or adopting any measure which may, directly or indirectly, modify the status quo between the parties vis-a-vis the participation contracts, including any attempt to seize any assets of the Claimant, until it has had an opportunity to further hear from the parties on the question of provisional measures.” (*Perenco Ecuador Limited c. la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/08/06], Comunicación del Tribunal de fecha 24 de febrero de 2009). En *Burlington*, la situación fue una combinación de las anteriores. La solicitud de medidas provisionales y la petición de medidas interinas de protección de las demandantes provocó que Ecuador presentara un compromiso similar al presentado en los demás casos, el cual inicialmente fue aceptado por el Tribunal, evitándose la toma de una medida interina de protección (*Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/08/05], Comunicación del Tribunal de fecha 23 de febrero de 2009). Sin embargo, Ecuador notificó al Tribunal que se disponía a tomar medidas para proceder a la ejecución efectiva de los montos en cuestión, lo que generó que Burlington efectuara una nueva presentación al Tribunal reiterando su petición de una orden interina de protección, ante lo cual, el Tribunal, dentro de los tres días siguientes, emitió dicha orden indicando que “[...] the Arbitral Tribunal recommends that the Respondents refrain from engaging in any conduct that aggravates the dispute between the Parties and/or alters the status quo until it decides on the Claimants’ Request for Provisional Measures or it reconsiders the present recommendation, whichever is first” (*Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador]* [Caso CIADI n.º ARB/08/05], Comunicación del Tribunal de fecha 6 de marzo de 2009, párrafos 9, 12 y 13).

analizado sus facultades para el dictado de tales medidas. Este estudio permitirá a los tribunales arbitrales CIADI, identificar los principios de derecho internacional sobre los cuales la CIJ, la CPIJ y los tribunales constituidos bajo el Reglamento CNUDMI erigieron su facultad para dictar medidas interinas de protección. Principios conforme a los cuales, los Tribunales Arbitrales CIADI deben decidir las controversias objeto de su competencia⁶. De igual manera, la práctica de la CIJ y la CPIJ es esclarecedora, en el entendido de que el artículo 47 de la Convención CIADI fue redactado con base en el artículo 41 de las Reglas de la CIJ⁷.

I. Principios generales del derecho internacional aplicables al dictado de medidas provisionales y medidas interinas de protección

A. Principio general del derecho por el cual las partes deben abstenerse de agravar, o extender la disputa, o afectar la ejecución de la decisión pendiente: Un principio que no requiere previsión expresa

La posibilidad de que un tribunal arbitral pueda dictar medidas interinas de protección, en el entendido de que estas se basan en la facultad más general que tienen los tribunales para indicar medidas provisionales, no resulta extraña bajo la óptica del derecho internacional. Esta facultad genérica para dictar medidas provisionales, fue reconocida por la Corte Permanente Inter-

⁶ Conforme con el artículo 42 de la Convención CIADI, los tribunales arbitrales decidirán “de acuerdo con [...] aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Según el Informe de los directores ejecutivos acerca del Convenio (Historia de la Convención [vol. II], pp. 962- 1029), este concepto “normas de derecho internacional” debe interpretarse conforme con el artículo 38 de los estatutos de la CIJ, según el cual la Corte en sus decisiones aplicará, entre otros, “the general principles of law recognized by civilized nations”.

⁷ Según C. Schreuer, el artículo 47 fue redactado tomando como modelo el artículo 41 de las Reglas de la CIJ, Historia de la Convención CIADI (vol. II), pp. 668, 813, y C. Schreuer. *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge 2001, p. 746, párr. 1: “Art. 41 of the Statute of the International Court of Justice which served as a model in the drafting of Art. 47 of the ICSID Convention (History, vol. II, pp. 668-813)”. Este hecho fue igualmente reconocido por la jurisprudencia CIADI, ver *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI No ARB/98/2) Decisión de Medidas del 25 de septiembre de 2001, párr.17-23.

nacional de Justicia (CPIJ) en el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, donde destacó el principio general del derecho:

universally accepted by international tribunals [...] to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute⁸.

Varios tribunales han confirmado el criterio establecido en el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* en el sentido de que la facultad para indicar medidas provisionales se desprende de la aplicación de un principio general de derecho internacional y por lo tanto no requiere estar contemplada expresamente en alguna regla de procedimiento para que un tribunal arbitral pueda hacer uso de ella⁹. El precepto ya había sido incluso sostenido en el caso *Gramophone*¹⁰, donde el tribunal británico-alemán constituido con base en el artículo 308 del Tratado de Versalles, procedió al dictado de medidas provisionales a pesar de no estar “explícitamente” facultado para ello¹¹.

⁸ Caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1936, CPIJ, Ser. A/B n.º 79, p. 194, párr. 199; Collins, L. “Provisional and Protective Measures”, en *Recueil des Cours* (vol. 234), 1992, p. 215; Dumbauld, E. *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932, pp. 177-178; Guggenheim, P. “Les mesures conservatoires dans la procedure arbitrale et judiciaire”, en *Recueil des Cours*, 1932 (vol. 40), pp. 649-651; Elkind, J. *Interim Protection: A functional approach*, 1981, pp. 23-25; Cheng, B. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 273, entre otros.

⁹ Gaillard, E. “Anti-Suit injunctions issued by Arbitrators”, en *International Arbitration 2006: Back to basics?*, International Council for Commercial Arbitration, pp. 237-238 y 240; Collins L., p. 215. Del mismo modo, *E-Systems, Inc. c. República Islámica de Irán*, Decisión provisional n.º 338, 4 de febrero de 1983, 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 57: “This Tribunal has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that this Tribunal’s jurisdiction and authority are made fully effective” y opinión separada de Sir. Fitzmaurice, en el caso *Northern Cameroons (Camerún c. Reino Unido)*, 1961, CIJ, Rep. 15: “Although much (though not all) of this incidental jurisdiction is specifically provided for in the Court’s Statute, or in Rules of Court which the Statute empower the Court to make, it is really an inherent jurisdiction, the power to exercise which is a necessary condition of the Court – or of any court of law being able to function at all”.

¹⁰ *The Gramophone Co. Ltd c. The Deutsche Gramophone AG and the Polphonwerke AG* (1922) TAM, vol. 1, pp. 857-859 (Tribunal Británico-Alemán).

¹¹ Tampoco se contemplaba como facultad de dictar medidas provisionales en las reglas de procedimiento de los tribunales japonés-alemán y japonés-austríaco, también constituidos

B. Las partes de un acuerdo tienen la obligación de mantener el *statu quo* como consecuencia de la aplicación del principio de buena fe: principio aplicable al período durante el cual los tribunales internacionales deciden sobre la solicitud de medidas provisionales

Este principio, por lo demás, se basa en otro principio fundamental, el de buena fe, por medio del cual las partes de un acuerdo tienen la obligación de mantener el *statu quo* durante el período que transcurre entre dos eventos determinados¹². En materia de medidas provisionales dichos eventos serían i) la presentación de la notificación de disputa o demanda de arbitraje, y ii) la decisión final del tribunal arbitral. Aplicando dicho precepto al contexto más restringido de las medidas interinas de protección, los dos eventos serían i) la solicitud de las medidas provisionales y ii) la decisión del tribunal concediendo o rechazando las medidas provisionales.

En aplicación de los principios generales de derecho internacional anteriormente referidos, las partes que han voluntariamente acordado someter su disputa ante un tribunal arbitral, no podrían tomar medidas que afecten el *statu quo* y en consecuencia la jurisdicción exclusiva que tiene dicho

conforme las reglas del Tratado de Versalles. Cheng, p. 269. Igualmente, en el primer caso de contaminación transfronteriza, caso *Trail Smelter*, donde se discutía la emisión de humo contaminante de una planta de fundición de zinc establecida en British Columbia, Canadá, hacia el valle del río Columbia, cruzando la frontera entre Canadá y Estados Unidos, y causando daños en el estado de Washington, Estados Unidos, el tribunal arbitral decidió que “[...] until the date of the final decision [...] * the Trail Smelter shall refrain from causing damage in the State of Washington in the future [...]”. Caso *Trail Smelter*, decisión del 16 de abril de 1938, en *Reports of International Arbitral Award*, (vol. III), pp. 1911-1982.

¹² Cheng, p. 140. En este contexto, es interesante la decisión del 14 de octubre de 1902 del árbitro en relación con el caso sobre operaciones militares en Samoa ejercidas por los Estados Unidos y el Reino Unido entre marzo y abril de 1899, sin previo acuerdo con Alemania (siendo esto un requisito acordado previamente por los tres países) considerando: “[...] pending instructions from the three Treaty Powers and thus those Powers were bound upon principles of international good faith to maintain the situation thereby created until by common accord they had otherwise decided; [...] the military action in question undertaken by the British and American military authorities before the arrival of the instructions mentioned in the proclamation, and pending to overthrow the Provisional Government thereby established, was contrary to the aforesaid obligation”. *Samoan Claims* (Alemania, Reino Unido y Estados Unidos), en *Reports of International Arbitral Awards*, (vol. IX), pp. 23-27.

tribunal mientras se decide la controversia o bien la decisión de medidas provisionales final¹³.

II. Práctica de los tribunales internacionales frente a solicitudes de medidas interinas de protección

A. Práctica de la Corte Permanente Internacional de Justicia y de la Corte Internacional de Justicia

En este sentido, resulta esclarecedora la práctica de la CIJ y de su predecesora, la CPIJ, en la que han reconocido que la facultad del presidente de la CIJ para dictar medidas interinas de protección no excede, sino que se entiende como implícita, en la facultad de la CIJ para dictar medidas provisionales.

Para analizar la práctica de la CIJ y la CPIJ, revisaremos la historia del actual artículo 74(4) de las Reglas de la CIJ (las Reglas), el cual faculta expresamente al presidente de la CIJ para que invite a las partes de una controversia a mantener el *statu quo* ante una solicitud de medidas provisionales. El actual artículo 74(4) de las Reglas dispone:

Pending the meeting of the Court, the President may call upon the parties to act in such a way as will enable any order the Court may make on the request for provisional measures to have its appropriate effects

¹³ Al respecto, Elihu Root, miembro de la CPIJ y exsecretario de Estado de los Estados Unidos, durante las deliberaciones de revisión del artículo 41 de los Estatutos de la CPIJ llevadas a cabo en 1929, indicó: “The parties to a case, when they submitted their controversy to the Court, might be regarded as having come under an obligation not to destroy the subject matter of the controversy or in any way to anticipate the judgment of the court by action of their own. Such an obligation was implied in their acceptance of the jurisdiction of the Court. Under Article 41 of the Statute, the Court would merely indicate what the duty of the parties required and what action was necessary if the parties conformed with the obligation regarded as a judgment to be enforced. The Court, or its President, merely indicated what was required and a refusal to comply with such a requirement would naturally be placed upon record. The Court in its final judgment would have to consider whether the indications given by the President had been a correct expression of the obligations of the parties. It was the duty of the President to indicate the obligations of the parties, but it was left to the will of the parties to act upon such indication. The President merely intimated what, as President of the court, he considered to be their duty” (énfasis fuera del texto), Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice: minutes of the session held at Geneva, March 11th-19th, 1929, p. 64.

En primer lugar se debe indicar que lo que hoy es el artículo 74(4) de las Reglas, es el resultado de múltiples revisiones que estuvieron encaminadas a asegurar su coherencia con el actual artículo 41 de los Estatutos de la CIJ (los Estatutos), que establece la facultad de la CIJ para dictar medidas provisionales. La historia de la redacción del artículo 74(4) de las Reglas muestra que fue objeto de variaciones propias de una regulación que debió ajustarse a las necesidades y preocupaciones que se iban presentando durante el ejercicio de las actividades de la CPIJ o CIJ, según fuera el caso¹⁴. Como veremos a continuación, el objetivo original de este artículo fue el de regular las facultades del presidente cuando la CPIJ no estuviera en sesión.

En efecto, la primera versión del actual artículo 74(4) de las Reglas fue el artículo 57 de las Reglas de la CPIJ de 1922¹⁵ (las Reglas de 1922) que permitía al presidente dictar medidas provisionales cuando la CPIJ no estaba sesionando, lo que en su momento resultaba necesario dado que la CPIJ solo se reunía esporádicamente. Sin embargo, en 1929, con ocasión de la revisión de los Estatutos llevada a cabo por el Comité de Juristas, se analizó si el poder del presidente establecido en el artículo 57 de las Reglas de 1922 excedía el marco del artículo 41 de los Estatutos¹⁶ y por ende esta previsión debía incluirse en el artículo 41, con el propósito de que los dos artículos fueran coherentes. Finalmente, se concluyó que no era necesaria la mención expresa en el artículo 41 de los Estatutos, porque para ese entonces la CPIJ ya había comenzado a reunirse regularmente y la práctica había mostrado que la facultad del artículo 57 de las Reglas de 1922 rara vez había sido ejercida¹⁷.

¹⁴ De este modo, el juez Anziolitti sostuvo en su momento “Article 57 [hoy artículo 74(4)], like several other articles of the Rules, had been drafted to meet an actual necessity”, Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice: minutes of the session held at Geneva, March 11th-19th, 1929, p. 63.

¹⁵ Artículo 57 de las Reglas de 1922: When the Court is not sitting, any measures for the preservation in the meantime of the respective rights of the parties shall be indicated by the President. Any refusal by the parties to conform to the suggestions of the Court or the President, with regard to such measures, shall be placed on the record.

¹⁶ En ese entonces, de los Estatutos de la CPIJ.

¹⁷ Solo en el caso *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, 1927, PCIJ, Ser. A N.º 08 (8 de enero de 1927), el presidente de la CPIJ hizo uso del artículo 57 de las Reglas de 1922, razón por la cual el Comité de Juristas, en sus sesiones del 11 al 19 de marzo de 1929, consideró que no era necesario modificar el artículo 41 de los Estatutos. Ver Szutcki J. *Interim measures in the Hague Court: an attempt at a scrutiny*. 1984, p. 16, y Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice: minutes of the session held at Geneva, March 11th-19th, 1929, p. 63.

Sin embargo, la cuestión volvió a ser objeto de análisis por la CPIJ en la revisión de las Reglas de 1931 (las Reglas de 1931), donde se decidió modificar la facultad delegada del artículo 57 de las Reglas de 1922 y limitar las facultades del presidente. Bajo la nueva redacción, ante una solicitud de medidas provisionales y no encontrándose la CPIJ en sesión, el presidente solo estaba facultado para convocar a la CPIJ¹⁸. La reforma se basó en los fundamentos avanzados dos años antes: por un lado, en el hecho que la CPIJ ya se reunía regularmente, y por el otro, en la creciente preocupación sobre la posibilidad de que la facultad delegada contenida en el artículo 57 de las Reglas de 1922, excediera el espíritu del artículo 41 de los Estatutos¹⁹.

Durante la vigencia de las Reglas de 1931, la CPIJ tramitó el caso *Prince of Pless*²⁰, en el que el 2 de mayo de 1933 el gobierno alemán solicitó a la CPIJ, que con carácter de medida provisional ordenara al gobierno polaco que se abstuviera de aplicar medidas encaminadas a requerir forzosamente y en un plazo de 15 días, el pago de ciertas obligaciones fiscales por parte de un ciudadano alemán, el príncipe de Pless, bajo apercibimiento de embargo de sus bienes. El 5 de mayo de 1933, dos días antes de que se cumpliera el plazo establecido por el gobierno polaco, el entonces presidente de la CPIJ, juez Adacti, envió un telegrama al ministro de Relaciones Internacionales de Polonia, en el que le solicitaba una extensión del plazo para el pago en los siguientes términos:

Eu égard ce que précède ainsi que esprit du Statut et autres actes internationaux concernant règlement pacifique différends acceptes par Pologne me permets suggérer Votre Excellence opportunité examiner possibilité arrêter mesures coercion éventuelles contre Pless en attendant réunion

¹⁸ Artículo 57 de las Reglas 1931: An application made to the Court by one or both of the parties, for the indication of interim measures of protection, shall have priority over all other cases. The decision thereon shall be treated as a matter of urgency, and if the Court is not sitting, the President may convene the Court to submit to it the question whether such measures are expedient. In all cases, the Court shall only indicate measures of protection after giving the parties an opportunity of presenting their observations on the subject.

¹⁹ Modification of the Rules-Series D, second addendum to n.º 2, 1931, pp. 182-186. Preocupaciones particularmente lideradas por los jueces Anziolitti, Roiln-Jacquemyns, Tostworowski y Fromageot.

²⁰ *Case Concerning the Administration of Prince of Pless*, 1933, CPIJ, Serie C. n.º 70.

Cour prévue pour date non postérieure à 15 mai courant et en attendant que Cour ait pu statuer²¹

El caso *Prince of Pless* fue la primera ocasión en la que un tribunal dictó lo que se ha denominado: “medida interina de protección”²² o “medida provisional de segundo orden”²³, sin necesidad de que dicha facultad estuviese consagrada en ningún reglamento. Al momento de la solicitud alemana, la CPIJ no estaba en sesión y, como consecuencia de la revisión de 1931, el presidente no tenía la facultad de ordenar medidas provisionales. De este modo, el presidente convocó a la CPIJ y al mismo tiempo emitió la medida interina de protección en la que instaba al gobierno polaco a extender el plazo, a pesar de que tal facultad no se encontraba expresamente contemplada en las Reglas de 1931.

Según el juez Adacti, el propósito de tal medida era evitar que en el momento en que la solicitud de medidas provisionales fuera decidida por la CPIJ, esta se encontrara frente a un *fait accompli*²⁴ que tornara la misma abstracta. En otras palabras, lo que hizo el presidente fue simplemente recordarles y sugerirles a las partes que de acuerdo con el principio de buena fe, estas debían mantener el *statu quo*, principio inspirador del artículo 41 de los Estatutos. A juicio del presidente Adacti, el artículo 57 de las Reglas de 1922, interpretado de forma razonable, contenía esta obligación de forma implícita, precisamente para que una vez reunida, la CPIJ pudiese realizar un trabajo útil²⁵.

²¹ *Íd.*, p. 430.

²² En inglés, “provisional measure of the second order”, denominada así por autores como: Yesilirmark, A. *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, 2005, p. 191; Ch. Brower, Concurring Opinion of Judge Brower en *Component Builders, Inc., et al. c. República Islámica del Irán*, et al., Caso 395, Cámara Tres, Orden de 10 de enero de 1985, pp. 3-4; Dumbauld, *Relief Pendente Lite in the Permanent court of International Justice*, AJIL, 1945 (vol. 93), pp. 391-404; Caron, D. *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, Abhandlungen (vol. 46), 1986, pp. 465-518, entre otros.

²³ En inglés, “provisional measure of the second order”, denominada así por Szutcki, p. 161.

²⁴ El secretario explicó las razones por las cuales el juez Adacti tomó dicha decisión durante los debates del 19 de febrero de 1935, en vista de una posible reforma del artículo 57. Del mismo modo, indicó que esta medida fue adoptada sin objeción alguna por Polonia. Proceso verbal del 19 de febrero 1935, pp. 285 y 290.

²⁵ Proceso verbal del 19 de febrero 1935, p. 290.

La experiencia recogida en el caso *Prince of Pless*, junto con la necesidad de contar con remedios procesales para poder confrontar situaciones de extrema urgencia, resultó en la instrumentalización del numeral 3 del artículo 61 en la revisión de las reglas de 1936 (las Reglas de 1936):

(3) If the Court is not sitting, the members shall be convened by the President forthwith. Pending the meeting of the Court and a decision by it, the President shall, if need be, take such measures as appear to him necessary in order to enable the Court to give an effective decision.

Los miembros de la CPIJ consideraron la referencia del artículo 61(3) en consonancia con el artículo 41 de los Estatutos y un simple desarrollo del mismo, en el entendido de que la redacción excluía la delegación al presidente de la facultad de dictar medidas provisionales (reservada a la CPIJ en pleno), indicándose que el propósito era simplemente mantener el *statu quo* a fin de garantizar la efectividad de la decisión final sobre medidas provisionales²⁶.

La confirmación de que el artículo 61(3) de las Reglas de 1936 simplemente enunciaba una facultad intrínseca al mandato general del artículo 41 de los Estatutos tuvo lugar con la decisión de la CPIJ en el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* en 1938, en el que se discutía el proceso de fijación de tarifas para la distribución de electricidad en Sofía por parte de una compañía belga. La municipalidad de Sofía había logrado un pronunciamiento favorable de las cortes locales y Bélgica presentó una solicitud de medidas provisionales en la que invocaba la suspensión de la ejecución de dicha decisión. A pesar de que la reforma introducida por el artículo 61(3) de las Reglas de 1936 le otorgaba expresas facultades al presidente para tomar las medidas necesarias para proteger la futura decisión de la CPIJ, este remitió al ministro de Exterior de Bulgaria un telegrama en el que efectuaba una recomendación en términos similares a los utilizados por el juez Adacti y sin hacer referencia al nuevo artículo 61(3):

²⁶ Al respecto, M. Kellogg indicó: “I think this rule should provide that if the Court is not sitting the President may provide for interim measures provided such measures do not affect the final judgment; in other words, that the interim measures simply maintain the *status quo* and protect the parties. I don’t see any necessity in such case to go to the expense of calling a session of the court in order to institute an interim provision so that the final judgment may dispose of the whole case. This is the practice, so far as I know, of every Court in the world”, proceso verbal del 19 de febrero de 1935, p. 283.

(...) la possibilité suspendre exécution de la décision de la Grande Commune Sofie en attendant réunion Cour (...) Eu égard ce que précède ainsi que esprit du Statut et autres actes internationaux concernant règlement pacifique différends acceptes par Bulgarie me permets suggérer (...)»²⁷.

Una vez disuelta la CPIJ y creada la CIJ en abril de 1946, esta última adoptó como suyas las Reglas de 1936, manteniendo la redacción del anterior artículo 61(3), que pasó a ser el artículo 66(3) en la revisión de las Reglas de la CIJ que tuvo lugar en 1946 (las Reglas de 1946). Las Reglas de 1946 permanecieron en vigor hasta el año 1978.

Durante este período se otorgaron medidas interinas de protección en cuatro casos representativos, en tres de los cuales el presidente concedió dichas medidas sin hacer referencia a la regla del artículo 66(3)²⁸. El principio que se aplicó fue el mismo que en los casos *Prince of Pless* y *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*. El profesor Szutcki coincide al afirmar que este accionar no requería expresa previsión en las Reglas y “es por supuesto perfectamente admisible”²⁹.

Ya en 1978 se renumeraron los artículos de las Reglas de 1946, al modificarse y dividirse el artículo 66(3) y crearse en su lugar los numerales 2 y 4 del artículo 74 (las Reglas de 1978), este último indicando:

²⁷ Caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1938, PCIJ, telegrama enviado el 4 de julio de 1938, Ser. C. n.º 88, p. 455. Resulta ilustrativo en este contexto el caso *South Eastern Greenland*, en el que a pesar de que la CPIJ rechazó la solicitud de medidas provisionales lo hizo considerando que no eran necesarias toda vez que las declaraciones de ambos gobiernos de Noruega y Dinamarca demostraban “a state of mind and of intentions which are eminently reassuring”, *South Eastern Greenland Case*, 3 de agosto de 1932, p. 286

²⁸ *Anglo Iranian Oil Co* (Reino Unido c. Irán), 1952, C.I.J., *Nuclear Tests* (Nueva Zelanda c. Francia), 1974, C.I.J., *Trial of Pakistani Prisoners of War* (Pakistán c. India) y *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America c. Irán), 1973, C.I.J. En estos casos el presidente de la CIJ procedió bajo requerimiento de las partes, pero sin que estas identificaran el artículo 66(3) de las Reglas, solo en el caso *Trial of Pakistani Prisoners of War*, la parte que solicitó las medidas provisionales invocó la provisión del art. 66(3) de las Reglas. Solo en el caso *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, el presidente, al desplegar su facultad, hizo referencia a dicha provisión de las Reglas. Ver Szutcki, J. p. 164.

²⁹ Szutcki, p. 164. Este autor igualmente establece que “On certain premises an action of this type can also be motivated by general principles of law applicable to inter-State litigation”, tal es el caso en *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*.

4. Pending the meeting of the Court, the President may call upon the parties to act in such a way as will enable any order the Court may make on the request for provisional measures to have its appropriate effects.

A pesar de que no son públicos los debates que se llevaron a cabo para la adopción de las Reglas de 1978, es evidente el cambio de “matiz” del artículo 74, por medio del cual se estableció que el presidente “may call upon the parties” a mantener el *statu quo*, en reemplazo del “shall take such measures” que indicaba el artículo 66(3) de las Reglas de 1946. Posiblemente en el seno de las discusiones de las Reglas de 1978 se buscó, en primer lugar, plasmar el carácter atenuado de las fórmulas históricamente utilizadas por los presidentes de la CPIJ o CIJ, según fuera el caso, que siempre se asimilaron a “sugerencias” y, en segundo lugar, eliminar cualquier riesgo de discusión sobre un posible rasgo de exceso, identificado con la preocupación de una posible delegación de facultades al presidente para que de forma independiente dicte medidas provisionales. Como sea, la nueva redacción no hizo más que recoger un principio universal que había sido constantemente aceptado, sin importar que estuviese contemplado (por ejemplo, en las Reglas de 1931, caso del *Prince of Pless*), e incluso en los casos en que sí se contemplaba, sin hacer expresa referencia a dichas reglas (tal es el caso de las Reglas de 1936, caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*)³⁰.

B. Práctica de tribunales constituidos bajo el Reglamento CNUDMI

Es interesante comprobar que la práctica de la CPIJ y la CIJ, relacionada con la adopción de medidas interinas de protección, ha sido seguida por otros tribunales actuando bajo distintas reglas, lo cual confirma el carácter implícito de dichas medidas como parte del más amplio poder para indicar medidas provisionales.

En este sentido, el Tribunal Irán-Estados Unidos ha admitido la posibilidad de otorgar medidas interinas de protección basándose en el artículo

³⁰ Esta misma dinámica de no exigir reglas precisas para todas las hipótesis fácticas se ve soportada en la inexistencia de reglas en relación con la fijación de una posible garantía para proteger los derechos de la contraparte, cuando se decide recomendar medidas provisionales. Ver Cheng, p. 278.

26(1)³¹ del Reglamento CNUDMI³², el cual no contempla ninguna provisión similar al actual artículo 74(4) de las Reglas de la CIJ.

En el caso *Rockwell International Systems, Inc c. República Islámica del Irán*³³, la República de Irán había iniciado un proceso paralelo al arbitraje ante la Corte de Teherán en el cual se solicitaba a Rockwell que compareciera ante dicha Corte el 7 de mayo de 1983. Rockwell presentó una solicitud de medida provisional al Tribunal el 2 de mayo de 1983 en la que le requería que le ordenara a la República de Irán suspender el proceso iniciado en Irán. El 5 de mayo 1983 el Tribunal dictó una medida interina de protección en los siguientes términos:

(...) The Tribunal therefore holds that the Government of Iran should be granted a possibility to reply to the Claimant's request. However, in view of Rockwell's allegation that it has been ordered to appear before the Public Court of Tehran on 7 May 1983 and the Tribunal's inherent power to issue orders to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that its jurisdiction and authority are made fully effective, the Tribunal finds it appropriate immediately to request the Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until such time that the Tribunal can make a decision on the Claimant's request based on the views of both Parties. For these reasons, the Tribunal (i) invites the Government of the Islamic Republic of Iran

³¹ Artículo 26 de las Reglas CNUDMI: "1. At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods."

³² *Rockwell International Systems c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 17-430-1, 5 de mayo de 1983 [párr. 3; *Behring International c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 25-382-3, 10 de agosto de 1983, párr. 5; *Shipside Packing c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 27-11875-1, 6 de septiembre de 1983, párr. 2; *Ford Aerospace c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 28-159-3, 20 de octubre de 1983, párr. 5; *Aeronutronic Overseas c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 44-158-1, 27 de agosto de 1984, párr. 5; *E-Systems c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 388, Orden, 11 de octubre 1982; *RCA Global Communication c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 480, Cámara Uno, Orden, 2 de junio de 1983; *Tadger Cohen c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 12118, Cámara Dos, Orden, 30 de noviembre de 1983; *Teledyne c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 28, Cámara Uno, Orden, 9 de septiembre de 1983, entre otros.

³³ *Rockwell International Systems c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 17-430-1, 5 de mayo de 1983.

to submit by 30 May 1983 a Reply to Rockwell's request filed on 2 May 1983, and (ii) requests the Government of the Islamic Republic of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until 8 June 1983"³⁴.

Es de especial interés el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Irán-Estados Unidos en materia de medidas interinas de protección se instrumentalizó tanto mediante decisiones interinas (*interim awards*) como en ordenes (*orders*)³⁵, e incorporó un elemento adicional al del mantenimiento del *statu quo* de la controversia. Este nuevo elemento está relacionado con el objetivo de proteger a la parte contra quien la medida provisional se está requiriendo, ya que la medida interina de protección permitirá que esa parte presente sus argumentos en debida forma, y dará al Tribunal el tiempo suficiente para considerar adecuadamente la solicitud sobre medidas provisionales, reduciendo la urgencia para el dictado de su decisión al respecto³⁶. Así lo indica el profesor Brower, quien sostiene que el dictado de medidas interinas de protección "may be vitally necessary to preserve the *status quo* and thereby ensure due consideration of a request for interim measures"³⁷.

Esto es claro en el caso *Aeronutronic Overseas Services, Inc and The Islamic Republic of Iran*, en el que el demandante solicitó medidas provisionales en

³⁴ *Rockwell International Systems and The Islamic Republic of Iran*, Laudo Interino n.º ITM 17-430-1, 5 de mayo de 1983.

³⁵ Interesante es la mención de D. Caron en relación con la importancia de las "temporary restraining measures" para contrarrestar la dificultad descrita por Pierre Lalive del siguiente modo: "The difficulty in which an arbitration tribunal... finds itself when called upon to decide [a request for interim measures] at the very beginning of arbitration proceedings will be readily appreciated. At such an early stage, when no evidence whatever has yet been adduced, nor any leading filed, the tribunal has little or no possibility of ascertaining the truth, but it has to make a quick, though cautious, decision". Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration ('Holiday Inns v. Morocco') - Some Legal Problems", en *British Year Book of International Law*, 1980 (vol. 51), 1980, pp. 123 y ss., en Caron, p. 483.

³⁶ Como comentan algunos autores: "[A] tribunal could be willing to grant very rapid temporary relief on a tight briefing schedule in the face of genuine urgency, and then to revisit the issue later under Rule 39(3), which allows the tribunal to 'at any time modify or revoke its recommendations'." S.P. Finizio, E.G. Shenkman and J.D. Mortenson, "Recent developments in investor-state arbitration: effective use of provisional measures", en *The European Arbitration Review*, 2007 (vol. 15), p. 16.

³⁷ Concurring Opinion of Judge Brower parr 3 (January 17, 1985) en *Component Builders, Inc., et al. and Islamic Republic of Iran, et al.*, Case 395, Cámara tres, Orden, 10 de enero de 1985, p. 360.

relación con un proceso paralelo iniciado por la demandada ante las cortes locales de Teherán. El Tribunal dictó una medida interina de protección con el propósito de escuchar a ambas partes de acuerdo con la medida solicitada y emitir una decisión eficaz, en los siguientes términos:

“The Tribunal finds it appropriate immediately to request the Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until such time that the Tribunal can make a decision on the Claimants Motion [for provisional measures] based on the views of both Parties”³⁸.

De igual modo, el Tribunal, en el caso *Teledyne Industries Incorporated and The Islamic Republic of Iran*, consideró:

“The Tribunal considers that Respondent should be afforded the opportunity to file a Reply to Claimant’s Request for interim measures before final decision is taken with regard to that request. However, in view of the statement by Claimant that it has been summoned to appear before a Court in Tehran in a case involving the same contract upon which Claimant’s claim in the present case is based, the Tribunal finds it appropriate immediately to request Respondent to move for a stay of the proceedings before the Tehran Court until such time as the Tribunal can render its decision on Claimant’s Request.”³⁹.

También es importante mencionar la decisión del Tribunal en *Pope Talbot Co. c. Canadá*, una disputa bajo el Reglamento CNUDMI relativa a inversiones protegidas por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En el caso, el Tribunal Arbitral emitió lo que él mismo denominó un “interim ruling” sin que existiera mención alguna a esta posibilidad en el artículo 1134 del TLCAN que prevé la facultad de dictar medidas provisionales⁴⁰. El inversionista le había solicitado previamente al Tribunal que le

³⁸ *Aeronutronic Overseas and the Islamic Republic of Iran*, Laudo Interino n.º 44-158-1.

³⁹ *Teledyne and the Islamic Republic of Iran*, Caso 28, Cámara Uno, Orden, 19 de septiembre de 1983.

⁴⁰ Artículo 1134 del TLCAN: “Interim Measures of Protection A Tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the Tribunal’s jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the Tribunal’s jurisdiction.

ordenara a Canadá publicar ciertos documentos confidenciales. El Tribunal accedió y le solicitó al demandando que pospusiera su divulgación, sin embargo este pedido no fue acatado por Canadá⁴¹, y motivó el dictado de un “interim ruling” mientras tomaba la decisión final en los siguientes términos:

In the event, Canada’s rejection of the Tribunal’s request for delay and simple fairness necessitate an interim ruling on the Investor’s request so as to permit it to have at least some opportunity to seek relief from the Canadian courts, if it so desires [...].

Se concluye así que tribunales internacionales constituidos bajo diferentes reglas, y con independencia de la existencia o no de una provisión que explícitamente las contemple, han emitido medidas interinas de protección en el marco de solicitudes de medidas provisionales⁴². En la consideración de dichas medidas, los tribunales han actuado bajo la misma premisa que justifica el dictado de medidas provisionales, esto es, el mantenimiento del *statu quo*. En algunos casos, los tribunales también han tomado en consideración la necesidad de asegurar que ambas partes puedan presentar su caso en debida forma, y que el Tribunal cuente con el tiempo necesario para emitir una decisión adecuada sobre las medidas provisionales de fondo.

Conclusión

A pesar de no encontrarse norma expresa ni en la Convención CIADI, ni en las Reglas de Arbitraje CIADI que prevea la facultad de los Tribunales CIADI para dictar medidas interinas de protección, esta facultad está

A Tribunal may not order attachment or enjoin the application of the measure alleged to constitute a breach referred to in Article 1116 or 1117. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation”. M. Kinnear. *Investment Disputes under NAFTA an annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, 2006, pp. 1134-1211.

⁴¹ “The Tribunal has difficulty understanding why Canada is unable to delay release on its own volition”, *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Auto provisional, 5 de marzo de 2002.

⁴² El Tribunal Irán-Estados Unidos fundamentó el otorgamiento de las medidas interinas de protección en el denominado poder inherente para preservar los derechos de las partes durante la disputa y su jurisdicción. Coincidimos con Caron al indicar que el Tribunal Irán-Estados Unidos bien hubiese podido basarse únicamente en el artículo 26(1) de las Reglas CNUDMI que precisamente instrumentaliza ese denominado poder inherente, dándole así más solidez al fundamento de tal medida. *Ver* Caron, D. p. 479.

implícita y no excede el artículo 47 de la Convención CIADI, ni la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje CIADI.

La facultad para dictar medidas interinas de protección, simplemente instrumentaliza dos principios generales del derecho internacional, por un lado, el principio general del derecho internacional universalmente reconocido por el cual las partes deben mantener de buena fe el *statu quo*, y por el otro, el principio de no agravar la disputa. Tales principios, por lo demás, son de aplicación obligatoria para los tribunales CIADI conforme al artículo 42 de la Convención CIADI.

Esto es aún más evidente si tenemos en cuenta que el artículo 41 de los Estatutos de la CIJ, base del artículo 47 de la Convención, contiene implícita la facultad para dictar medidas interinas de protección. Las razones por las que esta facultad quedó prevista en el artículo 74 de las Reglas de la CIJ son históricas, y como se indicó, estuvieron ligadas con la delegación de facultades al presidente que son del ejercicio propio de la CIJ en pleno. Precisamente, la redacción lograda demuestra la coherencia del artículo 74 de las Reglas de la CIJ con el artículo 41 de los Estatutos de la CIJ, sin excederlo pero sin ser exhaustivo en la identificación de las hipótesis fácticas a las que puede enfrentarse la CIJ.

De desconocerse esta facultad, las medidas provisionales perderían su efecto útil. Ello se ve reafirmado por la naturaleza hermética del arbitraje bajo reglas CIADI, que impide a las partes recurrir ante tribunales locales ante situaciones que requieran la protección urgente del tribunal. Así, una parte podría quedar indefensa si no se le concediere al tribunal la facultad de dictar una medida de este tipo.

Adicionalmente, la aceptación de esta facultad por parte de los tribunales arbitrales CIADI resulta necesaria desde una perspectiva de sentido común. Por un lado, estas medidas aseguran a ambas partes que el tribunal tendrá suficiente tiempo para considerar debidamente cualquier solicitud de medidas provisionales. Por el otro, sería contradictorio que las partes en un procedimiento arbitral internacional escogido por su propia voluntad y caracterizado por ello, deliberadamente interrumpieran la solución “pacífica” de sus controversias, y en tal caso, no correspondería que el tribunal internacional a cargo de dicho procedimiento no contara con la facultad de recordarles a las partes la necesidad de mantener el *statu quo* y no agravar la disputa. ¿Por qué si en derecho internacional la interpretación restrictiva que anula el efecto útil está proscrita, se podría alegar una interpretación de este tipo de los poderes de protección provisional de los tribunales CIADI

que desproveería de efecto alguno a la medida provisional en el evento que fuese recomendada?

Bibliografía

Libros y artículos

- Caron, D. *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran-United States Claims Tribunal*, Abhandlungen (Vol. 46), 1986.
- Cheng, B. *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953.
- Collins, L. “Provisional and Protective Measures”, en *Recueil des Cours* (Vol. 234), 1992.
- Dumbauld, E. *Interim Measures of Protection in International Controversies*, 1932.
- Dumbauld, E. *Relief Pendente Lite in the Permanent court of International Justice*, AJIL, 1945 (Vol. 93).
- Guggenheim, P. “Les mesures conservatoires dans la procedure arbitrale et judiciaire”, en *Recueil des Cours*, 1932 (Vol. 40).
- Elkind, J. *Interim Protection: A functional approach*, 1981.
- Finizio, S. P., Shenkman, E. G. y Mortenson, J.D., “Recent developments in investor-state arbitration: effective use of provisional measures” en *The European Arbitration Review*, 2007, (Vol.15), p. 16.
- Gaillard, E. “Anti- Suit injunctions issued by Arbitrators”, en *International Arbitration 2006: Back to basics?*, International Council for Commercial Arbitration, pp. 237-238 y 240.
- Kinnear, M. *Investment Disputes under NAFTA an annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, 2006.
- Lalive, “The First ‘World Bank’ Arbitration (“Holiday Inns v. Morocco”) – Some Legal Problems”, en *British Year Book of International Law*, 1980 (Vol. 51), 1980, pp. 123 y ss., en Caron, p. 483.
- Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001.
- Szutcki J. *Interim measures in the Hague Court: an attempt at a scrutiny*, 1984.
- Yesilirmark, A. *Provisional measures in International Commercial Arbitration*, 2005.

Decisiones

Administration of Prince of Pless, 1933, CPIJ, Serie C. n.º 70.

- Aeronutronic Overseas c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 44-158-1, 27 de agosto de 1984.
- Anglo Iranian Oil Co* (Reino Unido c. Irán), 1952, C.I.J.
- Bebring International c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 25-382-3, 10 de agosto de 1983.
- Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/08/05)*, Comunicación del Tribunal, de fecha 23 de febrero de 2009.
- Burlington Resources Inc. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/08/05)*, Comunicación del Tribunal, de fecha 6 de marzo de 2009.
- Ceskoslovenska ObchodniBanka, A.S. c. República de Eslovaquia* (Caso CIADI n.º ARB/97/4), Orden Procesal n.º 2, 9 de septiembre de 1998.
- Ceskoslovenska ObchodniBanka, A.S. c. República de Eslovaquia* (Caso CIADI n.º ARB/97/4) Orden Procesal n.º 3, 5 de noviembre de 1998.
- City Oriente Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/06/21)*, Orden de Protección Interina, de fecha 16 de octubre de 2007.
- City Oriente Ltd. c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/06/21)*, Orden de Protección Interina, de fecha 24 de octubre de 2007.
- Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*, 1927, PCIJ, Ser. A n.º 08, 8 de enero de 1927.
- Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1936, CPIJ, Ser. A/B n.º 79.
- Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, 1938, PCIJ, Telegrama enviado el 4 de julio de 1938, Ser. C n.º 88, p. 455.
- E-Systems c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 388, Orden, 11 de octubre 1982.
- E-Systems, Inc. c. República Islámica de Irán*, Decisión provisional n.º 338, 4 de febrero de 1983, 2 Irán-U.S. Cl. Trib. Rep. 57.
- Ford Aerospace c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 28-159-3, 20 de octubre de 1983.
- The Gramophone Co. Ltd c. The Deutsche Grammophone AG and the Polphonwerke AG* (1922) TAM, (Tribunal Británico-Alemán), Vol. 1, pp. 857-859.
- Murphy Exploration and Production Company International c. República de Ecuador (Caso CIADI n.º ARB/08/04)*, Comunicación del Tribunal, de fecha 2 de marzo de 2009.
- Nuclear Tests* (Nueva Zelanda c. Francia), 1974, C.I.J.

- Perenco Ecuador Limited c. la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/08/06)*, Comunicación del Tribunal, de fecha 24 de febrero de 2009).
- Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá*, UNCITRAL (NAFTA), Auto Provisional, 5 de marzo de 2002.
- RCA Global Communication c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 480, Cámara Uno, Orden, 2 de junio de 1983.
- Repsol YPF Ecuador S.A. y otros c. República de Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (Caso CIADI n.º ARB/08/10)*, Comunicación del Tribunal de fecha 2 de marzo de 2009.
- Rockwell International Systems c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 17-430-1, 5 de mayo de 1983.
- Samoan Claims* (Alemania, Reino Unido y Estados Unidos), 14 de octubre de 1902, en *Reports of International Arbitral Awards*, (Vol. IX), pp. 23-27.
- Shipside Packing c. República Islámica del Irán*, Laudo Interino n.º 27-11875-1, 6 de septiembre de 1983.
- South Eastern Greenland Case*, 3 de agosto de 1932.
- Tadger Cohen c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 12118, Cámara Dos, Orden, 30 de noviembre de 1983.
- Teledyne c. República Islámica del Irán*, Caso n.º 28, Cámara Uno, Orden, 9 de septiembre de 1983.
- Trail Smelter*, Decisión del 16 de abril de 1938, en *Reports of International Arbitral Awards*, (Vol. III), pp. 1911-1982.
- Trial of Pakistani Prisoners of War* (Pakistán c. India) y *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran* (United States of America c. Irán), 1973, C.I.J.
- Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI n.º ARB/98/2) Decisión de Medidas del 25 de septiembre de 2001.
- Concurring Opinion of Judge Brower (January 17, 1985) en *Component Builders, Inc., et al. and Islamic Republic of Iran, et al.*, Case 395, Cámaratres, Orden, 10 de enero de 1985, p.360.
- Opinión separada de Sir. Fitzmaurice, en el caso *Northern Cameroons (Camerín c. Reino Unido)*, 1961, CIJ, Rep. 15.

Estatutos, convenciones, reglas y otros

Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 1965.

- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio (Historia de la Convención (Vol. II), pp.962- 1029.
- Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice: minutes of the session held at Geneva, 11-19 marzo, 1929.
- Estatutos de la Corte Internacional de Justicia, anexo de la Carta de las Naciones Unidas.
- Reglas de la Corte Internacional de Justicia, 14 de abril 1978.
- Reglas de la Corte Permanente de Justicia Internacional, 24 marzo 1922.
- Rules of Court (CPIJ), adopted on March 24th, 1922, as revised on July 31st, 1926, and amended on September 7th 1927, and February 21st, 1931.
- Modification of the Rules - Series D, second addendum to n.º 2, 1931, pp. 182-186.
- Proceso verbal de las sesiones consagradas por la Corte para la preparación del Reglamento, 19 de febrero 1935, en *Serie D, Acts and documents concerning the organization of the Court, Third addendum to N. 2, Elaboration of the Rules of Court of March 11th 1936*, Sección A.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 15 diciembre 1976.
- General Assembly Resolution 65/22, UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1 de enero 1994.

