

Los medios de solución pacífica de controversias y el arbitraje internacional

Benjamín Villacís Schettini*

El afán de solucionar problemas, conflictos, malentendidos, etc., es propio de la naturaleza humana, cuyos individuos han procurado preservar la tranquilidad y paz individual o colectiva, a través de la aplicación de distintos métodos, los mismos que han variado según el tiempo y la ubicación de los distintos grupos que dieron inicio a la población actual de este planeta.

Los primeros pobladores fueron nómadas y, por tanto, permanecían en determinado lugar mientras obtenían de este lo principal para la supervivencia. En una segunda etapa, se tornaron sedentarios y, por ello, se constituyeron en dueños y usufructuarios de la tierra que consideraron ideal para su desarrollo como individuos y también como grupo homogéneo.

El afincarse en un lugar no significó que desapareciese el espíritu de aventura de sus ancestros, por lo que de tiempo en tiempo se ausentaban de sus hogares, para conocer

nuevas tierras y asentamientos similares, lo cual les permitió relacionarse con otros grupos.

Lo anterior, como se comprenderá, trajo consigo la necesidad de delimitar los dominios a fin de evitar dificultades entre vecinos cercanos o con los que arribaban de sitios más lejanos; esta particularidad permitió el nacimiento de ciertos usos o costumbres tendientes, precisamente, a mantener la paz y cordialidad.

Nació, entonces, el sentido de “propiedad”, o sea, lo que une al ser humano con las cosas materiales que le rodean, como son la tierra, la vivienda, bienes muebles, etc., y que contribuyen al mejor desarrollo personal y grupal.

Durante esta época, los pequeños conflictos al interior de las familias fueron resueltos por la cabeza principal de la misma, el padre, con la colaboración y mediación de la mujer, quien a lo largo de la historia humana ha sido, en todo momento, copartícipe de las buenas y

* Embajador; ex Director de Instrumentos Internacionales del MREMH.

malas decisiones adoptadas por su conviviente o cónyuge.

En cambio los malentendidos o problemas reales, con otras comunidades, se trató, en la mayoría de los casos de resolverlos a través de la negociación y cuando esta no surtía efectos inmediatos, se encomendaba a un tercero para que coadyuve al mantenimiento de la convivencia pacífica.

La influencia de la Cultura Griega se reflejó en el Imperio Romano, y en su predominio, el cual heredó las sabias enseñanzas helenas y las proyectó por el mundo de la época, logrando un adelanto y desarrollo del Derecho, así como la utilización de los medios alternativos para la solución de las controversias.

Es conocido que, en la mayoría de los casos, se ha arribado a un acuerdo a través de la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, sin necesidad de trajinar por el largo camino de la solución judicial, la misma que, además de las clásicas trabas de la administración de justicia, no excluye la influencia sobre los abogados de las partes.

A diferencia del procedimiento judicial, en el arbitraje existe el compromiso previo, de las partes, en cumplir la decisión que se adopte en el laudo, mediante la firma de un documento previo en tal sentido, lo cual ya da una seguridad para la resolución definitiva del caso.

Para tal fin, las partes deben tener la precaución de escoger, como

árbitros, no solamente a personas profesionales, sino también conocedoras de los principios del derecho interno de los países que comparecen, del derecho internacional público y, sobre todo, que tengan una hoja de vida intachable.

Tal perfil constituye una garantía para quienes sometan sus divergencias a la resolución de uno o más árbitros, quienes —necesariamente— deberán considerar muy seriamente el caso, teniendo en cuenta no solo la documentación que presenten las partes, sino también los antecedentes del mismo, conjuntamente con la imagen internacional y la seriedad de quienes solicitan su intervención.

De su lado, las partes, asumen el compromiso, inexcusable, de acatar el fallo y de aplicarlo sin dilación, conforme lo estipulado en el “*compromiso arbitral*”, el mismo que, en la práctica, constituye un contrato que debe ser observado y respetado, coadyuvando así a la sana y pacífica convivencia internacional.

Como se observará, oportunamente, el arbitraje tiene ejemplos claros de su aporte a la paz interestatal y ha evitado enfrentamientos, contribuyendo, entonces, a que se respete una de las principales aspiraciones de la comunidad de países, agrupada en la ONU, cuya Carta Constitutiva tiene como finalidad: “*Mantener la paz y la seguridad internacionales*”.

Medios de solución pacífica de controversias

La Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, en el capítulo VI, artículo 33, numeral 1, menciona los métodos a los que deben acudir los Estados para solucionar las situaciones que puedan poner en peligro la paz y seguridad internacionales: “... *la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección*”.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, OEA, en el artículo 25 dispone que son procedimientos pacíficos: “*la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento las partes*”.

En cuanto a la doctrina, los estudiosos del Derecho Internacional estiman que a los medios pacíficos se les puede agrupar en: a) político diplomáticos: negociación, mediación, buenos oficios, investigación, conciliación y el recurso a los organismos o acuerdos regionales; y, b) jurídicos: el arbitraje y el procedimiento o arreglo judicial.

Político - Diplomáticos

Negociación

Constituye el medio más antiguo y tradicional para el entendimiento entre individuos y pueblos; es inherente a la humanidad, porque desde sus inicios ha estado presente y ha sido la piedra angular de la que surgieron los otros mecanismos de arreglo de controversias.

Se la considera como el método de solución de conflictos por excelencia; por ello, probablemente, se encuentra mencionada, en primer lugar, en el artículo 33 de la Carta de la ONU. En la actualidad, ha adquirido singular importancia y se practica en la más alta esfera: la presidencial, sin que se descarten los contactos ministeriales y diplomáticos.

De acuerdo con lo manifestado por el doctor Armando Pesantes García, “*la negociación consiste en la presentación oral o escrita del caso, que motiva la divergencia... a la parte contraria, con la esperanza de llegar a un acuerdo satisfactorio...*”¹

El mismo autor resalta que la negociación puede llevar a los siguientes resultados: a) **Aquiescencia**: una de las partes acepta las reclamaciones de la otra; b) **Desistimiento**: renuncia de una de las Partes a las pretensiones materia de la negociación; c) **Transacción**: entendimiento mutuo como producto de concesiones recíprocas; y, d) **Ruptura**: por desacuerdo total entre las partes.

1

Pesantes García, Armando, *Las Relaciones Internacionales*, México, Edit. Cajica, 1977, p. 299.

La negociación dio buenos resultados en el siglo XX: a) El establecimiento del Estado judío (actual Israel), en 1948, con la intervención de la ONU; b) La devolución del Canal de Panamá por parte de los Estados Unidos de América, 1977; y, c) La “Declaración de Itamaraty”, Brasilia, 1995, que puso fin al enfrentamiento Ecuador-Perú, en el Alto Cenepa.

Buenos oficios

Cuando no llega a feliz término la negociación, un tercer Estado (s) puede (n) espontáneamente ofrecerse para tratar de que aquella se reanude y se obtenga una solución al conflicto; esto se conoce como buenos oficios, es decir, viene a ser una especie de puente para que las aspiraciones de lado y lado puedan decantarse y se propicie un nuevo acercamiento, pero sin intervenir directamente.²

Al respecto, Charles Rousseau³, destaca que los buenos oficios son “*la acción amistosa de una tercera Potencia que propone a los Estados en litigio un terreno de acuerdo y se esfuerza en llevarlos al mismo mediante una especie de discreta injerencia*”.

Para Lucio M. Moreno Quintana y Carlos M. Bollini Shaw⁴ los buenos oficios consisten “*en la tentativa*

de un tercer Estado para allanar a los litigantes a iniciar negociaciones o a reanudarlas si hubiese ocurrido su ruptura, sin tomar parte directamente en ellas”, tienen el carácter de consejo y pueden ser desempeñados por un Estado, por varios o por personas naturales (Afranio de Mello Franco, 1934, en el Caso de “Leticia”, entre Colombia y Perú).⁵

De conformidad con lo acordado en la Conferencia Interamericana de Montevideo, 1933, la oferta o rechazo de los buenos oficios no puede ser considerado como un acto inamistoso.

El *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas* (Pacto de Bogotá),⁶ de 30 de noviembre de 1948, en el artículo 9, señala que los buenos oficios “*consiste en la gestión de uno o más Gobiernos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las Partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada*”.

Mediación

“*Es la intervención de uno o más Estados en una negociación entre otros Estados para lograr la solución pacífica del conflicto*”,⁷ tiene como finalidad conciliar

2 Seara Vásquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Edit. Porrúa, S.A., 1986, pp. 323.

3 Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pp.485.

4 Moreno, Lucio y BOLLINI, Carlos, *Derecho Internacional Público*, Bs.As., Edic. Librería del Colegio, 1950.

5 En 1916 se firmó el Tratado Muñoz Vernaza-Suárez entre Ecuador y Colombia y en 1922 el Salomón-Lozano entre Colombia y Perú, sobre el cual no supo el Ecuador y en el que el Triángulo de Leticia pasó al Perú.

6 Ecuador ratificó el mes de julio de 2008.

7 Moreno, Lucio y Bollini, Carlos, *Derecho Internacional Público*, Bs.As., Edic. Librería del Colegio, 1950.

pretensiones opuestas a través de fórmulas de advenimiento que permitan arribar a un entendimiento aceptable. Puede ser individual o colectiva, ofrecida o solicitada.

El Pacto de Bogotá, ya mencionado, en el artículo 11, definió a la mediación como un procedimiento que “*consiste en someter una controversia al conocimiento de uno o más Gobiernos americanos, o un ciudadano (s) eminente (s) de cualquier Estado americano y que sean extraños a la controversia*”. En el artículo 12, determinó las funciones del mediador: *asistir a las Partes de la forma más sencilla, directa y tratando de que la solución sea la más aceptable para ambas*.

Conviene citar algunos casos en los que, la mediación, ha dado resultados positivos:⁸

- España-Alemania (Islas Carolinas), resuelto por León XIII en 1885.
- Estados Unidos-México, *Acuerdo de Niágara Falls*, 1914, con la intervención de Argentina, Brasil y Chile.
- Bolivia-Paraguay, (Guerra del Chaco), solucionado con la intervención de Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Perú y Uruguay.
- Ecuador-Perú, a raíz de la invasión peruana de 1941, que determinó la firma del Protocolo

de Río de Janeiro de 1942, en el que intervinieron como garantes Argentina, Brasil, Estados Unidos y Chile.

- Honduras-El Salvador, este conflicto bilateral se solucionó con la mediación del jurisperito José Luis Bustamante Rivero, en 1980.
- Argentina-Chile, sobre el Canal de Beagle, se arregló con la mediación del papa Juan Pablo II, en 1984.

Conciliación

Es un procedimiento que saltó a la palestra internacional en 1919 y se lleva a cabo mediante la colaboración de terceros a través de una comisión que estudia el litigio e integrada por cinco miembros designados por los litigantes, tres de la una nacionalidad y dos de la otra; esta, luego de dilucidar los hechos, expide un informe proponiendo una fórmula de solución, que puede o no ser aceptada por las partes.

Directrices sobre este medio de solución pacífica se pueden encontrar en *Acta General de Ginebra* (26 de septiembre de 1928); *Convención General Americana de Conciliación* (05 de enero de 1929); *Tratado Anti-bélico de No Agresión y de Conciliación* (Pacto Saavedra Lamas, 1933); y *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas* (Pacto de Bogotá, 1948).

8 Valencia Rodríguez, Luis, *Seminario de Solución Pacífica de Conflictos Internacionales, Anuario Ecuatoriano de Derecho Internacional*, Volumen V, N° 6-7.

Jurídicos

Las soluciones jurídicas se dan a través de la utilización de la *justicia internacional* y del *arbitraje*.

Justicia internacional

Se administra a través de la Corte Internacional de Justicia, CIJ, cuyo Estatuto forma parte de la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, cuya competencia se halla determinada en el artículo 36 (2 y 3) y la aplicación procede con la declaración que hagan las partes, en un conflicto, reconociendo la jurisdicción de la Corte.

El capítulo XIV de la Carta de la ONU está dedicado exclusivamente a la CIJ y el artículo 92 dice:

“La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

Según las disposiciones constantes en dicho capítulo, los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la CIJ en todo litigio que sea parte y si una de ellas dejare de cumplir sus obligaciones, la otra podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el mismo que podrá dictar medidas o recomendaciones que posibiliten el cumplimiento del fallo.

Según el artículo 36 del Estatuto, *“La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.*

El mismo artículo se refiere a la jurisdicción de la Corte: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría una violación de una obligación internacional; y d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

El arbitraje internacional

Como es usual, conocidos autores y estudiosos del Derecho Internacional Público han vertido sus opiniones con relación a lo que debe entenderse por arbitraje, lo cual ha servido de guía para que este procedimiento sea conocido y aplicado en determinados casos.

Este medio de solución *“consiste en someter una divergencia internacional, mediante acuerdo formal entre las partes, a la decisión de un tercero, que puede ser una persona o varias a fin de que previo un procedimiento contencioso ante ese tribunal, dicte fallo definitivo”.*⁹

El distinguido ex Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador,

Embajador Luis Valencia Rodríguez, considera al arbitraje como un medio de solución de litigios entre Estados, con sujeción a las normas jurídicas y por parte de individuos que los litigantes escogen libremente para este fin; agrega que las partes se someten de buena fe, a través de un compromiso previo, al laudo que se dicte.

Por su parte el tratadista Modesto Seara Vásquez, al referirse al arbitraje señala que *“es una institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales, que se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferencia a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas (comisión arbitral), libremente designada por los Estados, y que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden señalarles”*.¹⁰

Dentro del Informe de la *Comisión de Derecho Internacional de la ONU*, sobre la labor realizada en su Quinto Período de Sesiones (junio-agosto 1953), en la parte relativa a la *“Codificación del Derecho Relativo al Procedimiento Arbitral”*, se señaló que *“en conformidad con el derecho y la práctica establecidos, el arbitraje internacional es un procedimiento para resolver controversias entre Estados, mediante un laudo obligatorio, dictado con arreglo a derecho y como resultado de una obligación aceptada voluntariamente”*.

Para varios expertos en materia internacional, una de las mejores definiciones, se encuentra en el artículo 37 de la Convención de La Haya de 1907, en la cual se indica que el arbitraje *“tiene por objeto resolver los litigios entre los Estados, mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al derecho”*.

Evolución

De las investigaciones realizadas sobre esta materia, se conocen casos muy antiguos de arbitraje, ocurridos principalmente alrededor del año 3000 a.C.; más cercanamente, el tratado entre Ramsés II de Egipto y el rey Keta, en el año 1292 a.C.¹¹

En la antigua Grecia, este procedimiento fue utilizado para dilucidar las divergencias que se suscitaban entre las anficionías, las cuales suscribieron tratados en los que convinieron, por adelantado, someter cualquier disputa al arbitraje; se conoce que, por intermedio de este procedimiento, se logró solucionar alrededor de 110 conflictos. A modo de ejemplo, entre Esparta y Argos, en el año 418 a.C., se celebró un tratado de alianza en el que se estipuló que *“deberán someterse sus diferencias al arbitraje en términos justos e iguales, de acuerdo con las costumbres ancestrales”*.¹²

En el siglo XII, año 1177, el rey Enrique II de Inglaterra, intervino como árbitro entre los reyes de

10 SEARA Vásquez, Modesto; *Derecho Internacional Público*, Edit. Porrúa, México, 1986, p. 325.

11 GAMBOA Serazi, Fernando; *Manual de Derecho Internacional Público*; U. de Chile, 2ª Edición, p. 266.

12 URIBE Vargas, Diego; *Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*; U. de Colombia, 1988, p. 18.

Castilla y Navarra; en el siglo XII, el arbitraje tuvo su auge y en varias ocasiones se nombró como árbitro al papa, quien solucionó conflictos entre príncipes y señores feudales.

Posteriormente, declinó la utilización de este procedimiento hasta casi desaparecer en el siglo XVII; un siglo más tarde, en 1794, el arbitraje adquirió nuevos bríos y llegó a ser considerado como un medio práctico para solucionar controversias, a raíz de la firma del *Tratado Jay*, entre Estados Unidos y la Gran Bretaña:

“En este Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, se estipuló la creación de tres comisiones mixtas, formadas por el mismo número de estadounidenses que de británicos, con el fin de arreglar varias cuestiones que ambos países no habían sido capaces de resolver mediante la negociación. Si bien es verdad que estas comisiones no podían dictar sentencias, estrictamente hablando, en cierto modo sí estaban pensadas para funcionar como tribunales y consiguieron que volviera a surgir el interés por el proceso de arbitraje”.¹³

En el siglo XIX —a raíz de la solución de la disputa entre Estados Unidos y Gran Bretaña, en 1872, por el caso del navío *Alabama*, barco británico que llevaba pertrechos para los confederados del Sur durante la Guerra de Secesión estadounidense— el arbitraje llegó a ser con-

siderado como “*el único medio justo y equitativo para la solución de los conflictos internacionales*”.

A fines del siglo mencionado, en 1899, en La Haya se reunió la *Primera Conferencia de la Paz*, la misma que creó la *Corte Permanente de Arbitraje*; en 1902, Chile y Argentina firmaron el *Tratado General de Arbitraje*; en 1903, lo hicieron Francia y Gran Bretaña; en 1907, se reunió la *Segunda Conferencia de La Haya*, en la cual se adoptó la *Convención para la Solución Pacífica de las Controversias Internacionales*.¹⁴

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, surgió la Sociedad de las Naciones, SDN, cuyo documento constitutivo reconoció al arbitraje como una instancia para solucionar conflictos entre sus miembros. Posteriormente, en 1928, la SDN adoptó el *Acta General para el Arreglo Pacífico de las Diferencias Internacionales*, en la que se contempló la conformación de un *Tribunal Especial* de cinco miembros, para dirimir los asuntos de orden político, dejando los de carácter jurídico para que los conozca y resuelva el Tribunal Permanente de Justicia Internacional o el Tribunal Arbitral (arts. 22 y 27 del Acta).

La Organización de las Naciones Unidas, ONU, 1945 (reemplazó a la SDN), en el artículo 33 de su

13 Página electrónica de la Corte Internacional de Justicia.

14 Ecuador firmó. En el artículo 37 se dispuso que: “*El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse al laudo de buena fe*”.

Carta Constitutiva, menciona al arbitraje como un medio para solucionar las controversias y que puedan poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. La Asamblea General, en 1949, procedió a revisar el Acta mencionada en el párrafo anterior, cuya nueva versión entró en vigencia en septiembre de 1950.

En la IX Conferencia Interamericana (Bogotá, 1948), se adoptaron dos importantes documentos: *La Carta de la Organización de los Estados Americanos*, OEA y el *Pacto de Soluciones Pacíficas* (Pacto de Bogotá), los cuales se refieren al arbitraje en los artículos 25 y 38, respectivamente.

Elementos

a) *El compromiso:*

Es el documento mediante el cual dos o más Estados convienen en que el litigio que los separa sea sometido al conocimiento y decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral. En este instrumento queda determinada la controversia; la designación del árbitro o la forma de nombrarlo; el procedimiento; el derecho aplicable, etc.

Este compromiso equivale a un tratado internacional, constituye “ley para las partes” y se sujeta a las normas de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.¹⁵

Para su elaboración, puede tenerse como base lo previsto en la *Convención de La Haya de 1907*

o en el *Modelo de Reglas de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, artículo 2: “... las Partes que recurran al arbitraje firmarán un compromiso en el cual especificarán por lo menos: a) La estipulación del arbitraje en cuya virtud se someterá la controversia a los árbitros; b) El objeto de la controversia...; c) El modo de constituir el tribunal y el número de árbitros”.

b) *Designación de árbitros:*

El árbitro puede ser único o varios (tribunal arbitral), cuya designación o conformación, respectivamente, lo deciden las partes en litigio y el nombramiento puede recaer en un Jefe de Estado o en jurisconsultos de conocido prestigio y conocimiento en materia internacional.

Actualmente, se estima que los Estados conformen un Tribunal compuesto por un número impar de árbitros; así, cada parte elige un árbitro de su nacionalidad o extranjero y, estos escogen uno de distinta nacionalidad. Ha habido casos en que se ha sometido el litigio para la decisión de un solo árbitro (Jefe de Estado) o de la primera autoridad moral y religiosa mundial: el papa.

Las partes pueden convenir el procedimiento al que debe sujetarse la sustanciación del juicio y el fallo arbitral o dejar, simplemente, que el mismo árbitro haga esta determinación; el procedimiento consta, por lo general, de memorias, contra memo-

15

Este instrumento multilateral se adoptó en 1969 y Ecuador adhirió en 2005.

rias, diligencias periciales, alegatos, etc. Las partes, desde luego, podrán estar representadas por agentes y respaldadas por abogados, asesores, técnicos, etc.¹⁶

c) *Derecho Aplicable:*

Tanto el árbitro como el Tribunal, en su caso, pueden arribar a decisiones de conformidad con el Derecho Internacional y el consuetudinario, aplicando, también, el derecho convencional vigente entre las partes, los principios generales del derecho, las convenciones internacionales, la costumbre internacional, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas.

Sin perjuicio de lo anterior, las partes pueden autorizar al árbitro para que decida *ex aequo et bono* (se dice de un arreglo de acuerdo con la equidad), de conformidad con lo contemplado en el artículo 38 (1 y 2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

d) *La sentencia:*

El procedimiento arbitral finaliza con el pronunciamiento respectivo conocido como “*laudo arbitral*”, el cual es obligatorio desde el momento de la notificación (traslado) a las partes; también es definitivo porque pone fin a la controversia, de manera irrevocable, siendo susceptible de nulidad, de conformidad con el Derecho Internacional, solamen-

te en casos graves, como por ejemplo, si ha existido exceso de poder de parte del árbitro o del Tribunal; por corrupción de un miembro del Tribunal; y, la violación manifiesta de una regla fundamental de procedimiento.

Quien alegare la nulidad debe hacerlo de manera correcta: someter tal pronunciamiento a consideración de un nuevo Tribunal, el cual deberá analizar si amerita anularlo por existencia de un vicio; las partes, también, pueden solicitar se revise el fondo del asunto y se emita nuevo fallo.

e) *Cumplimiento de la sentencia:*

La función del Tribunal Arbitral termina, normalmente, con el fallo; sin embargo, ello no garantiza que surjan dificultades; por ello, es conveniente estipular que el compromiso adquirido a través de un convenio, no se considerará terminado (*functus officio: cumplido el cometido*) hasta que se haya ejecutado la sentencia a satisfacción de las partes.¹⁷

El doctor Miguel A. Toral Malo, en su obra *El Arbitraje Internacional*, citado anteriormente, si bien resalta la bondad de este procedimiento, agrega, que no por ello todas las cuestiones deben someterse al arbitraje y excluye expresamente aquellas que tienen que ver con la independencia y soberanía de un país, particulares que, según

16
17

Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 393.
Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 395.

él, “*sería temerario discutirlos ante jueces árbitros*”.

Ecuador y el arbitraje

El arbitraje ante el rey de España

De acuerdo con la autorización dada por el Decreto Legislativo de 15 de abril de 1884, se firmó en Quito, el 10 de agosto de 1887, el Acuerdo de Arbitraje, cuyos firmantes fueron el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, doctor José Modesto Espinosa y el plenipotenciario peruano Emilio Bonifaz, instrumento bilateral conocido como *Tratado Espinosa-Bonifaz*.

Lamentablemente, en este documento y en el de presentación del litigio ante el monarca español, no se precisó la materia del arbitraje, porque únicamente se sometió al rey de España “*las cuestiones de límites pendientes entre ambas naciones... para que las decida, como Arbitro de Derecho, de una manera definitiva e inapelable*”.¹⁸

Tampoco se definió la norma a la cual debía ceñirse el árbitro; estos dos errores fundamentales impidieron que este procedimiento llegue a feliz término, porque sembró dudas y recelos entre las partes lo cual, a la postre, determinó que el monarca español se inhibiese de pronunciar su laudo.

Según lo manifestado por los doctores Tobar Donoso y Luna To-

bar,¹⁹ debió procederse como en el caso Colombia-Venezuela, países que recurrieron al Rey de España, en 1881, con un planteamiento definido, dado que acordaron que:

“... *todo el territorio que pertenecía a la jurisdicción de la antigua Capitanía General de Caracas por actos regios del antiguo Soberano hasta 1810, quede siendo territorio jurisdiccional de la República de Venezuela; y todo lo que por actos semejantes y en esa fecha pertenecían a la jurisdicción del Virreinato de Santa Fe, quede siendo territorio de la actual República llamada Estados Unidos de Colombia*”.

El rey de España, el 24 de noviembre de 1910, comunicó a las partes su intención de no seguir conociendo el litigio, al cual calificó de “*particularmente complejo*”,²⁰ dando a entender que sabía perfectamente las consecuencias que podrían suscitarse con la emisión del laudo.

El Arbitraje de Días de Aguiar

Los acontecimientos previos a la suscripción del “Protocolo de Paz, Amistad y Límites”, Río de Janeiro, 1942, son plenamente conocidos, pero los puntos de vista y conclusiones dependen de la óptica de quien las analice.

Sin perjuicio de ello, conviene manifestar que la intervención del Capitán de Mar y Guerra del Brasil, Braz Días de Aguiar, se llevó a cabo

18 Valencia Rodríguez, Luis, *El Conflicto Territorial Ecuatoriano-Peruano*, Quito, C.C.E., 1988, p. 41.

19 Tobar Donoso, Julio y Luna Tobar, Alfredo, *Derecho Territorial Ecuatoriano*, Quito, 1979, p. 52.

20 Ministerio de Relaciones Exteriores, *Libro Blanco*, Quito, Imprenta del MRE, 1992, p. 91-92.

a raíz de las imprecisiones del documento impuesto, al Ecuador, en Río de Janeiro. Para solucionar tales inconvenientes, los “países garantes” del Protocolo delegaron al Brasil para que se encargue de proponer una línea equitativa para Ecuador y Perú.

Para tal efecto, Días de Aguiar procedió a examinar la documentación, dando como resultado lo que se conoce como “*Fórmula Aranha*”, tomada del apellido del Canciller brasileño de esa época; tal propuesta fue puesta en conocimiento de las partes el 17 de mayo de 1944 y aceptada por ambas el 22 del mismo mes y año.

Posteriormente, el 14 de julio de 1945, el Canciller Aranha entregó el laudo arbitral de Días de Aguiar a los representantes diplomáticos de Ecuador y Perú, José Vicente Trujillo y Jorge Prado, respectivamente. El fallo fue perjudicial para el Ecuador y su ejecución parcial fue el antecedente para los enfrentamientos posteriores entre los dos países, porque no quedó definitivamente delimitada la parte sur-oriental de la frontera ecuatoriana-peruana.

Merece recordarse la anécdota narrada por el doctor Jorge Pérez Concha, quien señala que los dos representantes convinieron en no intervenir en la ceremonia del laudo; sin embargo, el señor Prado, faltando a su palabra empeñada, sí lo hizo y,

por ello, el doctor Trujillo se vio forzado a improvisar su alocución en la cual le increpó de la siguiente forma:

*“Diga usted a su Gobierno, señor Embajador del Perú que, al recibir el Fallo, el Ecuador declara que no está concluido el proceso limitrofe con el Perú, como usted acaba de decir, porque los litigios en los que, de una manera inicua, se le da toda la razón a quien no la tiene y se le priva del Derecho a quien lo tiene, queda abierto un problema que habrá de resolverlo el provenir”.*²¹

Instrumentos internacionales en los que se ha previsto el arbitraje

Recordando los hechos importantes de la historia del continente americano, merece destacarse el *Congreso de Panamá*, 15 de julio de 1826, conocido también como *Congreso Anfictiónico de Panamá*, por emular a las anfictionías de Grecia (*“Confederación política y religiosa de las antiguas ciudades griegas, para asuntos de interés general. La más famosa fue la délfica, integrada por doce ciudades”*).²²

Esta importante reunión, convocada por el Libertador Simón Bolívar, tuvo como meta aglutinar a las nacientes repúblicas, recientemente liberadas de la hegemonía de España, en una Confederación de Estados, con la finalidad de que hubiese una real cohesión que les permita neutralizar la influencia de

21 Pérez Concha, Jorge, *Ensayo Histórico-Crítico de las Relaciones Diplomáticas del Ecuador con los Estados Límitrofes*, Edic. del Banco Central, Quito, 1979, Tomo II, p. 369.
22 Wikipedia.

la, entonces, naciente potencia estadounidense.

Otro de los objetivos fue la creación de *mecanismos de arbitraje*, capaces de permitirle a la Confederación resolver disputas internas y externas, por lo cual merece resaltarse que este Congreso fue la carta de nacimiento de este medio de solución de controversias,²³ teniendo como resultado el *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua de las Repúblicas de Colombia, Centroamérica y Estados Unidos Mexicanos*.

El artículo 2, de dicho instrumento multilateral, señaló que “*El objeto de esta pacto perpetuo será sostener en común, defensiva y ofensivamente, si fuere necesario, la soberanía e independencia de todas y cada una de las potencias confederadas de América contra toda dominación extranjera, y asegurarse desde ahora para siempre, los goces de una paz inalterable...*”.

Con tan importante antecedente, nuestro país, fiel a su vocación integracionista, democrática y apegada a los principios del Derecho Internacional Público, desde inicios de la República, suscribió tratados bilaterales en los que se contempló recurrir al arbitraje para solucionar posibles controversias, si de común acuerdo no se solventaren las diferencias.

Tratado Pando (PE) - Novoa (ECU), de 28 de diciembre de 1832,

el artículo 7 dispuso: “*Cualquier desavenencia que se suscitare entre la República Peruana y el Estado del Ecuador, será tranzada por todos los medios consiliatorios que dicte la unión íntima a que se comprometen, sometiendo la cuestión a la decisión de una potencia arbitro en el caso inesperado de que sus Plenipotenciarios no obtuviesen el debido avenimiento*”.

Marcos (ECU) - Michelena (VEN), de 03 de septiembre de 1838, en el artículo 3, se indicó que para el caso de que existiesen diferencias entre las partes y no se pudiese solucionar amigablemente, se escogerá de común acuerdo “a una nación amiga i neutral...”.

Espinel (ECU) - Osorio (NUEVA GRANADA), de 11 de noviembre de 1843, en el artículo 3, existe una disposición similar al instrumento de 1838, cuando se indica que, si se interrumpiesen las relaciones de amistad, queda abierta la posibilidad de escoger “a una potencia amiga i neutral... por árbitro...”.

Flores (ECU)-Chimay (BEL), 05 de marzo de 1887, en el artículo 2 se dispuso: “ Si se suscitare entre el Ecuador y Bélgica alguna diferencia que no pudiera arreglarse amigablemente, las dos Altas Partes Contratantes convienen en someter

23 De la Raza, Germán A., *Congreso Anfictiónico de Panamá. Una hipótesis complementaria sobre el fracaso del primer ensayo de Integración Latinoamericana*, U. de Sevilla, 2003.

la solución del litigio al arbitraje de una Potencia amiga, propuesta y aceptada de común acuerdo”.

Flores (ECU)-Romero (MEX), 10 de julio de 1888, en el artículo 10, se contempló la posibilidad de firmar un tratado específico que tenga por objeto *“establecer bases para someter a arbitramento, ya sea de un comisario nombrado por ambas partes, o de una o más naciones amigas, las cuestiones que desgraciadamente puedan suscitarse en lo futuro entre las dos Repúblicas... sobre algún punto de desacuerdo, respecto a alguna de las estipulaciones de este Tratado o bien sobre cualquiera otro referente a sus relaciones políticas o comerciales”.*

Flores (ECU)-Lardy (SUIZA), 22 de junio de 1889, en el artículo 4 se acordó: *“En caso que sobreviniere un desacuerdo entre los dos países contratantes, y que no pueda arreglarse amigablemente por correspondencia diplomática entre los dos gobiernos, estos convienen en someterlo al juicio de un tribunal arbitral cuyo fallo se comprometen a respetar y a ejecutar totalmente”.*

Salazar (ECU)-Segre (ITALIA), 15 de julio de 1890, en el artículo 10, se indicó que *“Los dos Gobiernos contratantes convienen en que toda cuestión que se suscite entre el Ecuador e Italia... deberá sujetarse... a la decisión de una Potencia amiga o de*

comisiones arbitrales propuestas y aceptadas de común acuerdo, siendo el fallo de tales arbitrajes obligatorio para ambas”.

Plácido Caamaño (ECU)-Aragón (CRI), 19 de abril de 1890, el artículo 1 señala: *“Todas las cuestiones que se suscitasen entre el Ecuador y Costa Rica de cualquier naturaleza que sean... y que no pudieran arreglarse amistosamente, se someterán a arbitraje”.*

Plácido Caamaño (ECU)-Cruz (GTM), 06 de mayo de 1890, en el artículo 1 se dispuso que cualquier cuestión que se suscitase entre las partes se someterá a arbitraje.

Plácido Caamaño (ECU)-Castellanos (EL SALVADOR) de 29 de marzo de 1890, en el artículo 1 se contempló que las cuestiones que no se solucionen entre las partes se recurra al arbitraje.

Carbo (ECU)-Nabuco (BRA), 13 de mayo de 1909, se estipuló que las diferencias entre el Ecuador y el Brasil, y que no pudiesen arreglarse por la vía diplomática, serán sometidas al Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya.

Peralta (ECU)-Naón (ARG), de 12 de julio de 1911, se convino, en el artículo 1, que Ecuador y Argentina, someten sus diferencias al arbitraje, excepto aquellas que tengan relación

con disposiciones constitucionales de las partes.

Carbo (ECU)- Quirino (FILIPINAS), 24 de marzo de 1948, se estipuló el arreglo pacífico de las controversias y el recurrir al arbitraje o al arreglo judicial, si aquellas no se podían solucionar por la vía diplomática, exceptuándose las que partes consideren de exclusiva competencia nacional.²⁴

El arbitraje en la legislación ecuatoriana

En la Constitución de la República

La Carta Magna, adoptada en Montecristi (Manabí) y aprobada por referéndum en 2008, el artículo 190 dice: “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir.*”

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Según la disposición del artículo 190, la aplicación del arbitraje deberá sujetarse a lo que dispone la ley en la materia, la cual se halla vigente

desde 1997, con el nombre de “*Ley de Arbitraje y Mediación*”, publicada en el Registro Oficial 145, de 04 de septiembre de 1997.

De otra parte, en el Título VIII “*Relaciones Internacionales*”, se resalta, en el artículo 416 (2), que nuestro país “*Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos*”.

En el capítulo segundo “*Tratados e Instrumentos Internacionales*”, el artículo 422, dispone que: “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*”²⁵

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del ori-

24 Sistema de Tratados Computarizado, SITRAC del MREMH/Dirección de Instrumentos Internacionales.

25 Esta disposición tiene que ver en una relación Estado vs. persona natural o jurídica; no se aplicaría a la solución de controversias en los convenios bilaterales o multilaterales, en los cuales las Partes, si no llegan a una solución consensuada, se someten, voluntariamente, a las instancias arbitrales previstas en el D.I. Público.

gen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

Respecto del primer inciso de este artículo, y salvo el mejor criterio de los constitucionalistas, estimo que tal disposición no es aplicable a los Tratados bilaterales o multilaterales en los que se comprometa el Ecuador, por cuanto el o los compromisos que adquiera se llevan a cabo entre Estados y no “con personas naturales o jurídicas privadas”.

De lo expresado, se deduce claramente que, dentro de la estructura constitucional ecuatoriana, está expresamente reconocido la utilización de los medios alternativos, como el arbitraje, para la solución de controversias, tanto en el plano interno como en el externo y, además, que el Ecuador, fiel a su historia y a la membresía en la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas y en la de la Organización de los Estados Americanos, OEA, respeta y es partidario del principio de Derecho Internacional Público, cual es el de la solución pacífica de las controversias, mediante la aplicación de los procedimientos reconocidos y previstos en dichos documentos multilaterales.

Ley de Arbitraje y Mediación

El artículo 1 manifiesta que: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias

susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

En este cuerpo legal, se hace referencia al arbitraje de equidad: para intervenir como árbitro, no es necesario ser abogado en libre ejercicio, ya que deberá actuar “conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica”.

En el arbitraje de derecho: los árbitros deberán ser abogados y “deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina”.

Uno de los requisitos principales para hacer efectivo este procedimiento es el convenio arbitral:

“... acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

En el artículo 41 se hace referencia a la procedencia del arbitraje internacional, siempre y cuando se cumplan tres condiciones: a)... que las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; b) cuando el lugar de cumplimiento esté situado fuera del domicilio de una de las partes; y, c) “cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional”.

En el **artículo 42**, se resalta que este procedimiento estará regulado y se lo utilizará con sujeción a los acuerdos bilaterales o multilaterales de los que el país sea parte. Al no existir un instrumento específico —las entidades estatales para someterse al arbitraje internacional— deberán contar con la autorización de la máxima autoridad institucional y con el informe favorable de la Procuraduría General del Estado, PGE.

Finalmente, se señala que “*Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional*”.

Comentarios y apreciaciones

Es necesario destacar que el primer antecedente del arbitraje, en el continente americano, está en el Congreso de Panamá, convocado por el Libertador Simón Bolívar; allí se acordó que las divergencias, entre los Estados Confederados, sean resueltas a través de este medio pacífico de solución de controversias.

Según las disposiciones de las Cartas Constitutivas de la ONU y la OEA, organización mundial y regional, respectivamente, los medios pacíficos de solución de controversias reconocidos a nivel mundial, y analizados en este ensayo, constituyen no solamente el mejor camino para el entendimiento interestatal sino que

coadyuvan a la preservación de la paz y seguridad internacionales.

Si bien los caminos alternativos de carácter político han tenido éxito, las consecuencias estables y positivas se han obtenido, también, a través de la aplicación de los medios jurídicos: la justicia internacional y el arbitraje, porque para la solución de los conflictos han intervenido jueces y árbitros, con un amplio conocimiento del entorno jurídico-político de las partes, así como del Derecho Internacional Público, de la doctrina y de la costumbre.

El arbitraje internacional, desde sus inicios, ha sido la mejor herramienta de los antiguos pueblos, y de los actuales Estados, para solucionar civilizada y jurídicamente aquellas divergencias que atentan contra la paz individual y colectiva. En la mayoría de los casos, sometidos al arbitraje, estos han llegado a feliz término y las partes han respetado solemnemente la decisión del árbitro (laudo), particular que le ha dado a este procedimiento una gran dosis de credibilidad ante la comunidad internacional.

Si bien existen los otros medios de solución pacífica, contemplados en las Cartas de la ONU y de la OEA —de todo lo expuesto— se puede colegir que el arbitraje es la mejor vía alterna para arribar a un entendimiento duradero entre las partes en conflicto, porque a través de este se analiza detenidamente los respectivos derechos y se llega a un fallo

completamente razonado y apegado a la justicia.

Con el arbitraje, al estar reconocido expresamente en la Constitución Política de la República y en la normativa interna, nuestro país concuerda con los instrumentos internacionales sobre esta materia.

El arbitraje internacional tiene a su haber la solución de importantes e históricos casos, en los cuales han intervenido connotados personajes de altísima idoneidad y profesionalismo, así como líderes mundiales, entre ellos el titular del Estado Vaticano, por lo cual ha quedado una jurisprudencia importante sobre esta materia.

Al respecto, cabe destacar que el ex Presidente Constitucional de la República, señor doctor Rodrigo Borja Cevallos, durante su intervención en la Asamblea General de la ONU, en el mes de octubre de 1991, manifestó: "... invito al Perú desde la más alta y prestigiosa Tribuna que tiene la humanidad, a solucionar pacíficamente nuestro largo problema y nuestra larga controversia territorial por medio del arbitraje del Papa Juan Pablo II"²⁶; este importante planteamiento no se llegó a concretar, probablemente, por falta de seguimiento y continuidad al contacto directo del ex Primer Mandatario ecuatoriano con el ex Presidente Alberto Fujimori. Lo que aconteció posteriormente es conocido ampliamente y concluyó en Itamaraty en 1998.

Bibliografía consultada

- Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Chile, Edit. Jurídica, 1976.
- Gamboa Serazi, Fernando, *Manual de Derecho Internacional Público*, Chile, U. de Chile, 2ª. Edición.
- Informe a la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1991-1992.
- Moreno, Lucio y Bollini, Carlos, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Librería del Colegio, 1950.
- Pérez Concha, Jorge, *Ensayo Histórico-Crítico de las Relaciones Diplomáticas del Ecuador con los Estados Limitrofes*, Quito, Ed. Banco Central, Tomo II, 1979.
- Pesantes García, Armando, *Las Relaciones Internacionales*, México, Edit. Cajica, 1977.
- Podesta Costa, L. A., *Derecho Internacional Público*, México, Edit. Porrúa, 1986.
- Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ed. Ariel, 1966.

Seara Vásquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Edit. Porrúa, 1986.

Tobar Donoso, Julio y Luna Tobar, Alfredo, *Derecho Territorial Ecuatoriano*, Quito, 1979.

Uribe Vargas, Diego, *Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, Colombia, U. de Colombia, 1988.

Valencia Rodríguez, Luis, *Seminario de Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, Anuario Ecuatoriano de Derecho Internacional, Volumen V.