

## Declaración del árbitro Marcelo Kohen

1. Conuerdo con mis colegas en la decisión adoptada. Formulo simplemente un punto que me parece esencial en lo que hace a la decisión de admitir tratar las objeciones preliminares como lo que son: “preliminares”. A mi modo de ver, no se trata de saber si existe una presunción jurídica en favor o en contra de la bifurcación. Para mí lo que es fundamental es que las objeciones jurisdiccionales están relacionadas con la existencia misma de la capacidad del árbitro para conocer de un caso: el consentimiento. El consentimiento no sólo es necesario para decidir el fondo, sino también para discutirlo. Debe haber razones muy fundadas para imponer a una parte que afirma su falta de consentimiento en un caso determinado, la obligación de discutir el fondo sin haber decidido previamente sobre la jurisdicción. Esto es para mí la circunstancia relevante más importante. La Regla 44 (2) no hace de los incisos (a) (b) y (c) las condiciones únicas o más importantes. Simplemente afirma que tales elementos deben tenerse en cuenta al decidir la bifurcación de las excepciones preliminares.
2. La eficiencia (preferiría utilizar la expresión “economía procesal”) no es simplemente una cuestión de costos y de tiempo. Tampoco es la eficiencia un criterio absoluto. Las supuestas “ganancias de eficiencia” no pueden imponerse, y menos aún asumirse contra elementos básicos de una sana administración de justicia. No se puede exigir sin más a una parte que discuta el fondo de una cuestión para la cual no ha dado su consentimiento. La economía procesal dicta que un tribunal que deba decidir sobre las objeciones preliminares lo haga lo antes posible. Para ello las Reglas 42 a 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI exigen a quienes las plantean que las presenten lo antes posible. Obligar a las partes a argumentar y presentar sus argumentos sobre el fondo para luego llegar a la conclusión de que el tribunal no puede decidir sobre el fondo es todo lo contrario de la economía procesal. Dejo de lado el argumento del potencial impacto psicológico sobre una decisión relativa a la jurisdicción de haber estudiado previamente todo el fondo del caso.
3. La pregunta para un tribunal es si es mejor arriesgarse a imponer a una parte la carga de discutir el fondo sin tener jurisdicción para conocer del caso o decidir primero sobre la jurisdicción, con la posibilidad de rechazar las objeciones, lo que a su vez conduciría a un procedimiento más largo. Mi percepción es que no se puede perseguir una probable eficiencia temporal a costa de sacrificar el principio básico del arreglo jurisdiccional de controversias internacionales: el consentimiento.

[ Firma ]

Profesor Marcelo Kohen

16 de octubre de 2024