

REFLEXIONES JURÍDICAS ACTUALES A PARTIR DE ARBITRAJES HISTÓRICOS

Los casos Alabama y Hamburgo

JORDI SELLARÉS SERRA

Secretario General del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional (Barcelona)

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Junio 2023

Págs. 171-178

Resumen: Alabama es no solo un estado de Estados Unidos, sino también un barco confederado por el que el Reino Unido pagó una indemnización por vulnerar la neutralidad en la guerra civil norteamericana. Es el caso en que arranca el arbitraje interestatal. Pero antes ya había habido algún precedente. Al menos tres de ellos, resueltos por el Senado de Hamburgo. Mecanismo de selección de árbitro, por su relevancia, pero también lugar de arbitraje. Cualquier lugar puede ser una buena sede arbitral.

Palabras clave: Arbitraje – Neutralidad – Hamburgo – Derechos humanos – Sede arbitral.

Abstract: Alabama is not only a state in America but also a battleship of the Confederate States of America. In the commonly considered first inter-State arbitration case, the United Kingdom had to pay a compensation for breaching its neutrality in the American civil war. Nevertheless, there had been some previous precedents. Three of them decided by the Senate of Hamburg, both the way to select the arbitrator and place of arbitration. Any place can be a good place of arbitration.

Keywords: Arbitration – Neutrality – Hamburg – Human rights – Place of arbitration.

SUMARIO: I. CASO ALABAMA. II. CASO THOMAS MELVILLE WHITE. III. REFLEXIONES.

Los artículos doctrinales que buscan un primer precedente de arbitraje internacional suelen identificar el caso del *Alabama*¹, resuelto por arbitraje en Ginebra en 1872. Con él se ponía fin a un pleito entre Estados Unidos y Reino Unido sobre los barcos de guerra vendidos por el segundo a la Confederación, a pesar de su condición de neutral en la guerra de secesión².

I. CASO ALABAMA

No hablamos del *USS Alabama* –el submarino nuclear que protagoniza «Marea Roja» con Gene Hackman y Denzel Washington–, sino el *CSS Alabama*. En ambos casos, se trata de buques que comparten el nombre con un estado federado de Estados Unidos. Es decir, con un ente subestatal. Pero que ha acabado siendo protagonista de un pleito interestatal, internacional. De hecho, Alabama, como estado federado, no ha sido nunca protagonista de arbitrajes internacionales. La propia ICC, que a lo largo de los años ha tenido como sede arbitral innumerables localidades de Estados Unidos –y no solo Nueva York o Miami–, jamás ha tenido en Alabama ningún pleito arbitral³.

El caso del Alabama era un arbitraje *ad hoc*, celebrado en Ginebra, en su ayuntamiento, a consecuencia de un tratado de Washington de 8 de mayo de 1871, entre Reino Unido y Estados Unidos, para poner fin a sus múltiples disputas. Fue resuelto en seis páginas por cinco árbitros, si bien solo cuatro firmaron el laudo. El disidente no lo firmó, pero no emitió voto particular. Era el británico Sir Alexander James Edward Cockburn, baronet y miembro del Privy Council, órgano judicial del sistema británico. Los otros cuatro, que sí firmaron el laudo, fueron el estadounidense Charles Francis Adams, el suizo James Stämpfli, el brasileño Marcos António d’Araujo, vizconde de Itajubá y plenipotenciario de su país en Francia, y el conde y senador italiano Federico Sclopis. El 15 de diciembre de 1871 ya se reunieron los cinco árbitros en el mismo lugar de Ginebra para constituirse en tribunal arbitral, con los representantes de las partes debidamente acreditados. Acordaron una suerte de procedimiento y calendario, y al día siguiente votaron posponer sus reuniones. Como hubo reconvencción, se entregaron los escritos de las partes, en el mismo lugar –el ayuntamiento de Ginebra– el 15 de abril de 1872, pero los entregaron a un

1. Disponible en https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf.
2. Hasta en la literatura se menciona. «Esto es evidentemente un mitin –dijo Fix–, y la cuestión que lo ha provocado debe ser palpitante. No me extrañaría que se tratase nuevamente la cuestión del *Alabama*, aunque está resuelta» (Comentarios a Phileas Fogg al hallarse un tumulto en San Francisco: Julio Verne, *La vuelta al mundo en 80 días*, capítulo XXV).
3. Han sido sedes de arbitrajes ICC en Estados Unidos en el período entre 1989 y 1999: Austin (Texas), Buffalo (Nueva York), Dayton (Ohio), Guam, Hutchinson (Kansas), Irvine (California), Little Rock (Arkansas), Nashville (Tennessee), Newark (Nueva Jersey), Petaluma (California), Pullman (Washington), Redmond (Washington), Richmond (Virginia), San Antonio (Texas), Topeka (Kansas).

secretario del tribunal, no identificado. Los árbitros se reunieron de nuevo con las partes en ese mismo lugar el 15 de junio de 1872, con otra ronda de escritos entregados. Con toda la documentación del caso, deliberaron y emitieron su laudo el 14 de septiembre de 1872, recalcando que resolvía todas y cada una de las cuestiones suscitadas y solamente esas cuestiones, adelantándose así a posibles críticas por incongruencia *ultra petita* o *infra petita*. El laudo condenaba al Reino Unido a pagar 15,5 millones de dólares en oro⁴. Condenaba al pago de un interés «razonable». Pero desestimaba la pretensión de condena al pago del daño emergente y el lucro cesante que supuso el esfuerzo militar de la Unión para combatir estos buques.

En el laudo se discute la declaración de neutralidad británica en la guerra civil entre norte y sur de Estados Unidos. En él se declara que los buques de guerra gozan de inviolabilidad ante el poder local («extraterritorialidad» dice el laudo) por ser órganos de otro Estado: doctrina hoy consolidada que en aquel momento fue esgrimida solo por razones de cortesía internacional. En el laudo se lee también que la violación de la neutralidad se materializa solo cuando los buques pasan de ser una venta privada a ser parte de las fuerzas armadas de una potencia beligerante («*commission*»). El problema surge por falta de diligencia del país neutral, el Reino Unido, que no comprueba a quién se venden esos buques, a pesar de las advertencias del servicio exterior de los EE.UU. La *due diligence*, el cumplimiento normativo tan en boga hoy día, habría tal vez hecho responsable al Reino Unido. El buque en cuestión se botó en Liverpool como el 290, y fue armado en el mar cerca de Terceira, en las Azores –un precedente del ensamblaje tras una producción deslocalizada– por parte de otros dos buques, el *Agrippina* y el *Bahama*, que salieron de puertos británicos. Cuando el Reino Unido ordenó bloquear su salida de puerto, ya habían zarpado. Ya con su nueva identidad de crucero confederado, entró sin problema en puertos de colonias británicas.

Lo mismo puede decirse de otras dos operaciones de transformismo naviero para torear la neutralidad británica en favor de los sudistas. En un caso, el *Oreto* en Liverpool pasa a ser el *Florida* en alta mar, y en Nassau (Bahamas) es avituallado y hasta embarca su dotación, con la tolerancia de las autoridades coloniales británicas y la ayuda de un buque de su flota, el *Prince Alfred*, en el islote de Green Cay. Luego entrará en puertos de colonias británicas varias veces, para acabar en el de Mobile, Alabama, donde permaneció varios meses.

Finalmente, con el *Sea King*, que cerca de Madeira pasó a ser el *Shenandoah*, no se hace responsable al Reino Unido –es la única decisión unánime del tribunal–, pero sí, por tres contra dos, se le considera negligente porque no

4. Si un dólar de 1872 equivale a 21 de ahora, el importe a pagar en moneda actual sería hoy de 325,5 millones de dólares.

hizo nada al pasar por el puerto de Melbourne el 18 de junio de 1865, donde se rearmó y se dotó de su marinería. Los demás buques (*Tuscaloosa*, *Clarence*, *Tacany*, *Archer*, *Georgia*, *Sumter*, *Nashville*, *Tallahassee*, *Chickamauga*, *Sallie*, *Jefferson Davies*, *Music*, *Boston*, *V.H. Joy*) son resueltos por falta de pruebas, sin responsabilidad británica o porque siguen a su buque principal.

II. CASO THOMAS MELVILLE WHITE

Con ser cierto que ese laudo arbitral fue enormemente influyente, antes ya se habían resuelto mediante arbitraje otros casos entre Estados: por ejemplo, ocho años antes, un pleito entre Reino Unido y Perú, por la detención del capitán D. Thomas Melville White, encarcelado en el puerto del Callao durante más de un año acusado de intentar asesinar al presidente de Perú. El laudo es de 13 de abril de 1864⁵, y lo dicta el Senado de Hamburgo, el gobierno de la ciudad-estado libre y hanseática de Hamburgo. O mejor dicho, alguien encargado por este órgano de un ente subestatal dentro de la Confederación Alemana de Norte y luego en el Imperio Alemán, además de ser república dentro de una monarquía. Hubo más casos resueltos por Hamburgo. Un par de pleitos entre Reino Unido y Portugal⁶. Curiosamente, Hamburgo, que hoy es sede del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, no suele ser plaza de muchos arbitrajes internacionales. Sin embargo, era entonces el árbitro –delegando la función en determinadas personas– de asuntos entre Estados con intereses de particulares implicados.

El Senado de Hamburgo encargó el arbitraje al «secretario» W. Cropp; nada más sabemos de él. El Sr. Cropp redactó el laudo en alemán. El Reino Unido solicitaba de Perú (protección diplomática clásica, por tanto) unos 4.500 chelines (alguna fuente habla de libras) por el arresto de White derivado de una acusación sin fundamento alguno, por demorar sin razón el juicio y por su expulsión final de territorio peruano. El propio interesado, el Sr. White, intentó comparecer y presentar un escrito propio; pero sin éxito, ya que fue descrito como confuso, cándido y entusiasta (tal vez en un anticipo del actual *amicus curiae*).

El capitán fue arrestado el 23 de marzo de 1861 en el Callao y liberado el 9 de enero de 1862. La denuncia frente a la capitanía del puerto de Arica,

5. Bassett Moore, J., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, together with Appendices containing the Treaties, relating to such Arbitrations, and Historical and Legal Notes on other International Arbitrations ancient and modern, and on the Domestic Commissions of the United States for the Adjustment of International Claims*, Washington, D.C.: Government Printing Office, 1898, pp. 4967-4977.

6. Croft (Reino Unido) v. Portugal. Laudo por el Senado de Hamburgo, 7 de febrero de 1856. Yuille, Shortridge and Co. (Reino Unido) v. Portugal. Laudo por el Senado de Hamburgo, 21 de octubre de 1861.

en Perú, le acusaba de haber intentado asesinar al presidente de Perú, Ramón Castilla, herido el 24 de julio de 1860 de un disparo de pistola. Al ser arrestado, se vulneraba la Constitución peruana, que exigía orden escrita de arresto, decisión por juez competente y entrega al mismo en 24 horas. Pero esta idea no prospera. Se asegura entonces que se le acusaba como mero instigador del crimen, no por ser su autor material, y que no había pruebas de ello. El laudo critica que el Reino Unido crea que su ley penal sea de aplicación en Perú, donde solo se aplica su propia normativa. El Derecho peruano de entonces establecía que la fiscalía acusaba formalmente al acabar la investigación. A White le acusaron también de enemigo del Estado y de conspirador. La investigación no podía hacerse con alguno de los muchos testigos residente en Bolivia. Por lo visto, el tal White no tenía ni oficio ni beneficio, viajaba mucho, esperaba irse a vivir a Guayaquil (Ecuador) y vivía entretanto de la asistencia que le proporcionaba el encargado de negocios británico. Algunos lo acusaban de espía en favor de un tal general Echenique. La sentencia fue apelada a una corte superior, que la acabó anulando. Por todo ello, el árbitro decide al final que no hay problema con el sistema judicial peruano, ya que en el último tribunal, en tercera instancia, ha liberado al acusado.

El árbitro no da crédito al posible maltrato de White mientras estuvo en una prisión peruana. Entre otros motivos, porque sus traducciones al inglés de las sentencias peruanas, en español, no son correctas. White aseguraba haber estado incomunicado hasta el 27 de agosto, en una celda sucia, mal alimentado y torturado. Pero el juez de primera instancia, un tal Ponce, explica que solo estuvo incomunicado dos días –26 y 27 de marzo de 1861– y que aun así el preso logró que se publicara en la prensa local (en el periódico *El Comercio*, aún existente, y de referencia en Perú), el 26, una queja por su detención. Recibió visitas, como la de un tal coronel O’Gorman, cuyo testimonio en favor del testigo no será luego valorado en el arbitraje. El juez comprobaba la calidad de las comidas a los detenidos. Al parecer tenía el mejor lugar del recinto, especialmente si se comparaba con los presos políticos allí encerrados, con los que no se mezclaba. Vivía en la antigua residencia del guarda de la prisión, bien ventilada. El árbitro no cree ni siquiera que White estuviera a mil millas en el momento del disparo al presidente de Perú. De hecho, White llegó a amenazar al juez Ponce, por lo que fue castigado durante diez minutos en la «barra» (así en el laudo).

Finalmente, el proceso penal se repasa en el laudo, desde la acusación formal (8 de agosto), el nombramiento de un intérprete (19 de agosto), el escrito del abogado defensor (26 de septiembre), la declaración jurada del presidente del país (30 de septiembre, porque el presidente no murió) hasta la sentencia de primera instancia (30 de noviembre). La segunda instancia se falló el 14 de diciembre y el Supremo del Perú lo hizo el 23 de diciembre. Por tanto, el

árbitro se sorprende de la rapidez de la justicia penal en Perú. No se le facilitó la intervención de su abogado antes de la acusación, en la fase de investigación de los hechos; pero no se requería tal cosa en el tratado de 1850 entre Perú y Reino Unido, que únicamente exigía que los súbditos británicos no sean tratados peor que los nativos. Además, White hablaba español, y firmó el acta de acusación, algo que no afectaba su situación. Igualmente, la expulsión del Perú es desmentida por una carta del propio White al juez penal, informándole que se iba de viaje por motivos privados urgentes. El laudo desestima todas las peticiones del Reino Unido, y no condena en costas.

III. REFLEXIONES

No discutiremos aquí el frustrado *amicus curiae*, ni el hecho que aquel arbitraje resolviera cuestiones de derechos humanos –al revés de lo que ocurre en el reciente caso Yukos–. Nos llama la atención que se escogiera como árbitro al Senado de Hamburgo. Ciertamente es que Hamburgo tenía entonces una cierta relevancia internacional. Como ciudad había sido parte de la Liga Hanseática y, dentro de la confederación alemana del norte o más tarde en el propio Imperio, mantenía su singularidad separada, en una suerte de parte autónoma de la Federación. Algunas de esas partes del Imperio –como Prusia o Baviera– mantuvieron una cierta subjetividad internacional; de hecho, como sigue siendo hoy día dentro de la República Federal de Alemania. A mediados del siglo XIX, atribuir al Senado de Hamburgo la resolución de un pleito arbitral interestatal era asignar a un Gobierno la identificación del árbitro. Hamburgo era visto como un mini Estado prestigioso. Su gobierno, aunque colegiado, era sinónimo de la Ciudad Estado que encabezaba. Tenía prestigio. Buena fama. Inspiraba confianza. ¿Alguien se imagina a terceros Estados encargando al *Parlament* o la *Generalitat* de Cataluña, por poner un ejemplo al azar, la resolución de un litigio? Por desgracia, eso es cada vez menos probable, quizá por el desprestigio que se han ganado en los últimos años las autoridades autonómicas catalanas. Es más, estas creían que el arbitraje era una «estructura de Estado»: y por ello decidieron crear un tribunal arbitral de Cataluña, que parece no haber tenido ningún asunto hasta la fecha. Sin embargo, es posible que otros lugares atribuyan a los copríncipes de Andorra la selección del árbitro en un futuro asunto. Seguramente, los copríncipes acudirían al nuevo Tribunal Arbitral del Principado de Andorra para seleccionar al árbitro concreto.

Aunque la mayoría de las instituciones prefiere administrar los procesos arbitrales según sus reglas, aceptan que las partes solo les encarguen la selección del árbitro. Así, por ejemplo, la ICC tiene un reglamento para esa selección. No administra. No supervisa el pleito. No revisa el borrador de laudo. Solo elige al árbitro. ¿Por qué optan algunas partes por esta vía intermedia entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional? Para ahorrar costes, lo más probable.

Una segunda reflexión es sobre el lugar de arbitraje. Las partes suelen escogerlo porque les parece un destino atractivo, intermedio, neutral. Así, por ejemplo, al abrir la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC una sede en San Pablo, algunos brasileños seguían yendo a París a presentar sus solicitudes de arbitraje, porque el viaje era parte del aliciente del asunto. Otras veces calculan la facilidad de volar desde cada una de las partes. O por inercia, a las grandes plazas arbitrales. Pero deberían valorar también los riesgos de escoger esa plaza. Por ello, Madrid, que es la principal plaza arbitral española⁷, ha sido durante unos años un lugar tal vez no del todo aconsejable por la incertidumbre generada por cierta jurisprudencia de su Tribunal Superior, competente en las acciones de nulidad de laudos dictados en la capital; incertidumbre resuelta mediante una serie de recientes sentencias del Tribunal Constitucional.

En el caso de los casos hamburgueses, los laudos dictados por árbitros escogidos en Hamburgo se dictaron en Hamburgo⁸. Aunque ahora, tras la epidemia de Covid-19, la deslocalización de cada elemento del arbitraje es posible, y quizá el lugar de arbitraje pierda relevancia. Se puede escoger un lugar para seleccionar al árbitro, otro para dictar el laudo y resolver los recursos de nulidad, y se acuerda un tercer sitio para algunas vistas o estas se hacen por videoconferencia. Y es que «las ciencias adelantan que es una barbaridad», como se cantaba en *La verbena de la Paloma* y resulta también aplicable al arbitraje.

7. Madrid tiene cinco veces más sedes arbitrales ICC (unas 200 en veinte años) que Barcelona (unas 40 en ese mismo período). Vienen a continuación otros lugares de España, escogidos alguna vez por las partes en esos mismos veinte años: Valencia, Bilbao, La Coruña, Cádiz, Oviedo, Sevilla y Pamplona.

8. Vid. https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XXIX.pdf, p. 71.