



**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
36° período de sesiones
Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Árbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas

Nota de la Secretaría

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Mecanismos de nombramiento y cuestiones conexas	2
1. Evaluación de las inquietudes expresadas	2
a) Nombramiento de los árbitros en la SCIE	3
b) Comparación con otros sistemas de administración de justicia	5
c) Repercusiones del proceso de selección sobre la diversidad y la competencia	6
III. Conveniencia de la reforma	10
1. Objetivos de la reforma	10
2. Opiniones preliminares expresadas por los Estados	11
3. Otras cuestiones que podrían examinarse	11



I. Introducción

1. A título de información para el Grupo de Trabajo, en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) se examina la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros, y en la presente nota se tratan las cuestiones conexas de los efectos de los mecanismos de nombramiento de los árbitros y la conveniencia de emprender reformas. En esta nota se examina si sería conveniente efectuar reformas en relación con los árbitros y decisores que intervienen en la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), teniendo en cuenta las cuestiones señaladas en ambos documentos.
2. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que se pusiera a su disposición información sobre los mecanismos de nombramiento disponibles en otros marcos jurídicos, en particular, en relación con el arbitraje comercial internacional y los tribunales y cortes internacionales ([A/CN.9/935](#), párr. 46). La presente nota contiene información sobre esos “elementos de comparación” e incluye un comentario sobre la pertinencia y la fiabilidad de la información y los datos relativos a cuestiones particulares, cuando procede.
3. Al igual que otros documentos presentados al Grupo de Trabajo, esta nota se preparó teniendo en cuenta una amplia gama de información publicada sobre el tema¹.
4. La presente nota contiene información para ayudar al Grupo de Trabajo en su examen de determinadas inquietudes relativas a la SCIE y la conveniencia de efectuar reformas, pero no se pretende con ella expresar una opinión sobre las cuestiones planteadas, labor que corresponde al Grupo de Trabajo.

II. Mecanismos de nombramiento y cuestiones conexas

1. Evaluación de las inquietudes expresadas

5. En el sistema actual de SCIE lo más habitual es que los árbitros y decisores sean nombrados por las partes litigantes y, en medida mucho menor, por las autoridades nominadoras (por ejemplo, instituciones arbitrales) encargadas de asistir en el proceso. Debido al carácter fragmentado del sistema de SCIE, por tanto, no existe un proceso uniforme. La composición del tribunal y la selección de cada árbitro se rigen por las disposiciones aplicables de los tratados en vigor o por disposiciones contractuales específicas y, de no existir, se aplican las normas supletorias de cualquier institución arbitral pertinente (por ejemplo, las Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [CIADI]) o las normas aplicables *ad hoc* (como las de la CNUDMI).

¹ Véanse las referencias bibliográficas publicadas por el foro académico en la dirección web http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html, bajo “Additional Resources”. En la preparación de esta nota se contó con las contribuciones de los siguientes expertos: Susan Franck, Jean Kalicki, Joost Pauwelyn, Sergio Puig y Maxi Scherer.

a) Nombramiento de los árbitros en la SCIE

Nombramiento por las partes

6. Las Reglas de Arbitraje del CIADI y el Reglamento de la CNUDMI tienen enfoques similares en lo que respecta al proceso de nombramiento de los árbitros. En ambos instrumentos se establece que por defecto el tribunal estará integrado por tres miembros, y que cada una de las partes nombrará a un árbitro (esos dos árbitros se conocen como “coárbitros”). Posteriormente los coárbitros (en el caso del Reglamento de la CNUDMI) o las partes (en el caso de las Reglas del CIADI) nombran mediante acuerdo al árbitro que presidirá el tribunal². Muy pocos tratados de inversión se ocupan de los mecanismos de nombramiento, aunque algunos tratados bilaterales recientes han incluido disposiciones que constituyen novedades, si se las compara con lo que puede calificarse de enfoques más “tradicionales”³.

7. En las normas de arbitraje no se establece un procedimiento que una parte deba seguir para seleccionar y nombrar a un árbitro. Las partes tienen libertad para seleccionar a cualquier persona como árbitro, siempre y cuando esa persona cumpla los criterios aplicables. La parte que vaya a seleccionar a un posible árbitro investigará sus calificaciones y sus antecedentes. En esas investigaciones, que a veces incluyen una entrevista no exhaustiva, se averigua si la persona ejerció como árbitro o asesor letrado en casos de SCIE, dónde lo hizo, si asesoró a las partes o a partes relacionadas con estas, y si es autor de publicaciones o ha hecho declaraciones; además, se procura conocer su personalidad, su reputación, sus conocimientos técnicos, sus conocimientos de idiomas y su enfoque del proceso arbitral en general.

8. En las directrices elaboradas para proteger la integridad del proceso, así como la independencia y la imparcialidad del posible árbitro en los casos en los que se realiza una entrevista, se establece, entre otras cosas, que la entrevista no debería tener por objeto conocer las opiniones del posible árbitro sobre el fondo del litigio⁴.

9. En el contexto de procesos de SCIE, en los que participa un Estado y en los que las cuestiones objeto de examen suelen guardar relación con temas de interés público, se han expresado preocupaciones relacionadas con el nombramiento de árbitros por las partes ([A/CN.9/935](#), párr. 54).

² Según las Reglas de Arbitraje del CIADI, el tribunal arbitral “se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo” (véase el art. 37, párr. 2 b)). Con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, “[s]i se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados elegirán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral” (véase el art. 9, párr. 1). En la práctica, incluso cuando el nombramiento del árbitro que presidirá el tribunal lo realizan formalmente las partes, y no los coárbitros, es costumbre que las partes acuerden que se pueda consultar a los coárbitros, a fin de que los candidatos a quienes se considere para presidir el tribunal sean personas a quienes los coárbitros no pongan objeciones para ejercer el cargo.

³ En el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) se establece que un Comité Mixto realizará los nombramientos (comité que, con arreglo al art. 26.1, estará formado por representantes de la Unión Europea y representantes del Canadá). El Comité Mixto nombrará a 15 miembros del tribunal, 5 de los cuales serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, 5 serán nacionales del Canadá y los otros 5 serán nacionales de terceros países (art. 8.27.2). El Comité Mixto, además, decidirá el número de miembros del tribunal de apelación y los nombrará (véase el art. 8.28.3). El proceso es similar al del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Viet Nam (cap. 8.II, secc. 3, art. 12 3) y art. 13 2)).

⁴ Por ejemplo, en la directriz 8 a) de las Directrices de la International Bar Association sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional se establece que el representante de una parte “se puede comunicar con un posible árbitro nominado por una parte para determinar sus conocimientos, experiencia, habilidades, disponibilidad, disposición y la posible existencia de conflictos de interés”, pero no deberá hablar del litigio (directriz 8 d)).

Designación por autoridades nominadoras

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que en las Reglas de Arbitraje del CIADI⁵ y en el Reglamento de la CNUMDI⁶ se prevé la intervención de una autoridad nominadora para asistir a las partes en el proceso de nombramiento.

11. El método de nombramiento en sí mismo y la preselección de árbitros nombrados en casos específicos se rigen por los requisitos legales y la práctica establecida a fin de poder nombrar a árbitros competentes de manera oportuna cuando las partes o los coárbitros no logran hacerlo. En la práctica, recurrir a un sistema de lista (o de votación) es una costumbre muy establecida. En una lista de preselección figuran árbitros cualificados que han sido seleccionados por la autoridad nominadora (según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta requisitos legales como la nacionalidad o la imparcialidad), de manera oficiosa y, a veces, tras consultar a las partes.

12. La principal preocupación que se ha planteado en relación con los nombramientos realizados por una autoridad nominadora es la falta de transparencia en el proceso de designación, tal como se puso de relieve en el reciente artículo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la cuestión⁷. La transparencia en la designación de árbitros por autoridades nominadoras puede examinarse en dos etapas: en primer lugar, en la preparación y la comunicación de listas (o reservorios) de árbitros propuestos y el proceso de selección para un caso en particular; y, en segundo lugar, en la comunicación de información sobre las actividades relativas al nombramiento por parte de las autoridades nominadoras en el CIADI.

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que el proceso de designación de tribunales del CIADI, que se basa casi siempre en el nombramiento por las partes y solo en contadas ocasiones en el nombramiento por autoridades nominadoras (véanse los gráficos de los párrs. 11 y 44 de A/CN.9/WG.III/WP.146) ha sido objeto de un examen detallado en tiempos relativamente recientes. Además, como se observa más arriba, los árbitros deben cumplir ciertos requisitos (nacionalidad, experiencia) y, de no ser así, la parte contraria podría iniciar la recusación de un árbitro, una situación que las

⁵ Cuando el CIADI actúa como autoridad nominadora (si las partes no pueden nombrar a todos los miembros del tribunal dentro de los 90 días siguientes a la fecha de registro de la solicitud de arbitraje), cualquiera de las partes podrá pedir que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombre al árbitro o los árbitros que aún no se hubieran designado (véase una descripción del proceso en el documento A/CN.9/WG.III/WP.146, párrs. 52 a 55). La primera etapa consiste en un procedimiento de votación. Si el procedimiento de votación da como resultado la selección de un candidato, se considera que esa persona ha sido nombrada por acuerdo entre las partes. Si mediante ese procedimiento no se llega a un acuerdo, el CIADI nombra a un árbitro de la Lista de Árbitros del CIADI (y las partes podrán plantear cualquier circunstancia que demuestre que la persona elegida carece de las cualidades que se exigen en el Convenio del CIADI). El CIADI procura completar este proceso en 30 días

(<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Selection-and-Appointment-of-Tribunal-Members-Convention-Arbitration.aspx>). Cabe observar que en el proceso actual de revisión de las Reglas de Arbitraje del CIADI se trata esta cuestión. Con arreglo a la revisión propuesta, se permitiría a las partes solicitar asistencia en cualquier etapa y las partes tendrían la facultad de solicitar diferentes tipos de asistencia, por ejemplo, una votación (no vinculante) o un proceso de lista (vinculante), entre otros (véase Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI - Sinopsis, párr. 31, disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf).

⁶ Conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUMDI, el tribunal de tres miembros establecido por defecto permite a la entidad nominadora designar a un coárbitro o a un árbitro que presidirá el tribunal si la parte no ha nombrado a su coárbitro o si en un plazo de 30 días los coárbitros no hubieran llegado a acuerdo sobre la elección del árbitro presidente (véanse los arts. 8 y 9). La autoridad nominadora utiliza un sistema de lista. En el Reglamento de la CNUMDI se establece que la autoridad nominadora tendrá en cuenta los criterios que conduzcan al nombramiento de un árbitro independiente e imparcial y deberá tener en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes (véanse también las observaciones del CIADI que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.146, párrs. 42 a 56).

⁷ "Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview", documento de consulta, marzo de 2018, David Gaukrodger, División de Inversiones, Dirección de Asuntos financieros y Empresariales, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, París.

autoridades nominadoras tratan de evitar (véanse, en particular, las observaciones de la Corte Penal de Arbitraje [CPA] en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), párr. 58).

14. En cuanto a la comunicación de información sobre las actividades relativas a la designación por parte de las autoridades nominadoras, hay muy poca información disponible que sea de acceso público. Cabe observar que recientemente las instituciones arbitrales han adoptado medidas para hacer frente a la crítica de la falta de transparencia. En particular, algunas de las instituciones más importantes han permitido una comunicación más sistemática de información en relación con el nombramiento y la composición de los tribunales arbitrales⁸.

b) Comparación con otros sistemas de administración de justicia

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que los mecanismos de nombramiento en la SCIE son comparables a los mecanismos de nombramiento de árbitros en los arbitrajes comerciales y en los arbitrajes entre Estados. Sin embargo, son muy diferentes de los mecanismos para el nombramiento de decisores en los organismos internacionales, en los que se debe distinguir entre la selección de un decisor como miembro de un órgano decisor y la asignación de un caso específico entre decisores o salas⁹, y son muy diferentes también de los métodos habituales que se utilizan para nombrar a los jueces en el plano nacional.

16. En cuanto al nombramiento de jueces internacionales, los Estados nominan a candidatos para cargos judiciales internacionales en un proceso de elección o nombramiento que es similar en muchos tribunales y cortes internacionales, aunque con algunas variaciones. El proceso suele ser transparente en el sentido de que está establecido en los estatutos o las normas pertinentes. En algunos casos, un Estado puede nombrar a un único candidato, o un grupo de Estados miembros puede presentar a un número limitado de candidatos, y posteriormente todos los candidatos pasan por un proceso de elección. Por ejemplo, en el caso de la Corte Internacional de Justicia, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad son quienes hacen los nombramientos (15 magistrados en total), y en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa elige a un candidato de entre tres (con un total de 41 jueces) para cada puesto. El proceso de nombramiento incluye reuniones oficiales y oficiosas entre candidatos y representantes permanentes de los Estados miembros.

17. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos sigue en términos generales el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI¹⁰, pero ha modificado el proceso de

⁸ En las Reglas de Arbitraje del CIADI se establece que se hará pública la composición de cada tribunal arbitral. Otras instituciones que fueron objeto de examen en el estudio de la OCDE (la CPA y el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) no publican información sobre la identidad de los árbitros ni sobre sus cualificaciones, a no ser que tengan el consentimiento de las partes. No obstante, en la práctica, muchos nombramientos pasan a ser de conocimiento público, bien por consentimiento mutuo (lo que da como resultado, por ejemplo, su inclusión en el sitio web de la CPA), bien porque una de las partes divulga la información (lo que tiene como consecuencia, por ejemplo, la publicación de los nombres de los árbitros en la prensa especializada, como la *Global Arbitration Review* o el *Investment Arbitration Reporter*).

⁹ Las diversas etapas de selección de los jueces en los órganos de administración de justicia y los métodos para asignar causas se presentan en detalle en el informe complementario del CIADI que puede consultarse en

http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf.

¹⁰ El Tribunal se estableció tras la declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre la solución de las reclamaciones presentadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán (Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic of Iran), 1 Iran-United States Claims Tribunal Reports, en 9.12, 19 de enero de 1981. En el artículo III, párr. 2, de esa declaración se establece que los miembros del tribunal se nombrarán, y el tribunal actuará, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, excepto en la medida en que se modifique por las partes o por el tribunal con objeto de que el acuerdo pueda ejecutarse. También se establece que las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI relativas al nombramiento de los integrantes de los tribunales

nombramiento del modo que se describe a continuación. La República Islámica del Irán y los Estados Unidos de América nombran, cada uno, a tres jueces, y se utiliza un sistema de lista para nombrar a los tres jueces restantes. Si el sistema de lista falla, o si la autoridad nominadora, por otro motivo, debe nombrar a los jueces, esa autoridad, con arreglo al artículo 6.4 del Reglamento del Tribunal, tiene la obligación de asegurar que el árbitro nombrado sea independiente e imparcial.

18. En el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se trata la cuestión de los nombramientos para integrar el Órgano de Apelación de la OMC¹¹. En el Entendimiento se establece que es necesario un consenso entre los miembros de la OMC para el nombramiento (o la renovación del nombramiento) de siete miembros del órgano (que trabaja en grupos de tres miembros). También se ha aplicado una práctica de renovación automática del nombramiento, excepto en casos de enfermedad, inquietudes sobre el desempeño o conducta indebida, si bien recientemente la falta de consenso ha provocado que algunas plazas hayan quedado vacantes.

c) Repercusiones del proceso de selección sobre la diversidad y la competencia

Diversidad

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los efectos de los mecanismos de designación sobre la cuestión de la diversidad de los árbitros nombrados en los casos de SCIE.

20. En el 35º período de sesiones, se hizo patente una opinión general en el Grupo de Trabajo de que había un número limitado de personas que eran nombradas reiteradas veces como árbitros y que, por consiguiente, estaban adoptando decisiones de manera reiterada, en los casos de SCIE. El Grupo de Trabajo también ha señalado una falta de diversidad en cuanto al género, la distribución geográfica, el grupo étnico y la edad de los árbitros (A/CN.9/935, párr. 70).

21. Además, el Grupo de Trabajo ha tomado en cuenta las siguientes repercusiones que puede tener la falta de diversidad en el nombramiento de los árbitros: la falta de árbitros que comprendan algunas consideraciones de política en los países en desarrollo; los posibles efectos negativos en la corrección de las decisiones adoptadas; las inquietudes derivadas de la percepción que se tiene respecto de la falta de imparcialidad e independencia de los árbitros (A/CN.9/935, párr. 70).

22. El Grupo de Trabajo podría también examinar si la diversidad es una cualidad deseable en sí misma¹². Algunas de las personas que respondieron a una encuesta celebrada recientemente indicaron que no habían sido nombradas árbitros a causa de la aplicación de factores orientados a promover la diversidad¹³.

23. El Grupo de Trabajo ha observado también que nombrar árbitro reiteradamente a la misma persona podría plantear problemas de disponibilidad de árbitros y aumentar

compuestos por tres miembros se aplicará *mutatis mutandis* al nombramiento de los miembros del tribunal.

¹¹ Art. 17, párr. 2.

¹² En una encuesta reciente, el 50% de los encuestados consideraron que era conveniente que hubiera un equilibrio entre los géneros en los tribunales arbitrales, pero el 41% pensaba que “no importa”. Las respuestas sobre el grupo étnico y el origen nacional de la persona siguieron una pauta similar. El 80% y el 64%, respectivamente, dijeron que había demasiados árbitros blancos o de Europa Occidental y América del Norte, pero solo el 54% respondió que era conveniente que hubiera equilibrio étnico en un tribunal, mientras que el 31% pensaba que “no importa”. Véase BLP International Survey, 2016, disponible en http://www.blplaw.com/media/download/BLP-Diversity_on_Arbitral_Tribunals_-_Survey_Report.pdf.

¹³ El 6% de los encuestados creía que no habían sido designados árbitros como consecuencia de su origen étnico; el 23% pensaba que no lo habían sido por razones de género; el 28% de los encuestados creía que no habían sido designados porque se los consideraba demasiado jóvenes; el 84% pensaba que había demasiados hombres árbitros; el 64% pensaba que había demasiados árbitros de Europa Occidental o América del Norte; el 80% pensaba que demasiados de los árbitros nombrados eran blancos. BLP International Arbitration Survey, 2016, *ibid.*

los costos y la duración de los procedimientos, y que encontrar una solución a la falta de diversidad podía contribuir a resolver ciertas cuestiones relativas a los conflictos de intereses. (A/CN.9/935, párr. 71).

24. En cuanto a la diversidad de género, en distintas publicaciones se ha venido estudiando con regularidad la proporción de mujeres árbitros en los tribunales que entienden en casos de tratados de inversión, aunque no todos los datos son plenamente comparables. En términos generales, en un estudio detallado realizado en 2006 sobre los 102 laudos que hasta entonces eran del dominio público se llegó a la conclusión de que, de un total de 145 árbitros, 5 eran mujeres (aproximadamente el 3%)¹⁴. Al 1 de marzo de 2012, de un total de 745 árbitros intervinientes en los 254 “casos concluidos” en el período 1972-2012 publicados en el sitio web del CIADI, 43 eran mujeres (el 5,63%). Un análisis similar realizado por la Cámara de Comercio de Estocolmo en 2015 reveló que, de un total de 279 personas nombradas, 39 eran mujeres¹⁵. A modo de comparación, un análisis de 2011 de los nombramientos institucionales que se habían producido en el ámbito del arbitraje internacional en un sentido más amplio (el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados y el arbitraje comercial internacional) mostró que alrededor del 6% de los árbitros eran mujeres, proporción que para 2016 se había elevado al 17%¹⁶. Sin embargo, también se ha sugerido que, en lo referente al número de nombramientos de árbitros internacionales, no existe una diferencia importante en el número de nombramientos que obtuvieron tanto mujeres como hombres. En diversos estudios se indica también que las instituciones arbitrales están mucho más dispuestas que las partes a nombrar árbitros mujeres.

25. Las cortes y tribunales internacionales también han recibido críticas por la falta de magistradas. Aunque en los estatutos de la CIJ y del TIDM no se hace referencia a la diversidad de género, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), en cambio, que es más reciente, establece que los Estados Partes deberán tener en cuenta que haya “una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres”¹⁷. Los comentaristas señalan que hay una mayor paridad de género en la CPI y, en general, en los tribunales penales y de derechos humanos¹⁸, que en otros órganos. En el momento en que se redacta el presente informe, hay una mayor representación de mujeres entre los magistrados de la CPI (7/18) que en el TIDM (3/21) o la CIJ (3/15).

26. En lo que respecta al hecho de que se nombre reiteradamente a un número limitado de árbitros, de las 372 personas designadas para integrar los tribunales del CIADI desde 1972 hasta 2011, 37 fueron nombradas para intervenir en alrededor del 50% de los casos, y aproximadamente un tercio había adquirido su formación académica en solo cinco universidades. El CIADI informó de que en casi la mitad (el 45%) de los 289 casos arbitrados entre enero de 1972 y mayo de 2015, los tribunales estuvieron integrados en su totalidad por árbitros anglo-europeos¹⁹. Un análisis de los datos sobre los casos indica que, en el 84% de los casos, dos o más miembros del tribunal eran anglo-europeos, o el árbitro único era anglo-europeo; y en 11 casos (el 4%) el arbitraje había estado a cargo de tribunales en los que no había ningún anglo-europeo²⁰. En general, los estudios

¹⁴ Véase Susan D. Franck (2009), “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, vol. 50 2). Se ha llegado asimismo a la conclusión de que el árbitro internacional medio era un hombre de 53 años nacional de un Estado desarrollado y que, según había informado, sumaba diez nombramientos como árbitro; mientras que el consejero medio era un hombre de 46 años nacional de un Estado desarrollado que se había desempeñado como consejero en 15 casos de arbitraje. Véase, además, “The Diversity Challenge: Exploring the ‘Invisible College’ of International Arbitration”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, pág. 429, 2015.

¹⁵ Véase www.sccinstitute.com/Babout4the4sccBnewsB2+15Bnew4sccstatistics4on4appointments4of4female4arbitrators.

¹⁶ Véase Lucy Greenwood, C. Mark Baker; “Is the balance getting better? An update on the issue of gender diversity in international arbitration”, *Arbitration International*, vol. 31, núm. 3, 1 septiembre de 2015, págs. 413 a 423, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv034>.

¹⁷ Art. 36, párr. 8 a) III).

¹⁸ <https://scholarlycommons.pacific.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1259&context=mlr>.

¹⁹ Estadísticas comunicadas en arbitrajes del CIADI.

²⁰ BLP International Arbitration Survey, 2016, *ibid*.

señalan que, según las estadísticas, los árbitros procedentes del mundo en desarrollo recibieron un menor número de nombramientos que sus contrapartes del mundo desarrollado²¹.

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tener presente que las instituciones arbitrales han comunicado que están adoptando medidas para ampliar el reservorio de árbitros (A/CN.9/935, párrs. 71 y 72). Por ejemplo, en 2017 el CIADI informó sobre sus iniciativas para aumentar la diversidad como sigue: “Durante el ejercicio fiscal 2017 se nombró un grupo cada vez más diverso de árbitros, conciliadores y miembros de comités especiales: el 13% de estos nombramientos fueron de personas que se desempeñaban por primera vez en un tribunal del CIADI o comité especial; el 23% de las personas nombradas por primera vez eran nacionales de economías de bajos a medianos ingresos, y el 14% de los nuevos funcionarios fueron mujeres. En 2017, se nombraron en total 93 personas de 33 países de origen distintos para desempeñarse como árbitros, conciliadores, o miembros de comités especiales en 57 casos del CIADI; el 14% del total de nombramientos realizados en 2017 fue de mujeres. El 43,5% de estas mujeres fueron designadas por el CIADI y el Estado demandado, en tanto que el 13% fueron designadas por común acuerdo de las partes en el arbitraje principal. Ninguno de estos nombramientos de mujeres fue efectuado por el demandante/inversionista de manera individual, ni por los coárbitros”²². En 2017, el CIADI “actuó como autoridad nominadora en 47 oportunidades y designó a 31 personas de 25 nacionalidades distintas. Aproximadamente el 23% de las personas nombradas por el CIADI eran nacionales de economías de bajos o medianos ingresos, y el 21%, mujeres”²³.

28. A modo de comparación, el Estatuto de la CIJ no permite que haya dos personas del mismo Estado entre los 15 magistrados designados para la Corte, y el tribunal deberá reflejar la diversidad geográfica y los principales sistemas jurídicos existentes en el mundo²⁴.

29. En el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) rigen los mismos requisitos. Históricamente, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad han mantenido en la CIJ un magistrado de su propia nacionalidad. En cuanto a los otros diez magistrados, hay dos de cada uno de los grupos regionales de las Naciones Unidas²⁵. El Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias de la OMC dispone que todos los integrantes del Órgano de Solución de Diferencias serán “representativos en términos generales de la composición de la OMC”²⁶.

Competencia, cualificaciones de los árbitros

30. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las cualificaciones de los árbitros (A/CN.9/935, párrs. 82 a 88). Se recordó que la posibilidad que tenían las partes de nombrar sus árbitros les daba derecho a elegir a los árbitros en función de la consideración que hicieran de las cualificaciones y experiencia deseadas, aunque no tenían el mismo control sobre las cualificaciones y experiencia del Presidente del tribunal arbitral (A/CN.9/935, párr. 83).

31. Se señaló en general que entre las cualificaciones de los árbitros o decisores que entendían en los casos de SCIE debían incluirse su capacidad de tener en cuenta las cuestiones de interés público o de orden público que fueran pertinentes y que generalmente estaban en juego en esos casos. Se indicó que los casos de SCIE quizás

²¹ Véase el segundo estudio al que se hace referencia en la nota 14 de pie de página.

²² Informe Anual del CIADI, 2017, disponible en <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/CIADI%20IA%20SP.pdf>; características – véase WP.146. Véase también <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/27/on-arbitrators/>.

²³ Informe Anual del CIADI, 2017, pág. 38.

²⁴ Estatuto, art. 9.

²⁵ La Corte Penal Internacional (CPI) tiene la misma composición regional.

²⁶ Organización Mundial del Comercio (OMC), Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, art. 17, párr. 3.

requirieran conocimientos especializados en temas que eran tanto de derecho internacional público como de derecho internacional privado, y también que los árbitros podrían tener que pronunciarse en asuntos de derecho interno (A/CN.9/935, párr. 83). La cuestión de si los árbitros conocen suficientemente las cuestiones de interés público también guarda relación con normas de procedimiento y prueba, que son de orden técnico. Por ejemplo, las normas que rigen la práctica en materia de prueba sobre qué documentos son confidenciales, o qué medios de prueba son admisibles, suelen reflejar importantes políticas públicas. El hecho de que los árbitros no sigan esas normas en los procesos arbitrales tiene consecuencias de política y puede hacer que se vean afectados los resultados de los procesos²⁷.

32. En cuanto a los requisitos individuales que deben cumplirse para la designación de grupos de árbitros y conciliadores del CIADI por los Estados contratantes y el presidente del Consejo Administrativo²⁸, el Convenio del CIADI establece que las personas designadas para figurar en las listas de árbitros deben ser personas que “tengan reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas”. Dispone asimismo que “[l]a competencia en el campo del derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros” (art. 14, párr. 1) del Convenio del CIADI²⁹.

33. A modo de comparación, una serie de estatutos de las cortes y los tribunales internacionales siguen el modelo del artículo 2 del Estatuto de la CIJ³⁰, que esencialmente prevé dos variantes de perfiles profesionales. La primera variante es que los magistrados sean elegidos entre personas calificadas para ejercer “altas” o “las más altas” funciones judiciales en sus respectivos países. Como segunda variante para la elección de magistrados, en el Estatuto de la CIJ y en los estatutos de otros órganos judiciales internacionales se utiliza el término de “jurisconsultos”, que en esencia se refiere a especialistas y académicos. En algunos casos, los estatutos se limitan a señalar que las personas deberán ser juristas de “reconocida competencia” pero sin indicar que

²⁷ Véase la intervención del Columbia Center on Sustainable Investment que figura en http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/UNCITRAL_WGIII_-_35th_session_-_CCSI_intervention_WP.142_Section_III.pdf.

²⁸ Las partes litigantes en un procedimiento del CIADI (pero no el Presidente) pueden nombrar a árbitros que no figuren en las listas de los tribunales arbitrales. Sin embargo, los árbitros del CIADI nombrados por las partes litigantes fuera de las listas también deben poseer las cualidades enunciadas en el art. 14, párr. 1, del Convenio del CIADI. Véase el Convenio del CIADI, arts. 40, párrs. 1 y 2.

²⁹ Los estudios han demostrado que, en la práctica, los árbitros que intervienen en casos del CIADI tienen las siguientes profesiones: profesores de derecho internacional público; antiguos magistrados (de sus países o de la CIJ); diplomáticos y funcionarios jubilados del servicio exterior o de una organización internacional; abogados en ejercicio que son, o han sido, socios de un bufete de abogados o procuradores; árbitros que se han desempeñado en casos comerciales. Véase <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/Qualified-Investment-Arbitrators.pdf>. Asimismo, la OCDE ha señalado que: “[Los árbitros] suelen ser abogados, profesores y antiguos jueces, que han alcanzado muy altos cargos en sus respectivas esferas de competencia. Según un estudio reciente sobre los árbitros del CIADI, predominan en esta esfera los abogados que ejercen su profesión de forma privada, al constituir más del 60% de los árbitros que intervienen en casos de inversiones del CIADI. Alrededor de una tercera parte son profesores universitarios a tiempo completo. Aproximadamente el 40% son especialistas en derecho internacional público (incluidos algunos abogados que ejercen la profesión de forma privada). Son menos los árbitros que han trabajado en la administración pública, aunque algunos se han desempeñado como jueces nacionales o internacionales. Algunos árbitros son antiguos negociadores de tratados de inversión. El grado de dependencia de la SCIE de árbitros comerciales ha sido comentado en la prensa. Véase Gaukrodger, D. y K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment (Documentos de trabajo de la OCDE sobre inversión internacional), 2012/03, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

³⁰ El art. 2 del Estatuto de la CPI dispone lo siguiente: “La Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional”.

deban estar especializados en una rama del derecho en particular³¹. Así, por ejemplo, en la CIJ, los magistrados deberán ser de reconocida competencia en “derecho internacional”. Sin embargo, en el caso de los magistrados nombrados para integrar tribunales especializados, la competencia por razón de la materia puede hacer necesario que cuenten con cualificaciones más específicas³².

34. El Estatuto de la CPI prevé el establecimiento de un Comité Asesor encargado de examinar las candidaturas para determinar si se han cumplido los criterios de nombramiento³³. Entró en funciones en 2015 (cuando nueve miembros fueron nombrados para un mandato de tres años). En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha establecido un grupo asesor de expertos similar.

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar también que partes que habían designado árbitros proporcionaron la siguiente información, que fue recogida en un estudio reciente:

- El 70% de los encuestados afirmó que tenían acceso a información suficiente para hacer una elección fundamentada acerca de la designación de árbitros
- Los encuestados desearían tener acceso a laudos anteriores de los árbitros, saber más acerca de su manera de abordar cuestiones sustantivas y de procedimiento y tener una idea clara de su disponibilidad para ocuparse de nuevos casos
- El 80% de los encuestados desearía poder presentar una evaluación de los árbitros al final de una controversia. Casi el 90% lo harían mediante la presentación de informes a una institución arbitral³⁴.

36. Se convino en general en el Grupo de Trabajo que las cualificaciones de los decisores eran importantes y que el Grupo de Trabajo debía tenerlas en cuenta, pero que esa cuestión no bastaba en sí misma para merecer la elaboración de un instrumento al respecto (A/CN.9/935, párr. 88).

III. Conveniencia de la reforma

1. Objetivos de la reforma

37. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se mencionó que la conveniencia de la reforma debía considerarse teniendo presentes también los siguientes asuntos:

- Que deberían preservarse las ventajas del sistema actual, por ejemplo, su flexibilidad y neutralidad;
- Que deberían tenerse en cuenta los intereses de todos los interesados en la SCIE y que cualquier solución debería garantizar un equilibrio de intereses de las partes interesadas;
- Que en las soluciones que se consideraran debería evitarse la politización, dado que la despolitización de la SCIE era uno de los principales beneficios que aportaba el sistema actual (A/CN.9/935, párr. 63).

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estatuto, art 21, párr. 1 (“jurisconsultos de reconocida competencia”).

³² Véanse, por ejemplo, los requisitos que deben cumplir los miembros del Órgano de Apelación de la OMC con arreglo al Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (“competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general”). Los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”), por ejemplo, deben ser expertos “en materia de derechos humanos”, mientras que los magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar deben tener conocimientos especializados sobre esa rama del derecho.

³³ Art. 36, párr. 4 c).

³⁴ Véase Queen Mary University of London and White & Case, “2018 International Arbitration Survey: the Evolution of International Arbitration”, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la conveniencia de tener en cuenta los posibles beneficios recíprocos que tendrían las reformas del mecanismo de nombramiento de árbitros en otros elementos del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular respecto de la independencia y la imparcialidad de los árbitros, la uniformidad y la coherencia entre los laudos relativos a la SCIE y los costos y la duración de los procedimientos, así como del examen general de la cuestión de la transparencia.

2. Opiniones preliminares expresadas por los Estados

39. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó algunas opiniones preliminares sobre posibles reformas de los mecanismos de nombramiento de los árbitros.

40. También hubo llamamientos a que las instituciones arbitrales desempeñaran un papel más importante en la selección de árbitros, y que se establecieran procedimientos más transparentes para el nombramiento de estos. Se señaló que contar con poca información sobre los métodos de selección hacía que la rendición de cuentas en el sistema fuera limitada. Se sugirió que los criterios de selección se publicaran junto con una explicación de la selección que se hubiera hecho (A/CN.9/935, párr. 66).

41. Quienes pensaban que el nombramiento de árbitros por las partes generaba problemas que afectaban a todo el sistema sugirieron que se podría contemplar para el sistema de SCIE la posibilidad de que el nombramiento o la selección de decisores no estuviera a cargo de las partes, sino de un órgano independiente. Desde ese punto de vista, se dijo que, si no se creaba un órgano integrado por magistrados permanentes, no sería probable que pudieran resolverse las inquietudes que se habían señalado. En ese contexto, se mencionó que podrían considerarse los mecanismos utilizados en otros tribunales internacionales y órganos como el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (A/CN.9/935, párr. 67).

42. A fin de abordar la cuestión de la falta de diversidad en la SCIE, se sugirió que se ofreciera capacitación para ampliar el reservorio de posibles candidatos para ser designados árbitros y se examinara un sistema de listas o solución sistémica en una fecha posterior (A/CN.9/935, párr. 74).

3. Otras cuestiones que podrían examinarse

43. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que las preguntas que figuran a continuación se examinan también en el documento A/CN.9/WG.III/WP.149, que proporciona un marco general para analizar la conveniencia de las reformas. El Grupo de Trabajo quizás desee también tener en cuenta otras cuestiones.

44. El Grupo de Trabajo podría examinar el mecanismo de nombramiento, cuya finalidad es garantizar la flexibilidad y el respeto de la autonomía de las partes, pero que ha atraído críticas en el sentido de que los árbitros así nombrados carecen de legitimidad a la hora de abordar cuestiones de interés público. En este sentido, el Grupo de Trabajo podría examinar la cuestión de la remuneración de los árbitros. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar además el mecanismo en el contexto de su equivalente en otros sistemas, como se ha señalado anteriormente.

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar los efectos del mecanismo de nombramiento sobre el papel que se espera que cumplan los árbitros. En lo que respecta a sus funciones, los jueces del poder judicial del Estado a menudo deben cumplir normas que los obligan a desestimar los casos pendientes ante otros órganos, o a desestimar casos respecto de los cuales ya se han intentado vías de satisfacción en otros procedimientos. Sin embargo, como se ha destacado en debates sobre procedimientos paralelos, parece que los tribunales en algunos casos se ven a sí mismos como entidades autónomas, que se ocupan de sustanciar el caso que tienen ante sí sin sentirse obligados a considerar lo que está ocurriendo o ha ocurrido en procedimientos paralelos, ni a examinar los problemas sistémicos que plantean esos procedimientos paralelos.

46. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar además las cuestiones de la transparencia en los procesos de nombramiento y la forma en que repercuten los mecanismos de nombramiento en la diversidad de los árbitros nombrados en casos de SCIE.

47. Otras cuestiones que convendría estudiar serían la autoridad que tienen los árbitros para examinar determinadas cuestiones de interés público, los efectos de las decisiones sobre quienes no son partes, qué cuestiones pueden volver a examinarse al recurrirse un laudo y si los tribunales arbitrales pueden examinar las decisiones de hecho o de derecho que se hayan adoptado en el plano nacional, y en qué medida. Este asunto tiene que ver con las facultades inherentes e implícitas de los tribunales arbitrales.

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la diversidad en los órganos de arbitraje es necesaria en sí misma para dar mayor legitimidad al sistema de solución de controversias ante la opinión pública. En el actual marco *ad hoc*, que es descentralizado, es poca la presión que se ejerce sobre los responsables de la selección de los árbitros para que diversifiquen los nombramientos. Este aspecto, aunado a la falta de transparencia del proceso de nombramiento, entraña que las iniciativas para promover la diversidad dependan exclusivamente de la buena voluntad y la autorregulación de los actores involucrados en el proceso arbitral. Sin embargo, el Grupo de Trabajo quizás quiera también considerar si avanzar hacia un proceso más centralizado de selección de los decisores se traducirá necesariamente en una mayor diversidad (o si, por el contrario, podría tener como consecuencia una menor diversidad entre los decisores). Al respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería conveniente incorporar oficialmente consideraciones relativas a la diversidad a los criterios de selección.
