



# Asamblea General

Distr. limitada  
31 de julio de 2019  
Español  
Original: inglés

**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)**  
**38° período de sesiones**  
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019

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

### Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entiendan en casos de SCIE

#### Nota de la Secretaría

#### Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción .....	2
II. Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en la SCIE ....	3
A. Observaciones generales .....	3
B. Resumen de las opciones de reforma y sus variantes .....	5
1. Factores que deberían tenerse en cuenta .....	5
2. Regulación del mecanismo de nombramiento por las partes .....	6
3. Lista preestablecida .....	7
4. Mecanismo permanente .....	10
C. Observaciones sobre la aplicación de las opciones de reforma .....	16



## I. Introducción

1. En sus períodos de sesiones 34° a 37°, el Grupo de Trabajo inició la labor relativa a la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), de conformidad con el mandato que le fue otorgado por la Comisión en su 50° período de sesiones, celebrado en 2017<sup>1</sup>. Las deliberaciones y decisiones correspondientes a sus períodos de sesiones 34° a 37° figuran en los documentos [A/CN.9/930/Rev.1](#) y su adición, [A/CN.9/935](#), [A/CN.9/964](#) y [A/CN.9/970](#), respectivamente. En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo determinó cuáles serían las cuestiones relativas al sistema de SCIE que convendría tratar y las examinó y, a la luz de las inquietudes manifestadas, consideró que era conveniente emprender una reforma.

2. En su 37° período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en que examinaría, elaboraría y desarrollaría simultáneamente múltiples posibles soluciones de reforma ([A/CN.9/970](#), párr. 81)<sup>2</sup>. En tal sentido, se pidió a la Secretaría que iniciara una labor preparatoria sobre diversos temas, entre ellos la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entiendan en casos de SCIE. Se mencionó que esa labor incluiría la recopilación, el resumen y el análisis de la información pertinente, como uno de los temas importantes de la reforma estructural, en colaboración con el Foro Académico ([A/CN.9/970](#), párr. 84).

3. En consecuencia, el objetivo de la presente nota es proporcionar más información al Grupo de Trabajo para asistirlo con respecto a la cuestión de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE, sobre la base de los documentos presentados por los Gobiernos<sup>3</sup>. Como en el caso de otros documentos proporcionados al Grupo de Trabajo, la presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema<sup>4</sup>, y no se pretende con ella expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo.

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/72/17)*, párrs. 263 y 264.

<sup>2</sup> El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.166](#) se proporciona un resumen de las opciones de reforma.

<sup>3</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros; [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Documento presentado por el Gobierno de Tailandia; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; [A/CN.9/WG.III/WP.164](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), Documentos presentados por el Gobierno de Costa Rica; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Documento presentado por el Gobierno de Turquía; [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Documento presentado por el Gobierno del Ecuador; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Documento presentado por el Gobierno de China.

<sup>4</sup> La presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia variedad de información publicada sobre el tema, en particular el Informe Complementario del CIADI sobre la composición de un tribunal multilateral de inversiones y de un mecanismo de apelación de laudos arbitrales (*The composition of a multilateral investment court and of an appeal mechanism for investment awards*), 15 de noviembre de 2017, Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà (“Informe Complementario del CIADI”), disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/CIDS\\_Supplemental\\_Report.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf); y las publicaciones de los miembros del Foro Académico, disponibles en <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>. Las publicaciones de los miembros del Foro Académico son *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, y Taylor St John; *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti; y *Selection and Appointment of International Adjudicators: Structural Options for ISDS Reform*, Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi y Catharine Titi.

## II. Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE

### A. Observaciones generales

#### *Características del sistema existente*

4. A modo de antecedentes, cabe señalar que, en el sistema de SCIE existente, la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE se rigen por las disposiciones de los tratados aplicables 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)<sup>5</sup>.

5. Si bien las disposiciones que figuran en los tratados de inversión relativas a la SCIE varían, por lo general prevén que las controversias se resuelvan mediante arbitraje, lo que conlleva lo siguiente: i) la controversia es dirimida por un tribunal arbitral constituido especialmente para resolver esa controversia en particular; y ii) las partes litigantes (el inversionista demandante y el Estado demandado) desempeñan una función importante en la elección de los miembros del tribunal.

6. En general, los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE son seleccionados y nombrados por una de las partes litigantes, por las partes conjuntamente, por una institución arbitral o por una autoridad nominadora como mecanismo supletorio. Los mecanismos existentes para constituir los tribunales que entienden en casos de SCIE se basan en la autonomía de las partes. Por lo tanto, lo más habitual es que los miembros de los tribunales sean seleccionados y nombrados por las partes litigantes y, en medida mucho menor, por las autoridades nominadoras (por ejemplo, instituciones arbitrales) encargadas de asistir en el proceso. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta la información presentada por el CIADI y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de La Haya sobre los mecanismos de selección y nombramiento, que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.146](#)\*<sup>6</sup>.

#### *Decisiones del Grupo de Trabajo*

7. En su 36º período de sesiones, tras haber examinado la cuestión de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE y el funcionamiento de esos tribunales<sup>7</sup>, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente que la CNUDMI elaborara propuestas de reforma para atender a las inquietudes relacionadas con la falta real o aparente de independencia e imparcialidad de los decisores en el ámbito de la SCIE<sup>8</sup> ([A/CN.9/964](#), párr. 83); la cuestión de la idoneidad, eficacia y transparencia de los mecanismos de comunicación de información y recusación previstos en numerosos tratados y reglamentos de arbitraje vigentes ([A/CN.9/964](#), párr. 90); la falta de diversidad suficiente de los decisores en el sistema de SCIE ([A/CN.9/964](#), párr. 98); y los mecanismos previstos en los tratados y reglamentos de arbitraje vigentes para la constitución de tribunales que entienden en las controversias entre inversionistas y Estados ([A/CN.9/964](#), párr. 108).

8. Tras haber realizado dicho examen, hubo consenso en el Grupo de Trabajo respecto a la necesidad de que se llevara a cabo una reforma, aunque se tomó debidamente en cuenta que se habían expresado diferentes opiniones sobre la magnitud de la reforma ([A/CN.9/964](#), párr. 106).

<sup>5</sup> Véase *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti.

<sup>6</sup> Véase también la información de las estadísticas del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> y de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), disponible en <https://pca-cpa.org/en/documents/publications/%20annual-reports/>.

<sup>7</sup> El Grupo de Trabajo examinó la cuestión basándose en los documentos [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) (párrs. 11 a 13), [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) ([A/CN.9/964](#), párrs. 64 a 106).

<sup>8</sup> Este tema también se trata en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.167](#) (Código de conducta).

*Observaciones sobre una reforma de los métodos de selección y nombramiento de los miembros del tribunal*

9. Al estudiar las opciones de reforma, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que la selección y el nombramiento de los miembros de un tribunal son elementos de un marco más amplio de solución de controversias. Hasta la fecha existen, con variantes, dos modelos principales de solución de controversias internacionales: i) aquellos en los que las partes litigantes designan el órgano encargado de dirimir una controversia concreta una vez que esta haya surgido (modelo que se corresponde con el sistema actual de SCIE basado en el arbitraje internacional); o bien ii) aquellos en los que el órgano encargado de dirimir la controversia ya existe con anterioridad a esta (modelo que se correspondería con la existencia de un mecanismo permanente).

10. La selección y el nombramiento de los miembros del tribunal se organiza de manera diferente en cada sistema. En el sistema actual de SCIE, que se basa en el arbitraje internacional, la selección y el nombramiento de los árbitros es flexible, no está regulada estrictamente y varía en función de la controversia y las partes litigantes. En los mecanismos permanentes, existen normas formales ya establecidas para la selección y el nombramiento de los decisores.

11. No obstante, es posible adoptar otras formas de organización, por ejemplo, en un método de selección y nombramiento en el que los miembros del tribunal sean elegidos a partir de una lista preestablecida por un tercero que actúe como autoridad nominadora, con poca o ninguna intervención de las partes litigantes<sup>9</sup>. Si bien esta opción se aparta del modelo de nombramiento por las partes, conservaría el carácter del sistema de SCIE actual, en que el tribunal se constituye “*ad hoc*” para cada caso concreto una vez que ha surgido una controversia (a diferencia de lo que ocurre con los mecanismos permanentes). También, y a modo de ejemplo, sería concebible que en un mecanismo permanente las partes litigantes pudieran escoger a los decisores mediante un sistema de listas (lo que se denomina modelo de órgano semipermanente). Esta opción, aunque se aleja del sistema de SCIE actual de árbitros *ad hoc* permitiría la participación de las partes litigantes en la selección y el nombramiento de los decisores<sup>10</sup>.

12. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo quizás desee tener en cuenta que cada modelo puede presentar diversas variantes. La creación de un mecanismo de apelación también tendría efectos sobre el marco general de la reforma del sistema de SCIE y sobre la configuración de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE<sup>11</sup>. Los métodos de selección y nombramiento de los decisores en la instancia de apelación pueden ser similares a los que se siguen para componer los tribunales que entienden en casos de SCIE en primera instancia, o bien pueden establecerse requisitos y procedimientos aplicables a la selección y

<sup>9</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 6 a 19.

<sup>10</sup> Los mecanismos especiales y permanentes también pueden coexistir en un mismo marco de solución de controversias (véase el Informe Complementario del CIADI, párr. 12). Por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio (OMC), las controversias se dirimen en primer lugar ante grupos especiales y posteriormente, de haber apelación, ante el Órgano de Apelación permanente de la OMC (OA de la OMC). En el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Estado reclamante debe plantear la controversia ante un “tribunal arbitral *ad hoc*”, que se compone de los miembros elegidos por las partes litigantes a partir de unas listas cerradas (Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (“MERCOSUR”), 26 de marzo de 1991, 30 ILM 1041 (1991); Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (“Protocolo de Olivos”), 18 de febrero de 2002, 42 ILM 2 (2003), arts. 10 y 11. Posteriormente, las controversias pueden plantearse ante el “Tribunal Permanente de Revisión” mediante un recurso de revisión.

<sup>11</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros (mecanismo permanente con una primera instancia y un tribunal de apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), Documento presentado por el Gobierno de Marruecos (mecanismo de apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón (mecanismo de revisión de apelaciones basado en tratados específicos); [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Documento presentado por el Gobierno de Ecuador (mecanismo de apelación); [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Documento presentado por el Gobierno de China (mecanismo de apelación).

nombramiento de decisores en función del nivel en que se dicta la resolución que dirime la controversia<sup>12</sup>.

*Posibles mecanismos para una reforma de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE*

13. Habida cuenta de lo señalado anteriormente, las secciones siguientes se centran en los mecanismos que podrían establecerse para reformar la manera de seleccionar y nombrar a los miembros de los tribunales que entiendan en casos de SCIE, a saber: i) la regulación de los mecanismos de nombramiento por las partes<sup>13</sup>; ii) el establecimiento de una lista preestablecida, ya sea en el marco actual de arbitraje, con la posible intervención de instituciones (autoridades nominadoras)<sup>14</sup>, o como parte de un órgano decisor semipermanente; y iii) la creación de mecanismos permanentes<sup>15</sup>.

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que en las posibles opciones de reforma que se presentan más adelante se distinguen, cuando procede, dos etapas diferentes: en primer lugar, la selección de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE en general y, en segundo lugar, la selección y nombramiento de estos para una controversia concreta; es decir, el modo en que se asigna la competencia para conocer de una controversia y la función que desempeñan las partes litigantes en esa etapa.

## **B. Resumen de las opciones de reforma y sus variantes**

### **1. Factores que deberían tenerse en cuenta**

15. Los métodos de selección y nombramiento en cualquiera de las opciones de reforma deberían garantizar la transparencia y la apertura. En todas las opciones, los criterios de selección deberían garantizar que los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE fueran independientes, imparciales y competentes y contarán con los conocimientos técnicos y la experiencia necesarios para desempeñar sus funciones. El método de selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE, así como la composición de una lista o de un órgano decisor permanente, deberían reflejar, en su conjunto, elevados criterios que aseguren la diversidad (tanto geográfica como de género)<sup>16</sup> y garantizar la neutralidad y el deber de rendición de cuentas (A/CN.9/964, párrs. 69 y 91 a 96).

16. Se exigen estas cualidades para que las opciones de reforma respondan de manera satisfactoria a las inquietudes detectadas y para garantizar la credibilidad, la integridad y la legitimidad del sistema de SCIE que resulte del proceso de reforma. Como principio general, los métodos de selección y nombramiento deberían contribuir a la calidad y la

<sup>12</sup> Véase *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti, en el que se estudia la influencia del órgano de apelación en la selección y el nombramiento de los decisores.

<sup>13</sup> Véanse también las propuestas que figuran en los siguientes documentos presentados por Gobiernos: A/CN.9/WG.III/WP.162, Documento presentado por el Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.163, Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, Documentos presentados por el Gobierno de Costa Rica; A/CN.9/WG.III/WP.174, Documento presentado por el Gobierno de Turquía; A/CN.9/WG.III/WP.175, Documento presentado por el Gobierno del Ecuador; A/CN.9/WG.III/WP.177, Documento presentado por el Gobierno de China.

<sup>14</sup> Véanse también las propuestas que figuran en los siguientes documentos presentados por Gobiernos: A/CN.9/WG.III/WP.162, Documento presentado por el Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.163, Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, Documentos presentados por el Gobierno de Costa Rica; A/CN.9/WG.III/WP.174, Documento presentado por el Gobierno de Turquía.

<sup>15</sup> Véase también la propuesta que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros.

<sup>16</sup> Véanse también los documentos A/CN.9/WG.III/WP.161, Documento presentado por el Gobierno de Marruecos, Anexo II, párr. 9; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, Documentos presentados por el Gobierno de Costa Rica (en los que se hace referencia a un “compromiso con la diversidad”).

imparcialidad de la justicia impartida, así como a la percepción de que se imparte esa justicia.

17. El Grupo de Trabajo quizás también desee examinar qué cuestiones podrían estudiarse en relación con la reforma de los mecanismos de selección y nombramiento: los nombramientos reiterados de las mismas personas, las situaciones en que se plantean conflictos de intereses o la denominada predisposición doctrinal y la práctica de que las personas cambien de función y se desempeñen como árbitro, asesor letrado o perito en diferentes procesos de SCIE (A/CN.9/964, párr. 70). Al examinar estas cuestiones, el Grupo de Trabajo podría tener en cuenta que las decisiones que se tomen respecto de la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE también pueden repercutir en otros aspectos relevantes, como la idoneidad, la eficacia y la transparencia de los mecanismos de comunicación de información y la recusación previstos en numerosos tratados y reglamentos de arbitraje vigentes, como señaló el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/964, párrs. 84 a 88). También pueden repercutir en otras inquietudes que se han mencionado, en particular en la corrección, la uniformidad y la previsibilidad de las decisiones de los tribunales que entienden en casos de SCIE (véase A/CN.9/964, párr. 33), así como en el costo y la duración de los procesos de SCIE (véase A/CN.9/964, párr. 114).

## 2. Regulación del mecanismo de nombramiento por las partes

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de proporcionar salvaguardias en relación con los métodos actuales de selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE, en los que el nombramiento es realizado por las partes. En el sistema actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados las partes litigantes normalmente gozan de amplias facultades para seleccionar a los árbitros. En efecto, las normas aplicables a los arbitrajes entre inversionistas y Estados permiten a las partes litigantes llegar a un acuerdo sobre el método de selección de los árbitros y acordar directamente quiénes serán dichos árbitros.

19. Como se señaló anteriormente (véase el párr. 6), los árbitros también pueden ser nombrados por autoridades nominadoras. Las autoridades nominadoras, que suelen intervenir en el proceso de nombramiento para designar al árbitro presidente de un tribunal compuesto por tres miembros, están desempeñando un papel más amplio en la solución de controversias entre inversionistas y Estados, como subrayó el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones<sup>17</sup>. Algunas de las observaciones que se suelen expresar respecto a la función de las autoridades nominadoras tienen que ver con la falta de información sobre el proceso de selección y nombramiento y con el mecanismo limitado por el que las autoridades nominadoras rinden cuentas.

20. El Grupo de Trabajo podría tener presente que en los documentos presentados por los Gobiernos se propone que el mecanismo de nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE prevea, entre otras cosas, una autoridad nominadora independiente (para nombrar al presidente del tribunal)<sup>18</sup> y contemple mejoras al sistema actual de nombramiento de árbitros, que incluyan un compromiso con la diversidad<sup>19</sup>. Asimismo, cabe destacar que el mecanismo de constitución de los tribunales arbitrales permite a las partes elegir a los árbitros que consideren más idóneos para resolver sus controversias y que esa característica garantiza la flexibilidad y la conveniencia del arbitraje<sup>20</sup>.

21. Los posibles criterios que podrían seguirse para regular el método de selección y nombramiento de los árbitros son la creación de una lista preestablecida de árbitros (véanse los párrs. 22 a 34) y el examen del papel de las autoridades nominadoras (véanse los párrs. 35 y 36).

<sup>17</sup> Véase también el documento de consulta de la OCDE sobre las autoridades nominadoras y la selección de árbitros en el ámbito de la SCIE, disponible en <http://www.oecd.org/investment/Consultation-ISDS-appointing-authorities-arbitration.htm>.

<sup>18</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón.

<sup>19</sup> A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, Documentos presentados por el Gobierno de Costa Rica.

<sup>20</sup> A/CN.9/WG.III/WP.177, Documento presentado por el Gobierno de China.

### 3. Lista preestablecida

#### a) Opción de reforma

22. En un documento presentado por un Gobierno se propone que la selección de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE se vincule a una lista preestablecida<sup>21</sup>.

23. Podría utilizarse una lista como parte del sistema actual de SCIE o bien crearse un mecanismo semipermanente (en lugar de un mecanismo permanente, en que los casos se asignarían a los decisores sin intervención alguna de las partes litigantes)<sup>22</sup>.

24. Cabe destacar que ya existen listas que han sido creadas de varias maneras, ya sea por haberlas establecido las partes litigantes en su contrato, las partes en los tratados de inversión o las instituciones arbitrales. La presente sección no se centra en las listas existentes sino en la creación de una lista en el contexto de una reforma multilateral.

#### b) Características de la creación y utilización de una lista

25. En las secciones siguientes se distingue la etapa de la elección de las personas que figurarán en la lista de la etapa de selección y nombramiento de las personas que dirimirán una controversia concreta.

##### *Primera etapa: Elección*

##### *i) Criterios de elección*

26. Los criterios aplicables a la elección de las personas que figurarán en una lista pueden comprender diversos aspectos. En el documento presentado por un Gobierno se expresa que no es necesario que la lista sea extensa, pero debe centrarse en el nombre de árbitros de reconocido prestigio especializados en la SCIE y, al mismo tiempo, ayudar a incorporar nuevos abogados al círculo ya establecido de árbitros. En general, en la lista se debería tener en cuenta el equilibrio entre los géneros y la distribución geográfica y asegurar que exista un equilibrio entre los árbitros de países en desarrollo y de países desarrollados<sup>23</sup>. En otro documento en que figuran observaciones de otros Gobiernos se propone que se exijan a los árbitros conocimientos especializados para intervenir en relación con determinados tipos de demandas (por ejemplo, en materia de servicios financieros)<sup>24</sup>.

##### *ii) Posibles mecanismos para la elección*

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar los mecanismos que podrían utilizarse para elegir a las personas que figurarán en la lista. Para ello, quizás desee plantearse si los Estados y los inversionistas deberían participar en el proceso de elección. En el sistema actual de SCIE, cuando las instituciones arbitrales cuentan con una lista de árbitros, normalmente estos son designados o nombrados directamente para su inclusión en esas listas por los Estados u otras entidades<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Documento presentado por el Gobierno de Tailandia; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Documento presentado por el Gobierno de Turquía.

<sup>22</sup> Véase *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti, en el que figura un resumen de los tipos de listas posibles.

<sup>23</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Documento presentado por el Gobierno de Tailandia, párr. 20.

<sup>24</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón, Anexo I.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en lo que respecta a las Listas de Árbitros y Conciliadores del CIADI, cada Estado Contratante designa de forma unilateral a cuatro personas para cada Lista y el Presidente del CIADI designa a diez personas para cada Lista (véase el Convenio del CIADI, art. 13). De manera similar, cada Estado miembro de la CPA tiene derecho a elegir cuatro personas, que “son inscritas, a título de Miembros de la Corte, en una lista” administrada por la Oficina Internacional de la CPA. Las personas que figuran en dicha lista constituyen el elenco de los posibles árbitros (véase la Convención de La Haya de 1907, art. 44). En un ámbito diferente, el del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS-CAS), el Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte

28. La creación de una lista tal vez conlleve el establecimiento de procedimientos más transparentes en lo que respecta a la selección y el nombramiento, puesto que contar con poca información sobre los métodos de selección y nombramiento puede hacer que la rendición de cuentas en el sistema sea limitada (A/CN.9/935, párr. 66). Un ejemplo de procedimiento transparente podría ser aquel en que se publicaran los criterios de elección junto con la explicación del procedimiento de elección.

*iii) Forma en que se renovaría la lista*

29. La cuestión de la renovación de los árbitros o decisores de una lista reviste gran importancia, habida cuenta de la necesidad de dar respuesta a la inquietud de que falta diversidad en el sistema de SCIE. Además de que en ella deberían reflejarse las cualidades personales de los árbitros o decisores, la lista debe ser representativa de la diversidad de las personas que participan en la SCIE. Como se mencionó anteriormente, esa diversidad incluye la existencia de una adecuada distribución geográfica y la representación de varios sistemas jurídicos y nacionalidades y de personas de ambos géneros, entre otros factores<sup>26</sup>. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la manera en que debería administrarse una lista y considerar si debería limitarse el tiempo de permanencia de las personas en ella.

*iv) Unicidad o pluralidad de listas*

30. Una cuestión conexa que debería estudiarse en esta opción de reforma es si debería haber una única lista administrada por una institución, que podría ya existir o crearse a tal efecto, o si debería haber varias listas descentralizadas de cuya administración se encarguen, por ejemplo, las instituciones que se dedican actualmente a la SCIE.

***Segunda etapa: selección y nombramiento para un caso concreto***

31. La selección y nombramiento de los árbitros o decisores para un caso concreto plantea la cuestión de si las partes litigantes deberían participar en dicho proceso de selección y nombramiento.

32. Una opción puede consistir en crear una lista, en un sistema en el que las partes litigantes retendrían el control sobre la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entendieran en la SCIE y en el que se establecieran determinadas limitaciones, como permitir a las partes elegir únicamente los árbitros que figurarían en una lista preestablecida o permitir que cada una de ellas eligiera solamente un miembro del tribunal y que el presidente del tribunal se seleccionara y nombrara sistemáticamente mediante un mecanismo diferente (por ejemplo, que lo designara una institución). Como se señala en un documento presentado por un Gobierno, la diferencia principal con la situación actual residiría en el hecho de que las partes litigantes se verían limitadas en su selección debido a que solamente podrían escoger a las personas que figuraran en una lista<sup>27</sup>.

33. También sería posible concebir un modelo de lista en el marco de la creación de un mecanismo semipermanente en el que las partes litigantes participarían en la formación del tribunal que entendiera en la SCIE<sup>28</sup>. Calificar un modelo de lista como

---

nombra los árbitros de la lista a partir de los nombres señalados a su atención por una serie de organismos (véase el Código del TAS-CAS, art. 14).

<sup>26</sup> Véase A/CN.9/WG.III/WP.162, Documento presentado por el Gobierno de Tailandia, en el que se afirma que podrían presentarse ideas innovadoras para hacer frente a las inquietudes expresadas en relación con la selección de los árbitros, como la rotación obligatoria de las personas que figuran en la lista.

<sup>27</sup> A/CN.9/WG.III/WP.162, Documento presentado por el Gobierno de Tailandia.

<sup>28</sup> A modo de comparación, en el ámbito de las controversias comerciales, la constitución de los grupos especiales en la Organización Mundial del Comercio (OMC) es una tarea de las partes litigantes principalmente, si bien podría decirse que en diferente medida que en el arbitraje entre inversionistas y Estados. Según el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC, la Secretaría “propondrá a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del grupo especial. Las partes en la diferencia no se opondrán a ellos sino por razones imperiosas”. Si bien no es obligatorio, los integrantes de los grupos especiales pueden extraerse de “una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no”, mantenida por la Secretaría para “facilitar la elección de los integrantes de

sistema de solución de controversias *ad hoc* o permanente dependería fundamentalmente del marco institucional y de si sus miembros desempeñan otras funciones o tareas institucionales además de dirimir controversias concretas<sup>29</sup>.

34. Otra opción sería prever un sistema en el que un tercero efectuara la selección y el nombramiento de los decisores a partir de una lista, sin intervención alguna de las partes litigantes o con intervención limitada de estas (por ejemplo, interviniendo en consultas o acordando criterios).

**c) La función de las autoridades nominadoras**

35. Existe un sistema en el que las instituciones que administran los casos de SCIE desempeñan una función mayor en la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales y que podría examinarse junto con la creación de una lista. Esa mayor participación se propone en el documento presentado por varios Gobiernos<sup>30</sup>. Las instituciones pueden ser las instituciones arbitrales que ya trabajan en el ámbito de la SCIE, puesto que ya administran listas de árbitros que asisten a las partes en el proceso de selección y nombramiento.

36. Cabe señalar que este sistema presupondría la necesidad de asegurarse de la independencia e imparcialidad de las autoridades nominadoras. También cabe mencionar que una opción de reforma que dependiera principalmente de las autoridades nominadoras requeriría que se examinaran los efectos que ello tendría en las normas y los procedimientos vigentes aplicables a dichas autoridades.

**d) Repercusiones en las cuestiones señaladas**

37. El Grupo de Trabajo podría estudiar si la creación de una lista ayudaría a resolver la cuestión de las cualificaciones, la competencia, la experiencia y los conocimientos especializados de los miembros de los tribunales que entiendan en casos de SCIE, así como su grado de conocimiento de las políticas de Estado. Tal vez también desee considerar si una lista ayudaría a dar respuesta a las inquietudes relativas a la neutralidad y al deber de rendición de cuentas. Puede que el sistema en que exista una lista preestablecida no resuelva necesariamente la cuestión de los nombramientos reiterados de las mismas personas, a menos que la lista vaya acompañada de una mayor participación institucional y que las instituciones se encarguen de velar por que se respete la diversidad en el proceso de selección y nombramiento y se eviten los nombramientos reiterados.

38. En lo que se refiere a los efectos de las opciones de reforma en otras de las cuestiones mencionadas, cabe señalar que deberán adoptarse otras medidas para atender a las inquietudes relativas a la idoneidad, eficacia y transparencia de los mecanismos de comunicación de la información y de recusación previstos en los tratados y reglamentos de arbitraje vigentes. Lo mismo podría decirse de la práctica consistente en que las personas cambien de función y se desempeñen como árbitro, asesor letrado o perito en diferentes procesos de SCIE.

39. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si esta opción de reforma tendría repercusiones en las cuestiones de la congruencia y la previsibilidad de las decisiones emitidas por los tribunales que entienden en casos de SCIE. Algunos de los temas que podrían estudiarse son los efectos que tendría la longitud de la lista y si, para resolver

---

los grupos especiales” (véanse las Normas de Solución de Diferencias: Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 2, 15 de abril de 1994, art. 8). La composición de los grupos especiales, de ser satisfactoria, reflejará el acuerdo completo o parcial de las partes. En el contexto de la OMC, el proceso de nombramiento de los integrantes de los grupos especiales tiene por objeto facilitar el acuerdo entre las partes litigantes en lo que respecta a la composición del grupo especial.

<sup>29</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párr. 7.

<sup>30</sup> A/CN.9/WG.III/WP.163, Documento presentado por los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón, Anexo I.

esas inquietudes, la lista debería ir acompañada de otros mecanismos, como la consulta de las personas que figuran en ella<sup>31</sup>.

#### 4. Mecanismo permanente

##### a) Opción de reforma

40. En un documento presentado por una organización regional de integración económica y sus Estados miembros se propone la creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones, que incluye la contratación de decisores a tiempo completo<sup>32</sup>. En resumen, de acuerdo con esa propuesta, la selección y el nombramiento de los decisores se efectuarían en el marco de un mecanismo permanente. Los árbitros estarían contratados a tiempo completo y no tendrían ninguna actividad profesional externa. Recibirían salarios comparables a los que reciben los decisores de otros tribunales internacionales y estarían sujetos a requisitos éticos. Se propone establecer requisitos de cualificación comparables a los de otros tribunales internacionales para lograr la neutralidad y diversidad geográfica y de género. La independencia frente a los Gobiernos se conseguiría otorgándoles un mandato a largo plazo no prorrogable, que se combinaría con un proceso de nombramiento consistente y transparente<sup>33</sup>.

41. En la opción de reforma mencionada, las partes litigantes tendrían poca o ninguna influencia en la selección y el nombramiento de los decisores. Esto se debe al hecho de que el órgano permanente existiría con anterioridad a la controversia (a diferencia de lo que ocurre en el sistema actual de SCIE basado en el arbitraje, en el que el tribunal que entiende en casos de SCIE se constituye especialmente para resolver una controversia en particular).

42. Esta opción de reforma sería comparable, por ejemplo, a los siguientes mecanismos de selección y nombramiento de algunos tribunales internacionales existentes:

- Los Estados, en calidad de partes litigantes, no tienen derecho a participar en la selección de las personas que componen el Órgano de Apelación permanente de la Organización Mundial del Comercio (OA de la OMC), aunque hayan participado en dicho proceso de selección en cuanto partes en el tratado<sup>34</sup>;
- Las partes litigantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no desempeñan ninguna función en relación con la composición de este<sup>35</sup>;
- En la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las partes litigantes pueden influir en la composición del tribunal solo en circunstancias determinadas, a saber, mediante el nombramiento de un juez *ad hoc* y la constitución de una sala para dirimir una controversia concreta<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Véase *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti, en el que se evalúan y se prevén parcialmente los efectos de los modelos de reforma institucional.

<sup>32</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros.

<sup>33</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párrs. 16 a 19.

<sup>34</sup> Normas de Solución de Diferencias: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 2, 15 de abril de 1994, art. 17, párrs. 1 y 2.

<sup>35</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221, modificado por los Protocolos núms. 11 y 14, a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010, arts. 20 a 23.

<sup>36</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto de la CIJ), art. 31, párr. 2 (“Si la Corte incluyere entre los magistrados del conocimiento uno de la nacionalidad de una de las partes, cualquier otra parte podrá designar a una persona de su elección para que tome asiento en calidad de magistrado”); y art. 26, párr. 2 (“La Corte podrá constituir en cualquier tiempo una Sala para conocer de un negocio determinado. La Corte fijará, con la aprobación de las partes, el número de magistrados de que se compondrá dicha Sala”).

## b) Características de la creación de un mecanismo permanente

43. Deben distinguirse dos etapas, a saber, la selección de los decisores que formarán parte del mecanismo permanente y la asignación a estos de un caso concreto.

### *Primera etapa: selección de los decisores*

#### i) “Representación completa” o “representación selectiva”

44. Una primera cuestión que debe tenerse en cuenta en el diseño de la composición de un mecanismo permanente de solución de controversias es el número de decisores y si los Estados prefieren, a este respecto, crear un órgano “de representación completa” o de “representación selectiva”<sup>37</sup>. En los órganos de representación completa, cada Estado cuenta con un decisor de manera permanente, por lo general una persona con la nacionalidad de ese Estado; mientras que, en los tribunales de representación selectiva, el número de decisores es menor que el número de Estados parte en el estatuto del tribunal. Algunos tribunales y cortes internacionales universales, como la CIJ, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), la Corte Penal Internacional (CPI) y el OA de la OMC, cuentan con un número menor de decisores que de partes contratantes<sup>38</sup>.

45. Cabe señalar que, en la creación de un mecanismo permanente de SCIE a nivel multilateral, cuantos más Estados participen más difícil será garantizar que todos ellos puedan nombrar a un miembro. De hecho, un organismo permanente con un elevado número de miembros puede resultar costoso y su gestión, compleja.

46. Por último, el número de decisores que componen el órgano permanente puede variar con el tiempo debido al aumento del número de otras partes contratantes o de la carga de trabajo. Los tribunales o cortes internacionales existentes proporcionan ejemplos de esos posibles cambios<sup>39</sup>. En concreto, en un órgano de representación completa, el número de decisores se modificará cada vez que se sume al mecanismo una nueva parte contratante. En un modelo de representación selectiva, en las cláusulas de revisión puede preverse un procedimiento relativo al aumento gradual del número de decisores.

#### ii) *Diversidad y representación equilibrada*

47. En el contexto de la creación de un mecanismo permanente, garantizar que el órgano decisor refleje una amplia representación geográfica parece ser una inquietud importante para numerosos Estados. Así se demuestra en los estatutos vigentes de varios tribunales internacionales, que hacen referencia a la “representación geográfica equitativa” o “distribución geográfica equitativa” en la selección de los decisores<sup>40</sup>. Una

<sup>37</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 21 a 27; véase también *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen y Taylor St John.

<sup>38</sup> Algunos ejemplos de representación completa son tribunales regionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el TEDH (art. 20); ejemplos de representación selectiva son el Protocolo de la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo al Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Protocolo relativo a la Corte Africana”), art. 11; el Acuerdo por el que se establece la Corte de Justicia del Caribe, 14 de febrero de 2001, art. IV; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969, art. 52; y el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Estatuto de la CIDH”), octubre de 1979, Resolución de la OEA núm. 448, art. 4.

<sup>39</sup> Véase, a modo de ejemplo, 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, 19 de enero de 1981, art. III, párr. 1, primera oración (“el Tribunal estará compuesto por nueve miembros o por un número mayor, múltiplo de tres, que Irán y los Estados Unidos consideren necesario para cumplir con su cometido con prontitud”), el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 2 (“La Presidencia, actuando en nombre de la Corte, podrá proponer que aumente el número de magistrados indicado en el párrafo 1 [18 magistrados] y señalará las razones por las cuales considera necesario y apropiado ese aumento”).

<sup>40</sup> Véase, a modo de ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 8, apartado a) (“Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya: [...] ii) Distribución geográfica

cuestión que podría examinarse es si un órgano decisor permanente debería lograr un equilibrio en la representación de los países desarrollados, en desarrollo y menos adelantados<sup>41</sup>, así como entre los países exportadores e importadores de capital<sup>42</sup>.

48. Los instrumentos constitutivos de los tribunales y cortes normalmente también exigen que la composición general del tribunal refleje un equilibrio entre los distintos perfiles y una representación de los principales sistemas o tradiciones jurídicos del mundo<sup>43</sup>. Cabe señalar que en el Protocolo relativo a la Corte Africana se establece que los Estados, al efectuar las designaciones, deben tener debidamente en cuenta una representación de género adecuada en el proceso de designación<sup>44</sup>.

iii) *Modelos de selección y designación*

49. En algunos tribunales y cortes, las partes en los tratados nombran directamente a los miembros, ya sea de manera unilateral<sup>45</sup> o mediante un comité conjunto<sup>46</sup>, sin ningún

---

equitativa [...]”); véanse también las Normas de Solución de Diferencias: Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, art. 17, párr. 3, tercera oración (“Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC”); véase también el Estatuto del TIDM, arts. 2, párr. 2, y 3, párr. 2, según los cuales en la composición del Tribunal “se garantizará [...] una distribución geográfica equitativa” y no habrá “menos de tres miembros por cada uno de los grupos geográficos establecidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

<sup>41</sup> En la OMC, los países en desarrollo pueden solicitar que en los grupos especiales que entienden en las controversias entre países desarrollados y en desarrollo participen integrantes que sean nacionales de países en desarrollo (véanse las Normas de Solución de Diferencias: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, art. 8, párr. 10, en el que se dispone que cuando “se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el grupo especial participará, si el país en desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro”).

<sup>42</sup> Aunque en el Convenio del CIADI no se menciona ese criterio entre aquellos que el Presidente debe tener en cuenta al seleccionar los miembros de las Listas de Conciliadores y Árbitros, durante los trabajos preparatorios del Convenio se consideró deseable que el Presidente, al ejercer su potestad de designar a los miembros de las Listas, garantizara que en estas hubiera una representación justa de las personas cualificadas procedentes de países inversores y receptores. Véase el comentario del delegado de los Países Bajos en las reuniones de carácter consultivo de expertos jurídicos celebradas en Ginebra del 17 al 22 de febrero de 1964 en el CIADI (1968), Historia del Convenio del CIADI: Documentos relativos al Origen y a la Formulación del Convenio (*History of the ICSID Convention: Documents concerning the Origin and Formulation of the Convention*), Vol. II-1 (“Historia del Convenio del CIADI, Vol. II-1”), pág. 382 de la versión inglesa.

<sup>43</sup> Véanse, por ejemplo, el Estatuto de la CIJ, art. 9 (“En toda elección, los electores tendrán en cuenta [...] que en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”); el del TIDM, art. 2, párr. 2 (“En la composición del Tribunal se garantizarán la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y una distribución geográfica equitativa”); el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 8, apartado a) (“Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya: i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo [...]”); el Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 14, párr. 2 (“representación de las regiones principales de África y de sus principales tradiciones jurídicas”); el Tratado sobre la Armonización del Derecho Mercantil en África, 17 de octubre de 2008, Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA), art. 31; y el Convenio del CIADI, art. 14, párr. 2 (“Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica”).

<sup>44</sup> Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 12, párr. 2.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, 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, art. III, párr. 1 (en la que cada parte contratante nombra directamente a un tercio de los miembros del tribunal).

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA), art. 8.27, párr. 2 (“En el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité Mixto del CETA nombrará a quince miembros del tribunal. Cinco de los miembros del tribunal serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco serán nacionales de Canadá y cinco serán nacionales de

proceso formal de designación previo. En cambio, en otros tribunales y cortes, como el TEDH, la CIJ o el TIDM, no existe una etapa de designación<sup>47</sup>.

50. Existen varias opciones para la selección y la designación de los decisores. Una primera opción sería que cada parte en el tratado propusiera al menos un candidato<sup>48</sup>. Como segunda opción, las designaciones puede efectuarlas un organismo nominador<sup>49</sup>. Una tercera posibilidad sería permitir que cualquier persona interesada que cumpla los requisitos exigidos en cuanto a su cualificación pueda proponer su propia candidatura para que la evalúe un organismo nominador o un comité de examen. Esta última posibilidad impediría cualquier tipo de participación de las partes en el tratado o de otros organismos.

51. En esta etapa pueden realizarse consultas relativas a la selección de los decisores, como es frecuente que ocurra en los tribunales y cortes internacionales<sup>50</sup>. Establecer un mecanismo de consulta para la selección de los decisores de un órgano permanente hace posible la participación de los inversionistas. A este respecto, podría preverse la consulta a asociaciones comerciales (como las cámaras de comercio) o de sectores específicos de la industria. Las consultas también pueden dirigirse a otros grupos para obtener la opinión de otras partes interesadas en la interpretación y aplicación de los tratados de inversión y en los resultados de las posibles controversias. Asimismo, podría contemplarse plantear una consulta a las instituciones arbitrales, puesto que cuentan con un punto de vista valioso respecto de la actividad de los decisores y de las asociaciones profesionales en el ámbito del derecho internacional y la solución de controversias internacionales. Normalmente, las consultas a las partes interesadas resultan de utilidad para reforzar una mayor aceptación del mecanismo de solución de controversias y, así, fomentar la máxima credibilidad y legitimidad de este<sup>51</sup>.

52. En el procedimiento de selección de los decisores también puede incluirse una etapa de “examen”, en consonancia con los modelos establecidos en varios tribunales y cortes internacionales<sup>52</sup>. Durante esa fase, un comité de examen o un grupo asesor

---

terceros países”); Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, art. 12, párr. 2 (“Con la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité de Comercio nombrará a nueve miembros del Tribunal [creado en virtud del art. 12.1]. Tres de los miembros del tribunal serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, tres serán nacionales de Vietnam y tres serán nacionales de terceros países”).

<sup>47</sup> Véase *Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science*, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen, y Taylor St John.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, el Estatuto del TIDM, art. 4, párr. 1: “Cada Estado Parte podrá proponer como máximo dos personas que reúnan las calificaciones prescritas en el artículo 2 de este Anexo. Los miembros del Tribunal serán elegidos de la lista de personas así propuestas” (Estatuto del TIDM). Los jueces también son propuestos por las partes en el tratado en el TJUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 253 a 255); el TEDH (CEDH, art. 22: “Los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante”); la Corte Africana (Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 12, párr. 1 (“Cada Estado parte en el Protocolo puede proponer un máximo de tres candidatos, de los cuales al menos dos deben tener la nacionalidad de ese Estado”) y el Tribunal Árabe de Inversiones (Acuerdo Unificado de Inversión de Capitales Árabes en los Estados Árabes (“Acuerdo Unificado”), 26 de noviembre de 1980, League of Arab States Economic Documents, núm. 3, art. 28, párr. 2).

<sup>49</sup> Véase el Estatuto de la CIJ, art. 4, párr. 1.

<sup>50</sup> Véase, a modo de ejemplo, el art. 6 del Estatuto de la CIJ; véanse también las orientaciones publicadas por la Unión Africana para la elección de los jueces de la Corte Africana, en las que se recomienda que “los Estados parte fomenten la participación de la sociedad civil, en particular de los órganos judiciales y otros órganos del Estado, los colegios de abogados, las organizaciones académicas y de derechos humanos y las asociaciones de mujeres, en el proceso de selección de los candidatos” (véase Comisión de la Unión Africana, Nota Verbal, referencia BC/OLC/66.5/8/ Vol. V (5 de abril de 2004), párr. 5).

<sup>51</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 126 a 134.

<sup>52</sup> En la CPI, por ejemplo, los Estados partes en el Estatuto de Roma hicieron uso de la posibilidad contemplada en ese Estatuto (art. 36, párr. 4, c)) de establecer un “comité asesor para las candidaturas” de los magistrados. Véase también el Consejo de Europa (2010), *Establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judges to the European Court of Human Rights*, 10 de noviembre de 2010, Comité de Ministros, CM/Res(2010)26, art. 5 (en que se establece un panel asesor encargado de dar su opinión sobre los candidatos nominados por los Estados contratantes para integrar el TEDH), TFUE, arts. 253 a 255 (en que se dispone que los

examinaría las candidaturas propuestas por los nominadores (normalmente, las partes en el tratado) y corroboraría que los candidatos cumplieran los requisitos exigidos, por ejemplo, en lo que respecta a cualificaciones profesionales, los conocimientos especializados o el idioma. La presencia de mecanismos de examen de expertos a cargo de órganos independientes puede contribuir a que se realice una selección rigurosa, transparente y basada en los méritos<sup>53</sup>.

iv) *Nombramiento de los miembros del órgano decisor permanente*

53. Posteriormente será necesario nombrar a los decisores del órgano permanente. Por lo general, el nombramiento lo realizan organismos electorales compuestos normalmente por representantes de los Gobiernos de los Estados, que actúan en órganos como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (para la elección de los magistrados de la CIJ y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY))<sup>54</sup> o en otros órganos constituidos en virtud de regímenes de tratados concretos, como el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (para el nombramiento de los miembros del OA)<sup>55</sup>, o en una asamblea (CPI, CIDH, Corte Africana)<sup>56</sup>, una reunión (TIDM)<sup>57</sup> o un comité conjunto (CETA, Acuerdo UE-Vietnam)<sup>58</sup> de los Estados parte.

v) *Criterios personales y mandato*

54. Los criterios requeridos que se aplican a los decisores son la “independencia” y la “imparcialidad”<sup>59</sup>, la competencia lingüística<sup>60</sup> y la integridad personal o reputación<sup>61</sup>,

---

jueces del Tribunal de Justicia y del Tribunal General serán “designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros [...], tras consultar al comité a que se refiere el artículo 255”).

<sup>53</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 135 a 155.

<sup>54</sup> Estatuto de la CIJ, art. 8, que reza como sigue: “La Asamblea General y el Consejo de Seguridad procederán independientemente a la elección de los miembros de la Corte”; Estatuto del TPIY, art. 13 *bis*, encabezamiento, en el que se dispone que “los magistrados permanentes del Tribunal Internacional serán elegidos por la Asamblea General a partir de una lista presentada por el Consejo de Seguridad”.

<sup>55</sup> Véanse las Normas de Solución de Diferencias: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Anexo 2, 15 de abril de 1994, art. 17, párrs. 1 y 2.

<sup>56</sup> Véase el Estatuto de Roma, art. 6, párr. a) (Asamblea de los Estados Partes); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969 (en lo que respecta a la Corte), art. 53 (“Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización”); Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 14 (“Los jueces de la Corte serán elegidos por la [Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (OUA)]”).

<sup>57</sup> Estatuto del TIDM, art. 4, párr. 4 (“[...] Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes, convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas, en el caso de la primera elección, y según el procedimiento que convengan los Estados Partes en el de las elecciones siguientes. [...]”).

<sup>58</sup> Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá, art. 8.27, párr. 2 (“En el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité Mixto del CETA nombrará a quince miembros del tribunal”); Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam, art. 12, párr. 2 (“De conformidad con el artículo 34, párr. 2, apartado a), con la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité de Comercio nombrará a nueve miembros del Tribunal [...]”).

<sup>59</sup> Por ejemplo, en el art. 2 del Estatuto de la CIJ se 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”.

<sup>60</sup> Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 3, apartado c); esos requisitos también se desprenden de algunas disposiciones sobre los idiomas de trabajo del tribunal: véanse, por ejemplo, el Estatuto de la CIJ, art. 39, y el Reglamento del TIDM, 28 de octubre de 1997, art. 43.

<sup>61</sup> Véanse el Estatuto de la CIJ, art. 2 (“personas que gocen de alta consideración moral”); el CEDH, art. 21, párr. 1 (“Los jueces deberán gozar de la más alta consideración moral”); el Estatuto del TIDM, art. 2, párr. 1 (“personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad”); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 52, párr. 1, y el Estatuto de la CIDH, art. 4, párr. 1 (“juristas de la más alta autoridad moral”); la Carta Africana de Derechos

así como la experiencia y los conocimientos especializados. También se les puede requerir que sean nacionales de un Estado contratante<sup>62</sup>.

55. Por lo general se considera que determinadas condiciones del cargo, como los mandatos prolongados y no prorrogables, la seguridad financiera, las limitaciones al ejercicio de otras actividades profesionales y las inmunidades, contribuyen a la independencia e integridad del proceso. Debe garantizarse la independencia estructural para preservar precisamente la permanencia de la institución<sup>63</sup>.

#### ***Segunda etapa: asignación de casos a los decisores***

56. El método de asignación de las causas a miembros concretos del tribunal es otro factor que favorece la independencia si se concibe de manera adecuada. En un documento presentado sobre esta opción de reforma se propone que se designen decisores para las distintas divisiones del mecanismo permanente de manera aleatoria, en cierta medida, a fin de que las partes en controversia no puedan saber de antemano quien se ocupará de su caso<sup>64</sup>.

57. En los modelos con un tribunal permanente, las partes litigantes no tienen la potestad de influir en la composición de las salas (con la salvedad de que siempre deben tener derecho a recusar a un integrante por falta de imparcialidad o independencia) y, por lo tanto, debe crearse un método diferente para asignar las controversias a una sala. El objetivo de los métodos de asignación de casos que son claros y están previamente definidos es evitar que se asignen controversias a un miembro del tribunal sobre la base de consideraciones políticas o influencias externas. En ese sentido, los métodos de asignación de casos, lejos de ser una cuestión de mera organización judicial interna, son un factor fundamental para garantizar la independencia estructural. En los distintos tribunales internacionales se adoptan modelos diferentes de asignación de casos<sup>65</sup>.

#### **c) Repercusiones en las cuestiones señaladas**

58. La creación de un mecanismo permanente de decisión conllevaría la transición de un marco basado en las partes litigantes a otro basado en las partes contratantes, con la consecuencia de que las partes litigantes perderían control sobre la selección de los decisores. Así, el Estado demandado podría conservar un control moderado sobre el nombramiento de los jueces, pero las partes litigantes no tendrían influencia alguna en la composición de los grupos de decisores que entenderían en un caso concreto.

59. Los mecanismos permanentes de decisión se aproximarían en gran medida al sistema de un tribunal de justicia internacional, en los que las cuestiones señaladas por el Grupo de Trabajo se regulan en general mediante normas estrictas de selección y nombramiento de los decisores. Cambiar a un sistema permanente implicaría un proceso

---

Humanos y de los Pueblos, art. 31, párr. 1 (“personas que gocen de la más alta reputación y sean reconocidas por su elevada moral, integridad e imparcialidad”); el Estatuto del TPIY, art. 13 (“personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad”); el Estatuto del Estatuto de Roma, art. 36, párr. 3, apartado a) (“personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad”); y el Convenio del CIADI, art. 14, párr. 1 (“las personas [...] deberán gozar de amplia consideración moral”).

<sup>62</sup> En los estatutos de algunos tribunales y cortes se requiere que sus miembros sean nacionales de una parte contratante. Véase, por ejemplo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, constituido en virtud del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que “estará integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros [...]” (Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 28 de mayo de 1979, art. 7). Véanse también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969, art. 52, párr. 1 (“La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización [...]”); y el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la UE y Canadá, art. 8.27, párr. 2 (“Cinco de los miembros del tribunal serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco serán nacionales de Canadá [...]”).

<sup>63</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 68 a 104.

<sup>64</sup> [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#), Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párr. 24.

<sup>65</sup> Véase el Informe Complementario del CIADI, párrs. 183 a 198.

de selección más estructurado que también podría requerir una mayor diversidad<sup>66</sup>. Los métodos de selección de miembros también mitigarían en gran medida las inquietudes actuales relativas a los “nombramientos reiterados” de una persona por una parte litigante o un abogado.

60. En el documento presentado por una organización regional de integración económica y sus Estados miembros en el que se expone esta opción de reforma, se señala que ese planteamiento resolvería varias cuestiones relacionadas entre sí, al afirmar, por ejemplo, que “la inquietud relativa a los costos del sistema está vinculada a la inquietud relativa a la falta de previsibilidad, que a su vez está vinculada a las inquietudes relativas a los métodos de nombramiento de los árbitros, vinculadas a su vez a las inquietudes relativas a la independencia y la imparcialidad de los árbitros”<sup>67</sup>. Asimismo, es previsible que esta opción de reforma tenga repercusiones en las cuestiones de la concordancia y la previsibilidad de las decisiones emitidas por los tribunales que entienden en casos de SCIE<sup>68</sup>.

### C. Observaciones sobre la aplicación de las opciones de reforma

61. En algunos documentos presentados por los Gobiernos se propone la aplicación de las opciones de reforma de conformidad con el modelo de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios<sup>69</sup>. En los documentos presentados se considera que el modelo ofrece un alto grado de flexibilidad en la aplicación simultánea de varias opciones de reforma. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (también conocida como la Convención de Mauricio sobre la Transparencia) se establece un mecanismo similar.

62. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que para aplicar las opciones de reforma quizás sea necesaria la utilización de instrumentos de aplicación diferentes. Por ejemplo, es posible que para crear una lista se deban modificar las normas de arbitraje (como se propone en el documento presentado por un Gobierno)<sup>70</sup> o cooperar estrechamente con las instituciones que administran los casos de SCIE. La creación de un mecanismo u órgano permanentes requeriría que se redacten sus estatutos para determinar las modalidades de selección, designación y funcionamiento del tribunal<sup>71</sup>. Si se adoptara cualquiera de esas dos opciones sería necesario elaborar una convención para aplicarlas a los tratados vigentes en materia de inversión, como se propone en los documentos mencionados anteriormente (véase el párr. 61)<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> La posible presión a favor de la diversidad puede manifestarse tanto en la etapa de diseño institucional, cuando los Estados deben plantearse si desean establecer requisitos de diversidad en el instrumento constitutivo del órgano de solución de controversias, como en la etapa de selección de los decisores. Un ejemplo de esta última es la labor que las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de la mujer realizaron en favor de los requisitos de representación de género durante las negociaciones del Estatuto de Roma. Véase el Informe Complementario del CIADI, nota al pie núm. 104.

<sup>67</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros, párr. 10.

<sup>68</sup> Véase *The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement*, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti, en el que se evalúan y se prevén de manera parcial los efectos de los modelos de reforma institucional.

<sup>69</sup> A/CN.9/WG.III/WP.173, Documento presentado por el Gobierno de Colombia;

A/CN.9/WG.III/WP.175, Documento presentado por el Gobierno del Ecuador.

<sup>70</sup> A/CN.9/WG.III/WP.161, Documento presentado por el Gobierno de Tailandia.

<sup>71</sup> A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros.

<sup>72</sup> La propuesta de redactar una convención también se ha analizado en un documento de investigación del CIADI sobre la cuestión de si la Convención de Mauricio puede servir de modelo para otras reformas. Véase el artículo de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, 3 de junio de 2016, Sección VII, págs. 75 a 93, disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf).