



Asamblea General

Distr. limitada
16 de noviembre de 2020
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)**
40° período de sesiones
Viena (en línea), 8 a 12 de febrero de 2021

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

Selección y nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden 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 casos de SCIE	2
A. Cualificaciones y otros requisitos	3
1. Proyecto de código de conducta	3
2. Independencia, imparcialidad y rendición de cuentas	3
3. Diversidad y representación equilibrada (inclusividad)	4
4. Aplicación	5
B. Métodos de selección y nombramiento	5
1. Mecanismo <i>ad hoc</i>	5
2. Mecanismo permanente	10



I. Introducción

1. En la continuación de su 38º período de sesiones, celebrada en enero de 2020, el Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar de la selección y el nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 95 a 133) y solicitó a la Secretaría que prosiguiera con la labor preparatoria (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 131 a 133).

2. Por ello, en la presente nota se analiza la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE. El documento se ha preparado utilizando como referencia una amplia variedad de información publicada¹, y no se pretende con él expresar una opinión sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo.

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

3. A título de antecedentes, en su 36º período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente elaborar 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 (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 de constitución de tribunales que entienden en casos de SCIE (A/CN.9/964, párr. 108).

4. Las sugerencias para reformar los procesos de selección y nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE figuran en las propuestas presentadas por los Gobiernos (“comunicaciones”)². A partir de esas sugerencias y del documento A/CN.9/WG.III/WP.169, el Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar de las características relativas a las cualificaciones y los requisitos de los miembros de tribunales de SCIE y de los diversos modelos de selección y nombramiento en el marco de los mecanismos *ad hoc* y permanentes (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 95 a 133).

5. En cuanto a los principios rectores, el Grupo de Trabajo consideró que los métodos de selección y nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE deberían contribuir a la calidad y la equidad de la justicia impartida, así como a la apariencia de esos principios; garantizar la transparencia, la apertura, la neutralidad y la rendición de cuentas y reflejar elevadas normas éticas, al tiempo que deberían velar por que hubiera un grado apropiado de diversidad (A/CN.9/964, párrs. 69 y 91 a 96).

¹ Entre otros documentos, se ha utilizado el informe complementario del CIDS titulado “The composition of a multilateral investment court and of an appeal mechanism for investment awards”, 15 de noviembre de 2017, de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà (el “informe complementario del CIDS”), que puede consultarse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_supplemental_report.pdf, así como las publicaciones de los miembros del Foro Académico, que pueden consultarse en <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>.

² A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros; A/CN.9/WG.III/WP.162, comunicación del Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.163, comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, comunicaciones del Gobierno de Costa Rica; A/CN.9/WG.III/WP.174, comunicación del Gobierno de Turquía; A/CN.9/WG.III/WP.175, comunicación del Gobierno del Ecuador; A/CN.9/WG.III/WP.177, comunicación del Gobierno de China; A/CN.9/WG.III/WP.195, comunicación del Gobierno de Marruecos.

A. Cualificaciones y otros requisitos

1. Proyecto de código de conducta

6. De conformidad con las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones (A/CN.9/1004, párrs. 51 a 78) y en la continuación del 38º período de sesiones (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 96 y 99), en el proyecto de código de conducta preparado junto con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se contemplan algunas cualificaciones y requisitos que deberían reunir los miembros de tribunales de SCIE (véase también A/CN.9/WG.III/WP.201)³.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los requisitos que no figuran en el código podrían formar parte de los criterios del proceso de selección en el contexto de los mecanismos *ad hoc* (autoridades nominadoras y listas) y permanentes (por ejemplo, el requisito de que los miembros de tribunales de SCIE posean conocimientos de derecho internacional y de las diferentes políticas en que se basan las inversiones). Una alternativa podría consistir en introducir un mecanismo de aprendizaje en el funcionamiento de los propios tribunales, a fin de lograr competencia e inclusividad con el paso del tiempo, garantizando sistemáticamente la participación de una persona “de categoría inferior” como integrante del tribunal de SCIE o quizás como observador sin voz (si bien esa función tendría que crearse específicamente al no estar contemplada en los mecanismos actuales).

2. Independencia, imparcialidad y rendición de cuentas

8. El proyecto de código aborda cuestiones relativas a la independencia, la imparcialidad y la rendición de cuentas⁴. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la necesidad de lograr un equilibrio entre independencia y rendición de cuentas y del papel que tienen los procedimientos de nombramiento a ese respecto.

9. Cabe señalar que existen otras opciones de reforma que podrían ayudar a lograr el equilibrio deseado como, entre otras, la utilización por los Estados de las declaraciones interpretativas (véase A/CN.9/WG.III/WP.191). Así, los Estados podrían asegurarse de que la interpretación de los tribunales de SCIE se mantendría en consonancia con las intenciones que tenían cuando celebraron el tratado, lo cual, a su vez, mermaría la autonomía interpretativa de los tribunales de SCIE. De esta forma, también se ayudaría a los miembros de tribunales de SCIE a aclarar la ley con independencia de los intereses de las partes litigantes⁵.

³ Véase el proyecto de código de conducta en <https://uncitral.un.org/es/codeofconduct>.

⁴ Estos requisitos suelen estar presentes en la solución de controversias internacionales, como el arbitraje (por ejemplo, véase el art. 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). En cuanto a la independencia, la imparcialidad y la neutralidad, véase el Artículo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ); en cuanto a la competencia lingüística, véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 3 c). En cuanto a la rendición de cuentas, la amplia consideración moral y la integridad/reputación personal, véanse el Convenio del CIADI, art. 14, párr. 1; el Estatuto de la CIJ, Artículo 2; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), art. 21, párr. 1; el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), art. 2, párr. 1, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 31, párr. 1. Entre los requisitos también se podría incluir la nacionalidad de un Estado contratante; véase 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, y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y el Canadá (CETA), art. 8.27, párr. 2.

⁵ Véanse los documentos conceptuales publicados por el Foro Académico, como “The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement”, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti.

3. Diversidad y representación equilibrada (inclusividad)

10. Además de las cualificaciones y otros requisitos, el Grupo de Trabajo indicó que en el sistema de SCIE sería esencial que hubiera una diversidad apropiada, como la diversidad geográfica, lingüística y de género, así como la representación equitativa de los distintos sistemas jurídicos y culturas. Se destacó que la diversidad mejoraría la calidad de los procesos de SCIE, ya que las diferentes perspectivas, especialmente de diferentes culturas y niveles de desarrollo económico, podrían dar lugar a una adopción de decisiones más equilibrada (A/CN.9/1001/Add.1, párr. 101). Se ha dicho que la falta de diversidad socava la legitimidad del régimen de la SCIE.

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que el objetivo de la inclusividad, y no el de la diversidad, podría ayudar a que no se percibiera como excluyente ningún tipo de diversidad; ese objetivo también podría contribuir a resolver la tensión entre el establecimiento de criterios estrictos de selección y las acciones encaminadas a lograr la participación de personas con diferentes trayectorias⁶. Es posible lograr este objetivo empleando varios medios en los diferentes modelos que se explican posteriormente.

12. Por ejemplo, en relación con los mecanismos permanentes, los estatutos vigentes de varios tribunales internacionales hacen referencia a la “representación” o la “distribución geográfica equitativa” en la selección de los decisores⁷ y una representación equilibrada entre países desarrollados, países en desarrollo y países menos adelantados⁸, así como entre países exportadores e importadores de capital⁹. Los instrumentos constitutivos de los tribunales y las cortes normalmente también exigen que su composición general refleje un equilibrio entre los distintos perfiles y una representación de los principales sistemas o tradiciones jurídicas del mundo¹⁰. Cabe señalar que en el Protocolo de la Carta Africana 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”) se establece que los Estados, al efectuar las designaciones, deben tener debidamente en consideración la adecuada representación de género en el proceso de designación¹¹.

13. También puede mencionarse el compromiso con la diversidad en el arbitraje (“Equal Representation in Arbitration Pledge”), en favor de la diversidad de género,

⁶ Véase “Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science”, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen y Taylor St John.

⁷ Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 8 a); véase también el 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.

⁸ En la Organización Mundial del Comercio (OMC), los países en desarrollo pueden solicitar que en los grupos especiales que resuelven las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo participen integrantes que sean nacionales de países en desarrollo (véase el 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).

⁹ Aunque en el Convenio del CIADI no se menciona ese criterio entre aquellos que el Presidente debe tener en cuenta al seleccionar a los miembros de las Listas de Conciliadores y Árbitros, durante los trabajos preparatorios del Convenio se consideró en general deseable que el Presidente, al ejercer su potestad de designar a los miembros de las Listas, garantizara que en estas hubiera una representación equitativa de personas cualificadas procedentes de países inversionistas 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 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 (volumen disponible únicamente en inglés), pág. 382.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, el Estatuto de la CIJ, Artículo 9; el Estatuto del TIDM, art. 2, párr. 2; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 8 a); el Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 14, párr. 2; 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.

¹¹ Protocolo relativo a la Corte Africana, art. 12, párr. 2.

a título de esfuerzo que se viene realizando para lograr este objetivo en el ámbito del arbitraje internacional¹².

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que el establecimiento de la formación y el aprendizaje continuos como condición para poder ser candidato a miembro de un tribunal de SCIE sería un medio eficaz para garantizar tanto la competencia como la inclusividad. Quizás desee tener presente que esta cuestión podría abordarse en el contexto de la opción de reforma relativa al establecimiento de un centro de asesoramiento (véase [A/CN.9/1004](#), párrs. 28 a 50).

4. Aplicación

15. Hay elementos de los métodos de selección y nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE (véase a continuación) que podrían contribuir a la aplicación efectiva de determinados requisitos. Por ejemplo, en los órganos permanentes, se considera a menudo 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 proceso¹³. Las normas procedimentales relativas a la gestión de las listas serían asimismo clave en ese sentido, puesto que la inclusión en las listas también podría supeditarse al cumplimiento de los requisitos a fin de garantizar la inclusividad y la posesión de las cualificaciones adecuadas.

16. También podrían aplicarse las cualificaciones y los requisitos esenciales fundamentalmente aprobando un código de conducta ([A/CN.9/1004/Add.1](#), párr. 132). Como se indica en las anotaciones del proyecto de código de conducta, se podrían estudiar varias opciones para su aplicación.

B. Métodos de selección y nombramiento

17. En la continuación de su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar de las opciones de reforma en relación con la selección y el nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE, entre las que se incluía la elaboración de una lista de candidatos cualificados y la creación de un mecanismo permanente (también denominado “órgano permanente”) integrado por decisores que desempeñarían sus funciones a tiempo completo.

18. En relación con la selección y el nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE, se pidió a la Secretaría que siguiera analizando los diferentes mecanismos y que los desarrollara. Se señaló que las características concretas que presentarían esos mecanismos dependerían en gran medida del diseño más general del sistema de SCIE y, por ejemplo, de si se mantendría la naturaleza *ad hoc* de ese sistema o si se procuraría establecer una estructura permanente ([A/CN.9/1004/Add.1](#), párr. 133).

1. Mecanismo *ad hoc*

19. En el régimen actual de la SCIE, las controversias son dirimidas por un tribunal de SCIE constituido con carácter *ad hoc* para cada una de las controversias. Las partes litigantes desempeñan una función importante en la selección de los miembros del tribunal. 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 ([A/CN.9/1004/Add.1](#), párr. 103). Según la descripción que se ha hecho de ese método, se garantiza con él que el arbitraje sea flexible y una opción atractiva¹⁴. Por otra parte, el método también

¹² Véase el “Equal Representation in Arbitration Pledge” en el sitio web www.arbitrationpledge.com/. Véase también una referencia al compromiso en [A/CN.9/WG.III/WP.164](#) y [A/CN.9/WG.III/WP.178](#), comunicaciones del Gobierno de Costa Rica.

¹³ Véase el informe complementario del CIDS, párrs. 68 a 104.

¹⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), comunicación del Gobierno de China.

ha suscitado inquietudes, en el contexto de la SCIE, como se ha mencionado en el párrafo 3 *supra*.

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar algunas opciones para regular en mayor medida ese método de selección y nombramiento en el contexto del mecanismo *ad hoc* (similar al régimen actual de la SCIE, en el cual los tribunales de SCIE se constituyen para cada caso concreto una vez que ha surgido una controversia, por contraposición a un mecanismo permanente). Estas otras opciones de regulación podrían ser, entre otras, las siguientes: i) un método de selección y nombramiento en el que los miembros de los tribunales serían elegidos por un tercero que actuaría como autoridad nominadora, con poca o ninguna intervención de las partes litigantes¹⁵, y ii) la utilización de una lista preestablecida de árbitros¹⁶.

a) Autoridades nominadoras

21. En cuanto a la posible función de las autoridades nominadoras en la regulación del nombramiento por las partes, cabe señalar que las autoridades nominadoras ya intervienen en el proceso de nombramiento en el marco del régimen actual de la SCIE, la mayoría de las veces para nombrar al árbitro que preside el tribunal integrado por tres personas¹⁷. La cuestión que debe examinarse es si debería reforzarse la función conferida a las autoridades nominadoras (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 105)¹⁸. Cabe señalar de entrada que una reforma de esa índole requeriría la participación activa de las autoridades nominadoras y su consentimiento en aplicar dicha reforma. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las cuestiones que se plantean a continuación.

- Si se dejarían total o parcialmente la selección y el nombramiento en manos de la autoridad nominadora y en manos de qué persona de la autoridad nominadora

22. Existen varias formas en las que la autoridad nominadora podría seleccionar a los árbitros. Una posibilidad sería implantar un proceso de selección híbrido en el que cada una de las partes en una controversia entre un inversionista y un Estado seleccionaría y nombraría a un árbitro de su elección (a partir de una lista o no) y, posteriormente, la autoridad nominadora pertinente seleccionaría y nombraría a la persona que presidiría el tribunal arbitral (a partir de una lista o no). Otra posibilidad sería que todos los nombramientos (los dos coárbitros y la persona que ocuparía la presidencia del tribunal) se dejaran en manos de la autoridad nominadora.

23. Otra de las opciones pasaría por que la autoridad nominadora seleccionara y nombrara a los miembros de tribunales de SCIE, quizás en consulta con las partes litigantes, entendiendo que la decisión final competiría a la autoridad nominadora. Por ejemplo, la autoridad nominadora podría distribuir una lista de posibles coárbitros a cada una de las partes litigantes y, acto seguido, las partes podrían ordenar sus preferencias dentro de la lista. Posteriormente, se podría distribuir a las partes una

¹⁵ Véanse también las propuestas que figuran en las comunicaciones de los Gobiernos: A/CN.9/WG.III/WP.162, comunicación del Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.163, comunicación de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, comunicaciones del Gobierno de Costa Rica, y A/CN.9/WG.III/WP.174, comunicación del Gobierno de Turquía.

¹⁶ Véase, por ejemplo, el modelo de tratado bilateral de inversión de los Países Bajos, que exige dejar los nombramientos en manos de instituciones, no de las partes.

¹⁷ Véase también el documento de consulta de la OCDE sobre las autoridades nominadoras y la selección de árbitros en el ámbito de la SCIE, que puede consultarse en <http://www.oecd.org/investment/consultation-isd-appointing-authorities-arbitration.htm>.

¹⁸ En relación con esta cuestión, véase Jan Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", discurso inaugural como titular de la Cátedra Honoraria Michael R. Klein de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, 29 de abril de 2010, que puede consultarse en www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf.

segunda lista de personas que podrían presidir el tribunal y cada una de las partes podría clasificar sus preferencias dentro de esa lista¹⁹.

24. Una cuestión relacionada es si realizaría la selección y el nombramiento una persona (como el secretario general o el presidente de la institución o las instituciones en cuestión) o un comité especial de la autoridad nominadora encargada de realizar la selección y el nombramiento. Esta última opción exigiría determinar el modo de funcionamiento del comité, como su composición y proceso de selección (por ejemplo, mediante votación por mayoría cualificada) y el plazo para hacer esa determinación.

- Si la selección y el nombramiento por la autoridad nominadora se realizarían mediante una lista

25. Una cuestión que debería examinarse es si las autoridades nominadoras se valdrían de una lista. En tal caso, a la composición de la lista le serían aplicables las mismas consideraciones que se exponen más adelante (véanse los párrs. 32 a 43). Habría además otras consideraciones como las siguientes: i) si la autoridad nominadora tendría la obligación de hacer la selección a partir de la lista o si se podría utilizar únicamente a modo de orientación y ii) si sería necesario establecer diferentes reglas para la selección de los coárbitros y de la persona que ocuparía la presidencia del tribunal arbitral (por ejemplo, podría haber una regla según la cual sería facultativo que la autoridad nominadora se valiera de la lista para seleccionar a los coárbitros y, en cambio, sería obligatorio recurrir a la lista para seleccionar al presidente del tribunal arbitral).

- Si habría más de una institución ejerciendo de autoridad nominadora

26. Otra cuestión es si habría una o más instituciones ejerciendo de autoridad nominadora. Si hubiera más de una institución ejerciendo de autoridad nominadora, cabría considerar la conveniencia de elaborar una lista de autoridades nominadoras para tener en cuenta la diversidad geográfica y, en tal caso, decidir si se trataría de una lista cerrada o una lista abierta, así como el modo en que las partes litigantes designarían a la autoridad nominadora.

- El modo de asegurar la transparencia y la rendición de cuentas

27. Habría que profundizar en las medidas encaminadas a reforzar la transparencia y la disponibilidad de la información relativa a los procesos de selección y nombramiento por las autoridades nominadoras. Entre estas medidas quedaría comprendida la publicación de las reglas y los criterios aplicables (por ejemplo, información sobre la nacionalidad, el sexo, el grupo etario y el sistema jurídico) y el grado de participación de las partes en el proceso, así como los costos derivados del proceso. También se podría dar instrucciones a las autoridades nominadoras para que publicaran las listas de posibles árbitros en casos de SCIE que presentan a las partes como candidatos. Así se dejaría constancia de los esfuerzos llevados a cabo en favor de la inclusividad²⁰.

b) Listas preestablecidas

28. Se observó en el Grupo de Trabajo que las instituciones arbitrales que desempeñaban sus funciones en el ámbito de la SCIE ya gestionaban listas de árbitros y, por consiguiente, podían prestar asistencia en relación con la elaboración de listas y participar más activamente en asistir a las partes litigantes en la selección y el

¹⁹ En su comunicación (que puede consultarse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pca_mechanisms_for_selection_and_appointment.pdf), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) indicó que el Secretario General de la CPA suele valerse del sistema de lista de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (art. 8, párr. 2) y el Reglamento de la CPA (art. 8, párr. 2). También presentó mecanismos alternativos.

²⁰ Véase, por ejemplo, el proyecto Arbitrator Intelligence, cuyos informes contienen datos y comentarios sobre árbitros y arbitrajes internacionales. Con esta información y los análisis conexos se persigue que los usuarios puedan adoptar decisiones fundamentadas sobre la selección de los árbitros y la estrategia procesal (puede consultarse el sitio web <https://arbitratorintelligence.com>).

nombramiento de los miembros de los tribunales (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 112)²¹. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que, en la actualidad, esas listas son indicativas y que no hay obligación alguna de seleccionar a los miembros de tribunales de SCIE a partir de esas listas (con la excepción del CIADI, que debe atenerse a su lista para nombrar a) a los presidentes de los tribunales si las partes no se ponen de acuerdo y b) a los miembros de las comisiones de anulación de laudos). También cabe señalar que algunos tratados de inversión prevén listas de personas preseleccionadas de las cuales pueden seleccionarse los miembros de los correspondientes tribunales de SCIE. Sin embargo, estos tratados no suelen contener disposiciones detalladas sobre la selección de las personas de la lista²². Del análisis de las listas contempladas en los acuerdos de inversión se desprende que las partes litigantes no han circunscrito el nombramiento a las personas que figuran en las listas existentes, sino que por lo general se ha acudido a las listas con carácter supletorio²³.

29. Si se optara por confeccionar una lista como opción de reforma del sistema de selección y nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE, sería necesario tomar una decisión sobre las cuestiones que se exponen a continuación.

i) *Tipos de lista: lista múltiple o única*

30. Una opción de reforma consistiría en estudiar i) si debería confeccionarse una lista a partir de las listas existentes que reunieran los requisitos²⁴ y ii) si las listas existentes podrían usarse de distinta manera, con carácter facultativo u obligatorio, para invitar u obligar a las partes litigantes y a las autoridades nominadoras a seleccionar a los miembros de tribunales de SCIE a partir de ellas (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 106). Podría estudiarse si las listas de que disponen las diversas instituciones que administran casos de SCIE reunirían los criterios exigidos en vista de los objetivos de la reforma.

31. Otra posibilidad pasaría por confeccionar una nueva lista única de la que podrían servirse de manera obligatoria o facultativa las partes litigantes, la autoridad nominadora o un mecanismo permanente que se constituyera a través del proceso de reforma (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 106). Esta última opción, aunque se aleja del carácter *ad hoc* del régimen actual de la SCIE, permitiría la participación de las partes

²¹ Por ejemplo, el CIADI mantiene su Lista de Árbitros integrada por diez personas y la Lista de Designaciones de sus Estados miembros, para un mandato renovable de cinco años. Un Estado miembro puede designar un máximo de ocho personas que pueden no tener la nacionalidad del Estado que las nombra. La CPA mantiene una lista de personas denominadas Miembros de la Corte Permanente de Arbitraje, compuesta por las personas designadas por los Estados miembros de la CPA hasta un máximo de cuatro personas, que pueden no tener la nacionalidad del Estado que las nombra.

²² Véanse, por ejemplo, el Tratado entre México, los Estados Unidos y el Canadá (T-MEC) en el contexto interestatal (en el cual se pide la elaboración de una lista de hasta 30 individuos a más tardar en la fecha de entrada en vigor del tratado, que se ha de designar por consenso y que ha de permanecer vigente por un mínimo de tres años o hasta que las partes constituyan una nueva lista), y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) (según el cual las partes han de establecer una lista conformada al menos por 15 individuos, en vigor por un mínimo de tres años o hasta que las partes constituyan una nueva lista, que será utilizada para la selección de presidentes del grupo especial; cada parte puede nominar hasta dos individuos para la lista y podrá incluir hasta un nacional de cualquiera de las partes entre sus nominaciones; se designa a los individuos de la lista por consenso); véase también el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en el cual se confeccionaba “por consenso” una lista de árbitros de la cual la autoridad nominadora (el Secretario General del CIADI) nombraría al presidente del tribunal a falta de acuerdo entre las partes; la lista prevista en el capítulo 11 del TLCAN no ha llegado a constituirse nunca; en el sistema de la OMC, los grupos especiales de primera instancia se constituyen con carácter *ad hoc* y existe una lista indicativa de integrantes de los grupos especiales que está compuesta por personas propuestas por los Estados miembros de la OMC, pero no es necesario seleccionar a las personas de esa lista.

²³ “Selection and Appointment of International Adjudicators: Structural Options for ISDS Reform”, Andrea K. Bjorklund, Marc Bungenberg, Manjiao Chi y Catharine Titi.

²⁴ Además del CIADI y la CPA, son varias las instituciones que mantienen listas de árbitros, como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la London Court of International Arbitration, el Singapore International Arbitration Centre y el Beijing International Arbitration Centre.

litigantes en la selección y el nombramiento de los decisores (mecanismo semipermanente)²⁵.

ii) *Composición de la lista*

32. En el Grupo de Trabajo y en las comunicaciones se mencionaron varias posibilidades en cuanto a la composición de la lista. Se observó que no sería necesario que la lista fuera extensa, pero debería incluir los nombres de árbitros reputados, especializados en la SCIE, además de nuevos candidatos. En relación con esta cuestión, en un estudio se señala que, partiendo de las listas actuales confeccionadas por las instituciones arbitrales que llevan casos de SCIE, harían falta entre 150 y 200 personas para elaborar una lista única basada en el mantenimiento del sistema de nombramiento por las partes para la selección de los árbitros²⁶.

33. Si se tuviera que confeccionar una nueva lista, se podría hacer por nombramiento institucional, nombramiento por los Estados o una combinación de ambas opciones²⁷. Se propuso en el Grupo de Trabajo que, a fin de preservar el equilibrio del sistema actual, tanto los Estados como los inversionistas participaran en la elaboración de la lista; otros consideraron que solo los Estados debían participar en la elaboración de la lista (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 108). El proceso también podría prever la participación de otras partes interesadas. La exigencia del consenso para presentar candidatos a las listas podría resultar problemática ya que podría llevar a un punto muerto²⁸.

34. En relación con los criterios que habrían de utilizar quienes confeccionaran la lista única o las listas múltiples (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 107), cabría indicar que los posibles candidatos tendrían que poseer conocimientos especializados y experiencia pertinentes como se expone en los párrafos 7 a 15 *supra*. Podría estudiarse el modo en que se exigiría y se haría realidad el equilibrio geográfico y de género, en particular en el caso de las listas múltiples. Además, cabría considerar la conveniencia de tener en cuenta la nacionalidad y en qué medida debería tenerse en cuenta. Tomando como ejemplo las listas contempladas en los tratados de inversión, cabe señalar que algunas listas limitan los nombramientos de nacionales de los Estados partes o exigen que se nombre a personas que no tengan la nacionalidad de esos Estados²⁹.

iii) *Gestión de la lista*

35. La gestión de la lista conllevaría organizar la selección y el nombramiento de las personas que habrían de incluirse en la lista, así como tramitar la renovación del mandato de esas personas a fin de conferir flexibilidad y dar respuesta a la inquietud de falta de diversidad. (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 109). Se observó que las personas podrían figurar en la lista durante un tiempo limitado y que podría fijarse un plazo, transcurrido el cual las personas serían eliminadas de la lista (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 109). Las personas que figuraran en la lista podrían ser nombradas para un mandato de duración determinada, improrrogable o prorrogable una o dos veces. Los

²⁵ Los mecanismos *ad hoc* y los mecanismos permanentes también pueden coexistir en un mismo marco de solución de controversias (véase el informe complementario del CIDS, párr. 12). Por ejemplo, en la OMC, las controversias se dirimen en primer lugar ante grupos especiales *ad hoc* y, posteriormente, en el caso de que se interponga un recurso de apelación, ante el Órgano de Apelación permanente 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, 26 de marzo de 1991).

²⁶ “The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement”, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti.

²⁷ A título ilustrativo, en el CIADI, su Secretario General propone y selecciona a 10 personas para que integren su Lista de Árbitros (la lista contiene 5 mujeres y 5 hombres, que han ejercido de árbitro en un caso de SCIE); por su parte, los Estados contratantes en el Convenio del CIADI proponen un máximo de ocho personas para que integren una lista (no todos los Estados contratantes han hecho propuestas y no todos los Estados contratantes han propuesto al número máximo de personas).

²⁸ Véase la experiencia con el capítulo 11 del TLCAN.

²⁹ Véase “Selection and Appointment in International Adjudication: Insights from Political Science”, Olof Larsson, Theresa Squatrito, Øyvind Stiansen y Taylor St John.

nombramientos también se podrían escalonar a intervalos periódicos a fin de que se pudieran renovar las listas con la entrada de nuevas personas. Todos los procedimientos dependerían de la existencia de una lista única o de listas múltiples. Si hubiera listas múltiples, cada una de ellas podría tener sus propias reglas procedimentales.

36. En relación con la gestión de la lista, se sugirió que se incluyera un procedimiento para remover a los árbitros de ella (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 110). Por lo tanto, podría estudiarse qué mecanismos institucionales haría falta establecer para evaluar la conducta del decisor en cuestión.

iv) *Utilización de la lista en la selección y el nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE*

37. La selección de los miembros de tribunales de SCIE a partir de la lista podría ser facultativa u obligatoria. Si fuera facultativa, no sería tan importante que las personas de la lista tuvieran los conocimientos especializados y la experiencia pertinentes exigidos por las partes litigantes.

38. Como se pone de manifiesto más adelante, también se podría contemplar un método de selección híbrido, en el cual sería facultativo seleccionar y nombrar a los dos árbitros nombrados por las partes a partir de la lista (de modo que las partes podrían seleccionar a cualquier persona que desearan con independencia de que dicha persona estuviera incluida en la lista pertinente) y sería obligatorio seleccionar y nombrar a la persona que presidiría el tribunal a partir de la lista (de modo que esa persona debería ser seleccionada de la lista, tanto si el nombramiento competiera a las partes litigantes como a los coárbitros como a una autoridad nominadora).

v) *Aplicación*

39. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que la aplicación de las opciones de reforma quizás requiera la utilización de diferentes instrumentos. Por ejemplo, es posible que para crear una lista se debieran modificar los reglamentos de arbitraje, así como cooperar estrechamente con las instituciones que administran casos de SCIE en el caso de que participaran en la gestión de las listas.

c) **Posibles combinaciones**

40. Debería señalarse que la opción de crear una lista podría venir de la mano de los métodos actuales de selección y nombramiento de los miembros de tribunales de SCIE que se basan en el nombramiento por las partes o podría venir de la mano de distintos métodos que no se basan en el nombramiento por las partes (sino que se basan, por ejemplo, en el nombramiento por una autoridad nominadora) (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 103 y 104).

2. **Mecanismo permanente**

41. En la continuación de su 38º período de sesiones, el Grupo de Trabajo realizó un examen preliminar de la selección y el nombramiento de decisores en un órgano permanente (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 115 a 129)³⁰. Se contempla la opción de un órgano permanente a raíz de la observación de que hace falta rever el mecanismo de nombramiento por las partes en el sistema de SCIE y limitar la participación de las partes litigantes, dado que no es necesario que la autonomía de las partes sea un componente fundamental de la SCIE (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 104).

42. En un mecanismo permanente, las partes litigantes tendrían poca o ninguna influencia en la selección y el nombramiento de los decisores. Esta característica obedecería 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

³⁰ Véase también la propuesta que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, comunicación de la Unión Europea y sus Estados miembros.

arbitraje, en el que cada tribunal de SCIE se constituye especialmente para resolver una controversia determinada).

43. Esta opción de reforma sería comparable, por ejemplo, con los mecanismos de selección y nombramiento de algunos tribunales internacionales existentes, en los cuales los Estados, en calidad de partes litigantes, no tienen derecho a participar en la selección de las personas que integran el órgano permanente, aunque hayan participado en dicho proceso de selección por su condición de partes en el tratado³¹.

a) Composición de un órgano permanente

“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 preferirían, a este respecto, crear un órgano “de representación completa” o de “representación selectiva”³². 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 inferior al número de Estados partes en el estatuto del tribunal³³.

45. Estas opciones de diseño tienen consecuencias importantes en la capacidad que posee cada Estado de controlar el nombramiento de uno o más jueces y de influir así en la toma de decisiones del tribunal.

46. Cuando examinó esta cuestión, el Grupo de Trabajo indicó que podría resultar difícil lograr la representación completa, en particular dadas las consecuencias presupuestarias y la relación entre el número de decisores y el número de casos atendidos (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 115). Un órgano permanente con un elevado número de miembros podría resultar costoso y de difícil gestión. Se propuso a modo de alternativa tratar de lograr una amplia representación geográfica y una representación equilibrada en cuanto a sexos, niveles de desarrollo y sistemas jurídicos, así como que los estatutos permitieran variar el número de decisores con el tiempo, en razón del número creciente de Estados participantes.

47. Los tribunales de alcance mundial suelen ser tribunales de representación selectiva y a menudo exigen que no formen parte de ellos dos personas con la nacionalidad de un mismo Estado. En el sistema de las Naciones Unidas, con sus 193 Estados Miembros, la CIJ está integrada por 15 magistrados³⁴. De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), con sus 168 Estados partes,

³¹ Véanse, por ejemplo, el 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, y el CEDH, 4 de noviembre de 1950, en su versión modificada por los Protocolos Núms. 11 y 14, a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010, arts. 20 a 23; cabe tener en cuenta que en la 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 que conozca de una causa determinada: Estatuto de la CIJ, Artículos 26, párr. 2, y 31, párr. 2.

³² Véase el informe complementario del CIDS, 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.

³³ Entre los ejemplos de representación completa pueden encontrarse algunos tribunales regionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (art. 20 del CEDH); entre los ejemplos de representación selectiva pueden citarse el 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 Corte Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 1979, resolución de la Organización de los Estados Americanos núm. 448, art. 4.

³⁴ Véase la información sobre la actividad de la CIJ y las causas sometidas a ella en el sitio web <https://www.icj-cij.org/public/files/annual-reports/2017-2018-es.pdf>.

el TIDM está formado por 21 miembros³⁵. En la OMC, con sus 164 Estados miembros, el Órgano de Apelación se compone de siete miembros.

48. En general, es probable que un tribunal de representación selectiva haga que la toma de decisiones colectiva de los Estados adquiera mayor importancia en la etapa de elección. El diseño de algunos tribunales de representación selectiva permite a los Estados cuya nacionalidad no posea ninguno de los miembros del tribunal nombrar a un juez *ad hoc* cuando sean partes en un caso a fin de atender a las inquietudes de que el tribunal debería conocer los ordenamientos jurídicos de todas las partes litigantes³⁶. Puede recurrirse a la rotación entre los Estados miembros para que todos los Estados tengan la posibilidad de que se nombre a uno de sus nacionales³⁷.

49. Cabe señalar que probablemente el número de decisores de un órgano permanente tendría que basarse fundamentalmente en el número de casos que previsiblemente se someterían a él. En el caso de un mecanismo de dos instancias, puede presuponerse que la segunda instancia únicamente examinaría y resolvería un número limitado de casos. Por tanto, podría haber menos decisores en segunda instancia que en primera instancia.

50. Por último, el número de decisores integrantes de un órgano permanente podría variar con el tiempo debido al aumento del número de partes contratantes o de la carga de trabajo. Los tribunales y cortes internacionales existentes proporcionan ejemplos de esos posibles cambios³⁸. En concreto, en un órgano de representación completa, el número de decisores se modifica cada vez que se suma al mecanismo una nueva parte contratante. En un modelo de representación selectiva, en las cláusulas de revisión puede preverse un procedimiento para incrementar gradualmente el número de decisores³⁹.

51. Otra opción sería confeccionar una lista de miembros del tribunal de la que podría valerse el órgano permanente al seleccionar a las salas de tres integrantes para casos específicos. De esta forma se podría elaborar una lista mucho más amplia de la que se podría escoger a los miembros. Para seleccionar a los miembros de la lista se podrían aplicar los mismos criterios y procedimientos de nombramiento que en un tribunal permanente tradicional.

b) Presentación de candidatos

52. En el supuesto de que hubiera una fase de presentación de candidatos, anterior a la selección y el nombramiento, las opciones para presentar candidatos serían, entre otras, las siguientes (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 116): i) presentación de candidatos por los Estados participantes, ii) presentación de candidatos por una entidad independiente establecida en el seno del órgano permanente y iii) manifestación de interés de las propias personas.

³⁵ Para una media de 1,2 casos al año.

³⁶ Cuatro tribunales de representación completa cuentan con sistemas *ad hoc* para que pueda haber un nacional del Estado demandado conociendo de la controversia en cuestión: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte Centroamericana de Justicia, el Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes y el TEDH; puede verse un enfoque diferente en el Estatuto del TIDM, que prevé que cada parte pueda nombrar a un miembro de la sala *ad hoc* de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos y que el tercer árbitro sea convenido por ambas partes: “Los miembros de una sala *ad hoc* no podrán estar al servicio de ninguna de las partes en la controversia, ni ser nacionales de estas” (art. 36, párr. 3, del Estatuto del TIDM).

³⁷ Véase el Tribunal de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), en el cual las siete plazas de juez van rotando entre los 15 Estados de la CEDEAO.

³⁸ Véanse, 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, 19 de enero de 1981, art. III, párr. 1, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1 de julio de 2002, art. 36, párr. 2.

³⁹ Pueden encontrarse cláusulas de revisión de los tribunales internacionales, por ejemplo, en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Declaración sobre la Solución de las Reclamaciones, art. III, párr. 1; el Estatuto de Roma, art. 36, párr. 2; el CETA, art. 8.27, párr. 3, y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, art. 12, párr. 3.

c) Proceso de selección y nombramiento

53. Las opciones para el proceso de selección y nombramiento son, entre otras, las siguientes (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 118): i) cada Estado nombra directamente a los miembros del tribunal cuando este sea de representación completa; ii) los Estados miembros presentan candidaturas que posteriormente son sometidas a votación ante un órgano internacional, normalmente integrado por Estados o sus representantes⁴⁰, y iii) una comisión independiente nombra a los jueces. La tercera opción únicamente se utiliza en el caso de los nombramientos para la Corte de Justicia del Caribe, del mismo modo que rara vez se recurre a los nombramientos directos⁴¹. En la mayoría de los tribunales internacionales, los jueces son elegidos por un órgano intergubernamental que vota sobre la base de una lista de candidatos presentados.

i) *Una elección en la que intervengan los Estados participantes (mediante una votación o por consenso)*

54. Se prefiere que los miembros sean elegidos mediante una votación y no por consenso, a fin de evitar que se bloquee el proceso de selección. Cabe señalar que los Estados suelen tener la posibilidad de votar a favor de más de un candidato con el fin de garantizar cierto grado de equilibrio y diversidad. Las normas de la mayoría cualificada suelen garantizar que los jueces nombrados sean aceptables para la mayoría de los Estados.

ii) *Una selección por un comité, quizás bajo los auspicios de un órgano del sistema de las Naciones Unidas*

55. También se podría estudiar la opción de dejar la selección y el nombramiento en manos de un comité. Este podría confeccionar una lista de decisores, que podría ser refrendada posteriormente por los Estados.

56. Otra posibilidad consistiría en designar como órgano encargado de la selección y el nombramiento a un órgano formado por Estados. Existen varios tribunales en los que los jueces son seleccionados por las partes en el tratado o por un órgano colectivo de Estados, aun cuando intervengan así en el proceso más Estados de los que aceptan la competencia del tribunal⁴².

iii) *Un proceso de preselección en varias etapas*

57. En varios tribunales internacionales se han implantado comités de preselección y comités consultivos para los nombramientos (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 118).

58. Los comités de preselección evalúan a los candidatos a juez antes de su elección para comprobar que cumplen los requisitos y poseen suficientes conocimientos especializados y cualificaciones. Están integrados por expertos y su función consiste en descartar a los candidatos que no reúnen las cualificaciones necesarias. Aunque los Estados mantienen el control sobre los nombramientos, este elemento tiene como

⁴⁰ Los tipos de órganos internacionales más pertinentes son los órganos intergubernamentales (como la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional) o una asamblea parlamentaria internacional (como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en el caso del TEDH). Los magistrados de la CIJ son escogidos por mayoría tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁴¹ Por ejemplo, el nombramiento directo por los Estados de 4 de los 5 árbitros del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, así como en el caso del Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes.

⁴² Véanse, por ejemplo, la selección de jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos por los Estados miembros de la Unión Africana; la elección de los magistrados de la CIJ por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la selección de los miembros del TIDM por los Estados partes en la CNUDM, aun cuando no acepten en general el TIDM como foro para la solución de controversias.

objetivo que se nombren a los jueces más cualificados y más independientes. Los comités no tienen por función consultar a las entidades no estatales⁴³.

59. En cambio, los comités consultivos para los nombramientos son una vía para que las entidades no estatales puedan participar en el proceso de selección, si bien se reserva la decisión definitiva para los Gobiernos. La etapa de consultas podría contribuir a aumentar la transparencia del proceso de selección y a generar una mayor aceptación del mecanismo de solución de controversias, puesto que podrían participar en el proceso de selección determinados actores (por ejemplo, representantes de los inversionistas y otras partes relevantes, que tienen interés en la interpretación y aplicación de los tratados de inversión y en el resultado de la controversia, como las asociaciones profesionales que trabajan en el ámbito del derecho internacional y la sociedad civil (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 121))⁴⁴.

d) Procesos de nombramiento y selección diferenciados en primera y segunda instancia

60. Los métodos de selección y nombramiento de los decisores en la instancia de apelación podrían ser similares a los fijados para componer los tribunales que entienden en casos de SCIE en primera instancia o bien podrían establecerse diferentes requisitos y procedimientos para la selección y el nombramiento de los decisores en función de la instancia en que se dirimiera la controversia (A/CN.9/1004/Add.1, párrs. 122)⁴⁵. En relación con la selección de los miembros del órgano de apelación en particular, parece haber diversos enfoques posibles. Un enfoque consistiría en mantener una misma lista de candidatos a partir de la cual se podría nombrar a los decisores en primera instancia y en apelación. Otro enfoque pasaría por constituir un órgano de apelación permanente compuesto por un número fijo de miembros⁴⁶, a los cuales se podría exigir que reunieran determinadas cualificaciones específicas, como un elevado grado de experiencia en la solución de controversias.

61. Otra cuestión sería si convendría prever un sistema de decisores *ad hoc* similar al que rige en la CIJ a fin de garantizar que se comprendieran y tuvieran en cuenta debidamente los intereses locales, nacionales o regionales⁴⁷. Este sistema conllevaría, por ejemplo, que hubiera un decisor *ad hoc* de la nacionalidad del Estado y otro del inversionista, ya fuera como miembros del tribunal o de la configuración de decisores en sí o como miembros del órgano plenario de revisión del tribunal, con el fin de que, aunque no examinaran los hechos del caso ni dictaran la resolución, revisaran y garantizaran adecuadamente la corrección con arreglo al derecho internacional. También se podría proponer la participación de un magistrado de la CIJ en cada configuración de decisores para que se comprendiera claramente y se gestionara la vertiente de derecho internacional público del caso.

⁴³ Por ejemplo, en 2010 se constituyó un “comité del artículo 255” para evaluar a los candidatos propuestos para el TJUE. El comité se limita a formular recomendaciones y está formado por “siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo” (art. 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

⁴⁴ En la mayoría de los procesos de selección se ha partido de la premisa de que los Gobiernos representan la opinión de una amplia variedad de partes interesadas cuando toman decisiones en materia de nombramientos; vale la pena señalar que, aun cuando los actores no estatales no participan formalmente en el proceso de selección, pueden desempeñar una función oficiosa (como examinar a los candidatos propuestos para cerciorarse de que tienen la trayectoria y las cualificaciones deseables).

⁴⁵ “The Quadrilemma: Appointing Adjudicators in Future Investor-State Dispute Settlement”, Malcolm Langford, Daniel Behn y Mariachiara Malaguti (en este artículo se estudia la influencia del órgano de apelación en la selección y el nombramiento de los decisores).

⁴⁶ Por ejemplo, el Órgano de Apelación de la OMC y el CETA.

⁴⁷ Según el Artículo 31 del Estatuto de la CIJ, si entre los magistrados de la Corte no hay ninguno que tenga la nacionalidad de las partes en una causa, estas pueden designar a un magistrado para que conozca exclusivamente de esa causa.

e) Duración del mandato y renovación

62. En el Grupo de Trabajo se mencionaron varias opciones en cuanto a la duración del mandato y la renovación, entre ellas la posibilidad de establecer mandatos más prolongados improrrogables, lo que podría servir para que los miembros del órgano permanente no fueran sometidos a influencias indebidas. Se señaló que era necesario garantizar la seguridad financiera, así como la capacidad de atraer a candidatos de alto nivel y la acumulación de experiencia y conocimientos especializados en el tribunal (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 123).

63. Los tribunales internacionales han establecido mandatos de 4⁴⁸, 6⁴⁹ o 9⁵⁰ años. Un tribunal no fija la duración máxima del mandato⁵¹. Los nombramientos también podrían escalonarse a intervalos de tres años para que la entrada de jueces nuevos en el tribunal fuera gradual⁵².

64. El mandato podría renovarse o no. El nombramiento para un mandato único de duración determinada podría aumentar la independencia pero podría llegar a mermar la rendición de cuentas del sistema. La imposibilidad de volver a nombrar a los jueces supone perder una experiencia valiosa y continuidad en el liderazgo⁵³. Una manera de limitar el riesgo de que los mandatos improrrogables reduzcan la experiencia del tribunal y la lista de reserva de candidatos disponibles sería fijar unos mandatos relativamente largos y escalonados⁵⁴.

65. Los mandatos renovables son relativamente frecuentes en los tribunales internacionales⁵⁵. En algunos tribunales se han incluido limitaciones como la posibilidad de prorrogar el mandato una sola vez⁵⁶. Los mandatos renovables pueden aumentar la rendición de cuentas, puesto que los Estados pueden decidir si renuevan el mandato en función del desempeño de los jueces hasta el momento. Sin embargo, quizás se rinden cuentas a expensas de la independencia judicial, puesto que los jueces que desean ser nombrados nuevamente tienen incentivos para satisfacer a quienes controlan esa decisión. Estas inquietudes podrían estar particularmente fundadas en el caso de los tribunales que son transparentes en cuanto al sentido del voto de cada uno de los jueces, por ejemplo al permitir votos particulares discrepantes, por cuanto esa transparencia hace que los Estados miembros puedan vigilar mejor cómo se han pronunciado los jueces en los casos anteriores.

f) Procedimientos de remoción

66. En los estatutos de la mayoría de los tribunales internacionales se establecen como motivos de remoción la conducta indebida y la imposibilidad de desempeñar las funciones por causa de enfermedad. El proyecto de código de conducta contiene asimismo disposiciones sobre estas cuestiones.

67. En relación con las solicitudes y las decisiones de remoción, hay diferencias entre los sistemas: en algunos esa facultad se deja en manos de los jueces y en otros los

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y el Órgano de Apelación de la OMC.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, en el ámbito del arbitraje internacional, las listas del CIADI.

⁵⁰ Véanse la CIJ, el TEDH y el TIDM.

⁵¹ En la Corte de Justicia del Caribe se fija en 72 años la edad máxima de los jueces.

⁵² Cabe señalar que algunos tribunales también prevén limitaciones de edad (véase el informe complementario del CIDS, párr. 164).

⁵³ Se prevé explícitamente el mandato improrrogable de los miembros de los siguientes tribunales: el Tribunal de Justicia de África Oriental, el TEDH, el Tribunal Económico de la CEDEAO, la Corte Penal Internacional y el Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA.

⁵⁴ Por ejemplo, cuando en 2010 se eliminó la posibilidad de renovar el mandato de los jueces del TEDH se amplió al mismo tiempo su duración de 6 a 9 años.

⁵⁵ El mandato es renovable en la CIJ, el TIDM, el TPIY, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Órgano de Apelación de la OMC.

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Órgano de Apelación de la OMC.

Estados participan en el proceso de remoción o lo controlan. Lo más habitual es que los tribunales internacionales conserven la capacidad para remover a los jueces del cargo, para lo cual se exige una decisión unánime de los jueces restantes o una decisión adoptada por mayoría simple o cualificada⁵⁷. En algunos casos, los Estados tienen la capacidad de dejar sin efecto la decisión de los tribunales si así lo determinan de común acuerdo. En algunos tribunales internacionales, tanto los Estados como los tribunales participan en la decisión de remover a un juez. Normalmente, en esos casos el tribunal (o un tribunal constituido especialmente a tal fin) revisa la denuncia presentada contra un juez y formula una recomendación, que se somete a la decisión definitiva de un órgano intergubernamental⁵⁸.

g) Asignación de un caso a los miembros de un órgano permanente

68. En el Grupo de Trabajo se formularon algunas preguntas con respecto a los criterios que habrían de aplicarse para asignar los casos. Se sugirió que el método de asignación tuviera en cuenta las características concretas de cada caso, por ejemplo, si el caso tenía relación con un Estado en desarrollo y si era necesario que el tribunal examinara otros aspectos (por ejemplo, los aspectos ambientales y sociales o la promoción de las inversiones). Se mencionó la necesidad de que se asignara cada caso al miembro más indicado para ocuparse de él. Se mencionó la posibilidad de trabajar con peritos cuando el miembro al que se hubiera asignado el caso careciera de los conocimientos específicos necesarios para resolver algunas de las cuestiones planteadas (por ejemplo, el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios). Se preguntó cómo se lograría que el proceso de asignación garantizara la diversidad de los decisores (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 126).

69. En los distintos tribunales internacionales se adoptan modelos diferentes de asignación de casos⁵⁹. En cuanto a la selección de los jueces para que conocieran de casos concretos, la asignación podría ser al azar, podría dejarse en manos del secretario general de la institución que gestionara una lista de decisores o bien podría haber un único presidente a tiempo completo del órgano permanente encargado de asignar los casos concretos a los miembros (A/CN.9/1004/Add.1, párr. 125).

70. En una comunicación sobre esta opción de reforma se propone que la asignación de decisores a las distintas divisiones del mecanismo permanente sea aleatoria en cierta medida, a fin de que las partes litigantes no puedan saber de antemano quién se ocupará de su caso.

h) Otras cuestiones

71. La presente nota se centra en la selección y el nombramiento de los miembros de los tribunales que entienden en casos de SCIE y no trata todas las cuestiones procedimentales correspondientes a cada modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de las siguientes cuestiones que se mencionaron en la continuación de su 38º período de sesiones en relación con un órgano permanente: i) la ubicación, de haberla, del órgano permanente; ii) si el órgano permanente sería parte de una organización ya existente (quizás un órgano de las Naciones Unidas) o un órgano independiente, y iii) la necesidad de establecer un mecanismo para resolver cualquier problema que pudiera surgir una vez constituido el órgano.

⁵⁷ Por ejemplo, en el TEDH, cualquier juez puede solicitar la remoción de otro juez y la decisión sobre la remoción debe adoptarse por una mayoría de dos tercios de los jueces.

⁵⁸ Los tribunales para los cuales se prevé este procedimiento de remoción son el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica y Monetaria de África Central, el Tribunal Económico de la CEDEAO, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional. Algunos de los tribunales en los que los Estados controlan la remoción de jueces son el Tribunal de Justicia del Mercado Común para África Oriental y Meridional y el Tribunal de Justicia de África Oriental.

⁵⁹ Véase el informe complementario del CIDS, párrs. 183 a 198.

i) Aplicación

72. La creación de un mecanismo u órgano permanentes requeriría que se redactaran sus estatutos para determinar las modalidades de selección y nombramiento de sus miembros y de funcionamiento del tribunal. Sería necesario asimismo elaborar una convención de aceptación expresa del mecanismo para su aplicación a los tratados de inversión vigentes, como se propone en las comunicaciones reseñadas anteriormente.
