

# Reflexionando acerca de la independencia y la imparcialidad como cualidades de los jueces y árbitros internacionales

*Silvina S. González Napolitano\**

## **Resumen**

La independencia y la imparcialidad se encuentran indiscutiblemente entre las cualidades o requisitos para ser juez o árbitro internacional. Sin embargo, en la actualidad hay situaciones que generan debate en torno al cumplimiento de tales exigencias. Podemos mencionar la designación de jueces *ad hoc* y la actuación de los jueces nacionales de las partes en disputa en cortes internacionales, la participación de los árbitros en varios arbitrajes así como en actividades laborales y profesionales vinculadas a una de las partes. El objeto de este artículo es pasar revista de algunas de esas preocupaciones y reflexionar acerca de las contradicciones o paradojas que se observan con relación a la conformación de los tribunales internacionales.

Palabras clave: cortes y tribunales internacionales, juez, juez *ad hoc*, árbitro, independencia, imparcialidad, recusación, parcialidad, conflicto de interés.

\* Doctora en Derecho (Derecho Internacional), Profesora Titular regular de *Derecho Internacional Público*, Profesora Adjunta regular de *Derechos Humanos y Garantías* y Profesora de posgrado de la Facultad de Derecho (UBA); argentina; silvina.gonzaleznapolitano@derecho.uba.ar.

Los comentarios aquí efectuados son exclusivamente a título personal y no comprometen a institución alguna.

## **Reflecting on independence and impartiality as qualities of judges and international arbitrators**

### **Abstract**

Independence and impartiality are with no doubt among the qualities or requirements to become an international judge or arbitrator. Nevertheless, at present there are situations that generate debate on the compliance with such conditions. We can mention the designation of judges *ad hoc* and the involvement of national judges of parties to the dispute in international courts, the participation of arbitrators in several arbitrations as well as on laboral and professional activities linked to one of the parties. The purpose of this article is to review some of those concerns and reflect on the contradictions or paradoxes that we can observe in connection with the constitution of international tribunals.

Keywords: International courts and tribunals, judge, judge *ad hoc*, arbitrator, independence, impartiality, challenge, disqualification, partiality, bias, conflict of interest.

### **I. Introducción**

Desde la creación de los primeros tribunales internacionales se ha hablado –y se sigue hablando– de la independencia y la imparcialidad en tanto cualidades que deben gozar los jueces y árbitros internacionales.

En el marco de los tribunales judiciales –como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– se ha debatido acerca de la institución del juez *ad hoc*, así como de la existencia de jueces de la nacionalidad de los Estados litigantes y en qué medida ello afectaba la independencia e imparcialidad de tales magistrados.

En el arbitraje internacional, luego de discutirse cuáles eran los estándares aplicables para evaluar la independencia y la imparcialidad, en la actualidad se debate qué situaciones cumplen en la práctica con tales estándares.

En los últimos años, la República Argentina ha manifestado su preocupación por este tema en diversos contextos internacionales. Por ejemplo, ha solicitado una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos

Humanos para que opine si en los casos originados en una petición individual se puede designar un juez *ad hoc* o, en el supuesto de haber un juez de la nacionalidad del Estado demandado, si este debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso con el objetivo de garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia. Además, la Argentina ha planteado un buen número de recusaciones en los arbitrajes de inversión, sobre la base de la falta de independencia o de imparcialidad de miembros de tribunales arbitrales. Estos últimos planteos, salvo alguna excepción, no han prosperado, y los árbitros recusados continuaron juzgando los reclamos contra la Argentina y, más aún, varios de ellos fueron nuevamente designados en futuros arbitrajes contra este país.

En consecuencia, el objeto de este artículo es pasar revista de algunas preocupaciones por situaciones que pueden afectar la independencia y la imparcialidad de los jueces y árbitros internacionales y reflexionar acerca de las contradicciones o paradojas que se observan a la hora de poner todos los elementos en juego sobre la mesa.

Luego de revisar el concepto de independencia e imparcialidad y la referencia a ellos contenida en algunos instrumentos internacionales, analizaremos la cuestión de la nacionalidad de los jueces regulares de tribunales judiciales internacionales y en qué medida influye en la imparcialidad o independencia. Seguidamente, nos ocuparemos de dos cuestiones que también han puesto a prueba la independencia y la imparcialidad de los miembros de tribunales internacionales: por un lado, la largamente discutida institución de los jueces *ad hoc* en los tribunales judiciales y, por el otro, la actuación de los árbitros en múltiples arbitrajes y/o su participación en actividades laborales o profesionales vinculadas a una de las partes. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones.

## **II. Independencia e imparcialidad**

La independencia y la imparcialidad, con algunas variantes de redacción, se encuentran indiscutiblemente entre las cualidades o requisitos exigidos para ser juez o árbitro internacional.<sup>1</sup>

1. Park, W., "Arbitrator integrity: the transient and the permanent", *San Diego Law Review*, vol. 46, N. 3, 2009, pp. 635-638.

Por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) dispone que “[l]a Corte será un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad” (art. 2) y que “[a]ntes de asumir las obligaciones del cargo, cada miembro de la Corte declarará solemnemente, en sesión pública, que ejercerá sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia” (art. 20). El Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar establece que el Tribunal “se compondrá de 21 miembros independientes, elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad” (art. 2). La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que el cargo de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es incompatible con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad (art. 71). El Protocolo de Olivos estipula que los árbitros de los tribunales arbitrales *ad hoc* y los del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR “deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia” y “[s]erán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio” (art. 35.2). El Convenio de Washington de 1965 (Convenio CIADI), en su texto en español exige que las personas designadas para figurar en la lista de árbitros deberán “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio” (art. 14.1), mientras que los textos en inglés y en francés presentan algunas variantes,<sup>2</sup> refiriéndose a la independencia, en lugar de la imparcialidad. Respecto de esto último se ha sostenido que es probable que ello se deba a que en la época en que el Convenio fue redactado la independencia y la imparcialidad no eran vistas como dos conceptos disímiles.<sup>3</sup>

Ahora bien, en rigor, ¿en qué se distinguen la independencia y la imparcialidad?

De acuerdo con la Real Academia Española, *imparcialidad* es la “[f]alta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”, mientras que *independencia* es

2. En inglés: “persons [...] who may be relied upon to exercise independent judgment”; en francés: “offrir toute garantie d’indépendance dans l’exercice de leurs fonctions”.

3. Bottini, G., “Should Arbitrators Live On Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. XXXII, N. 2, 2009, p. 343.

la cualidad de la que goza la persona “[q]ue no tiene dependencia, que no depende de otro”, alguien “[q]ue sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”.<sup>4</sup> En esa línea, se ha afirmado que el concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro, y la imparcialidad, la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes.<sup>5</sup>

Los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 40/32 de 1985, si bien dirigidos a los tribunales internos de los Estados, contienen una buena descripción de lo que implica independencia e imparcialidad en el contexto de un tribunal jurisdiccional: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

La Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse a estas cuestiones en su Opinión Consultiva sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia.<sup>6</sup>

La carencia de tales cualidades constituye causal de recusación, solución que es frecuentemente utilizada en algunos contextos, mientras que en otros, como en el de los tribunales judiciales, no existe práctica.

4. *Diccionario de la Real Academia Española*, <http://www.rae.es> [consultado 25/03/2015].

5. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17) y *AWG Group Limited c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 22/10/2007, parágr. 29.

6. *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, CIJ, Opinión Consultiva, 21/06/1971, parágr. 29 (“the Court [...] an organ which, in that capacity, acts only on the basis of the law, independently of all outside influence or interventions whatsoever, in the exercise of the judicial function entrusted to it alone by the Charter and its Statute. A Court functioning as a court of law can act in no other way”).

Por ejemplo, el artículo 57 del Convenio CIADI establece que las partes podrán proponer la recusación de los miembros del Tribunal por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14(1) para ser árbitro.<sup>7</sup> Por su parte, el artículo 10(1) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL prevé: “Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

En virtud de esta última disposición, la República Argentina recusó a uno de los árbitros del asunto *National Grid*, por haber hecho un comentario durante la audiencia de fondo de ese caso, acerca de que ya se sabía que se había causado un daño importante al inversor. Según la Argentina, el árbitro se había mostrado completamente identificado con las alegaciones de la parte demandante, careciendo de imparcialidad y prejuzgando el resultado final del arbitraje, dado que la cuestión de si se había causado un daño importante al inversor era el eje de la disputa. La recusación fue decidida por una división de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA). Este órgano consideró que no había que ver la declaración hecha por el árbitro aisladamente sino considerarla en el contexto de la intervención completa durante la audiencia. Si bien lo dicho por el árbitro había sido “desafortunado” y pudo haber sido el resultado de una infelicidad lingüística, porque el español no era su lengua nativa, sin embargo, la respuesta dada por el árbitro con posterioridad a sus dichos –frente al cuestionamiento del representante de la Argentina– despejaba cualquier duda razonable de que estaba prejuzgando. En conclusión, la División de la LCIA desestimó el pedido de recusación de la República Argentina.<sup>8</sup>

Pero en el caso *Perenco c. Ecuador*, el Secretario General de la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo lugar a la recusación de uno de los árbitros debido a los comentarios que había efectuado sobre Ecuador en

7. Esta norma ha sido criticada por ser sumamente exigente. Al respecto, ver Fry, J. y Stampalija, J. I., “Forged independence and impartiality: conflicts of interest of international arbitrators in investment disputes”, *Arbitrator International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 30, N. 2, 2014, p. 208.

8. *National Grid PLC c. República Argentina* (caso CNUDMI), London Court of International Arbitration, Decisión sobre la recusación del Sr. Judd L. Kessler, 03/12/2007.

una entrevista publicada en agosto de 2009, por generar dudas justificables sobre la imparcialidad o independencia de dicho árbitro.<sup>9</sup>

El hecho de que el árbitro se haya expedido en contra del Estado en otro asunto similar no ha sido considerado como un prejuizamiento que afecte la imparcialidad del árbitro en las recusaciones planteadas por la Argentina, pero sí en algunos otros arbitrajes.

Así, podemos citar los casos *Suez y Anglian Water*, en los cuales el árbitro cuestionado había sido también árbitro en el caso *Vivendi*, que acababa de dictar un laudo en contra de la República Argentina. Este Estado sostuvo que el árbitro ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio. El pedido de recusación –decidido por los otros dos árbitros del caso– fue rechazado por ser extemporáneo y porque en él no se probó ningún hecho que indicara manifiesta carencia de independencia o de imparcialidad.<sup>10</sup>

Otra de las recusaciones que presentó la Argentina, en el caso *British Gas (BG)*, bajo el Reglamento de la CNUDMI, se debió a que uno de los árbitros se había expedido de una manera en un caso (*LG&E*), mientras que en otro caso en el que también participaba como árbitro (*Enron*) y que trataba idénticas cuestiones, tan solo unos meses después había votado por una decisión manifiestamente contradictoria a la antes adoptada. De acuerdo con la Argentina, este árbitro ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio en el tercer arbitraje en el que estaba (*BG*). El pedido fue rechazado por la Corte de la Cámara de Comercio Internacional.<sup>11</sup>

Sin embargo, en el caso *CC/Devas c. India*, la demandada recusó a la mayoría del tribunal (un árbitro y el árbitro presidente) por haber participado en dos arbitrajes previos *CMS* y *Sempre* –casualmente contra la

9. *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“Petroecuador”)* (caso CIADI N° ARB/08/6), CPA, Decisión sobre recusación del árbitro, 08/12/2009.

10. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17) y *AWG Group Limited c. República Argentina* (Caso CNUDMI), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 22/10/2007.

11. Cfr. *BG Group Plc. c. República Argentina* (caso CNUDMI), Laudo Final, 24/12/2007, parágrs. 8-11.

República Argentina— (uno de ellos además en un tercero: *Enron*) en los que ya se habían expedido acerca de una cláusula sobre intereses esenciales de seguridad similar a la contenida en el tratado objeto de este arbitraje. Esas circunstancias acarreaban dudas justificadas acerca de la imparcialidad del árbitro para poder decidir similares cuestiones en este caso. La autoridad designada, en una decisión salomónica, aceptó la recusación del árbitro que había participado en los tres arbitrajes, pero no la del árbitro presidente, por considerar que este miembro del tribunal se encontraba con la mente abierta para considerar nuevamente la cuestión de la cláusula sobre intereses esenciales en el presente arbitraje, ya que no había efectuado comentarios sobre el tema luego de la decisión sobre anulación adoptada en aquellos tres laudos, cosa que sí había hecho el otro árbitro.<sup>12</sup>

Asimismo, en el caso *Caratube c. Kazakhstan*, la mayoría del tribunal entendió que en virtud de la previa designación del árbitro cuestionado en otro caso similar contra el mismo Estado demandado (caso *Ruby Roz*) y debido a la relevancia de los hechos de aquel arbitraje para la determinación de cuestiones legales en este arbitraje, resultaba altamente probable que el árbitro prejuzgara cuestiones jurídicas respecto del actual arbitraje,<sup>13</sup> lo que afectaba a su independencia e imparcialidad, por lo que sostuvo la recusación interpuesta por la parte demandante.

Más adelante se hará referencia a otras recusaciones presentadas por la República Argentina en arbitrajes de inversión, vinculadas a la falta de independencia o imparcialidad por las relaciones de un árbitro con una de las partes o sus abogados.

Cabe destacar que, en algunos ámbitos, se ha discutido acerca de si debe demostrarse la falta de independencia o de imparcialidad para que la recusación o el apartamiento de un juez o árbitro prospere, o si es suficiente con demostrar una apariencia de falta de imparcialidad o independencia. Así, en el contexto del CIADI se ha afirmado que “esta protección no requiere

12. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, y Telcom Devas Mauritius Limited c. República de la India*, Caso CPA, N° 2013-09, Decisión sobre la recusación de la Demandada del Hon. Marc Lalonde como Árbitro Presidente y del Prof. Francisco Orrego Vicuña como co-árbitro, 30/09/2013, parágr. 66.

13. *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan* (caso CIADI N° ARB/13/13), Decisión sobre la propuesta de recusación del Sr. Bruno Boesch, 20/03/2014, parágr. 90.

que el prejuicio demuestre la falta de independencia o imparcialidad”, sino que “[l]a apariencia de tal prejuicio desde el punto de vista de un tercero razonable e informado es suficiente para justificar las dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro”.<sup>14</sup> De modo que, “la impugnación de la imparcialidad e independencia de un árbitro depende de la apariencia de parcialidad y no de la parcialidad real”.<sup>15</sup> Asimismo, en el caso *Blue Bank c. Venezuela*, el CIADI afirmó que los “artículos 57 y 14(1) del Convenio CIADI no exigen prueba de dependencia o parcialidad reales; más bien es suficiente establecer la apariencia de dependencia o parcialidad”.<sup>16</sup>

Este estándar de “apariciencia” de parcialidad también ha sido aplicado o reconocido por otros tribunales internacionales, en particular sobre derechos humanos.<sup>17</sup>

### **III. La nacionalidad de los jueces regulares de tribunales judiciales internacionales**

¿La nacionalidad influye en la independencia o la imparcialidad de los miembros regulares de tribunales judiciales internacionales?

La respuesta es compleja. Si bien la nacionalidad es un vínculo jurídico que une a una persona con un Estado, lo que implica de alguna manera una

14. *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/07/26), Decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor Campbell McLachlan, presentada por las demandantes, 12/08/2010, parágr. 43.

15. *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“Petroecuador”)* (caso CPA N° IR-2009/1), Decisión sobre recusación de un árbitro, 08/12/2009, parágr. 43.

16. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. Venezuela* (caso CIADI N° ARB/12/20), Decisión sobre las propuestas de las partes de recusación de la mayoría del tribunal, 12/11/2013, parágr. 59.

17. *Palamara Iribarne c. Chile*, Corte IDH, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, parágr. 147; *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, Corte IDH, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, parágr. 56; *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-20/09, 29/09/2009, parágr. 77; *Pullar c. Reino Unido*, TEDH, 10/06/1996, parágrs. 30 y 37.

“dependencia”, no obstante, algunos autores entienden que como los jueces son elegidos “de entre personas que gocen de alta consideración moral” (art. 2, ECIJ), puede asumirse que actuarán independientemente de cualquier influencia, incluso gubernamental.<sup>18</sup> De ahí que, en la mayoría de los tribunales judiciales, los jueces de nacionalidad de una de las partes en disputa no deben apartarse del caso por el solo hecho de la nacionalidad<sup>19</sup> (sí, obviamente, si existieran otros factores).

Por el contrario, juristas más escépticos afirman que no puede haber personas imparciales en disputas entre Estados, puesto que los hombres asumen actitudes y tendencias intelectuales, producto de los valores sociales de su entorno nacional y local.<sup>20</sup>

A fin de verificar el impacto de la nacionalidad en las sentencias, se han hecho observaciones acerca de cómo vota cada juez regular en los casos en los que actúan los Estados de los cuales son nacionales, en comparación con el voto del resto de los jueces que integran el tribunal. Varios estudios muestran un fuerte apoyo al Estado de su nacionalidad (aunque el porcentaje no es tan elevado como el de los jueces *ad hoc* que votan a favor del Estado que los propuso).<sup>21</sup> No obstante, existen ejemplos concretos de jueces de la nacionalidad de uno de los Estados parte en la controversia que al fallar votaron en contra de la posición del Estado, incluso cuando otros jueces votaban a favor.<sup>22</sup>

De modo que, por lo general –habiendo excepciones en los mecanismos de derechos humanos–, el juez de nacionalidad de una de las partes tiene derecho a entender en la controversia. Sin embargo, por una cuestión de equidad o igualdad, la otra parte litigante también tendrá el mismo derecho, y si el tribunal no cuenta con un magistrado de su nacionalidad, podrá proponer

18. Aznar-Gómez, M., “Article 2”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Zimmermann, A. y otros (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2ª edic., 2012, p. 238.

19. Por ejemplo, ver art. 31(1) del ECIJ.

20. Brown Weiss, E., “Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry”, en *The International Court of Justice at a Crossroads*, Damrosch, L. (ed.), Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1987, pp. 124-125 (citando un trabajo de T. Franck de 1967).

21. *Ibid.*, p. 125.

22. *Ibid.*

un juez *ad hoc*. La paradoja es que este último no necesariamente tendrá que tener la nacionalidad del litigante que lo propone, como veremos más adelante. Asimismo, también por razones de equidad, el juez de nacionalidad de una de las partes no podrá actuar como presidente del tribunal.<sup>23</sup> Con acierto se ha dicho que el equilibrio es imposible en el rol de presidente.<sup>24</sup>

Además, por una cuestión de balance entre las distintas nacionalidades, no debe haber dos personas de la misma nacionalidad integrando simultáneamente el tribunal en su composición regular –por lo menos en lo que hace a la nacionalidad efectiva–, a menos que una de ellas tenga el carácter de juez *ad hoc* elegido por un Estado de distinta nacionalidad.<sup>25</sup>

Como mencionamos, en algunos tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana, se considera pertinente que el juez de nacionalidad del Estado demandado cuando actúa en el marco de un procedimiento que se originó en una petición individual, se abstenga de actuar en dicho caso. En efecto, al tratarse la Opinión consultiva 20 ante la Corte Interamericana, la República Argentina enfatizó que “la independencia e imparcialidad de los jueces resultan pilares fundamentales que sostienen la esencia misma de un estado de derecho. [...] Desde tal perspectiva, el Estado argentino entiende que sería saludable para el sistema que aquel magistrado nacional de un Estado que fuera parte en una demanda ante la [...] Corte Interamericana de Derechos Humanos se inhibiera de participar en las deliberaciones y en la decisión que esta adopte en relación al caso, tal como se ha venido registrando en la más reciente práctica”.<sup>26</sup>

Esto es otra paradoja, ya que si el juez es una persona de altos valores morales, independiente e imparcial, ¿por qué no habría de confiarse en su independencia e imparcialidad de juicio al fallar en dicho caso, sobre todo

23. Artículo 32(1), RCIJ. Recordemos que, en caso de empate, el voto del Presidente suele ser ponderado (por ejemplo, ver artículo 55.2, ECIJ).

24. Santulli, C., *Droit du contentieux international*, Montchrestien, París, 2005, p. 451.

25. Este último supuesto se presentó en varias oportunidades ante la CIJ. Por ejemplo, en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos), Nicaragua eligió como juez *ad hoc* al Sr. C.-A. Colliard (Francia), mientras que como juez regular de la CIJ se encontraba el Sr. G. Ladreit de Lacharrière, también francés.

26. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-20, Corte IDH, 29/09/2009, parágr. 11.

teniendo en cuenta que en tales procedimientos con frecuencia el peticionario tiene la nacionalidad del Estado demandado?

En tal sentido, hubo Estados –como Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala y México– que se pronunciaron a favor de mantener la participación del juez nacional en los procedimientos originados en una petición individual. Barbados planteó la necesidad de que la composición de la Corte fuera representativa de los distintos sistemas jurídicos existentes en América, motivo por el cual, salvo cuando existiera un conflicto de intereses, el juez nacional debería seguir participando, “precisamente para compensar por la falta de conocimiento de los otros jueces en cuanto al derecho del país que es parte en el litigio”.<sup>27</sup> Según Guatemala, un juez nacional “no pierde su imparcialidad e independencia de sus apreciaciones por el hecho de ser nacional de un Estado parte en un litigio”, por el contrario, “el análisis del caso será más objetivo por estar apegado al contexto real existente de su país, coadyuvando al mismo tiempo, a promover cambios legislativos, administrativos y judiciales en el país que lo ha nombrado, en beneficio de todos los actores del sistema interamericano de derechos humanos”.<sup>28</sup>

La Corte Interamericana interpretó el artículo 55(1) de la Convención Americana a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) y llegó a la conclusión de que solo se aplicaba en casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales,<sup>29</sup> motivo por el cual el juez nacional del Estado demandado no debía participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales. Asimismo, agregó que no encontraba persuasivo el argumento en cuanto a que el juez nacional tenía el propósito de garantizar un mejor conocimiento del sistema jurídico del Estado demandado, y que, de permitirse su actuación, se generaría una situación de desigualdad, por cuanto en el proceso originado en una petición individual el Estado no es el único actor.<sup>30</sup>

La Corte reconoció que “la sola nacionalidad del juez que deba conocer en un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y a

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, parágrs. 74-75.

30. *Ibid.*, parágrs. 76 y 85.

*priori*, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia”,<sup>31</sup> no obstante también sostuvo que “el tema de la nacionalidad de los jueces está vinculado a la apreciación de la justicia que imparte la Corte en el marco de controversias que no corresponden más al derecho internacional clásico y en las cuales el ser humano es el destinatario de la protección ofrecida por el sistema”.<sup>32</sup> Por lo tanto, se expidió teniendo presente el carácter especial de los tratados de derechos humanos, así como la tendencia creciente en los últimos años de la abstención de los jueces nacionales de participar en el conocimiento de tales casos.<sup>33</sup>

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos garantiza la presencia de jueces de la nacionalidad del Estado demandado en la Sala y Gran Sala. Incluso si ese juez no puede actuar, el Estado puede nombrar –en su reemplazo– un juez *ad hoc*.<sup>34</sup>

A diferencia de los tribunales judiciales, la cuestión de la nacionalidad tiene un tratamiento distinto en el arbitraje internacional que, por su propia naturaleza, implica la constitución *ad hoc* de un tribunal. No obstante, en los reglamentos de algunas instituciones de arbitraje existen ciertas restricciones en materia de nacionalidad para la composición de los tribunales arbitrales internacionales.<sup>35</sup>

#### IV. Los jueces *ad hoc*

En cuanto a los jueces *ad hoc*, se trata de una institución cuyo origen se remonta a la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), primer tribunal judicial internacional. En esa época dominaba la

31. *Ibid.*, párr. 81.

32. *Ibid.*, párr. 85.

33. *Ibid.*, párr. 82.

34. Artículo 27(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos y artículo 29 del Reglamento del Tribunal.

35. El artículo 39 del Convenio CIADI establece que la mayoría de los árbitros no podrá ser de la nacionalidad del Estado litigante o del Estado al que pertenezca la otra parte litigante (salvo acuerdo de partes). El artículo 38 dispone que los árbitros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI tampoco podrán ser nacionales de tales Estados.

preocupación por mantener la igualdad de los Estados, no sólo respecto de las normas sustanciales sino también en los aspectos procedimentales; por ello cuando se elaboró el Estatuto de la CPJI un grupo de juristas propuso que el juez nacional que integraba la Corte se abstuviera de votar cuando decidiera un caso que tuviera como parte al Estado de su nacionalidad, propuesta que no fue aceptada por las grandes potencias.<sup>36</sup> La solución que se encontró para este problema fue –en lugar de excluir al juez de nacionalidad de un Estado litigante– permitir que el otro Estado litigante nombrara un juez *ad hoc*.<sup>37</sup>

Pero entonces, ¿qué sentido tiene que se permita que el Estado nombre un juez *ad hoc* de distinta nacionalidad? Además, ¿por qué se autoriza a que las dos partes litigantes nombren jueces *ad hoc*, cuando el tribunal no está integrado por ningún juez de la nacionalidad de esos Estados, si en ese supuesto no habría problemas de desigualdad? La otra razón esgrimida para justificar esta figura es que el juez *ad hoc* contribuye a velar por que la Corte tome en consideración y entienda los argumentos, tanto de hecho como de derecho, de la parte que lo designa, aunque él mismo no los comparta –sin que ello signifique que tenga que defenderlos–;<sup>38</sup> para que se comprendan ciertas cuestiones que requieran conocimiento específico ya que conciernen a las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos.<sup>39</sup> Esta justificación vendría a dar respuesta a aquellas dos preguntas.

De cualquier forma, la independencia y la imparcialidad de la que deben gozar los jueces *ad hoc*, al igual que un miembro regular del tribunal, impide que un juez *ad hoc* se comporte como un representante o abogado de la parte que lo nombró, o que siga sus instrucciones.<sup>40</sup>

36. Von Bahten, G., “The role of judges *ad hoc* on international permanent courts: a critical analysis”, *Ars Boni et Aequi*, año 8, N. 2, 2012, p. 29.

37. *Ibid.*, p. 30.

38. Thierry, H., “A sujet du juge *ad hoc*”, en *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Armas Barea, C. y otros (eds.), Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 286.

39. Kooijmans, P., “Article 31”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, *op. cit.*, p. 532.

40. Thierry, H., *op. cit.*, p. 287.

En esta línea, el juez *ad hoc* Lauterpacht, sostuvo en el caso concerniente a la Convención de Genocidio, lo siguiente:

“Al mismo tiempo, no puede olvidarse que la institución del juez *ad hoc* fue creada con el propósito de dar a una parte, que de otro modo no tiene un juez de su nacionalidad en la Corte, una oportunidad para unirse al trabajo del tribunal. La evidencia al respecto de la actitud de quienes participaron en la redacción del Estatuto original de la Corte Permanente de Justicia Internacional difícilmente pueda ser rebatida. Esto ha llevado a muchos a asumir que un juez *ad hoc* debe ser considerado como un representante del Estado que lo nombra y, en consecuencia, como necesariamente pre-comprometido con la posición que el Estado pueda adoptar.

Esta presunción es, en mi opinión, contraria al principio y no puede ser aceptada. Sin embargo, consistente con el deber de imparcialidad al cual el juez *ad hoc* está obligado, hay algo específico que distinguió su rol. Según creo, tenía la obligación especial de comprometerse a asegurar, tan lejos como fuera razonable, que cada argumento relevante a favor de la parte que lo nombró haya sido apreciado plenamente en el curso del debate colegiado y, finalmente, se haya reflejado –aunque no fuera aceptado– en cualquier opinión separada o disidente que [el juez *ad hoc*] pudiera escribir [...].”<sup>41</sup>

Algunos juristas consideran que la institución del juez *ad hoc* es arcaica, y que debe prescindirse de ella en el futuro, porque afecta la imparcialidad. Por el contrario, a favor se menciona que la institución enriquece a los juristas que tienen la oportunidad de ser nombrados y también puede representar un aporte para los miembros regulares del tribunal.<sup>42</sup> Además, que la presencia de un juez *ad hoc* puede resultar hasta necesaria

41. *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia –Serbia y Montenegro–), CIJ, Providencia, 13/09/1993, Opinión separada del Juez Lauterpacht, *ICJ Reports 1993*, p. 409, parágrs. 5 y 6 (traducción libre).

42. Thierry, H., *op. cit.*, p. 289.

para que algunos Estados que ven a la corte como una institución lejana y desconocida sientan más confianza en ella y decidan someter un caso ante dicho mecanismo,<sup>43</sup> argumento este que se esbozó cuando se instituyó por primera vez la figura del juez *ad hoc*.

También se ha afirmado, en el contexto de la CIJ, que “[n]inguno de los efectos negativos alegados ha afectado la credibilidad de la Corte y la independencia” y que esta institución la hace más transparente al adoptar formalmente decisiones razonadas, que tengan en cuenta plenamente los argumentos de la parte en cuestión.<sup>44</sup>

En cuanto al árbitro de parte, también se ha afirmado que de él “se espera la misma imparcialidad, independencia y neutralidad”, si bien se permite que “se asegure de que las afirmaciones de la parte que lo ha designado se ventilen de forma adecuada a lo largo del procedimiento arbitral y que ellas reciban la consideración debida y no sean pasadas por alto”.<sup>45</sup> Ello no autoriza los contactos inapropiados con los abogados de la parte que lo designa.<sup>46</sup>

De cualquier manera, cabe resaltar que la imparcialidad no excluye la convicción.<sup>47</sup> Esto resulta aplicable tanto a los jueces *ad hoc* como a los árbitros de parte o jueces de nacionalidad de uno de los litigantes.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la República Argentina expresó que la noción misma de juez *ad hoc*, tradicionalmente aceptada en el contexto de los tribunales internacionales clásicos, llamados a decidir controversias entre Estados, debía ser reexaminada y eventualmente descartada en los casos ante la Corte originados en una

43. Thierry, H., *op. cit.*, p. 289.

44. Kooijmans, P., *op. cit.*, p. 542.

45. Draetta, U., *La otra cara del arbitraje*, traducción de María Cecilia Brusa, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 59.

46. Draetta sostiene que resulta criticable cuando los co-árbitros mantienen contactos inapropiados con una de las partes o expresan sus opiniones (coincidentes con las de esa parte) acerca de las cuestiones de fondo de la controversia ante el presidente mientras el procedimiento se encuentra en curso. También cuando revela completamente su postura al comienzo del procedimiento, corriendo el riesgo de dejar de ser considerado imparcial. Draetta, U., *op. cit.*, p. 60.

47. Thierry, H., *op. cit.*, p. 288.

petición individual, ya que generaría “una palmaria afectación del derecho a la igualdad de armas en el proceso, entre la presunta víctima –demandante material ante el tribunal–, la propia Comisión Interamericana, demandante formal o procesal ante la Corte, y el Estado demandado”.<sup>48</sup> Ello por cuanto el juez *ad hoc* resulta elegido por un Estado en un caso concreto y ni la presunta víctima ni la Comisión tienen derecho a hacerlo, siendo que tanto la presunta víctima como sus familiares tienen derecho a que la controversia sea resuelta por magistrados independientes e imparciales.<sup>49</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también se expidió a favor de la aplicación restrictiva de la institución del juez *ad hoc*.<sup>50</sup>

Otros Estados, en cambio, sostuvieron otra posición, tales como Barbados, Bolivia, Brasil, El Salvador, Guatemala, México y Venezuela. De acuerdo con Barbados, “[l]a figura del juez *ad hoc* aporta una garantía fundamental en cuanto a que la composición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluya, como mínimo un juez que comprenda las complejidades y los valores del sistema jurídico nacional de que se trate”.<sup>51</sup> Brasil agrega que esta práctica ha contribuido al esclarecimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales y a aclarar cuestiones de compleja comprensión, a la vez que advierte que el análisis empírico acerca de la actuación de los jueces *ad hoc* permite inferir que sus votos en gran mayoría han sido favorables a los argumentos presentados por la Comisión Interamericana y por los representantes de las víctimas, lo que demuestra “la independencia e imparcialidad que guía la actuación de los jueces *ad hoc*, así como la buena fe de los Estados que orienta su designación”.<sup>52</sup> Asimismo, según El Salvador, la posibilidad de nombrar un juez *ad hoc* “coadyuva a que exista mayor participación de los Estados miembros de la OEA en la Corte Interamericana [...] haciendo más transparente el Sistema y fortaleciéndolo”.<sup>53</sup> Para Guatemala,

48. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-20, Corte IDH, 29/09/2009, parágr. 11.

49. *Ibíd.*

50. *Ibíd.*

51. *Ibíd.*

52. *Ibíd.*

53. *Ibíd.*

al igual que México, se trata de “una norma de derecho consuetudinario que debe reconocerse como tal, y seguir recurriendo a ella”.<sup>54</sup>

La paradoja de esto es, como ya adelantamos, si resulta importante para la comprensión del sistema jurídico nacional, ¿por qué en algunos mecanismos judiciales el juez *ad hoc* puede tener una nacionalidad distinta de la del Estado que lo designa?

Sin perjuicio de que la Corte Interamericana, al decidir la opinión consultiva, interpretó que conforme al sentido corriente de los términos del artículo 55, consecuente con el objeto y fin de la Convención Americana, la figura del juez *ad hoc* es aplicable solamente a casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales,<sup>55</sup> no obstante se refirió al resto de los argumentos esbozados por Estados y otros sujetos y entidades en carácter de *amicus curie*. En cuanto al argumento de la existencia de una norma consuetudinaria –debido a la práctica previa de los Estados de nombrar jueces *ad hoc*, y la invitación de la propia Corte a hacerlo, en casos originados en peticiones individuales–, la Corte arguyó que “ninguna interpretación de la Convención realizada por la Corte, inclusive de manera reiterada, puede entenderse como una práctica de los Estados en el sentido del artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que impida al Tribunal modificar sus criterios”.<sup>56</sup> En cuanto a la función orientadora de los jueces *ad hoc*, la Corte no lo consideró un justificativo suficiente y se refirió a su propia capacidad para recibir la prueba y presentaciones de *amicus curiae* y “analizar los hechos a la luz de las disposiciones aplicables, propiciando resoluciones que demuestren comprensión de los sistemas jurídicos nacionales y ordenamientos legales, así como de los conceptos, instituciones y prácticas involucradas en el caso a fin de favorecer su análisis, y la aplicación de la Convención Americana”.<sup>57</sup> Por último, la Corte también descartó el argumento vinculado a la representatividad del juez *ad hoc* de los diferentes sistemas jurídicos de la región, esgrimiendo que la representatividad está suficientemente garantizada a través de las disposiciones de la Convención Americana y su Estatuto.<sup>58</sup>

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*, párrafs. 33 y 34.

56. *Ibid.*, párraf. 53.

57. *Ibid.*, párraf. 59.

58. *Ibid.*, párrafs. 63-65.

## V. Los árbitros y sus relaciones laborales o profesionales

La participación de un árbitro en múltiples arbitrajes, la actuación de una misma persona como árbitro en un caso y como abogado o asesor en otros, así como las relaciones laborales o profesionales que algunos árbitros mantuvieron –o incluso mantienen– con una de las partes son temas recurrentes en la actualidad, que plantean numerosas complicaciones y ponen sobre el tapete el cumplimiento de las cualidades de independencia e imparcialidad.<sup>59</sup>

Es común –y en cierta medida lógico– que los árbitros que se dedican exclusivamente a esta tarea acepten ser nombrados en varios arbitrajes a la vez o con carácter sucesivo. No existe norma alguna que limite la cantidad de arbitrajes que deba aceptar un árbitro simultáneamente, lo que queda librado a la decisión de cada uno en función de su capacidad de trabajo y disponibilidad de tiempo. Sin embargo, como veremos más adelante, en el arbitraje de inversión no han faltado cuestionamientos debido al número de arbitrajes en los que participa o ha participado algún árbitro, en especial si ha sido nombrado por el estudio jurídico de una de las partes litigantes en una controversia. ¿Es posible que esta situación afecte la independencia o la imparcialidad del árbitro?

En cuanto a la actuación paralela como juez y abogado, por lo general, esto directamente no está permitido en el ámbito de algunos tribunales judiciales internacionales.<sup>60</sup> Pero en el arbitraje ocurre con frecuencia, sobre todo en el arbitraje de inversión y el arbitraje comercial internacional. Ello puede generar relaciones cruzadas, es decir, una persona es árbitro en un caso (A), mientras que uno de los abogados del estudio que patrocina a una de las partes en ese caso es, a su vez, árbitro en otro caso (B) en el que el primer

59. Ver Bernasconi-Osterwalder, N., Johnson, L. y Marshall, F., “Arbitrator independence and impartiality: examining the dual role of arbitrator and counsel”, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers, Nueva Delhi, 27-29 de octubre de 2010; Daele, K., *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012.

60. Por ejemplo, el artículo 16(1) del ECIJ dispone: “Ningún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional”. El artículo 17(1) establece: “Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto”.

árbitro es abogado o socio del estudio que lleva dicho caso. Esta situación, ¿puede condicionar a alguno de los árbitros en fallar de determinado modo para favorecer al abogado que es árbitro de un caso de su estudio, afectando así la imparcialidad?

Otro motivo de preocupación han sido las actividades académicas o profesionales que los árbitros comparten –o han compartido– con una de las partes de un caso que dirimen. ¿Cuál es el límite para estas actividades y el grado de relación que puede unir a las personas involucradas, de modo que no se conculque la independencia o la imparcialidad del árbitro?

Debido a la ausencia de normas claras y la no aplicación uniforme de las existentes respecto a qué hechos y relaciones son las que el árbitro –o candidato propuesto– debe revelar a las partes litigantes, y qué situaciones son las que representan un conflicto de interés y no deben permitirse, existe abundante práctica en materia de recusaciones, aunque con resultados disímiles.

Es por ello que la *International Bar Association* (IBA) elaboró unas directrices que pueden servir de guía para prevenir posibles conflictos o brindar una respuesta uniforme al decidir una recusación.<sup>61</sup> Incluso pueden convertirse en reglas vinculantes si las partes en un asunto así lo estipulan previamente.

Estas directrices contienen una serie de normas generales y tres listados que conciernen a la aplicación práctica de tales reglas. Uno de los principios generales es que “[c]ada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios” (norma general 1). Asimismo, “[e]l árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro” (norma general 2). En la misma regla se aclara que las dudas justificadas existen “si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica

61. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la *International Bar Association* el 22 de mayo de 2004. El párrafo 6 de la introducción aclara: “Estas directrices no son normas jurídicas”.

parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio”. Otra de las directrices establece que el árbitro deberá revelar los hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia (antes de aceptar su designación o después, al momento en que sobrevengan tales situaciones) (norma general 3). Además, “[l]a omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses” (norma general 7). En el propio instrumento se aclara: que se revelen ciertos hechos no equivale a admitir que existe un conflicto de intereses.

Si bien se establece como pauta que “[p]ara determinar qué hechos o circunstancias habrá de revelar, el árbitro deberá tener en cuenta todos los factores que sean de su conocimiento, incluyendo, hasta donde le sea posible, la cultura y costumbres del país del cual provengan o estén domiciliadas las partes” (nota explicativa de la norma general 3), en la práctica esto no parece ser suficiente y, muchas veces, para ciertos juristas determinada circunstancia no califica como conflicto de interés ni genera dudas, por lo que no siente la necesidad de tener que revelarlo, mientras que para una de las partes en litigio –probablemente por el sistema jurídico del que proviene– ello será causal de conflicto, que pone en vilo la independencia o imparcialidad del árbitro. Por ejemplo, en las directrices se estipula que “para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelarse en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo”. Esto para ciertas culturas es inadmisibles. Asimismo, “si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por sí solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente” (norma general 6).

En cuanto a los listados antes mencionados, estos cubren muchas de las situaciones que se pueden presentar; sin embargo, al no ser exhaustivos,

en la práctica se suelen presentar circunstancias no contempladas que generen dudas razonables respecto de la independencia o imparcialidad de un árbitro.

El listado rojo consta de dos partes: el listado rojo irrenunciable y el renunciabile, que “contienen una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Es decir, que si se presentan tales hechos o circunstancias, una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses”. Las situaciones contenidas en el listado renunciabile permiten que las partes, habiendo tomado conocimiento de los hechos, manifiesten que de todas formas desean que cumpla funciones como árbitro. Por ejemplo, en el pasado el árbitro intervino en ese asunto (directriz 2.1.2.). El listado irrenunciable, por el contrario, incluye situaciones que representan un conflicto grave de interés (como consecuencia de que nadie puede ser juez y parte a la vez) y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de renuncia. Por ejemplo, “[e]l árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro” (directriz 1.3).

El listado naranja, que tampoco es exhaustivo, refleja situaciones que “(dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro”, situaciones que, en consecuencia, el árbitro debe dar a conocer. Por ejemplo, “[d]entro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje” (directriz 3.3.3).

El listado verde recoge de manera no exhaustiva “situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses”, motivo por el cual el árbitro no tiene el deber de revelarlas. Por ejemplo, “[a]nteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión)” (directriz 4.1.1).

Estos listados, si bien pueden servir de guía en algunos casos, presentan algunas relaciones como permisivas que podrían no ser aceptables en todas las culturas. Así también, algunas de las reglas siguen dejando un amplio margen de apreciación a quien las aplica o son extremadamente ambiguas.

A título de ejemplo, en algunos de los enunciados se utilizan expresiones muy ambiguas, tales como que “el árbitro tenga un interés económico significativo”. Pero, ¿qué es significativo? ¿Qué porcentaje de los ingresos del árbitro provenientes del asesoramiento a una de las empresas en litigio por parte del Estudio jurídico del cual es socio debe considerarse significativo como para generar un conflicto de interés?

En el marco de los arbitrajes de inversión, la República Argentina ha cuestionado el nombramiento de algunos árbitros por considerar que tenían relaciones vinculadas a la contraparte en el litigio, que representaban un conflicto de interés e implicaban que no se podía confiar en su independencia o imparcialidad de juicio.

Así, en los casos *Siemens* y *Azurix*, bajo las reglas del CIADI, la República Argentina recusó al presidente de ambos tribunales por ser socio de un estudio jurídico que había nombrado a uno de los abogados de la parte demandante como árbitro en otro arbitraje (*Duke c. Perú*) que llevaba dicho estudio. Aquí se presentaba una situación de roles cruzados que no podía ser aceptada por la demandada. No obstante, ninguna de las recusaciones prosperó.<sup>62</sup>

En los casos *Suez*, *Anglian Water* y *EDF*, la República Argentina recusó a uno de los árbitros por considerar que ya no inspiraba plena confianza en su imparcialidad de juicio al enterarse de que había sido nombrada como directora ejecutiva del grupo UBS (Unión de Bancos Suizos) –hecho que no había puesto en conocimiento ni de las partes ni de los demás árbitros de tales arbitrajes–, siendo que UBS era accionista de Suez y Vivendi, que eran demandantes en aquellos casos. El árbitro sostuvo que no tenía conocimiento de las relaciones de negocios entre las demandantes y UBS y que, en la fecha de su designación como directora ejecutiva, había presentado a UBS una lista de todos los arbitrajes en que participaba y, ulteriormente, UBS le había informado que no afectaban su imparcialidad e independencia como árbitro.

En los casos *Suez* y *Anglian Water* (el primero CIADI y el segundo bajo el Reglamento de la CNUDMI) la propuesta de recusación fue rechazada por

62. *Siemens A.G. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/02/8), Laudo, 06/02/2007, parágr. 38; *Azurix Corp. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/01/12), Laudo, 14/07/2006, parágr. 33.

los otros árbitros al considerar que “una supuesta conexión entre una parte y un árbitro no es de por sí suficiente para probar la carencia manifiesta de imparcialidad e independencia de ese árbitro”, a la vez que, para explicitar que “los árbitros mantienen diversas y complejas conexiones con todo tipo de personas e instituciones”, llamativamente señalaron: “[l]os árbitros no son espíritus incorpóreos que viven en Marte, descienden a la tierra a participar en el arbitraje de un caso y regresan de inmediato a su retiro marciano para esperar, inertes, que se les llame para otro arbitraje”.<sup>63</sup> Para la mayoría del tribunal, el haber informado a UBS de todos los arbitrajes en los que participaba y confiar en lo que dicha entidad le informara fue una actuación razonable, no creyendo que el árbitro tuviera la obligación de realizar investigaciones adicionales.<sup>64</sup>

En *EDF* (caso CIADI), los otros dos árbitros asimismo rechazaron la solicitud de recusación de la República Argentina por considerar que la vinculación entre el banco internacional y EDF era trivial y *de minimis*.<sup>65</sup>

En el caso *Vivendi*, en la etapa de anulación, la República Argentina planteó la anulación del laudo, entre otras causales, por incorrecta constitución del tribunal, debido a la mencionada relación del árbitro con UBS, como se señaló en los casos anteriores. Aquí no se presentó recusación, por cuanto la Argentina tomó conocimiento de tales hechos en noviembre de 2007, o sea después de que se hubiera emitido el laudo en agosto de ese año.<sup>66</sup> El comité de anulación reconoció que un director de un banco internacional de importancia tiene la responsabilidad de favorecer los intereses

63. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/17), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/19), *AWG Group c. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre una Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje, 12/05/2008, parágr. 32.

64. *Ibíd.*, parágr. 48.

65. *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/03/23), Decisión sobre la Recusación relativa a la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, 25/06/2008, parágrs. 73, 122 y 133-134.

66. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 10/08/2010, parágr. 22.

de los accionistas del banco y que esa responsabilidad se contradice con la tarea de un árbitro independiente en un arbitraje que involucra a una parte en la cual el banco tiene acciones u otro tipo de participación, sin importar lo pequeña que pueda ser,<sup>67</sup> por lo tanto existe un conflicto de interés. No obstante no anuló el laudo al entender que dicho árbitro recién había tomado conocimiento de la conexión entre UBS y la parte demandante luego de la emisión del laudo.<sup>68</sup>

Con carácter previo, en el mismo caso *Vivendi* (antes denominado *Compañía de Aguas del Aconquija*) la República Argentina había presentado, también sin éxito, la recusación del presidente del comité *ad hoc* que decidió la anulación del primer laudo, debido a que uno de sus socios en su firma de abogados había asesorado impositivamente a Vivendi SA. El miembro del Comité había declarado esta situación al aceptar el cargo, indicando que no había tenido participación directa en este asesoramiento y, luego de ser recusado, aclaró que las remuneraciones implicadas eran *de minimis*. Para rechazar la recusación, los otros dos miembros del comité de anulación tuvieron en cuenta que esta relación había sido voluntariamente declarada por el involucrado; que no tenía ni había tenido ninguna relación de abogado-cliente con las demandantes o sus filiales; que el trabajo efectuado por su colega no tenía nada que ver con el presente caso y que no consistía en dar asesoría legal o estratégica de carácter general a las demandantes sino que involucraba una transacción específica que había llegado a su fin.<sup>69</sup>

Con absoluta justicia, en el caso *ICS c. República Argentina*, bajo el Reglamento CNUDMI, se hizo lugar a la recusación planteada en razón de que la persona designada por ICS en ese caso formaba parte del equipo de abogados que defendía a la parte demandante en otro asunto contra la Argentina (*Vivendi*), en el que –como si ello fuera poco– se debatían cuestiones similares a las de este arbitraje. De acuerdo con la autoridad que tomó la decisión, la posición del candidato propuesto como árbitro en la firma de abogados lo

67. *Ibid.*, párrafs. 217-218.

68. *Ibid.*, párrafs. 234-235.

69. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina* (caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité, 03/10/2001, párraf. 26.

ponía en una situación de adversidad contra la República Argentina que, en principio, debía ser evitada.<sup>70</sup>

Otros Estados y partes litigantes también han presentado un buen número de recusaciones en arbitrajes de inversión. Cabe mencionar el caso *Universal c. Venezuela*, en el cual la demandada recusó a uno de los árbitros de parte por haber trabajado previamente como abogado con una de las abogadas de la parte que lo había nombrado, representando también a inversores en otros arbitrajes. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI no hizo lugar a la recusación por considerar, entre otros motivos, que la relación laboral entre la abogada y el árbitro en el pasado era en asuntos con partes diferentes a las involucradas en este caso y sobre la base de distintos hechos; tampoco se había demostrado en qué medida el caso involucraba situaciones legales similares a las de aquellos arbitrajes compartidos. Además, que la abogada en cuestión era una asociada junior del estudio jurídico en el cual trabajaba con el árbitro, hecho que había ocurrido años atrás. En consecuencia, tales circunstancias no afectaban la independencia e imparcialidad del árbitro.<sup>71</sup>

En el arbitraje *Blue Bank c. Venezuela*, el CIADI hizo lugar a la propuesta de recusación de un árbitro designado por la demandante, que integraba una firma global de abogados que representaba al inversor demandante en otro caso contra el mismo Estado (*Longreef c. Venezuela*). Aunque el árbitro había declarado que sus principales ingresos provenían de los resultados de los casos llevados por la firma de abogados de Madrid, y que sus ingresos provenientes de la firma que llevaba el caso *Longreef* eran insignificantes,<sup>72</sup> el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI entendió que había un grado de conexión entre las diferentes firmas que integraban el Estudio jurídico internacional y, además, que dada la similitud de los hechos de este

70. *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina* (caso CNUDMI), Decisión sobre la recusación del árbitro, 17/12/2009.

71. *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/9), Decisión sobre la propuesta de recusación de la Prof. Brigitte Stern y el Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, 20/05/2011, parágrs. 102 y 106.

72. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/12/20), Decisión sobre las propuestas de las partes de recusación de la mayoría del tribunal, 12/11/2013, parágr. 40.

caso con los discutidos en *Longreef*, era altamente probable que –de ser árbitro– estuviera en una posición de tener que decidir cuestiones que eran relevantes para el otro caso.<sup>73</sup>

En algunos arbitrajes, al resolver un pedido de recusación, se le dio al árbitro la opción entre seguir con la actividad cuestionada o ser árbitro en el caso en el que fue recusado. Por ejemplo, en el caso *Vito G. Gallo c. Canadá*, bajo las reglas de la CNUDMI, la autoridad designada para resolver la recusación (en este caso del CIADI) entendió que un árbitro al actuar como miembro de un tribunal en un arbitraje que involucraba a un Estado parte en el NAFTA y simultáneamente actuar como asesor de otro Estado parte del NAFTA que tenía el derecho legal de participar en tales procedimientos (por más que este asesoramiento fuera mínimo), inevitablemente corría el riesgo de crear dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.<sup>74</sup> En consecuencia, el árbitro recusado debía informar dentro de un plazo de siete días, su opción de seguir asesorando a México o actuar como árbitro en este caso.

En otros asuntos, la actuación de un árbitro en múltiples arbitrajes así como las relaciones alegadas entre el árbitro y una de las partes o sus abogados no fueron consideradas de entidad suficiente (en sí mismas o en el caso concreto) como para afectar la independencia o imparcialidad. Por ejemplo, el no haber divulgado un miembro de comité *ad hoc* de anulación su prolongada relación profesional en el pasado con uno de los abogados de la parte demandada en el arbitraje,<sup>75</sup> el haber asesorado en materia tributaria al accionista principal de la compañía demandante,<sup>76</sup> los lazos familiares de un árbitro con otro designado en otro arbitraje paralelo por la misma parte

73. *Ibid.*, parágrs. 67-68.

74. *Vito G. Gallo c. Canadá*, Deputy Secretary-General, CIADI, Decisión sobre la recusación del Sr. J. Christopher Thomas, QC, 14/10/2009, parágr. 31.

75. *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc., y Jaime Jurado c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/06/19), Procedimiento de Anulación, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Dr. Stanimir A. Alexandrov, 07/09/2011.

76. *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia* (caso CIADI N° ARB/81/1), Decisión sobre la propuesta de recusación de un árbitro, 24/06/1982 (inédita). Citado en Tupman, M., "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 38 (1989), p. 26.

demandante que lo nombró a él,<sup>77</sup> la actividad académica del árbitro que consistía en la supervisión de estudiantes en un curso práctico de casos de derechos humanos,<sup>78</sup> haber sido designado como árbitro en varias ocasiones por el mismo estudio jurídico,<sup>79</sup> entre otros supuestos.

La República Argentina ha planteado recusaciones infructuosamente en otros casos, así como lo han hecho otros Estados, sin embargo creemos que los aquí referidos constituyen una muestra suficiente de los hechos que motivan los cuestionamientos de árbitros y las diferencias de criterio a la hora de poner en práctica las cualidades de independencia e imparcialidad.

## VI. Algunas conclusiones

Si entendemos la independencia como la inexistencia de relaciones con una parte y la imparcialidad como la ausencia de predisposición o sesgo hacia alguna de las partes, resulta difícil poder aseverar que la nacionalidad de una persona no influye en aquellos valores. Sin embargo, la existencia de votos de jueces nacionales (o incluso árbitros) en contra del Estado de su nacionalidad es prueba de que es posible decidir un caso con total independencia e imparcialidad.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana se ha expedido a favor de la inhibición por parte

77. *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements & NCT Infrastructure & Logistique c. República de Guinea* (caso CIADI N° ARB/11/29), Decisión sobre la solicitud de recusación del Sr. Bernardo M. Cremades, Árbitro, 28/06/2012.

78. *Grand River Enterprises et al. c. EE.UU.* (caso NAFTA/UNCITRAL), Carta de la Secretaria General del CIADI, 28/11/2007.

79. *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/5), Decisión sobre la propuesta de los demandantes de recusación de la Prof. Brigitte Stern, 23/12/2010. Con algunas diferencias conceptuales, aunque con el mismo resultado ver *OPIC Karimum Corporation c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/14), Decisión sobre la propuesta de recusación del Prof. Philippe Sands, 05/05/2011. Ver también *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela* (caso CIADI N° ARB/10/9), Decisión sobre la propuesta de recusación de la Prof. Brigitte Stern y el Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, 20/05/2011 (en particular respecto de la recusación de la Prof. Stern).

de los jueces nacionales para actuar en los casos originados en peticiones individuales contra el Estado de su nacionalidad. Lo paradójico es que tales jueces han sido nombrados por sus altos valores morales, independencia e imparcialidad, pero no puede confiarse en su imparcialidad de juicio en casos que involucran no sólo al Estado de su nacionalidad sino también, como ocurre la mayoría de las veces, a sus propios connacionales. Si un juez no puede juzgar a un Estado porque este lo propuso como juez, entonces, con el mismo criterio la mayoría de los tribunales locales no podrían juzgar demandas contra el propio Estado, a menos que sus jueces fueran electos por órganos distintos del Estado, requisito que no siempre se cumple.

En cuanto a los jueces *ad hoc*, lo paradójico es que, desde que se instituyó esta figura en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se pensó como alternativa en lugar de excluir al juez nacional del otro Estado, para mantener la igualdad. Sin embargo, el juez *ad hoc* no necesariamente tiene que ser de la nacionalidad del Estado que lo nombra.

De todas maneras, creemos que en el caso de que en el tribunal haya un juez de nacionalidad de solo una de las partes, se justifica más permitirle al otro Estado en la controversia designar un juez *ad hoc* que exigir que el juez nacional se abstenga de entender en el caso. Ello por cuanto aunque el juez regular se abstenga, seguirá estando en la Corte y compartiendo el análisis del resto de los casos con sus colegas, quienes deberán decidir la suerte del caso contra el Estado de su nacionalidad, y probablemente hasta alternando socialmente con ellos por el hecho de compartir el mismo ámbito de trabajo. Distinto es el supuesto en que ninguna de las dos partes litigantes tenga un juez nacional. Ahí, las dos partes se encuentran en absoluto pie de igualdad, y podrían jugar otros fundamentos, como la necesidad del juez *ad hoc* para la comprensión del sistema jurídico nacional. Pero, en tal supuesto, el juez *ad hoc* tendría que ser de su propia nacionalidad.

En definitiva, la cuestión será sopesar las ventajas y desventajas de mantener la institución del juez *ad hoc* o de la actuación del juez nacional en los tribunales judiciales internacionales, y en qué medida se pone en riesgo la independencia o la imparcialidad, sobre la base de observaciones empíricas –que al parecer demuestran inexistencia de riesgo–, a fin de decidir en el marco de cada tribunal, conclusiones finales al respecto.

Respecto de los árbitros internacionales, los casos reseñados muestran que las expresiones “independencia e imparcialidad” representan conceptos claros en teoría, pero que causan grandes dificultades en la práctica, sobre

todo cuando se pretende resolver las recusaciones debido a situaciones o relaciones que mantienen o han mantenido con una de las partes en la controversia que han sido llamados a resolver. Ello aun en el supuesto de que se aplique el estándar menos estricto de “apariencia de parcialidad”, ya que la mayoría de los casos han sido resueltos a partir de una interpretación restrictiva sobre la base de los propios hechos.

Lo paradójico también es que muchas recusaciones por alegada falta de independencia o imparcialidad son decididas por los propios colegas del árbitro recusado o incluso, por las mismas autoridades que los han nombrado, con lo que podríamos preguntarnos hasta qué punto son independientes o imparciales para decidir la cuestión que les ha sido sometida. Este inconveniente podría resolverse acudiendo siempre a un tercero neutral e imparcial, no solo respecto de las partes litigantes, sino también de la institución que procedió al nombramiento del árbitro o presidente del tribunal que ha sido recusado.

Respecto de la falta de jurisprudencia uniforme en la resolución de conflictos de interés de los árbitros, ello podría subsanarse con la inclusión de normas más detalladas y con términos precisos, en los tratados o reglamentos de los tribunales arbitrales.

Somos conscientes de que los árbitros no viven en el planeta Marte, y que muchos de ellos tampoco viven exclusivamente de su trabajo como árbitros. Sin embargo, la conexión de los árbitros con las partes litigantes o sus abogados, más allá de una mera relación académica, por más mínima que sea, genera desconfianza y, en definitiva, pone en riesgo la credibilidad del arbitraje como mecanismo para la solución pacífica de las controversias.

## **Bibliografía**

- Aznar-Gómez, M., “Article 2”, en *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Zimmermann, A. y otros (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2ª edic., 2012.
- Bernasconi-Osterwalder, N., Johnson, L. y Marshall, F., “Arbitrator independence and impartiality: examining the dual role of arbitrator and counsel”, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers, Nueva Delhi, 27-29 de octubre de 2010.
- Bottini, G., “Should Arbitrators Live On Mars? Challenge of Arbitrators

- In Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. XXXII, N. 2 (2009), pp. 341-366.
- Brown Weiss, E., “Judicial Independence and Impartiality: A Preliminary Inquiry”, en *The International Court of Justice at a Crossroads*, Damrosch, L. (ed.), Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1987, pp. 123-154.
- Daele, K., *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012.
- Draetta, U., *La otra cara del arbitraje*, traducción de María Cecilia Brusa, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Fry, J. y Stampalija, J. I., “Forged independence and impartiality: conflicts of interest of international arbitrators in investment disputes”, *Arbitrator International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 30, N. 2 (2014), pp. 189-264.
- Park, W., “Arbitrator integrity: the transient and the permanent”, *San Diego Law Review*, vol. 46, N. 3 (2009), pp. 629-703.
- Santulli, C., *Droit du contentieux international*, París, Montchrestien, 2005.
- Thierry, H., “A sujet du juge *ad hoc*”, en *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda*, Armas Barea, C. y otros (eds.), La Haya, Kluwer Law International, 2000, pp. 285-289.
- Von Bahten, G., “The role of judges *ad hoc* on international permanent courts: a critical analysis”, *Ars Boni et Aequi*, año 8, N. 2 (2012), pp. 25-80.