

REVISTA DE REVISTAS

RUHANI SANGHAVI¹

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1
Enero – Junio 2023
Págs. 289-304

SUMARIO: I. ARBITRAJE DE INVERSIONES. 1. *Lu Wang y Wenhua Shan, Force Majeure and Investment Arbitration*. 2. *Andreas Kulick, Provisional Measures after Ukraine v Russia*. 3. *Vanessa S.W. Tsang, Should There Be Implied Confidentiality in Investment Treaty Arbitration?* II. ASPECTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL. 1. *George A. Bermann, Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Tribunal*. 2. *Andrea Carlevaris, Inherent Powers of Arbitrators and Interim Measures*. 3. *Loukas A. Mistellis y Giammarco Rao, The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the 'Extension' of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award*. 4. *Domenico Di Pietro, Party Autonomy and Public Policy Awards by Consent*. 5. *Crina Baltag, Article V(1)(e) of the New York Convention: To Enforce or Not to Enforce Set Aside Arbitral Awards?* III. ARBITRAJE Y TECNOLOGÍA. 1. *Dirk Wiegandt, Blockchain, Smart Contracts and the Role of Arbitration*. 2. *Philip D. O'Neill, Jr., Transformative Technology and Arbitration's Emerging Future*. 3. *Maxime Chevalier, From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order*. IV. DIVERSIDAD EN EL ARBITRAJE. 1. *Kabir Duggal y Amanda Lee, A 360-Degree, Kaleidoscopic view of Diversity and Inclusion (or the lack thereof) in International Arbitration*. 2. *Devorah Spigelman, Jay-Z and the Case for Diversity in Arbitral Tribunals*.

Ofrecemos en las siguientes páginas una selección de algunos artículos de especial interés publicados últimamente en *Journal of International Dispute*

1. Estudiante de LLM, NYU School of Law. Esta nota ha sido traducida al español por el equipo de *Arbitraje*.

Settlement, Arbitration International, American Review of International Arbitration, ICSID Review y European International Arbitration Review y Journal of International Arbitration, agrupados en las siguientes categorías: (i) arbitraje de inversión; (ii) aspectos procesales del arbitraje internacional; (iii) arbitraje y tecnología; y (iv) diversidad en el arbitraje.

I. ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. LU WANG Y WENHUA SHAN, *FORCE MAJEURE AND INVESTMENT ARBITRATION*²

En este artículo, los autores examinan la fuerza mayor en el arbitraje internacional de inversiones y su interacción con los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. Para empezar, los autores definen la fuerza mayor como una «excusa clásica para el incumplimiento de obligaciones... aceptada como principio general del Derecho». Los autores observan que, si bien los sistemas jurídicos nacionales difieren en cuanto a lo que equivale a fuerza mayor, los instrumentos jurídicos internacionales, como la CISG y los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), parecen haber identificado una base común. Los autores observan a continuación que el art. 23 del ARSIWA, que trata de la fuerza mayor, sigue un enfoque estricto y limitado y solo es aplicable en «el caso de que se produzca una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto», que esté «fuera del control del Estado». Sin embargo, los autores afirman que la fuerza mayor no será aplicable en virtud del art. 23 del ARSIWA cuando los Estados hayan contribuido a la situación de fuerza mayor y hayan asumido voluntariamente el riesgo.

A continuación, los autores examinan la invocación de la fuerza mayor en las demandas interpuestas en virtud de tratados y contratos. Los autores observan que los tribunales de arbitraje aplican criterios diferentes para determinar si existe fuerza mayor en las demandas basadas en un tratado o en un contrato. Mientras que las demandas basadas en un tratado requieren una «imposibilidad material» de cumplimiento, las demandas contractuales solo requieren una «imposibilidad razonable» o una «impracticabilidad comercial». Esto se debe a las distintas leyes aplicables, es decir, el derecho internacional público para el arbitraje de tratados de inversión y el derecho comercial nacional o internacional para el arbitraje contractual. Sin embargo, los autores observan que, con la aparición de fronteras difusas entre el Derecho nacional y el internacional, el privado y el público, parece difícil

2. Lu Wang y Wenhua Shan, «Force Majeure and Investment Arbitration», 37 (1-2) *ICSID Review* 138 (2022).

establecer una distinción tradicional. Para abordar esta cuestión, los autores recomiendan explorar un enfoque más coherente a la hora de abordar la fuerza mayor y sugieren permitir una mayor flexibilidad a la hora de interpretar el art. 23 de la ARSIWA para garantizar que las normas internacionales sobre fuerza mayor estén más en consonancia con las que se encuentran en un contexto de derecho mercantil.

2. ANDREAS KULICK, *PROVISIONAL MEASURES AFTER UKRAINE V RUSSIA*³

En este artículo, el autor analiza el impacto de la orden dictada por la CIJ que ordena a la Federación Rusa suspender inmediatamente sus operaciones militares en Ucrania. El autor sugiere que esta orden tendrá considerables ramificaciones en el futuro de las medidas provisionales en litigios y arbitrajes internacionales. El art. 41 del Estatuto de la CIJ otorga a esta la facultad de conceder medidas provisionales para preservar los derechos de las partes. El autor observa que un análisis de varios casos demuestra que antes de conceder medidas provisionales, la Corte evalúa si los supuestos derechos a preservar son plausibles y si existe un vínculo entre esos derechos y las medidas solicitadas⁴. Al resolver el litigio entre Ucrania y Rusia, el Tribunal aplicó el mencionado test de plausibilidad y vinculación y falló a favor de Ucrania. La CIJ también sostuvo que los requisitos de daño irreparable y urgencia fueron establecidos por Ucrania.

Al revisar la orden de la CIJ, el autor observa que la CIJ tiene amplios poderes para conceder medidas provisionales incluso más allá del ámbito de su jurisdicción y más allá de lo que puede decidir sobre el fondo, siempre que el Estado solicitante establezca algún tipo de «conexión» entre las medidas solicitadas y los derechos reclamados. El autor afirma que esta orden provocará un aumento de las solicitudes de medidas provisionales, especialmente porque la CIJ es consciente de la vulnerabilidad de la población civil atrapada en medio de estas hostilidades. Además, el autor observa que esta orden también tendrá un efecto más allá de los procedimientos de la CIJ, ya que la práctica de la CIJ en materia de medidas provisionales ha influido enormemente en la

3. Andreas Kulick, «Provisional Measures after Ukraine v Russia», 13(1) *Journal of International Dispute Settlement* 323 (2022).

4. *Cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Medidas provisionales, Auto de 28 de mayo de 2009, ICJ Rep 2009, 152, párrs. 60, 61; *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar)*, Medidas provisionales, Auto de 23 de enero de 2020, ICJ Rep 2020, 3, párr. 49 y ss; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas provisionales, Auto de 7 de diciembre de 2021, párr. 44 y ss.

jurisprudencia de otras cortes y tribunales internacionales, incluidos los tribunales del TIDM y del CIADI⁵.

3. VANESSA S.W. TSANG, *SHOULD THERE BE IMPLIED CONFIDENTIALITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION?*⁶

En este artículo, el autor examina si la confidencialidad implícita es deseable en el arbitraje de tratados de inversión en ausencia de un acuerdo expreso a tal efecto. En primer lugar, el autor explica el concepto de confidencialidad en el contexto del arbitraje y analiza los argumentos a favor y en contra. El autor opina que no existen normas uniformes sobre la confidencialidad en el arbitraje y señala que varias legislaciones nacionales y conjuntos de normas institucionales no abordan en absoluto la confidencialidad. Para combatir esta falta de uniformidad, el autor recomienda encontrar una posición por defecto sobre la confidencialidad y la transparencia en el arbitraje. Para hacer esta recomendación, el autor se basa en gran medida en el caso *S.D Myers contra Canadá* y en los comentarios de Gary Born sobre la confidencialidad.

Además, el autor argumenta que es necesaria una norma por defecto sobre confidencialidad implícita para evitar la divulgación unilateral de información de una de las partes implicadas en un arbitraje de inversión y para mantener la integridad procesal de los procedimientos arbitrales garantizando que los testigos y los miembros del tribunal no se vean influidos por las opiniones de los medios de comunicación. Además, el autor sugiere que la confidencialidad y la transparencia pueden encontrar un término medio introduciendo excepciones de interés público dentro de la norma por defecto, es decir, permitiendo la divulgación de información en la medida en que sea necesario en interés del público.

Por el contrario, el autor también argumenta en contra de la confidencialidad y afirma que los beneficios de una mayor transparencia compensan la falta de confidencialidad en el arbitraje de inversiones. En apoyo de esta tesis, el autor afirma en primer lugar que no existe una obligación general de confidencialidad implícita en el derecho internacional público. A continuación, el autor argumenta que los tribunales de inversión son más parecidos a

5. L Marotti, «A “Game of Give and Take”: The ITLOS, the ICJ and Provisional Measures» in FM Palombino and others (eds), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals* (Springer 2021) 131, 132ff; D Pauciuolo, «Provisional Measures in ICSID Arbitration Proceedings: Between the Current Legal Framework and the Proposed Reform» en FM Palombino y otros (eds), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals* (2021) 319, 324-25; AC Sinclair y OG Repousis, «An Overview of Provisional Measures in ICSID Proceedings?» (2017) 32 ICSID Review 431, 433.

6. Vanessa S.W. Tsang, «Should There Be Implied Confidentiality in Investment Treaty Arbitration?», 32(4) *The American Review of International Arbitration* 453 (2022).

los tribunales internacionales que a los tribunales privados y, como tales, son indirectamente responsables ante el público a través del Estado que es parte en el arbitraje de inversión. Además, el autor argumenta que el elemento de interés público en el arbitraje de inversiones proporciona más apoyo a la transparencia: debido a que el objeto de la disputa es generalmente de importancia pública –como la protección del medio ambiente o los derechos humanos, es imperativo que el público esté más informado sobre los detalles del arbitraje–. El autor sugiere que permitir que el público esté más informado aumentará la aceptación del arbitraje de inversiones, lo que a su vez aumentará la legitimidad y el apoyo de las políticas gubernamentales en favor de la inversión.

Para concluir, el autor afirma que aunque la confidencialidad es una característica importante del arbitraje, desempeña papeles diferentes en el arbitraje de inversiones y en el arbitraje comercial internacional. El autor afirma que existe una tendencia a preferir más transparencia en el arbitraje de inversiones en lugar de más confidencialidad. El autor argumenta que la confidencialidad implícita puede ser indeseable porque, en primer lugar, no hay base para tal norma en el Derecho internacional y, en segundo lugar, los intereses públicos implicados refuerzan la opinión de que en el arbitraje de inversiones se prefiere más transparencia que confidencialidad.

II. ASPECTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. GEORGE A. BERMANN, *LIMITS TO PARTY AUTONOMY IN THE COMPOSITION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL*⁷

En este artículo, que fue publicado por primera vez en un libro editado por Franco Ferrari, titulado *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 83-125 (2016), el autor se centra en los límites a la autonomía de las partes en la composición de un tribunal arbitral –que pueden ser impuestos por las partes, por un lado, y por las cortes y tribunales, por otro–. Para empezar, el autor afirma que la autonomía de las partes en la composición del tribunal arbitral es un derecho limitado –limitaciones que pueden ser impuestas por las partes y por las jurisdicciones pertinentes. El autor analiza en primer lugar los tipos de limitaciones que pueden imponerse en la composición del panel arbitral. El autor identifica estas limitaciones para incluir limitaciones estructurales, es decir, limitaciones en el número de árbitros y tribunales arbitrales asimétricos que dan a una parte una ventaja injusta en el nombramiento de árbitros. Además, el autor examina las limitaciones que pueden imponer las partes y las jurisdicciones sobre las características que

7. George A. Bermann, «Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Tribunal» 9(1) *European International Arbitration Review* 121 (2022).

debe presentar un árbitro, incluyendo, entre otras, requisitos de religión, requisitos profesionales, requisitos de nacionalidad, requisitos de capacidad jurídica, limitaciones de género, raza y orientación sexual.

El autor examina cuándo las jurisdicciones pueden evaluar y decidir sobre las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes. El autor afirma que las jurisdicciones relevantes que pueden imponer limitaciones a la autonomía de la voluntad incluyen la jurisdicción en la que está domiciliado el árbitro, en la que se ejecutará el laudo, en la que se encuentra la sede del arbitraje y aquella cuya ley es aplicable al acuerdo de arbitraje o al contrato principal. Posteriormente, el autor afirma que los tribunales de estas jurisdicciones pueden examinar las limitaciones a la autonomía de la voluntad al remitir a las partes al arbitraje, al evaluar la recusación de una parte contra la composición del tribunal y al examinar la composición del tribunal como causa de anulación del laudo y durante los procedimientos de reconocimiento y ejecución.

Por último, tras repasar las circunstancias que permiten a un tribunal examinar si está justificada una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, el autor examina las consecuencias o sanciones apropiadas que pueden imponerse cuando las partes van más allá de la autonomía que se les ha concedido. Estas sanciones incluyen, entre otras, la anulación del laudo arbitral y la denegación de la ejecución del acuerdo de arbitraje o del laudo arbitral.

2. ANDREA CARLEVARIS, *INHERENT POWERS OF ARBITRATORS AND INTERIM MEASURES*⁸

En este artículo, publicado por primera vez con el mismo título en un libro coeditado por Franco Ferrari y Friedrich Rosenfeld (*Inherent Powers of Arbitrators* 59-84 (2019)), el autor analiza los poderes inherentes de los árbitros en relación con las medidas cautelares. En un primer momento, el autor se basa en el informe emitido por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (Informe ILA) para distinguir entre poderes implícitos (discernidos a partir de disposiciones expresas de leyes y reglamentos que rigen el arbitraje), poderes inherentes (poderes limitados que se ejercen en situaciones en las que su falta de ejercicio podría socavar el proceso arbitral) y poderes discrecionales de los árbitros (poder del árbitro para tomar decisiones discrecionales e incluye todas las facultades involucradas en la toma de esa decisión).

El autor analiza el derecho de un árbitro a dictar medidas cautelares y afirma que la ley aplicable que rige las facultades de los árbitros para dictar

8. Andrea Carlevaris, «Inherent Powers of Arbitrators and Interim Measures» 9(2) *European International Arbitration Review* 71 (2022).

medidas cautelares es la *lex loci arbitratus*, que, sin embargo, puede verse afectada por un acuerdo entre las partes. En efecto, las partes pueden llegar a un acuerdo para limitar la disponibilidad de las medidas cautelares dentro de los límites permitidos por la ley aplicable. Al examinar el alcance de las medidas cautelares, el autor examina dicho alcance en el marco de los poderes implícitos y de los poderes inherentes. Al hablar de los poderes implícitos, el autor explica que estos solo son pertinentes cuando la ley de la sede del arbitraje no contiene ninguna disposición expresa que permita a los árbitros conceder medidas cautelares. Estos poderes son irrelevantes en la medida en que la *lex loci arbitratus* contenga una disposición expresa o cuando el reglamento de arbitraje faculte expresamente a los árbitros para conceder medidas cautelares. Al analizar los poderes inherentes, el autor sugiere que los árbitros pueden utilizar sus poderes inherentes para conceder medidas cautelares, con el fin de proteger la integridad y la eficacia del proceso arbitral. Además, el autor demuestra que estos poderes inherentes han sido ejercidos por tribunales del CIADI, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, así como en arbitrajes comerciales internacionales. Sin embargo, el autor también reconoce que los poderes inherentes no pueden considerarse indispensables, pueden estar limitados por la ley aplicable y pueden ser excluidos por acuerdo de las partes.

Para concluir, el autor reconoce que la facultad de un árbitro para conceder medidas cautelares está generalmente reconocida en la mayoría de las jurisdicciones y que los árbitros gozan de una amplia discrecionalidad para identificar las circunstancias en las que se pueden conceder dichas medidas.

3. LOUKAS A. MISTELLIS Y GIAMMARCO RAO, *THE JUDICIAL SOLUTION TO THE ARBITRATOR'S DILEMMA: DOES THE 'EXTENSION' OF THE ARBITRATION AGREEMENT TO NON-SIGNATORIES THREATEN THE ENFORCEMENT OF THE AWARD*⁹

En este artículo, los autores examinan cuándo los árbitros pueden implicar el consentimiento y unir a no signatarios como partes en un procedimiento de arbitraje. Para fundamentar sus determinaciones, los autores se han inspirado en diversa jurisprudencia y en el Kluwer Research Project. Los autores identifican dos amplias teorías para unir a no signatarios a un acuerdo de arbitraje, a saber, las teorías consensuales (agencia, cesión, grupo de empresas) y las teorías equitativas (autoridad aparente, estoppel y alter ego). Si bien se ha recurrido a estas teorías en la jurisprudencia, los autores afir-

9. Loukas A. Mistellis y Giammarco Rao, «The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the 'Extension' of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award» 39(3) *Journal of International Arbitration* 351 (2022).

man que la Convención de Nueva York guarda silencio sobre las cuestiones relativas a los no signatarios. Como tal, los autores sugieren que este silencio puede plantear problemas en la fase de ejecución. Al abordar estas cuestiones, los autores hacen referencia a varios casos que implican a no signatarios. Los casos citados sugieren un enfoque favorable a la ejecución en la mayoría de los Estados contratantes de la Convención de Nueva York. Al determinar si el acuerdo de arbitraje puede extenderse a los no signatarios, los tribunales nacionales han examinado si los no signatarios, a través de su conducta, aceptaron implícitamente quedar vinculados por el acuerdo de arbitraje o si un acuerdo de arbitraje puede importarse de otro contrato dentro de la cadena de acuerdos entre las partes.

Por último, los casos sugieren que, al revisar las solicitudes de ejecución o de anulación, los tribunales nacionales son reacios a interferir en las determinaciones del tribunal arbitral sobre el fondo. Los autores concluyen que, en ausencia de normas nacionales o internacionales que aborden las cuestiones de los no signatarios, los tribunales deben realizar una evaluación caso por caso para determinar si un acuerdo de arbitraje puede hacerse extensivo a los no signatarios.

4. DOMENICO DI PIETRO, *PARTY AUTONOMY AND PUBLIC POLICY AWARDS BY CONSENT*¹⁰

En este artículo, que es también una reproducción de un trabajo publicado en el libro editado por Franco Ferrari mencionado anteriormente (*Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* 383-400 (2016)), el autor examina la correlación entre la autonomía de la voluntad de las partes y los principios de orden público con un enfoque en los laudos por consentimiento. Al principio, el autor identifica algunas de las características atractivas del arbitraje, que incluyen la autonomía de la voluntad de las partes, la firmeza y obligatoriedad de los laudos arbitrales con un alcance limitado para la apelación, y el hecho de que, dado que los laudos arbitrales tradicionalmente no contribuyen a la creación de Derecho, sus laudos no tienen ningún efecto sobre otros tribunales o laudos. Sin embargo, el autor también afirma que la autonomía de las partes es un derecho limitado, examinado por los tribunales arbitrales y los tribunales nacionales para garantizar que se ejerce dentro de los límites de las disposiciones de orden público. Dicho escrutinio permite la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan interferir en la ejecución de un laudo arbitral extranjero para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones de orden público. Esto también se aplica a los laudos que son el

10. Domenico Di Pietro, «Party Autonomy and Public Policy Awards by Consent» 9(1) *European International Arbitration Review* 225 (2022).

resultado de un acuerdo entre las partes, es decir, los laudos consentidos. El autor afirma que los laudos consentidos encuentran reconocimiento en diversas normas institucionales y pueden ejecutarse en virtud de la Convención de Nueva York. Sin embargo, el autor también aclara que existen argumentos en contra de la ejecución de los laudos consentidos en virtud de la Convención de Nueva York.

El autor también analiza el nivel de escrutinio de los tribunales cuando los laudos consentidos violan el orden público. Según el autor, si una solicitud de un laudo consentido está viciada por la ilegalidad, ya sea en forma de transacción ilegal o por utilizar el arbitraje como medio para perseguir un fin ilegal, los árbitros tienen derecho a rechazar la solicitud. Para concluir, el autor afirma que en caso de preocupaciones de orden público, los tribunales arbitrales, las instituciones arbitrales y los tribunales nacionales en los que se presenta el laudo para su reconocimiento y ejecución pueden llevar a cabo un alto nivel de escrutinio.

5. CRINA BALTAG, *ARTICLE V(1)(E) OF THE NEW YORK CONVENTION: TO ENFORCE OR NOT TO ENFORCE SET ASIDE ARBITRAL AWARDS?*¹¹

En este artículo, el autor ofrece una visión general de cómo aplican los distintos tribunales el art. V (1) (e) de la Convención de Nueva York; para ello, el autor se basa en las conclusiones del Proyecto de Investigación de Kluwer. El autor identifica tres enfoques adoptados por los tribunales en virtud del art. V (1) (e) de la Convención de Nueva York, a saber, un enfoque territorial estricto (los tribunales denegarán el reconocimiento y la ejecución de los laudos anulados), un enfoque deslocalizado (los tribunales reconocerán y ejecutarán un laudo anulado), y un enfoque de evaluación (los tribunales evaluarán los motivos de anulación y luego tomarán una decisión). El autor efectúa un análisis comparativo y transnacional para determinar el tipo de enfoque seguido por los tribunales en diversas jurisdicciones. Según el examen del autor y las conclusiones del proyecto de investigación de Kluwer, los tribunales alemanes siguen un enfoque territorial, es decir, dan pleno efecto a la decisión de anulación y consideran contrario al orden público ejecutar un laudo que ha sido anulado. El enfoque deslocalizado se basa en la idea de que los laudos arbitrales están desvinculados del Estado de origen, y que un tribunal de ejecución puede ejecutar un laudo incluso después de que haya sido anulado en la sede. El autor sostiene que este enfoque es seguido por jurisdicciones que siguen un enfoque transnacional del arbitraje, como Francia.

11. Crina Baltag, «Article V(1)(e) of the New York Convention: To Enforce or Not to Enforce Set Aside Arbitral Awards?», 39(3) *Journal of International Arbitration* 397 (2022).

Por último, el enfoque de evaluación parece ser el más popular. Es probable que los tribunales que aplican este enfoque examinen los motivos de anulación y decidan a continuación sobre el reconocimiento y la ejecución del laudo. Un análisis de los casos enumerados por los autores sugiere que entre los tribunales que siguen este enfoque se encuentran los tribunales holandeses, ingleses y estadounidenses. Para concluir, el autor ofrece una breve visión general del «efecto de la muñeca rusa» (como se discutió en *Nikolay Viktorovich Maximov contra Open Joint Stock Company «Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat»*), según el cual el hecho de que los laudos arbitrales se anulen en la sede desencadena un efecto dominó que da lugar a múltiples procedimientos paralelos de reconocimiento y ejecución.

Según el autor, los distintos enfoques adoptados por los tribunales (territorial, deslocalizado y de evaluación), encuentran justificación en el lenguaje permisivo del art. V (1) de la Convención de Nueva York, así como en las disposiciones más favorables de las legislaciones nacionales, enumeradas en el art. VII (1) de la Convención de Nueva York. Además, el enfoque del arbitraje en general parece favorecer una posición más deslocalizada y transnacional.

III. ARBITRAJE Y TECNOLOGÍA

1. DIRK WIEGANDT, *BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS AND THE ROLE OF ARBITRATION*¹²

En este artículo, el autor examina el arbitraje como método de resolución de conflictos en un entorno de *blockchain* y contratos inteligentes. Para empezar, introduce los conceptos de *blockchain* y contratos inteligentes y explica que *blockchain* es un sistema descentralizado, gestionado por una red distribuida de ordenadores que utilizan, entre otras, la tecnología de libro mayor distribuido (DLT). Tras analizar las diversas características de las cadenas de bloques, como el anonimato, la seguridad y la impermeabilidad, el autor pasa a explicar los contratos inteligentes integrados en las cadenas de bloques. El autor explica que los contratos inteligentes se ejecutan en condiciones predeterminadas y una vez que se cumplen estas condiciones, los contratos inteligentes se ejecutan automáticamente sin necesidad de intervención manual. Los contratos inteligentes se actualizan automáticamente cuando se cumplen determinados eventos, incluidos los pagos automáticos. Sin embargo, el autor reconoce las limitaciones de los contratos inteligentes y opina que hay varias cuestiones jurídicas que acompañan al uso de los contratos inteligentes, como la protección de da-

12. Dirk Wiegandt, «Blockchain, Smart Contracts and the Role of Arbitration», 39 (5) *Journal of International Arbitration* 671 (2022).

tos, la interpretación de términos contractuales ambiguos y cuestiones de Derecho internacional privado. Por ello, pueden resultar inadecuados para transacciones complejas.

Tras introducir los conceptos de *blockchain* y contratos inteligentes, el autor examina su aplicación en la resolución de litigios. Para ello, el autor clasifica los litigios en litigios derivados de transacciones en la cadena y litigios relacionados con la tecnología de cadena de bloques y contratos inteligentes, pero que son transacciones fuera de la cadena. El autor explica que las disputas en la cadena son disputas que surgen de transacciones que se realizan directamente en la cadena de bloques. Para resolver estas disputas, el autor recomienda mecanismos de resolución de disputas basados en la cadena de bloques para disputas más simples y binarias, y medios tradicionales de resolución de disputas, como el arbitraje, para contratos inteligentes más complejos. El autor opina que el arbitraje satisface la mayoría de los requisitos de los usuarios de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes. Estos requisitos incluyen la rentabilidad, la resolución oportuna, la flexibilidad procesal y técnica, y el anonimato. Para apoyar su recomendación, el autor también menciona las Normas de Resolución de Disputas Digitales emanadas del Grupo de Trabajo sobre Jurisdicción del Reino Unido en abril de 2021, que prevén la resolución de disputas en la cadena mediante arbitraje.

A continuación, el autor define los litigios fuera de la cadena como litigios derivados de transacciones que son una mezcla de transacciones dentro y fuera de la cadena. El autor recomienda el arbitraje como método para resolver los litigios fuera de la cadena. Sin embargo, el autor también advierte sobre los retos que plantea la resolución de disputas fuera de la cadena a través del arbitraje, incluida la identificación de las partes adecuadas, la elección de la sede del arbitraje y la ejecución del laudo arbitral.

Tras examinar la viabilidad del arbitraje como método de resolución de disputas dentro y fuera de la cadena, el autor concluye que ciertos mecanismos de resolución de disputas en *blockchain*, como Kleros, pueden ser más adecuados para reclamaciones de poco valor, mientras que el arbitraje puede ser la forma elegida de resolución de disputas complejas dentro y fuera de la cadena.

2. PHILIP D. O'NEILL, JR., *TRANSFORMATIVE TECHNOLOGY AND ARBITRATION'S EMERGING FUTURE*¹³

En este artículo, el autor examina el impacto de la tecnología del futuro, incluida la inteligencia artificial, en la práctica del arbitraje internacional. El autor observa que, debido a la pandemia, la comunidad arbitral se vio abocada a una revolución tecnológica, y es imperativo evaluar los diversos retos de un proceso arbitral impulsado por la tecnología, incluyendo la credibilidad, la falta de parcialidad, la velocidad y la imparcialidad. Al hablar de la credibilidad, el autor observa que con el aumento del número de audiencias a distancia, se han realizado varios experimentos tecnológicos para desarrollar instrumentos que puedan examinar las expresiones faciales, el cambio en el tamaño de las pupilas y el ritmo cardíaco y de parpadeo de los testigos. De hecho, ya se han probado enfoques de la actividad cerebral en el extranjero y en tribunales estadounidenses. El autor reconoce que, como una de las características clave del arbitraje, la velocidad de los procedimientos arbitrales tendrá que seguir el ritmo de la tecnología de la computación cuántica y el aprendizaje automático. El autor afirma que, si bien pueden surgir sesgos en el desarrollo de la propia tecnología, el aprendizaje automático ya está llegando a un punto de autocorrección y diagnóstico de sus propios errores. Sin embargo, el autor reconoce que el análisis forense de los datos será importante para criticar las conclusiones de la IA y el aprendizaje automático, y que los abogados, peritos y jueces tendrán que aprender a contrainterrogar a un programa de aprendizaje automático con el testimonio de un desarrollador/experto.

El autor reconoce que, aunque la combinación de la tecnología con el mundo real va a plantear varios retos, existe un gran potencial para remodelar los procedimientos de arbitraje en su esencia, al tiempo que afecta a características fundamentales como la rapidez, la parcialidad y la imparcialidad. En última instancia, el autor recomienda que la comunidad arbitral mundial debe prepararse para los futuros avances tecnológicos, ya que la complejidad y el ritmo de estos avances tecnológicos pondrán a prueba la flexibilidad y la rapidez del arbitraje.

3. MAXIME CHEVALIER, *FROM SMART CONTRACT LITIGATION TO BLOCKCHAIN ARBITRATION, A NEW DECENTRALIZED APPROACH LEADING TOWARDS THE BLOCKCHAIN ARBITRAL ORDER*¹⁴

En su artículo, la autora apoya la propuesta de un arbitraje descentralizado y examina el surgimiento de un orden arbitral en *blockchain*. La au-

13. Philip D. O'Neill, Jr., «Transformative Technology and Arbitration's Emerging Future», 32(3) *American Review of International Arbitration* 337 (2022).

14. Maxime Chevalier, «From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order», 12(4) *Journal of International Dispute Settlement* 558 (2021).

tora recomienda introducir el arbitraje en la propia *blockchain*, lo que permitiría a los árbitros modificar directamente los contratos inteligentes una vez dictado el laudo. Para apoyar esto, el autor enumera varias plataformas de *blockchain*, incluidas Kleros, Matteredum y Aragón, que permiten que las disputas en *blockchain* se resuelvan en la propia *blockchain*. Además, el autor opina que, dado que los contratos se ejecutan automáticamente en la *blockchain*, cualquier laudo arbitral también puede ejecutarse por sí mismo en la *blockchain*, eliminando así la dependencia de los tribunales nacionales.

Sin embargo, el autor reconoce los retos que implica un proceso de este tipo y examina su compatibilidad con el marco de arbitraje internacional existente. Al hacerlo, el autor examina ciertos obstáculos, como la ausencia de una sede para el arbitraje en *blockchain*, la falta de nacionalidad de un laudo arbitral emitido en la *blockchain*, que bien puede dar lugar a problemas en la ejecución de un laudo en *blockchain* en virtud de la Convención de Nueva York. Además, debido a que los árbitros en un mecanismo de resolución de disputas de *blockchain* no están obligados a razonar su laudo y simplemente están obligados a *votar* a favor de una parte, puede poseer un desafío para los árbitros, ya que están obligados a razonar un laudo en virtud del art. 31 (2) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Para superar los problemas mencionados y algunos otros, el autor se muestra partidario de un nuevo marco jurídico basado en la tecnología *blockchain*: la *lex cryptographica*, que se supone que es similar a una *lex mercatoria* en el contexto de *blockchain*. El autor subraya que, para crear un ordenamiento arbitral basado en *blockchain*, es importante legitimarlo asegurándose de que cumple tres requisitos previos: la facultad de formular normas, resolver litigios y hacer cumplir las normas. Además, el autor sugiere que el orden arbitral de *blockchain* necesita establecer un marco para resolver las disputas de contratos inteligentes y, por lo tanto, debe regular sus actividades internas y promulgar directrices para regular la interacción entre los órdenes arbitrales de *blockchain* y los sistemas jurídicos nacionales (por ejemplo, las normas de política pública en el mundo de *blockchain* en comparación con el mundo físico).

El autor concluye reconociendo la necesidad de desarrollar nuevas normas sustantivas que se adapten al mundo de la cadena de bloques y los contratos inteligentes, es decir, la *lex cryptographica*, un conjunto de normas administradas a través de contratos inteligentes autoejecutables. El autor opina que, al igual que la *lex mercatoria*, la *lex cryptographica* se derivará principalmente de la práctica y de las normas sociales que rigen los contratos inteligentes y, como tal, puede ser necesario desarrollar un enfoque jurídico para equilibrar los mundos *on-chain* y *off-chain*.

IV. DIVERSIDAD EN EL ARBITRAJE

1. KABIR DUGGAL Y AMANDA LEE, *A 360- DEGREE, KALEIDOSCOPIIC VIEW OF DIVERSITY AND INCLUSION (OR THE LACK THEREOF) IN INTERNATIONAL ARBITRATION*¹⁵

En este artículo, los autores ofrecen una visión holística de las cuestiones relativas a la diversidad y la inclusión en el arbitraje internacional y la necesidad de diversidad en el arbitraje internacional. Los autores afirman que, aunque hay muchas razones para la falta de diversidad en los árbitros, algunas de las principales son (a) la insuficiente información sobre árbitros diversos; (b) el sesgo inconsciente; (c) la naturaleza confidencial de los arbitrajes. Los autores proponen además que, dado que los árbitros designados son a menudo socios senior de un bufete de abogados, la falta de diversidad en el arbitraje está profundamente arraigada en las culturas y prácticas de los bufetes de abogados que excluyen a las mujeres y a otras minorías de ocupar puestos de responsabilidad. Además, los autores examinan otras cuestiones relacionadas con la diversidad, como la paridad de género y la infrarrepresentación de los árbitros LGBTQ+ y de los árbitros con discapacidades físicas y mentales.

Para argumentar sus argumentos, los autores presentan numerosas estadísticas y encuestas que demuestran la falta de diversidad en el arbitraje. Estas estadísticas sugieren que la mayoría de los árbitros proceden de Norteamérica y Europa Occidental, mientras que hay un número insignificante de árbitros procedentes del África Subsahariana, Oriente Medio, África del Norte y Asia Central.

Sin embargo, los autores reconocen que la comunidad arbitral ha tomado medidas para abordar las cuestiones de la infrarrepresentación de árbitros diversos y la desigualdad de edad, mediante la introducción de iniciativas como (a) Racial Equality for Arbitration Lawyers (REAL), (b) el African Arbitration Atlas –que proporciona un directorio de árbitros internacionales africanos (c) el sitio web *Racial Equity in the Justice System* de la *American Bar Association*– que proporciona recursos e información sobre justicia racial; (d) *Young Arbitrators Forum* (YAF) de la CCI –una red mundial de más de 10.000 jóvenes árbitros, que organiza eventos educativos y de tutoría; (e) *Young Lawyer Rule* introducida por el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos– que permite a los jóvenes abogados argumentar e interrogar a los testigos, si el abogado principal y el cliente están de acuerdo; y (f) una red LGBTQIA para los miembros de la Corte de la CCI introducida por la CCI.

15. Kabir Duggal y Amanda Lee, «A 360- Degree, Kaleidoscopic view of Diversity and Inclusion (or the lack thereof) in International Arbitration», 33(1), *The American Review of International Arbitration* 15 (2022).

Para concluir, los autores recomiendan que, para promover la diversidad en el arbitraje, es imperativo reconocer activamente nuestros prejuicios, responsabilizar a todas las partes interesadas, tomar medidas activas para designar árbitros con antecedentes diversos, incluir cláusulas de compromiso con la diversidad en los acuerdos de arbitraje, ofrecer más oportunidades de tutoría en las facultades de Derecho y crear una sólida red de apoyo de bufetes de abogados, lo que puede garantizar que las oportunidades de establecer contactos no se limiten a hombres predominantemente blancos.

2. DEVORAH SPIGELMAN, *JAY-Z AND THE CASE FOR DIVERSITY IN ARBITRAL TRIBUNALS*¹⁶

En este artículo, el autor examina la falta de diversidad en los tribunales arbitrales y la infrarrepresentación de los abogados afroamericanos en el arbitraje. El autor identifica los beneficios de la diversidad y afirma que, entre otros beneficios, la diversidad fortalece las relaciones con los clientes, ya que les tranquiliza cuando se encuentran con un abogado que se parece a ellos y que procede de un entorno similar. El autor afirma además que, aunque cada vez hay más minorías que se incorporan a la profesión jurídica, el mundo de la resolución alternativa de litigios (RAL) sigue estando dominado por hombres blancos. La autora reconoce la ironía y opina que, aunque la ADR se considera a la vanguardia del progreso, es mucho menos inclusiva en términos de representación.

El autor examina la falta de diversidad en los ADR poniendo un ejemplo, más concretamente, el caso Jay-Z. El autor explica que en 2018, Shawn C. Carter, popularmente conocido como Jay-Z, impugnó un acuerdo de arbitraje y solicitó su suspensión por violación del orden público por parte de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la institución administradora. El Sr. Carter alegó que, al no incluir a ningún árbitro afroamericano en su lista, la AAA violaba la Ley de orden público de Nueva York contra la discriminación racial. Cuando surgió un litigio entre el Sr. Carter y el Iconix Brand Group, las partes debían designar árbitros de la lista de árbitros de la AAA. Sin embargo, al recibir la lista de árbitros, el Sr. Carter se indignó al descubrir que en una lista de más de doscientos árbitros, no había ningún árbitro afroamericano.

Basándose en el caso de Jay-Z, el autor sugiere que la falta de diversidad en los ADR se deriva de una historia sistémica de exclusión y discriminación. El autor afirma además que aunque varias empresas, instituciones y paneles tocan el cuerno de la diversidad, rara vez toman medidas concretas para incor-

16. Devorah Spigelman, «Jay-Z and the Case for Diversity in Arbitral Tribunals», 33(1) *The American Review of International Arbitration* 69 (2022).

porarla en sus propias organizaciones. Sin embargo, en el caso anterior, la AAA adoptó ciertas medidas correctivas al reconocer su falta de árbitros pertenecientes a minorías, ofrecer una lista de árbitros afroamericanos para que el Sr. Carter eligiera y aplicar otras medidas para garantizar una mayor diversidad.

Para concluir su nota, la autora recomienda que la necesidad del momento es crear un diálogo en la comunidad de ADR y que las organizaciones tomen medidas activas para garantizar la diversidad y la inclusión de todos los grupos minoritarios.