

# GUARDANDO LAS APARIENCIAS: LA APARIENCIA COMO MOTIVO PARA CUESTIONAR ÁRBITROS O SUS DECISIONES

Francisco González de Cossío\*

## De nuestra conducta respecto del público

El respeto a la opinión exige que nos abstengamos de todo aquello que, a pesar de ser intrínsecamente bueno, no ofrece al mismo tiempo una *apariencia* de bondad. Como la sociedad es nuestro único juez en todo lo que mira a nuestra conducta externa, y ella generalmente juzga por las *apariencias*, claro es que por más inocentes que sean los móviles a los ojos de la moral y del decoro, la sociedad nos condenará irremisiblemente; y entonces, el escándalo que habremos causado, vendrá a turbar completamente la satisfacción que hayamos podido encontrar en la pureza de nuestra conciencia.

*Manual de Carreño*<sup>1</sup>

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje, imparcialidad, independencia, apariencia, recusación, nulidad de laudos.

**SUMARIO:** El análisis del cumplimiento del requisito de imparcialidad por los árbitros ha incluido la apariencia que las circunstancias generan. Su alcance preciso, alcance e implicaciones sin embargo no eran claros y generaban diferencia de opinión. Cuatro casos recientes han utilizado la *apariencia* como premisa dispositiva de la conclusión a la que llegaron, que ha sido severa. Al hacerlo, han contribuido en forma importante al acervo de conocimiento sobre la materia.

**SUMMARY:** Fulfillment of the impartiality requirement by arbitrators has included assessing the appearance of circumstances. The precise scope and implications however were not clear and were debated. Four recent cases have used the concept of *appearance* as the dispositive reason to reach serious decisions involving the validity of the award. In so doing, they have contributed to the corpus of knowledge on the matter.

I.	CASOS .....	2
A.	HALLIBURTON V CHUBB .....	3
1.	Imparcialidad .....	3
2.	Revelación .....	5
3.	Privacidad y confidencialidad .....	6
4.	Parcialidad demostrada por no revelar .....	6
B.	EISER V ESPAÑA .....	7
C.	BEG V ITALIA .....	10
D.	SUN YANG .....	12
II.	COMENTARIO .....	14
III.	CONCLUSIONES .....	21

---

\* Árbitro internacional. Abogado de parte en casos complejos, particularmente de construcción y energía. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcoossio@gdca.com.mx.

<sup>1</sup> Manuel Antonio Carreño, *Manual de Carreño. Urbanidad y Buenas Maneras*, Editorial Nueva Imagen, 2018, §III.3. (énfasis añadido)

Las apariencias son *socialmente* importantes. ¿Deben serlo *jurídicamente*? Casos recientes sostienen que sí. Que, como advertí en un ensayo de 2002,<sup>2</sup> el árbitro se parece a la mujer del Príncipe a según Maquiavelo: “no solo debe ser casta y pura, debe aparentarlo”.

No es evidente sin embargo cuándo existe un problema de apariencia. Tampoco cuál deber ser la consecuencia. Y en una materia que reposa en la *especialidad*, no es inusual que sus practicantes no sean vastos detonando así relaciones frecuentes que podrían suscitar cuestionamientos de apariencia. Pero el que los verdaderos expertos no abundan ocurre en todas las materias especializadas. Ello lógicamente genera interacción frecuente entre los expertos—y en capacidades diferentes. La interacción frecuente engendra relaciones humanas: a veces profesionales, a veces académicas, a veces sociales. Dicho nido de relaciones torna relevante y frecuente la discusión sobre cuándo se generan situaciones que suscitan dudas de apariencia, y cuándo no. Casos recientes ponen el tema en la mira de una manera digna de escudriñar. A continuación, resumo los casos (§I), para luego ponderar sus implicaciones (§II) proponiendo algunas conclusiones (§III).

## I. CASOS

Casos recientes han tomado decisiones importantes utilizando como premisa nodal la apariencia de imparcialidad:

- (1) *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/13/36, emitido por un comité *ad hoc* en un proceso de nulidad de un laudo de inversión conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”). Laudo de 11 de junio 2020 (“*Eiser v España*”).
- (2) *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd* (antes *Ace Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48. Sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra de 27 de Noviembre de 2020 (“*Halliburton v Chubb*”).
- (3) Caso *BEG S.P.A. v Italy*, Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 20 de mayo de 2021 (“*BEG v Italia*”).
- (4) Decisión de 22 de diciembre de 2020 de la primera Cámara (derecho civil) del Tribunal Federal Suizo en el caso *Sun Yang v. World Antidoping Agency (WADA) y Fédération Internationale de Natation (FINA)* en la cual se solicitó la nulidad del laudo arbitral del *Tribunal Arbitral du Sport* en el caso CAS 2019/A/6148 (“*Sun Yang v WADA y FINA*”).

---

<sup>2</sup> *Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros*, Jurídica 32, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2002, p. 459. Desarrollo la idea en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 5ª ed., México, 2018, p. 480 *et seq.*

Estos casos citan conducta de un árbitro como generadora de un problema de apariencia: en los primeros tres casos existió una falta de revelación. En el cuarto manifestaciones en redes sociales. En todos, lo ocurrido arrojó consecuencias delicadas. El análisis seguido en cada uno hace una aportación interesante a la materia.

#### A. *HALLIBURTON V CHUBB*

*Halliburton v Chubb* involucró designación repetida de un árbitro en tres casos con cierto traslape sustantivo involucrando a una parte de las partes en disputa, que no fue revelada por error inintencional. La cuestión a resolver fue doble: en palabras de la Corte Suprema de Inglaterra:

(i) whether and to what extent an arbitrator may accept appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party without thereby giving rise to an appearance of bias, and (ii) whether and to what extent the arbitrator may do so without disclosure.

[(i)Hasta qué punto un árbitro puede aceptar designaciones en múltiples casos respecto de la misma materia o una materia con traslapes sustantivos con solo una parte en común sin que ello genere riesgo de sesgo; y (ii) hasta qué punto puede hacerlo sin revelar]

La Corte analizó la cuestión bajo un cuádruple prisma: (1) el deber de imparcialidad, (2) deber de revelación, (3) privacidad y confidencialidad, y (4) si una falta de revelación es demostrativa de una falta de imparcialidad. A continuación resumo el razonamiento seguido.

### 1. Imparcialidad

La Corte comenzó por calificar el deber de imparcialidad como “cardinal”. Y dicho deber se extiende a todo juzgador, juez o árbitro. Siendo una situación intelectual, y ante la imposibilidad de “abrir ventanas al alma” (“*make windows into men’s souls*” en sus palabras) para constatar su ánimo (consciente o inconsciente), explicó que era necesario enfocarse en lo que se observa: en las apariencias.<sup>3</sup> Y al respecto expuso el siguiente parámetro de análisis (el *test* a aplicar):

Whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased.

[Si un observador sensato e informado consideraría que los hechos generan una posibilidad de sesgo]

Dicho estándar de referencia es tildado de “observador objetivo”. Es semejante al de dudas justificadas de UNCITRAL—que es el estándar en México<sup>4</sup> y muchas otras

---

<sup>3</sup> *Halliburton v Chubb*, ¶51.

<sup>4</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

jurisdicciones importantes del mundo. La Corte Suprema lo explicó como ni complaciente ni displicente; ni indebidamente sensitivo o sospechoso.<sup>5</sup>

La disquisición tacleó desde el comienzo las implicaciones de la cuestión, poniéndolas en el centro de discusión:<sup>6</sup>

There are many practitioners whose livelihood depends to a significant degree on acting as arbitrators. This may give an arbitrator an interest in avoiding action which would alienate the parties to an arbitration, for example by assertive case management against the wishes of the legal teams who are presenting their clients' cases

[Existen muchos practicantes que su subsistencia depende en un grado significativo su actuar como árbitros. Esto puede derivar en un desaliento al momento de tomar acción que alejan a la partes de un arbitraje, por ejemplo el claro manejo de los casos en contra de los deseos de los equipos legales de quienes estan representando a las partes en los casos]

La aplicación apropiada del *test* objetivo (*fair-minded and informed observer*) debe tomar en cuenta:

- (1) Las características del arbitraje internacional;
- (2) El derecho a designar expertos;
- (3) Industria compuesta por personas dedicadas a actuar como árbitros;
- (4) El que las partes pueden tener información limitada de la persona designada, su reputación y experiencia – aunque en casos importantes ocurra que las partes dediquen recursos importantes a investigar a la persona para cerciorar que se trata de una persona adecuada (la reputación y la experiencia son las consideraciones de un observador objetivo al analizar si existe apariencia de sesgo); y
- (5) La utilización de tácticas de los representantes para ganar el caso, mismas que pueden incluir oportunismo. Ante ello, el juez debe ser cuidadoso en que exista una verdadera posibilidad de sesgo.

La Corte Suprema hizo ver que el deber aplica por igual a *todos* los miembros del tribunal arbitral. Haciendo eco de debates que el medio arbitral ha vivido, y casos que han hecho una distinción entre presidente y coárbitros,<sup>7</sup> concluyó por rechazar la distinción en aplicación respecto del coárbitro y el presidente del tribunal.

---

<sup>5</sup> *Halliburton v Chubb*, ¶53.

<sup>6</sup> *Id.* ¶59.

<sup>7</sup> Por ejemplo, el siguiente caso de Estados Unidos: *Certain Underwriting Members of Lloyds of London v Florida* (2018) 892 F 3d 501; 2018 US App Lexis 15377 the United States Court of Appeals for the Second Circuit.

## 2. Revelación

La Corte analizó la cuestión sobre si la revelación es un deber jurídico o una buena práctica. Tomo nota que la corte inferior (la Corte de Apelación) la caracterizó como un deber jurídico. Asintió con dicha conclusión razonando que:

- (1) Es un término implícito en el ‘contrato’ entre el árbitro y las partes. No solo es buena praxis, es un deber jurídico. Y ello incluye no solo el deber de revelar cuando nombrado, sino el deber de revelar al momento de pre-designación; de consideración como árbitro.
- (2) Sin dicho paso, las partes no se enterarán de la existencia de circunstancias que pudieran dar dudas justificadas sobre el deber de imparcialidad de un árbitro. Si no se entiende como tal y se observa, pueden existir circunstancias que justifiquen un cuestionamiento (inclusive la nulidad de un laudo, pero que nunca salen a relucir. Por ende, la obligación de revelación se relaciona con el deber de justicia (*fairness*) pues es necesario para que la parte esté enterada de los vínculos que puedan existir.
- (3) Consideró significativo el que tres instituciones arbitrales carentes de un interés en el resultado del caso, sino un interés en la integridad y reputación de Inglaterra como sede, abogaran a favor de reconocer tal deber jurídico. Razonaron que promovían la transparencia en arbitraje y son consistentes con las mejores prácticas de la *International Bar Association* (“IBA”) y los requisitos de instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“ICC”) y la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”).

Conclusión: el deber de revelar es un deber jurídico; asegura la integridad del proceso arbitral.

La Corte Suprema trató tres temas relacionados con esta conclusión: el estándar de revisión a seguir, el momento para hacerlo, y si dicha conclusión no propicia sobre-litigiosidad. Resumiré lo razonado al respecto.

**Estándar:** la Corte explicó que la obligación de revelación implica un examen objetivo. Difiere de la apreciación (subjctiva) sobre si existen dudas justificadas sobre imparcialidad. El deber legal de revelar se detona por circunstancias de menos importancia: siempre que sean relevantes y materiales respecto de la determinación sobre la imparcialidad del árbitro y podrían razonablemente arrojar una conclusión adversa.

**Tiempo:** Respecto del tiempo, que puede tener una incidencia importante en la determinación, concluyó que las circunstancias que deben evaluarse son aquellas existentes al momento de la evaluación del cuestionamiento (no el momento en que ocurrió la no-revelación).

**Litigiosidad:** La Corte analizó si ello no invita sobre-litigiosidad. Observando que empíricamente no había elementos para considerarlo, hizo ver que la revelación de un hecho que no justifica cuestionamiento no debe preocupar pues, de ocurrir, el cuestionamiento (por ejemplo, por motivos tácticos) sería rechazado. Pero si no se exige revelación pueden existir hechos que justifiquen el cuestionamiento que nunca habría ocurrido por el hecho que no se reveló.

### 3. Privacidad y confidencialidad

La Corte exploró el impacto que el deber de revelación tiene respecto de la privacidad y la confidencialidad. ¿Debe el árbitro, previo a revelar, obtener el consentimiento expreso de las partes del arbitraje sobre si la revelación debe hacerse?

La Corte sostuvo que no. El árbitro puede revelar la existencia del arbitraje y la identidad de la parte en común sin la necesidad de obtener consentimiento expreso por ello. El consentimiento puede inferirse de la acción de buscar nominación o la designación como árbitro. Está implícito. Un consentimiento adicional para dicha revelación específica es por ende innecesario. Como resultado, el deber de respetar la privacidad y la confidencialidad no deben entenderse en el sentido que prohíben todas las formas de revelación de la existencia de un arbitraje. Pero el deber de revelar no significa que el árbitro tiene un cheque en blanco en el uso de la información: debe usarse únicamente para el objetivo para el cual fue divulgado; no debe utilizarse para revelar lo que sea.

### 4. Parcialidad demostrada por no revelar

Sobre la ausencia de revelación como motivo para *ipso facto* concluir ausencia de imparcialidad, la Corte de Apelación sostuvo que:<sup>8</sup>

... non-disclosure of a matter which should have been disclosed but did not on examination give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality could not in and of itself justify an inference of *apparent* bias; something more was required.

(énfasis añadido)

[la falta de revelación de una cuestión que debió ser revelada significa que, una vez examinada no da lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, no puede en sí justificar una inferencia de sesgo *aparente*; se necesita algo más.]

La Corte Suprema analizó la aseveración y, aunque no es claro si confirma o revoca dicho razonamiento, dijo dos cosas interesantes:<sup>9</sup>

An arbitrator, like a judge, must always be alive to the possibility of *apparent* bias and of actual but unconscious bias. The possibility of unconscious bias on the part of a decision-

---

<sup>8</sup> *Halliburton v Chubb*, ¶38.

<sup>9</sup> *Id.* ¶70.

maker is known, but its occurrence in a particular case is not. The allegation, which is advanced in this case, of *apparent* unconscious bias is difficult to establish and to refute. One way in which an arbitrator can avoid the *appearance* of bias is by disclosing matters which could arguably be said to give rise to a real possibility of bias.

(énfasis añadido)

[un árbitro, como un juez, debe siempre estar despierto a la posibilidad de sesgo *aparente*, sea actual o subconsciente. La posibilidad de sesgo inconsciente de parte de un tomador de decisión es conocida, pero su ocurrencia en un caso particular no lo es. La alegación de sesgo subconsciente aparente que se presenta en este caso es difícil de establecer y de refutar. Una manera en que el árbitro puede evitar la *apariencia* de sesgo es revelando cuestiones que podrían discutiblemente dar lugar a una posibilidad de sesgo.]

that an arbitrator may fail to make disclosure for entirely honourable reasons, such as forgetfulness, oversight, or a failure properly to recognise how matters would *appear* to the objective observer. But ... “[h]owever understandable the reasons for it, the fact of non-disclosure in a case which calls for it must inevitably colour the thinking of the observer.<sup>10</sup>

(énfasis añadido)

[un árbitro puede no divulgar por motivos totalmente honorables, como lo son olvidar, descuido o no percatarse cómo algo puede *parecerle* a un observador objetivo. Sin embargo, por más comprensibles que sean las razones, la no-revelación en un caso en que ésta debió ocurrir inevitablemente influye en el pensar del observador.]

Conclusión: no revelar constituye la violación a un deber jurídico, mas no es probativo de parcialidad. Puede sin embargo incidir en la determinación de *apariencia* de imparcialidad.

## B. *EISER V ESPAÑA*

En *Eiser v España* se solicitó la nulidad de un laudo de inversión puesto que uno de los árbitros del tribunal arbitral examinado tenía un vínculo con los expertos ofrecidos por una de las partes: durante 15 años utilizó los servicios periciales del perito y la firma de la que es parte. Y dicho vínculo no fue revelado en el arbitraje. El Comité *ad hoc* sostuvo que el vínculo tenía por efecto:

- (1) Que el tribunal se constituyó incorrectamente pues el árbitro debió haber revelado la relación con el perito. Ello actualiza la causal de nulidad de laudo contenida en el artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Id. ¶73.

<sup>11</sup> *Eiser v España*, ¶228.

- (2) Un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento pues la relación pudo haber tenido un efecto material en el laudo.<sup>12</sup> Ello actualizó la causal de nulidad del artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

Algunos aspectos del razonamiento seguido son dignos de destacar dado los fines de este ensayo.

El Comité *ad hoc* comenzó por indicar que no puede haber mayor amenaza a la legitimidad e integridad de un proceso o laudo que la ausencia de imparcialidad e independencia de los árbitros. En sus palabras:<sup>13</sup>

there can be no greater threat to the legitimacy and integrity of the proceedings or of the award than the lack of impartiality or independence of one or more of the arbitrators.

[no puede haber mayor amenaza a la legitimidad e integridad del procedimiento o bien del laudo, mismo que pueden carecer de parcialidad o independencia de más de un árbitro.]

Cimentó el principio haciendo alusión al caso *Blue Bank*,<sup>14</sup> donde se indicó:<sup>15</sup>

Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both “protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.” Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the *appearance* of dependence or bias.

(énfasis añadido)

[La imparcialidad se refiere a la ausencia de la influencia o predisposición hacia una parte. La independencia se caracteriza por la ausencia en el control externo. La independencia e imparcialidad “protegen a las partes de los árbitros que han sido influenciados por los factores externos a los hechos del caso.” Los artículos 57 y 14(1) de la Convención del CIADI no requieren la probanza de una dependencia o influencia actual, sin embargo; es suficiente establecer la *aparencia* de dependencia o sesgo.]

---

<sup>12</sup> Id. ¶253.

<sup>13</sup> Id. ¶175

<sup>14</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties’ Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 de noviembre de 2013.

<sup>15</sup> *Eiser v España*, ¶206.



El Comité *ad hoc* explicó que no puede existir un proceso justo ni el ejercicio del derecho de la defensa ante un tribunal que no es independiente e imparcial.<sup>16</sup> Para realizar la determinación anterior enfatizó que:<sup>17</sup>

What matters is that an independent observer, on an objective assessment of all the facts, would conclude that there was a manifest *appearance* of bias on the part of [the arbitrator].

(énfasis añadido)

[Lo que importa es que un observador independiente, haciendo una evaluación objetiva de los hechos, concluya que hubo una apariencia de influencia manifiesta por parte del árbitro.]

El motivo: la relación entre el árbitro y el perito “crean una *apariciencia* manifiesta de sesgo” (“creates a manifest *appearance* of bias”, mi énfasis),<sup>18</sup> pues:<sup>19</sup>

... such lack of independence and impartiality, whether actual or manifestly *apparent*, by even one arbitrator, in a three member tribunal, constitutes a departure from a fundamental rule of procedure.

(énfasis añadido)

[Dicha falta de independencia e imparcialidad, si bien manifiestamente actual o aparente por tan solo un árbitro, en un tribunal arbitral compuesto por tres, constituye una desviación de una regla fundamental del procedimiento.]

Ello pues:<sup>20</sup>

...whether the manifestly *apparent* lack of impartiality on the part of [the arbitrator] may have had a material effect on the Award under Article 52(1)(a) and Article 52(1)(d), i.e. whether the departure from a fundamental rule of procedure was “serious.”

(énfasis añadido)

[si la manifiestamente *aparente* falta de imparcialidad por el árbitro pudo haber tenido un efecto material en el laudo de acuerdo con los artículos 52(1)(a) y 52(1)(d), es decir, si la desviación de la regla fundamental del procedimiento fue seria.]

Explayó los efectos de la apariencia de imparcialidad de formas diversas. Por ejemplo, hizo la (interesante) apreciación que la unanimidad del laudo no cura la apariencia de imparcialidad de un árbitro. Vale la pena citar su explicación *in extenso*:

... unanimity does not impede annulment. This is axiomatic because it is impossible for an annulment committee to pierce the veil of a tribunal’s deliberations or poll arbitrators.

---

<sup>16</sup> Id. ¶239. En sus palabras: “*There can be no right to a fair trial or a right of fair defense without an independent and impartial tribunal.*”

<sup>17</sup> Id. ¶219.

<sup>18</sup> Id. ¶220.

<sup>19</sup> Id. ¶243.

<sup>20</sup> Id. ¶244.

Irrespective of the independence and impartiality of the two other arbitrators on the Tribunal, each member of the Tribunal, including [the arbitrator], is expected to have influenced the other two with his views and analysis, during the course of deliberations. It is in the very nature of deliberations that arbitrators exchange opinions and are persuaded or influenced by the opinions of their colleagues. That makes us conclude that it would be unsafe to hold that [the arbitrator's] views and analysis could not have had any material bearing on the opinions of his fellow arbitrators. It is not improbable that they had such effect and, therefore, excluding this possibility from consideration would go against the nature of deliberations.<sup>21</sup>

the views of each arbitrator influence and are expected to influence the views of the others, during deliberations. The influence of [the arbitrator] on his co-arbitrators would have been perceived differently in every material respect, had they known the full facts and extent of his and [his firm's] longstanding relationship with the [expert's firm] and the [expert]<sup>22</sup>

[la unanimidad no obstaculiza la anulación. Esto es axiomático, ya que es imposible para el comité de anulación perforar el velo de las deliberaciones del tribunal o votación de los árbitros. Independientemente de la independencia e imparcialidad de los otros dos árbitros en el Tribunal, es de esperarse que cada miembro del Tribunal, incluyendo [el árbitro], haya influenciado a los otros dos con sus puntos de vista y análisis durante las deliberaciones. Está en la naturaleza de las deliberaciones que los árbitros intercambien opiniones mismas que son persuadidas o influenciadas por las opiniones de sus colegas. Eso nos hace concluir que sería peligroso el matener que los puntos de vista y análisis [del árbitro] no hayan tenido algún tipo de peso material en las opiniones de sus colegas. No es improbable que hayan tenido dicho efecto, por lo tanto, el excluir esta posibilidad como consideración iría en contra de la naturaleza de las deliberaciones.

Los puntos de vista de cada árbitro influye y se espera que influya en los puntos de vista de los otros durante las deliberaciones. La influencia [del árbitro] en sus co-árbitros pudo haber sido percibida de manera diferente en cada aspecto material, habiendo tenido todos los hechos y el alcance de las relaciones de [su despacho] con el [despacho del experto] y el [experto]]

Como puede observarse, la *aparencia* de imparcialidad fue una cuestión crucial en la determinación de la existencia de dos causales de nulidad del laudo.

### C. *BEG V ITALIA*

*BEG v Italia* ventiló la validez de un laudo arbitral que versó sobre una disputa relacionada con una planta hidroeléctrica en Albania. Uno de los árbitros del tribunal arbitral que emitió el laudo fue miembro del Consejo de Administración, Vicepresidente y apoderado de una entidad aguas-arriba de una de las partes. La Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo comenzó su análisis haciendo la siguiente declaración de principio:<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Id. ¶246.

<sup>22</sup> Id. ¶250.

<sup>23</sup> *BEG v Italia* ¶128. Citas omitidas.

In order to ascertain whether a tribunal can be considered “independent” for the purposes of Article 6 § 1, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an *appearance* of independence

(énfasis añadido)

[Para poder determinar si un tribunal se puede considerar “independiente” para efectos del artículo 6 § 1, debe prestarse atención, *inter alia*, en la designación de los miembros y el término de la misma, la existencia de garantías afuera de la presión y el hecho de presentar una independencia *aparente*.]

Concluyó que el vínculo del árbitro con la parte tenía por efecto el que careciera de independencia e imparcialidad objetiva, lo cual se traducía en una violación a su derecho a un juicio justo de conformidad con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dice:

In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law.

[En la determinación de sus derechos civiles y obligaciones... todos están sujetos a una audiencia justa ... por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley.]

El vínculo entre el árbitro y una de las partes resultaba contrario a ello por motivos de *apariencia*. Y como explicó:

... even *appearances* may be of a certain importance, a principle that is reflected in the adage “justice must not only be done, it must also be seen to be done”.<sup>24</sup>

(énfasis añadido)

[Las apariencias pueden tener cierta importancia, un principio que es reflejado en el refrán “no solo debe hacerse justicia, debe aparentarse”]

Repitió y reiteró el punto más adelante:

... the Court reiterates that *even appearances may be of a certain importance* ... seen from the point of view of an external observer, could legitimately give rise to doubts as to his impartiality.<sup>25</sup>

(énfasis añadido)

[La Corte reitera que las *apariencias* tienen cierta importancia ... visto desde el punto de vista de un observador externo, pueden legítimamente existir dudas con respecto a su imparcialidad.]

Como puede observarse, las apariencias figuraron en forma importante en el razonamiento de la Corte de Estrasburgo.

---

<sup>24</sup> Id. ¶132.

<sup>25</sup> Id. ¶149.

D. SUN YANG

En *Sun Yang v WADA y FINA* el señor Sun Yang, nadador nacional de la República Popular China, campeón de la medalla de oro en 2012 fue sujeto a un control de dopaje. Existió una manipulación y destrucción del contenedor que contenía la prueba de dopaje, incluyendo el romper el formato del control de dopaje. El tribunal arbitral determinó que ello actualizó el caso particular de dopaje (“*doping*”) consistente en manipulación (“*tampering*”), lo cual fue contrario al artículo 2.5 de las *FINA Doping Control Rules*.<sup>26</sup> Como resultado, se sancionó al nadador con ineligibilidad durante ocho años.<sup>27</sup>

El Tribunal Federal Suizo anuló el laudo.<sup>28</sup> El motivo fue que se hallaron tweets en redes sociales emitidos por el presidente del tribunal arbitral que decían lo siguiente (que cito en el idioma original y *ad extenso* dada su importancia analítica y trascendencia en lo ocurrido):

Show the HORROR THIS IS CHINA TODAY!! I'm sure nobody will have the courage to respond to me!!! Ambassador of China to Italy, where are you??? Are you silent on the tortures on dogs in Yulin???

Let's multiply our messages! Invade in China with our protest against horror and torture on stray dogs and cats, as they try to invade our markets with fake products!! Raise our voice, otherwise we are in complicity!

Hell forever for those bastard sadic chinese who brutally killed dogs and cats in Yulin, with the complicity of the chinese authorities !!!

This yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog, deserves the worst of the hell!!! Shame on China, pretending to be a superpower and tolerating these horrors!!

Racist??? Me?? ehi guy, I repeat: those horrible sadics are CHINESE! not French or Italian or polish! And I think they deserve a worse hell than the one in which they torture innocent animals!!Chinese is Yulin!!! Do you want to defend!! come on, shame!!!

Old yellow-face sadic trying to kill and torture a small dog: this is China's picture!!! Westerners doing rich business with China bear in mind these atrocities

---

<sup>26</sup> CAS 2019/A/6148 - *World Anti-Doping Agency v. Sun Yang & Fédération Internationale de Natation*. Laudo de 28 de febrero de 2020.

<sup>27</sup> El tiempo obedeció a que existía una violación anti-dopaje previa (de 2014) que, conforme al régimen aplicable, exige duplicar la sanción ante dopaje por reincidencia.

<sup>28</sup> *Sun Yang c. 1. Agence Mondiale Antidopage (AMA), 2. Fédération Internationale de Natation (FIN A)*. 4A\_318/2020. Arrêt du 22 décembre 2020, Ire Cour de droit civil.

<sup>29</sup> Tweet de 28 de mayo de 2018.

<sup>30</sup> Tweet de 20 de mayo de 2018.

<sup>31</sup> Tweet de 3 de julio de 2018.

<sup>32</sup> Tweet de 28 de mayo de 2019. Este mostró un video de personas que arrojaban cosas a un perrito.

<sup>33</sup> Tweet de 28 mayo de 2019.

<sup>34</sup> Tweet de 2 de junio de 2019 en respuesta a una publicación de otra persona en redes sociales.

Torturing innocent animal is a flag of chinese! Sadics, inhumans with the protection of Chinese authorities and the tolerance of western powers focusing on more business with China, regardless any massive violence! Shame on china and their protectors!<sup>35</sup>

El Tribunal Federal Suizo anuló el laudo. Razonó que lo acontecido generaba un problema de *apariencia*. Así lo vería un tercero observador razonable. El párrafo que engloba la parte medular del razonamiento dice:<sup>36</sup>

... poco importa que el árbitro inculpinado sea subjetivamente consciente o no del hecho que sus declaraciones parezcan criticables desde el punto de vista objetivo. Solo la apreciación objetiva de las circunstancias alegadas es decisiva para fundar una demanda de recusación. Si las circunstancias citadas, consideradas desde el punto de vista de un tercero razonable que tenga conocimiento de lo ocurrido son del género que puede hacer dudar sobre la imparcialidad de un árbitro por crear una *apariencia* de precaución. Dado lo que se observa, el motivo de recusación presentado es fundado. Hay lugar a admitir la demanda de revisión y anular el laudo...

(énfasis añadido)

Como puede verse, la *apariencia* fue un motivo clave de la conclusión.

La conclusión detona discusiones diversas, como la exhaustividad con la que debe investigarse un árbitro (lo que algunos llaman “deber de curiosidad”), lo que implica para la libertad de expresión de los árbitros, y su aportación a la jurisprudencia de dopaje (es extremadamente raro que se anule un laudo de dopaje). Sin embargo, nuestro enfoque será la cuestión de apariencia. Al respecto, el Tribunal Federal Suizo hizo algo interesante. Dejó claro que la conclusión no descansa en la existencia de activismo *per se*. Puso un ejemplo llamativo: si un árbitro indio que se opusiera en redes sociales a la crueldad visible en una corrida de toros, ¿sería ello suficiente para cuestionar al árbitro si fuera designado en un caso que involucre una sanción disciplinaria en contra de un atleta español?

La respuesta probablemente sería *negativa*—en ausencia de circunstancias corroborativas. Éstas se encontraron presentes en este caso: el árbitro en el caso utilizó expresiones extremadamente violentas, en forma repetida, y que aludían a la nacionalidad y raza. El Tribunal Federal citó las frases “*yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog deserves the worst of the hell*”; “*those horrible sadics are CHINESE!*”; “*Old yellow-face said trying to kill and torture a small dog*”, entre otros. De estas frases, nótese el acento subjetivo: la apelación a China y las características físicas. Al respecto, el Tribunal Federal Suizo concluyó que las palabras “*yellow face*” fueron

---

<sup>35</sup> Tweet de 9 de junio de 2019.

<sup>36</sup> Párrafo 7.9. En palabras del tribunal “...importe peu que l'arbitre inculpiné soit, subjectivement, conscient ou non du fait que ses déclarations apparaissent critiquables d'un point de vue objectif. Seule l'appréciation objective des circonstances alléguées à l'appui d'une demande de récusation est en effet décisive. Or, en l'occurrence, les circonstances précitées, considérées du point de vue d'un tiers raisonnable en ayant connaissance, sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de l'arbitre mis en cause et à créer une *apparence* de prévention. Sur le vu de ce qui précède, le motif de récusation avancé par le requérant s'avère fondé. Il y a dès lors lieu d'admettre la demande de révision et, partant, d'annuler la sentence attaquée. ...”.

lamentables (“*maladroït*” en sus palabras). Y que tales calificativos eran inadmisibles. Constituyeron el *quid* de la determinación de hechos que generaban un problema de **apariencia**.

## II. COMENTARIO

Aceptar que la apariencia *sin más* es motivo suficiente para cuestionar a un árbitro o la validez o ejecutabilidad de un laudo tiene implicaciones interesantes e importantes. Las comentaré a la luz de las características del sistema arbitral internacional y su praxis.

Es conveniente comenzar por dejar claro lo que se discute de lo que no: este ensayo se circunscribe a la apariencia *desnuda*; sino motivo alguno adicional que permita concluir que se acredita la falta de imparcialidad; su ausencia solo se aparenta. La aclaración es pertinente pues es fácil que el diálogo sobre ello se desvíe a discusiones sobre parcialidad *demonstrada*. Inclusive se observa que parte del debate existente incluye considerar que no revelar algo digno de revelación puede ser motivo suficiente para concluir que ha quedado *demonstrada* la ausencia de imparcialidad—algo que no puede concluirse de los casos recientes. Lo que los casos han hecho es mucho más sutil: habiendo determinado que no hay parcialidad *demonstrada*, el que existan circunstancias que solo generan sospecha, *apariencia*, es *eo ipse* suficiente para cuestionar con éxito. El tema, correctamente planteado, es sutil y profundo.

Comencemos de general a particular: se observa algo interesante en el medio arbitral. Quienes se dedican a esta materia aparecen en capacidades diversas en casos diversos. Ello ha detonado una pregunta que deseo escudriñar en el contexto de nuestro tema (apariencia): ¿es ello aceptable? Se trata de una pregunta sencilla, pero que si se considera con detenimiento se descubrirá que es sutil y profunda. Y percibo poco explorada.

Antes de contestar, doy contexto a la interrogante. Se observan árbitros en un caso que son abogados de parte en otros, y aún expertos en otro. Me vienen a la mente personas con las cuales he compartido tribunales arbitrales, que en casos posteriores he designado como árbitros en casos que abogo (pues como coárbitro constaté su seriedad, inteligencia y profundidad), y que en otros casos me encuentro sea como expertos, asesores o representantes. Y de la interacción nace amistad—a veces intensa.<sup>37</sup> En algunos casos, personas que actuaron—inclusive actúan— como árbitros se convierten en adversarios: ambos representamos a clientes distintos involucrados en una disputa sometida al arbitraje.

---

<sup>37</sup> Cuando la amistad se funda en este tipo de relaciones suele existir algo distinto a lo que se observa cuando la actuación como árbitro ocurre ante una amistad pre-existente: un valor entendido consistente en que el deber de imparcialidad no cede ante una relación social, por más intensa que sea la amistad. Y ello propicia una amistad profunda: una basada en respeto.

Expuesto el contexto, retomemos la interrogante: ¿es deontológicamente aceptable lo anterior?

Debemos comenzar por reconocer que lo descrito no es frecuente. La apreciación *in limine* es útil pues algunos estamos tan inmersos en ello que ya no nos percatamos de lo peculiar que ello puede parecer a otros.

El fenómeno descrito deriva del régimen, filosofía y praxis arbitral.<sup>38</sup> Y su frecuencia ha crecido pues su utilización ha crecido. Y no solo en volúmen, ha crecido en variaciones sutiles.<sup>39</sup> Ello es resultado de la creciente utilización de la herramienta arbitral para materias, problemas y retos diversos. Y en la medida en que la sofisticación y experiencia de estas materias y problemas crece, también crece la frecuencia y peculiaridad del fenómeno observado.

Debemos comenzar por comprender que el reflejo analítico de muchos será una predisposición contraria a la que tienen (tenemos) quienes lo vivimos con frecuencia:<sup>40</sup> quienes provienen del litigio están acostumbrados a que existen dos bandos: los abogados y los jueces. Y estos no se mezclan: mientras que los jueces tienen *su* espacio y hacen *sus* relaciones (profesionales y sociales) con sus pares, los abogados también tienen *su* espacio, en donde ocurre lo mismo: interacción de personas con el mismo perfil. Y como agua y aceite, no se mezclan.

Con este trasfondo, es con algo de sorpresa que un litigante observa que en el arbitraje ambos bandos están mezclados: los juzgadores (los árbitros) y los abogados de parte se relacionan en el mismo espacio social. Y no solo eso, a veces se identifican:

---

<sup>38</sup> El arbitraje se funda en la libertad. La libertad para resolver los problemas de una manera diversa a la opción natural (el derecho fundamental a obtener justicia del Estado). Y dicha libertad supone mayoría de edad de sus actores. Es decir, no es un régimen tutelar del género que se observa en otras materias. Es una materia que contiene pocos límites para permitir que sus artesanos hagan lo que quieran en aras de colmar las necesidades y preferencias de los intereses que representan. Se trata por ende de un régimen dúctil. Ello hace de la materia una valiosa: confiere a sus participantes elementos para hacer lo que quieran en aras de colmar las necesidades y preferencias que puedan tener: de dar valor. Ello es valioso por útil. Pero aparejada a dicha libertad hay—como en toda libertad—un límite: que no haya un motivo *de principio* para establecer un límite. Y es en este contexto que surge la interrogante planteada en el texto.

<sup>39</sup> Como todo mercado, ante su desarrollo surgen sub-mercados o segmentos de mercado. Y en estos también hay participación de practicantes de arbitraje. Ejemplifica el punto el financiamiento de casos. Dicha actividad exige insumos de expertos. Opiniones de personas que en otras capacidades actúan como árbitros o abogados de parte.

<sup>40</sup> La práctica frecuente, particularmente cuando intensa, arroja lecciones que se asimilan y decantan en formas de manejar la situación. Quienes creen en el arbitraje lo hacen con ética: sabemos que tenemos en nuestras manos un valor importante. Si a ello se suma las psicologías de grupo existentes (la comunidad del arbitraje se caracteriza por premiar la virtud; la especialización; la preparación), como resultado se decantan paulatinamente normas sociales que acendran el valor. Éstas se interiorizan. Se convierten no solo en naturales a nuestra práctica, sino cosustanciales a la misma. Y así operamos. Por ende, cuando alguien las cuestiona esgrimiendo dudas que están resueltas por nuestra forma de concebir y entender nuestra praxis, nos mostramos sorprendidos: “¿por qué el (aveces acerbo) cuestionamiento, si lo que ocurre está bien?” razonan algunos. Y se maneja bien.

Si se pondera sobre esto, se observará que detrás de todo hay un problema de comunicación.

ambos actúan en casos diversos en capacidades diversas. Esto hace del arbitraje una materia peculiar, cuando se le compara con otras en donde ocurre adjudicación.

Con dicho contexto, deseo proponer una contestación a la interrogante que sirva de inicio de una discusión. Propongo que no hay motivo *de principio* para cuestionar lo descrito. Es posible que existan motivos *casuistas* para objetarlo, pero no admiten generalización. Exigen tomar medidas *en ciertos casos*, respecto *de ciertas personas*, pero no exige una solución *genérica*. Lo que es más, propondría que adoptar prohibiciones genéricas ante situaciones casuistas tendría como resultado mal-derecho: límites que vedan opciones para quienes desean utilizar la ductibilidad de la materia para resolver sus problemas de una manera acorde a las características del problema, las necesidades de sus partes, o simplemente sus preferencias. Es decir, en una frase, se trataría de **sobre-regulación**.

Habiendo propuesto que no hay motivos *de principio* para repudiar lo descrito, es de reconocerse que pueden haber motivos para actuar *en ciertos casos*. Dependiendo de la particular situación de las partes o las circunstancias de un caso en particular. Para ejemplificar, comenzaré con un escenario sencillo que iré complicando *in crescendo*.

Piénsese en la situación en que Juana Pérez es árbitro en caso 1 y abogado de parte en caso 2, con las siguientes variantes:

- a) La árbitro en caso 1 es abogada de parte en caso 2, y no existe coincidencia de partes. En este caso, no hay motivo alguno para cuestionar. No se observa lesión a derecho de parte alguna. Por ende, el único cuestionamiento que puede hacerse es de principio: ¿hay algo *in natura* incorrecto en la actuación dual árbitro y abogado de parte?

Se escuchan algunas quejas al respecto, quejas que por más que aguijoneo no encuentro sustanciación: a las personas (que son pocas) que les he escuchado este cuestionamiento, se caracterizan por no dar explicación, solo suposición, al indagar sobre el motivo por el cual les preocupa. En los casos en que ello ha ocurrido, observo que la observación (a veces crítica) proviene de colegas especializados y dedicados al litigio judicial.<sup>41</sup> Mi lectura de ello es que no es más que un caso de preferencias adaptativas; de *path dependence*: preferimos aquello a lo que estamos acostumbrados. Cuando los he interpelado para conocer el motivo que anima su inquietud, nunca he escuchado una razón por la que deba concluirse que actuar como abogado de parte y como árbitro es inherentemente incorrecto.

- b) Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre **A** y **B** y abogada de parte en caso 2 donde participan **B** y **C**: existe coincidencia de una de las partes en ambos casos. En esta

---

<sup>41</sup> La excepción a esta aseveración lo son las voces críticas del *double-batting* en arbitraje de inversión. Ello está motivado por el problema de conflictos sustantivos (*issue-conflicts*). Esto es distinto, y suscita cuestiones distintas, a lo aquí tratado, por lo que no lo abordo. (De desear abundar, *vid* González de Cossío, Francisco, 'Issue Conflicts: A Net Cast Too Wide?', BCDR International Arbitration Review 6, no. 1 (2019): pp. 107–126). ([www.gdca.com.mx/publicaciones](http://www.gdca.com.mx/publicaciones))



situación habría que indagar cómo llegó a ser árbitro (quién la designó). En caso que haya sido designado en caso 1 por la parte que representa en caso 2, habría un vínculo del género que debe revelarse. Ello no significa que automáticamente deja de existir independencia o que es *ipso iure* imparcial. El que dicho vínculo sea un óbice exige discernir otras cosas. Es para realizar esta determinación que surge el deber de revelar.

- c) Juana Pérez y John Smith son árbitros en caso 1 y son abogados de parte de partes distintas en caso 2. No se observa necesidad de tener que revelar nada: no hay derecho alguno lesionado.
- d) Juana Pérez es árbitro en caso 1 y experto en caso 2. De no haber coincidencia de partes, no hay nada que revelar.
- e) Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre **A** y **B**. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre **A** y **B**. No hay nada que revelar pues ambas conocen todo.
- f) Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre **A** y **B**. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre **B** y **C**, siendo ofrecida por **C**. No hay nada que revelar: en caso 1, no hay interés alguno que pueda ser lesionado. Tampoco en caso 2: fue designado por **C**, por lo que no hay vínculo.
- g) Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre **A** y **B**. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre **B** y **C**, siendo ofrecida por **B**. Existe un vínculo con una de las partes en caso 2 que debe revelarse en caso 1.
- h) Juana Pérez representa a **A** en caso 1 en contra de **B**, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez y John Smith son ambos designados árbitros por **A** y **B**. No hay nada que revelar, todos conocen todo.
- i) Juana Pérez representa a **A** en caso 1 en contra de **B**, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez es designada árbitro por **A** en contra de **B**, representado por John Smith. No es necesario revelar: todos conocen todo. Esta situación es interesante, sin embargo, pues suscita preocupaciones de difícil generalización.

Primero, ¿será ello aceptable? ¿Existirá un vínculo suficiente para recusar con éxito? La respuesta podría ser positiva, pero imposible de concluir apodícticamente: pueden haber circunstancias que maten.<sup>42</sup> Por ejemplo, la ausencia de concurrencia; el que haya pasado tiempo. E inclusive cuando ello no

---

<sup>42</sup> En un caso en el que actué como abogado de parte, mi adversario escogió como árbitro a un socio anterior del abogado de cabecera de mi cliente (que fue quien me invitó a representar) y con el cual el abogado de cabecera y árbitro designado habían tenido una separación desagradable. ¿Es recusable dicho árbitro? El abogado de cabecera me transmitió su preocupación respecto del árbitro pues su relación estaba seriamente lastimada. Y lo que el árbitro haría sería pasar juicio sobre la legalidad de la estrategia de negocios creada y defendida por el abogado de cabecera: clima propicio para hacer quedar mal a su anterior socio. No había actuación alguna que sirviera de asidero para una recusación, sin embargo.

ocurre, hay personas tan correctas, tan definidas, tan claras en sus deberes en capacidades diversas, que es posible que se acepten. En el ejemplo descrito, ello es decisión de **B**. Para que pueda ejercerla en forma informada, debe revelarse.<sup>43</sup>

Segundo, ¿puede (¿debe?) presumirse la existencia de animadversión como resultado de la rivalidad existente al defender un interés diverso? ¿Es ello motivo para recusar?<sup>44</sup> Mientras que en algunos casos la rivalidad genera situaciones desagradables, en otros es semilla de una amistad (como en kindergarden: de una pelea de puños nace una amistad).

- j) Juana Pérez representa a **A** en caso 1 en contra de **B**, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez es designada árbitro por **A** en contra de **C**, representado por John Smith. Es necesario revelar en caso 2 el vínculo en caso 1.
- k) Juana Pérez representa a **A** en caso 1 en contra de **B**, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, ambos son designado árbitros por **X** y **Y**. ¿Deben revelarse ello? Propondría que solo si las características del caso 1 fueron tales que se generó animadversión. Ello pues tendrán que trabajar juntos y la animadversión puede no lograrlo. Con la revelación, las partes pueden tener elementos para discernir si desean que esas partes sean árbitros en caso 2.<sup>45</sup> (Esta hipótesis trae aparejada una serie de problemas que ni siquiera intentaré resolver, pues son totalmente casuistas. Por ejemplo, si una de las partes objeta, pero la otra consciente. ¿El que una de las partes haya designado al árbitro conociendo la animadversión debe ser una consideración? ¿Permitirá razonar que la designación fue de mala fe: para sabotear el buen funcionamiento del tribunal en caso 2?)

Los hechos descritos no agotan el tema.<sup>46</sup> La realidad es sencillamente demasiado compleja para presentar un listado exhaustivo de todo lo que puede ocurrir. Y es previsible que existan matices que realizar, sobre todo respecto de las respuestas propuestas, mismas que variarán dependiendo de las circunstancias del caso. Además,

---

<sup>43</sup> Cuando lo desconoce, lo cual no ocurre en el ejemplo planteado, sino el siguiente: escenario (j), pero menciono para hacer ver los matices que pueden existir.

<sup>44</sup> Los Lineamientos de la *International Bar Association* sobre Conflicto de Interés en Arbitraje Internacional consideran la enemistad en la lista “naranja” es decir, como situaciones que deben ser analizadas caso por caso para determinar si una situación determinada puede dar lugar a dudas justificadas sobre de imparcialidad e independencia. (“*Enmity exists between an arbitrator and counsel appearing in the arbitration*” es la forma en que está contemplado en el lineamiento 3.3.7).

<sup>45</sup> Esto añade una capa adicional de análisis que nos sitúa fuera de la materia de este ensayo, pero que es pertinente a la consideración pues, al pactar arbitraje las partes desean que el tribunal arbitral funcione debidamente. Que cumpla sus objetivos. La experiencia internacional arroja casos en que el tribunal arbitral no funcionó bien, y en ocasiones generó demoras y a veces causales de nulidad. Es por ello que merece ser considerado como algo a revelar—aunque exceda el foco de atención original: independencia e imparcialidad respecto de las partes y sus abogados.

<sup>46</sup> Divulgo haber revisado los escenarios descritos varias veces, haciendo en cada ocasión matices. Y de ello nuevos escenarios e ideas han surgido. Entre más pienso sobre las mismas, más reflexiones novedosas surgen. Por ende, suplico que se entiendan como un análisis en ciernes, no una forma conclusiva de entenderlos.

no abordan otras situaciones como lo pueden ser el compartir órganos en organizaciones diversas (como personas morales, organizaciones altruistas, instituciones arbitrales). Esto último ocurre no infrecuentemente por alguno de los siguientes dos factores: las personas a quienes se les confía actuar como árbitro suelen ser ya sea especialistas o personas respetadas; con autoridad (en su sentido sociológico). Dichas características motivan actuación en capacidades diversas. En sí, propongo que ello no debe preocupar —especialmente si se considera la opción: vetar a dichos personajes como árbitros implicaría reducir innecesariamente el universo de opciones para decidir problemas o para ocupar órganos de importancia: un resultado innecesariamente sobre-prohibitivo. Lo que dicho análisis propicia sin embargo es decantación de lo que debe exigirse para actuar como árbitro, de lo que no. Y si ello puede generar problemas de **apariciencia**.

Si se observan los escenarios propuestos, el factor que detona el deber de revelar es ya sea la existencia de coincidencia *de partes*, no la pluralidad *de roles*. O que hay algo en las relaciones entre los representantes que debe ser conocido. Pero no es la actuación en capacidades diversas *en sí* lo que motiva el cuestionamiento. Esto es importante, pues está en el centro de discusión. Debe ser el foco de la atención. Y es lo que debe normar la solución al problema.

La duda que ello suscita es si ello es deontológicamente aceptable. Propondría que la respuesta correcta a dicha posibilidad es positiva. Y milita a favor de no adoptar reglas o prohibiciones *generales*, sino formas diversas de decidir. *La adopción de una regla genérica es apropiada cuando las circunstancias admiten generalización tal que justifica la regla*. Cuando ello no es el caso, la mejor aproximación a los dilemas que el tema detona es adoptar decisiones particularistas:<sup>47</sup> justo lo que el derecho arbitral y la mayoría de los reglamentos arbitrales hace: confiar la decisión a un séquito de expertos invitados por las instituciones arbitrales a ocupar órganos de decisión.

Lo anterior es útil de enfatizar pues se observa una tendencia reciente a querer atender esta temática con reglas, más que estándares. Propongo que el régimen actual—que exige ser independiente e imparcial: dos estándares preñados de contenido—es una solución más apropiada a la problemática enfrentada que comenzar a elaborar reglas detalladas diversas que generalizan a partir de la excepción.

El foco de atención debe ser *uno*, y se mantiene constante en todos los escenarios plurifacéticos que pueden darse: *la imparcialidad*. Lo anterior es digno de énfasis puesto que se observa que muchos cuestionamientos parecen poner el acento en aspectos secundarios. Lo que la descripción demuestra, propongo, es que *el* valor a fomentar para que todo el sistema funcione es la existencia de *imparcialidad*. Enfocarse en otras cosas distrae. Provoca decisiones subóptimas.

---

<sup>47</sup> Como explica Frederick Schauer, existen dos formas de tomar decisiones: (1) basada en reglas (*rule-based decision-making*), y (2) basada en las particularidades del caso (*particularistic decision-making*) (*Playing by the Rules, A Philosophical Explanation of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford, New York, 1991, p. 149 *et seq.*)

Es cierto que la imparcialidad es un estado de ánimo. Y en ausencia de una ventana al alma de las personas, la forma en que uno puede aquilatar la existencia de imparcialidad es observando los hechos: algo así como el cuadro clínico que usan los médicos para del mismo extraer conclusiones indirectas sobre causas: patologías. Pero el ejercicio, que de sí no es reprochable, es necesariamente imperfecto. Y dicha imperfección (que no señalo con el afán de cuestionar sino evidenciar algo que de ello se deriva) tiene como resultado, dado el *Zeitgeist* visible hoy en día, que, entre las ranuras del sistema, se cuelen árbitros que son parciales pero que los hechos no permiten recusar exitosamente. O siquiera exigir revelación.

Tomar nota de lo anterior es importante pues parecería que mucha de la crítica visible tolera *parcialidad* siempre que sea *independiente*. Como resultado, algunos sortean el sistema a su favor, eligiendo árbitros parciales mas no recusables.<sup>48</sup> Ello es lamentable pues *el* valor que debe ser el foco de atención es la *imparcialidad*, no la *independencia*.

---

<sup>48</sup> Estos son los verdaderamente peligrosos. Y algunas personas recurren a ellos para sacar ventaja. Esta praxis es deplorable. Utiliza la maravilla del valor del arbitraje para propiciar exactamente lo que se quiso evitar. Éste debe ser nuestro foco de preocupación, no discusiones exageradas sobre actuación en roles diversos.

### III. CONCLUSIONES

El concepto jurídico “imparcialidad” no solo consiste en la libertad de espíritu, sino la apariencia de ello. Como dice el viejo adagio, no solo debe hacerse justicia, sino que debe aparentarse que se hace. Como se dijo en *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy*:<sup>49</sup>

*Not only must Justice be done; it must also **be seen to be done.***

El aforismo es aplicable al arbitraje, como casos recientes lo demuestran. Y los principales corolarios que la experiencia comentada arroja son los siguientes:

- (1) Los requisitos de independencia e imparcialidad aplican por igual a todos los miembros del tribunal arbitral. No existe diferencia entre coárbitro y presidente.
- (2) La determinación sobre el cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad sigue un análisis mixto: objetivo y subjetivo.<sup>50</sup> Mientras que el *subjetivo* versa sobre las características de la persona (su reputación, trayectoria, comportamiento), el *objetivo* consiste en qué opinaría un tercero observador desinteresado que es sensato y está informado. Un “*fair minded and informed observer sees conduct as giving rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality*” – *Halliburton* dixit. Y es en dicho contexto que la apariencia puede jugar un papel.
- (3) Este régimen es el mejor método para manejar el dilema que se observa con frecuencia en arbitraje. Contrasta con la adopción de reglas genéricas o prohibitivas, que son imperfectas y subóptimas. Que sobre-regulan innecesariamente restándole opciones al usuario. Logra de mejor manera la sabia advertencia del Manual de Carreño:<sup>51</sup>

a veces los malos se presentan en la sociedad con cierta apariencia de bondad y buenas maneras, y aun llegan a fascinarla con la observancia de las reglas más generales de la urbanidad, por que la urbanidad es también una virtud, y la hipocresía remeda todas las virtudes. Pero jamás podrán engañar por mucho tiempo, a quien sepa medir con la escala de la moral los verdaderos sentimientos del corazón humano.

---

<sup>49</sup> [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

<sup>50</sup> El momento de la evaluación es importante. *Halliburton v Chubb* sostiene que ello debe ocurrir al momento de la evaluación de los hechos, no necesariamente al momento en que ocurrió la no-revelación. Ello no es abordado *expressis verbis* por otros casos, pero el método seguido podría apoyarlo. Habrá que ver qué dice la experiencia posterior (pues la determinación no carece de implicaciones).

<sup>51</sup> Manuel Antonio Carreño, *Manual de Carreño. Urbanidad y Buenas Maneras*, Editorial Nueva Imagen, 2018. Principios Generales, Capítulo Primero, §37.