

# IMPARCIALIDAD: TRES DILEMAS

Francisco González de Cossío

Empirical sciences are systems of theories. The logic of scientific knowledge can therefore be described as a theory of theories. ... Theories are nets cast to catch what we call 'the world': to rationalize, to explain, and to master it. We endeavour to make the mesh ever finer and finer.<sup>1</sup>

Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*

EXORDIO.....	2
<i>El ejemplo de Don José Luis Siqueiros</i> .....	2
<i>Deontología</i> .....	2
<i>Dilemas: Teorizando con practicidad</i> .....	3
<b>I. IMPARCIALIDAD: REQUISITO ONTOLÓGICO, ADEMÁS DE DEONTOLÓGICO .....</b>	<b>3</b>
<b>II. DILEMAS .....</b>	<b>4</b>
A. CÓMO ACTUAR ANTE PARCIALIDAD FLAGRANTE.....	4
1. <i>No hacer concesiones</i> .....	5
2. <i>Esquinar argumentativamente</i> .....	6
3. <i>Predisposición negativa contra las opiniones disidentes</i> .....	6
(a) Aproximación negativa .....	7
(b) Erradicando el derecho a designar.....	9
(c) Diferir es natural.....	11
(i) Colegialidad <i>v</i> individualidad .....	12
(ii) Los métodos del Derecho .....	12
(iii) Diferir es positivo .....	12
B. QUÉ HACER CUANDO ANTE COMUNICADOS <i>EX PARTE</i> .....	15
C. QUÉ HACER CUANDO DOS COÁRBITROS HAN ACORDADO UN LAUDO SIN DELIBERAR CON EL TERCERO.....	16
1. <i>Deliberar</i> .....	17
(a) Noción.....	17
(b) Deliberar: ¿un derecho? .....	19
(c) Deliberar: ¿una obligación! .....	19
2. <i>Consecuencia de ausencia de deliberación</i> .....	20
(a) Deliberar: voluntad de las partes .....	20
3. <i>Cumplimiento de la obligación de deliberación</i> .....	21
<b>III. COMENTARIO FINAL .....</b>	<b>28</b>

La imparcialidad es un requisito. Debe ser más. Propongo que pasemos del *concepto* de imparcialidad, a una *teoría* sobre imparcialidad. El motivo: tejer un manto que no sólo *proteja* los fines del requisito, sino que confiera un marco conceptual a utilizar ante situaciones grises o extremas.

<sup>1</sup> Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, Routledge, London, 1935, 2010, pp. 37-38.

## EXORDIO

### El ejemplo de Don José Luis Siqueiros

Este ensayo busca honrar a mi querido maestro y mentor, Don José Luis Siqueiros, proponiendo una teoría de la imparcialidad, siguiendo un método socrático: comentando dilemas que la práctica arroja. Al hacerlo, tengo en mente la ocasión que Don José Luis fue atacado en público durante una conferencia por el laudo *Metalclad v México*.<sup>2</sup> Yo estaba sentado junto a Don José Luis. Fue con atención —que se convirtió en admiración— que observé su (estoica) ausencia de reacción al ataque público que recibió por el mismo. Cómo observaba y escuchaba al personaje que públicamente, y viéndolo de frente, criticaba con aspereza su laudo.<sup>3</sup> (Estábamos en la segunda fila del público, habiendo no más de cuatro metros entre nosotros y el podio de donde hablaba el crítico.)

El episodio me hizo pensar no solo sobre lo delicado del papel del árbitro, sino cómo las personas comprometen sus ideales justo cuando más deberían seguirlos: el ponente era (es) una buena persona. Un profesional serio, pero que estaba en una situación poco envidiable: resentir el reproche de su cliente (funcionarios mexicanos) ante un laudo desfavorable respecto de un problema que generó vergüenza pública.

### Deontología

Quienes nos dedicamos a representar legalmente a personas ante problemas, a abogar, nos encontramos necesariamente en dicha situación. Y quien ha tenido la experiencia de recibir un laudo (u orden procesal) que toma una decisión cuestionable, extraña o abiertamente incorrecta ante lo que se argumentó en un caso, sabe que ello no es agradable.<sup>4</sup> Pero esos son los gajes de este oficio. Quien no pueda soportarlos, debe considerar cambiar de actividad. Lo que considero que no se puede hacer es agredir o cuestionar la ética del emisor o la legitimidad del sistema solo por que no te conviene la decisión. Sin embargo, esto último ocurre—y mucho.

He sabido de varios casos en que abogados frustrados cuestionan la ética del árbitro que no les dio la razón. El paso es criticable. No por que no pueda justificarse en algunos casos, sino porque mucha de la queja ocurre por el sencillo hecho que no se favoreció el interés defendido. He visto muchos laudos de calidad cuestionable, y muy

---

<sup>2</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1. Laudo de 30 de agosto de 2000.

<sup>3</sup> Se trataba de un representante legal del caso.

<sup>4</sup> Siempre existe el riesgo que el evaluador malentienda. Dicho riesgo crece en la medida en que la complejidad del caso crece. Y no puede dejarse de lado la posibilidad de que sea la parte, o su abogado, quien esté equivocado.

pocas veces he visto que la crítica de la misma provenga de quien ganó.<sup>5</sup> Ello es prueba de que la crítica no es intelectualmente honesta, sino emocionalmente anclada.

*Errare humanum est* implica en nuestra materia que al invitar a un tercero a intervenir en nuestro caso, uno no espera *perfección*, espera *profesionalismo*—y de ambos lados: atacar al tercero (el árbitro) por no compartir nuestra perspectiva debe ser deplorado por deontológicamente reprochable.<sup>6</sup>

### **Dilemas: Teorizando con practicidad**

El cuestionamiento que hago tiene como trasfondo una forma de entender el papel del árbitro y el del abogado de parte. Una filosofía. Una teoría. Es mi deseo compartirla y sustanciarla a través de su aplicación en tres casos extremos; tres dilemas:

- (1) Cómo debe actuarse cuando ante un árbitro *flagrantemente* parcial.
- (2) Qué debe el tribunal arbitral hacer cuando se sospecha que un coárbitro está sosteniendo comunicados *ex parte*.
- (3) Qué hacer cuando dos coárbitros han acordado un laudo sin deliberar con el tercero.

A continuación abordo dichos dilemas, no sin antes proponer una teoría sobre la imparcialidad como marco de referencia.

### **I. IMPARCIALIDAD: REQUISITO ONTOLÓGICO, ADEMÁS DE DEONTOLÓGICO**

Es mi opinión que la imparcialidad es no solo un requisito *deontológico*, sino *ontológico*. Sin ella, no se logra el valor último del arbitraje. Tomo cada aseveración por separado.

La imparcialidad es un elemento que forma parte de la definición misma de ‘árbitro’. Sin dicho componente, la persona que encarna el puesto no es *en verdad* un ‘árbitro’; es algo distinto—posiblemente su antítesis.

La ‘imparcialidad’ es la apertura intelectual. La asequibilidad para ser convencido a favor de una postura u otra —a según cómo varíe la argumentación: *la liberté d’esprit*.

---

<sup>5</sup> Recuerdo la sorpresa que se dibujó en la cara de miembros de mi equipo cuando hacía ver los defectos de un laudo en que se le daba la razón al interés que defendíamos.

<sup>6</sup> Ello es un tino del Código de Ética de 2017 de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Su artículo 7 exige respeto a los árbitros. Su primera oración dice “El abogado debe guardar respeto a los juzgadores, árbitros, mediadores, otros funcionarios y autoridades”. En un caso ya existió una sanción a partes que agredían a árbitros por no decidir a su favor (Queja 001/2018; resolución de 3 de julio de 2019. Resolución de Reconsideración de 21 de noviembre de 2019).

Su antítesis es la *parcialidad*, como sinónimo de *prejuicio*: una postura —un juicio— rígido, preconcebido, inalterable ante argumentación. Se parece a necesidad, pero es más que ello. Incluye un componente de favoritismo. De deseo de que sea *una* de las partes la que prevalezca. El motivo puede variar, pero el resultado es el mismo: se está a favor de *alguien*, no *algo*.

La imparcialidad es inherente, inmanente, al concepto ‘arbitro’. Gracias a la misma, el arbitraje es capaz de cumplir su función; de lograr su valor último. Utilizo la palabra ‘valor’ en su acepción utilitaria: satisfacer la necesidad para la cual el instrumento fue creado.

Al recurrir al arbitraje la *voluntad común* de las partes es contar con la definición de su diferencia a través de la razón. Que la solución derive de la aplicación de principios aceptados: el Derecho. Cuando el tercero lo hace por un criterio diverso, no se logra el propósito. De hecho, se frustra. Se pervierte inclusive. No porque la razón sea infalible, sino por que es equidistante a las partes —y preferible.

Sin la imparcialidad, el resultado es diverso a lo descrito. Ello justifica calificar la imparcialidad como un requisito no solo *deontológico*, sino *ontológico*: es parte del DNA del concepto jurídico ‘arbitraje’; de la institución jurídica ‘árbitro’.

Propongo al lector lo anterior como una *teoría*. Como una forma de hacer sentido de la realidad. Como un contra qué compararla para mejorarla —siguiendo las palabras de Popper en el pensamiento inicial de este ensayo. Si la he hecho sencilla, es porque comulgo con Popper, quien advierte:

Simplicity is desirable ... simple statements, if knowledge is our object, are to be prized more highly than less simple ones because they tell us more; because their empirical content is greater; and because they are better testable.<sup>7</sup>

## II. DILEMAS

### A. CÓMO ACTUAR ANTE PARCIALIDAD FLAGRANTE

La pregunta puede, a primera impresión, parecer banal. Propongo que no lo es. La respuesta no es evidente. Y dependiendo de la respuesta, pueden surgir otros problemas. Sobre todo, puede generar incentivos que ya sea la toleren o inclusive fomenten.

Comencemos por el adjetivo: “flagrante”. Su inclusión busca discernir entre casos de parcialidad leve de parcialidad extrema. Solía pensar que el deber de imparcialidad es absoluto; no se puede relativizar: de la misma manera en que no se puede estar ‘un poco’ embarazada, no se puede ser ‘un poco’ parcial. He cambiado de opinión. Me inclino a pensar que la parcialidad es graduable: existen casos *de minimis* y casos extremos. Y la

---

<sup>7</sup> Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, Routledge, London, 1935, 2010, p. 128.

pregunta que hago se centra en los segundos. Los primeros están autocontenidos. No merecen el tratamiento que ahora propongo pues no detonan el dilema que deseo describir y exponer.

Es importante que tengamos una convicción elevada de que existe parcialidad. La existencia de opiniones diversas no solo no es parcialidad, sino que es natural. Y mucho menos un motivo para cuestionar: el objetivo de contar con un tribunal *plural* es justamente permitir que la decisión se nutra de perspectivas diversas. Lo que deseo abordar es al árbitro sobre el que no queda duda alguna que no está siguiendo el cánón deontológico descrito en la sección I de este ensayo: no es imparcial. No tiene libertad de espíritu. No está dispuesto a ser persuadido de una u otra forma, sino que alberga una conclusión apriorista; una que defenderá a como dé lugar ante quien posiblemente conciba como su rival (el árbitro designado por la otra parte) en aras de persuadir al presidente de que se incline por la parte que lo designó.

Es ante flagrancia que surge la duda sobre qué hacer. Existen perspectivas diversas, y la práctica más frecuente es no tomar paso distinto a simplemente decidir mayoritariamente. Dicha práctica es suficiente en muchos —la mayoría— de los casos. Y posiblemente es la respuesta más sensata. Después de todo, un análisis de teoría de los juegos enseña que la estrategia dominante ante tal situación es justamente la descrita.<sup>8</sup> El motivo: el árbitro flagrantemente parcial suele perder credibilidad y tener poca posibilidad de influir en el sentido del laudo. Ergo, designar árbitros parciales suele ser un *hara kiri*.

Propondría tres cuestiones a tomar en cuenta al considerar cómo proceder: (1) no hacer concesiones; (2) esquinar argumentativamente; (3) no estar negativamente predispuesto hacia una opinión disidente.

## 1. No hacer concesiones

En algunos (afortunadamente pocos) casos he observado que existe un afán por evitar diferencias. De hacer todo lo posible por procurar fallos unánimes. Ello resulta en laudos que hacen ciertas concesiones con el afán de ‘dar algo’ al árbitro disidente para que se sume a la mayoría. Propondría que esa no es la labor de un tribunal arbitral. Los árbitros estamos para aplicar el Derecho —de sí, una labor difícil. Si a dicho esfuerzo se suman consideraciones como la criticada, el resultado es que el cometido no se logra. Y se resta certeza. Además, se premia conducta incorrecta, incentivándola. Viendo que ser

---

<sup>8</sup> *Análisis Económico de los Mecanismos Alternativos (Rectius: Apropiados) de Solución de Controversias* (Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, No. 38/2020) hace un análisis de teoría de los juegos sobre las estrategias que se detonan ante la decisión de elegir a un árbitro imparcial o uno parcial. El resultado es que la estrategia dominante es escoger a un árbitro imparcial. He explicado dicho modelo en varias conferencias, y discutido el mismo con varios practicantes de arbitraje y algunos expertos en análisis económico del derecho. Como resultado, observo que el modelo es aceptado. Con el tiempo, autocriticamente me he dado cuenta que la suposición clave es la pericia, sensibilidad y fortaleza del presidente del tribunal. Si se relaja la suposición, el modelo puede no capturar adecuadamente el juego.

radicalmente parcial arroja frutos, cierto género de árbitros se inclinará por tal estrategia: les beneficia incrementando designaciones de partes que buscan ventajas indebidas.

## 2. Esquinar argumentativamente

Aún el árbitro parcial merece ser considerado. En casos que he compartido tribunales con árbitros parciales he observado que son juristas inteligentes que tienen mucho que aportar sobre la correcta aplicación del Derecho. Por ende, su retroalimentación debe ser bienvenida —y con mente abierta.

No estando anclada en Derecho, sino en el deseo de favorecer, la parcialidad suele adolecer de carecer de asidero jurídico. Una deliberación ardua no debe temer en evidenciarlo. Y la motivación tampoco hace mal en exponerlo. La aseveración descansa en observar algunos laudos cuya motivación es tan abstracta que parecería que lo que se está haciendo es cobijar en su redacción general diferencia entre los miembros del tribunal. Soy de la opinión que es más sano, y logra mejor el cometido de motivar, el que la motivación sea franca sobre las diferencias que existen en su seno. Que con detalle y franqueza viertan las diferencias que se presentaron en la deliberación. Propongo que ello es preferible a motivar con brocha gorda, lo cual invita la crítica que la teoría de la argumentación llama motivación ‘hipócrita’: que no se indiquen los *verdaderos* motivos por los que se decidió como se decidió.

Lo anterior puede parecer innecesario; evitable inclusive. Sin embargo, hacerlo logra un doble valor. Primero, cristaliza mejor la diferencia. Ello es sano en que a veces no queda claro en qué se difiere. Por extraño que parezca, en órganos plurales (no solo tribunales, sino consejos y otros equipos) en que he participado observo que a veces estamos hablando de lo mismo, pero con palabras distintas. Y me he preguntado si nos hemos dado cuenta de ello. El esfuerzo de decantar la diferencia y reducirla a palabras puede tener por efecto despejar tal posibilidad. Segundo, catarsis. Cuando se observa cómo se concibió, debatió y decidió el punto debatido, se logra un fin catártico —inclusive si se difiere. Ello contrasta con laudos en que el lector alberga dudas sobre si lo que se hizo ver se comprendió por el tribunal —algo que no es raro que ocurra en casos complejos.

## 3. Predisposición negativa contra las opiniones disidentes

La comunidad arbitral tiene una predisposición exageradamente negativa respecto de las opiniones disidentes. Debe repensarse. Si uno examina la literatura arbitral se observará que existe una suposición de actuar indebido del hecho que existan opiniones diversas. Ello raya en fetiche: hay quien critica con aspereza su ocurrencia, inclusive algunos sistemas arbitrales no contemplan la posibilidad de opiniones disidentes.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal Arbitral du Sport*).

El *locus classicus* del tema es el ensayo de Alan Redfern *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*.<sup>10</sup> Existen otros ensayos valiosos. Por ejemplo, el de Peter Rees y Patrick Rohn, *Dissenting Opinions: Can They Fulfill a Beneficial Role?*,<sup>11</sup> el de Mark Beker y Lucy Greenwood, *Dissent-But Only If You Really Feel You Must: Why Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration Should Appear in Exceptional Circumstances*.<sup>12</sup> Más recientemente, casos importantes y comentario sobre eventos relacionados han detonado debate. Por ejemplo, Albert Jan van den Berg, hace un cuestionamiento delicado en su *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investments Arbitration*<sup>13</sup> que Charles Brower y Chip Rosenberg atacan en *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-Van den Berg Presumption That Party-Appointed Arbitrators Are Untrustworthy Is Wrongheaded*<sup>14</sup> y que van den Berg replica en *Charlie Brower's Problem with 100 Per cent-Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*.<sup>15</sup> Y finalmente, la iniciativa de Jan Paulsson de eliminar el derecho a designar árbitro como resultado del riesgo sistémico de incentivos perversos (“moral hazard” en sus palabras) que ello ha detonado.<sup>16</sup>

Del acervo citado y debate descrito me gustaría tomar dos temas como premisas de algo a proponer dados los fines de este ensayo: la aproximación negativa (§a) y la propuesta de erradicar el derecho a designar árbitros (§b). Lo que deseo hacer ver es que disentir es natural; la predisposición negativa en contra debe eliminarse o por lo menos atenuarse (§c).

(a) *Aproximación negativa*

La predisposición negativa deriva de los ensayos clásicos sobre el tema. Por ejemplo, Redfern comienza indicando:<sup>17</sup>

*...leniency towards dissenting opinions ... has gone too far*

Van den Berg retoma dicha observación y propone que *nemine dissentiente!* (no debe haber opiniones disidentes). Utiliza como premisas de tal conclusión el observar que todas las opiniones disidentes que han existido en arbitraje de inversión provienen

---

<sup>10</sup> Arbitration International, Vol. 20, No. 3, LCIA, 2004, pp. 223-242.

<sup>11</sup> Arbitration International, Vol. 25, No. 3, LCIA, 2009, pp. 329-346.

<sup>12</sup> Dispute Resolution International, Vol. 7, No. 1, 2013, pp. 31-40.

<sup>13</sup> *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W: Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 821-843.

<sup>14</sup> Arbitration International, Vol. 29, No. 1, LCIA, 2013, pp. 7-44.

<sup>15</sup> Arbitration International, Vol. 31, No. 2015, pp. 381-391.

<sup>16</sup> Jan Paulsson, *Moral Hazard in International Arbitration*, Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair, University of Miami School of Law, 29 April 2010.

<sup>17</sup> Redfern, *Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly*, *ob. cit.*, p. 242.

de la parte que perdió el caso. Y de la lista de motivos frecuentemente esgrimidos como justificación de la disensión considera que sólo dos son válidas:<sup>18</sup> (i) el que algo haya salido fundamentalmente mal durante el proceso de deliberación (por ejemplo una violación al debido proceso); y (ii) que el árbitro ha sido amenazado: que en ausencia de disensión, correría peligro. Al hacerlo, descarta motivos esgrimidos por practicantes diversos.

En su *post scriptum* de 2009 comenta críticamente la disidencia de un árbitro prominente que, es digno de mención, nunca había disentido. En esta su única ocasión dio como motivo para dar el paso una doble razón: primero, contribuir al debate público (se trataba de un caso de inversión); segundo, su impacto práctico: existirán procesos judiciales por lo que su visión podría ser de utilidad y beneficio a los mismos. Van den Berg considera que los motivos no justifican el paso. El primero confunde el deber del árbitro (que sólo es resolver el problema). El segundo confunde su papel con el del abogado. La primera oración de la opinión disidente comentada contiene lo que en mi opinión puede erigirse es el corolario del punto. La cito junto con su segunda oración para dar el contexto:

Incidental divergences with fellow arbitrators do not, in my view, necessarily require written expression. I have never before felt impelled to dissent. In this instance, I unfortunately find myself in disagreement with respect to the decisive proposition advanced by my two esteemed colleagues, which as far as I can see could be obtained only by an impermissible rewriting of the Treaty ...

Van den Berg comenta dicha oración críticamente pero con simpatía. En su opinión el ‘deber de ejercer juicio independiente’<sup>19</sup> no es justificación de opiniones disidentes. Aceptarlo implicaría que todo árbitro debería disentir ante cualquier diferencia. ¿Dónde trazar la línea entre diferencias que exigen disidencia de otras diferencias?

Charles Brower toma la postura contraria: indica que el cuestionamiento que Paulsson y van den Berg hacen de los árbitros-de-parte es incorrecta por exagerada. Sobre todo, considera que la presunción de que los árbitros-de-parte no son dignos de

---

<sup>18</sup> Enumera las siguientes: (1) El árbitro genuinamente cree que la mayoría esta fundamentalmente equivocada en los hechos y derecho. (2) El árbitro ha escrito una opinion en público (por ejemplo academicamente, en una conferencia, o en un post en internet); (3) El árbitro ha abogado por una opinión diferente como asesor en un caso anterior; (3) El árbitro es asesor en un caso pendiente en donde la mayoría de la opinión no sería favorable para su cliente; (4) El árbitro quiere demostrar a la parte que lo asignó que ésta está en lo correcto al momento de designarlo como asesor y que el abogado lo haría de nuevo en el futuro; (5) El árbitro quiere ayudar a la parte que lo designó intentando frustrar la ejecución del laudo o bien proveer una solución que ayude a que el laudo sea ignorado; (6) El árbitro sufre de exhibicionismo intelectual; (7) Algo fundamentalmente erróneo pasó durante el procedimiento arbitral como por ejemplo una violación seria al debido proceso. (8) El árbitro ha sido amenazado. En ausencia de disidencia corre peligro al regresar a su estado de nacionalidad o residencia. (van den Berg, *ob. cit.*, p. 831.) Esta lista de motivos fue proporcionada en una conferencia de la ABA en Londres el 5 de octubre de 2007.

<sup>19</sup> Artículo 14(1) del Convenio CIADI.



confianza carece de soporte.<sup>20</sup> El fenómeno puede explicarse dado el proceso de elección del árbitro (que considera su perfil y forma de pensar). Además, las disidencias son deseables en que (1) estimulan deliberación; (2) procuran mejores laudos; (3) mejoran la posibilidad de que una parte acepte el laudo (al observar cómo fueron considerados sus argumentos, se mejora su legitimidad); y (4) la ausencia de una disensión puede debilitar un laudo o retardar su ejecución.

(b) *Erradicando el derecho a designar*

Paulsson considera que existe un riesgo sistémico (un “*moral hazard*”) en el sistema actual. Haciendo eco del llamado del Profesor Oxman sobre la fragilidad del sistema legal internacional<sup>21</sup> hace un llamado a hacer un cambio que mejoraría la legitimidad de la institución arbitral: eliminar las designaciones unilaterales.<sup>22</sup> En sus palabras:<sup>23</sup>

*“forbid or at least rigorously police the practice of unilateral appointments”*

Para ello, propone que los árbitros sean elegidos conjuntamente o por un órgano neutral.<sup>24</sup> Darle la espalda a la práctica de designación unilateral mejorará y protegerá la legitimidad de la institución.<sup>25</sup>

Su propuesta descansa en cuatro premisas:

- (1) Nadie aceptaría como legítima una decisión no-favorable si considerara que es producto de arbitrariedad o sesgo (*bias*);
- (2) No existe el derecho a designar árbitro de parte;
- (3) La estadística que 95% de las opiniones disidentes provienen de la parte que perdió. Concede que ello puede no ser poco ético; puede explicarse por la lectura correcta de cómo el árbitro veía los hechos y el derecho aplicable. Sin embargo, el que dichos “cálculos” existan demuestra que las designaciones unilaterales son contrarias a la premisa fundamental del arbitraje: confianza *mutua* en los árbitros.<sup>26</sup>
- (4) La experiencia vivida en casos impresionantes, por ejemplo la disputa fronteriza de Alaska (*Alaskan Boundary case*) que tuvo como origen la compra de Alaska de 1867

---

<sup>20</sup> Brower y Rosenberg, *ob. cit.*, p. 6.

<sup>21</sup> En sus palabras: “the constitutive elements of the international legal system and our engagement with it are more fragile than many of us would prefer to believe”.

<sup>22</sup> Retoma dicho llamado en *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press, 2013) donde dice: “*The best way to avoid such incidents is clearly to abandon the practice of unilateral appointments*” (p. 162) por considerar que dicha práctica es contraria al concepto mismo de “arbitraje” (“*the practice is fundamentally at odds with the very concept of arbitration*”) (Id. p. 156).

<sup>23</sup> Paulsson, *Moral Hazard*, *ob. cit.*, p 8.

<sup>24</sup> Id. p. 11.

<sup>25</sup> Id. p. 14.

<sup>26</sup> Id. p. 9.

y que mediante tratado de 1903 se sometió a la solución por seis “juristas reconocidos e imparciales” (“*impartial jurists of repute*”). Recuenta cómo las personas elegidas por Estados Unidos no reunían dichas características, sino que Theodore Roosevelt intervino mandando a los árbitros cartas iracundas “personales y confidenciales” a tres de los seis “juristas reconocidos imparciales”: los designados por Estados Unidos. El resultado fue que se sacrificaron injustamente los intereses de Canadá. Otro ejemplo fue un caso LCIA (no reportado) en que un árbitro divulgó el sentido del laudo en ciernes a una de las partes durante negociaciones, orillando a que tuviera que reconstituirse y repetirse el proceso. Y finalmente el caso *Loewen*, calificándolo como un “*miscarriage of justice*”. Del mismo, cita fuentes<sup>27</sup> en las que se documenta que los árbitros fueron presionados (en sus palabras “*tremendous pressure that the arbitrators were under to ensure that the United States did not lose*”) y registros que arrojan (*sic*) “*shocking verbatim remarks*”. El que haya existido y se haya documentado conducta incorrecta seria, que viola aspectos básicos de su misión, sin resguardo alguno del daño que le hace a la importante institución del arbitraje nos debe preocupar en, opinión de Paulsson,<sup>28</sup> pues el tema suele estar envuelto en:<sup>29</sup>

.. *improper behaviour is shrouded in urbane subterfuge and hypocrisy*<sup>30</sup>

La propuesta de erradicar el derecho a designar árbitros recibió una respuesta no solo asertiva, sino agresiva—y mundial! No es exageración decir que sacudió la industria.<sup>31</sup> Mientras que para algunos la iniciativa simplemente descansa en una expresión pesimista y exagerada del problema, varios la consideraron iconoclasta. Otros irrealista. Yo me sumaría a la visión que, de aceptarla, se privaría al arbitraje de uno de sus valores más caros: la posibilidad de elegir a la persona idónea para resolver una disputa.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Guillermo Aguilar Álvarez y Michael Reisman, *The Reasons Requirements in International Investment Arbitration: Critical Studies*, 103, AJIL, 2009, p. 635.

<sup>28</sup> Paulsson, *Moral Hazard*, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>29</sup> Id. p. 6.

<sup>30</sup> Debo admitir que, aunque dura, coincido con esta apreciación. Los casos de árbitros parciales que he vivido en mi práctica profesional ostentan justamente eso. Y han fluctuado desde árbitros novedizos que piensan que el ideal de imparcialidad es retórica idealista (pero irrealista) que barniza lo que en verdad es un juego de sacarle ventaja al contrario, incluyendo árbitros que han filtrado el texto del laudo en ciernes y en vías de ser deliberado a la parte que lo designó, hasta árbitros conocidos y reconocidos como senior de la industria que, al momento de la verdad, enseñan el cobre.

<sup>31</sup> La expresión más desarrollada de la propuesta y sus motivos puede consultarse en *The Idea of Arbitration*, *ob. cit.*, §5.4, pp. 153-166.

<sup>32</sup> Añadiría que una de las premisas de la misma es, respetuosamente, errada: la ausencia de derecho a designar. Si uno observa los reglamentos y leyes de todo el mundo, uno observará que la aplastante mayoría de sistemas y regímenes arbitrales contempla el derecho a designar el árbitro. Propondría además que está implícito en la noción de una jurisdicción basada en consentimiento, como lo es el arbitraje. Ello no quiere

Hay algo de dicha discusión que no debe perderse de vista y que es digno de acentuar dado el tema de este ensayo: cómo se ejercer el derecho a designar. La percepción que varios tienen sobre el efecto que una designación tiene sobre la persona que la recibe. La posibilidad de nominar a “tu”<sup>33</sup> juez (el árbitro) detona consecuencias. Para algunos, ser designado árbitro trae consigo una deuda: “ayúdame; es lo menos que puedes hacer dado que te elegí”. Recuerdo con claridad la convicción con la que un abogado decía:<sup>34</sup> “el único motivo para designar a alguien como árbitro es porque te ayudará a ganar”. Para otros, ser designado como árbitro es un honor: la elección reposa en que se desean los conocimientos (conceptuales y experiencia) de la persona propuesta como árbitro. Consideran su juicio tal que es lo que la resolución correcta de la disputa necesita. Y se confía en su ética: decidirá el problema que se somete a su consideración de la mejor manera posible. Y su reputación comunica que estudiará con cuidado el caso y trabajará duro para redactar un buen laudo.

Propongo que la segunda es la mejor visión: ser árbitro es un *nobile officium*. La primera versión adolece de que muy rápido degenera en parcialidad. Se convierte en una resbaladilla mojada (un *slippery-slope*) de conducta incorrecta. Sobre todo, aproxima la cuestión como una forma de sacar ventaja del contrario, de cargar los dados, en vez de comulgar con los ideales de nuestra materia: el valor que da contar con un tribunal totalmente independiente cumple una función social importante —digna de recordar en las difíciles épocas que se viven al momento de escribir estas líneas.

La relevancia de lo anterior para los propósitos de esta reflexión es que el valor que brinda el arbitraje consiste *inter alia* en que puede escogerse a la persona idónea para resolver un problema. Dicho derecho sin embargo puede ser abusado. Ejercido con fines loables o en forma diversa al objetivo para el cual fue creado. Y ello ha propiciado que en esta industria exista una sombra de sospecha sobre las opiniones disidentes.

(c) *Diferir es natural*

Propondría que repensemos la suposición. Para ello, haría ver dos cosas: (i) la ausencia de definición *precisa* sobre el papel del árbitro en un tribunal plurimembre; (ii) la concepción y aplicación del Derecho es *in natura* proclive a diferencias, y (iii) que contar con perspectivas distintas en positivo.

---

de decir que no pueda cambiarse, pactarse en contra o regular distinto. Pero como premisa de la propuesta es errada.

<sup>33</sup> El posesivo es cuestionable: “tu” árbitro no es *tuyo*; es de ambas partes.

<sup>34</sup> El comentario ocurrió en un contexto que yo era presidente de un tribunal en el que él había designado a uno de los árbitros...

## (i) Colegialidad *v* individualidad

¿Cuál es el papel *preciso* del árbitro en un tribunal arbitral: arribar a *una* voluntad común que sea el cimiento de la decisión que constituya el sentido del laudo o exigir que el laudo diga *exactamente* lo que el o ella opina?

Si se medita sobre ello, se obseará que no hay *una* respuesta. Para algunos, implica consentimiento *de todo*. Y uno debe ser congruente. Para otros, la firma del árbitro en el laudo significa que dicha persona fue parte del órgano que arrojó la decisión final; no que necesariamente coincide con todo.

Mientras que los partidarios de la segunda visión defenderán que su corolario es que no se tiene que estar totalmente de acuerdo con todo, los defensores de la primera cuestionarán el desempeño de la misión confiada.

Ambas visiones coexisten en el actuar de los tribunales —mundialmente. Y su respuesta parece ser más el resultado de tradición y cultura jurídica que un principio claro y contundente. Inclusive a veces se observa que lo que se aplaude es diferir. Durante la redacción de estas líneas falleció la gran juez estadounidense Ruth Bader Ginsburg. Los obituarios la llamaron “la gran disidente” (“*The Great Dissenter*”).<sup>35</sup> Algo semejante se dice de Antonin Scalia: se le conoce y reconoce por lo agudo de sus disidencias. Y la literatura sobre su vida y obra acentúan justamente su proclividad a disentir.<sup>36</sup>

¿Qué no ambos son parte de un organo colegiado? ¿Qué comunica el hecho que sus diferencias han sido aplaudidas?

Cierto, ellos son jueces. Su papel podría intenderse distinto.<sup>37</sup> Pero propondría que ello no cambia el punto que estamos discutiendo: como miembro de un tribunal colegiado, ¿cual es el papel preciso de un juez y árbitro?

## (ii) Los métodos del Derecho

¿Por qué no recordar (y aceptar) que el Derecho es un fenómeno complejo? Tal, que invita perspectivas diversas. Además, sus métodos son tales que es natural que detonen diferentes perspectivas.

---

<sup>35</sup> Una de sus biografías se titula justamente “*I Dissent*” (Debbie Levy y Elizabeth Baddeley, Simon & Schuster, 2016).

<sup>36</sup> *Scalia Dissents, Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*, Kevin Ring, Regnery Publishing, Inc. 2004. Otra obra (*Justice Scalia, Rhetoric & The Rule of Law*, Brian G. Slocum y Francis J. Mootz III, University of Chicago Press, 2019) aplaude sus disidencias: “Scalia’s *Windsor* dissent might be remembered as the most influential opinion of his career”. (id. p. 12). I explica (elogiosamente) que “Scalia dit not tone down, but only ratcheted upo the level of invective in his dissents”; “Scalia’s dissents may have more lasting influence than his majority opinions” (id. pp. 12-13).

<sup>37</sup> O no: podría decirse que ambos hacen lo mismo: aplican el Derecho.

Una norma es una abstracción de lo que suele ser la consecuencia deseable ante un conjunto de circunstancias.<sup>38</sup> Pero la realidad es compleja: suele contener elementos que pueden hacer que la consecuencia mecánica que arroja la actualización de la hipótesis normativa de una norma no siempre sea la idónea. Puede ser necesario matizar. Puede ocurrir que, ante hechos *semejantes*, se sigan consecuencias *diversas*. ¿Porqué? Por que la fluidez de la realidad imbuje elementos que pueden ser inocuos en un caso pero dispositivos en otro. Y ello invita diferencias de opinion.

Lo anterior hace que sea natural que los sistemas de adjudicación de todo el mundo arrojen como fenómeno el que las decisiones puedan ser astilladas. Como lo ilustra Constantine Partasides,<sup>39</sup> la mayoría de los sistemas de adjudicación del mundo, incluyendo internacionales, permiten disidencias. Y nadie cuestiona por ese motivo la ética de su emisor. Se entiende que personas razonables pueden pensar distinto. En el medio arbitral dicha posibilidad se ha subestimado dándo más cabida a la sospecha que ello implica parcialidad. Van den Berg lo ilustra con su estadística sobre la frecuencia de las opiniones disidentes: provienen casi siempre del árbitro nombrado por la parte que pierde. El punto parecería que, en sí, fuerza la conclusión de parcialidad. Pero si se medita sobre el dato, hay motivos para pausar. Primero, tomando su propia estadística, el universo total de casos en los que existe opinión disidente es muy bajo respecto del total: 10%<sup>40</sup> de los casos estudiados arrojaron disidencia y este porcentaje desciende con el paso del tiempo. Ello quiere decir que en el 90% restante el árbitro-de-parte no disintió. Segundo, las características de la materia utilizada exigen matizar: el arbitraje de inversión tiene como peculiaridad el que por definición versa sobre problemas políticos. La politización es inevitable, lo cual incrementa la posibilidad de que la persona elegida no lo haya sido en base a la visión honrosa expuesta cuatro párrafos arriba. Por ende, dicha materia es *in natura* inapropiada para generalizar. Tan es así que el porcentaje es muy distinto en arbitraje comercial, donde se observa que en 95% de los arbitrajes comerciales no hay opiniones disidentes.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Vid Frederick Schauer, *Playing by the Rules, A Philosophical Explanation of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford, New York, 1991.

<sup>39</sup> Constantine Partasides, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration*, *Arbitration International*, Volume 18, Issue 2, June 2002, pp. 147–163.

<sup>40</sup> “The Total percentages of dissents (including Chairpersons, unidentified dissenters and dissenters not clearly in favor of either party) were 10.4% in 2004; 8.3% in 2005; 7.8% in 2006; 9.1% in 2007; and 7.6% in 2008” (Albert Jan van den Berg, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investments Arbitration*, en *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W: Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 832).

<sup>41</sup> Paulsson, *ob. cit.*, p. 8.

### (iii) Diferir es positivo

Además de que las diferencias de opinión son naturales, e invitadas por los métodos de nuestra ciencia, propondría que las diferencias de opinión no tienen porqué ser malvistas. Son positivas.

Tenemos una (humana y natural) predisposición negativa respecto de quien piensa distinto a nosotros. Hacia las opiniones diversas. Sin embargo, la experiencia me ha enseñado que quien te comparte una perspectiva diversa no solo no es tu enemigo, es tu amigo: te hace un favor. Como dice el adagio: “we find comfort amongst those who agree with us, and growth amongst those who disagree”.

La realidad es compleja; nuestros sentidos imperfectos; las experiencias disímboles. Una persona que lleva en los hombros la carga de una responsabilidad importante —un líder— debe tener la humildad de entender que una buena decisión requiere no solo ponderación, requiere de un examen de la realidad que sea proclive a considerar todas sus facetas. Y sobre todo los beneficios de la experiencia. Ello se logra contando con perspectivas diversas, particularmente cuando quien la ofrece es una persona inteligente, experimentada, y bien-intencionada. Sobre todo cuando lo que guía su actuar son ideales.

Considerado ello, un tomador de decisión puede encontrar alivio en entender que sus mejores aliados son quienes piensan distinto a él o ella: le dan elementos para tomar una mejor decisión.

No estoy solo en pensar así. Esto es probablemente lo que tenía en mente Jan Paulsson cuando incluyó la siguiente dedicatoria en su (erudito) libro *The Idea of Arbitration*:

For Manne and Mia and for other gentle souls who accept that  
*those who disagree with them may turn out to be right,*  
*and who are therefore never in the wrong.*

(énfasis añadido)

La frase en itálicas debe dar en qué pensar: quienes difieren pueden tener razón, y por ende nunca están equivocados. La utilidad de esta aproximación queda en manifiesto si se considera lo advertido por Cass Sunstein en *Conformity*, donde dicho pensador y profesor hace ver que las diferencias de opinión son positivas; y que su opuesto —la *conformidad*: tema que guía todo su libro— priva a la opinión pública de información que necesita. En sus palabras:<sup>42</sup>

... conformity deprives the public of information that it needs to have.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Cass R. Sunstein, *Conformity: The Power of Social Influences*, New York University Press, New York, 2019.

<sup>43</sup> Id. p. 4.

Dissent can be an important corrective; many groups and institutions have too little of it.<sup>44</sup>

Es por lo anterior que, en el contexto de una teoría de la imparcialidad, propondría que no debe existir una predisposición total o conclusivamente negativa al que existan opiniones disidentes. Debemos evaluarlas en sus méritos: en base a la calidad de los motivos brindados. Punto. Y si en base a ello puede concluirse (*quod non*) que la opinión carece de asidero, entonces estaremos en presencia de un árbitro pícaro.

## B. ¿QUÉ HACER CUANDO ANTE COMUNICADOS *EX PARTE*?

Un caso particular, especialmente delicado, de lo descrito en la sección anterior ocurre cuando un árbitro se presta a sostener comunicados con una de las partes sobre el laudo del caso: lo que comunmente se conoce como “comunicaciones *ex parte*”. Ello es particularmente lesivo cuando las partes están negociando en paralelo al arbitraje. En caso de estar avanzado el caso y habiéndose destilado una tendencia (o proyecto de laudo), de sostener un árbitro comunicaciones *ex parte*, podría transmitir información valiosa a la parte que lo designó, que mucho beneficiaría a la parte que participa en las negociaciones, y mucho lastima a la otra parte: mientras que la segunda está ciega, la primera sabría exactamente qué hacer (qué conceder y en qué quedarse firme) en una negociación para extraer la mayor cantidad posible de valor de la otra parte.

El caso y su resultado es escandaloso; lamentablemente ha ocurrido.<sup>45</sup> Un aspecto particularmente lamentable y doloroso del mismo es que la parte que actuó bien salió lastimada *por actuar bien*. Y la parte que actuó mal le sacó ventaja precisamente *porque actuó bien* y la otra actuó mal.

Los casos que conozco fueron lamentables puesto que quien actuó mal se salió con la suya. Y en ambos, los otros dos árbitros tenían sospechas fuertes (a veces convicción) de que los comunicados *ex parte* ocurrían—a veces expuestas con cinismo. Y no hicieron nada. La única consecuencia negativa fue en la reputación del árbitro parcial: las cosas se saben. Y la reputación es importante.<sup>46</sup> Pero ello no es consuelo para la parte aventajada. Es más, si se sabe que un árbitro está dispuesto a filtrar información valiosa en beneficio de quien lo designó, podría incrementar sus designaciones y ganarse

---

<sup>44</sup> Id. p. 7.

<sup>45</sup> Con peculiaridades diversas, me ha sucedido cinco veces: en un caso de deportivo, en un caso de inversión y en tres comerciales: uno refresquero, uno farmacéutico y una disputa de socios. Una colega árbitro mexicana recientemente me preguntó qué hacer ante observar que estaba ocurriendo en su tribunal, y tanto Paulsson como Derains lo citan en sus ensayos citados (Derains, *ob. cit.*, pp. 225-226; Paulsson, *ob. cit.*, p. 5.) La buena noticia es que el fenómeno es raro. Pero sus consecuencias son graves.

<sup>46</sup> Los mercados reputacionales son mucho más eficaces, eficientes y útiles de lo que algunos les dan crédito. Debemos por ende descansar en dichos mercados más, haciendo un uso más ponderado de la regulación: ante imperfecciones de los mismos. Ello permitirá deshacernos de mucha regulación innecesaria y que solo encarece.

un lugar en el mercado de personas que desean procurar tal ventaja: incentivos perversos por excelencia.

En este ensayo me pregunto qué debe hacerse. Y propongo que debe hacerse algo. No podemos quedarnos cruzados de brazos esperando que no se repita. En ausencia de alguna medida, el resultado será incentivar el que ocurra. Propongo tres pasos:

- (1) **Partes:** informen al tribunal que están teniendo lugar negociaciones. Así, el tribunal puede estar alerta a este peligro, y tomar las precauciones debidas.
- (2) **Árbitros:** existen tres pasos que los árbitros pueden hacer, sobre los cuales el presidente tiene un papel particularmente importante: (i) observar el comportamiento de los árbitros durante las etapas previas del asunto. El objetivo será palpar si existen síntomas de parcialidad —después de todo, los principios sudan: quien está dispuesto a cometer el ilícito delicado de sostener comunicaciones *ex parte*, probablemente ha tenido un comportamiento que dista de ser óptimo en etapas previas; (ii) al circular una primera versión del laudo observar con cuidado los sucesos que circundan la subsecuente deliberación; y (iii) informar de ello a las partes. Obviamente no del sentido o contenido del laudo, sino solo la *existencia* de un proyecto. Así, pueden tomarse pasos antídoto: si se observa un cambio de aproximación de una de las partes en la negociación, pueden inferirse los motivos,<sup>47</sup> y contrarrestar. Así el paso incorrecto opera en perjuicio de quien incurre en él; y ello anestesia tanto la táctica como el incentivo perverso.
- (3) **Institución arbitral:** que se tome nota de esta circunstancia con una doble finalidad. Primero, para no designar a dichos árbitros en casos en que las partes acudan a dicha institución. Segundo, considerarla en el contexto de confirmaciones. Para ello, consideraría preguntar al presidente su opinión sobre si considera que ocurrió una filtración, y la evidencia de ello.

C. ¿QUÉ HACER CUANDO DOS COÁRBITROS HAN ACORDADO UN LAUDO SIN DELIBERAR CON EL TERCERO?

Los anales del arbitraje ostentan algunos, afortunadamente pocos, casos en que dos árbitros se ponen de acuerdo en el texto del laudo, sin deliberar, y lo ponen enfrente del tercero indicando que el laudo propuesto es el laudo que la mayoría emitirá, preguntando

---

<sup>47</sup> Especialmente si las personas involucradas son lo que Edward T. Hall llama “alto-contexto” (*high context*). En *The Dance of Life* (Anchor Books, 1989) Hall explica cómo existen dos tipos de culturas: alto contexto y bajo contexto. La diferencias suelen versar en cómo se toma en cuenta, valora y aproxima el contexto en lo que se dice. Mientras que algunas culturas “van al grano” de inmediato (los ingleses por ejemplo), otras (eg., los japoneses) le dan vueltas al punto central hasta eventualmente llegar a él. (Id. p. 59 et seq).



si lo firma, o si emite su voto disidente. Lamento informar en un caso viví dicha desagradable experiencia.

¿Qué hacer ante ello?

Contestare la pregunta comenzando con una noción (§1), proponiendo una consecuencia (§2), y realizando aclaraciones y precauciones (§3).

## 1. Deliberar

El dilema es provocado en parte por falta de claridad sobre qué es deliberar. Por ello, propondré una noción, para luego analizar qué es: ¿facultad, derecho u obligación?

### (a) *Noción*

Comencemos por definir ‘deliberar’. La Real Academia Española define la voz así:

1. Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos.
2. Resolver algo con premeditación.

Considero y propongo que la acepción del lenguaje común y corriente de la palabra es no solo suficiente para su acepción jurídica, sino rica en contenido. Tal, que sirve para nuestros propósitos.

Comencemos con la segunda acepción “Resolver algo con premeditación”. Esta noción se distingue del proceso de toma de decisión usual en que implica meditación previa a acción. Es decir, contrasta de las decisiones que tomamos como reflejo, instintivamente, o velozmente, en que exigen pausa. Reflexión. Ponderación.

La primera parte de la acepción es comunicativa. Nos dice cómo lograr el objetivo de la segunda parte de la acepción. Advierte que deben considerarse en forma detenida las ventajas y desventajas de los motivos de una decisión; incluyendo las razones y sinrazones del voto antes de emitirlo. La noción sirve de orientación: de guía no sólo práctica, sino deontológica, sobre cómo arribar a la decisión. La aplicación del Derecho es una labor compleja; sutil; que exige cuidado. Es proclive al error cuando no se hace ejerciendo atención. Es frecuente observar que existen consideraciones que compiten para llegar a una conclusión sobre si se actualiza una hipótesis normativa o no. Ello es natural: regular es abstraer; depurar y decantar los elementos esenciales de una realidad a efecto determinar cuándo deben merecer ser considerados abordados por el objetivo de la norma en cuestión vía su hipótesis normativa. Cuando uno adjudica, uno enfrenta una realidad preñada de contenido. Densa. Ardúa. Dinámica. Y con consideraciones para arribar a conclusiones diversas que están en tensión, y que son frecuentemente

expresadas en forma inteligente y elocuente.<sup>48</sup> Ello hace que la labor de adjudicar sea compleja. Su consecución correcta exige por ende el empleo de cuidado. Deliberación.

La acepción de language común merece una adición jurídica. Cuando el ejercicio descrito es realizado por un órgano compuesto por más de una persona, deliberar implica hacer lo descrito con las personas que conforman el órgano. Tal conclusión deriva del hecho que la decisión que se vierte en un laudo es producto de la voluntad del órgano. Y la voluntad de un órgano plurimembre es aquella a la que se arriba por lo menos por su mayoría, a menos, claro está, que por algún motivo se exija una mayoría superior. Y visto así, deliberar es intercambiar impresiones, opiniones, perspectivas, para nutrirlas todas, y así decantar una voluntad agregada más rica que las perspectivas individuales.

La función de la deliberación es incrementar la probabilidad de que las decisiones sean buenas decisiones;<sup>49</sup> y que eso es justamente lo deseado al confiar una actividad a un órgano colegiado.<sup>50</sup>

Hobbes sugería que la palabra “deliberación” connotaba una actividad en que la libertad se pierde.<sup>51</sup> En sus palabras:

“and it is called deliberation because it is a putting an end to the liberty we had of doing, or omitting, according to our own appetite, or aversion”

Es decir, deliberar implica “*de-liberar*”. Constreñir. Atar. Parece paradójico, pues consideramos que la deliberación está atada a la autonomía, pero la libertad con la que la deliberación interfiere no es la de un ente autónomo, sino la de seguir los impulsos a ciegas. El objetivo es reemplazar la libertad de seguir anarquicamente los impulsos con la autonomía de estar bajo nuestro propio control.

Siendo la *decisión* la función característica de la *voluntad*,<sup>52</sup> y siendo la voluntad del órgano colegiado el resultado de deliberación, el efecto de la deliberación es sujeción. ¿A qué? A los linderos de la misión confiada. Al Derecho aplicable.

Tomando en cuenta lo anterior, una definición atinada de ‘deliberar’ es la propuesta por Yves Derains: la deliberación es el examen de conciencia y reflexión antes

---

<sup>48</sup> Al *depurar* se eliminan elementos secundarios de la realidad; al *adjudicar* se disciernen dichos elementos de lo que suele ser una realidad compleja. Por ello, regular y adjudicar son actividades analíticamente *inversas*.

<sup>49</sup> Harry G. Frankfurt, *The Importance of What we care About: Philosophical Essays*, Cambridge University Press, 1998, 2009, p. 174.

<sup>50</sup> Existe un segundo motivo: pulverizar poder. Depositar el ejercicio de cierto poder en órganos plurales, procurando así su ejercicio adecuado. Disuadiendo abuso.

<sup>51</sup> Leviathan, Parte I, Capítulo 6.

<sup>52</sup> Frankfurt, *ob. cit.*, pp. 174-176.

de decidir si debe realizarse un acto considerado posible.<sup>53</sup> Entendida así, la deliberación ocurre inclusive en tribunales unimembres.<sup>54</sup>

(b) *Deliberar: ¿un derecho?*

¿Existe un derecho a la deliberación? Es decir, a exigir que el fallo, el laudo, haya sido producto de deliberación?

La pregunta a primera impresión puede parecer banal, pero si se medita sobre ella se percata que es profunda. Entendiendo *deliberar* como se propuso en la sección anterior, la implicación es que deliberar implica ejercer cuidado. Ponderación. Que la conclusión no sea irreflexiva, sino fruto de evaluación. De “evaluar los pros y contras de los motivos de una decisión” como dice la Real Academia Española.

Sin embargo, ¿cuál sería el asidero de esta conclusión? No existe precepto alguno que la aduzca. La única ocasión en que el derecho arbitral mexicano alude a deliberación es para indicar que ésta puede ocurrir donde sea. No la define, regula o limita en forma alguna.<sup>55</sup> Me pregunto sin embargo si no está implícita en la labor confiada—especialmente cuando el evaluador es un órgano colegiado. ¿Qué motivo hay detrás de contar con tribunales *colegiados* —a diferencia de *unitarios*— si no es propiciar que la conclusión que sea la base de la decisión que sea la materia del fallo sea producto de la confrontación de perspectivas diversas, no sólo la perspectiva individual de uno de sus miembros. Como explica Frankfurt,<sup>56</sup> la función de una *decisión* es integrar a la persona dinámicamente y estadísticamente. Al *decidir*, quien decide establece preferencias respecto de la resolución de conflictos entre sus deseos y pensamientos o creencias. Al hacerlo, se actúa reflexivamente. Y la razón depende de la voluntad. La única manera de que un órgano colegiado logre esto, es deliberando. Sin ello, el resultado vertido en el laudo no sería producto un tres voluntades, sino una.

(c) *Deliberar: ¿una obligación!*

Lo descrito exige concluir que deliberar es una obligación. El postulado de la sección anterior puede ser aceptado o no; pero en cualquiera de los casos propondría que ambos escenarios apuntan en el sentido de la misma conclusión: existe un *deber* de deliberar. El tribunal arbitral debe procurar arribar a su conclusión y consecuente decisión como resultado de un diálogo que confronte perspectivas y que se nutra de las mismas. Y ello es exigible. El postulado busca evitar que el tribunal arbitral sea, si no *de iure*, sí *de facto*,

---

<sup>53</sup> Yves Derains, *La Pratique du délibéré arbitral*, en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Rober Briner, 2005.

<sup>54</sup> No estoy solo en concebirlo así. Derains (*ob. cit.*, p. 223) coincide al indicar que la deliberación no exige colegialidad.

<sup>55</sup> Artículo 1436 del Código de Comercio.

<sup>56</sup> Frankfurt, *ob. cit.*, p. 175.

unitario. Que se comporte como si fuera uno solo. Como si la única voluntad detrás de las decisiones procesales y decisión final proviniera de un solo intelecto. Ello debe ser evitado. Implicaría que por lo menos uno de los árbitros no está cumpliendo la obligación más elemental derivada de la misión confiada.

## 2. Consecuencia de ausencia de deliberación

Suponiendo que es claro que no existió deliberación, no es claro qué respuesta debe existir. El derecho arbitral suele no establecer consecuencia específica alguna. Si a ello se suma que con frecuencia la discusión sobre ausencia de deliberación consiste en verdad en considerar que no existió deliberación *suficiente*, el cuestionamiento es más complejo de lo que a primera impresión parece.

### (a) *Deliberar: voluntad de las partes*

Propongo que se acepte que si las partes han pactado un tribunal plurimembre es porque es su voluntad que las decisiones a las que se arribe sean fruto de deliberación. El punto parece una cuestión de lógica. Existen sin embargo motivos de derecho arbitral y de política legislativa que pueden apoyar el postulado.

Comencemos con el derecho arbitral. El artículo V.1(d) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“*Convención de Nueva York*”) establece:

Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;

Una norma semejante es incluida como causal de nulidad y de no ejecución de laudos.<sup>57</sup> Los artículos 1457.I(d) y 1462.I(d) del Código de Comercio dicen:

La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

El texto relevante de dicha norma es:

Que ... el procedimiento arbitral no se ... ajust[ó] al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que ... el procedimiento arbitral no se ajust[ó] a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje

Una determinación de la actualización de dicha causal parecería exigir un acuerdo específico de las partes o una disposición específica. Las partes suelen no pactar nada

---

<sup>57</sup> Artículos 1457.I(d) y 1462.I(d) del Código de Comercio.

respecto de deliberación. Propongo sin embargo que el punto está implícito en el régimen y pacto.

El artículo 1426 del Código de Comercio establece como norma supletoria al pacto de las partes el que el tribunal arbitral estará conformado por *un* solo árbitro. Ello contrasta con su antecesor, el artículo 10(2) de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que concibe como regla supletoria un tribunal de *tres* árbitros. Existen dos premisas que de lo anterior pueden hilarse para defender como conclusión la tesis aquí propuesta: primero, el giro legislativo. Segundo, la voluntad de las partes.

Respecto del primero, si la norma que proviene del firmamento internacional y que cobró vida en México a través de su revisión, decantación y aceptación por el legislador mexicano modificó la regla dispositiva de número de árbitros de tres a un árbitro, podría inferirse del paso legislativo una voluntad legislativa de lograr uno de los fines del arbitraje: velocidad y reducción de costos.

Respecto al segundo, si el derecho aplicable establece como regla el que el tribunal arbitral esté compuesto por un solo árbitro, el que las partes hayan pactado en contra debe entenderse como un paso reflectivo de la voluntad contractual de que *el órgano investido de la facultad para adjudicar una controversia debe hacerlo colegiadamente*. Y el actuar colegiado necesariamente implica la amalgamación de tres perspectivas para convertirla en una sola voluntad: la del órgano. Para que ello ocurra, tiene que existir diálogo. Deliberación. Consideración detenida de las distintas perspectivas. No hacerlo implica que no se gana nada al contar con tres árbitros, excepto incrementar tiempo, pasos y costos —algo que no puede razonablemente considerarse que es la voluntad implícita de las partes.

Para que el pacto tenga significado, para que la voluntad de las partes sea lograda, es necesario que los miembros de un órgano plurimembre dialoguen. Intercambien impresiones para cerciorar que la voluntad común se nutre de las voluntades individuales. No hacerlo es no respetar la voluntad contractual — el origen de su jurisdicción.

### **3. Cumplimiento de la obligación de deliberación**

Aceptado que existe una obligación de deliberación, ¿cómo se satisface? ¿Cuánta discusión debe existir para que se pueda concluir que la obligación ha sido cumplida? ¿Existen pasos *específicos* que deben tomarse para cerciorar que ha existido deliberación —y no solo comunicación?

No hay *una* respuesta a la pregunta anterior. Y en cambio existen prácticas distintas. Por ejemplo, mientras que algunos dialogan con una *tabula rasa* y hasta que se fija un sentido, escriben, otros circulan un texto propuesto solicitando observaciones. Y dentro de dichos extremos, se observan particularidades diversas: desde quienes dividen trabajo entre los árbitros, hasta quienes toman la tarea de circular un texto unitario que

puede ser ajustado con sugerencias de los coárbitros. Recientemente observé algo de un árbitro reconocido por letrado y experimentado (Alfredo Bullard) que me pareció una buena idea: hacer una tabla que detalla en el cuadro inicial (a la izquierda) en forma separada hechos nodales del caso, invitando a los coárbitros a verter sus respectivas perspectivas en cada cuadro horizontal, para al final poder poner una conclusión que sea fruto de enfrentar o amalgamar todas las perspectivas. Se trataba de un caso intensivo en hechos, mismos que podían —dado lo vasto y complejo del acervo probatorio— verse de formas disintas. Medítese sobre el ello: muchos hechos, muchas pruebas, muchas visiones— ello es caldo de cultivo de desorden o diferencias o decisiones que no se detienen a considerar cada nodo, cada hecho, con detenimiento. Siendo un papel del presidente del tribunal arbitral poner orden a la deliberación, el paso me pareció inteligente y diestro —tal, que pienso emular el paso el casos semejantes, llamándolo la “*Tabla Bullard*”.<sup>58</sup>

Aceptado que los estilos pueden variar, existen consideraciones a observar. Destaco tres.

Primero, del (vasto) universo de opciones, quién fija la práctica a seguir es el presidente del tribunal arbitral.<sup>59</sup> Puede (y recomendaría) determinarla después de dialogarlo con sus coárbitros,<sup>60</sup> pero ante diferencias, debe prevalecer la que establezca el presidente. Eso es parte de lo que significa ser el líder de un grupo.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> El *soft law* arbitral se ha nutrido de iniciativas como estas que mucho han mejorado nuestra práctica en la calidad de justicia que los árbitros impartimos. Ejemplifican la aseveración el *Redfern Schedule* y el *Reed Retreat*. Es por ello que bautizo el paso atento a su padre intelectual.

<sup>59</sup> Esto, dicho sea de paso, es digno de énfasis. Siendo que todos tenemos preferencias distintas, es no solo natural, sino de esperarse, que alguno de los coárbitros prefiera seguir un método distinto. Debe prevalecer el del presidente. El presidente del tribunal es su líder. Es su vocero. He vivido casos en que coárbitros desean imponer *su* preferencia. En un caso extremo en que un coárbitro no seguía una sola de las indicaciones y peticiones del presidente (que sí seguía el otro árbitro), y que complicaba y demoraba el trabajo conjunto, incurriendo en interrupciones frecuentes de los demás árbitros (mientras que estos escuchaban con atención a dicho árbitro mientras el discurría con detenimiento sobre su visión del caso) el presidente indicó que, ante una ausencia de cooperación y respeto, detendría la deliberación (que ocurría en forma virtual). Haciendo caso omiso de la advertencia, reiterando interrupciones, el presidente se despidió y salió de la sesión. Ello enervó seriamente al árbitro irrespetuoso; y exigió labor de ‘mediación’ entre los árbitros por el tercer árbitro. Este tipo de escenarios deben evitarse. Y una pauta para ello es aceptar que, ante diferentes formas de trabajar, la que debe prevalecer es la del presidente.

<sup>60</sup> Los tribunales arbitrales son, desde la perspectiva psicológica y organizacional, equipos difíciles. Sus características son tales que pueden, si no se toman pasos cuidadosamente pensados, arrojar dinámicas de trabajo subóptimas: son grupos efímeros, conformados por personajes con antecedentes diversos (idiomas a veces culturas diversas), que suelen ser prominentes, letrados y sofisticados. La psicología de grupo que ello genera puede ser positiva (corolario de tratar con personas letradas y sofisticadas), pero el resultado no es obligado. En dicho caso, el presidente debe ponderar con cuidado cómo fijar una norma de trabajo que permita cumplir su función —y de preferencia en forma agradable.

<sup>61</sup> La apreciación es útil cuando ante coárbitros protagónicos. No son pocos los tribunales en los que observo que un coárbitro desea imponer su preferencia, inclusive cuando el resto del tribunal tiene una preferencia diversa.

Segundo, la obligación de deliberación se descarga dando *oportunidad* para que ocurra. Si, una vez convocados, uno de los árbitros no asiste o de cualquier manera no aprovecha tal oportunidad,<sup>62</sup> ello no querrá decir que no hubo deliberación, sino que simplemente él no colaboró en la misma.

Tercera, circular el laudo para iniciar una deliberación puede ser problemático. Si el laudo no contiene sentido o conclusión, parece inocuo. Pero si empieza con una, dependiendo de las circunstancias, puede ser delicado —en esencia o percepción. En cuando a esencia, puede parecer a los miembros del tribunal que el presidente se ha fijado un criterio previo a conocer la perspectiva de los demás. Y aún no siendo ello el caso (pues puede simplemente ser una forma ejecutiva de proceder), podría *parecerlo*. Propondría que el paso solo debe ocurrir cuando (i) el presidente esclarezca que no hay nada labrado en piedra, solo se busca iniciar una discusión; (ii) que el ‘clima’ en el tribunal lo permita;<sup>63</sup> y (iii) que el presidente carezca de orgullo de autor y esté mentalmente dispuesto a cambiar de opinión si recibe retroalimentación que lo justifica.

Finalmente, haría eco de la (interesante) categorización que hace Yves Derains: la deliberación *armoniosa* y la *patológica*.<sup>64</sup> Será patológica cuando el árbitro busca favorecer a una parte ya sea haciendo suya la postura de una parte o, cuando considera que está mal asesorada, sugiriendo soluciones creativas que le den ventajas. Más inusualmente, pero más páfidamente, cuando existe colusión entre un árbitro y una de las partes: sea que se torne en informador de una de las partes o que busque retrasar el proceso buscando retrasar la deliberación, violando su confidencialidad o inclusive renunciando cerca de la decisión final. Para atemperar tal posibilidad, *Maître* Derains hace ver que un presidente de tribunal arbitral experimentado tomará las medidas al principio del arbitraje para prever los riesgos de que la deliberación se torne patológica. De las que propone, daría eco a las siguientes: (i) no olvidar que la deliberación comienza al momento en que el tribunal entra en acción; (ii) una deliberación no es una negociación; y (iii) que no se concluya la sesión de deliberación sin que el texto de la sentencia haya sido materia de un voto.<sup>65</sup> Ello reduce las opciones de los árbitros terroristas.

Advertida la diversidad de opciones vistas en la praxis, la pregunta subsiste: ¿qué debe hacerse para cerciorar que existió deliberación—y que fue suficiente?

Un caso reciente y sonado toca el punto —cuestionablemente. En *Puma AG v Estudio 2000* la Audiencia Provincial de Madrid anuló un laudo por violar el principio

---

<sup>62</sup> Por ejemplo, no contesta los correos, o deja pasar sin contestar el plazo fijado por el presidente para dar observaciones.

<sup>63</sup> Al respecto el presidente debe preguntarse cómo se relacionan los árbitros. ¿Existe un clima de confianza o desconfianza? ¿Existen síntomas o indicios de que al menos uno de los árbitros dista de ser imparcial?

<sup>64</sup> Derains, *La Pratique du délibéré arbitral*, ob. cit., p. 221.

<sup>65</sup> Id. p. 230.

de colegialidad.<sup>66</sup> Los hechos son los siguientes. Después de discusión intensa en reiteradas reuniones, estando cerca de una decisión por unanimidad, ésta no se logró en la última sesión. Días después dos de los árbitros se reunieron (sin convocar al tercero) y concluyeron el laudo que fue notificado a las partes. Se mandó copia del mismo al tercer árbitro, que estaba de viaje. El laudo fue enviado al árbitro tercero a las 21:11 horas y a las partes a las 21:14 como “laudo definitivo”, recibiendo esa misma noche el ejemplar físico firmado por los dos árbitros, con fundamento en la disposición del derecho arbitral aplicable que establece que el laudo puede ser emitido por mayoría<sup>67</sup> con la siguiente frase:

No consta la firma [del tercer árbitro] por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo, cuya notificación a las partes se considera conveniente realizar a la mayor brevedad posible, de acuerdo al interés en tal sentido expresado por las mismas durante el presente arbitraje

La petición nulidad del laudo reposó en orden público. La Audiencia Provincial de Madrid planteó la cuestión a resolver así:<sup>68</sup>

si uno de los árbitros ... resultó o no excluido del proceso de toma de la decisión plasmada en el laudo notificado a las partes. ... nos encontraríamos ante una defectuosa conformación de la decisión del órgano, que debería por ello ser invalidada

La parte demandada defendió el laudo aduciendo que existía una defectuosa formulación de la causal de nulidad: no se actualizaba orden público, la supuesta infracción al “principio de colegialidad” no es un motivo de nulidad, el planteamiento correcto debió haber sido la causal consistente en que el proceso arbitral seguido fue distinto al pactado.<sup>69</sup> Que en todo caso había un error *in procedendo*, mas no una causal de nulidad. La Audiencia Provincial no compartió tal visión. El corazón de su razonamiento fue:<sup>70</sup>

la indebida conformación de la decisión ... del acto decisorio reflejado en el laudo que pone fin a la contienda ... entraña, sin duda, indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución, pilar esencial del orden público, susceptible por ello de fundamentar una acción de anulación del laudo

---

<sup>66</sup> SAP M 7542/2011. Resolución 200/2011, recurso 9/2010. Sentencia de 10 de junio de 2011, Audiencia Provincial de Madrid, Id Cendoj 28079370282011100173.

<sup>67</sup> Artículo 37.3 de la Ley 60/2003 de España, que dice “Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.”

<sup>68</sup> Considerando cuarto, p. 4.

<sup>69</sup> Que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo de las partes (artículo 41.1(d) de la Ley 60/2003).

<sup>70</sup> Considerando Tercero, p. 3.



Ello pues:<sup>71</sup>

no se advirtió al [árbitro] de la celebración de la reunión de la que salió la decisión notificada a las partes como laudo, sino que tampoco se le permitió participar de otro modo ni influir en alguna medida en la conformación de la decisión final del órgano arbitral

Rechazó la argumentación en contra considerando que, emitido el laudo, la posibilidad de brindar al árbitro excluido la posibilidad de formular voto particular era “ilusoria”. La falta de participación del árbitro en la integración de la decisión no podría entenderse subsanada por la posibilidad de formular después un voto particular en caso de no estar de acuerdo con dicha decisión. Una vez firmado, el laudo adquiere eficacia vinculante para los árbitros, no pudiendo estos modificarlo, pues cesan en sus funciones. Por ende, lo acontecido vició la regular conformación de la decisión del órgano arbitral. Rechazó el argumento sobre adecuación del proceso pactado indicando que la “compresión del argumento resulta harto difícil”.<sup>72</sup> Y sobre el orden público, explicó que:<sup>73</sup>

... opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo de todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del artículo 41.

Como resultado, concluyó que:<sup>74</sup>

Esta línea de razonamiento sobre la controversia concreta ... convierte en estéril la discusión que se pretende montar sobre la base de la falta de referencia explícita en la Ley a un “principio de colegialidad” aplicado a la institución arbitral. Lo verdaderamente importante es el sustrato material del alegato y su efectiva conexión con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en nuestra Carta Magna

La conclusión es correcta, su motivación errada. La decisión es cuestionable en su concepción y aplicación del derecho arbitral, pero arroja un corolario sano.

Es cuestionable por tres motivos. Primero, en su concepción de las causales de nulidad: al decir lo siguiente desdice la naturaleza *numeros clausus* de las mismas:

el hecho que la acción anulación solo pueda fundarse en una serie de motivos legalmente tasados ... no impide que, dada la generalidad de su formulación, puedan considerarse como causas de anulación de los relacionados con él

---

<sup>71</sup> Considerando cuarto, p. 5.

<sup>72</sup> Considerando Tercero, p. 3.

<sup>73</sup> Considerando Tercero, p. 3.

<sup>74</sup> Considerando Tercero, p. 3.

Segundo, en su tratamiento de orden público. No solo por que es inexacto y relajado, sino también por que la siguiente explicación es contraria a la interpretación correcta del artículo 41.1 de la Ley 60/2003 y el artículo V de la Convención de Nueva York:<sup>75</sup>

[la causal de orden público]... opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo de todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reinducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del artículo 41.

Su peligro consiste en que puede convertirse en una puerta de entrada para imbuir como causal de nulidad o no ejecución de un laudo todo tipo de temas considerados sensibles. La siguiente apreciación es especialmente preocupante:<sup>76</sup>

“Lo verdaderamente importante es el sustrato material del alegato y su efectiva conexión con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en nuestra Carta Magna”

Ello parece entender que imbuído dentro del concepto “orden público” están los derechos fundamentales —lo cual es impreciso: la relación entre los conceptos jurídicos “orden público” y “derechos fundamentales” no es de identidad, o género y especie, sino de traslape *parcial*.<sup>77</sup>

Tercero, por que lo que calificó de “esteril” y “harto difícil” de comprender es en verdad el corazón del asunto: si, en su proceder, el tribunal arbitral ha actuado atento a lo que las partes acordaron. Para aquilatar el argumento, tal parece que la Audiencia Provincial concibió la cuestión como una de derecho de defensa. Se centró en analizar si hubo oportunidad de defensa u objeción de las partes al respecto. Propondría que, correctamente entendido, la cuestión a dilucidar es diversa: ¿qué esperar del actuar *colegiado* de un tribunal arbitral? Y sobre ello hace una apreciación plausible: considero que lo acontecido:

Vició la regular conformación de la decisión del órgano arbitral ... [por] ... razones de celeridad o atinentes a las facultades de autocomposición del tribunal arbitral en cuanto a su funcionamiento

Esta apreciación es la que debe darnos en qué pensar dados los fines de este ensayo. Y al respecto creo que la Audiencia Provincial hace una aportación. Sobre ello, haría un triple comentario:

---

<sup>75</sup> Al decir que: “El laudo *sólo* podrá ser anulado cuando...”.

<sup>76</sup> Considerando Tercero, p. 3.

<sup>77</sup> Para abundar, consúltese González de Cossío, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 5ª ed., 2018, pp. 1167-1168.

- (1) **Armonía:** la relación entre árbitros no siempre es buena —a veces abiertamente mala. Ello es entendible por motivos diversos, de los cuales destaco tres:
- (a) *Personalidades:* las personalidades no siempre son compatibles. Y la cultura complica. Pero la relación de un tribunal es profesional, no personal. Luego entonces, los árbitros deben recordar aquella lección que decía McArthur: atribuía su éxito a su habilidad de trabajar con gente que no le simpatizaba.
  - (b) *Profesionalismo:* la responsividad de los árbitros varía. Mientras que hay árbitros veloces, hay árbitros que toman más tiempo. Mientras que hay árbitros tecnológicamente adeptos, otros consideran que la tecnología va demasiado rápido. Y mientras que algunos resienten las diferencias, otros consideran que la existencia de perspectivas diversas es lo que procura que una decisión sea mejor que si descansara en una sola perspectiva.
  - (c) *Incentivos:* los tribunales arbitrales son equipos efímeros creados con una misión específica, lo cual puede no generar los incentivos para ‘invertir’ en una relación sana. El análisis económico enseña que las personas se comportan en forma diversa cuando ante relaciones aisladas (*one-shot transactions*) que ante relaciones continuadas. Mientras que las primeras generan incentivos para comportamiento adecuado, los primeras no.
- (2) **Precaución:** El presidente, como líder del tribunal, es responsable por la convivencia del tribunal; por cerciorar que no existan malos entendidos, y que el ejercicio de deliberación se encause apropiadamente.
- (3) **Eficacia, no prisa:** Hoy en día los árbitros son crecientemente presionados para emitir sus laudos en tiempos cada vez menores. Tal presión no puede resultar en obviar lo importante: hay que ser eficientes, pero eficaces. No se pueden burlar principios procesales caros en el afán de emitir laudos velozmente —una apreciación más fácil enunciada que lograda.

Todo lo anterior es relevante en la determinación de existencia de una deliberación. Y al respecto, los juzgadores que consideren la posibilidad de que la deliberación ocurrió o no deben tener en cuenta las circunstancias descritas, particularmente si lo que se observa es un árbitro poco-cooperativo y su manejo por el resto del tribunal, so pena de premiar tácticas saboteadoras.

### III. COMENTARIO FINAL

La imparcialidad es no solo un requisito, es un concepto jurídico. Debe además ser una teoría.

Como *requisito*, es el término de arte del derecho arbitral para denominar lo que el lenguaje común y corriente, y culturas diversas, tildan de formas diversas, como “neutralidad”, “independencia”, “objetividad”, “razonabilidad”, “seriedad”, “justicia”, entre otros.

Como *concepto*, es una abstracción intelectual de un *algo*. Una forma de entender una cuestión, con sus implicaciones.

Como *teoría*, es un universo conceptual dirigido a lograr una finalidad deseada, dadas las consecuencias que arroja, regulándolo.

Las tres convergen en la idea que deseo transmitir con estas reflexiones: su contenido es más vasto de lo que con frecuencia se da por sentado —como lo demuestran los dilemas aquí expuestos. Su exposición, atada a formas de concebir, enfrentar y resolver los dilemas expuestos hace ver que subyace una *filosofía*. Un marco conceptual amplio sobre la manera de concebir y comprender la realidad, una epistemología, que, en ausencia de esclarecimiento, puede arrojar resultados diversos, algunos plausibles otros reprobables —como suele ocurrir ante situaciones difíciles. Es ante ello que conviene intercambiar impresiones y sondear retroalimentación de expertos —justamente lo que busco en este ensayo. Al hacerlo, podemos procurar emular el ejemplo intelectual y humano que nos ofreció mi querido maestro y mentor,<sup>78</sup> Don José Luis Siqueiros, a quien dedico este esfuerzo con el agradecimiento y cariño de un alumno cuya vida no solo profesional, sino personal, es mejor por haberlo conocido.

A Don José Luis Siqueiros

*In memoriam*

---

<sup>78</sup> Ver exordio de este ensayo.