

## IMPARCIALIDAD

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO\*

*Just as principles have an interpersonal function of giving assurance to another—she can count on my behavior in planning hers—so too they have intrapersonal function of enabling me to count on certain behavior from my future self—when he too probably will have that principle.*

Robert NOZICK<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introducción. II. El problema que es doble. A. Juzgar. B. El Problema del Árbitro Parcial. C. Dos problemas que confluyen en un principio: Imparcialidad. III. noción de imparcialidad. A. Definición. B. Sesgo, Prejuicio, Predisposición y otras *malaise* intelectuales. IV. Imparcialidad y racionalidad. A. Pensando sobre Pensar. B. Un poco de lógica. C. Análisis del pensamiento. D. Imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente. 1. La imparcialidad es necesaria... 2. ...pero insuficiente. V. Imparcialidad en otros contextos. A. Imparcialidad y Expertos. 1. Imparcialidad del experto. 2. ¿El experto hace mal árbitro? 3. Ataques *ad hominem*. 4. Citas en contra. Citas fuera de contexto. B. Imparcialidad y el Testigo. C. Imparcialidad y el Abogado de Parte. D. Imparcialidad y Deliberación. VI. Comentario final.

### I. INTRODUCCIÓN

La ‘imparcialidad’ es un *principio*, lo cual explica y hace relevante el pensamiento de Nozick al comienzo de este ensayo. No sólo es eso, es además un *deber*. Y no cualquier deber, es uno de derecho arbitral transnacional. Sin embargo, su significado y alcance exacto es objeto de debate —además de malentendidos—. Lo que es peor, cuando no existe, el valor principal del arbitraje se compromete. A continuación trato de explicar por qué adoptando

\* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Árbitro y abogado en arbitrajes nacionales e internacionales. Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

<sup>1</sup> *The Nature of Rationality*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1993, p. 14.

una aproximación pragmática, filosófica y psicológica, no sin antes divulgar el problema que motiva este ensayo.

## II. EL PROBLEMA QUE ES DOBLE

Dos *quaere* motivan este ensayo. Primero, qué es juzgar (incluyendo cómo hacerlo). Segundo, el problema del árbitro parcial.

### A. Juzgar

Qué es 'juzgar' y cómo hacerlo son dos preguntas profundas que quienes nos dedicamos al arbitraje en algún momento nos hemos planteado. Las respuestas son diversas. Hay quienes consideran que cuando se les escoge como árbitro deben impartir justicia como *ellos* la conciben.<sup>2</sup> Otros consideran que esa no es la labor del árbitro; es aplicar el Derecho.<sup>3</sup> Aún otros la circunscriben a resolver una disputa: la impartición de justicia es una labor diversa.<sup>4</sup> Finalmente, hay quienes consideran que 'juzgar' significa escoger cuál es la línea argumentativa, de las ofrecidas, que más se apega al Derecho aplicable y a la razón. *Me sumo a esta postura*. No sólo porque las posturas alternativas, sin duda con buenas intenciones, malentienden la labor del árbitro, sino también porque generan problemas (como el de *iura novit arbiter*<sup>5</sup> y otros que aquí no abordo<sup>6</sup>) y probablemente arrojen un fallo que no guarde congruencia con el expediente o, lo que es peor, con las expectativas de las partes. Y, siendo la congruencia del fallo uno de los principios elementales del proceso,<sup>7</sup> ello pone en tela de juicio la legitimidad del ejercicio *in toto*.

Pero aún entendida así, la labor de juzgar genera inquietudes. ¿Cómo se forman las personas la opinión que se materializará en el *dispositif* del laudo?

<sup>2</sup> Después de todo, si escogen a cierta persona como árbitro, ello obedece a su pericia en cierta materia, misma que debe entenderse que las partes desearon que permeé en su fallo al elegir al individuo en cuestión como *su* juzgador.

<sup>3</sup> Postura que me recuerda la contestación de Justice Wendell Holmes a la pregunta que le hiciera un periodista mientras subía los escalones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en su primer día: ¿va usted a hacer justicia? Contestó: "No. Voy a aplicar el Derecho".

<sup>4</sup> En alguna ocasión le escuché a un árbitro destacado distinguir ambos ejercicios con base en lo siguiente: "a un árbitro le corresponde resolver un problema. Impartir justicia le corresponde a Dios".

<sup>5</sup> Que abordo en *Arbitraje*, Porrúa, México, 3ª ed., 2011, p. 449.

<sup>6</sup> Ver *id.*, p. 450 *et seq.*

<sup>7</sup> Sea *natural justice* (nomenclatura inglesa), *principe de contradiction* (como lo conciben los franceses y suizos), *due process* (como se concibe en Estados Unidos) o *normas esenciales de procedimiento* (como se concibe en México).

No es ninguna noticia, para quienes se dedican al arbitraje,<sup>8</sup> que el *verdadero* proceso de toma de decisión con frecuencia precede la fundamentación y motivación. Y ya hecha, se viste de los principios legales aplicables. Para ilustrar el punto, tomemos la interpretación. Son tan abiertos los principios de hermenéutica que no es infrecuente sospechar (a veces constatar) que son selectivamente usados para *adornar* (no *motivar*) la decisión a la que llegó el intérprete. Ya desde hace tiempo lo advertía nada más y nada menos que Hersch Lauterpacht:<sup>9</sup>

There is nothing easier than to purport to give the appearance of legal respectability and plausibility – by the simple operation of selecting one or more rules of interpretation – to a judicial decision which is lacking in soundness, in impartiality, or in intellectual vigour

[No hay cosa más fácil que pretender dar la apariencia de respetabilidad y credibilidad legal a una decisión judicial que carece de validez, imparcialidad o rigor intelectual, mediante la simple operación de seleccionar una o más reglas de interpretación.]

Luego entonces, la pregunta sobre cómo los árbitros (y las personas en general) arribamos a conclusiones es importante, además de profunda. Y debe ser motivo de reflexión por quienes nos dedicamos a actuar como árbitros—claro, suponiendo que nos preocupa la calidad de nuestros fallos—.

### B. El Problema del Árbitro Parcial

La práctica del árbitro parcial es corrosiva. Aunque excepcional, sucede que hay árbitros que conciben su deber de imparcialidad en forma relativa: son más imparciales cuando son presidentes de tribunales que cuando son árbitros de parte.<sup>10</sup> Aunque lo anterior es una exposición optimista: existen casos de sesgo notorio, inclusive, de parcialidad flagrante.

Lo expuesto es lamentable. No sólo legal y éticamente, sino utilitaria-mente.<sup>11</sup> El resultado de la parcialidad es que una cantidad (a veces importante)

<sup>8</sup> O, en general, a juzgar. Sean tribunales judiciales o administrativos, la manera como se forma la opinión quien decide es variopinto —a veces, errático—.

<sup>9</sup> LAUTERPACHT, Hersch, *International Law*, Collected Papers, Edited by E. Lauterpacht, 4. The Law of Peace, parts VII-VIII, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, 2009, p. 411.

<sup>10</sup> Si el lector objeta el relativismo con el que comento un deber que en verdad es absoluto, confesaría coincidencia. Añado que sería tanto como decir que se está "un poco" embarazada. Se es imparcial o no. El resto es parcialidad racionalizada.

<sup>11</sup> Empleo el término "utilitariamente" con miras a poner en juego la corriente filosófica del utilitarismo: el valor moral de un acto, práctica, institución o ley debe juzgarse por su efecto en promover la 'felicidad' (utilidad) agregada de todos los habitantes de una sociedad. Visto bajo dicha lupa, la

de energía y atención de los tribunales arbitrales (en deliberaciones y otros pasos) se dedica a resolver o contrarrestar la parcialidad de uno de sus miembros. El resultado *genérico* —pues el *específico* es casuista— depende de las características, psicología y destreza del resto de los miembros del tribunal arbitral (porque el foco de atención —el *quid* de la disputa— se distrae), por lo menos en parte.

### C. Dos problemas que confluyen en un principio: Imparcialidad

Expuestas las dos vertientes de duda, deseo perfilarlas hacia el mismo objetivo: el valor último del arbitraje.<sup>12</sup> Estoy convencido que *el valor más importante que brinda el arbitraje es la especialidad*.<sup>13</sup> Gracias al mismo, un intelecto cuidadosamente escogido puede dedicarle el tiempo necesario a resolver una controversia que tiene algo que requiere especial atención. Es por ello que cuando un cliente me pide que le recomiende un árbitro, le indico que debe escogerlo como elegiría a un neurocirujano que le extraerá un tumor del centro del cerebro. No con base en favoritismos, sino por su pericia; para confiar en que la persona que lo juzgará hará bien su tarea. Estudiará el asunto y evaluará cuidadosamente tanto la argumentación jurídica como material probatorio, todo con miras no a favorecer a *una* sino a *ambas* partes. ¿Cómo? Emitiendo la decisión más apegada a Derecho y a la razón.

Visto así, la imparcialidad no es más que un *medio* para un *fin*: el telos del arbitraje-*especialidad*.

Mi rama de especialidad (árbitro) ha hecho posible que participe en una cantidad importante de casos cuya sustancia involucraba temas altamente complejos o áreas técnicas.<sup>14</sup> Ello me ha permitido compartir tribunales con *la crème de la crème* nacional e internacional, pero también con árbitros *amateurs*; inclusive con árbitros no abogados. Como resultado de dicha ex-

existencia de parcialidad es inconsistente con dicho ideal: reduce la *utilidad* del instrumento cuando se analiza su efecto agregado.

<sup>12</sup> El término 'valor' lo uso en el siguiente sentido: satisfacción de una necesidad.

<sup>13</sup> No porque el arbitraje carezca de otras virtudes, sino porque es la que lo caracteriza. (Otras de sus virtudes son la flexibilidad, velocidad, finalidad y costo-eficiencia.)

<sup>14</sup> Por ejemplo, problemas cuya solución exigió determinaciones en materia de ingeniería, energía, cálculo de peso de materiales, química, bioquímica, electricidad, medicina, matemáticas, física, economía, contabilidad. Además de *disciplinas* diversas, también ha involucrado *industrias* diversas que cuentan con peculiaridades que deben tomarse en cuenta para decidir bien. Algunos ejemplos son propiedad industrial, bancario, marítimo, energía, deporte, tequila, franquicias, bebidas carbonatadas, restaurantera, agricultura, telecomunicaciones, bursátil, transportes, fútbol, automotriz, minas, minerales, basura, financiero, aéreo, competencia económica, chatarra, principios UNIDROIT y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

periencia, he acumulado vivencias y lecciones que deseo compartir, perfiladas al tema de este ensayo: ¿qué hacer para bien-decidir cuando la materia trata sobre una diversa a la que se especializa el tribunal?

## III. NOCIÓN DE IMPARCIALIDAD

### A. Definición

Llevo algunos años explicando a mis alumnos de arbitraje que la imparcialidad es como la inteligencia o el amor: difícil de *definir*, fácil de *detectar*.<sup>15</sup> Sin embargo, aquí propondré una definición.<sup>16</sup>

En mi opinión, la 'imparcialidad' es apertura intelectual. El carecer de predisposición alguna. Mente abierta. Estar dispuesto a ser convencido de una u otra postura, cualquiera que sea, sin que uno de los resultados posibles sea (consciente o inconscientemente) preferido.

Como se indicó al inicio de este ensayo, la imparcialidad es un principio. Y estoy convencido de que *los principios sudan*: se perciben del actuar de las personas, aunque no les den eco verbalmente.

Admito que esta no es la noción tradicional. Aunque muchos libros de arbitraje tocan la imparcialidad, comentaré dos estudios cuya profundidad sobre la cuestión los hace especialmente relevantes.<sup>17</sup>

Para Marc Henry es la 'independencia' la que define al arbitraje. Sin ella se caricaturiza.<sup>18</sup> Y la concibe como incluyente de los siguientes tres conceptos: neutralidad, objetividad e imparcialidad. Éstos, a su vez, los entiende de la siguiente manera: objetividad es la "apreciación fiel de la realidad". Neutralidad es "la desvinculación necesaria del ambiente jurídico, económico y político". Respecto a la imparcialidad, se rehúsa a definirla, por lo que procede a *identificarla* en su manifestación objetiva: la 'independencia'.

Para Thomas Clay el foco de atención también es la *independencia*, no la *imparcialidad*.<sup>19</sup> Aunque ésta se aborda, el análisis de los requisitos que aplican al árbitro gira alrededor de la independencia, la cual es definida como "el proceso intelectual que permitirá, frente a una situación litigiosa, elabo-

<sup>15</sup> Ver GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, ob. cit., p. 372.

<sup>16</sup> Que se explaya sobre la idea defendida en *id.*, p. 372.

<sup>17</sup> HENRY, Marc, *Le Devoir d'Independance de l'Arbitre*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001. CLAY, Thomas, *L'Arbitre*, Dalloz, Paris, 2001.

<sup>18</sup> Como lo expone Jean-Denis Bredin, al introducir la obra de HENRY, Marc, ob. cit., p. xi.

<sup>19</sup> CLAY, Thomas, ob. cit., pp. 234 a 347.

rar una decisión jurisdiccional libre de duda o contingencia".<sup>20</sup> La distingue de sus vecinas próximas: neutralidad y objetividad, admitiendo que con frecuencia se usa como sinónimo de imparcialidad.<sup>21</sup>

Como puede observarse, ambos (letrados y agudos) autores ponen el acento sobre la *independencia* y no en la *imparcialidad*. Pero al hacerlo, postulo que la esencia de lo que proponen es lo que llamo "imparcialidad" —*Liberté d'esprit*—. Luego entonces, detecto sintonía *sustantiva* con lo que aquí defiende —aunque exista diferencia de *nomenclatura*—.

Existiendo acuerdo<sup>22</sup> en que la independencia es un criterio objetivo<sup>23</sup> y la imparcialidad uno subjetivo,<sup>24</sup> la doctrina y praxis ha preferido enfocarse en la primera. El motivo ha sido pragmático: la independencia es mucho más fácil de verificar que la imparcialidad —que versa sobre un estado de ánimo (algo de difícil constatación). Como medida profiláctica, creo que la práctica ha hecho bien. Pero dicha preferencia *práctica* no puede prevalecer sobre —ni nublar— la pureza *conceptual*: la ausencia de sesgo.

Entendido así, ambos autores tienen un punto. Los llevaría al extremo postulando que *la imparcialidad no sólo es un deber deontológico, sino un elemento ontológico*. Para ser árbitro, es necesario ser imparcial. Si ello no existe, el título simplemente no aplica. Se tratará de algo distinto, como 'abogado de parte', mas no un 'árbitro' correctamente entendido.

Habiendo propuesto una noción, admito que no carece de vacilación. No sólo eso, contiene suposiciones que deseo identificar y explicar.

### B. Sesgo, Prejuicio, Predisposición y otras *malaise* intelectuales

Es probable que al leer la definición que propongo el lector cuidadoso se haya rascado la cabeza en son de duda: ¿dónde existe un individuo que carezca de predisposición alguna? La duda —tengo que admitirlo— es legítima. Deseo examinar el punto para explicar a lo que me refiero y defender por qué creo que debe constar en mi definición.

Comencemos con el cuestionamiento. Es cierto. Todos, por el simple hecho de existir, tenemos predisposiciones. Por 'predisposiciones' me refiero al sedimento intelectual que todos tenemos en nuestro subconsciente (cul-

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>22</sup> Buena parte de la doctrina así lo admite; Clay le hace eco (*id.*, pp. 245-246).

<sup>23</sup> La ausencia de vínculos entre el árbitro y las partes o sus representantes. Recientemente, ello se ha extendido a la materia en disputa mediante el concepto de los *issue-conflicts*.

<sup>24</sup> El estado de ánimo del árbitro *vis-à-vis* ambas partes.

tural y jurídico), mismo que en buena medida explica muchas de nuestras conclusiones, además de nuestra conducta. Dicha materia está compuesta por una multitud de conocimientos, conceptuales y empíricos. Desde nuestra cultura y formación personal (familiar, escolar y profesional), hasta experiencias. Pondré algunos ejemplos enfocados en lo jurídico. Si estudiamos en una escuela de Derecho que tiene énfasis en el derecho civil, probablemente tengamos una predisposición a ver bajo dicha lupa el problema frente a nosotros. Ahora, si en dicha escuela el maestro que más nos influyó era un férreo defensor de una idea determinada, probablemente ésta se encuentre inmersa en el cuerpo de ideas que traemos sembradas en nuestro subconsciente. Nuestra formación y trayectoria profesional también impacta. Si, por ejemplo, siempre nos hemos desempeñado en un despacho corporativo, probablemente nuestras predisposiciones sean diversas a quienes únicamente se han desarrollado en una notaría o como litigantes.

¿Lo anterior quiere decir que somos esclavos de nuestras predisposiciones? Por supuesto que no —siempre que tomemos consciencia de las mismas—. Este es el mensaje medular del presente ensayo: *debemos tomar consciencia de nuestras predisposiciones*<sup>25</sup> —claro, suponiendo que nos preocupa la calidad de nuestras decisiones. El motivo: sesgan seriamente el resultado al que arribamos.

Como lo expone un pensador importante:<sup>26</sup>

A rational person will not simply extrapolate from the net balance among all the reasons she has to a conclusion about the truth. She will consider the possibility that the reasons she is aware of are not a representative sample of all the reasons there are. A rational person, then, will be self-conscious about possible biases in her own intellectual functioning and in the information she receives.

[Una persona racional no simplemente extrapolará el total de las razones que tiene para llegar a una conclusión acerca de la verdad. Tomará en cuenta la posibilidad de que las razones de las que es consciente no sean una muestra representativa de todas las razones que hay. Una persona racional, entonces, será consciente de los posibles sesgos en su funcionamiento intelectual y en la información que recibe.]

¿Pero cómo tomar consciencia y manejar nuestras predisposiciones?

<sup>25</sup> Fue mi amigo Richard Posner quien por vez primera me hizo ver esta profunda lección sobre el arte de juzgar. (Abundo sobre ello en *ob. cit.*, p. 373.)

<sup>26</sup> NOZICK, Robert, *The Nature of Rationality*, *loc cit.*, p. 100.

## IV. IMPARCIALIDAD Y RACIONALIDAD

A. *Pensando sobre Pensar*

Aunque tengamos la mente abierta, ¿cómo sabemos que estamos pensando bien? Muchos autores se han hecho la pregunta: ¿cuándo ‘conocemos’? ¿Cuándo tenemos ‘certeza’? Es decir, cuándo arribamos a un conocimiento ‘válido’. La cantidad de respuestas es tan voluminosa como estimulante. Hay desde ensayos de pensadores literarios,<sup>27</sup> como tratados filosóficos<sup>28</sup> y epistemológicos,<sup>29</sup> hasta análisis psicológicos;<sup>30</sup> inclusive obras que analizan el pensamiento enfocado en temas específicos.<sup>31</sup> Existe un acervo abundante sobre este tema, el cual no replicaré —ni siquiera resumiré—. Me ceñiré a seleccionar algunas lecciones que el mismo arroja y que son relevantes para el tema de este ensayo.

Es interesante observar cómo la gente se forma juicios. Invito al lector a que medite sobre ello. ¿Cuántas veces no ha visto en su vida cotidiana cómo las personas toman decisiones que descansan en un análisis visible-

<sup>27</sup> BALMES, Jaime L., *El Criterio*, Porrúa, México, 1999. GRACIÁN, Baltasar, *Oráculo Manual y Arte de Prudencia*, 8ª ed., Cátedra, Madrid, 2009, Letras hispánicas.

<sup>28</sup> RUSSELL, Bertrand, *Our Knowledge of the External World*, Barnes & Noble, New York, 2008 (originalmente, la obra se publicó en 1914). HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, libro I sobre el entendimiento. SCHOPENHAUER, Arthur, *Essays and Aphorisms*, Penguin Classics, 2004. RUSSELL, Bertrand, *The Analysis of Mind*, Dover, Philosophical Classics, The Macmillan Company, New York, 2005. KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge Texts in the History of Philosophy, Cambridge University Press, Cambridge, 1996. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. The Nicomachean Ethics, Oxford World's Classics, New York, 1998. LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, Penguin Classics, New York, 1997. SCHOPENHAUER, Arthur, *The Art of Controversy*. SCHOPENHAUER, Arthur, *The Wisdom of Life*. SEN, Amartya, *Rationality and Freedom*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2002. PÉREZ VALERA, José Eduardo, *El Método Cognoscitivo en Bernard Lonergan*, Colección Iberoamericana de Ciencias Religiosas, Universidad Iberoamericana.

<sup>29</sup> AUDI, Robert, *Epistemology*, Routledge, USA, 2003. SHUM, David A., *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Northwestern University Press, 1994.

<sup>30</sup> HEUER, Richard J., *Psychology of Intelligence Analysis*, Center for the Study of Intelligence, Central Intelligence Agency, 1999. Uno enfocado en temas jurídicos es MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, *La Influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2011. WALLER, Bruce N., *Critical Thinking: Consider the Verdict*, Prentice Hall, New Jersey, 2001. KIRBY, Gary R., y Jeffrey R. Goodpaster, *Thinking*, Prentice Hall, New Jersey, 2002.

<sup>31</sup> POSNER, Richard, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2008. CIFUENTES, Carlos Llano, *El Examen Filosófico del Acto de Decisión*, Universidad Panamericana, Publicaciones Cruz O., S.A., México, 1998. ARIELY, Dan, *Predictably Irrational. The Hidden Forces that Shape Our Decisions*, Harper Collins Publishers, New York, 2009. NUSSBAUM, Martha C., *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001 (éste último hace un análisis interesante sobre el papel de los sentimientos *inter alia* en la toma de decisiones).

mente erróneo? Por ejemplo, el famoso ‘hubiera’: cuántas veces no hemos experimentado la falacia *ex post facto*: “hubiera optado por X. Fue un error optar por Y dado lo que pasó después”. Como dice el proverbio coloquial: “el ‘hubiera’ no existe”. No puede ser más atinado.<sup>32</sup> No obstante, el defecto analítico es ubicuo.

Otro ejemplo interesante es cuando las personas ajustan lo que *perciben* a lo que *quieren*. El análisis racional sigue las consecuencias. Un caso particular de ello es cuando un abogado se casa con la postura que defiende y no percibe alternativas. Un (desafortunado) efecto de ello es la sorpresa que recibe al conocer que el laudo no le asiste: no lo entiende. (O no lo quiere entender.) En vez de considerar la posibilidad de que exista un defecto en su presentación o, no obstante lo atinado de su labor, que simplemente no le asiste el Derecho, muestra proclividad a denostar al órgano que generó la decisión, a veces cuestionando la integridad de las personas que lo encarnan. Ello se agrava cuando aseguró el éxito a su cliente. Es más fácil aducir *mala fide* del tribunal, que admitir que se cometió un error (sea en la presentación o en la prognosis del caso). Y la facilidad con la que algunas personas usan adjetivos serios no me deja de asombrar. Postulo que sería más maduro, profesional y pro-Estado de Derecho<sup>33</sup> reconocer que no siempre se tiene la razón. El análisis económico del derecho enseña que un motivo por el que el litigio existe y puede ser sensato es que las partes tienen diferentes expectativas sobre su caso y el resultado. Entender esta lección puede ser útil —además de importante— para las personas que incurren en lo que aquí describo.

Pero los ejemplos citados son sencillos. La cantidad de errores analíticos observables inclusive en gente entrenada e inteligente es impactante. Y lo que es cierto en estos casos particulares que son fáciles de detectar y remediar, lo es aún más en otros menos conspicuos o más complejos.

La buena noticia es que pensar analíticamente es una habilidad que puede ser enseñada y que no tiene nada que ver con la inteligencia. Si llevamos el punto a nuestro tema, el foco será cómo hacer buenos juicios con base en información incompleta o ambigua —lo cual casi siempre ocurre—. (Es muy raro encontrar un caso donde exista una prueba contundente e incuestionable y un desierto probatorio del otro lado.)

<sup>32</sup> Las decisiones se toman con la información disponible en ese momento. Si después ocurre algo imprevisto que cambia la conveniencia de la decisión, ello no es motivo para criticar válidamente la rectitud de la decisión tomada.

<sup>33</sup> Pues lo descrito implica cuestionar el sistema *qua* sistema, lo cual es corrosivo *inter alia* a la percepción de seguridad jurídica.

### B. Un poco de lógica

Del universo de la lógica, dado nuestro tema, deseo enfocarme en la 'inferencia'. El hecho de derivar una conclusión a partir de ciertas premisas. El proceso inferencial.

La inferencia es la materia prima del actuar del árbitro. El ladrillo analítico de la infraestructura conceptual con la que se construirá el laudo. La lógica es el molde. Es en dicho terreno que deben analizarse los argumentos que se someten a su consideración. Mucho puede decirse sobre esto. Lo que deseo enfatizar en el contexto de la imparcialidad es que, sin la misma, el proceso inferencial se contamina. El resultado: una decisión que probablemente sea poco acertada.<sup>34</sup> El punto: la imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente, para decidir bien.

Un caso particular de lo explicado es la inferencia sobre cuestiones fácticas (no jurídicas). Con respecto a ello, una duda frecuentemente observada es qué hacer ante elementos probatorios encontrados.<sup>35</sup> Una solución es la teoría pendular de la carga de la prueba. Empieza del lado de quien afirma, estando éste obligado a demostrarlo con un nivel probatorio que por lo menos sea *prima facie* y que atienda a las características del hecho puesto en tela de juicio.<sup>36</sup> De satisfacerse dicho umbral probatorio, la carga se columpia hacia la otra parte para desvirtuar el hecho con un nivel probatorio superior a aquel ofrecido por quien tenía la carga de la prueba. Si esto ocurre,<sup>37</sup> la carga se columpia de regreso a la otra parte para que refute los elementos probatorios ofrecidos por su adversario con un nivel probatorio superior. El resultado de lo anterior es lo que determinará quién prevalece en la demostración de un hecho controvertido.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Siendo que, como se detallará abajo, todo proceso inferencial a lo más que puede aspirar es a ser 'probable', el que exista imparcialidad alejará —salvo coincidencias aleatorias— el resultado del deseado. Es decir, forzosamente será menos probable.

<sup>35</sup> Mi práctica reciente me ha permitido pensar mucho sobre esto. En diversos casos en que he participado, estando frente a abogados de alta calidad, la exposición es de alto nivel y existen 'buenas' pruebas de ambos lados, contradiciéndose frontalmente.

<sup>36</sup> Por ejemplo, si es un hecho *probable*, pocos elementos probatorios son suficientes para demostrarlo; para determinar la existencia del hecho. En cambio, si el hecho es *improbable*, la generación de convicción en el juzgador tiene que darse mediante muchos elementos probatorios. (Este marco conceptual descansa en nociones elementales de razonamiento probabilístico.)

<sup>37</sup> Es decir, si la parte que desea refutar el hecho ofrece más elementos probatorios que aquellos ofrecidos por quien cumplió su carga de la prueba.

<sup>38</sup> Esta forma de entender la carga de la prueba no sólo es útil, sino que ha recibido eco. Por ejemplo, en el contexto de la OMC, en el caso *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, el Reporte del Panel del 22 de diciembre de 1999 explicó así la carga de la prueba:

"Part of our task in accordance with Article 11 of the DSU is to make factual findings. We are guided in this matter, as well as others, by the jurisprudence of the Appellate Body. In accordance

Las conclusiones deben descansar en razones, que no son más que cosas que la mente tiene el poder de reconocer.<sup>39</sup> Las conclusiones deben estar razonablemente soportadas en sus premisas.<sup>40</sup> El contenido y alcance exacto del análisis silogístico ha dado mucho de qué hablar, tanto jurídica<sup>41</sup> como filosóficamente.<sup>42</sup> En este contexto, lo que deseo transmitir es que las inferencias que forman parte del ejercicio silogístico que el árbitro realizará deben estar razonablemente vinculadas con el material contenido en el expediente, de tal forma que las conclusiones tengan valor lógico como resultado de las premisas de las que se dice derivar. En el lenguaje de la lógica: que sean 'válidas'. Schopenhauer lo explica así:<sup>43</sup>

From *one* proposition nothing more can follow than what is already contained in it, i.e. than what it itself implies when its meaning is exhausted; but from *two* propositions, if they are joined together as premises of a syllogism, more can follow than is contained in either of them taken individually —just as a body formed by chemical combination exhibits qualities possessed by none of its constituents—. That logical conclusions possess value derives from this fact.

[De *una* proposición no puede surgir más que lo que ya se encuentra contenido en la misma, es decir, lo que implica en sí misma cuando su significado ha sido agotado; pero de *dos* propuestas, si se juntan como premisas de un silogismo, puede surgir más de lo que está contenido en cada una de ellas individualmente —tal y como un cuerpo formado por una combinación química exhibe cualidades que no posee ninguno de sus componentes—. El valor de dichas conclusiones lógicas deriva de este hecho.]

with this jurisprudence, both parties agreed that it is for the EC, as the complaining party, to present arguments and evidence sufficient to establish a *prima facie* case in respect of the various elements of its claims regarding the inconsistency of Sections 301-310 with US obligations under the WTO. Once the EC has done so, it is for the US to rebut that *prima facie* case. Since, in this case, both parties have submitted extensive facts and arguments in respect of the EC claims, *our task will essentially be to balance all evidence on record and decide whether the EC, as party bearing the original burden of proof, has convinced us of the validity of its claims. In case of uncertainty, i.e. in case all the evidence and arguments remain in equipoise, we have to give the benefit of the doubt to the US as defending party.*" (Énfasis añadido.)

<sup>39</sup> NOZICK, Robert, *Invariances, The Structure of the Objective World*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001, p. 123.

<sup>40</sup> Ello implica el ejercicio del juicio. De discernimiento. Y no quiere decir que cada argumento esgrimido tiene que citarse y analizarse, sino que la conclusión a la que se llega debe estar soportada con suficientes elementos para explicar al lector cómo se llegó a la misma, atendiendo a las características del hecho (que fueron explicadas arriba).

<sup>41</sup> Por ejemplo, recientemente dos destacados intelectuales y árbitros escribieron una obra sobre este tema en el contexto de arbitraje de inversión: AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, y W. Michael Reisman, *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.

<sup>42</sup> KARL POPPER le dedicó un ensayo entero: "Conjectural Knowledge: My solution to the problem of Induction", en *Objective Knowledge, An Evolutionary Approach*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

<sup>43</sup> SCHOPENHAUER, Arthur, *Essays...*, ob. cit., p. 120.

El ejercicio es necesario so pena de hacerse acreedor al reproche que Bertrand Russell hacía al tratamiento de Hume<sup>44</sup> de la inferencia en la lógica.<sup>45</sup>

The lunatic who believes that he is a poached egg is to be condemned solely on the ground that he is in a minority.

[El loco que cree que es un huevo tibio debe ser condenado únicamente con base en que se encuentra en la minoría.]

Aclarada la necesidad del ejercicio, ¿cómo saber si los procesos cognitivos que estamos siguiendo son adecuados? Si el conocimiento al que llegamos es 'correcto'. Después de todo:<sup>46</sup>

Knowledge is a very imprecise term covering a number of different things and a number of stages from certainty to slight probability.

[El conocimiento es un término muy impreciso que cubre un número de cosas diferentes y etapas que van desde la certeza hasta probabilidad tenue.]

La manera de hacer crecer dicho conocimiento es partir del existente siguiendo pasos analíticos aceptables, como advierte Popper:<sup>47</sup>

The growth of knowledge proceeds from old problems to new problems, by means of conjectures and refutations.

[El crecimiento del conocimiento proviene de problemas viejos a problemas nuevos, mediante conjeturas y refutaciones.]

Al hacerlo, debe tratarse de que la fuerza de la deducción sea lo suficientemente robusta como para justificar la conclusión deseada. Después de todo:<sup>48</sup>

Every inference worthy of its name is inductive, therefore all inferred knowledge is at best probable.

<sup>44</sup> David Hume concluye que de la experiencia y la observación nada puede aprenderse. Ello decepciona a Russell, no sólo porque considera su conclusión desastrosa, sino también porque lo consideraba más capaz que Locke (de cuya teoría parte la de Hume). Como resultado, tilda el trabajo de Hume como "the bankruptcy of eighteenth-century reasonableness" (RUSSELL, Bertrand, *A History of Western Philosophy*, Simon & Schuster, Inc., New York, 1972, p. 672). Lo único útil que de ello puede obtenerse es que probó que el empirismo puro es una base insuficiente para la ciencia (*id.*, p. 674) —para mi gusto, una conclusión no sólo aguda y atinada, sino la base del doble ángulo seguido en este ensayo (empírico y filosófico)—.

<sup>45</sup> La cita completa de Russell es "It is important to discover whether there is any answer to Hume within a philosophy that is wholly or mainly empirical. If not, there is no intellectual difference between sanity and insanity...". RUSSELL, Bertrand, *A History of...*, *ob. cit.*, p. 672. POPPER, *loc cit.*, p. 5.

<sup>46</sup> RUSSELL, Bertrand, "Theory of Knowledge", en *The Basic Writings of Bertrand Russell*, Routledge, London, New York, 2009, p. 203.

<sup>47</sup> POPPER, Karl, *Objective...*, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>48</sup> RUSSELL, Bertrand, "Validity of Inference", en *The Basic Writings of Bertrand Russell*, Routledge, London, New York, 2009, p. 162.

[Toda inferencia merecedora de su nombre es inductiva, por lo tanto, todo el conocimiento inferido a lo más que puede aspirar es a ser probable.]

Siendo la probabilidad una cuestión de grado, se sugiere al árbitro seguir la indicación de Locke al discurrir sobre la probabilidad:<sup>49</sup>

The mind, if it will proceed rationally, ought to examine all the grounds of probability, and see how they make more or less, *for or against* any probable proposition, before it assents or dissents from it, and upon a due balancing the whole, reject, or receive it, with a more or less firm assent, proportionably to the preponderancy of the greater grounds of probability on one side or the other.

[La mente, para proceder racionalmente, debe examinar todos los fundamentos de probabilidad, y ver cómo hacen que una propuesta sea más o menos probable; cómo sirven *a favor* o *en contra* de la misma, antes de asentir o disentir. Balanceando debidamente todo antes de rechazarla o recibirla con una aceptación más o menos firme, proporcional a la fortaleza de los fundamentos de probabilidad que existan de un lado o del otro.]

### C. Análisis del pensamiento

Tomando consciencia de que todas las conclusiones a las que lleguemos a lo más que pueden aspirar es a ser 'probables', ¿qué hacer para que sean *lo más probables posibles*?

El análisis y psicoanálisis de la inteligencia tiene un cuerpo importante de lecciones, algunas de las cuales son útiles para nuestro tema. A partir de ellas, me propongo derivar cánones de comportamiento inferencial para el árbitro. Previo a darlos, para entenderlos, comencemos con algunas lecciones sobre cómo razonamos:

- a) La gente no tiene experiencia consciente de la mayor parte de lo que ocurre en su mente.
- b) Dada la complejidad del mundo, la gente construye modelos mentales de la realidad para manejar la enorme cantidad de información que recibe:<sup>50</sup> *heurísticos*. Procesos de simplificación que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples.<sup>51</sup> Algunos son: repre-

<sup>49</sup> LOCKE, John, *An Essay...*, *ob. cit.*, chapter XV: of Probability, p. 579.

<sup>50</sup> Pues su capacidad intelectual tiene límites, lo que se conoce como "bounded rationality".

<sup>51</sup> TVERSKY, Amos, y KAHNEMAN, Daniel, *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, 1974.

sentatividad,<sup>52</sup> disponibilidad,<sup>53</sup> anclaje<sup>54</sup> y el sesgo retrospectivo.<sup>55</sup> Uno relevante para nuestro tema es el sesgo de confirmación,<sup>56</sup> que con frecuencia provoca profecías autocumplidas.<sup>57</sup>

- c) La gente construye su propia versión de la realidad con base en la información que recibe por medio de sus sentidos.<sup>58</sup> Este insumo sensorial se organiza mediante procesos mentales complejos. Lo que la gente percibe, qué tanto lo percibe y cómo lo procesa después de recibirlo está altamente influenciado por experiencias pasadas, educación, valores culturales, lo que se espera de sus roles, normas organizacionales, así como por los detalles de la información recibida<sup>59</sup> (Lo que arriba llamé “sedimento intelectual”).
- d) Tendemos a percibir lo que *esperamos* percibir. Esto es más poderoso inclusive que lo que *queremos* percibir. Ello hace que se requiera más información y que sea menos ambigua para reconocer un fenómeno sin precedentes que uno esperado.
- e) Los estados mentales (*mental frames*) tienden a formarse rápido y se tornan resistentes al cambio.<sup>60</sup> La mente, el estado mental, es una pantalla, un filtro, a través del cual se percibe el mundo. Ello no es bueno o malo. *Es*. Lo cual resulta inevitable.
- f) La exposición inicial a estímulos ambiguos interfiere con la percepción correcta, inclusive cuando después se obtiene mejor información.<sup>61</sup>
- g) La nueva información se asimila con base en la información existente.<sup>62</sup> Es por ello que las percepciones establecidas son tan difíciles de

<sup>52</sup> *Representativeness*: errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad derivados de ausencia de sensibilidad a la probabilidad previa de resultados y el tamaño de la muestra. Incluye errores relacionados con aleatoriedad y regresión a la medida.

<sup>53</sup> *Availability*: valorar la probabilidad de que suceda algo tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de eventos similares.

<sup>54</sup> *Anchoring*: la realización de una estimación a partir de un valor inicial (anclaje) que progresivamente se ajusta a medida que obtiene información adicional.

<sup>55</sup> *Hindsight bias*: al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, lo cual genera una tendencia a considerar que eran previsibles desde el inicio —aunque no sea cierto Daniel—.

<sup>56</sup> *Confirmation bias*: tendencia a filtrar la información que se recibe, consciente o inconscientemente, sobrevaluando los argumentos y pruebas que confirman la posición inicial y subvaluando aquellas que la contradicen.

<sup>57</sup> *Self-fulfilling prophecy*: una predicción que, una vez hecha, es en sí misma la causa por la que se hace realidad.

<sup>58</sup> HUME, David, “An Inquiry Concerning Human Understanding”, en WOLFF, Robert Paul, *Ten Great Works of Philosophy*, Signet Classic, USA, 2002, p. 196.

<sup>59</sup> HEUER, *Psychology of Intelligence Analysis*, p. 4 y 7.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 11.

cambiar. La gente se forma impresiones con base en poca información. Y una vez formada, no la cambian o rechazan a menos que obtengan pruebas sólidas que así lo exijan.<sup>63</sup> Ello genera una asimetría cuestionable y peligrosa en el proceso de formación de una opinión. Sobre ello, Schopenhauer advierte.<sup>64</sup>

It is quite natural that we should adopt a defensive and negative attitude towards every new opinion concerning something on which we have already an opinion of our own. [...] it shatters the calm of mind we have attained through this system, demands renewed efforts of us and declares our former efforts to have been in vain. [...] the individual obstinately clinging to his errors [...] with the mass of men it is even worse: once they have acquired an opinion, experience and instruction can labour for centuries against it and labour in vain.

[Es bastante natural que adoptemos una actitud defensiva y negativa ante cualquier opinión nueva relacionada con algo sobre lo que ya tenemos una opinión propia. [...] destruye la calma mental que hemos alcanzado con este sistema, exige esfuerzos renovados de nuestra parte y torna inservibles nuestros esfuerzos pretéritos. [...] el individuo se aferra a sus errores de manera obstinada [...] con la masa de los hombres es aún peor: una vez que han adquirido una opinión, la experiencia y preparación pueden trabar por siglos en su contra, y aún así trabajar en vano.]

Tomando en cuenta las anteriores lecciones psicológicas y observaciones filosóficas sobre los procesos mentales y la forma en que se genera el conocimiento, deseo proponer algunas reglas de conducta durante la deliberación. Cinco cánones que en principio pueden parecer banales, pero que la experiencia enseña que —dadas las lecciones cognoscitivas arriba mencionadas— pueden propiciar resultados favorables y conducentes a una mejor decisión, a determinaciones más “probables”:

1. **No asumir posturas u opiniones:** No hablemos de “mi” opinión cuando deliberamos sobre el caso. Pongamos distancia entre nosotros y la opinión o postura. Indiquemos que la conclusión que empieza a dibujarse en nuestra mente es *X*, misma que se somete a la consideración del resto del tribunal. Distanciar una postura de quien la emite facilita ser sacado de un error y por ende llegar a la conclusión correcta. Cuando decimos “yo considero que” o “mi opinión es que” es más difícil ver con claridad cuando un coárbitro nos hace el favor de ofrecer una lectura alternativa o señalar un error en nuestro razonamiento.

<sup>63</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>64</sup> SCHOPENHAUER, Arthur, *Essays*, ob. cit., pp. 124-125.

2. **Apertura a ser sacados del error:** Estemos abiertos a ser corregidos. Llama la atención lo mal que toman la corrección de un error inclusive personas sofisticadas y altamente preparadas. *Para eso es la deliberación.* Por eso el tribunal es plural: tres mentes piensan mejor que una. Adoptemos el dicho de Benjamin Franklin: “nuestros críticos son nuestros amigos, pues nos hacen ver en qué podemos mejorar”. Si un coárbitro nos saca de un error, el sentimiento que deberíamos encarnar es de agradecimiento, no de resentimiento.
3. **Cuidado con el origen:** Tomemos nota de dónde comenzamos, pues sesga en forma seria dónde acabamos. Los orígenes anclan. Tienen gravedad analítica. Ser alejados de los mismos puede ser difícil, sin que ello signifique que son el resultado correcto o el más probable —simplemente el natural, dado el punto de partida—.
4. **Tardémonos en adoptar una postura:** Permitamos que el proceso de formación de una opinión sea lento. Que sea hasta que veamos *toda* la historia, según la cuentan *ambos* lados; hasta que nos permitamos aquilatarla. Hacerlo en cualquier momento previo pone en riesgo la calidad de la decisión. Incrementa la posibilidad de que las pruebas disonantes sean subvaloradas. No digamos “no” tan rápido. Tampoco adoptemos una postura rígida temprano, en el asunto o la deliberación. Ello puede no sólo osificarse inadvertidamente, sino reducir la posibilidad de que nuestro intelecto capture otras pruebas que, de no habernos atrincherado en forma temprana, nos llevarían a otra conclusión. No olvidemos lo que enseñan estudios empíricos:<sup>65</sup>

People usually seek confirming rather than disconfirming evidence.

[Las personas por lo general buscan pruebas corroborativas más que contradictorias.]

Una vez formada una opinión, por lo general la gente no busca pruebas que la contradigan, sino que la avalen. Y cuando pruebas disonantes quedan expuestas, tienden a ser descontadas. Además, con frecuencia ocurre que la evidencia que se obtiene a favor de una hipótesis podría ser utilizada en defensa de otra, si se viera bajo una luz diferente o con la mente abierta: con una mente imparcial.

5. **Tabla de alternativas:** Antes de decidir, expongamos las opciones y analicemos las pruebas que defienden o contradicen cada opción. Si

<sup>65</sup> WASON, P.C., *On the Failure to Eliminate Hypotheses in a Conceptual Task*, The Quarterly Journal of experimental Psychology, vol. XII, part 3, 1960.

esto se hace en una matriz, tanto mejor: una tabla donde se ponga por título la postura y, en su contenido, el soporte probatorio o argumentativo. Completémosla antes de ponderar. Que sea hasta que esté completa y tengamos el panorama entero en frente que cotejemos posturas con sus respectivos cimientos.

Como árbitros procuremos que nuestros hábitos cognoscitivos sean consecuentes con estas lecciones, tomando precauciones. Si se siguen, las pautas anteriores pueden ser útiles para facilitar el proceso de toma de decisiones, incrementando la probabilidad de que la decisión final sea la “más probable”. No soy el único en verlo así, un importante pensador, Nozick, al hablar de *Objective Beliefs and Biasing Factors* nos, dice:<sup>66</sup>

A judgment or belief is objective when it is reached by a certain sort of process, one that does not involve biasing factors that lead belief away from the truth...

A judgment or belief is *rational*, relative to certain epistemic goals, if it is reached or maintained by a process that is effective and efficient at achieving those epistemic goals...

objectivity and rationality are connected. Non-objectivity lessens rationality. If a belief is arrived at by a process in which biasing factors that lead one away from the truth play a significant role, then that process will be less effective and efficient in arriving at the truth, and so... less rational.

[Un juicio o creencia es objetivo cuando se alcanza mediante cierto tipo de proceso, uno que no implique factores de parcialidad que alejen la creencia de la verdad...]

Un juicio o creencia es *racional*, relacionado con ciertos objetivos epistemológicos, si se alcanza o se mantiene mediante un proceso efectivo y eficiente para alcanzar dichos objetivos epistemológicos...

la objetividad y racionalidad están conectadas. La falta de objetividad disminuye la racionalidad. Si se llega a una creencia mediante un proceso en el que los factores de parcialidad, que alejan de la verdad, juegan un papel importante, entonces ese proceso será menos efectivo y eficiente para llegar a la verdad, y así... menos racional.

Aseguro al lector que, si se siguen las pautas sugeridas, se incrementa la probabilidad de que la decisión a la que se arrije sea la correcta. La sensata. La racional. Pero de vuelta al tema de nuestro ensayo, esto pone en evidencia por qué la imparcialidad es una condición necesaria del bien-juzgar.

<sup>66</sup> NOZICK, Robert, *Invariances, The Structure of the Objective World*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001, p. 94. (La explicación contenida en la página 236 abunda sobre ello.)

### D. Imparcialidad es una condición necesaria, pero insuficiente

El título de esta sección contiene un doble postulado para juzgar bien. Veámoslo por separado.

#### 1. La imparcialidad es necesaria...

Si se acepta la definición que he propuesto (imparcialidad como apertura de mente), ¿garantiza ello que la decisión que arroje sea 'correcta'? Es más, ¿es posible lograr el postulado?

La respuesta a ambas preguntas es la misma: "no".

##### a) ¿Garantiza la imparcialidad una decisión 'correcta'?

En sí, la ausencia de sesgo o predisposición no garantiza que la decisión a la que se arribe sea correcta. La más 'probable'. Esto último se *propicia* (el que aún así se *logre*, es imposible asegurar) mediante una introspección sobre los procesos mentales. Cómo la gente decide. Cómo se forma una decisión. Bertrand Russell solía decir: "lo que la gente está dispuesta a concluir ante información incompleta, dice mucho de ella". La aseveración es tan profunda como atinada.

##### b) ¿Es logvable el postulado: mente aséptica?

La interrogante busca tomar con seriedad mi propia definición. ¿Es posible carecer de sesgo o predisposición alguna? La respuesta también es un tajante "no". El motivo: todos tenemos sedimento intelectual (sesgos y predisposiciones), como expliqué en la sección III. B de este ensayo.

##### c) Conclusión: imparcialidad es condición necesaria para juzgar bien

Siendo que la respuesta a ambas interrogantes es negativa, la pregunta obligada es: ¿de qué sirve ser imparcial? Mi respuesta: la imparcialidad es una condición *necesaria* para decidir bien. Sin la misma, lo que el árbitro hará dista de ser *evaluar*. *Analizar*. Más bien, será *abogar*. Pero la calidad del fallo sufrirá las consecuencias.

#### 2. ...pero insuficiente

Lamentablemente, simplemente intentar ser objetivo (imparcial) es insuficiente para asegurar una percepción correcta.<sup>67</sup> Necesitamos conocer nues-

<sup>67</sup> HEUER, ob. cit., p. 9.

tras limitaciones intelectuales —para lo cual se hicieron las sugerencias de la sección anterior. Ello es importante. La moraleja de todo esto para nuestro tema: *el deber de imparcialidad es una condición necesaria, pero no suficiente para juzgar bien*. Es esto lo que me lleva a lamentar la ausencia de imparcialidad. Aún suponiendo que exista, hay mucho más por hacer para lograr una 'buena' decisión. Pero el que dicho pre-requisito sea inexistente le resta el punto de partida necesario para lograr que el arbitraje cumpla su fin último: especialidad.

Ahora bien, cuando se logra, algo extraordinario sucede. Tres mentes —generalmente muy entrenadas— se sientan a analizar un problema complejo en aras de llegar a la mejor conclusión posible. Ello brinda un valor no obtenible en cualquier otro lugar. Por más bueno que sea un juez perteneciente a un poder judicial —cualquiera que sea—, tiene que dedicarle la menor cantidad de tiempo a un asunto por el simple hecho que él (su intelecto y tiempo) es un bien público que debe ser usado frugalmente en cada caso, a efecto de optimizar la cantidad de casos que atienda. Ello no necesariamente es conducente para lograr la calidad. El arbitraje ofrece una opción: escoger un tribunal compuesto por personajes/intelectos cuidadosamente pensados para resolver el problema en cuestión. Este valor, que llamo "especialidad", ninguna otra institución en ninguna parte del mundo la ofrece —inclusive las mejores jurisdicciones del orbe—. Y dicho valor es útil: existe en toda sociedad una veta de problemas que merecen mucha atención y labor. Para éstos es el arbitraje.

### V. IMPARCIALIDAD EN OTROS CONTEXTOS

¿Aplica el deber de imparcialidad a actores diversos al árbitro? Este tema no sólo es controvertido, sino escabroso. Dado que se le ha dedicado poca atención, lo que ahora propondré es una tesis que someto al lector con miras a recibir retroalimentación.<sup>68</sup>

#### A. Expertos

Deseo abordar esta interrogante desde ángulos diversos:

<sup>68</sup> Las observaciones son bienvenidas a fgcoosio@gdca.com.mx.

## 1. Imparcialidad del experto

¿Está obligado el experto a ser imparcial? Habiendo coincidencia respecto a que el experto está obligado a conducirse *con la verdad*, ¿es lo mismo que el deber de conducirse con *imparcialidad*?

Mientras el lector pondera sobre ello, invito a que considere que la verdad es relativa.<sup>69</sup> Y lo que es cierto en general, la experiencia demuestra que lo es más en temas técnicos: la verdad de un perito puede ser diversa a la de otro. De allí el viejo adagio: “ante *dos* expertos, *tres* opiniones!”

¿Esto significa que decir *la verdad* es distinto a *actuar con imparcialidad*? Considero que sí. Pero ello no implica que la imparcialidad no sea útil al perito. Me explico.

La *verdad* es la correspondencia con los hechos,<sup>70</sup> algo distinto a la *opinión*. Un perito está obligado a compartir su opinión con el tribunal. Pero cuando un perito aproxima un asunto de una manera parcial, se pierde algo. Cuando, en vez de formarse una opinión ‘objetiva’ que sea de utilidad al tribunal que analizará el producto de su intelecto, incurre en alguna de las diversas cosas que se pueden hacer para defender una postura,<sup>71</sup> el resultado es que arroja una opinión que no sólo dista de reflejar una auténtica opinión experta, sino que es de poca utilidad al juez o tribunal arbitral.

Con frecuencia, los errores analíticos son observables. El sesgo puede ser perceptible. Pero en ocasiones no. Mas lo constante es la duda por parte del tribunal que analizará el asunto. De allí que se observe que algunos tribunales tiendan a preferir la designación de un perito en discordia u otros procesos que reduzcan sesgo de los expertos.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Esta aseveración me ha inmiscuido en debates arduos en más de una ocasión. Sin embargo, invito al lector a que reflexione sobre ella. La verdad tiende a variar dependiendo del ángulo bajo el cual se vea. Ya lo decía Shakespeare: “We do not see things as they are, but as we are”.

<sup>70</sup> NOZICK, Robert, *ob. cit.*, p. 236.

<sup>71</sup> Como puede ser empezar por la conclusión y encontrar premisas para soportarla (algo así como *reverse-engineering*). O buscar argumentos técnicos para defender (a toda costa) la postura —el interés— de quien lo ofrece. Ello es *in natura* diverso a la labor que se espera del experto: *ilustrar* en vez de *abogar*.

<sup>72</sup> SACHS, Klaus, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”, en *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, No. 15, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2011, p. 135. A su vez, DAVE, Dushyant, “Should Experts Be Neutrals or Advocates?”, *id.*, p. 149.

## 2. ¿El experto hace mal árbitro?

Recientemente escuché una observación aguda, por parte de un experimentado árbitro con quien he tenido el gusto de compartir tribunales, que merece eco: uno no debe escoger expertos como árbitros, pues están llenos de prejuicios y no están abiertos a ser convencidos.<sup>73</sup> Al escuchar dicha frase diferí. Propuse que, aunque no estaba de acuerdo con la misma, los ‘expertos’ deberían escucharla. El motivo: con mucha frecuencia observo personas —árbitros y otros— casadas con su opinión. Y entre más letradas son, tienden a caer en el (entendible) error de considerar que ostentan *la razón* y que quien difiere de ellos está ‘mal’. Pero descartar a expertos como árbitros por dicho motivo es ir demasiado lejos. Resulta preferible considerar lo aquí descrito que descartarlos *tabula rasa*. Después de todo, el extremo opuesto invita otro peligro, el expuesto por el dicho “an open mind is an empty mind”.

Moraleja: los expertos deben tomar en cuenta las precauciones detalladas en este ensayo sobre defectos de análisis.<sup>74</sup> Deben lograr vencer el obstáculo de la cerrazón propiciada por su propia pericia —algo nada fácil, es de admitirse—.

## 3. Ataques *ad hominem*

Un aspecto que me ha dado mucho en qué meditar es la práctica seguida en arbitraje, nutrida de la praxis del *common law*, de refutar las opiniones de los expertos haciendo ataques *ad hominem* al experto (lo que en inglés llaman *impeach the character* o *impeach the credibility*). Un caso particular de ello, frecuentemente observado, es encontrarle alguna contradicción o buscar hacerlo caer en ella. Dicha práctica me genera dudas. Aunque coincido con que es contrario a lo que se espera de un experto, el decir, en una opinión pagada por la parte que la ofrece, algo distinto a lo que *en verdad* piensa, tengo dudas de que ello sea lo que esté ocurriendo en la praxis frecuentemente observable. Siendo una suposición *ab initio* aceptable, que la opinión de un experto es observable en el producto pretérito de su intelecto,<sup>75</sup> muchas de las proposiciones de contradicción que observo no son en verdad contradicciones, sino exposiciones parciales, con frecuencia sacadas de contexto o manipuladas con la finalidad de imbuir duda, de hacer parecer que existe contradicción.

<sup>73</sup> El autor de la frase fue Don Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. El contexto fue el evento del Club Español del Arbitraje en la Ciudad de México, el 8 de noviembre de 2012.

<sup>74</sup> Sección IV, *supra*.

<sup>75</sup> Por ejemplo, libros, artículos, conferencias o demás formas de verter opiniones.

Si a ello se le añade la agresividad con la que con frecuencia se realizan, el resultado es un diálogo que dista de cumplir la función de una pericial: brindar materia prima al tribunal arbitral sobre un aspecto de la disputa en la que no es experto.

Deseo dejar claro que la observación no es fruto de sobre-sensibilidad (no tengo la piel delgada y con gusto debato con quien sea, donde sea, cuando sea, temas en los que me especializo o me he pronunciado). Mi punto es que el nivel de la discusión disminuye. De hecho, se distrae. En vez de sintonizarse con el (con frecuencia, profundo) canal en el que se está dirigiendo el experto al tribunal, lo que se propicia son líneas argumentativas (a veces largas) de justificación, batallas de egos y contestaciones que se alejan del *quid* de la disputa. Resultado: gran parte de la energía (y costo) de las opiniones periciales desvía la atención del tribunal de lo que se debería estar ponderando. Y salvo las mentes fáciles de impresionar, el resultado del desparrame de sangre es poco. A veces inocuo y ocasionalmente contraproducente; una masacre argumentativa tal que deja al tribunal sintiéndose como testigo de una corrida de toros.

Me pregunto si no ganamos más centrando la discusión en el corazón de la disputa, dejando de lado las luchas de egos o intentos de trampas argumentativas que, aunque pueden ofrecer material anecdótico para charlas en Pubs o cantinas, ofrecen poca materia prima seria para construir buenos laudos arbitrales en casos complejos.

#### 4. Citas en contra. Citas fuera de contexto

Aunque casi no actúo como experto,<sup>76</sup> un caso que tuve recientemente me hizo reflexionar sobre este punto. En síntesis, me vi confrontado con un artículo escrito hace más de una década donde una oración aisladamente considerada, fuera de contexto, parecía contradecir mi postura en una opinión que emití y sobre la cual estoy convencido. Sabiendo que no estaba ajustada a mi opinión,<sup>77</sup> la duda que me surgió fue qué estaba sucediendo. Deseo compartir el resultado de dicha reflexión, que es doble.

Primero, la mayor parte de las veces que he encontrado citas en mi contra, detecto que se trata de extirpes parciales, con frecuencia alterados, de obras

<sup>76</sup> El grueso de mi práctica es actuar como árbitro y como abogado de parte. Sin embargo, ocasionalmente he aceptado actuar como perito en casos especialmente complejos o delicados; así como en aquellos que me atraen intelectualmente (por ejemplo, porque versan sobre un tema interesante).

<sup>77</sup> Quien me conoce o haya contratado sabe que no ajusto mis opiniones. Nunca. De hecho, he rechazado clientes (algunos importantes) o asuntos que implicarían tener que incurrir en ello. Y en casos menos radicales, donde se 'sugiera' una postura, me opuse firmemente a matizar mi opinión.

que he escrito, pero que al extraer la cita se descuidó resto de lo expuesto. Y como enseña el proverbio: *texto sin contexto es pretexto*. Luego entonces, ello no es *en verdad* una contradicción. Lo más que puede estar pasando es que el lector del mismo adolece, sin percatarse,<sup>78</sup> de *cognitive bias*: la gente ve lo que quiere ver.<sup>79</sup>

Pero supongamos que hay casos en que ello no ocurre. Despejemos las citas incorrectas y abordemos —para aclarar el deber de experto— el verdadero impacto que puede tener una contradicción entre una opinión académica y otra dada en forma casuista.<sup>80</sup> Ello merecería la (aguda) contestación que una de las grandes mentes económicas que han existido, John Maynard Keynes, ofrece a una crítica similar:

When the facts change, I change my mind. What do you do, Sir?

Si los hechos cambian, no sólo es *natural* —es *obligado*— cambiar de opinión. Después de todo, *la aplicación del Derecho es contextual*. Y es de sabios cambiar de opinión.

Segundo, aún suponiendo que exista una contradicción directa, no es obligado concluir que ello en verdad sea fruto de ajuste o sesgo por fungir como perito de parte. Quienes le roban tiempo al ocio para contribuir a la doctrina hacen un ejercicio que *nunca* puede *en verdad* ser entendido como contradictorio con un asunto. Se invita a que se pondere sobre esto. La labor de hacer doctrina es en esencia *deductiva*. Es decir, busca generalizar a partir del caso particular. Es así como se teje y amplía el conocimiento jurídico. Pero *exdefinitione* ello no quiere decir que (i) la generalidad es idéntica a todos sus casos particulares;<sup>81</sup> (ii) que la regla no carece de excepciones y (iii) que la regla no tiene formas diversas de aterrizar en la (dinámica) realidad. Bien puede suceder que la regla conceptualmente defendida tenga una *aplicación* distinta a la prevista doctrinalmente, cuando se comentó como generalidad. Ello no quiere decir que exista *contradicción*. Existe *aplicación*. Kant lo expone así:<sup>82</sup>

<sup>78</sup> En ocasiones he detectado que no es inadvertido.

<sup>79</sup> Más formalmente, la desviación en el juicio que puede propiciar juicios incorrectos y que puede ocurrir por motivos diversos. Estos sesgos se producen por la forma en que opera la mente. Cómo percibe, genera memorias y hace juicios.

<sup>80</sup> He platicado con muchas personas sobre esto y me doy cuenta que es un fenómeno pandémico. Ello me genera algo de preocupación pues, si no se trata con seriedad, la gente que más sabe tendrá incentivos fuertes para dejar de generar conocimiento.

<sup>81</sup> Un axioma para quien sabe de lógica.

<sup>82</sup> KANT, Immanuel, *ob. cit.*, p. xix.

Because people's situations can vary widely, so too can their decisions about how to act. Since we are rarely in a position to know all the factors that may go into others' decisions, we are also rarely, if ever, in a position to judge how well or badly they are fulfilling their positive obligations.

[Dado que las situaciones de las personas pueden variar mucho, también lo harán sus decisiones acerca de cómo actuar. Siendo que rara vez nos encontramos en una posición en la que conozcamos todos los factores que pueden formar parte de las decisiones de los demás, también rara vez, si es que sucede, nos encontramos en una posición de juzgar qué tan bien o mal se encuentran cumpliendo con sus obligaciones positivas.]

Luego entonces, despejando la *cognitive bias* y la superficialidad de análisis, lo único que *en verdad* se logra cuando se cita doctrina “en contra” de un autor, es hacerle el favor de enriquecer su acervo de experiencias y conocimiento y dar eco a las ideas que defiende. Más aun, facilitarle la (difícil) tarea lograr una de las virtudes intelectuales más difíciles: *ser consistente*.<sup>83</sup> Dado el esfuerzo que implica escribir, ello asiste al autor en propagar las nociones e ideales que postula. Es por ello que —analizando las cosas con seriedad— lo que debería hacer un autor que es citado “en su contra”, cuando actúa como experto, árbitro o abogado de parte, es extender un encarecido agradecimiento.

### B. Imparcialidad del Testigo

Un testigo es alguien que ha percibido un *hecho* con sus sentidos y es llamado a proceso para corroborarlo dado que ha sido puesto en tela de juicio. Con base en ello se harán a determinaciones *fácticas* que servirán de premisa de conclusiones *jurídicas*. Su labor es, por ende, importante. También lo es que se conduzcan *con la verdad*, mas no con *imparcialidad*. La apertura intelectual no es necesaria a su labor. Lo que es necesario es que su exposición sea fiel a lo ocurrido.

Siendo que se ha despejado la aplicabilidad del principio objeto de este ensayo, la exposición podría detenerse aquí. No obstante, resulta atinente tocar un tema relacionado con lo ya descrito —los procesos cognoscitivos—: la “memoria”. Esta se compone por un conjunto de elementos que entraron a la mente a través de los sentidos y que forman un cuerpo amorfo de conocimiento. Lo que llamamos “memoria” es un conjunto de cosas, unas de las

<sup>83</sup> Así lo defendí en la Conferencia de Presentación de la obra *Arbitraje* (ob. cit.), el 23 de febrero de 2012. Visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

cuales ocurrieron y otras no.<sup>84</sup> Pero todas sufren del mismo defecto: entraron a la mente por medio del prisma de los sentidos, lo cual las hace imperfectas. Sin embargo, ¿cuál es la relevancia de esta apreciación para nuestro tema? En ocasiones, el testigo no recuerda con claridad lo ocurrido o yerra en su descripción; inclusive, a veces se contradice. Pero ello no quiere decir que esté mintiendo. Quiere decir que su recuento contiene tropiezos. Mas, siendo que fueron capturados por un medio imperfecto (los sentidos), ello no necesariamente impacta o debe impactar su credibilidad.

¿Cómo diferenciar un tropiezo de buena fe de una mentira —máxime que una constante de las personas más hábiles para mentir es contar con aptitudes histriónicas—? Esto es una habilidad que se aprende sobre la marcha. Es la sustancia de la experiencia. Se percibe más que enseñarse. Lo que en este contexto es relevante decir, es que el testimonio no puede ser descontado por existir un tropiezo; algo que tiende a hacer el árbitro primerizo —o quien quiera que no haya tenido experiencia previa (sea como abogado de parte o como árbitro) o la oportunidad de ponderar sobre este punto—.

### C. Imparcialidad del Abogado de Parte

El título de esta sección debe, en una primera impresión, parecerle raro al lector. El motivo: el abogado de parte no está obligado a ser imparcial. Todo lo contrario, su deber es cerciorarse de encontrar y presentar todos los argumentos posibles para defender el interés que representa. Sin embargo, la aseveración de un adversario al calor de una audiencia me hizo pensar sobre ello. Durante un debate intenso en una audiencia, un (experimentado y prestigiado) colega me acusó de exponer parcialmente los hechos del caso. Aunque probablemente ello fue fruto de lo agitado de la audiencia, porque inclusive, en sí, se trató de una aseveración parcial, me hizo reflexionar sobre el alcance del deber del abogado con respecto a la exposición del caso.

Si bien se puede estar de acuerdo en que un abogado no está obligado a ser imparcial, ¿quiere ello decir que puede decir lo que sea? Opino que no. Lo vincula el deber ético de decir la verdad. Es decir, el deber de defender a su cliente a toda costa está matizado por el deber de conducirse dentro del plano

<sup>84</sup> Esta apreciación puede parecer cuestionable, inclusive preocupante. No es mi propósito insinuar que pueden inventarse hechos, sino hacer ver que la memoria no es un conjunto de fotografías, si no un cuerpo de recuerdos que pueden no ser fieles a lo ocurrido, sin que ello sea intencional; lo que con frecuencia se alude como “trucos de la memoria”.

de la legalidad y la veracidad. Dicho negativamente, no puede hacer ‘lo que sea’. Puede hacer ‘lo que sea, siempre que sea lícito y ético’.

La importancia de lo anterior no debe menospreciarse. Estoy seguro de que no soy el único que ha presenciado una conducta indebida —ilícita, inclusive— por parte de abogados adversarios. Desde mentir ante un tribunal arbitral o presentar pruebas falsas —incluso, fabricar las mismas—,<sup>85</sup> hasta una ocasión en que el abogado adversario se acercó a mi cliente para ofrecerle información confidencial de su cliente a cambio de dinero. La conducta deplorable abunda. Pero las consecuencias tienden a ser pocas; definitivamente mucho menos de las que deberían ser. En un caso que abagué, nos vimos obligados a solicitar la exclusión de un abogado adversario por haber incurrido en un prevaricato arbitral.<sup>86</sup> Dicha petición despertó una interesante y profunda discusión sobre el alcance de las facultades de un tribunal arbitral para tomar pasos que versan sobre deberes deontológicos, máxime por la laguna internacional que al respecto existe. Pero deseo defender la postura de que, aunque un tribunal arbitral no es un órgano de vigilancia de deberes éticos ni puede sancionar por conducta poco profesional,<sup>87</sup> sí es un guardián del proceso. Y como tal, debe cerciorarse de que en el proceso no se generen asimetrías ni ventajas procesales como resultado de conducta estratégica. Para lograrlo cuenta con el (importante) acervo de facultades inherentes:<sup>88</sup> los poderes para tomar las medidas que considere necesarias para cerciorarse de que el proceso que dirige merezca el adjetivo “debido”. De tal forma que si, por ejemplo, observa que la conducta denunciada le da una ventaja procesal a una parte por sobre de otra, tiene la facultad para tomar medidas

<sup>85</sup> Por ejemplo, que sea el abogado quien escribe la opinión pericial del perito o el maquillaje de material probatorio (en un caso, su confección *in toto*).

<sup>86</sup> Para ser exactos, había sido consultado previamente al equipo que fue definitivamente designado como representante de un caso importante, en el cual yo participé. Durante dicho proceso de consultas, se intercambió información delicada que incluyó la estrategia del caso.

<sup>87</sup> Para esto están los colegios u órganos profesionales locales.

<sup>88</sup> Fuente importante de medidas procesales, otrora inexistentes explícitamente, pero que paulatinamente se han cristalizado en facultades expresas. Desde el principio, *Kompetenz-Kompetenz* (cuya primera instancia fue *The Betsey* (1797) bajo el Tratado de Jay de 1794, donde el Comisionado de Estados Unidos indicó “A power to decide whether a claim preferred to this board is within its jurisdiction, appears to me *inherent* in its very constitution, and indispensably necessary to the discharge of any of its duties. [...]”) hasta otros pasos procesales como la permisión de *amicus curiae* en arbitraje de inversión (inclusive antes de la reforma al Reglamento CIADI para permitirlo). También lo son la emisión de órdenes de suspensión, la facultad para restaurar reclamaciones y la facultad para analizar cuestiones *motu proprio*. (*Methanex Corporation c. Estados Unidos de America*, Decisión del Tribunal sobre Peticiones de Terceros de Intervenir como *Amicus Curiae*, 15 de enero de 2001, especialmente paras. 29 y ss.) Véase AMERASINGHE, Chitharanjan, *Jurisdiction and International Tribunals*, 2003, pp. 121-128.

en dicho proceso, mismas que *puede* —a veces *tiene que*— ejercer como custodio de la legitimidad del proceso.<sup>89</sup>

#### D. Imparcialidad y Deliberación

Deliberar es un arte. Siendo que la psicología de quienes conforman cada tribunal es diferente en cada caso, la forma como se maneja ello muestra la destreza del presidente del tribunal. En *Ética Nicomaquea*<sup>90</sup>, Aristóteles aborda la deliberación en el contexto de las virtudes intelectuales, explicando que es una indagatoria. Quien delibera busca y calcula algo. La distingue de disponibilidad mental (‘readiness of mind’ —lo que yo llamaría imparcialidad—) y dice que la excelencia en la deliberación incluye *razonamiento*. La buena deliberación es lenta, aunque sus conclusiones sean rápidamente efectuadas. Si se sigue bien, será proclive a llegar a lo que llama “sabiduría práctica”.

En el contexto del tema de la imparcialidad, deseo hacer eco de una duda que me ha surgido con frecuencia, proponiendo una solución que someto al lector para recibir retroalimentación: ¿Qué hacer cuando existe diferencia de opinión, sea en premisa o conclusión? Todos sabemos que el árbitro que se encuentre en la minoría puede emitir una opinión disidente, pero mi pregunta es más profunda: ¿cuándo hacer uso de dicha facultad? Recordando que el árbitro individual es parte de un órgano colegiado, al cual se aplica el principio de las mayorías, ¿cuándo dar el paso de cristalizar su postura individual en un voto particular (disidente o concurrente)? Percibo que, aunque se ha escrito mucho sobre opiniones disidentes, no hay una respuesta clara a esta interrogante. Como resultado, se observan muchas posturas (inclusive variaciones de un mismo árbitro).

La praxis ofrece muchas alternativas. Por ejemplo, quienes nunca hacen opiniones disidentes, hasta quienes las hacen con frecuencia —a veces *ad nauseam*—. Hay quien considera que dependiendo de la materia, ello debe variar. Por ejemplo, si se trata de arbitraje de inversión, será más justificado ver opiniones disidentes que en otras especies.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> Algunos casos así lo han hecho bajo el mismo razonamiento aquí defendido. Ver por ejemplo, *The Rompetrol Group N.V. v Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3) decisión del 14 de enero de 2010. *Hwatska Elektroprivreda, d.d. v The Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/05/24) decisión del 6 mayo 2008. Existen otros no reportados.

<sup>90</sup> Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Oxford World's Classics, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 149. Libro VI, punto 9: *Goodness in deliberation, how related to practical wisdom*.

<sup>91</sup> El motivo argüido es su importancia y politización.

Deseo proponer la siguiente aproximación.<sup>92</sup> Como punto de partida: el árbitro, siendo parte de un órgano colegiado, no debe de emitir opiniones individuales: *nemine dissentiente*. El que su opinión no sea idéntica a la que está tomando el tribunal *in toto* no es causa suficiente, desde mi perspectiva, para votar en contra, ni para proferir una postura individual. Mucho menos para negarse a firmar el laudo. Después de todo, el significado jurídico de la firma de un laudo no es que se está de acuerdo con todo; es que el árbitro individual formó parte del órgano colegiado que arribó a la conclusión del mismo. Esto es importante, pues puede ser el origen de muchos malos entendidos que han terminado en disidencias.

Un árbitro que tiene diferencias de opinión tiene otras alternativas. Una es solicitar que el laudo califique la conclusión de “mayoritaria”. También puede hacer que se incluyan unos párrafos dentro del laudo que mencionen la postura minoritaria. Hecho esto, puede considerarse votar a favor de la mayoría para efectos de darle solidez al laudo. Al fin, la vertiente minoritaria ha quedado decantada en el razonamiento del laudo.

Como excepción, puede emitir una opinión separada.<sup>93</sup> Existen diferencias sobre cuándo ello debe ocurrir. Por ejemplo, Shore y Figueroa indican que puede verificarse cuando se evoca una cuestión de principio.<sup>94</sup> Yo propongo que la emisión de una opinión separada sea algo en verdad excepcional. Que ocurra, no sólo cuando el árbitro difiera de la mayoría, sino cuando la diferencia verse sobre lo que se considera que es un “error” (y no solamente una diferencia de opinión admisible dado que el tema es discutible). Además, no debe ser cualquier error; debe ser un error “grave”. Cuando el yerro es “grave”, es una cuestión que el árbitro tendrá que valorar *in casu*.

<sup>92</sup> Que he llamado “Escalonamiento de la diferencia de opinión”, y que presenté en el Seminario Especializado de Arbitraje que organizan el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) y la Universidad Iberoamericana (sesión del 16 de enero de 2013), y que recibió eco favorable.

<sup>93</sup> Esta opción es discutida, a veces, enérgicamente. Hay quien dice que *nunca* debe tener lugar. Hay quien dice que sí, aduciendo situaciones diversas que la pueden justificar. Dentro de las mismas, muchos muestran asentimiento con unas, mas no con otras. La diferencia de opinión es tan ardua como internacional. Mas todo parece indicar que no será resuelta en el futuro cercano. Es ante ello que considero conveniente exponer una postura que sirva de guía conceptual, admitiendo que nunca he emitido una opinión disidente. Después de todo, sin una teoría, estamos a la deriva (Es mucho mejor tener una teoría que pueda ser refinada con el tiempo ante la experiencia ganada, que carecer de la misma respondiendo —probablemente de manera errática— a las mareas del casuismo).

<sup>94</sup> En sus palabras, a “*principled basis to do so*”. SHORE, Lawrence, y Kenneth Juan Figueroa, “Dis-sents, Concurrences and a necessary divide between investment and commercial arbitration”, *Global Arbitration Review*, vol. 3, issue 6, p. 2.

Admito que esta postura la he seguido en muchos casos. Inclusive en uno reciente viví la interesante situación de ser el minoritario, no obstante que actuaba como presidente. Uno de mis coárbitros me invitó a hacer una opinión independiente. Me rehusé dando como motivo el razonamiento aquí expresado.

Hay casos donde el laudo refuta la opinión disidente. El que ello sea posible y conveniente, así como sus límites, también merece comentario. Lo he visto sólo dos veces, en una de las cuales fui el creador de la opinión mayoritaria. El motivo por el cual refuté enfáticamente la opinión disidente fue que la misma aducía una violación procesal que podría actualizar una causal de nulidad del laudo. El paso dio lugar a especulación. Hubo inclusive quien consideró que había un problema en el tribunal. Lo curioso es que quien más defendió la imparcialidad del árbitro disidente fui yo —el más ‘herido’ por la opinión disidente, que hacía una crítica áspera al laudo—. El motivo: existiendo una diferencia de opinión aguda, había (y hay) respeto intelectual. Más aún, certeza de imparcialidad: el coárbitro que tomó este paso fue fiel a sus convicciones. Fue esto lo que lo llevó a diferir. Y no puedo más que respetar el paso.

Una pregunta obligada sobre lo anterior es si el árbitro disidente debe tener oportunidad para ajustar su voto disidente después de ver que el laudo lo ha refutado. Opino que no. El motivo: el objetivo del ejercicio no es demostrar quién tiene razón, ni quien es más inteligente. El objetivo es, únicamente, plasmar las posturas. Dar cabida a más interlocución arriesga el laudo; además de suscitar la duda de cuándo detener el proceso (que podría continuar *ad perpetuam*).

## VI. COMENTARIO FINAL

Entendida como aquí la defino, la imparcialidad es:

- \* un elemento *ontológico* del concepto ‘árbitro’;
- \* un principio *deontológico* aplicable al árbitro;
- \* plausible *utilitariamente*; y
- \* *necesaria* para lograr el *telos* del arbitraje.

Como lo expone Nozick:<sup>95</sup>

If a belief is arrived at by a process in which biasing factors that lead one away from the truth play a significant role, then that process will be less effective and efficient in arriving at the truth, and so [...] less rational.

[Si se llega a una creencia mediante un proceso en el que los factores de parcialidad, que llevan a uno lejos de la verdad, juegan un papel importante, entonces el proceso será menos efectivo y eficiente para llegar a la verdad y, por ende, [...] menos racional.]

<sup>95</sup> NOZICK, Robert, *ob. cit.*, p. 94.