CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.

LAS COMUNICACIONES *EX PARTE* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL ENTRE ESTADOS

TESINA

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

JIMENA BLANCAS MACHUCA

DIRECTORA DE LA TESINA: DRA. MARA ISABEL HERNÁNDEZ ESTRADA

CIUDAD DE MÉXICO MAYO, 2019

Para Arturo, María, Miguel, Evelia y Mario.

Agradecimientos

A mi madre, Hilda, con todo mi corazón y con mi más profunda admiración, por enseñarme que el cariño verdadero es honesto, desinteresado y no tiene límites, pero más importante, por impulsarme a creer que el cielo es el límite.

A mi padre, Arturo, con todo mi cariño, porque su amor lo ha llevado a creer incondicionalmente en mí, a nunca soltar mi mano, y a dotarme de la fortaleza y templanza de la cual muchas veces carezco.

A mi hermano, Sebastián, mi mejor amigo y mi más grande inspiración, porque inadvertidamente, y día a día, me infunde el deseo de superarme. De grande quiero ser como tú.

Porque no hay duda alguna de que este trabajo es suyo también. Espero algún día enorgullecerlos tanto como ustedes a mí. Gracias por tanto.

A Miguel y a Ricardo, por cada una de las lecciones tanto académicas como personales, por infundirme amor, no sólo por el Derecho Internacional, sino por la práctica jurídica en su totalidad; pero, sobre todo gracias por formar una familia formidable.

A Samara, Rubén, Leonardo y Alfredo, por enseñarme lo que realmente significa el trabajo en equipo, el apoyo incondicional y la perpetua comprensión.

A mis amigos del CIDE, por los momentos compartidos,

tanto buenos como malos, que no cambiaría por nada; por convertir en dulce lo amargo y por ver lo bello en lo simple. A Isaac, por iluminar mi vida con la honestidad de la amistad verdadera; a Juan Pablo, por demostrarme la belleza de una conexión genuina; a Oscar, por enseñarme la trascendencia del cariño, y a Gerardo, por permitirme rodearme de su talento.

A Rodrigo, Brenda, Elizabeth, Salma y Víctor, por confiar en mí en los momentos en los que yo no lo hacía, por acompañarme en cada paso y por demostrarme que la amistad y el cariño no conocen de ningún tipo de frontera.

A Pilar, Diana, Itzel, Fernanda, Carlos, Mónica, Luis y Rodrigo, por navegar a mi lado y en más de una ocasión mantenerme a flote, con su cariño, apoyo y comprensión inigualable.

Por último, pero de ninguna manera menos importante, a la Doctora Mara Hernández, por darle sentido y propósito a mis ideas. Gracias por el apoyo desinteresado en el desarrollo de este trabajo, pero más aún por su calidez y compasión.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....**1**

CAPÍTULO I. ARBITRAJE ENTRE ESTADOS.....**7**

CAPÍTULO II. OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....**23**

CAPÍTULO III. LAS COMUNICACIONES *EX PARTE*.....**31**

CAPÍTULO IV: CASO CROACIA V ESLOVENIA **40**

CAPÍTULO V: POSIBLES REMEDIOS PARA EL
FENÓMENO DE LAS COMUNCIACIONES *EX PARTE*...**50**

ANÁLISIS CONCLUSIVO DE RESULTADOS Y
ALGUNOS RAZONAMIENTOS FINALES **61**

BIBLIOGRAFÍA **63**

"En lo que parece un momento de imbatible crecimiento en el número disputas entre Estados en este mundo conducido por el conflicto, es crítico para los Estados tener acceso a métodos de solución de conflictos que sean confiables, eficientes y sobre todo efectivos."[1]

Introducción

El arbitraje es un procedimiento encaminado a la solución de conflictos, el cual se ha utilizado desde los tiempos de la antigua Grecia, y que ha evolucionado y se ha desarrollado, hasta llegar a ser el procedimiento actual de adjudicación que se desempeña ante órganos internacionales permanentes.[2] El arbitraje en su forma "moderna" es más similar a un proceso judicial que propiamente a un método alternativo de solución de conflictos.[3]

No obstante, el enfoque moderno del arbitraje se distancia de la naturaleza y del propósito original del procedimiento, pues el objetivo inicial era fungir como un

---

[1] van den Hout, Tjaco, *Resolving International Disputes through Arbitration*, Public lecture delivered en La Haya, 22 mayor de 2009, p. 1 http://www.sifa.in.th/upload/library/publications/Speech--Resolving%20International%20Disputes%20through%20Arbitration.pdf.

[2] Meshel, Tamar, "The Croatia V. Slovenia Arbitration: The Silver Lining", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Alberta, University of Alberta Faculty of Law, 2017, p. 1, https://ssrn.com/abstract=3040269.

[3] *Ibid*.

proceso cuasi diplomático mediante el cual se produjera una decisión final y vinculante que respetara y se basara en las normas y los principios generales de derecho internacional, pero tomando en cuenta más que preceptos legales en cuestión.[4]

El uso del arbitraje para resolver disputas entre entidades parecidas a Estados ha sido documentado desde los tiempos de la antigua Grecia y China; en aquel entonces, el arbitraje se distinguía por ser un medio mediante el cual el tercero imparcial encargado de tomar la decisión y resolver la disputa, tenía posibilidad de considerar principios de equidad inmiscuidos en el caso, a diferencia de un juez, quién estaba obligado a tomar en cuenta únicamente lo que la ley señalaba.[5]

La transformación del arbitraje ha conllevado nuevos e inherentes desafíos, los cuales deben ser tratados y solucionados de manera que brinden a las partes una mejor experiencia en cuanto acceso a la justicia y posibilidad de resolver conflictos. Uno de estos conflictos y de las discusiones más importantes alrededor del arbitraje internacional, tanto privado como público es el tema de la corrupción de los procesos arbitrales.

Cuando los litigantes y los doctrinarios tocan el tema de la corrupción en el arbitraje internacional, en su mayoría se

---

[4] *Ibid*
[5] *Op cit.* 5, p. 677.

refieren a sobornos para que alguna de las partes obtenga un contrato o una concesión. De manera un tanto menos usual, surge el tema de la conducta errónea de los árbitros, y en los casos en los que se llega a discutir la situación, frecuentemente se refieren a transgresiones relacionadas con conflictos de interés o ausencia de recusación en los casos necesarios. Estos temas, tienen que ver más con la selección de los árbitros que con los principios éticos bajo los cuales los árbitros deberían regirse.[6]

Sin embargo, el reciente caso relacionado a la disputa sobre la demarcación de la frontera del Mar Adriático que llevó al arbitraje entre Croacia y Eslovenia plantea una discusión aún menos frecuente: las comunicaciones *ex parte* realizadas por alguna de las partes con uno de los árbitros durante el curso de los procedimientos arbitrales.

Una vez dicho lo anterior, surge un cuestionamiento relevante: ¿por qué es problemático el fenómeno de las comunicaciones *ex parte* en el contexto de un proceso arbitral entre Estados? Este cuestionamiento, a su vez, nos presenta otro no menos válido: tomando en cuenta las necesidades legítimas de las partes involucradas que subyacen a la presencia de las

[6] Newman, Lawrence W. Y David Zaslowsky, "When arbitrators stray: ex parte Communications", *New York Law Journal*, Septiembre 25, 2015, p. 1 http://nysbar.com/blogs/ResolutionRoundtable/When%20Arbitrators%20Stray.pdf.

comunicaciones *ex parte* en un proceso arbitral, ¿de qué manera podría remediarse dicho fenómeno en caso de que efectivamente se le considere perjudicial para el proceso?

Para comprender el fenómeno de las comunicaciones *ex parte* es imperativo clarificar por qué es relevante analizar esta práctica. Las comunicaciones *ex parte* representan un error fundamental y una violación seria en las reglas procesales del procedimiento arbitral debido a que su presencia contraviene los principios rectores de dicho proceso adjudicativo. La racionalidad subyacente a la elección de someterse a un procedimiento arbitral de los Estados parte en el proceso recae en la búsqueda de confianza, eficiencia y certeza jurídica. En el momento en el que uno de los integrantes del tribunal arbitral mantiene un contacto secreto con alguna de las partes, directamente le está negando la posibilidad a la contraparte de ser oída y vencida en juicio, lo que evidentemente afecta la confianza en el proceso, *ergo* la eficiencia del arbitraje como método de solución de conflictos.

Dada la naturaleza de los cuestionamientos previamente presentados, el presente texto no establece una hipótesis definida. Sin embargo, precisa puntos argumentales torales que desarrollan la tesis desde las perspectivas de ambas cuestiones: en primer lugar, la presencia de las comunicaciones *ex parte* en arbitrajes del ámbito internacional público, resulta

problemática debido a que contraviene principios rectores de los procedimientos arbitrales, evitando así la satisfacción de los objetivos primordiales de las partes que recurren a un arbitraje; en segundo, dado que las comunicaciones *ex parte* si se consideran como perjudiciales para el procedimiento arbitral, es necesario analizar posibles métodos alternativos que tomen en cuenta las necesidades de las partes, a la vez que respetan los principios rectores de los instrumentos propuestos, con el fin de ofrecer eficiencia y certeza jurídica.

El método por medio del cual será posible sostener los núcleos de los argumentos que desarrollan la tesis se basará en primer lugar, en analizar el fenómeno de las comunicaciones *ex parte*, su naturaleza y su tratamiento en la normatividad internacional; en segundo lugar, en el estudio de distintos métodos alternativos de solución de controversias; en tercero, en el análisis de las comunicaciones *ex* parte a la luz del emblemático caso entre *Croacia v. Eslovenia*, y en último lugar, en la examinación de recomendaciones que podrían fungir como posibles remedios ante la presencia de las comunicaciones *ex parte*.

De esta manera, este trabajo se compondrá de cinco capítulos. El primer capítulo está relacionado con las nociones generales del arbitraje entre Estados; el segundo versará sobre otros medios alternativos de solución de conflictos; el tercero,

sobre las comunicaciones *ex parte*; el cuarto, sobre el reciente pero ya emblemático arbitraje entre Croacia y Eslovenia, y finalmente, el quinto capítulo tratará sobre los posibles remedios que podrían fungir como respuesta a los incentivos que pervierten el proceso arbitral y producen las comunicaciones *ex parte.*

Capítulo I. Arbitraje entre Estados

a. Definición del arbitraje internacional

El arbitraje internacional es un medio alternativo de solución de conflictos, el cual provee una manera eficiente para solucionar conflictos internacionales, las cuales pueden versar sobre controversias de índole comercial, acerca de inversión o sobre derecho internacional público, es decir entre Estados.

Ahora, antes de analizar a profundidad temas relacionados con el arbitraje internacional, en primer lugar resulta relevante determinar qué es el arbitraje y qué es lo que le da la calidad de internacional a un procedimiento llevado ante un tribunal arbitral. Esta no es una tarea tan complicada como al de analizar los efectos de las comunicaciones *ex parte* sobre la validez de un laudo arbitral, pues existe un consenso general sobre lo que el arbitraje significa.

Con algunas variaciones, "virtualmente todas las autoridades aceptan que el arbitraje es –y sólo es– un procedimiento por medio del cual las partes consensualmente someten una disputa a un tomador de decisiones no estatal, elegido por o para las partes, para tomar una decisión obligatoria que resuelva la disputa de acuerdo con procedimientos neutrales y adjudicatarios que proveen a cada parte de una oportunidad

para presentar su caso."[7] De esta manera, para comprender mejor la definición proporcionada de arbitraje es útil separarla entre sus cuatro elementos: (1) medio consensual, (2) tomador de decisiones no estatal, (3) decisión final y vinculante, y (4) uso de procedimientos adjudicativos.[8]

1. Medio consensual

Este elemento resulta ser de especial importancia debido a que el arbitraje se caracteriza por ser un proceso que requiere del consentimiento de ambas de las partes. El acuerdo establecido por las partes da como resultado que en caso de conflicto cualquiera de ellas tenga la posibilidad de llevar el caso ante un tribunal arbitral que resuelva la controversia, sin embargo en caso de que no exista un acuerdo arbitral previo, someter la disputa ante un panel arbitral será imposible, a menos que, una vez surgida la disputa, ambas partes acuerden hacerlo de manera que se le brinde jurisdicción al tribunal internacional. Esta aseveración es sostenida tanto por instrumentos internacionales[9], como por cortes nacionales que señalan que "el arbitraje es una

[7] Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 2015, cap. 1.
[8] Ibid
[9] Art. 2, convención de Nueva York; Art. 8 de las Reglas modelo de UNCITRAL.

criatura que debe su existencia al deseo de las partes, únicamente”[10]

2. Tomador de decisiones no estatal

Otra característica fundamental del arbitraje involucra el hecho de que la presentación de un caso relativo a una disputa requiere de la selección, por o para las partes, de un tercero que tomara la decisión final. Para comprender este elemento de mejor manera, es necesario tener en cuenta que los árbitros serán seleccionados ya sea por las partes o por una institución arbitral[11] que esté encargada de llevar la administración del procedimiento.

3. Decisión final y vinculante

Un tercer elemento definitorio del arbitraje es el hecho de que el propósito del procedimiento es dar como resultado un laudo obligatorio que resuelva la controversia entre las partes, de manera final, la cual *prima faccie*, es definitiva.

---

[10] 2 *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, ¶51 (Canadian S.Ct.); *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 83 (U.S. S.Ct. 2002; *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574, 582 (U.S. S.Ct. 1960); *Judgment of 8 July 2003*, DFT 129 III 675, 679 (Swiss Fed. Trib.)

[11] *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (U.K. S.Ct.).

El hecho de que el arbitraje produzca una sentencia definitiva y final implica que la decisión tomada por el tribunal "no es una recomendación consultiva no vinculante, la cual las partes están libres de aceptar o rechazar; tampoco es meramente un proceso de negociación durante el cual las partes están libres para acordar (o no) resolver sus disputas."[12] El arbitraje produce una decisión que tiene la posibilidad de ser ejecutada por medio de la coerción en contra el patrimonio o la misma parte cuyas pretensiones no fueron concedidas.[13]

4. Uso de procedimientos adjudicativos

Finalmente, el último de los elementos esenciales del arbitraje es el uso de procedimientos de naturaleza adjudicativa e imparcial que le ofrece a cada una de las partes la oportunidad de presentar su caso. Esta característica resulta fundamental debido a que distingue al arbitraje de otros medios alternativos de solución de conflictos.[14]

---

[12] *Op cit.* 7

[13] *Salt Lake Tribune Publ'g Co., LLC v. Mgt Planning, Inc.*, 390 F.3d 684, 689 (10th Cir. 2004) ; *Walkinshaw v. Diniz* [2000] 2 All ER (Comm) 237 (Q.B.) (English High Ct.) ; *Judgment of 17 June 2004, Le Parmentier v. La Société Miss France*, XXX Y.B. Comm. Arb. 119, 123–24 (2005) (Paris Cour d'appel).

[14] *Portland Gen. Elec. Co. v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n*, 218 F.3d 1085, 1090 (9th Cir. 2000) ; *Walkinshaw v. Diniz* [2000] 2 All ER (Comm) 237 (Q.B.) (English High Ct.).

b. Clasificación del arbitraje internacional

Una vez analizada la definición del arbitraje internacional, es importante aclarar la principal clasificación del arbitraje internacional, relativa a la constitución del mismo y a las reglas bajo las cuales dicha constitución se lleva a cabo: arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*.[15] Esta distinción es importante debido a las implicaciones tanto teóricas como prácticas que presentan.

1. Arbitraje institucional

En una mano tenemos a los arbitrajes institucionales, los cuales son procedimientos arbitrales que son conducidos en concordancia con reglas establecidas por alguna institución arbitral especializada, y que a su vez, de manera obligatoria, debieron haber sido incorporadas al acuerdo arbitral por consenso de las partes[16]. Existe una amplia gama de instituciones arbitrales que proveen los servicios para administrar procedimientos arbitrales internacionales[17].

---

[15] *Op cit.* 7
[16] *Op cit.* 7
[17] ICC, el Centr de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la asociación americana de arbitraje (AAA) y su Internacional Centre for Dispute Resolution (ICDR), la La Corte Londinense de Arbitraje Internacional (LCIA), ICSID y la PCA.

Cada institución arbitral ha creado su propio cuerpo de reglas procesales, el cual debe aplicarse en el caso en el que las partes hayan acordado hacerlo en su acuerdo arbitral. Las reglas procesales sientan el marco jurídico que deberá seguir el procedimiento arbitral. Sin embargo, estas instituciones no podrán arbitrar los méritos de las disputas, puesto que esto es una responsabilidad exclusiva de los individuos seleccionados específicamente por o para las partes involucradas en la controversia.[18]

2. Arbitraje *ad hoc*

En la otra mano, tenemos a los arbitrajes *ad hoc*, los cuales son conducidos sin reglas arbitrales preexistentes, sujetos solo al acuerdo arbitral de las partes y legislación del derecho domestico aplicable.[19] La razón por la que los arbitrajes *ad hoc* no cuentan con un conjunto de reglas procesales preexistentes se debe a que este tipo de arbitrajes no están conducidos bajo el auspicio de alguna institución arbitral, la cual tenga la facultad de imponer sus reglas sobre el procedimiento de las partes en controversia. Sin embargo, también hay situaciones bajo las cuales, las partes optan por un arbitraje *ad hoc* aunque decidan utilizar las reglas

[18] *Op cit.* 7
[19] *Op cit.* 7

de alguna institución, por ejemplo las desarrolladas por UNCITRAL.

c. Antecedentes históricos del arbitraje entre Estados

Es posible considerar que los orígenes del arbitraje internacional se remontan a la mitología antigua. Instancias tempranas de la resolución de disputas entre dioses griegos, en temas (discutiblemente) internacionales para los estándares prevalecientes de aquel entonces, involucraron disputas entre Poseidon y Helios sobre la propiedad de Corinth (el cual supuestamente fue dividido entre ellos por el gigante Briareus), Atenas y Poseidon sobre la posesión de Aegina (el cual les fue dado por Zeus), y Hera y Poseidon sobre la propiedad de Argollas (el cual le fue dado enteramente a Hera por Inachus, un mítico rey de Argos). La mitología egipcia también ofrece historias similares sobre arbitrajes divinos, incluyendo una disputa entre Seth y Osiris, resuelta por Thot.[20]

Asimsmo, existen teorías que señalan que los primeros arbitrajes se remontan a la decisión del caso de *Lagash v. Umma*, aparentemente resuelto en el año 2550 a.C. por el Rey Mesilim de Kish, o el caso de *Ur v. Lagash* del 2100 a.C., en le que el Rey

[20] Law Explorer, *Introduction to international arbitration,* 22 de enero de 2017, https://lawexplores.com/1-introduction-to-international-arbitration/.

de Uruk ordenó que una ciudad regresara a ser de nuevo parte del territorio de otra, la cual lo había perdido. Otros han tomado como referencia dos disputas que fueron decididas en el siglo VIII a.C. por la noble Eriphyle sobre los planes de guerra de Argos contra Thebes, la disputa del año 650 a.C. entre Andros y Chalcis sobre la posesión de una ciudad desierta, o la controversia entre Tebas y Megara en el año 600 a.C. sobre la isla de Salamis.[21]

Sin embargo, lo más sensato resulta considerar que el arbitraje entre Estados tiene su antecedente más antiguo en el año 600 a.C., cuando se utilizaba para resolver las disputas de Atenas con otras ciudades como Mytilene y Megara.[22] Por otro lado, también podríamos considerar que las cláusulas compromisorias –aquellas cláusulas contenidas en un tratado con el fin de conceder jurisdicción a un panel arbitral para dirimir las controversias actuales o futuras entre dos Estados – tienen su origen en una cláusula contenida en un tratado de paz entre Esparta y Argos del año 418 a.C.[23] El tipo de disputas que podían ser sometidas a arbitraje versaban sobre disputas territoriales y violaciones a la paz por ataques armados.

---

[21] *Ibid.*
[22] *Op cit.* 5 p. 678.
[23] Ralston, Jackson H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, 1929, pp. 157-158.

La utilización del arbitraje entre Estados en esta faceta perduró aún durante la Edad Media, y en su mayoría fue utilizado por ciudades-Estado de Italia, y entre los príncipes y las comunidades italianas,[24] siendo el Papa el árbitro por excelencia[25], tal como lo fue en el caso del "arbitraje" que decidió la propiedad de los descubrimientos del Nuevo Mundo, llevado a cabo por el Papa Alejandro VI.

El gran mérito del arbitraje en aquellas épocas era "ofrecer la posibilidad de la conciliación y la búsqueda de la paz entre poblaciones caracterizadas por su fuerte carácter bélico".[26] De esta manera, el arbitraje no servía el único propósito de prevenir las guerras sino que también tenía la posibilidad de reconciliar a las partes y reestablecer la paz, siempre en concordancia con las normas de derecho y de la forma más útil y apropiada.[27] Sin embargo, tras el logro de la Paz de Westphalia, el arbitraje comenzó a declinar[28].

---

[24] *Op cit.* 5, p. 679.

[25] *International Law in Action: A Guide to the International Courts and Tribunals in the Hague*, Universiteit Leiden, Módulo 3, video 2: *Introduction to Inter-State Arbitration*, https://es.coursera.org/lecture/international-law-in-action/introduction-to-inter-state-arbitration-gtqUi.

[26] *Op cit.* 23, p. 159.

[27] *Ibid*, pp. 180-181.

[28] *International Law in Action: A Guide to the International Courts and Tribunals in the Hague*, Universiteit Leiden, Módulo 3, video 2: *Introduction to Inter-State Arbitration*, https://es.coursera.org/lecture/international-law-in-action/introduction-to-inter-state-arbitration-gtqUi.

Fue hasta los siglos XVIII y XIX que el arbitraje despuntó en una nueva y moderna manera.[29] Comúnmente se señala el comienzo de la era moderna del arbitraje internacional entre Estados con la firma del *Jay Treaty* de 1794 entre Gran Bretaña y los Estados Unidos. Este tratado fue diseñado con el fin de resolver una serie de disputas las cuales amenazaban con provocar la guerra entre ambos países. Al respecto de tres disputas que no lograron ser resueltas con el tratado, ambos países previeron la implementación de un procedimiento arbitral compuesto por comisiones mixtas, en el cual se combinaran procedimientos legales tanto como negociaciones diplomáticas[30], hecho que respondió directamente a la naturaleza original y cuasi diplomática del arbitraje entre Estados.

Los comisionados arbitrales tenían la encomienda de resolver las disputas basándose no únicamente en consideraciones legales, sino que también debían basar su decisión en consideraciones diplomáticas, caracterizadas por la equidad, para producir un acuerdo negociado.[31] De aquí que los

---

[29] *Ibid*

[30] Brower, Charles H., ""The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law,* núm. 18, 2007-2008, pp. 266, 270-271; Hobér, Kaj, *Essays on International Arbitration*, 2006, pp. 3-4.

[31] Amerasinghe, Chittharanjan F., "International Arbitration: A Judicial Function?", en Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić and Trpimir M. Šošić (comp.), Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas, 2015, p. 681; Hobér, Kaj, *Essays on*

acuerdos exitosos alcanzados por algunas de las comisiones arbitrales establecidas bajo el *Jay Treaty* recibieron gran crédito por el espíritu de negociación y compromiso, así como el comportamiento que los árbitros adoptaron, más de negociadores que de adjudicadores.[32]

El éxito de estos arbitrajes, entre los que se encuentran los arbitraje de la Bahía Delagoa entre Gran Bretaña y Portugal, de 1872, y el caso del Mar de Bering entre Gran Bretaña y Los Estados Unidos de 1893[33] ayudaron a aumentar el número de acuerdos arbitrales suscritos entre Estados durante el siglo XIX. Sin embargo, a pesar del comprobado éxito del arbitraje entre Estados de naturaleza cuasi diplomática, esta característica cercana a la diplomacia mutó: en 1873, durante una conferencia de la Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de las Naciones –ahora la Asociación de Derecho Internacional– se acordó por unanimidad que el arbitraje debía concebirse como "un medio esencialmente justo y razonable, e incluso obligatorio para todas las naciones, para terminar con las diferencias

---

International Arbitration, 2006, pp. 4, 8; Pinto, M. C. W., "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", *International Arbitration: Past and Prospects*, 1990, p. 85.

[32] Pinto, M. C. W., "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", *International Arbitration: Past and Prospects*, 1990, p. 68; Pinto, M. C. W., "Structure, Process, Outcome: Thoughts on the 'Essence' of International Arbitration", *Leiden Journal of International Law* 6(2), 1993, p. 257.

[33] ONU, *Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States*, 1992, p. 62, http://www.un.org/law/books/HandbookOnPSD.pdf.

internacionales que no puedan arreglarse por medio de la negociación”[34].

Este fue el primer paso para que la influencia legal europea predominará sobre el manejo del arbitraje, lo que dio como resultado una evolución gradual hacia la búsqueda de un mecanismo de solución de conflictos ordenado y caracterizado por la estricta aplicación del derecho y por la institucionalización.[35] La transformación del arbitraje culminó con las Conferencias de la Paz de la Haya de 1899 y 1907, junto con el establecimiento de la Corte Permanente de Arbitraje, una institución encaminada a resolver por medio del arbitraje las disputas entre los Estados que la diplomacia no había logrado solucionar[36].

Esta transformación, fundamentalmente se basó en la legalización del arbitraje, lo que significa que los acuerdos arbitrales, y los subsecuentes procedimientos arbitrales deberían basarse únicamente en las reglas, normas y principios del derecho internacional, dejando de lado las tácticas de

---

[34] Richard, Henry, “The Recent Progress of International Arbitration: A Paper” en Henry Richard, Edouard Eugène y François Descamps (coord.) *Arbitration: Two Views: The Recent Progress of International Arbitration*, 1971, p. 2.
[35] Pinto, M. C. W., “The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes”, *International Arbitration: Past and Prospects*, 1990, p. 69-70.
[36] Convención de la Haya, 1907, Artículo 38.

negociación y diplomacia[37], lo que se convirtió en el tratamiento convencional del arbitraje entre Estados.

El enfoque legalizado del arbitraje entre Estados brinda orden procesal y predictibilidad al proceso, a cambio de que los Estados ahora perciben que el arbitraje es un mecanismo enfocado únicamente a la solución de controversias meramente legales, por lo que lo descartan como una opción viable para solucionar disputas un tanto más complejas que tengan que ver con consideraciones más allá de las jurídicas[38], lo que provocó un decremento en el número de casos para arbitraje.

No obstante, es importante notar que después del decremento previamente mencionado, a partir de la década de los años setenta se registró un nuevo incremento gradual, el cual podría atribuirse a la creación de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1976, y a su utilización en el contexto de disputas relacionadas a controversias sobre el derecho del mar correspondientes al Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

---

[37] Charney, Jonathan I., "Third Party Dispute Settlement and International Law", *Columbia Journal of Transnational Lawn ú*m. 36, 1998, p. 68.

[38] Pinto, M. C. W., "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", *International Arbitration: Past and Prospects*, 1990, p.70, 74, 87-88; Pinto, M. C. W., "Structure, Process, Outcome: Thoughts on the 'Essence' of International Arbitration", *Leiden Journal of International Law* 6(2), 1993, p. 258; Fox, Hazel, "Arbitration" en Evan Luard (coord.) *The International Regulation of Frontier Disputes*, 1970, p. 193.

A este acontecimiento también se le pueden unir el renacimiento de la CPA durante la década de los noventas y la primera del siglo XXI.[39] Desde este resurgimiento del arbitraje internacional entre Estados, la gama del tipo de disputas que son remitidas a arbitraje incluyen disputas concernientes a interpretación de tratados bilaterales y multilaterales, disputas marítimas, comerciales[40], sobre protección diplomática[41], e inversión extranjera[42]; y dado el enfoque legalizado del arbitraje entre Estados, todos estos tipos de disputas se mantienen únicamente en el ámbito estrictamente legal.

Actualmente, el arbitraje juega un papel crucial como método de solución de disputas. Aunque el arbitraje es considerado como uno de medios de solución de controversias entre Estados más viejos, y es frecuentemente incluido en instrumentos internacionales[43], éste es comparado con los mecanismos judiciales que utilizan órganos internacionales

---

[39] Holtzmann, Howard M., "The Permanent Court of Arbitration and the Evolution of a Worldwide Arbitration Culture" en International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, *International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future*, 2000, pp. 103-104, 109.

[40] Collier, John, Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, 1999, pp. 38, 84, 96

[41] Gideon, Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, 2012, pp. 349-350.

[42] Brower, Charles H. II., "The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm 18, 2007-2008, p. 292.

[43] Romano, Cesare P. R., *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, 2000, pp. 102-103.

permanentes. Por esta razón, los Estados lo conciben como un mecanismo extremadamente similar al judicial.[44]

Este enfoque está mal guiado debido a que deriva de una concepción distorsionada del propósito y de la naturaleza fundamental y original del arbitraje como medio de solución de controversias, características elementales que lo diferencian de los procedimientos judiciales.[45]

Esta concepción también puede resultar problemática dado que los Estados pueden concebir que es un método incapaz de resolver disputas un tanto más que complejas que traten sobre asuntos con una esencia no estrictamente legal.[46]Sin embargo, parte de la esencia del arbitraje es fungir como una alternativa viable a los medios judiciales tradicionales.[47]

El arbitraje ofrece ventajas que se encuentran ausentes de los procedimientos judiciales efectuados frente a cortes internacionales permanentes En primer lugar, el arbitraje ofrece a las partes la facultad de elegir libremente a los individuos que

---

[44] Paparinskis, Martins, "For or Against International Arbitration: A Perspective of International Law of Dispute Settlement", *EJIL: Talk!*, 9 junio 2015, http://www.ejiltalk.org/for-or-against-international-arbitration-a-perspectiveof-international-law-of-dispute-settlement.

[45] *Op cit.* 2, p. 2

[46] Nwosu, Ikenna, "An Overview of the Process and Techniques of Natural Resources Dispute Resolution", *African Journal of International and Comparative Law*, núm 11, 1999, p. 223.

[47] Canelas de Castro, Paulo, "Prospects for the Future of International Water Law: the View Projected by the Epistemic Community", *Resolution of International Water Disputes*, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003, p. 408.

tomaran las decisiones, por lo que pueden designar árbitros cono conocimiento técnico o científico especifico o que están familiarizados con las disputas en particular, lo que proporciona la posibilidad de emitir una decisión "balanceada, científicamente razonada y concienzuda"[48].

Una ventaja adicional que ofrecen los tomadores de decisiones especializados es que ayudan a fortalecer las habilidades del tribunal arbitral para construir una historia del caso más precisa, lo que evita que los Estados realicen pretensiones de la fe.[49]

Un ejemplo tangible de las ventajas que ofrece la variedad y la especialización de los árbitros es el reportado en el arbitraje *Indus River*. En este arbitraje, uno de los árbitros designados no era un jurista, sino un ingeniero, lo que permitió al tribunal completo emitir una decisión comprehensiva e informada sobre los temas técnicos importantes de la disputa.[50] Adicionalmente, la designación del ingeniero como árbitro aumentó la percepción de transparencia del procedimiento, pues

---

[48] Eckstein, Gabriel E., y Yoram Eckstein, "International Water Law, Groundwater Resources and the Danube Dam Case", en John Van Barahana et al (coord.), *Gambling with Groundwater – Physical, Chemical, and Biological Aspects of Aquifer-Stream Relations*, 1998, p. 247.

[49] Ma, X., "Introducing Non-legal Adjudicators as a Counterbalanced Measure for Non-appearance in Inter-State Adjudication and Arbitration", *Transnational Dispute Management*, núm 14 (2), 2017, p. 19.

[50] *Indus Waters Kishenganga Arbitration*, (Islamic Republic of Pakistan v the Republic of India) Final Award, 20 December 2013.

era evidente que él fue el encargado de revisar los aspectos técnicos de la disputa, dotando así al laudo de mayor legitimidad.[51]

Una segunda ventaja del arbitraje como medio de solución de controversias es la posibilidad de tienen los Estados parte de mantener un control considerable sobre el curso del proceso arbitral. Esto se debe a que las partes pueden diseñar su propio acuerdo arbitral, decidir sobre las reglas procesal y sustantivas que deberá aplicar el tribual, así como también determinar la reglas bajo las cuales se deberá examinar la evidencia científica y técnica.[52]

Capítulo II. Otros métodos alternativos de solución de conflictos

La resistencia a las vías de negociación o de resolución fuera del tribunal es producto del modelo de justicia, cimentado en la tradición de la romanista y el proceso canónico, por la inserción de la justicia como poder atributo del gobernante, que mantenían atribuida la función de juzgar con carácter de

[51] Ma, X., "Introducing Non-legal Adjudicators as a Counterbalanced Measure for Non-appearance in Inter-State Adjudication and Arbitration", *Transnational Dispute Management*, núm 14 (2), 2017, p. 18-19.
[52] Merrills, J. G., *International Dispute Settlement*, 2011, pp. 83, 89-91.

monopolio, como exigencia de los principios de la primacía de la ley y de la igualdad de todos los ciudadanos ante ella.

Sin embargo, este sistema ha generado un nivel de litigiosidad –el cual de igual manera se ha presentado en sistemas de *common law*– que hace que sea ineficaz, al tiempo que ha absorbido una masa de asunto impropia que nunca debió llegar ante los tribunales. De esta premisa se deriva el uso de los métodos alternativos que surgieron en el ámbito del derecho y la justicia anglosajona con postulados más flexibles y pragmáticos que los del sistema continental.

a. Peritaje técnico

El peritaje técnico, consiste en que un sujeto externo, a quién se le denomina perito, quién de acuerdo con sus calificaciones tecnológicas y de experiencia, es designado como especialista único.[53]

Debido al desarrollo de contratos con nuevas dificultades técnicas, se ha generado la necesidad de un procedimiento técnico experto. El comercio internacional moderno frecuentemente implica transacciones de una

[53] Pisseau, Gilles, "Technical Expertise, according to the new ICC doctrine, and its contribution to consolidating multiparty dispute" *New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Isntitutions*, 1983, p. 56.

naturaleza más técnica y compleja. Algunas de estas transacciones de nuevos negocios han sido denominados "contratos complejos a largo plazo", incluyendo aquellos para el abasto e instalación de equipo industrial, contratos de construcción e ingeniería civil, acuerdos de consorcio, licencias específicas y acuerdos de experiencia, y contratos para transferencia de tecnología . Una de las características comunes de estas relaciones a largo plazo es su potencial para conflictos inherentes y dificultades a las cuales las partes pueden ser expuestas en el curso del desarrollo del contrato.[54]

El peritaje técnico es un mecanismo convencional que surge del derecho de una o ambas partes de buscar la intervención de un experto, cual sea la dificultad técnica que surja. Por esto, es esencial que las partes prevean en su contrato un procedimiento para el peritaje técnico.[55]

Las partes deben saber previamente que un problema técnico puede ser remitido a un perito. También deberán saber quién y cómo designara al perito, quien determinara su misión, y cuáles serán sus derechos y obligaciones. En la ausencia de un acuerdo por las partes, cualquiera de ellas es libre de consultar a un perito técnico para obtener su opinión. Un reporte

---

[54] Bühler, Michael, "Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes", *Journal of Inetrnational Arbitration*, 1988, p. 140.
[55] *Ibid*, p. 142.

experto hecho por alguien ajeno por solicitud unilateral de una de las partes obviamente no tendrá la misma credibilidad o fuerza de evidencia como uno comisionad por ambas partes.[56]

La presencia del perito ayuda a las partes a descubrir y analizar las causas de las dificultades técnicas que se vuelven a problemáticas. Si un perito técnico atiende los exámenes de desempeño, puede indicar a las partes objetivamente lo que percibe como las razones de las dificultades técnicas y así atribuir responsabilidades.

El procedimiento del perito puede reducir el riesgo de que surja una disputa entre las partes debido a las dificultades, o puede ayudar a solucionar los desacuerdos sobre condiciones y/o resultados del desempeño de un juicio. Los hallazgos del perito pueden por lo menos servir como una base sólida para la decisión de discusiones entre las partes.[57]

Las partes podrían considerar apropiado que el perito proponga acciones y medidas. Estas pueden tomar la forma de recomendaciones o de directivas vinculantes, y el experto puede ayudar a prevenir diferencias de opinión sobre temas fácticos específicos. Sin embargo, hay riesgos obvios, como que las propuestas del perito sean erróneas o dañinas. El peritaje

---

[56] *Ibid.*
[57] *Ibid,* p. 145.

técnico se encuentra regulado por las Reglas para el Peritaje Técnico de la Cámara Internacional de Comercio de 1976.

b. *Dispute boards*

El término de *dispute board* es relativamente nuevo. Describe un procedimiento de solución de disputas que normalmente es establecido al comienzo de un proyecto y se mantiene en lugar a través de la duración del proyecto. El panel puede comprender uno o tres miembros, quienes tienen que conocer el contrato, el proyecto y a los individuos involucrados en el proyecto, de manera que puedan proveer asistencia informal, proveer recomendaciones sobre como las disputas deben resolver y en algunos casos, emitir decisiones vinculantes.[58]

El uso de los *dispute boards* ha incrementado recientemente debido al aumento en la globalización de la adjudicación durante el curso de proyectos. De acuerdo a la *Dispute Review Board Foundation* (DRBF), el primer uso documentado de un proceso informal de DB fue en el proyecto de *Boundary Dam* y *Underground Powerhouse* al norte de Spokane, Washington, durante los años sesenta. Los problemas ocurrieron durante el curso del proyecto, y el contratista y el

[58] Gould, Nicholas, "Estabishing dispute boards –selecting, nominating and aoppointing board members", *Society of Construction Law,* 2006, p. 2.

empleado acordaron designar a dos profesionales cada uno para crear un "*Joint Consulting Board*" de cuatro miembros, de manera que el panel pudiera proveer sugerencias no vinculantes. La BRDF reportó que las recomendaciones del panel fueron seguidas, incluyendo varios cambios procesales administrativos y el establecimiento de una variedad de pretensiones, además de un mejoramiento en la relación entre las partes. El proyecto también fue completado sin necesidad de un litigio.[59]

La función de los *dispute boards* es hacer recomendaciones que las partes acepten voluntariamente. El procedimiento debe asistir en el desarrollo de un procedimiento amigable de acuerdo entre las partes, de manera que las partes puedan aceptar o rechazar las recomendaciones del panel.[60]

Los *dispute boards* se han regulado. La CCI emitió sus Reglas sobre *Dispute Boards* el 1 de Septiembre de 2004, junto con el *Standard ICC DB Clauses* y el *Model DB Member Agreement.* Asimismo, el Instituto de Ingenieros Civiles (ICE) emitió su Procedimiento sobre *Dispute Resolution Boards* en febrero del año 2005. La *American Arbitration Association* (AAA) proveyó una *DRB Guide Specifications*.

---

[59] *Ibid.*
[60] *Ibid,* p. 3.

c. Mediación

La mediación es un proceso estructurado, en el cual dos o más partes en una disputa intentan por sí mismas, bajo una base voluntaria, alcanzar una cuerdo sobre la resolución de su disputa con la ayuda de un mediador. Este proceso puede ser iniciado por las partes o sugerido u ordenado *pro* la corte o prescrito por la ley del Estado.[61]

La mediación deja el poder de decisión a las partes. El mediador no decide lo que es "justo" o "correcto". El mediador actúa como un facilitador para que se expliciten los intereses y las necesidades que subyacen los conflictos, con el fin de subsecuentemente explorar soluciones que integren en la medida de lo posible los intereses de ambas partes, de manera que sea posible eliminar los obstáculos de comunicaciones, mientras que modera y guía el proceso para evitar la confrontación y la mala fe.

Los mediadores generalmente no proponen o sugieren una solución. Son facilitadores que asisten a las partes para que identifiquen las bases para un acuerdo, por lo que deben buscar concesiones de cada lado durante todo el proceso de mediación.

---

[61] International Trade Center, *Settling Business Disputes: Arbitration and Alternative Dipsute Resolution*, 2016, p. 26.

Cada mediador tiene un estilo particular, sin embargo las partes deben saber de antemano qué esperar del proceso[62].

[62] *Ibid*, p. 27.

Capítulo III. Las comunicaciones *ex parte*

Ex parte es una frase en latín que significa "de un solo lado; por o para una parte". Una comunicación ex parte ocurre cuando una de las partes en un caso, o alguien involucrado con una de las partes, habla o escribe a o de otra manera se comunica directamente con un juez sobre los temas en el caso sin el conocimiento de las otras partes.[63] Las comunicaciones ex parte contraviene la justicia de un procedimiento al introducir nueva información para el tomador de decisiones sin dar a la otra parte una oportunidad de explicar o responder.[64] Por esta razón, las comunicaciones ex parte no están consideradas como apropiadas por parte de un árbitro.[65]

a. Normatividad internacional sobre las comunicaciones *ex parte*

Las reglas de numerosas instituciones arbitrales tocan el tema de las comunicaciones *ex parte* entre los árbitros y las partes,

---

[63] Why Can't I Talk or Write to the Judge?, *Hawai'i State Judiciary* https://www.courts.state.hi.us/self-help/exparte/ex_parte_contact.

[64] Mince-Didier, Ave, What is an ex parte communication?, *Criminal Defense Lawyer*, https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/criminal-defense-case/what-ex-parte-communication.

[65] Center for Effective Government, Policy Library of the Center for Effective Government's Regulatory Resource Center. https://www.foreffectivegov.org/node/2610.

evidentemente algunas hacen un tratamiento considerablemente más específico que otras.

Las Reglas sobre la Ética de Árbitros Internacionales de 1987 de la Asociación de la Barra Internacional (IBA por sus siglas en inglés) establecen, al respecto de las conversaciones entre las partes y los árbitros lo siguiente:

> 5.3: A través del procedimiento arbitral, un árbitro debe evitar cualquier comunicación unilateral relacionada al caso con cualquiera de las partes, o sus representantes. Si dicha comunicación debe ocurrir, el árbitro debe informar a la otra parte o partes y árbitros sobre la sustancia.
>
> 5.4: Si un árbitro se da cuenta de que un árbitro camarada ha tenido comunicación impropia con una de las partes, él o ella debe informar a los árbitros restantes y deben determinar juntos qué acción tomar. Normalmente, el curso de acción inicial apropiado es que se le pida al árbitro ofensor que deje de tener cualquier comunicación impropia con las partes. En el caso en el que el árbitro ofensor falle o se niegue a terminar con las comunicaciones, los árbitros restantes deben informar a la parte inocente para que pueda

> considerar que acción tomar. Un árbitro debe actuar unilateralmente para informar a la parte sobre la conducta de otros tres árbitros con el fin de permitir a la parte considerar el desafío del árbitro ofensor solo en circunstancias extremas, y despees de comunicar su intención a sus colegas por escrito.[66]

Las estándares fijados por la IBA no son vinculantes para los árbitros sin importar su estatus de "reglas". Sin mencionar, que algunos miembros académicos de la comunidad arbitral consideran que existe el entendimiento tácito de que, por lo menos en el arbitraje entre Estados, particularmente aquellos con cinco árbitros, los árbitros designados por las parte se comunicaran con las partes que los designaron. Finalmente, la mayoría de esos árbitros son nacionales de los países que los designaron, tal como es el caso de Sekolec con respecto de Eslovenia, y es posible que tal como lo mencionan los académicos, exista un acuerdo tácito bajo el cual los individuos designados por sus países de origen responden ante los intereses de sus respectivos gobiernos.[67]

---

[66] IBA Guidelines on the Ethics of International Arbitrators, 1987. Arts. 5.3 y 5.4.

[67] Newman, Lawrence W. Y David Zaslowsky, "When arbitrators stray: ex parte Communications", *New York Law Journal*, Septiembre 25, 2015, p. 3 http://nysbar.com/blogs/ResolutionRoundtable/When%20Arbitrators%20Stray.pdf.

Esta actitud tolerante hacia las comunicaciones *ex parte* se encuentra plasmada en el Código de ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la Asociación de la Barra Americana (ABA), y de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), promulgado originalmente en 1977 y actualizado en 2004. Este código prevé una figura denominada "Canon 10", bajo la cual los árbitros designados y las partes tienen el entendimiento expreso de que existe la posibilidad de que haya comunicaciones entre las partes y sus árbitros designados durante el curso de los procedimientos.[68] La figura del "Canon 10" permite comunicaciones *ex parte* de naturaleza y contenido limitados: las comunicaciones no deben realizarse durante y sobre las deliberaciones de los árbitros, situación presente en el caso de Croacia y Eslovenia. Esto significa que, a pesar de que la figura del "Canon 10" no es utilizada en el campo del arbitraje internacional entre Estados, las comunicaciones perpetuadas por Sekolec habrían violado incluso la normatividad con el enfoque más liberal y la regulación más laxa sobre las comunicaciones *ex parte*.[69]

Sin embargo esta actitud tolerante con respecto a las comunicaciones *ex parte* no es generalizada: la actitud

[68] *Ibid*, p. 2.
[69] *Ibid*.

comúnmente expresada por la comunidad arbitral europea es que los árbitros deben ser completamente neutrales.[70]

Por un lado, se encuentran las Reglas Opcionales de la CPA para el Arbitraje de Disputas entre Estados. Estas reglas son de especial importancia debido a que en ellas se encuentra el derecho aplicable a la disputa entre Croacia y Eslovenia. Desafortunadamente, estas reglas también resultan ser las menos precisas en cuanto a las comunicaciones *ex parte* se trata, algo que no debería resultar tan sorprendente si tomamos en cuenta la postura previamente señalada por parte de la academia. El artículo 15. 3 establece que "todos los documentos o información proporcionada al tribunal arbitral por una de las partes debe al mismo tiempo ser comunicada por la parte que la proporciono a la otra parte y una copia debe ser remitida al Buró Internacional"[71].

Las reglas de otras instituciones arbitrales son más directas y específicas. Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje del Centro de Resolución de Disputas Internacionales (ICDR por sus siglas en inglés) de la AAA prevé, en la Regla 13:

> Ninguna parte o nadie actuando en su representación debe tener ninguna comunicación ex parte relacionada

[70] *Ibid*.
[71] Optional Rules for Arbitration Between Two States, PCA, art. 15.3.

> con el caso con ningún árbitro, o con algún candidato para ser designado por las partes como árbitro, excepto para aconsejar al candidato sobre la naturaleza general de la controversia y de los procedimientos anticipados, y para discutir las cualidades del candidato, disponibilidad, o imparcialidad e independencia en relación a las partes, o para discutir loa adecuado de sus elección como un árbitro donde las partes o los árbitros designados por las partes participen en dicha selección.

Otras instituciones tienen reglas similares: las del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (artículo 11.5); el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (artículo 10.7); JAMS, en las Reglas de Arbitraje Internacional (regla 12); y el Instituto CPR en sus Reglas Internacionales de Administración (regla 7.4).[72] Las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres también contienen una provisión similar en su artículo 13.4:

> Durante el arbitraje, desde la formación del tribunal arbitral en adelante, ninguna parte deberá deliberadamente iniciar ningún contacto unilateral relacionado con el arbitraje o con la disputa entre las

[72] *Op cit.* 67, p. 3.

partes con ningún miento del tribunal arbitral o con algún miembro de la Corte ejercitando alguna función con respecto al arbitraje (pero sin incluir al Registro), que no haya sido destapada por escrito previo a o poco antes del tiempo de dicho contacto a todas las partes, todos los miembros del Tribunal Arbitral (en el caso en el que conste de más de una árbitro) y el Registro.

Otras instituciones internacionales importantes lidian con las comunicaciones *ex parte* entre árbitros y partes de una forma más oblicua, como en las Reglas de Arbitraje del CNUDMI, que establecen en su artículo 17.4 que "todas las comunicaciones del tribunal arbitral por una de las partes deben ser comunicadas por esa parte a las otras partes. Dichas comunicaciones deben hacerse al mismo tiempo, excepto si son permitidas de otra manera por el tribunal arbitral si pueden hacer eso bajo el derecho aplicable"[73].

Sin embargo, también existen instituciones arbitrales importantes, como el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, y la Cámara Internacional de Comercia, que no contienen provisiones sobre comunicaciones *ex parte* entre las partes y los árbitros.

[73] Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, art. 17.4.

Tras analizar el tratamiento de las comunicaciones *ex parte* por parte de las instituciones arbitrales más importantes alrededor del mundo, es posible señalar que las reglas y normas institucionales son dirigidas especialmente a la conducta de las partes, más que a la de los propios árbitros, situación que como ha sido posible notar podría resultar problemática.[74]

A pesar de la usual naturaleza flexible e informal de los procedimientos arbitrales, la cual tiene el beneficio de promover la resoluciones expedita de disputa, cuidado debe tenerse de no pasar la línea de la familiaridad con el árbitro y el representante legal aun en temas procesales que parecerían triviales.[75]

Las partes necesitan estar seguras de que pueden confiar en todos los árbitros, sin importar el método de designación, de que se mantendrán imparciales, independientes y evitaran cualquier comunicación *ex parte*, sin importar que se presenten circunstancias en las que los arbitrios estén tentados a compartir la frustración de representación con lo que perciba que son

---

[74] *Op cit.* 67, p. 3

[75] Smith, Kara L. Y Raynell Hodge, *Ex Parte Communications in Arbitral Proceedings - Worth the Risk?: Hunt v. The Owners, Strata Plan LMS 2556*, 16 de mayo de 2018, https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/international-arbitration-blog/ex-parte-communications-arbitral-proceedings-worth-risk-hunt-v-owners-strata-plan-lms-2556#_ftn5.

partes y posiciones difíciles o para mover un caso sin esperanza en dirección de un acuerdo.[76]

Los árbitros deben dar una decisión imparcial libre de cualquier suspicacia razonable sobre un juicio o decisión parcial o viciada. Este requerimiento de imparcialidad es uno fundamental, que debe frena a los árbitros de discutir cualquier parte de un caso pendiente con sólo una de las partes dentro de una disputa. No importan si las discusiones son solo relacionadas a temas procesales o que no lidian con el fondo de la disputa entre las partes. Cualquier discusión podría dar llevar a pensar en la posible parcialidad de un árbitro.[77] Esto es sumamente importante debido a que no basta con que se haga justicia, sino que también debe darse la apariencias de que se está haciendo justicia.[78]

---

[76] McArthur, Joe y Scarlett Smith, *Careless Whispers: Ex Parte Communications Lead to Overturned Arbitration Award*, 3 de mayo de 2018, https://www.blakesbusinessclass.com/careless-whispers-ex-parte-communications-lead-to-overturned-arbitration-award/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original.

[77] "The apprehension of bias in arbitral proceedings: a cautionary tale for counsel and arbitrators", *Commercial Litigation and Dispute Resolution Blog*, 3 de mayo de 2018, https://www.lawsonlundell.com/Commercial-Litigation-and-Dispute-Resolution-Blog/the-apprehension-of-bias-in-arbitral-proceedings-a-cautionary-tale-for-counsel-and-arbitrators.

[78] Smith, Kara L. Y Raynell Hodge, *Ex Parte Communications in Arbitral Proceedings - Worth the Risk?: Hunt v. The Owners, Strata Plan LMS 2556*, 16 de mayo de 2018, https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/international-arbitration-blog/ex-parte-communications-arbitral-proceedings-worth-risk-hunt-v-owners-strata-plan-lms-2556#_ftn5.

Capítulo IV: Caso Croacia v Eslovenia

El arbitraje entre Croacia y Eslovenia, negociado por la Comisión Europea, y conducido bajo los auspicios de la CPA, concerniente a la delimitación de la frontera marítima y terrestres entre ambos Estados, hasta el 2015, llevaba tres años de proceso. Croacia y Eslovenia habían intentado resolver su disputa por medio de negociaciones desde el inicio de la década de los noventas, ambos de manera bilateral y a través de la asistencia de la Comisión Europea, por medio de mediación con diplomáticos estadounidenses.[79]

La racionalidad de recurrir al arbitraje para resolver la controversia subyace en que el arbitraje fue considerado como un punto medio entre las preferencias de ambos Estados: Eslovenia prefería dirimir la situación por medio de la conciliación o de la mediación, mientras que Croacia prefería llevar el caso ante el tribunal de la Corte Internacional de Justicia. En conjunto con la decisión de someter la disputa a arbitraje, las partes también acordaron que el panel arbitral debería tomar en consideración principios de equidad, en suma

[79] *In the Matter of an Arbitration Under the Arbitration Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia*, PCA Case No. 2012-04, Final Award, 29 June 2017. p. 48-98.

a las normas de derecho internacional, con el fin de alcanzar un resultado justo y equitativo.[80]

Este enfoque del arbitraje nos remonta a la naturaleza original del arbitraje entre Estados con una percepción cuasi diplomática cuyo fin es tomar consideraciones legales y de equidad para alcanzar una solución efectiva, justa y comprehensiva.[81]

En el año 2012, Eslovenia y Croacia dieron comienzo a un arbitraje que tenía como objetivo dar fin a una larga disputa entre ambas naciones. Desde la independencia de Yugoslavia por parte de ambos Estados en 1991, Croacia y Eslovenia habían fallado en concordar sobre la delimitación de la frontera de la Bahía de Savudrija, como se le conoce en Croacia, o la Bahía de Piran, como se le conoce en Eslovenia, y de la tierra entre la Bahía e Istria. En 2009, las dos naciones europeas decidieron firmar el Acuerdo Arbitral por medio del cual consentían someter la disputa relacionada a la delimitación de la Bahía a arbitraje; y en 2012, finalmente comenzaron los procedimientos.

Jernej Sekolec, antes de ser designado por Eslovenia –su país natal– como uno de los árbitros miembros del panel arbitral que resolvería la disputa entre Croacia y Eslovenia fungió como Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el

[80] *Ibid*. p.101.
[81] *Op cit*. 2, p. 12.

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y como árbitro internacional de renombre.[82] Croacia también designó un árbitro, y entre ambos Estados designaron a los tres miembros restantes, de manera que el panel arbitral terminó conformado por cinco miembros de distintas nacionalidades.

El arbitraje fue conducido, por acuerdo de las partes, bajo los auspicios de la CPA en La Haya. Este procedimiento era uno complejo, pues hubo que analizar cerca de 1500 pruebas documentales y 250 figuras y mapas- Después del cierre de la fase oral del procedimiento arbitral en junio de 2014, el Tribunal anunció que un auto sería emitido a finales del mismo año.

Sin embargo, el camino hacia la resolución pacífica de esta larga controversia entre ambos Estados se vio puesta en jaque. El miércoles 22 de julio de 2015 el periódico croata *Večernji list* –tomando como base la información filtrada primero en el tabloide serbio *Kurir*[83] reveló que el árbitro esloveno Jernej Sekolec había estado secretamente en contacto con la agente eslovena, Simona Drenik. Este contacto supuestamente tomó lugar en dos ocasiones: 15 de noviembre de 2014 y 11 de enero de 2015, y fueron discusiones que versaron sobre revelaciones anticipadas de las deliberaciones del tribunal, así como un plan para que Sekolec influenciara a

[82] *Op cit.* 67, p. 2.
[83] *Kurir*, https://www.kurir.rs/planeta/1868919/namazani-slovenci-pobeduju-hrvatska-izgubila-piranski-zaliv.

los árbitros no designados por las partes para decidir a favor de Eslovenia por lo menos dos tercios de las aguas disputadas.[84] Al tiempo de estas conversaciones, las audiencias habían terminado en junio de 2014, y se estaban llevando a cabo las deliberaciones del caso. La prensa reveló las transcripciones y las grabaciones de audio de las conversaciones entre ambos,[85]las cuales son grabaciones obtenidas evidentemente en cubierto y probablemente de manera ilegal, por agentes de la inteligencia croata.

Según un reporte del *Global Arbitration Review* (GAR), Sekolec y Drenik discutieron tanto el estatus de las deliberaciones, como posibles maneras en las que Sekolec podría presentar ciertos análisis de las áreas terrestres para persuadir a los tres árbitros no designados por ninguna de las partes en específico. De igual manera, ambos discutieron sobre cómo Sekolec podía presentar a los tres árbitros un análisis preparado por Drenik como si fuera un producto propio de Sekolec.[86]

---

[84] Sarvarian, Arman y Rudy Baker, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 1", *EJIL: Talk!*, 28 de julio de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

[85] Balkan Insight, 24 de julio de 2015, https://balkaninsight.com/2015/07/24/court-wants-to-continue-arbitration-for-piran-gulf/.

[86] *Op cit.* 67, *p. 2*.

De acuerdo a las reglas de arbitraje de la CPA, de acuerdo a principios generales de arbitraje internacional público, Sekolec no debió haber discutido el caso con alguna de las partes sin el conocimiento o el involucramiento de la otra parte.

Seguido de la revelación el asunto avanzó rápidamente: el jueves 23 de julio de 2015, la Presidenta croata Kolinda Grabar-Kitarovic declaró que el escándalo había sacudido la fe en el derecho internacional, al mismo tiempo que el Ministro croata de Relaciones Exteriores sentenció que su país estaba considerando retirarse del arbitraje, pues sentían que el proceso había sido corrompido.

El viernes 24 de julio de 2015, el Primer Ministro esloveno, Miro Cerar, anunció que había demandado y recibido las renuncias de Sekolec y Drenik[87] y anunció que el gobierno esloveno no estaba al tanto de las comunicaciones *ex parte*. Asimismo, de forma casi inmediata, el 28 de julio Eslovenia designó al juez Ronny Abraham, nacional francés, Presidente de la ICJ, como el reemplazo de Sekolec. No obstante, el lunes 27 de julio, el Primer Ministro croata Zoran Milanović anunció en una conferencia de prensa que tras consideraciones por parte de los mayores partidos políticos representados en el Parlamento

[87] *Press release*, PCA, 23 de julio de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1310.

Croata, se había tomado la decisión de que Croacia no podía seguir formando parte del acuerdo arbitral, por lo que habría que terminarlo y suspender el proceso arbitral[88]. A esta declaración respondieron tanto la CPA como la Comisión Europea y Eslovenia. Por su parte, la CPA señaló que esperaban tener la oportunidad de concertar una audiencia con ambas partes tan pronto fuese posible para tratar el tema de las revelaciones de las comunicaciones *ex parte*[89]; por la suya, la Comisión Europea declaró que comprendían las preocupaciones de Croacia, pero que en su opinión, eran cuestiones superables[90], finalmente Eslovenia declaró que Croacia no tenía base alguna para retirarse unilateralmente del proceso arbitral.

A pesar de los esfuerzos de las demás partes involucradas en el procedimiento arbitral, el 30 de julio, el árbitro de nacionalidad croata, Budilav Lukas, ex presidente del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, renunció al arbitraje[91], y el 31 de julio, Croacia informó que no podría continuar con el proceso arbitral de buena y que de acuerdo a las

---

[88] Vecernji, 27 de septiembre de 2015, https://www.vecernji.hr/vijesti/milanovic-danas-s-predsjednicima-klubova-parlamentarnih-stranaka-1016580.

[89] Vecernji, 28 de septiembre de 2015, https://www.vecernji.hr/vijesti/arbitrazni-sud-zelimo-hitno-saslusati-obje-strane-1016827.

[90] Vecernji, 28 de septiembre de 2015, https://www.vecernji.hr/vijesti/ek-hrvatska-moze-rijesiti-svoju-zabrinutost-unutar-arbitraze-1016774.

[91] PCA, Press release, 30 julio de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1330.

provisiones relevantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, había informado a Eslovenia su intención de terminar con el arbitraje[92].

Finalmente, el 3 de agosto de 2015, el presidente de la CIJ, el Presidente Abraham, renunció a su puesto en el tribunal arbitral informando que ya no consideraba que fuera apropiado servir como árbitro, debido a que dada la situación actual no se podría cumplir con el objetivo de restaurar la confianza entre las partes y el tribunal arbitral y continuar el proceso con el consentimiento de ambas partes.[93]

Finalmente, y tras una serie de tribulaciones, el tribunal consideró como su deber albanar un resultado justo y equitativo que tomara en cuenta los intereses vitales de las partes, en suma a las circunstancias relevantes presentadas por las partes, tales como los derechos de acceso al mar, por vía aérea y marítima, y el ejercicio de jurisdicción sobre barcos y aeronaves de Eslovenia, y la integridad del mar territorial de Croacia.[94]

---

[92] PCA, Press release, 5 agosto de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1389.

[93] Sarvarian, Arman y Rudy Baker, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 2", *EJIL: Talk!*, 28 de julio de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

[94] *In the Matter of an Arbitration Under the Arbitration Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia*, PCA Case No. 2012-04, Final Award, 29 June 2017. paras. 1079-1080, 1123.

Si bien las partes acordaron que el tribunal arbitral tenía la obligación de considerar no sólo las normas aplicables de derecho internacional, sino también principios de equidad, en conjunto con las circunstancias relevantes para llegar a un resultado justo y equitativo, esto llevó a un problema: Croacia y Eslovenia no estaban de acuerdo sobre lo que este tipo de consideraciones equitativas implicaban. Por un lado, Croacia argumentó que los principios de equidad seguían una referencia al derecho internacional, por lo que la decisión del tribunal debía alinearse principalmente a las normas jurídicas aplicables; por otro lado, Eslovenia, argumentó que las consideraciones de equidad debían ser utilizadas como una suerte de *lex specialis*, adicionales a las normas jurídicas. [95] El tribunal, concluyó en la necesidad de crear un nuevo régimen para la zona marítima entre Croacia y Eslovenia, caracterizada por una zona conjunta, lo que implicaría que ambos Estados se encuentran obligados a cooperar el uno con el otro y a incentivar la nueva implementación de dicho régimen.[96]

---

[95] *Op cit*. 2, p. 14.

[96] *In the Matter of an Arbitration Under the Arbitration Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia*, PCA Case No. 2012-04, Final Award, 29 June 2017. Para. 1135.

Capítulo V: Posibles remedios para el fenómeno de las comunicaciones *ex parte*

Desafortunadamente, este tipo de escándalos no es nuevo en la historia de la adjudicación y del arbitraje internacional. En 1973, se insinuó que el Registro de la CIJ filtró información al gobierno australiano concerniente al resultado y conteo de votos del caso *Nuclear Tests Cases (Australia v. Francia, Nueva Zelanda v. Francia).* El *Times* reportó que el Primer Ministro australiano, Gough Whitlam, en una cena anual en Melbourne, él predijo correctamente que la Corte votaría 8-6 a favor de Australia al día siguiente. La explicación del agente australiano fue que las declaraciones estaban basadas en especulaciones entre los consejeros jurídicos australianos. El Registro condujo una investigación en la que se concluyó que la posibilidad de una indiscreción por parte de alguno de los miembros del Registro podía ser razonablemente excluida.[97]

En el caso *Buraimi Oasis Arbitration (Arabia Saudita v Reino Unido)* el arbitraje tuvo que ser abandonado después de que dos de los tres árbitros se negaran a servir junto con el árbitro Saudi debido a su continua comunicación con el equipo

[97] Sarvarian, Arman y Rudy Baker, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 3", EJIL: Talk!, 25 de agosto de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

legal Saudí, actuando efectivamente como un "consejero saudí en el panel".[98]

Una nueva normatividad procesal que abarque cada uno de los posibles escenarios no es la panacea para los problemas, debido a que normar de forma más estricta o más laxa los procedimientos arbitrales entre Estados no atiende los intereses ni las motivaciones de las partes. No obstante, una legislación propiamente hecha podría resultar valiosa.

Es importante también tomar en cuenta otros tipos de herramientas y mecanismos que pueden jugar un rol valioso en la práctica de la tradición de la cultura jurídica internacional, en la cual los valores de independencia e integridad son piedras angulares. Resulta más que imperativo encontrar mecanismos que logren balancear la discreción judicial con la integridad procesal, de manera que se pueda hacer un uso juicioso de la amplia gama de herramientas, instrumentos y mecanismos formales e informales que coadyuven a la promoción de prácticas procesales sanas, la remediación de las debilidades intrínsecas del sistema y la salvaguarda a largo plazo de los intereses de las partes involucradas en los casos.[99]

---

[98] Sarvarian, Arman y Rudy Baker, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 3", EJIL: Talk!, 25 de agosto de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

[99] Sarvarian, Arman y Rudy Baker, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 3", EJIL: Talk!, 25 de agosto de

a. La mediación-arbitraje

De esta manera, y como primera propuesta, regresamos a una de las primeras ideas aproximadas en el presente texto: el arbitraje comprendido como un proceso distinto, cuasi diplomático como en su origen, mediante el cual "intermediarios no apasionados llevaban los hechos de la disputa a la luz, evaluaban las pretensiones de los rivales basándose en sus méritos, y hacían un juicio basado en justicia, equidad, y respeto al derecho internacional"[100]. El arbitraje debería brindar a las partes una decisión final y vinculante emitida por un tercero, y que por lo tanto pueda ser un método especialmente efectivo en los casos en los que se ha fallado para acordar un acuerdo consensual.[101]

Esta percepción del arbitraje lo coloca en un punto medio entre un procedimiento judicial desarrollado frente a un organismo internacional permanente y los mecanismos no vinculantes como la negociación y la mediación.[102] El arbitraje, visto desde su naturaleza original, provee un método

---

2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/

[100] Raymond, Gregory A., "Demosthenes and Democracies: Regime-types and Arbitration Outcomes", *International Interactions*, núm. 22, 2008, p. 2

[101] Allee, Todd y Paul Huth, "Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover", *American Political Science Review*, núm. 100 (2), 2006, p. 219.

[102] *Op cit*. 2, p. 8.

genuinamente alternativo que facilita la cooperación y el compromiso, mientras que evita la rígida naturaleza legalista de una corte permanente.[103]

El arbitraje en su naturaleza original podría percibirse como más adecuada en el contexto de disputas complejas entre Estados que involucren tanto temas legales como no legales, debido a que combina las ventajas de resolución vinculante por medio de un tercero y las tácticas utilizadas por los facilitadores y negociadores que utilizan métodos no vinculantes. Y podría resultar aún más efectiva en todos aquellos casos en los que se ha intentado y se ha fallado en resolver la disputa.[104]

Dado que la concepción original del arbitraje internacional entre Estados ha cambiado, y transformándose de una manera a la que es poco probable retornar, es necesario considerar alternativas viables que sean capaces de proveer las ventajas que tenía el arbitraje cuasi diplomático. Un mecanismo alternativo de solución de controversias que podría funcionar como una posible respuesta para evitar la presencia de las comunicaciones *ex parte* es el método híbrido denominado como mediación-arbitraje.

En el campo de los métodos alternativos para resolver disputas legales, la mediación y el arbitraje son los más

---

[103] *Ibid*, p. 11.
[104] *Op cit.* 2, p. 12.

populares[105] en gran medida por su efectividad y eficiencia. Es recurrente que ambos mecanismos sean utilizados secuencialmente en la misma disputa, no por compatibilidades procesales sino por los diferentes procesos que ofrecen: la mediación, el primer recurso, provee una negociación a través de la conversación, facilitada por el intercambio de información y posturas entre las partes, sin la garantía de una resolución final; el arbitraje, sigue a la mediación en el caso en el que no todos los temas sean resueltos y provee un intercambio en una audiencia adversarial, que resulta en un laudo vinculante.[106]

Aquellos estudiosos de ambos procedimientos, han encontrado que ambos presentan ventajas y desventajas propias de cada mecanismo, lo que ha dado paso a una posible alternativa a los procesos individuales: la combinación entre la mediación y el arbitraje. El proceso de mediación-arbitraje incluye una fase de mediación y, si la mediación no es exitosa para resolver la disputa, el mismo neutral procede a la audiencia arbitral y emite un laudo vinculante. El proceso combinado

---

[105] Lipsky and Seeber, "The Appropriate Resolution of Corporate Dispute: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations," www.marquette.edu/disputeres/downloads/patterns.pdf.

[106] Fullerton, Richard, "The ethics of mediation-arbitration", *The Colorado Lawyer*, Vol. 38 núm. 5, Colorado Bar Association, Mayo 2009, p. 31 http://www.cedires.be/index_bestanden/FULLERTON_Richard_The%20ethics%20of%20mediation-arbitration.pdf.

elimina la necesidad de empezar de nuevo con un árbitro nuevo no educado completamente en la naturaleza de la disputa.[107]

La mediaciones es un proceso por medio del cual un mediador, un tercero neutral e imparcial, facilita la comunicaciones entre partes negociantes las cual pueden permitir a las partes llegar a un acuerdo. El arbitraje es un proceso por medio del cual uno o más tercero experto, neutrales e imparciales, escuchar y considera evidencia y testimonio proveídos por las partes en disputa y emiten una decisión que puede o no ser vinculante. La mediación-arbitraje es un proceso por medio del cual un tercero neutral e imparcial faculta la comunicación entre partes negociantes y si falla el acuerdo, recibe evidencia y testigos previos por las partes y emite una decisión vinculante.[108]

Este proceso no tiene normas procesales universalmente aceptadas, en cambio hay prácticas comunes que pueden ser modificadas por acuerdo entre las partes. Antes de comprometerse ante este proceso, las partes acuerdan un protocolo detallando tanto la fase de mediación como la de

---

[107] Fullerton, Richard, "The ethics of mediation-arbitration", *The Colorado Lawyer*, Vol. 38 núm. 5, Colorado Bar Association, Mayo 2009, p. 31 http://www.cedires.be/index_bestanden/FULLERTON_Richard_The%20ethics%20of%20mediation-arbitration.pdf.

[108] Fullerton, Richard, "The ethics of mediation-arbitration", *The Colorado Lawyer*, Vol. 38 núm. 5, Colorado Bar Association, Mayo 2009, p. 31 http://www.cedires.be/index_bestanden/FULLERTON_Richard_The%20ethics%20of%20mediation-arbitration.pdf.

arbitraje. Los procedimientos resultantes son detallados en un acuerdo de mediación-arbitraje. Al firmar el acuerdo, las partes se comprometen al proceso hasta que se haya ejecutado una solución mediada o un emitido un lado arbitral vinculante. El proceso secuencial comienza con la fase de mediación para tratar todos los temas mutuamente reconocidos. Si la mediación resulta en un acuerdo completo, la mediación-arbitraje se termina sin la necesidad de llegar a la fase de arbitraje. Sin un acuerdo completo, el mismo tercero cierra la mediación y comienza la fase de arbitraje que podrá resultar en un laudo vinculante. Durante ambas fases, el tercero tiene permitido comunicarse con las partes al igual que en las prácticas tradicionales, comprometiéndose en conversaciones ex parte durante la mediación pero no durante el arbitraje.[109]

Una gran ventaja de este método es que ofrece a las partes no sólo la oportunidad de estrechar y controlar su propia resolución, sino también la certeza de que si no les agrada el acuerdo alcanzado en la mediación, su diputa podrá ser resuelta con un laudo final y vinculante. La posibilidad de llevar a cabo ambas etapas de proceso con un mismo sujeto tercero imparcial

[109] *Ibid.* p. 33.

elimina la necesidad de las partes de identificar y designar a un tercero adicional, y educarlo al respecto del caso.[110]

A pesar de lo atractivo que podría parecer este mecanismo híbrido, es necesario tomar en cuenta algunos puntos que no necesariamente juegan a su favor. La combinación de la mediación y el arbitraje puede derivar en el alejamiento de alguno de los principios rectores asociados con cada uno de los procesos individuales. Por un lado, los principios que representan la protección del sistema legal por la confidencialidad en la mediación serían violentados si el sujeto tercero imparcial tiene conocimiento de la información que pudiese llegar a afectar la decisión en el arbitraje. En suma, en el caso en el que el tercero imparcial efectivamente contara con dicha información surgida del proceso de mediación, se estaría en presencia del fenómeno que se pretende evitar: las comunicaciones *ex parte*.[111]

En la situación en la cual el procedimiento híbrido realice su transición de la mediación a un proceso arbitral, bajo el auspicio del mismo ente imparcial, existe el potencial riesgo de que el flujo de información infrinjan los principios básicos

---

[110] Deason, Ellen E., "Combinations of mediation and arbitration with the same neutral: a framework for judicial review", *Arbitration Law Review* Vol. 5, 2013, p. 219.
[111] *Ibid.*

de integridad procesal del arbitraje y de confidencialidad en la mediación.[112]

El principio de confidencialidad de la mediación se pone en riesgo debido a que tras una fase efectiva de mediación, el tercero imparcial tendría información que podría introducirse a la fase de arbitraje. Las discusiones y las pláticas pueden oscilar entre los temas más triviales hasta los más delicados: la capacidad económica de las partes, el grado de flexibilidad tanto en las demandas como en las ofertas, así como las auto-evaluaciones sobre las debilidades de los propios casos.[113]

Evidentemente, el principio de confidencialidad de la mediación sirve a propósitos importantes: aislar a las partes de revelaciones que puedan resultar perjudiciales para el proceso. De igual manera, los principios de integridad procesal del arbitraje también se ponen en riesgo, pues el arbitraje tiene como característica ser un mecanismo adversarial caracterizado por el derecho de las partes de ser oído y vencido mediante un proceso, al mismo tiempo que se le trata con equidad.[114]

De esta manera, es que se puede concluir que el mecanismo híbrido de la mediación-arbitraje es problemática debido a que en lugar de subsanar el fenómeno de las comunicaciones *ex parte*, lo perpetúa. La parte que no esté

---

[112] *Ibid*, p. 225.
[113] *Ibid.*
[114] *Ibid*, p. 226.

presente durante las audiencias privadas de su contraparte con el tercero que funja en un determinado momento como mediador, carecerá de la oportunidad de defenderse, así como de desafiar la veracidad de las presunciones contrarias. Asimismo, el conocimiento que adquiere el tercero durante la mediación puede guiar a que las partes pierdan la confianza en la propia neutralidad e imparcialidad del tercero como tomador de decisiones.[115]

b. Mini- juicios

Una alternativa que se posiciona como viable, resultan ser los mini-juicios, los cuales con mecanismos sumamente populares para resolver disputas comerciales en países como Estados Unidos, los cuales se caracterizan por no ser procedimientos judiciales, sino métodos amigables de resolución de controversias que esencialmente son procedimientos abreviados.[116]

Los mini-juicios son procesos diseñados para ayudar a las partes a llegar a un acuerdo amigable, a través de la consideración de evidencia y la presentación adversarial de ambas posturas. Sin embargo, para que sea posible hacer uso de

---

[115] *Ibid.*
[116] International Trade Center, *Settling Business Disputes: Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, 2016, p. 13.

este mecanismo, es necesario que las partes hayan acordado solucionar sus diferencias, lo cual suele resultar de esa manera puesto que las partes están interesadas en reanudar las relaciones de forma pronta.[117]

La diferencia fundamental entre los mini-juicios y un arbitraje reside en que en los procedimientos arbitrales, cada una de las partes presenta sus argumentos ante un panel arbitral que está obligado a decidir sobre la disputa; mientras que en los mini-juicios, los sujetos designados por las partes no tienen ningún tipo de poder adjudicatorio, pues su objetivo primordial es buscar una solución amigable.[118]

Sin embargo, a pesar de las ventajas que este procedimiento presenta, su utilización puede resultar limitada, debido a que en la mayoría de las ocasiones las disputas que se presentan en mini-juicios terminan reduciéndose a cuestiones meramente comerciales, pues la relación comercial es lo que genuinamente interesa a las partes. Es por esta razón que resulta factible considerar que en controversias que versen sobre temas puramente legales o con un trasfondo de técnica jurídica preponderante, este mecanismo no prevalecería, al mismo tiempo que no existen razones suficientes para considerar que

---

[117] *Ibid.*
[118] *Ibid.*

bajo un caso estrictamente jurídico, no existiría la existencia de las comunicaciones *ex parte*.

c. Borrar la distinción entre la adjudicación y la mediación

Como última propuesta, sostengo un método más que un mecanismo, el cual consiste en que el árbitro, quien desempeña funciones adjudicativas, de igual manera desempeñe un rol mediante el cual sea capaz de aconsejar y sugerir a las partes una estrategia que ambas encuentren razonable y apropiada, a pesar de que ese no sea necesariamente su rol.

El objetivo es que el árbitro o el tercero imparcial intente separar y dilucidar las cuestiones relevantes de las controversias. Para poder llevar a cabo este método será necesario: en primer lugar, el tercero imparcial deberá averiguar la razón por la cual la controversia ha sido presentada frente a un tribunal y cuáles son las motivaciones de ambas partes; en segundo, intentar separar las cuestiones jurídicas de las emociones (proceso que se lleva a cabo a lo largo de todo el procedimiento), y en tercer lugar, trabajar con las partes para culminar con una solución y así poder cerrar el caso.[119]

[119] Kolb, Deborah M. Et. Al., "Juju Atkinson", *When talk works: profiles of mediators*, 1997, p. 364.

El árbitro debe esforzarse por abrir la comunicación entre las partes, puesto que en ocasiones es posible que éstas no hayan tenido la posibilidad de comunicarse. Es necesario que el árbitro sea capaz de ofrecerle a las partes las posibilidades que no están dadas por el procedimiento arbitral, pero que tampoco representan una amenaza para el mismo.

De esta manera, es posible notar la manera en la que el método basado en intentar borrar o por lo menos difuminar la distinción entre la adjudicación y el proceso adjudicativo resulta una opción viable para remediar el fenómeno de las comunicaciones *ex parte*. Esto se debe a que este tipo de método propicia la comunicación entre las partes y el propio árbitro o tercero imparcial, pero de manera delimitada a puntos específicos y útiles para el procedimiento encaminado a resolver la controversia.

Sin embargo, ese no es el único punto a su favor. Este método también fomenta la resolución de los conflictos subyacentes a la disputada remitida al tribunal. Así, se respeta tanto la integridad procesal del procedimiento arbitral al mismo tiempo que se propicia la comunicación para resolver las disputas de una manera en la que resulte innecesario y carezca de sentido recurrir a prácticas tales como el contacto *ex parte.*

Análisis conclusivo de resultados y algunos razonamientos finales

Finalmente, a manera de razonamientos conclusivos, es posible señalar que los cuestionamientos planteados al inicio del presente trabajo han sido respondidos. Las comunicaciones *ex parte* claramente representan un fenómeno problemático en el contexto de un proceso arbitral debido a que violentan los principios básicos de integridad procesal del arbitraje, al mismo tiempo que pone en jaque la certeza jurídica y la eficiencia de los procedimientos, así como la confianza de las partes en la justicia emitida por los tribunales arbitrales.

Asimismo, gracias a lo expuesto en este texto, es posible reconocer que existen métodos alternos los cuales podrían funcionar como remedios ante la presencia de comunicaciones *ex parte*, siendo tal vez el más el método que pretende difuminar la distinción entre la adjudicación y la mediación, haciendo uso de técnicas que fomenten la comunicación entre las partes, pero delimitando los puntos sobre los cuales las comunicaciones versan. De esta manera, no se comprometen los principios de integridad procesal, ni de confidencialidad, certeza jurídica ni efectividad.

Resulta evidente que el escándalo provocado por Sekolec y Drenik durante los procedimientos arbitrales entre

Croacia y Eslovenia seguirá abriendo discusiones sobre problemáticas inherentes al arbitraje entre Estados, y a los procedimientos arbitrales en general. Sin embargo, es importante notar que sucesos de este estilo también nos ofrecen la oportunidad de recordar que todo es perfectible: desde la manera en la que nos aceramos a los medios de solución de controversias, tanto judiciales como alternativos, hasta el enfoque que decidimos utilizar en cada uno de ellos.

De igual manera, vale la pena ponderar prioridades. Por un lado podemos encontrar el deseo de mantenernos cercanos a medios de solución de controversias milenarios, y por el otro podemos encontrar la necesidad de revolucionar estos medios para encontrar mecanismos e instrumentos más apropiados para cada tipo de disputa en específico.

Bibliografía

"The apprehension of bias in arbitral proceedings: a cautionary tale for counsel and arbitrators", *Commercial Litigation and Dispute Resolution Blog,* 3 de mayo de 2018, https://www.lawsonlundell.com/Commercial-Litigation-and-Dispute-Resolution-Blog/the-apprehension-of-bias-in-arbitral-proceedings-a-cautionary-tale-for-counsel-and-arbitrators.

ALLEE, Todd y Paul HUTH, "Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover", *American Political Science Review*, núm. 100 (2), 2006.

AMERASINGHE, Chittharanjan F., "International Arbitration: A Judicial Function?", en Rüdiger Wolfrum, Maja Seršić and Trpimir M. Šošić (comp.), Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas, 2015.

Art. 2, convención de Nueva York; Art. 8 de las Reglas modelo de UNCITRAL.

Balkan Insight, https://balkaninsight.com/2015/07/24/court-wants-to-continue-arbitration-for-piran-gulf/.

BORN, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice,* 2015.

BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2da edición, 2014.

BROWER, Charles H. II., "The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International

Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm 18, 2007-2008.

BROWER, Charles H., ""The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement Under Private and Public International Law", *Duke Journal of Comparative and International Law,* núm. 18, 2007-2008.

CANELAS DE CASTRO, Paulo, "Prospects for the Future of International Water Law: the View Projected by the Epistemic Community", *Resolution of International Water Disputes*, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003.

Center for Effective Government, Policy Library of the Center for Effective Government's Regulatory Resource Center. https://www.foreffectivegov.org/node/2610.

CHARNEY, Jonathan I., "Third Party Dispute Settlement and International Law", *Columbia Journal of Transnational Lawn* núm. 36, 1998.

COLLIER, John, Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, 1999.

Convención de la Haya, 1907, Artículo 38.

Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34 (Canadian S.Ct.).

ECKSTEIN, Gabriel E., y Yoram Eckstein, "International Water Law, Groundwater Resources and the Danube Dam Case", en John

Van Barahana et al (coord.), *Gambling with Groundwater – Physical, Chemical, and Biological Aspects of Aquifer-Stream Relations*, 1998.

FOX, Hazel, "Arbitration" en Evan Luard (coord.) *The International Regulation of Frontier Disputes*, 1970.

FULLERTON, Richard, "The ethics of mediation-arbitration", *The Colorado Lawyer*, Vol. 38 núm. 5, Colorado Bar Association, Mayo 2009, http://www.cedires.be/index_bestanden/FULLERTON_Richard_The%20ethics%20of%20mediation-arbitration.pdf.

GIDEON, Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, 2012.

HOBÉR, Kaj, *Essays on International Arbitration*, 2006.

HOLTZMANN, Howard M., "The Permanent Court of Arbitration and the Evolution of a Worldwide Arbitration Culture" en International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, *International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future*, 2000.

Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 U.S. 79, 83 (U.S. S.Ct. 2002).

Kuran, NAMAZANI SLOVENCI POBEĐUJU: Hrvatska izgubila Piranski zaliv!, Planeta, Julio 22, 2015. *https*://www.kurir.rs/planeta/1868919/namazani-slovenci-pobeduju-hrvatska-izgubila-piranski-zaliv.

Vecernji, *The Arbitration Court wants to hear both parties. The Slovenian media say that the election of a new judge to Croatia is a chess*, Croatia, Julio 28, 2015. https://www.vecernji.hr/vijesti/arbitrazni-sud-zelimo-hitno-saslusati-obje-strane-1016827.

Vecernji, *Milanovic wrote to Cerar. The government sent the Parliament a proposal to terminate arbitration*, Croatia, Julio 28, 2015, https://www.vecernji.hr/vijesti/ek-hrvatska-moze-rijesiti-svoju-zabrinutost-unutar-arbitraze-1016774.

Vecernji, *Government and opposition agree: Croatia exits arbitration agreement!*, Croacia, Julio 27, 2015 https://www.vecernji.hr/vijesti/milanovic-danas-s-predsjednicima-klubova-parlamentarnih-stranaka-1016580.

IBA Guidelines on the Ethics of International Arbitrators, 1987. Arts. 5.3 y 5.4.

ICC, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la asociación americana de arbitraje (AAA) y su Internacional Centre for Dispute Resolution (ICDR), la Corte Londinense de Arbitraje Internacional (LCIA), ICSID y la PCA.

In the Matter of an Arbitration Under the Arbitration Agreement Between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, PCA Case No. 2012-04, Final Award, 29 June 2017.

Indus Waters Kishenganga Arbitration, (Islamic Republic of Pakistan v the Republic of India) Final Award, 20 December 2013.

International Law in Action: A Guide to the International Courts and Tribunals in The Hague, Universiteit Leiden, Módulo 3, video 2: *Introduction to Inter-State Arbitration*, https://es.coursera.org/lecture/international-law-in-action/introduction-to-inter-state-arbitration-gtqUi.

Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (U.K. S.Ct.).

Judgment of 17 June 2004, Le Parmentier v. La Société Miss France, XXX Y.B. Comm. Arb. 119, 123–24 (2005) (Paris Cour d'appel).

Judgment of 8 July 2003, DFT 129 III 675, 679 (Swiss Fed. Trib.).

LIPSKY y SEEBER, "The Appropriate Resolution of Corporate Dispute: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations," www.marquette.edu/disputeres/downloads/patterns.pdf.

MA, X., "Introducing Non-legal Adjudicators as a Counterbalanced Measure for Non-appearance in Inter-State Adjudication and Arbitration", *Transnational Dispute Management*, núm. 14 (2), 2017.

McARTHUR, Joe y Scarlett Smith, *Careless Whispers: Ex Parte Communications Lead to Overturned Arbitration Award*, 3 de mayo de 2018, https://www.blakesbusinessclass.com/careless-whispers-ex-parte-communications-lead-to-overturned-

arbitration-award/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=View-Original.

MERRILLS, J. G., *International Dispute Settlement*, 2011.

MESHEL, Tamar, "The Croatia V. Slovenia Arbitration: The Silver Lining", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Alberta, University of Alberta Faculty of Law, 2017, https://ssrn.com/abstract=3040269.

MINCE-DIDIER, Ave, What is an ex parte communication?, *Criminal Defense Lawyer*, https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/criminal-defense-case/what-ex-parte-communication.

NEWMAN, Lawrence W. y David Zaslowsky, "When arbitrators stray: ex parte Communications", *New York Law Journal*, Septiembre 25, 2015, http://nysbar.com/blogs/ResolutionRoundtable/When%20Arbitrators%20Stray.pdf.

NWOSU, Ikenna, "An Overview of the Process and Techniques of Natural Resources Dispute Resolution", *African Journal of International and Comparative Law*, núm 11, 1999.

ONU, *Handbook on Peaceful Settlement of Disputes between States*, 1992, http://www.un.org/law/books/HandbookOnPSD.pdf.

Optional Rules for Arbitration Between Two States, PCA.

PAPARINSKIS, Martins, "For or Against International Arbitration: A Perspective of International Law of Dispute Settlement", *EJIL: Talk!*, 9 junio 2015, http://www.ejiltalk.org/for-or-against-international-arbitration-a-perspectiveof-international-law-of-dispute-settlement.

PINTO, M. C. W., "Structure, Process, Outcome: Thoughts on the 'Essence' of International Arbitration", *Leiden Journal of International Law* 6(2), 1993.

PINTO, M. C. W., "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", *International Arbitration: Past and Prospects*, 1990.

Portland Gen. Elec. Co. v. U.S. Bank Trust Nat'l Ass'n, 218 F.3d 1085, 1090 (9th Cir. 2000).

Press release, PCA, 23 de julio de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1310.

Press release PCA, 30 de julio de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1330.

Press release PCA, 5 de agosto de 2015, http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1389.

RALSTON, Jackson H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, 1929.

RAYMOND, Gregory A., "Demosthenes and Democracies: Regime-types and Arbitration Outcomes", *International Interactions*, núm. 22, 2008.

Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Inetrnacional.

RICHARD, Henry, "The Recent Progress of International Arbitration: A Paper" en Henry Richard, Edouard Eugène y François Descamps (coord.) *Arbitration: Two Views: The Recent Progress of International Arbitration*, 1971.

ROMANO, Cesare P. R., *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, 2000.

Salt Lake Tribune Publ'g Co., LLC v. Mgt Planning, Inc., 390 F.3d 684, 689 (10th Cir. 2004).

SARVARIAN, Arman y Rudy BAKER, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 1", *EJIL: Talk!*, 28 de julio de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

SARVARIAN, Arman y Rudy BAKER, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 2", *EJIL: Talk!*, 28 de julio de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

SARVARIAN, Arman y Rudy BAKER, "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal part 3", EJIL: Talk!, 25 de agosto de 2015, https://www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/.

SMITH, Kara L. Y RAYNELL Hodge, *Ex Parte Communications in Arbitral Proceedings - Worth the Risk?: Hunt v. The Owners,*

Strata Plan LMS 2556, 16 de mayo de 2018, https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/international-arbitration-blog/ex-parte-communications-arbitral-proceedings-worth-risk-hunt-v-owners-strata-plan-lms-2556#_ftn5.

Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co., 363 U.S. 574, 582 (U.S. S.Ct. 1960).

VAN DEN HOUT, Tjaco, *Resolving International Disputes through Arbitration*, Public lecture delivered en La Haya, 22 mayo de 2009 http://www.sifa.in.th/upload/library/publications/Speech-Resolving%20International%20Disputes%20through%20Arbitration.pdf.

Walkinshaw v. Diniz [2000] 2 All ER (Comm) 237 (Q.B.) (English High Ct.).

Why Can't I Talk or Write to the Judge?, *Hawai'i State Judiciary.*