

Teoría del Caso: las perspectiva del árbitro

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

XIV Congreso de Arbitraje Internacional Costa Rica-ICC

San José, 9 de febrero de 2023

La estrategia procesal de las Partes

Gestalttheorie (Max Wertheimer, Kurt Koffka y Wolfgang Köhler)

Los seres humanos no percibimos estímulos o hechos aislados, sino “formas” o patrones

- *Pareidolia*: vemos patrones y caras donde no las hay (nubes, montañas...)
- “Ley de cierre” (*Geschlossenheit*): percibimos formas completas y nuestros sentidos se encargan automáticamente de “rellenar los huecos”



La estrategia procesal de las Partes (II)

Aplicación al mundo de la Política y del Derecho:

- Los seres humanos tendemos a percibir “historias” o “películas” (*stories*), y “rellenamos los huecos” (“hacemos inferencias”) con “hechos” que no nos han contado

Story model (Pennington, N., & Hastie, R. , “*Explaining the evidence: Tests of the Story Model for juror decision making*”, 1992).

- “Caso Wanninkhof”: en Málaga, en 2001, basándose solo en el relato del Fiscal, un jurado popular condenó a Dolores Vázquez, lesbiana, por el asesinato de Rocío Wanninkhof, hija de su antigua pareja.

La estrategia procesal de las Partes (III)

Los arbitrajes suelen ser “guerras de relatos”: “*It takes a theory to kill a theory*” (Alvin Hansen)

Objetivos de cada parte:

- Presentar su “caso” como un relato (“*story*” o “*theme*”) sencillo (¡2 minutos!) y verosímil, basado en hechos y con fundamentos de Derecho
- Desacreditar el relato ajeno

¿Qué técnicas utilizan a veces para lograrlo?

La estrategia procesal de las Partes (y V)

1. Hacer memorables (=fáciles de recordar, *availability*) los argumentos o hechos clave

“Efecto guacamole”:

En un pleito sobre un accidente de coche, el Demandante (atropellado) presenta un testigo que declara que el conductor del coche, el Demandado, estaba borracho, porque lo vio en una fiesta y **“cuando se dirigía a la salida, chocó con una mesa y tiró al suelo un cuenco”**.

El testimonio hubiera sido más memorable si el testigo hubiera añadido:

“y tiró al suelo un cuenco de guacamole, que se desparramó sobre la moqueta blanca”.

“Judgmental Biases Resulting From Differing Availabilities of Arguments” Robert M. Reyes, William C. Thompson, and Gordon H. Bower, 1980

2. Ignorar o minusvalorar los hechos que no encajan en el relato propio (“anomalías”)

La estrategia del Tribunal

Objetivos del Tribunal

1. No sucumbir a la “utopía del hombre (y de la mujer) cansado” (=no prestar suficiente atención a los hechos probados)

“Ya a nadie le importan los hechos. Son meros puntos de partida para la invención y el razonamiento”

(Jorge Luis Borges, “Utopía de un hombre cansado”, en el “El libro de arena”, 1975).

2. No sucumbir a la “ley de cierre” (inferencias infundadas), a ningún “sesgo cognitivo” (ej. “sesgo confirmatorio”, “sesgo retrospectivo”, *anchoring*...), ni al embrujo de ningún “*theme*” pegadizo y reiterativo.

Comprobar con ecuanimidad qué relato se ajusta mejor a los hechos y tiene fundamento jurídico.

3. El laudo debe ser puro *logos*, sin nada de *pathos* (Retórica de Aristóteles)

La estrategia del Tribunal (II)

Problema: a veces los hechos son ambiguos y admiten varias interpretaciones:



Por eso, si la ley y el contrato lo permiten, ¡la decisión arbitral debe aspirar a ser sustantivamente “justa”!

La estrategia del Tribunal (III)

Estructura del laudo para evitar “utopía del hombre (y de la mujer) cansado”, “ley de cierre” y sesgos:

1. Hechos probados, descripción exhaustiva con remisión detallada a pruebas.

- Cuando un hecho controvertido no ha quedado probado de forma concluyente, el laudo debe indicarlo.
- El relato de los hechos debe ser completo e imparcial, sin suprimir aquellos que no concuerdan con la conclusión final del Tribunal (evitar el “*confirmation bias*”).
- Los coárbitros pueden jugar una función útil, como garantes de que el Tribunal no omita hechos que no le convienen a la mayoría.
- La detallada exposición de los hechos es esencial para evitar la arbitrariedad en la decisión arbitral.
- La exposición de los hechos debe preceder al resumen de los argumentos de las partes y al análisis del Tribunal

2. Análisis por el Tribunal de

- Concordancia de los hechos probados con el relato de cada Parte
- Fundamento jurídico del caso de cada parte y de sus pretensiones, principales o subsidiarias

El principio de congruencia exige que el Tribunal admita pretensiones subsidiarias , aunque entrañen una modificación del caso de la Parte.

La estrategia del Tribunal (IV)

Preparación del laudo

- Tras la audiencia de prueba, el presidente debe distribuir a sus coárbitros una lista de los puntos controvertidos, de hecho y de derecho.
- Solo una vez que, tras deliberar, el Tribunal fija criterio (en caso necesario por mayoría) debe comenzar la redacción de la sección del laudo de “Análisis del Tribunal”.

Fundamento del laudo

- El laudo no debe solo explicar los motivos en que se funda su decisión, sino también las razones por los que rechaza aquellos argumentos que desestima.
 - El laudo debe rebatir el “caso” (*story*) de la Parte perdedora
 - El laudo no debe ignorar los hechos que no encajan con la decisión del Tribunal
- Cuando hay discrepancias entre árbitros, el laudo mayoritario no debe ignorar los puntos de vista del discrepante, sino rebatirlos (si puede).

Casos complejos: el problema de la “paradoja doctrinal”

¿Qué problema pueden suscitar los casos (*stories*) complejos?

“Paradoja doctrinal” (Lewis Kornhauser, 1986), “dilema discursivo” (Philip Petit) o “paradoja de Ostrogorski”

Árbitro	Cuestión 1 ¿Hubo expropiación?	Cuestión 2 ¿Hubo discriminación de trato respecto a empresas nacionales?	Decisión ¿Violó el Estado demandado el Tratado?
A	No	No	No
B	No	Sí	Sí
C	Sí	No	Sí
Criterio mayoritario	No	No	¿?

Teoría del Caso: las perspectiva del árbitro

Manuel Conthe

manuel.conthe@mconthe.com

www.manuelconthe.com

XIV Congreso de Arbitraje Internacional Costa Rica-ICC

San José, 9 de febrero de 2023