



Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N° 5 – Julio 2024

www.aidca.org/revista

ALGUNAS CUESTIONES DEL ARBITRAJE Y LA MEDIACION

Por Esteban Carbonell O'Brien¹

Que de nuestro recorrido profesional en el mundo del arbitraje me permito formular algunas interrogantes, a fin de descifrar la actuación del CIADI, para luego desarrollar en extenso uno de los mecanismos adecuados que desde mi óptica es el más eficiente para la resolución de conflictos.

- 1) El CIADI es un centro que provee servicios para el arreglo de controversias relativas a inversiones a través de un medio jurisdiccional, pero también para el arreglo por medios diplomáticos de solución.

¹ Lima (1970) Abogado. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Magister en Justicia Constitucional y DD.HH. por la Università di Bologna, Italia. Candidato al Master en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca, España. Post grado en Economía y Finanzas por la Universidad Pompeu Fabra, España. Catedrático universitario en los cursos de Derecho Comercial, Derecho Concursal y Arbitraje. Socio de la Unión Internationale des Avocats-UIA en el Comité de Derecho de las Insolvencias. Conferencista internacional en América Latina y Europa. Autor de 18 libros en su especialidad. Socio Fundador de Carbonell O'Brien Abogados. www.carbonell-law.org



FALSO. El CIADI ofrece servicios para la resolución de controversias internacionales, principalmente entre inversionistas y Estados.

- 2) En el ámbito del Convenio CIADI, los recursos de anulación que se pueden presentar contra un laudo y que son decididos por el Comité ad hoc:

Base legal. Arts. 50 y 52. Regla 73 inciso 4 referida a la suspensión de la ejecución del laudo. Regla 54 (2006) Regla 69, 71, 72 y 73 (2022)

- 3) Los comités de anulación constituidos bajo el Convenio CIADI:

La Comisión no es un tribunal de apelación. Está vedado modificar o reconsiderar la decisión tomada por el Tribunal Arbitral o volver sobre los méritos del asunto. Por tanto, debe garantizar que el debido procedimiento de las partes en el arbitraje, que concluye con la emisión del laudo, el cual debe ser respetado de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio.

- 4) Los métodos de solución pacífica de controversias son:
Negociación. Conciliación. Mediación. Arbitraje.

LA MEDIACION COMO MEDIO DE TUTELA EFECTIVA

RESUMEN

La mediación como medio de tutela efectiva, a efectos que las partes en conflicto arriben a un entendimiento a fin de alcanzar paz social por intermedio de un tercero imparcial, denominado mediador. Se analiza la distinción entre la figura de la mediación y el arbitraje. Su íntima relación como método de resolución de conflictos. Asimismo, se presentan los principios caracterizadores de la mediación, como la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes y equidad. La actividad del mediador en la vida útil y en particular en el deporte como derecho fundamental, a través de la mediación deportiva.

ABSTRACT



Mediation as a means of effective protection, so that the parties to the conflict reach an understanding in order to achieve social peace through an impartial third party, called mediator. The distinction between mediation and arbitration is analyzed. Its intimate relationship as a method of conflict resolution. It also presents the defining principles of mediation, such as voluntariness, confidentiality and equality of the parties and equity. The activity of the mediator in the useful life and in particular in sport as a fundamental right, through sport mediation.

PALABRAS CLAVES

Mediación. Arbitraje. Confidencialidad. Voluntariedad. Igualdad. Mediador. Actividad. Deporte.

KEYWORDS

Mediation. Arbitration. Confidentiality. Voluntariness. Equality. Mediator. Activity. Sport.

SUMARIO

1.El conflicto. Distinción entre medios heterocompositivos y autocompositivos: Mediación y Arbitraje. 2. Principios caracterizadores de la Mediación: Voluntariedad, Confidencialidad, Igualdad de las partes y equidad 3. El mediador y su actividad. Fijación en la Constitución peruana. 4. El uso de la Mediación en el deporte. 5. Conclusiones

1.- EL CONFLICTO. DISTINCION ENTRE MEDIOS HETEROCOMPOSITIVOS Y AUTOCOMPOSITIVOS

El conflicto es el factor o detonante para aplicar la mediación, siendo su aparición conjuntamente con el conflicto en la necesidad de alcanzar una pronta solución. En tal sentido, el conflicto es inherente a una connotación negativa, siempre asociada a un sentimiento de crisis o incumplimiento.

Sin perjuicio de lo enunciado, en el conflicto puede aparecer un factor positivo con ventajas, que quizás a simple vista no se observan. El conflicto puede fortalecer la unión del grupo, reducir tensiones poniendo de relieve problemas existentes, clarificar objetivos y ayuda a establecer normas de grupo².

Además la historia y la realidad demuestran que a través del conflicto el hombre revela su creatividad y evoluciona en los variados aspectos de la vida. En efecto,

² Cfr. J. FOLBERG y A. TAYLOR. Mediation: A. Comprehensive Guide, p. 19



los orígenes y causas del conflicto podrán ser diversos, desde factores biológicos, psicológicos o antropológicos hasta factores políticos y sociales.³

En los medios heterocompositivos es evidente la distinción esencial y distintiva respecto de la naturaleza autocompositiva referida de la mediación. Si bien, es cierto la mediación se sustenta en la construcción de la solución del conflicto por las propias partes, en el arbitraje es el árbitro quien decide la controversia. Sin embargo, se presentan más peculiaridades a saber:

El arbitraje y la mediación tienen naturaleza distinta que las diferencian en cuanto a los sujetos decisores del conflicto. A pesar de ello, los dos institutos muchas veces se interconectan en la práctica. Un claro ejemplo de ello son las denominadas cláusulas Med-Arb o Arb-Med que conducen a la aplicación sucesiva de la mediación y el arbitraje, proyectándose en una situación de *multi-step conflict resolution*, es decir, el intento de solución de un conflicto, en diversas etapas y mediante diferentes medios.

Las primeras y significativas diferencias se pueden corroborar respecto de los alcances del principio de voluntariedad. Es cierto, que en el arbitraje las partes manifiestan su voluntad de aplicar este medio, mediante el denominado convenio arbitral, de igual manera en la mediación, pero en este último caso, las partes podrían eventualmente renunciar o desistirse de continuar si se comprueba un desequilibrio, del cual nos referiremos más adelante.

Como bien señala Carballo Martínez⁴ en el ámbito de la impugnación es perceptible que los árbitros no pueden conocer de cuestiones sometidas a su decisión, sin embargo el mediador puede abordar temas no planteados por las partes directamente, puesto que investiga no solamente los intereses suscitados, sino también los intereses ocultos o latentes de las partes a efectos de conducir a las partes con el alcance de propuestas equitativas.

El conflicto siempre estará inherente al ser humano y por tanto, es el llamado a solucionarlo. Esa solución puede ser pacífica y muchas veces, es preferible sin la intervención directa, siendo el mediador quien actúa como facilitador de la solución.

Dicha situación cargada de diferencias entre las partes puede tener varias etapas, como una pirámide. El ideal de cada parte es ganar o triunfar frente a

³ Para un análisis más detallado de los factores del conflicto, vid. E. VINYAMATA CAMP, *Conflictología: teoría y práctica en resolución de conflictos*, 1 Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pp. 67-90

⁴ CARBALLO MARTINEZ, G. *Mediación administrativa*, pag.90. Refiere que la mediación facilita una composición más amplia de intereses en litigio, habida cuenta de que resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos futuros.



dicha situación, pero dicho ideal se ve limitado por las situaciones ventajosas que obran a favor de la contraparte.

En tal sentido, los resultados del conflicto pueden ser destructivos o constructivos: a) pérdida para las dos partes (pérdida-pérdida); b) éxito para uno, pérdida para el otro (triumfo-pérdida); c) éxito para ambos (triumfo-triumfo). Según Deutsch⁵ la mediación tiende a encontrar una solución en la que ambos participantes triunfen.

Los principales elementos que integra el conflicto son las posiciones y los intereses. Es ésta la piedra angular sobre la cual debe apoyarse la actuación del mediador.

Lo usual es que las partes negocien basándose en las posiciones. En ese caso cada parte debe exteriorizar su pretensión y argumentar con base en ella, debiendo ambas partes, concesiones recíprocas.

Según señalan Fisher y Ury⁶ cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: a) debe conducir a un acuerdo sensato; b) ser eficiente; y c) debe mejorar o por lo menos no deteriorar, la relación de las partes. A juicio de estos autores, la negociación según posiciones produce acuerdos insensatos, ineficientes y que ponen en peligro la relación entre las partes, más aún cuando ellas son varias.

Por ello propician una alternativa, que es la del proyecto sobre negociación de Harvard. Este método, denominado negociación según principios o negociación con base en los méritos, se resume en cuatro puntos básicos:

- a) Las personas: separar a las personas del problema. No debe atacarse a las personas sino al problema;
- b) Los intereses: concentrarse en ellos, no en las posiciones. Las posiciones oscurecen lo que realmente quieren las partes;
- c) Opciones: generar una variedad de posibilidades que favorezcan los intereses compartidos es beneficioso (es llamado torbellino de ideas)
- d) Criterios: insistir en que el resultado se base en algún criterio objetivo. El acuerdo debe reflejarse en algún criterio justo y objetivo (por ejemplo: el valor de mercado, opinión de un experto, estadísticas, costumbre o ley)

En la mediación resulta de primordial importancia para el mediador distinguir los intereses de las posiciones, para trabajar sobre los primeros, dejando de lado las segundas, aunque sin prescindir totalmente de ellas.

⁵ Ver WILDE, Zulema –GAIBROIS, Luis, Que es la mediación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pag. 35, con cita de DEUTSCH, M. The Resolution of Conflict, Yale University Press, New Haven, 1973.

⁶ FISHER, R. –URY, W. Si de acuerdo, cit. Trad. Del inglés Getting to yes, Negotiating Agreement without Giving in, pag. 4



2.- PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DE LA MEDIACION

Son aquellos que por sus innatas condiciones deben velar, a fin que la mediación se efectúe de manera eficiente y sus resultados sean plenamente válidos en la sociedad.

2.1. VOLUNTARIEDAD

Evidentemente el dialogo favorece que las partes en disputa puedan alcanzar el fin máximo, siendo éste, la solución del conflicto. Frente a la ausencia de este principio inspirador de la mediación sería inviable arribar a un punto en común.

El principio de voluntariedad se encuentra inmerso intrínsecamente en todo el procedimiento de mediación, en la medida que no sólo está presente, en la decisión de someter el conflicto a resolución a través de este método, sino también desde el momento en que cualquiera de las partes puede renunciar al mismo en cualquiera de sus fases y etapas, sin que la otra pueda formular oposición y sin tener que ofrecer motivos o razones.

A la fecha efectuando un estudio se verifica una tendencia para que los ordenamientos jurídicos restrinjan la exigencia de voluntariedad, solamente a la obtención del acuerdo, consagrando sistemas obligatorios de mediación, donde las partes se someten con carácter previo de acceso al sistema judicial o arbitraje y en consecuencia, formulan renuncia expresa a una etapa previa al enjuiciamiento en sede judicial o arbitral.

2.2. CONFIDENCIALIDAD

Este principio va como condición de efectividad y eficacia de la mediación, pues las partes solamente sentirán libertad de divulgar o poner de conocimiento aquellas informaciones al mediador, si estuvieren protegidas por el secreto de las declaraciones producidas en las sesiones. En tal sentido, la confidencialidad es esencial para la integridad del papel del mediador y de su neutralidad, pues depara un clima de confianza entre las partes y el citado profesional.

En tal sentido, la confidencialidad se erige en una preocupación común en los diferentes ordenamientos jurídicos, al declararse como un mecanismo que fomenta la construcción de un ambiente de confianza entre las partes y el mediador. Un ejemplo claro de esta manifestación es el incentivo de la imposición de multas, cuando las partes incumplan con este deber (como ocurre en Austria) a efectos que no existan dudas razonables de la divulgación de la información. Y en el caso del mediador frente a la existencia de un registro y un ente profesional, éste pudiera regular dicho atropello con la imposición de una



sanción disciplinaria o en casos muy extremos, con la prohibición de su ejercicio⁷.

2.3.- IGUALDAD DE LAS PARTES Y EQUIDAD

Es un principio que busca la protección de la igualdad de las partes en la mediación, aunque la certidumbre respecto a corroborar si existen situaciones de desequilibrio pues no únicamente el posible desbalance puede ser provocado por un asunto emocional entre las partes. A nuestro juicio, el legislador no debería obligar a las partes a participar de la mediación y si en pleno acto con el mediador una de las partes siente una situación de inferioridad pueda apartarse, dado que el primer punto cardinal deberá ser la voluntariedad pues debe existir un equilibrio entre los mediados o partes.

El mediador por ende, cumple un rol fundamental en el control del principio de igualdad, por tanto, deberá ejercer control sobre una posible superioridad de una de las partes. Es esencial que la formación y capacitación del mediador se encuentre a la altura del conflicto. El empleo de técnicas para flexibilizar el alcance de una posible solución.

El mediador por ningún motivo deberá forzar un trato si persiste y es verificable, un entorno inequitativo para el desarrollo del procedimiento. Por dichas razones juega un papel con soporte ético, que el mediador respete de manera irrestricta, al igual que el árbitro, su deber de imparcialidad e independencia. En consecuencia, el legislador debe prever al interior de las normas de la materia, mediante una regulación clara y expresa, aquellas consideraciones que conduzcan a violentar estos principios, cuya censura debe ser manifiesta, pues no cabe faltar al deber profesional.

Por tanto, se concluye que las partes deben acceder a todas las informaciones relativas a la mediación, y muy puntualmente al derecho de aceptación de una solución debidamente concertada y asimismo, ambas partes deben expresar libremente sus puntos de vista u observaciones, con acentuado énfasis al principio de colaboración. En un abierto derecho de defensa, las partes pueden escoger a un letrado de su libre elección, a efectos orientación o brinde consejo sobre el caso concreto. Ello, pues la mediación debe contribuir a brindar libertad y eficacia de este medio.

3.- EL MEDIADOR Y SU ACTIVIDAD. FIJACION EN LA CONSTITUCION PERUANA

⁷ Más información sobre estos asuntos nos aportan J. A. Lee y C. Giesler, Confidentiality in Mediation, cit. Pp. 285-297



Explicado las características de la actividad del mediador resulta importante señalar que la mediación tiene fases que engloban lo siguiente: El conflicto, los modelos de Mediación y los Tipos de mediación.

Dentro de la actividad del mediador existen fases claramente establecidas lo cual permite una flexibilidad, siendo divididas en dos grandes grupos: La Premediación y la Mediación en sentido estricto.

En el primer grupo se subdividen en los siguientes actos:

- Facilitar informaciones a los mediados;
- Organizar la mediación;
- Validar la mediación;

Asimismo, en el segundo grupo se establecen los siguientes actos:

- Investigación: Conflicto manifiesto vs. Conflicto oculto y Posición vs. Intereses;
- Agenda;
- Creación de opciones;
- Obtención del acuerdo.

Las técnicas que el mediador debe emplear para ayudar a las partes en conflicto se basan en herramientas que constituye una estrategia, gracias al dominio que dependerá en gran medida, a su experiencia y sapiencia en determinados casos concretos. Para ello es necesario comprender la práctica activa del mediador siendo dichas técnicas las siguientes:

- La escucha activa; que consiste en el esfuerzo físico y mental de querer escuchar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través del comunicado verbal y no verbal que realiza el emisor, indicándole a través de la retroalimentación lo que creemos estamos entendiendo.⁸
- El arte de preguntar y clases de preguntas: abiertas o cerradas; que se sostiene sobre la base de dominar y tener un perfecto manejo tales como que cuestiones preguntar, como hacerlo y cuando preguntar⁹. Siendo que las preguntas abiertas buscan obtener información amplia, explicación de hechos, sentimientos, mientras las cerradas están relacionadas a obtener datos objetivos, tales como: cuando, como, donde y por lo general se suelen contestar con monosílabos. Por ello, la importancia de la formulación de las preguntas. Un ejemplo claro resultaría al preguntar: Puedo fumar mientras rezo? Siendo que se reciba una respuesta

⁸ Cfr. R.C. VAN DER HOFSTANDT, El libro de las habilidades de comunicación, 2 ed. Ediciones Diaz de Santos, 2005, p. 77

⁹ Cfr. R. de DIEGO VALLEJO y C. GUILLEN GESTOSO, Mediación p. 128.



negativa. Sin embargo, se cambia el sentido y se pregunta: Puedo rezar mientras fumo? Es muy probable que la respuesta sea positiva por el propio contexto.

- El resumen del caso; siendo una sinopsis respecto a las manifestaciones de las partes o mediados, lo cual permitirá al mediador englobar ambas presentaciones en una sola, con el objeto de contar con una visión integrada que permita que a pesar de diferencias quizás irreconciliables, caben puntos en común que sirvan para alcanzar un contacto.
- El Caucus que consiste en las entrevistas privadas y por separado. Ello para generar confianza en las partes, esclarecer cuestiones que una de las partes no desea revelar, ayudar a clarificar a una de las partes si su posición es objetiva y obtener nuevas informaciones.

Que, sin perjuicio de lo comentado, debemos precisar que guarda correspondencia la mediación con el arbitraje como medio de resolución de conflicto en el ámbito privado, siendo que el legislador incorpora en el texto del Art. 139 inciso 1 de la Carta Magna de 1993 (Peru) que: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Bajo ese contexto, se observa que la mediación no esté reconocida expresamente en nuestro país con rango constitucional, pero al tener relación con el arbitraje, no impide que este medio de tutela efectiva pueda ser usado por la partes en conflicto si lo deciden, pues se erige como un método de resolución de controversias de estrictamente privado.

Ello, pues a saber de muchos entendidos que restan fuerza al uso de métodos extrajudiciales, que indican que la jurisdicción es aquella facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio exclusivo de los órganos judiciales. Para que tal facultad pueda ser cumplida a cabalidad, se debe reconocer el ejercicio de la función que admite los elementos siguientes, ausentes providencialmente en la mediación y el arbitraje, tales como:

- Notio: facultad para conocer una determinada cuestión litigiosa;
- Vocatio: facultad para compeler a las partes;
- Coertio: Facultad de emplear la fuerza pública;
- Judicium: facultad de resolver el litigio con efecto de cosa juzgada;
- Executio: facultad de ejecutar mediante el uso de la fuerza pública, la sentencia no acatada espontáneamente por las partes.

De igual forma el Art. 14 del mismo cuerpo de leyes, señala que: “La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la



ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”

En ese entendido, el Estado asume una doble responsabilidad, primero en el fiel cumplimiento al objetivo y en su defecto, responde su inoperancia ante la sociedad.

4.- EL USO DE LA MEDIACION EN EL DEPORTE

Aquellas situaciones donde eventualmente se pueden someter ciertas situaciones vinculadas al mundo del deporte, como derecho fundamental de la persona humana, a saber y de aplicación en el deporte local:

- Impagos a jugadores o técnicos.
- Destituciones de los entrenadores durante la temporada.
- Rescisión del contrato por parte de los jugadores.
- Negociación de la cláusula de rescisión.
- Disputas entre directivos de diferentes clubes.
- Disputas entre aficiones de distintos equipos.
- Conflictos entre clubes, intermediarios y jugadores.
- Problemas entre las juntas directivas y los socios.
- Procesos electorales de clubes y federaciones.
- Conflictos con derechos de imagen de deportistas.
- Conflictos de clubes /SAD /Federaciones con proveedores y patrocinadores.
- Conflictos relacionados con la celebración e interpretación de contratos con deportistas, técnicos, entrenadores, delegados, personal sanitario, etc.
- Conflictos en materia de licencias.
- Controversias entre las federaciones y las ligas profesionales.
- Conflictos por uso compartido de instalaciones deportivas, traspasos de jugadores en categorías inferiores, etc.
- Cumplimiento del régimen disciplinario.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN DEPORTIVA:

Los sistemas judicial y de arbitraje son alternativas poco flexibles en el ámbito deportivo y la mediación ofrece no solo una solución adaptada a las características del deporte del que se trate, sea de la categoría que sea, sino también un enfoque más relacionado con la cultura de la pacificación, enfoque más que necesario dentro de un entorno como el deportivo, tremendamente pasional y competitivo.

La mediación se adapta como un guante a la filosofía deportiva, ya que se comparten una serie de valores como la cooperación, la comunicación y el fomento de una cultura pacificadora y de respeto, con una diferencia: en la mediación ambas partes ganan.



- Superación del conflicto de forma pacífica sin deterioro de las relaciones entre las partes.
- Ahorro de tiempo y dinero frente a los procesos judiciales tradicionales y el arbitraje.
- Preserva la buena imagen de las partes (clubes, deportistas, técnicos) al garantizarse la confidencialidad.
- Se elimina el desequilibrio que pudiese existir gracias a a la búsqueda de soluciones basadas en la voluntad de las partes y no en argumentaciones jurídicas o recursos económicos.
- Hay una participación más activa y menos formalista que en el arbitraje.
- Las soluciones son más eficaces y duraderas facilitadas por la flexibilidad del procedimiento de mediación y porque son las propias partes las que crean el acuerdo respetando la normativa vigente deportiva que ningún órgano competente federativo, administrativo o judicial diseñaría.
- Posibilidades de acuerdos parciales.
- GANAR-GANAR: Aquí todas las partes ganan.

5.- CONCLUSIONES

Tal como expresaba Arthur Meyer, la tarea del mediador no es sencilla. Solo existen cartas de navegación de los mares que recorre, y lo variable de las costas hace difícil reconocerlas. Es un artista solitario, que sólo cuenta con unas pocas estrellas como guía y depende de su capacidad personal para prever acontecimientos, razón por la cual mantiene, a pesar de tener un medio de origen distinto al arbitraje, una íntima relación con éste, pues busca tender un puente de plata entre aquellas partes en conflicto, diferenciándose del árbitro pues no resuelve directamente la controversia puesta a su consideración sino guía a las partes a una justa solución.

En consecuencia, como señala Galeote Muñoz, el mediador deberá asegurarse de que las partes se escuchan entre ellas y no sólo oyen una determinada información.

La mediación y el arbitraje se erigen como mecanismos que se generán en el contexto cultural actual, en lo que la crisis del Estado lleva a la fragmentación del monopolio jurisdiccional hacia justicias privadas. De acuerdo a este esquema, el arbitraje y la mediación no surgen por la modernidad, como se pretende hacer



ver, en oposición a un riguroso e inflexible anticuado proceso jurisdiccional, sino por el contrario es el resurgimiento de una forma de solución de conflictos acorde con este nuevo derecho amorfo y plástico. Pero como forma procesal se debe dar en ese espacio de encuentro entre lo social jurídica, no sacrificando presupuestos básicos del proceso¹⁰.

La intervención del mediador puede ser general o no contingente y específica o contingente.¹¹

La primera es la que realiza en todas las disputas. Esta actuación está vinculada con el esquema general de desarrollo y resolución del conflicto.

Según Moore, los movimientos no contingentes permiten que el mediador:

- a) Ingrese en la disputa;
- b) Ayude a las partes a elegir el método de resolución y el escenario conveniente para el conflicto;
- c) Recopile datos y analice el conflicto;
- d) Practique la conciliación;
- e) Ayude a las partes a comenzar negociaciones productivas;
- f) Identifique las cuestiones importantes y elabore una agenda;
- g) Ayude a las partes a desarrollar alternativas de arreglo;
- h) Promueva la negociación final y;
- i) Ayude a desarrollar un plan de ejecución y supervisión.

Los movimientos contingentes son respuestas a los problemas especiales que aparecen en ciertas negociaciones. Así, las intervenciones para afrontar la cólera, el engaño, el regateo de mala fe, errores de comunicación, etc.

5) Describa cinco (5) diferencias entre la CIJ y el arbitraje internacional.

Cuando una controversia se define ante la Corte Permanente de Justicia Internacional es cuando existe un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una abierta contradicción o quizás una posible diferencia entre posturas entre dos partes.

¹⁰ SUMARIA BENAVENTE, Omar. Arbitraje, cultura y autoridad. La lógica organizativa del siglo XXI y la ADRS: Presupuesto, relación y espacio. En Nuevos Enfoques de la conciliación y arbitraje. Instituto Pacífico, Lima, 2016, pag. 376.

¹¹ MOORE, C. El proceso de mediación, Granica, Buenos Aires, 1995, pag. 59-62



Es allí donde se inicia o se activa, un mecanismo de solución a fin de resolver el conflicto, máxime si opera entre Estados. En ese orden de ideas, se debe acreditar que no solo hay diferencias sino que existe oposición entre las pretensiones de las partes.

En ese sentido, el Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas predicán que los Estados tienen la obligación de arribar a una solución pero por medios o mecanismos pacíficos. Sin embargo, no les impone un determinado método. Ello queda a libre elección de las partes.

Una primera y marcada diferencia entre la CIJ y el arbitraje internacional es: que ante la CIJ se pueden utilizar los medios políticos o diplomáticos, que coadyuvan a facilitar un acuerdo entre las partes involucradas y el arbitraje ello no es posible pues se someten las partes a un Reglamento y reglas del centro que administra el arbitraje, asunto que es resuelto en un laudo.

La segunda diferencia es el medio empleado. Ante la CIJ se pueden utilizar múltiples medios, tales como la mediación o la conciliación para arribar a un entendimiento, mientras que el arbitraje internacional se someten a las reglas impuestas por el Tribunal Arbitral y el reglamento del centro de arbitraje que administra el procedimiento.

Una tercera diferencia es que ante la CIJ presupone la existencia de un Tribunal o Corte Permanente preconstituido y que posee sus propios jueces, mientras que en el arbitraje, son las partes quienes terminan por constituir el Tribunal y convienen el procedimiento.

Asimismo, una cuarta diferencia es el número de integrantes mientras en la CIJ son quince (15) y el quorum se establece con nueve (9), aunque el Estatuto permite que la Corte pueda funcionar en Salas con menos miembros, en el arbitraje si las partes deciden conformar un Tribunal será en número impar y por lo general son tres (3), el cual uno de ellos preside luego de una deliberación entre los primeros nombrados por cada una de las partes.

Una quinta diferencia es marcada por que la CIJ puede declararse incompetente para conocer controversias por los motivos señalados en la Art. V, VI y VII del



Pacto de Bogotá y se declarará terminada la controversia, en cambio en el arbitraje internacional, salvo pacto en contrario el Tribunal se deberá pronunciar sobre el fondo del asunto. Ello se observa asimismo, con más nitidez cuando el arbitraje puede ser facultativo u obligatorio. Es facultativo cuando así lo deciden las partes y será producto de dicho acuerdo. Es obligatorio cuando la CIJ se declara incompetente por las razones ya mencionadas.

Nota de cierre: Recientemente (mes de abril de 2024) México llevara a Ecuador ante la CIJ por considerar un atropello el asalto a su embajada en la ciudad de Quito y detener al Sr. Jorge Glas, un asilado político en dicho recinto. Por motivos aparente no podrá utilizar la figura del arbitraje para reparar el daño que reclaman.