

EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

José Rafael Fernández Quesada¹

Resumen

El arbitraje comercial internacional alcanzó la mayoría de edad. Tiene vida propia, independiente de los institutos jurídicos que le dieron vida. Y goza hoy de los privilegios, y peligros, de ser alguien muy atractivo: todos quieren estar cerca, y verdad o no, todos dicen sus amigos íntimos. Pero la realidad es que poco tiempo se dedica al análisis de la naturaleza ontológica del fenómeno. Proponemos analizar algunas ideas expuestas por quienes se han atrevido a elucubrar sobre el concepto del arbitraje, desde las disciplinas de la Filosofía, la Teoría del Estado, la Sociología y la Psicología. Este artículo es una sencilla propuesta para acicatear la curiosidad de los partidarios del arbitraje, que nos permita, al cabo, ser realmente sus amigos y no solamente decir que lo somos.

Palabras clave

Arbitraje. Concepto. Filosofía Jurídica. Sociología Jurídica. Arquetipo arbitral.

Abstract

International Commercial Arbitration has reached its legal age. It has life on its own independent from the legal institutions that gave life to it. It enjoys today the privileges, and perils, of being very attractive: everybody wishes to be close, and true or false, everybody says to be close friends with it. But the reality is that scarce time is invested in the analysis of the ontological nature of the phenomenon. We propose to analyze some ideas brought forth by those who have had the courage to elaborate on the concept of Arbitration from the disciplines of philosophy, theory of the State, sociology and psychology. This article is thus a simple proposal to stimulate the curiosity of arbitration partisans, so it would allow us, at the end, to really become its friends and not only to pretend we are.

Key words

Arbitration. Concept. Legal Philosophy. Legal Sociology. Arbitration archetype.

EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

*José Rafael Fernández Quesada*¹

Introducción

Lo primero que hay que dejar muy claro es que un arbitraje no es un proceso judicial abreviado en el tiempo. Es diferente, es precisamente un método alternativo de solución de controversias mercantiles, que si bien es adversarial, se fundamenta en principios filosóficos, jurídicos y sociológicos diferentes a aquellos en que se fundamentan los Códigos Procesales. Diferencia que es más fácil distinguir en el arbitraje internacional, pero que se desdibuja, muchas veces, en países como Costa Rica, en que el arbitraje nacional se regula por una ley interna diferente a aquella para el arbitraje internacional.

Esta marcada diferencia en la razón de ser, que de suyo lleva a un sistema diferente de solucionar disputas, lleva a González de Cossio² a resumir la situación diciendo: “*el arbitraje es para adultos*”.

Cuando las partes escogen voluntariamente el método por el cual quieren resolver sus controversias, quedan de lado el formalismo, la despersonalización, la rigidez y la lentitud típicas de la justicia estatal y por eso, quienes

acuden al arbitraje deben adecuar su conducta al método seleccionado. Con todo, corresponde a veces al Tribunal recordarlo a las partes, e incluso, sancionar a quien no se comporta a la altura.

Los reglamentos más comúnmente escogidos en arbitraje internacional, (ICC; AAA; LCIA, UNCITRAL) son respetuosos de la autonomía de las partes y dejan a su escogencia la mejor forma de estructurar el procedimiento, siempre bajo la atenta dirección del Tribunal. Por eso, en comparación con un proceso judicial, al neófito en la materia, un procedimiento arbitral internacional puede parecerle falto de contornos definidos y, en ausencia de la red de seguridad conceptual que supone el Código Procesal: algo confuso. No obstante, la realidad es otra, y un arbitraje bien administrado, con asesores avezados y árbitros diligentes, es una herramienta formidable para el comercio internacional.

Qué es el arbitraje?

Esa pregunta se puede responder desde el punto de vista lógico—jurídico o desde el punto de vista jurídico—positivo.

¹ Abogado y Árbitro Costarricense. Profesor de los cursos de Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje Nacional en el Postgrado de la Universidad Latina, San José. Profesor del curso de Derecho Internacional Público en la Universidad de Costa Rica. Presidente del Capítulo Costarricense de la Cámara de Comercio Internacional —ICC—. jrfernandez@abogados.or.cr

² González de Cossio, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. México, 2008

Si seguimos en camino de lo positivo, tendremos que estudiar el derecho arbitral mismo, esto es, de las normas positivas; pero hacer tal cosa, nos llevaría por un camino que, a lo sumo, nos permitirá hacer una observación y enumeración de las formas en que distintas jurisdicciones han regulado el arbitraje³.

Tal enfoque, si bien válido, nos deja sin respuesta lo que en el fondo buscamos: ¿cuál es el sustrato en el que se genera, crece y se desarrolla este fenómeno social que produce y sostiene las normas positivas que regulan el arbitraje?⁴

El maestro Recanséns Siches⁵, al analizar la teoría Kelseniana de la *norma fundamental hipotética* (también llamada constitución en sentido lógico-jurídico), explica que se le llama “hipotética” únicamente desde el punto de vista jurídico, puesto que, aunque es real: *... la base de la norma jurídica primera ya no puede ser otra norma jurídica positiva, sino una razón de otra índole, razón que se fundará sobre unos determinados hechos sociales históricos, conjugados con unas estimaciones políticas (...) más esa labor crítica no pertenece a la estricta función jurídica: el jurista se aloja dentro de un determinado orden*

jurídico; y en el ámbito doméstico del mismo procede a razonar el fundamento de cada una de sus partes. Pero el jurista no puede salirse fuera del orden jurídico sobre el cual se apoya y dentro del cual mora; y, por eso, no puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del orden positivo dentro de cuya interioridad se mueve⁶

Así, proponemos entonces apearnos de la plataforma estrictamente positiva, quitarnos por un momento el sombrero de árbitros, para buscar en otras disciplinas, la respuesta que buscamos.

Muchos autores han recorrido este camino, y han hecho valiosísimos análisis, desde el plano filosófico (Opetit, Galliard y en general la doctrina Francesa), pasando por la sociología (Dezalay, Alonso), la psicología Jungiana (Paulson).

La filosofía jurídica y arbitraje

Oppetit, siguiendo a Jarrosson señala que: *Tal vez estas dificultades para conceptualizar el arbitraje se deben, en el fondo, a que en la idea, por oposición a la noción figura a veces el tipo ideal de una categoría de objetos,*

que no puede ser reducida a una formalización intelectual: es el caso de la idea de justicia⁷

Y luego citando a Chevalier señala: *“la idea de justicia es un misterio por que es un ideal... ninguno de nuestros conceptos jurídicos puede aprehenderla de forma exhaustiva”,* y pregunta:

¿Ocurriría con la idea de arbitraje lo mismo que con la idea de justicia, con la cual coincide en gran medida?, ¿Debemos resignarnos a no ver en el arbitraje nada más que un mecanismo complejo caracterizado por la diversidad de sus engranajes y regulado por el derecho en función de las misiones que le asigna, en lugar de un verdadero concepto? ¿O, más bien, una simple manera de aprehender los problemas, una actitud mental, de cierta forma?”⁸

Para Opettit, la respuesta a las dificultades conceptuales del arbitraje, solo pueden ser respondidas dentro de una reflexión sobre los mismos temas esenciales que se plantean en cualquier sistema jurídico: *“la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho”⁹,* esto es, dentro de una perspectiva netamente filosófica del derecho. Y señala tres ejes de reflexión: alcance, identidad y naturaleza.

Con relación al alcance: ¿Es el arbitraje internacional universal? El arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos de las relaciones económicas internacionales, tiene una característica particular: su capacidad para solucionar de forma general todas las controversias en ese ámbito, gracias a su adaptabilidad y a su vocación de ayudar a mantener las relaciones entre las partes en conflicto, no solamente a determinar la culpa y el daño.

Con todo, esas particularidades, no han servido siempre para darle al arbitraje una condición de universalidad, pues antes de los años sesenta del siglo XX, existían todavía muchas resistencias a su utilización, provenientes de los ordenamientos internos y las concepciones particulares de cada sistema jurídico. Tales problemas, han sido más agudos en el arbitraje interno que en el internacional, por el concepto tan acendrado que existe desde la Revolución Francesa del monopolio de la jurisdicción por parte de los Tribunales Estatales.

El desarrollo del comercio internacional habido en las últimas décadas, y la proliferación de tratados de protección de inversiones y de libre comercio, ha producido un impulso, antes inexistente, que ha llevado al desarrollo del fenómeno que Opetit denomina “aculturación jurídica”, esto es, la mezcla de las culturas jurídicas, que gradualmente ha producido

3 Así hace, por ejemplo el profesor Pieter Sanders, en su obra: “Qvo Vadis Arbitration?”. Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 1999. En la que, si bien denomina el segundo capítulo “Different Concepts of Arbitration”, en realidad únicamente revisa la evolución de la regulación del arbitraje en el Common Law y en el Civil Law.
4 Francisco González de Cossio, en su artículo: “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, disponible en versión electrónica en varios sitios en la Internet, hace una propuesta de analizar el “compuesto arbitral” a partir de la estructura y los conceptos de la química, habla así de nomenclatura, elementos, compuestos, destilación, moléculas y fórmulas químico—arbitrales, etc. Con todo, su estudio se hace analizando derecho positivo arbitral.
5 Recaséns Siches, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 1979
6 Ibid, página 177

7 Ferrater Mora, en su Diccionario de Filosofía, indica que: “...La noción se distingue de la idea propiamente dicha por cuanto mientras esta última puede ser (según ciertos filósofos) el principio de una realidad, la primera solamente puede ser el principio del conocimiento de una realidad”. Y con relación a la idea dice: “...Las múltiples significaciones de “idea” han dado lugar a varios modos de considerar las ideas. Tres de esos modos son particularmente importantes. Por un lado, se entiende la idea lógicamente cuando se equipara con un concepto. Por otro lado, se entiende la idea psicológicamente cuando se equipara con una cierta entidad mental. Finalmente, se entiende la idea metafísicamente (o, según los casos, ontológicamente) cuando se equipara la idea con una cierta realidad”. Ferrater Mora, Jose. Diccionario de Filosofía. Tomo I. Quinta Edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964
8 Oppetit, Bruno. Teoría del Arbitraje. Legis Editores SA. 2006. Colombia. Página 32
9 Ibid, página 248

un reconocimiento del valor y la utilidad del arbitraje en el comercio internacional, y por ende la aceptación de sus principios y particularidades, hasta llegar a respetar su individualidad conceptual. Fenómeno que se puede identificar claramente en las culturas jurídicas europea, anglosajona, árabe y —tardíamente— latinoamericana.

Con relación a la identidad: El concepto generalmente aceptado es que las partes buscan someter sus diferencias al arbitraje, porque quieren que su problema sea solucionado de una forma diferente a como sería en un tribunal estatal, y porque expresamente desean evitar someterse a cualquier jurisdicción nacional. No obstante, el desarrollo que ha tenido el arbitraje lo ha acercado, cada vez más, al mismo proceso del que inicialmente quería alejarse, y hoy se escuchan críticas de connotados expertos, y de instituciones arbitrales, que se quejan de cuánto se ha “judicializado” el arbitraje internacional, con un incremento vertiginoso en la preferencia por los arbitrajes administrados, con la consecuente disminución de los arbitrajes Ad-Hoc, y bajo reglamentos cada vez más estructurados, que dan pie para que los procedimientos se compliquen, alarguen y se parezcan mucho a juicios ordinarios, muchas veces con una pesada —y costosa— estructura burocrática involucrada en la marcha del caso. Tal situación hace que el arbitraje haya perdido algo de su concepción original, diríamos, químicamente pura, para dar paso a un sistema mixto “a la vez *semi-público* y *semi-privado*, *semi-contractual* y *semi-*

institucional, expuesto a los riesgos de la burocratización y del espíritu procesalista”¹⁰

Con relación a su naturaleza: El arbitraje es, sin duda, una institución jurídica; atrás quedan las posiciones que negaban esa realidad. Ahora, la precisión del *sistema normativo* que sirve de atmósfera al arbitraje es más complicado, en virtud de la cantidad de interacciones que se producen entre diversos sistemas jurídicos nacionales, derecho internacional —público o privado—, órganos jurisdiccionales estatales de diverso grado y en todo caso, un derecho contractual con claras características transnacionales, esto sin siquiera mencionar todavía la elusiva *Lex Mercatoria*.

El profesor Opetit concluye diciendo:¹¹

En definitiva, podemos decir que el arbitraje internacional, en su vocación y en su funcionamiento, expresa fundamentalmente los valores del humanismo, aunque, bajo la presión de la técnica y de la economía, afirma hoy en día igualmente un carácter mecánico. El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal.

Gaillard por su parte analiza lo que él denomina “las representaciones mentales del arbitraje”¹² y las concepciones ius-filosóficas detrás de cada una, que él divide en tres:

- a) El arbitraje como parte de un ordenamiento nacional, o “monolocalizadora”;
- b) El arbitraje fundado sobre una pluralidad de ordenamientos nacionales, o “westfaliana” y
- c) El arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo o “transnacional”: el ordenamiento jurídico arbitral. Concepto que él define de la siguiente manera: *La expresión ordenamiento jurídico arbitral sólo se justifica, en realidad, para designar un sistema que fundamente de manera autónoma la fuente de la juridicidad del arbitraje. Sin la coherencia de un sistema que posea fuentes propias, no podremos hablar de ordenamiento jurídico. Sin autonomía respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado soberano, no podremos hablar de un ordenamiento jurídico arbitral*”¹³.

En el primer enfoque, la representación monolocalizadora, el Tribunal Arbitral se concibe simplemente como un Tribunal del ordenamiento jurídico del lugar de la sede, y el laudo no será internacional, sino nacional del país sede. Todo parte, para esta concepción, del entendimiento de que la fuente de la juridicidad del arbitraje radica en el derecho de la Sede.

En la segunda representación, la “westfaliana”, la validez del laudo no está en un solo ordenamiento jurídico, sino en diversos ordenamientos que han aceptado reconocer su validez, aquí, el derecho de la Sede, es uno más entre muchos.

Si la concepción anterior es centralizadora, ésta es descentralizadora, aquella ve el fenómeno desde el punto de partida, ésta, desde el punto de vista de la llegada, esto es, del laudo.

*Es el reconocimiento de este laudo lo que valida, retrospectivamente, el proceso. Esta inversión, considerada como una verdadera revolución copernicana, gobierna todo el razonamiento.*¹⁴

La tercera representación, partiendo de los postulados que le permiten llegar a determinar la existencia de ese “ordenamiento jurídico arbitral”, llega a expresar que el árbitro puede ser considerado un órgano de tal ordenamiento jurídico autónomo. Conceptos clave en ésta última concepción son: el poder de juzgar del árbitro y el vínculo de tal capacidad con las que él denomina las “reglas transnacionales”.

Normalmente se responde que el poder jurisdiccional del árbitro internacional radica en la autonomía de la voluntad, pero tal voluntad, únicamente puede conceder tal poder, porque, a su vez, tal capacidad le ha sido concedida por un ordenamiento jurídico.

Dice el autor¹⁵:

La representación que acepta la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral (...) reposa en la idea de que son los derechos de los diferentes Estados los que, tomados colectivamente, constituyen el derecho común del arbitraje en

10 Opetit. Op Cit. Página 270
11 Opetit. Op Cit. Pag 289
12 Gaillard, Emmanuel. Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Asunción, Paraguay. 2010. Pág. 16

13 Gaillard. Op Cit. Pág. 47
14 Ibid, página 32.
15 Ibid, página 56

el cual puede encontrarse la fuente de poder de juzgar de los árbitros. Como los principios generales del derecho que constituyen una de las fuentes del derecho internacional, esta representación no se opone a los derechos estatales, sino que por el contrario se cimienta en la actividad normativa de los Estados

Para explicar la idea de cómo se genera ese “derecho común del arbitraje”, recurre a la analogía de aquello que sucede en el Derecho Internacional Público:

*“el método que consiste en recurrir a los principios generales o el “método de las reglas transnacionales” es siempre el mismo. No es diferente de aquel que permite deducir los principios generales del derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”*¹⁶¹⁷

Y ese método, al no ser una lista cerrada de respuestas, sino simplemente eso: un método comparativo, permite dar respuesta a todos los conflictos que surgen en el Comercio Internacional.

Será también consecuencia de tal autonomía, la posibilidad que tienen los árbitros de conducir el procedimiento de acuerdo a la

voluntad de las partes y con prescindencia de todo ordenamiento nacional, y en apoyo de esta realidad, el autor cita la resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en Santiago de Compostela en 1989 que reza¹⁸:

Las partes tienen plena autonomía para determinar las reglas y principios de procedimiento ... que deben ser aplicados por los árbitros. En particular, ... estas reglas y principios pueden obtenerse de diferentes sistemas jurídicos nacionales así como de fuentes no nacionales, como los principios del derecho internacional, los principios generales del derecho y los usos del comercio internacional.

Consecuencia de la existencia de tal ordenamiento autónomo, es según la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, el hecho de que el Laudo internacional no esta conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional, sino que es una decisión de justicia internacional (tal como dijo la Corte de Casación en el caso Putrabali), y de ahí que su anulación en los tribunales de la Sede, no hace desaparecer el Laudo, sino que éste sigue existiendo y será válido en otras jurisdicciones, siempre y cuando no viole el Orden Público Internacional.

Esta teoría propuesta por el profesor Gaillard, es acremente criticada por Jan Paulsson¹⁹, quien se alza contra la idea francesa de la “deslocalización”.

El profesor Sueco agrega a las tres “representaciones mentales” del francés, una cuarta: que el arbitraje pueda derivar su efectividad de fundamentos que no dependan de las leyes o los jueces nacionales. Ésta, se funda en, y complementa, la teoría westfaliana o pluralista.

Para Paulsson, el concepto de “deslocalización” se refiere a la posibilidad de que un laudo sea aceptado en el lugar de ejecución, con independencia del criterio que vierta sobre tal laudo, el sistema legal de la sede, y afirma con total serenidad que la realidad del mundo arbitral, no contradice las tres tesis de Gaillard, sino que, sencillamente, las ignora. Y considera que el onírico concepto de un orden autónomo, se contradice a sí mismo, pues requiere, para su validez, ser reconocido por el mismísimo sistema estatal del que pretende liberarse.²⁰

Esta cuarta posible representación, no pretende apegarse a ningún sistema estatal, se trata, para Paulsson, de algo más parecido a la noción de los “sistemas sociales privados”, que logran la aplicación de sus propios códigos internos de conducta sin ayuda externa, tales como, por ejemplo algunas federaciones deportivas, sectas religiosas o, también, ciertas organizaciones criminales.

Y para explicar este fenómeno, el autor recurre a *L’ordinamiento Guiridico* del profesor italiano Santi Romano, para quien, todo grupo social organizado es un tipo de orden jurídico.²¹ Y así, existen “otros” ordenamientos jurídicos que pueden funcionar sin involucrarse para nada con los ordenamientos jurídicos nacionales.

El arbitraje internacional, será entonces, un ordenamiento jurídico de ese tipo.

Sociología Jurídica y arbitraje.

Otros han estudiado el arbitraje desde la plataforma de la sociología jurídica, y son exponentes de tal enfoque los autores Yves Dezalay y Byrant G Garth, en su obra: “Dealing in Virtue”²².

También, nuestro apreciado amigo, el ilustre árbitro español, don José María Alonso, incursiona en un análisis de este género en un artículo suyo titulado: “Aspectos económicos, sociológicos y transaccionales del arbitraje”, en el que indica:

Del mismo modo, el arbitraje no sería lo mismo si sólo existiera una cultura legal y social. Si sólo existiera una forma de ver el mundo el arbitraje habría perdido parte de su sustancia o quizás habría terminado por confundirse de nuevo con un proceso judicial. No cabe duda, pues, que el arbitraje se beneficia de la multiculturalidad, puesto que es esa necesidad de encontrar un sistema

16 Ibid, página 56.
17 Artículo 38
1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.
18 Ibid, página 109

19 Jan Paulsson. The Idea of Arbitration. Oxford University Press. United Kingdom. 2013.
20 Ibid, página 45
21 His remarkable contribution is rather a visión of pluralism which goes further than to consider the relationship between national legal orders among themselves, and allows us to see the success of arbitration through the prism of legal orders different from that of the nation state, and in some contexts more efficient than the latter. Ibid, página 47
22 University of Chicago Press, Chicago, 1996.

neutro el que promueve la resolución de conflictos mediante arbitraje. Y no cabe duda de que los operadores comerciales internacionales se benefician del enfoque multicultural y flexible del arbitraje para no sentirse en desventaja en cualquier disputa que pueda surgir.

Para Dezalay:
*El arbitraje comercial internacional es, en parte, una comunidad epistémica (...) organizada alrededor de ciertas creencias en un ideal de justicia privada internacional, pero es también un mercado extremadamente competitivo que involucra grandes negocios y mega-abogacía. Entenderlo requiere comprender ambos, los ideales y la competencia por el negocio*²³²⁴

En este trabajo, los autores proponen construir un mapa de campo del arbitraje comercial internacional, identificando las redes y relaciones jurídicas, económicas y sociales que se desarrollan en este campo, así como las estructuras de poder que consciente o inconscientemente regulan la materia.

El elemento central del estudio es precisamente la exposición y análisis de ese nudo fundacional, o podríamos decir, de la nébula jurídica que origina la constelación arbitral internacional, y que no es otro que la conjunción entre el poder económico de los grandes actores privados del mercado

internacional y los abogados y firmas legales, quienes buscan ganar un considerable porcentaje del lucrativo mercado de las disputas comerciales que se producen en ese mercado.

Esa conjunción de intereses, produjo, y todavía produce aunque con cambios en las estructuras, beneficios a ambas partes. A los actores del comercio internacional: la tan deseada opción de evitar la jurisdicción estatal, y de paso, organizar su propio sistema de justicia privada. A los abogados: la posibilidad de, inicialmente, utilizar sus exclusivos conocimientos académicos, como fundamento de una nueva Lex Mercatoria, como un concepto que, de alguna forma, venía a ser y decir lo que ellos decían que decía. Concepto, con todo, hoy día un tanto venido a menos, a favor de un concepto más amplio de derecho transaccional, o anacional.

El análisis de estos autores parte del estudio, en el año 1996, del “capital simbólico” de los “grandes sabios” del arbitraje, que a la vez, los hace ser lo que son y que por ser lo que son, logran a su vez generar mayor capital simbólico.

Ese capital es definido recurriendo a Bourdeieu que en lo esencial señala que “*el peso de los diferentes agentes depende de su capital simbólico, tal como el reconocimiento —institucionalizado o no— que ellos reciben del grupo*”²⁵. Los títulos profesionales, las posiciones en el sistema

político, legal y económico, tienen un cierto valor, igual al que tiene un capital, valor que será determinado el mercado en que se hará valer. Tienen particular importancia en este campo la estatura académica, las publicaciones especializadas, la experiencia práctica y el entrenamiento en resolución de disputas, conexiones con el mundo de la política y los negocios, habilidades lingüísticas, y excelencia en los aspectos técnicos del arbitraje.

Tal capital, como cualquier otro, tiene oscilaciones, incrementos y devaluaciones según el tiempo y el lugar.

Haciendo la aclaración de que la investigación de Dezalay se publicó en el año 1996, sus opiniones a cerca de los grandes árbitros y su importancia en el mundo arbitral, sigue teniendo validez, tal vez no tan precisa como entonces, pero validez al fin. Una cita magistral, nos sirve para ilustrar el punto:

*Las carreras de esos destacados individuos nos recuerdan la situación de la iglesia medieval. El hijo de un noble podría llegar a obispo, simplemente por sus orígenes familiares y posición social. Otros podían rasurarse la cabeza, hacer votos de celibato, entregar todo a la iglesia, y aún así, no tener ninguna oportunidad de alcanzar ninguna posición de importancia, como la de obispo. Su trabajo tesorero ayudaría a mantener la estructura institucional que hacía atractiva la posición de obispo para el hijo del noble, pero ellos, carecían de la plataforma social que les permitiera llegar a tal posición.*²⁶

La competencia entre estos reconocidos árbitros internacionales y sus grupos sirve para crear y fundamentar la legitimidad del arbitraje internacional. Con todo, tal competencia se desarrolla no solamente en los términos de la oferta de mejores servicios, sino y principalmente, en términos simbólicos de legitimación y credibilidad, situación que a la vez crea carreras profesionales y abre mercados para aquellos que tienen éxito.

Ahora, el perfil de aquellos “grandes sabios” europeos del arbitraje (como Goldman, Lalive, Mustill, Sanders, y más recientemente Paulsson, Derains, Cremades, etc) ha ido variando, con el desarrollo mismo del arbitraje. Para los pioneros del arbitraje, éste constituía una obligación no una carrera, y era visto como una actuación ocasional de afamados profesores universitarios, casi como un servicio público. Paulsson mismo lo describirá diciendo que “la edad de la inocencia llegó a su fin ... hoy día aribitran, pero no por amor”²⁷.

Los autores ejemplifican la posición de los árbitros suizos de antaño que, dicen, terminaban las audiencias a las cinco de la tarde, para una cena de lujo y la noche en la ópera, mientras que hoy día, los árbitros de nuevo cuño, trabajan sin parar toda la noche, para tener listo el laudo al día siguiente. Destacando así la diferencia entre aquellos grandes y prestigiosos abogados, y los tecnócratas de hoy día.

El desarrollo del arbitraje, que llevó inicialmente a la participación de esos grandes maestros y el recurso al concepto académico de *Lex Mercatoria* como

23 Ibid, página 16. (Traducción libre del autor)
24 Una “comunidad epistémica” es un: Sistema integrado por expertos en hacer política que comparten normas, creencias causales, proyectos políticos y que buscan cambios en áreas específicas de la política. Las comunidades epistémicas comparten un conocimiento consensual. Esto se genera a través de métodos causales comunes o juicios profesionales y nociones comunes de validez y usualmente se expresan a través de un vocabulario común. <http://www.mdp.edu.ar/index.php?key=2781>
25 Ibid, página 18

26 Ibid, página 23
27 Ibid, página 37

fundamento de sus laudos, tuvo un golpe de timón en la primera mitad del siglo XX, cuando estallaron los conflictos petroleros, surgidos de los contratos firmados a partir de los años treintas, y que contenían cláusulas arbitrales.

Los inversionistas extranjeros que buscaban, a toda costa, evitar las jurisdicciones y las leyes locales, encontraron en el arbitraje el foro adecuado para dirimir sus conflictos. Por su parte, los países en vías de desarrollo, que no querían resolver sus disputas de acuerdo con las leyes de los que, antaño, habían sido sus colonizadores, encontraron alivio en el recurso a la noción de los “principios generales del comercio internacional”, formulación que, no obstante, provenía de la academia europea y de los grandes académicos que desarrollaron el concepto, finalmente conocido como Lex Mercatoria.

Al producirse aquellos mega arbitrajes, relacionados con los contratos petroleros, las grandes firmas legales estadounidenses, que veían el sistema legal europeo con franco desdén, se vieron en la necesidad de enviar abogados a defender los intereses de sus clientes. Estos litigantes se vieron, así, ante un mundo absolutamente desconocido para ellos, por lo que les quedaban dos caminos: la apatía o luchar para imponer sus reglas. Obviamente, sus honorarios, que en muchos casos fueron monumentales, pendían de su desempeño, así que aquellas firmas legales invirtieron tiempo y dinero en el arbitraje. Esto produjo cambios radicales en el, hasta entonces, pacífico mundo del arbitraje:

“el rápido crecimiento del mercado del arbitraje produjo el arribo de nuevos reclutas de las periferias del mundo de los grandes profesores. Ellos no tenían ni el estatus que les permitiera recurrir a ese tipo de argumentos (Lex Mercatoria) ni la predisposición para aceptarlos en sus contrapartes”^{28 29}

A su vez, la participación de organizaciones como la International Chamber of Commerce, que —bien lo indican los autores— se convirtió en una institución misionera, y diríamos nosotros, que hace muchos años viene predicando el arbitraje a todo el mundo, sirvió, por un lado para ampliar la base del mercado arbitral y con ello creo la necesidad de que más abogados participen, como litigantes o como árbitros en la mayor cantidad de arbitrajes que se producen, y por otro, para posicionar a la misma ICC como un verdadero sistema de justicia transnacional privado.

Este fenómeno a su vez ha producido, en años recientes, una escasez en la disponibilidad de árbitros bien preparados, y de ahí, el énfasis que se da hoy día en los grupos “menos cuarenta”, en búsqueda de talento joven.

A su vez, el advenimiento de las grandes firmas legales mundiales, y la indudable influencia de sus sedes estadounidenses, ha venido a perfilar el mundo del arbitraje moderno, alejándolo de aquella idea original, ya vista, y moviéndolo cada vez más, hacia la realidad de un mundo de competencia

globalizada, a las órdenes de la industria a la que sirve.³⁰

Psicología Jungiana y arbitraje

El ya citado profesor sueco, Paulsson, en el análisis de la figura del árbitro, recurre a los conceptos expuestos por Carl Jung, fundador de la escuela de psicología analítica, quien sostenía que así como tenemos instintos que guían nuestras acciones, hemos heredado estructuras mentales que condicionan nuestras percepciones y motivaciones. En el centro de esta idea ubica los “arquetipos”, que para él, son los determinantes del mundo psíquico.

El inconsciente colectivo, diferente del individual y personal, se expresa, según Jung, a través de los arquetipos, que son formas de pensamiento universal o imágenes mentales que influyen la actuación inconsciente de las personas.

El suizo, individualizó ciertos arquetipos: el “anima”, “la madre”, “la sombra”, “el niño”, “el viejo sabio” etc.

Paulsson usa el arquetipo del sabio, para relacionarlo con la figura del árbitro.

Para él, resulta útil pensar en la existencia inconsciente de un arquetipo arbitral, *“queremos ser juzgados por alguien sabio y familiar, tal vez una versión idealizada de nosotros mismos, no alguien inteligente pero extraño”*³¹

Si en realidad existe tal arquetipo, se pregunta, ¿cómo se llegó a enquistar en nuestro inconsciente? Tal vez por un proceso adaptativo de selección natural, responde.

Y de existir, en efecto semejante figura, cuáles serán sus cualidades? Sobre todo, el arquetipo arbitral debe respetar la individualidad de los “arbitrantes” y de su caso, pero a partir de esa cualidad básica, Paulsson enumera, como razonablemente deducibles de la experiencia, las siguientes cualidades idealizadas:

- Compromiso: Tanto así, que las partes confíen en que el árbitro llegará hasta el fondo del asunto, considerando a su paso todos los argumentos, sean los que fueren, al punto de poder ver de frente con total honestidad, incluso a quien sale vencido en el laudo.
- Capacidad: Para que la decisión del árbitro tenga peso moral debe fundarse en una profunda comprensión del debate. “El árbitro inexperto, incapaz siquiera de hacer las preguntas correctas o de ver las falencias básicas en el corazón de una presentación impresionante pero superficial, adolece de la autoridad esencial del arquetipo”³²
- Preocupación: Aquella del “buen padre de familia” aplicada al arbitraje, a las partes y sus intereses enfrentados que buscan justicia. El árbitro es escogido como individuo y se espera de él que actúe de acuerdo a su experiencia y rectitud.

28 Ibid, página 90. Traducción libre el autor.
29 U.S litigators invaded the small club of pioneers, helped it to prosper, and shifted its center of gravity toward U.S. approaches to litigation. The “international justice” that handles business disputes is itself a product of competition among “national” approaches, including that of the U.S. litigators. Ibid, página 100

30 “Located at the intersection of the world of business and that of law, these business lawyers serve as “lawyer-compradors” —double agents serving their own interests as lawyers and those of the merchants who retain their services. They are perpetually torn between the requirements of their peers in the legal profession and those of their business clients.” Ibid, página 119.
31 Paulsson, Op Cit, página 5
32 bid, página 8 (traducción libre del autor)

- Discernimiento de las consecuencias: La consciencia del arquetipo le hace saber que su actuar es de beneficio para la comunidad, por ello observa con atención las posibles consecuencias de su fallo, y a la vez, la comunidad observa al árbitro y le hace saber el valor de su labor. Tal ejercicio de observación, dice el autor, afecta el comportamiento de quien actúa como árbitro.
- Dignidad: Del latín “dignus” = digno. Aplicado esto a la labor del árbitro arquetípico, exige que sus laudos sean el producto de una “*justa percepción de las consecuencias adecuadas para la conducta de las partes*” y no de criterios subjetivos y arbitrarios.

Sobre esta particularidad, de las cualidades del árbitro, don Rodrigo Oreamuno Blanco, reconocido árbitro internacional costarricense, señala:³³

- Un buen árbitro, en mi criterio, señalo, debe tener 4 características:
- a) formación jurídica —cuando mínimo— aceptable para la labor encomendada;
 - b) tiene que tener solidez ética;
 - c) debe tener disponibilidad;
 - d) debe ser un eficiente administrador

El profesor Paulsson, ya al final de su obra, hace esta reflexión:

Podemos, en este universo en constante cambio, encontrar un principio organizativo para guiar nuestra valoración de la institución social que llamamos arbitraje? Tal vez un objetivo trascendente pueda jugar, en si

*mismo, el papel de un principio organizativo. Este objetivo es el cumplimiento de la mismísima idea del arbitraje como aquel mecanismo de resolución de controversias, que será aceptado con tranquilidad por aquellos que asumirán sus consecuencias, debido a su particular confianza en el juzgador por ellos escogido*³⁴

Conclusión

La búsqueda de una explicación de la idea del arbitraje, de su concepto, debe ser buscada *al di la* —más allá— de las normas arbitrales positivas, tal como sucede con la norma fundamental hipotética kelseniana. Buscar el concepto del concepto, en el producto nacido de tal concepto, nos llevará a un ejercicio parecido al de la mosca que pega en el cristal, tratando de salir. Aún si tomáramos, por ejemplo, la Convención de Nueva York, o la Ley Modelo UNCITRAL, como lo más cercano a normas fundamentales del arbitraje internacional, en el estudio *ad-intra* de esos textos, no podríamos encontrar, sin más, el fundamento conceptual que les dio vida.

Las respuestas podemos buscarlas en la filosofía que barrunta sobre la justicia, la finalidad, las fuentes y la naturaleza del derecho arbitral, su alcance, la identidad del fenómeno, y por supuesto, sobre su naturaleza.

Parte de la doctrina francesa propone que el arbitraje ha llegado a ser un ordenamiento jurídico autónomo y deslocalizado, a tal punto que el laudo es anacional y puede ser

ejecutado, aunque haya sido anulado en el país sede del arbitraje.

Otros critican esa conclusión y observando la realidad socio-económica y jurídica concluyen que el arbitraje, más que un ordenamiento autónomo de las jurisdicciones estatales, es con toda plenitud, un ordenamiento jurídico, nacido de una sociedad particular. Sociedad que los sociólogos califican como “comunidad epistémica”, cuyo pilar es el árbitro.

El aforismo jurídico: “El arbitraje es tan bueno como los árbitros”, adquiere un sentido pleno, cuando se revisa el valor que el árbitro tuvo en sus orígenes del arbitraje moderno, en la figura de los grandes sabios de las academias europeas. Esa figura hoy fagocitada por los abogados de grandes firmas transnacionales que han llegado al mundo del arbitraje siguiendo, inicialmente, el olor de los petrodólares, y hoy, de la mano de instituciones como la ICC, que han predicado el arbitraje a todo el mundo.

Los árbitros y los operadores del arbitraje internacional, siguen jugando en un mundo cerrado (aunque cada vez menos), en el que para existir, se debe poseer un cierto capital simbólico, que no es accesible a todos.

Esos juristas, quienes a la vez dan forma y son formados, por las características actuales del sistema, se ubican en el sistema, como árbitros, o como litigantes, muchas veces de forma alternativa. Y cuando ejercen

como litigantes, se encuentran divididos, a la manera de doble-agentes, sirviendo a la vez a los principios inspiradores del arbitraje y los monumentales intereses económicos de sus clientes y de los que ellos obtienen importantes ganancias.

Hay que dejar claro, no obstante, que quienes por el mayor volumen de su *capital simbólico* son llamados a la privilegiada posición de árbitros, en el ejercicio de tal función, por el mecanismo de la revelación, y los contrapesos que permite la recusación y, en el caso de la ICC, de la aprobación de los nombramientos, no enfrentan el problema de servir a la vez al arbitraje y a sus clientes, y tal dilema desaparece, o al menos se reduce considerablemente.

Paulsson, empatando con la observación de los sociólogos del derecho en cuanto a la importancia del árbitro, busca el ascendente de la fama del árbitro, como pilar del arbitraje, en la psicología Jungiana, y equipara el árbitro al arquetipo del viejo sabio, enquistado en inconsciente colectivo.

El arbitraje internacional es entonces producto de una sociedad (epistémica) con características particulares de la que emana un ordenamiento jurídico particular, que subsiste con cierta tensa indiferencia hacia los órdenes jurídicos estatales, y que habita en un mundo en voraz competencia en que se mezclan lo simbólico (legitimación y credibilidad), con lo jurídico y lo económico—empresarial.

33 MINUTA DEL COLOQUIO SOBRE LA SITUACIÓN DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL. Documento no publicado. Reunión privada habida en el Salón Gonzalo J. Facio. Bufete Facio & Cañas, San José, Costa Rica. 16 de julio de 2010

34 Ibid, página 300 (traducción libre del autor)

Bibliografía

Libros

Bañuelos Rizo, Vicente. (2010). Arbitraje Comercial Internacional. México D.F. México. Editorial Lumusa SA de CV.

Barona Vilar, Silvia (Directora) (2007) Arbitraje y justicia en el siglo XXI. Pamplona. España. Thomson Civitas. Editorial Aranzadi SA

Bishop, R Doak (Editor) (2004). The art of advocacy in International Arbitration. Huntington, New York. USA. Juris Publishing Inc.

Caivano, Roque. (2008) Arbitraje. (Primera re-impresión) Buenos Aires. Argentina. Ad-Hoc SRL.

Calvo Caravaca, Alfonso y Fernández de la Gándara Luis. (1989). El arbitraje comercial internacional. Madrid. España. Editorial Tecnos.

Clay, Thomas. (2012). El Árbitro. Bogotá. Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez.

Dezalay, Yves y Bryant G, Gart. (1996). *Dealing in virtue*. Chicago, USA: The University of Chicago Press.

Draetta, Ugo. (2011). Behind the scenes in International Arbitration. Huntington, New York. USA. JurisNet. LLC.

Fernández Rozas, José Carlos. (2008). Tratado de arbitraje comercial en América Latina. Madrid. España. Iustel Portal Derecho SA.

Gaillard, Emmanuel. (2010). Teoría jurídica del arbitraje internacional. Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política.

González de Cossio, Francisco. (2007). El arbitraje y la judicatura. México D.F. México. Editorial Porrúa SA

González de Cossio, Francisco. (2008). Arbitraje. México DF. México. Editorial Porrúa SA

González de Cossio, Francisco. (2008). El árbitro. México D.F. México. Editorial Porrúa SA

Hanessian, Grant y Newman, Lawrence W. (Editores). (2009) International Arbitration Checklists. USA. JurisNet, LLC.

Hobér, Kaj. (2006) Essays on International Arbitration. New York. USA. JurisNet LLC

Lew, Julian D.M. (2003). Comparative International Commercial Arbitration. The Hague. The Netherlands. Kluwer Law International.

Mantilla Serrano, Fernando (Coordinador). (2007) Arbitraje Internacional. Tensiones actuales. Bogotá. Colombia. Legis Editoriales SA

Muñoz Sabaté, Luis. (2011). Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje. Madrid. España. La Ley. Wolters Kluwer España SA.

Oppetit, Bruno. (2006). Teoría del Arbitraje. Bogotá, Colombia: Legis Editores SA

Paulsson, Jan. (2013). The idea of arbitration. London, United Kingdom: Oxford University Press.

Recaséns Siches, Luis. (1979). Introducción al estudio del derecho. Mexico DF, México: Editorial Porrúa SA.

Redfern, Allan. (2007). Teoría y práctica del arbitraje internacional. (4ª Edición). Buenos Aires. Argentina. Editorial La Ley SA.

Rivera, Julio César. (2007). Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico. Buenos Aires. Argentina. Lexis Nexis Argentina SA.

Sanders, Pieter. (1999). Quo Vadis Arbitration. La Haya. Holanda: Kluwer Law International

Silva Romero, Eduardo y Mantilla Espinosa Fabricio (Coordinadores). (2008) El Contrato de Arbitraje (Primera re-impresión) Bogotá. Colombia. Legis Editores SA

Artículos

Alonso, José María. Sf. Aspectos económicos, sociológicos y transnacionales del arbitraje.

González de Cossio, Francisco. (2007). La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico. Lima Arbitration Review N° 2