

## APUNTES SOBRE ARBITRAJE

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI<sup>1)</sup>

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor del curso de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

*"En sí misma, toda idea es neutra  
o debería serlo; pero el hombre la anima,  
proyecta en ella sus flamas y sus demencias;  
impura, transformada en creencia, se inserta  
en el tiempo, adopta figura de suceso:  
El paso de la lógica a la epilepsia se ha consumado...  
Así nacen las ideologías, las doctrinas y las  
farsas sangrientas (...)"*

E. M. Cioran

### SUMARIO:

- I. ¿El arbitraje es una novedad? - II. *Dionísios, polí-ékhleios, árbitros.* -
- III. Taxonomía arbitral. - IV. Taxonomía y *autosemia* conceptual. -
- V. Limitaciones de las características epidérmicas. -
- VI. *Trasvase* de conceptos, prácticas e ideas. - VII. Deontología y sociología.

Algunos de los temas a tratar se han convertido durante los últimos años en un lugar común y han sido elevados por algunos a lo que denominaremos como el parnaso de los paradigmas arbitrales domésticos. Este fenómeno de endiosamiento del arbitraje se viene dando en diversos espacios, tanto en artículos como en foros y conferencias.

A estas alturas del desarrollo arbitral peruano es discutible, por decir lo menos, que al instituto arbitral se le impute, por ejemplo, un carácter presuntamente novedoso, un supuesto y omnímodo poder "desjudicializador" así como la ya encumbrada sacrosanta "naturaleza jurisdiccional", como si ésta fuera un atributo inherente del arbitraje, cuando en realidad se trata de una creación del constituyente peruano de 1979. Es más, todos éstos no son más que rasgos epidérmicos del instituto.

En todo caso, lo que cabe destacar es que el arbitraje se encuentra en un acelerado y permanente proceso de evolución. En consecuencia, si bien es cierto que algunos rasgos epidérmicos no dejan de generar interés, también es cierto que, para ahondar en la reflexión crítica sobre el arbitraje, es pertinente abordar con ponderación la supuesta relación de causalidad entre la epidermis y la sustancia del instituto arbitral.

Animan estas líneas el interés subjetivo de cuestionar los paradigmas que sustentan algunos sofismas arbitrales domésticos y el propósito de, en la medida de lo posible, contribuir con un grano de arena a ampliar la reflexión sobre el arbitraje, pero con el convencimiento que es necesario resaltar los elementos que dentro del ordenamiento jurídico contribuyen a la autoconcreción y expansión del arbitraje peruano, en la seguridad que a éste le corresponde una identidad propia, en el esfuerzo impostergable por institucionalizar y diversificar en nuestro medio la oferta de medios de solución de controversias.

<sup>1)</sup>Gerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, CONSUCODE. Experto en negociación, conciliación y arbitraje, con experiencia en los sectores Público y Privado. Miembro de la comisión multisectorial negociadora de los tratados bilaterales de inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, en el Grupo de Inversiones. Las opiniones vertidas en el presente artículo son atribuibles de manera personal al autor y no comprometen la posición del CONSUCODE.

## I. ¿EL ARBITRAJE ES UNA NOVEDAD?

Falso. Desde el siglo quinto antes de Cristo se registran antecedentes arbitrales en occidente, mientras que en el Perú se registran antecedentes legales sobre la materia desde el siglo diecinueve, por no mencionar a la práctica arbitral o *praxis arbitrii*, que tal vez es anterior, dado el carácter universal de este medio de solución de controversias.<sup>1</sup>

Lo primero, es decir, los antecedentes arbitrales en occidente, se dieron en el mundo helénico<sup>2</sup>, específicamente en el antiguo derecho ático<sup>3</sup>, donde hasta la mitología griega refiere el tema cuando narra la decisión de Zeus zanjando la disputa entre Athene y Poseidon sobre la isla de Ágina.<sup>4</sup> Sobre la raíz griega del arbitraje se ha escrito tanto como sobre el arbitraje y el Derecho Romano.<sup>5</sup>

En consecuencia, la antigüedad del arbitraje ya ha sido documentada, en particular, en lo que concierne a su aplicación, como uno de los antecedentes compositivos prácticos propios del *Völkerrrecht*<sup>6</sup> o del *ius Gentium*<sup>7</sup> y, en general, como antecedente de las formas de solución de controversias tanto entre entes colectivos<sup>8</sup> como entre personas, siempre en un contexto *paraestatal*, legítimado en gran medida por la voluntad y por los usos y costumbres que se orientan a racionalizar la solución de controversias.

Está entonces demostrado que, salvando las distancias que se explican históricamente, en los tiempos aurorales de la cultura occidental y en el seno de las sociedades griegas de aquella época, cuando éstas estaban organizadas bajo la estructura de las *polis*, ya era posible descubrir la relevancia del ejercicio y la expresión de la voluntad, como característica modular de este medio adjudicativo<sup>9</sup> de solución de controversias.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Prefiero utilizar la denominación general de "medio de solución de controversias", para no entrar en la discusión de si el arbitraje es o no un medio "alternativo". En todo caso, si se trata de optar, me sumo a la interpretación que plantea la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, que precisa el carácter de "no alternativo" del arbitraje, en orden a los efectos vinculantes del laudo arbitral; por contrastar con el carácter alternativo de otros medios de solución de controversias como la conciliación o la mediación, cuya conclusión obedece al acuerdo de voluntades entre las partes. Ver: <http://www.uncitral.org>.

<sup>2</sup> NOVAK T. F. y GARCÍA CORROCHANO M., L. *Derecho Internacional Público, Tomo I. Introducción y fuentes*, Fondo Editorial PUCP, Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2000, p. 22.

<sup>3</sup> RUDISCHER, Christian, *Rechtliche und internationale Schiedsgerichte*, 1905. En: <http://www.unet.univie.ac.at/~a887503/Papers/Symbols.html>, p. 1.

<sup>4</sup> *"Ein Schiedsgericht ist ein zur Beilegung eines Streits von den Parteien freiwillig eingesetztes und anerkanntes Gericht. Private Schiedsgerichtsbarkeit war im Alter verbräutet und im attischen Recht der 4. Jahrhunderts v. Chr. in Form des *diaktoi*, die zur Entlastung der Volksgesichte Streit zwischen Bürgern durch Vergleich beilegen sollten, sogar institutionalisiert. Auch bei Streit zwischen zwei griechischen Staaten, insbesondere bei Grenzstreitigkeiten, war es seit alters her üblich, einen dritten Staat (polie akkleton) um die Einsetzung einer Gerichtshofes zu ersuchen, und bis heute bilden internationale Schiedsgerichte ein wesentliches Instrument des Völkerrchts"*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>6</sup> Ver: <http://www.atpjeumwls.com/product/119661/greekword019.html>.

<sup>7</sup> Desde el Derecho alemán, equivalente a la denominación "Derecho internacional", literalmente: "Derecho de gentes" o, clásicamente, *ius Gentium*.

<sup>8</sup> Sobre *ius Gentium* ver: MENDEZ Ch., Elvira, *El Ius Gentium como Derecho Común y su aplicación a las Relaciones Internacionales en la experiencia Romana*. En: *Revista del Magister en Derecho Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, Noviembre 2002, p. 89.

<sup>9</sup> RUDISCHER, *Ibid.*, p. 4. De hecho, existe evidencia arqueológica que demuestra el uso de prácticas "arbitrales" entre ciudades sumerias hacia el 4000 A. C., de donde, por ejemplo, se aprecia la decisión del rey de Kisch, que resuelve una disputa entre dos pueblos de la región de Scher-el-Ha.

<sup>10</sup> La adjudicación se entiende así como la metodología que implica entregar a un tercero o adjudicarlo a un tercero la materia controvertida, para que éste produzca una decisión que ponga fin al conflicto. Desde la teoría del conflicto, los métodos adjudicativos de solución de controversias implican, por lo general, un mayor nivel de conflictividad, lo que supone la necesidad de entregar a un

A su vez, estas formas o medios de solución de controversias se diferenciaban de las formas de solución de conflictos impartidas por las autoridades locales, excluyendo las mismas por acuerdo de voluntades, en la misma forma en que hoy se produce la exclusión de la vía jurisdiccional estatal, como resultado de la celebración de un convenio arbitral.<sup>11</sup>

Tampoco se puede descartar que esta práctica, hoy históricamente identificada como un antecedente del arbitraje contemporáneo, sea a su vez una evolución de las prácticas sumerias para la solución de conflictos entre ciudades<sup>12</sup>, las mismas que, por cierto, fueron llevadas a cabo miles de años antes en oriente.

## II. *DIAITETAI, POLIS EKKLETOS, ÁRBITER*

Como se sabe, la denominación *árbitro* es posterior y de origen latino. El arbitraje tenía en tiempos helénicos otra denominación, pero siempre mantuvo el mismo sentido. Asumía, conforme los usos áticos, las formas del *diáitetai* o del *polis ekkletos*, dependiendo de las partes en el arbitraje, ya se trataba respectivamente de personas libres o de "ciudades - estado" y específicamente, en este último caso, fue utilizado principalmente para la solución de conflictos limítrofes o de conflictos respecto de la posesión de espacios geográficos estratégicos para la época.<sup>13</sup>

En el primer caso, el *diáitetai* era conducido por una persona, mientras que en el segundo caso, el *polis ekkletos* era conducido por los representantes de una tercera polis, la que resolvía el problema entre pares, es decir, dos polis en conflicto, destacando como *polis ekkletos* aquellas polis que gozaban de la confianza de las partes en litigio y que además contaban con buena reputación resolviendo conflictos.

En todo caso y en abstracto, el modelo de aplicación del medio componedor es el mismo. En ambos casos las partes materializan su voluntad invistiendo a un tercero, individuo (*diáitetai*) o ente colectivo (*polis ekkletos*), como era la polis. Dicho tercero investido de la autoridad conferida por las partes, decidía el litigio, conflicto o controversia, ejerciendo para ello el poder componedor con el que fuera investido por las partes.

En suma, el factor común entre el *diáitetai* y el *polis ekkletos* es que el arbitraje y el árbitro, persona o polis, ente individual o colectivo, eran reconocidos y aceptados por las partes, con todo lo que ello implica, en términos de exclusión de las vías de solución de controversias preestablecidas formalmente por el sistema legal de la o las polis.

tercero la materia controvertida para que resuelva al respecto, por contraste con los contextos donde se practica la autocomposición y donde sin las partes, en razón del menor nivel de conflictividad, están en aptitud de llegar a acuerdos totales o parciales que permitan resolver la controversia en forma directa y sin la participación de terceros.

<sup>11</sup> PHILLIPSON, C., *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. 1911. Citado por RUDISCHER, *ibid.*, p. 4.

<sup>12</sup> "When we come to Greece, we find that the conception of arbitration was much more developed, than it was elsewhere (...) indeed, it may be claimed that international arbitration (...) owes its rise and evolution to the Greeks with their system of independent sovereign city-states. It is in the applications of the institution of arbitration, its fuller and wider recognition, and its introduction into the western world as part of the machinery of international relations that we must see the greatness of the service rendered by the Greeks to the cause of world peace".

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> RUDISCHER, *ibid.*, p. 5.

<sup>15</sup> *Ibid.* Las ciudades-estado que tenían generalmente a su cargo el ejercer como *polis ekkletos* con el deber de actuar neutralmente, eran: Mantinea, Megara, Argos, Corinto, Chalkis, Fergana, Rhodos, Paros y Knossos. Paradójicamente y conforme los estudios llevados a cabo, Esparta y Atenas aparecen en muy pocas oportunidades como titulares del *polis ekkletos*. Incluso el Oráculo de Delfos se utilizaba con frecuencia para decidir asuntos litigiosos. De otro lado, las materias controvertidas sometidas al *polis ekkletos*, adicionalmente a los problemas limítrofes, consistían en decisiones sobre la ubicación de los lugares sacros, los derechos sobre ríos, arroyos y fuentes de agua, propiedad de puertos marítimos y fluviales y otros lugares geográficos con significación estratégica, etc.

### III. TAXONOMÍA ARBITRAL

Queda así caracterizada en occidente la base histórica que permite considerar la taxonomía del arbitraje hasta nuestros días y que configura lo que podríamos denominar como su concepción elemental, la misma que está compuesta por los siguientes elementos clásicos:

1. Particularización del presente o futuro conflicto a resolver, ya se trate de personas o de entes colectivos en conflicto, donde generalmente cada arbitraje es único y se lleva a cabo para componer un conflicto en particular, en un universo específico que comprende a las partes y al ente resolutorio investido (árbitro único o tribunal arbitral) por aquellas, para resolver ese caso o asunto litigioso específico y de donde la *ultra petita* se produce cuando el árbitro lauda más allá de lo acordado por las partes. Nótese además que un buen ejemplo para graficar la particularización en el arbitraje es el hecho que las partes pueden acotar los alcances del convenio arbitral, estableciendo cláusulas o convenios arbitrales abiertos o cerrados, según la cercanía de las estipulaciones del convenio arbitral con el contrato. En el primer caso es usual que la cláusula o convenio contenga estipulaciones del tipo "todas las controversias derivadas del contrato", mientras que en el segundo caso se suelen usar estipulaciones del tipo "solamente las controversias derivadas de (...) (tal o cual aspecto contractual)". Es decir, la particularización se refiere esencialmente al hecho que las partes pueden en un convenio arbitral privado delimitar perfectamente el ámbito de aplicación del convenio arbitral para un caso específico, desde la celebración del convenio arbitral.
2. Aspecto volitivo, que consiste en el ejercicio de la voluntad de las partes, debidamente manifestada y estructurada conforme las etapas del *iter*<sup>14</sup> arbitral<sup>15</sup> y como factor central que determina la exclusión de otras formas de solución de conflictos, incluso aquellas que emanan de la autoridad establecida. Conforme el sistema jurídico peruano, el aspecto volitivo puede alcanzar diversas expresiones, ya que el arbitraje comercial privado requiere un convenio arbitral como requisito previo, pero también tenemos el caso de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, en donde el Estado establece mediante ley que todas las controversias derivadas de la ejecución de los contratos serán resueltas obligatoriamente mediante arbitraje previsto en la misma normativa, quedando excluida la vía judicial y adoptando una estructura jurídica formal similar a la de las cláusulas generales de contratación. Del mismo modo, en el caso de la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, se ha establecido un arbitraje obligatorio que puede ser activado unilateralmente por iniciativa del sujeto pasivo de la expropiación en contra del Estado y a efectos de discutir el justiprecio, mas no es posible incluir en este arbitraje como materia controvertida la motivación de interés público que sustenta la expropiación. En ambos casos nos encontramos ante competencias arbitrales especializadas, en donde el tratamiento del aspecto volitivo del arbitraje recibe una regulación especial, sin desnaturalizar al instituto arbitral que regula la Ley General de Arbitraje.
3. Esquema o técnica adjudicativa para llevar a cabo el *iter arbitral*, como es el entregar a un tercero la materia controvertida, sea este tercero un individuo o un ente colectivo,

<sup>14</sup> Según CABANELLAS y ALCALÁ-ZAMORA: "Der. lit. latino. Casos // Paso // Voz // Empresa // Conflicto o causal // Corredor o parafuero..."; CABANELLAS, G. y ALCALÁ ZAMORA, L., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III, Editorial Heliasa, Buenos Aires Argentina, 1974, p. 810.

<sup>15</sup> Se utiliza la denominación *iter arbitral* (en adelante: *iter arbitral*), en refer a las características especiales del arbitraje y tomando en consideración que esta palabra surge con mayor precisión la dinámica discursiva e incremental de la práctica arbitral (*proceso arbitral*), diferenciándolo del ejercicio del derecho de acción que caracteriza íntimamente y verticalmente el proceso judicial.

a efectos de que emita una decisión vinculante que ponga fin al litigio, determinando así una estructura especial de relaciones interpersonales para la realización del *iter*, sustentado éste en los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Es necesario tener en cuenta que la adjudicación se produce como resultado de haber incorporado previamente un convenio arbitral en un contrato y/o de haberse dado las condiciones necesarias establecidas en el sistema jurídico para arbitrar o en caso de celebrarse un convenio arbitral en forma independiente. Sólo cabe reiterar acá que, en la práctica, la adjudicación suele percibirse como medio de solución de controversias apropiado para los casos en donde las partes ya no se encuentran en aptitud de celebrar acuerdos en forma directa entre sí. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce que las partes pueden resolver la controversia en forma directa en cualquier momento.

4. Carácter discursivo, "incremental", autocontenido y circular, materializado en la producción de cuantos actos sean necesarios para la realización del arbitraje mediante la *praxis arbitrii* y para el cumplimiento de la decisión final del tercero, a partir del acuerdo celebrado entre las partes, materializado en el convenio arbitral. Nótese acá nuevamente la relevancia del convenio arbitral como punto de partida y documento matriz para la génesis del arbitraje, en el marco de la Ley General de Arbitraje. De ahí que sea necesario tener en cuenta que mientras el proceso judicial comienza usualmente con una demanda presentada ante el juez, el arbitraje comienza potencialmente con la celebración del convenio arbitral y luego podrá materializarse en un *iter arbitrii*, siempre que se suscite una controversia. De ello fluyen las necesarias diferencias entre el proceso judicial y el arbitraje, asunto no siempre comprendido en toda su dimensión técnica y jurídica, pues el litigio en sede judicial es diferente al litigio en sede arbitral, tanto por el alcance de él o los acuerdos de voluntades entre las partes expresados diacrónicamente en el tiempo, como por el rol de los árbitros, sus atribuciones y potestades, así como las características particulares del proceso o procedimiento arbitral.

Adicionalmente y regresando al tema de la antigüedad del instituto, también es por todos conocido que hay arbitrajes reseñados en la Biblia, por solo citar –de manera general– otra de las fuentes tradicionales donde el instituto está presente, pero esta vez desde la tradición judeo-cristiana.<sup>16</sup>

#### IV. TAXONOMÍA Y AUTONOMÍA CONCEPTUAL

En consecuencia, en el arbitraje destaca la particularización del medio de solución de controversias respecto del conflicto a resolver, la voluntad o carácter volitivo que implica el instituto, la forma adjudicativa para cumplir el fin componedor y el carácter discursivo, "incremental", autocontenido y circular<sup>17</sup> del *iter arbitrii*.

Son éstos algunos rasgos o características a partir de las cuales es posible entender la configuración técnica, teórica y práctica del arbitraje, como medio componedor idóneo. Sin embargo, la idoneidad del instituto estará siempre en función de estas características y de su

<sup>16</sup> Hay múltiples referencias sobre este tema e incluso resulta ocioso traerlo a colación. En todo caso, se dice que la primera expresión de una formal propuesta de arbitraje es la anécdota entre Jacob y Labán. En: <http://www.cccb.org.br/arbitragem>

<sup>17</sup> Abandonando en estos caracteres, cabe mencionar que éstos configuran rasgos diferenciadores del arbitraje respecto de otros medios de solución de controversias. Lo discursivo supone el fluir del *iter arbitrii*, que, entre otras características, se plasma en el hecho que en el *iter* no hay preclusión y los árbitros cuentan con una serie de atribuciones diferentes a las de los jueces; lo incremental, implica el *iter* creciendo de un paso a un más, comenzando con la ejecución del convenio arbitral, pasando por el proceso o procedimiento arbitral y concluyendo con el laudo; autocontenido y circular, porque el convenio arbitral, como momento del acuerdo de voluntades existente entre las partes, es el universo donde éstas pueden establecer las reglas a seguir de principio a fin y, por regla general, en instancia única; *in fine*, el laudo se emite de conformidad con las estipulaciones del convenio arbitral.

adecuada regulación e interiorización por parte de los árbitros, las partes y sus abogados. En consecuencia, la *ratio legis* de la Ley General de Arbitraje conforma un cuerpo legal que toma en cuenta los elementos en mención, los desarrolla y regula, de manera que el arbitraje pueda ser llevado a cabo dentro de un marco de predictibilidad económica, seguridad y racionalidad jurídica.

A ello es necesario agregar los elementos estructurales del *iter arbitrii*, que suponen al menos tres momentos o etapas, mediante las cuales es factible describir el proceso o procedimiento arbitral.<sup>19</sup> La primera etapa está signada por la ejecución del convenio arbitral, el elemento fáctico en forma de controversia a resolver y todas las coordinaciones a llevar a cabo para constituir al Tribunal Arbitral, a iniciativa de la o las partes interesadas.

La segunda etapa se despliega a partir de la instalación formal del Tribunal, hasta la presentación de los alegatos o informes orales de las partes ante el Tribunal Arbitral, comprendiendo ello la fijación de puntos controvertidos, la admisión y la actuación de pruebas, hasta la producción de los alegatos ante el Tribunal. Mientras que la tercera etapa comprende la producción del laudo, su notificación y cumplimiento o ejecución.

Desde esta perspectiva, el arbitraje está debidamente diferenciado de los otros medios de solución de conflictos y, como se puede apreciar, ha estado presente en el uso voluntario de las personas y de las colectividades desde tiempos ancestrales. El elemental sentido común nos demuestra que el arbitraje es incluso anterior a la conformación de las "Ciudades-Estado" griegas, siendo por ende su utilización muy anterior a la formación de los "Estados - Nación" y, evidentemente, muy anterior a la época en que se registró la consolidación del Estado Moderno<sup>20</sup>, en la Europa del siglo dieciocho.

## V. LIMITACIONES DE LAS CARACTERÍSTICAS EPIDÉRMICAS

Estas características nominadas como clásicas en honor al Mundo Helénico y que se encuentran incardinadas al concepto universal de arbitraje, así como su ulterior perfeccionamiento a lo largo de la historia, son mucho más importantes que, por ejemplo, lo que llamaremos tres grandes características y efectos epidérmicos, como la dimensión "jurisdiccional" del arbitraje, la presunta "novedad" del instituto o su aparente y también frecuentemente mentado "poder desjudicializador".

Los desarrollos institucionales y legislativos del instituto arbitral deberían estar basados en sus características esenciales y no en las epidérmicas. Ya no cabe duda que las primeras son el *leitmotiv* sustantivo del arbitraje, pues hipotéticamente no requieren del *establishment* o del *status*

<sup>19</sup> Nótese que la Ley General de Arbitraje 26572 utiliza indistintamente la denominación procedimiento o proceso. Por ejemplo, en la última parte del Artículo 10 se habla del apersonamiento al procedimiento arbitral, mientras que el Artículo 33 se refiere a la libertad de regulación del proceso arbitral y el Artículo 34 habla del procedimiento supletorio. En todo caso, preferimos hablar del *iter arbitrii*. De otro lado, entendemos que el procedimiento comprende todo el *iter*, desde la celebración del convenio arbitral hasta la emisión del laudo, mientras que el proceso arbitral se articula ante el Tribunal Arbitral y comprende la actividad "procesal" que se lleva a cabo desde la instalación del Tribunal hasta la emisión del laudo y, finalmente, entendemos que las actuaciones arbitrales están tanto dentro del procedimiento como dentro del proceso arbitral y configuran los actos mediante los cuales se materializa el *iter arbitrii* en sus distintas etapas.

<sup>20</sup> Lo moderno, la modernidad e incluso el Estado Moderno, se mencionan acá en función de un modelo de civilización, encontrando en Giusti una interesante definición que permite, a mi modo de ver, una visión transversal de la cosa moderna: "(...) modelo de civilización animado por el predominio de la racionalidad (...) en todos los ámbitos del conocimiento y de la realidad. El único saber admisible es el científico y el orden social se instaura por decisión de los hombres libres e iguales, el orden político obviando la legitimidad de la soberanía popular, el orden económico reposa sobre el valor del trabajo y la remuneración productiva, el orden jurídico sólo reconoce leyes justificables racionalmente (...); en todos los casos, el dominio de la racionalidad se ejerce por medio de la aplicación práctica de los razonamientos científicos, vale decir, por el desarrollo tecnológico". GIUSTI, Miguel. *Ética y Raíces. Ensayos sobre Ética y Modernidad*, 3da Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, p. 273.



quo, más que para reconocer el valor de algunos elementos que hacen jurídicamente viable al arbitraje como sistema de solución de controversias, facilitando así su inserción y reconocimiento por parte del sistema jurídico.

A este conjunto de presuntos efectos epidérmicos podemos agregar otros menos impactantes, pero en un principio muy "verdedores", como la esperada economía<sup>20</sup> que comportaría la *praxis arbitrii*, su presunta rapidéz expresada en plazos más cortos, su supuesta menor onerosidad respecto del proceso judicial, su característica de "medio especializado" y, en general, su calidad de "panacea total" como medio componedor.

Precisamente, también hay que tener en cuenta que estas características van o no a convertirse en una realidad, solamente en función de la evolución conceptual e institucional que el arbitraje tenga a lo largo del tiempo, lo que conjuga con la calidad de cada arbitraje en particular, comprendiendo ello la correcta estipulación del convenio arbitral, las buenas prácticas arbitrales, la calidad de los árbitros y el buen desempeño de las partes en sede arbitral. Es por eso que podemos decir que hay buenos y malos arbitrajes, pero el hecho que haya malos arbitrajes evidentemente no invalida al instituto y más bien se convierte en un aliciente para perfeccionarlo.

Es decir, se registrarán progresos en la medida que se vayan "positivizando" una serie de aspectos que perfeccionen la normativa arbitral y, lo que es más importante, en la medida que se vayan generando e interiorizando "mejores prácticas" que también incidan a favor del perfeccionamiento del *iter arbitrii*, tal como ocurre por ejemplo con el perfeccionamiento de las actas de instalación de los Tribunales Arbitrales que se viene registrando desde mediados de la década de los años noventa, tanto en arbitrajes institucionales como en arbitrajes *ad hoc*.

Pero para que esta mejora sea tangible, es también necesario reconocer al arbitraje en su correcta dimensión y no como un instituto que compite con la jurisdicción estatal o que es igual a ésta. En suma, es necesario reconocer al arbitraje como un medio concurrente de solución de controversias, que tiene una serie de ventajas en la medida que sea utilizado correctamente. Entendamos entonces que las ventajas del arbitraje no se van a producir en forma espontánea, pues requieren de un trabajo de planeamiento y desarrollo, que se explica en cada caso en particular. Ello supone además desarrollar una relación armónica entre la jurisdicción estatal y el arbitraje, asunto que aún se encuentra pendiente en nuestro medio y que no puede ser postergado más.

## VI. TRASVASE DE CONCEPTOS, PRÁCTICAS E IDEAS

De otro lado, en general, en el proceso de evolución histórica del Derecho y, en particular, en el del arbitraje, encontraremos que durante el transcurso del tiempo se genera una mayor precisión jurídica en diversos ámbitos. Éste es un fenómeno complejo que tiene que ver también con el proceso de definición de los "Estado - Nación" europeos, con el desarrollo del intercambio comercial y con la evolución natural de las instituciones jurídicas.

<sup>20</sup> El tema de la economía arbitral también es un argumento recurrentemente utilizado, puesto que los folletos de instituciones administradoras de arbitrajes afirman que con éste se "ahorra tiempo y dinero, lo que lo hace económico". En realidad el elemento económico en el arbitraje tiene que ver con la diversificación y con la especialización que permite la aplicación pacífica del instituto, en el contexto de la gama de medios de solución de controversias disponibles en el mercado, de donde fluye que la diversificación y especialización tienen una incidencia económica efectiva en el sentido de favorecer la reducción de costos en el tratamiento del conflicto, siempre que el arbitraje haya sido adecuadamente concebido al momento de diseñar el convenio arbitral, incluyendo la evaluación económica prospectiva del futuro arbitraje. Por eso cabe destacar que todo esto será letra muerta si el usuario no está preparado para ir a un arbitraje y si no ha tomado las previsiones del caso, en términos de lo que el arbitraje le va a costar, con lo que cabe destacar un tercer elemento que tiene una connotación económica y que consiste en la actitud proactiva del que incorpora una cláusula arbitral en un contrato, debiendo antes informarse respecto de la estructura de costos del mismo, a efectos de verificar su rentabilidad, con lo que queda confirmada la importancia de llevar a cabo una evaluación económica *ab initio* y nunca *ex post*, cuando la controversia ya se ha suscitado y cuando el convenio arbitral ya ha sido celebrado.

Cabe citar, por ejemplo, lo referente a las funciones ejecutivas, legislativas, judiciales y especiales del Estado, la paulatina definición de lo público y la tendencia a favor de una mejor administración del poder, como factores de decisiva influencia en los sistemas jurídicos modernos, a partir del siglo dieciocho y como elementos ordenadores de la actividad social y económica.<sup>23</sup>

De otro lado, recordemos que el origen de la definición moderna de arbitraje se encuentra en Francia, en la Ley 16-24 de 1790, que lo señala como el modo más razonable de resolver controversias entre ciudadanos.<sup>24</sup> El arbitraje en aquel entonces se encontraba identificado plenamente con la libre capacidad de decisión del ciudadano, siendo a su vez el ciudadano el gran producto o encarnación civil de la modernidad, en una época inmediatamente posterior a otra en la que el *iudicium* era una atribución exclusiva del Estado Monárquico y absolutista de los Luíses.

Este énfasis en la definición jurídica del Estado, plasmado paulatina pero vigorosamente durante el proceso de consolidación del posterior modernismo napoleónico así como en el surgimiento del Derecho Público, incidirá también en los procesos de codificación del Derecho y en toda la estructura conceptual de los diversos sistemas jurídicos. No son una excepción a este proceso las normas que regulan al arbitraje, apreciándose ello también desde el Derecho comparado<sup>25</sup>, para llegar finalmente y luego de muchos años, a la etapa en que se comienzan a producir las Leyes Generales de Arbitraje, tal como ocurrió en el caso del Derecho peruano durante la década de los noventa.

Los mencionados sistemas jurídicos, por su parte, también influirán en el Derecho Público, suscitándose así un trasvase de conceptos, normas y categorías jurídicas, que inevitablemente se manifiesta en ambas direcciones hasta nuestros días. Esto se aprecia particularmente a partir de la consolidación de la modernidad, con particular énfasis en lo que comprende a la regulación de la voluntad y la exigibilidad de los acuerdos plasmados contractualmente.<sup>26</sup> Tan es así, que en la actualidad surgen una serie de variantes como el arbitraje administrativo, en ámbito de la actividad económica que tienen que ver con asuntos tan diversos como las compras estatales, los derechos de los consumidores o los procesos de formalización de propiedad.

Otro ámbito desde el cual se produce un aporte significativo, en términos conceptuales, normativos y consuetudinarios a favor del arbitraje, es el que corresponde al comercio internacional y, en especial, la *lex mercatoria*.<sup>27</sup> A su vez, ya resulta innegable la importancia del

<sup>23</sup> Es más, sin la evolución del Estado y su correlato en la evolución del Derecho Público, habría sido imposible registrar en la actualidad los diversos procesos de integración económica que se registran en el mundo, ni la expansión de los espacios de actividad transfronteriza. Ver: CASSESE, Sabino, *El Espacio Jurídico Global*. En: *Revista de Administración Pública*, No. 157, Madrid, 2002, pp. 14-15.

<sup>24</sup> MOREAU, B. y DEGOS, L. *Cronique française de l'arbitrage. La classe compromissoire réhabilitée*. *Chronique d'une réforme annoncée*. *Gazette du Palais*, 2001, p. 1. (...) La loi des 16-24 août 1790, vultaire instituer une organisation judiciaire simple et plus proche du citoyen, a marqué le début de la réglementation de l'arbitrage moderne. L'article 1er de la loi énonçait d'emblée: "l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis".

<sup>25</sup> Según DROME: "La mayoría de las figuras jurídicas son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el contrato es común al derecho público y al derecho privado, al derecho civil, comercial, laboral, administrativo, constitucional, etc.". En: DROME, J.R., *La institución pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 5.

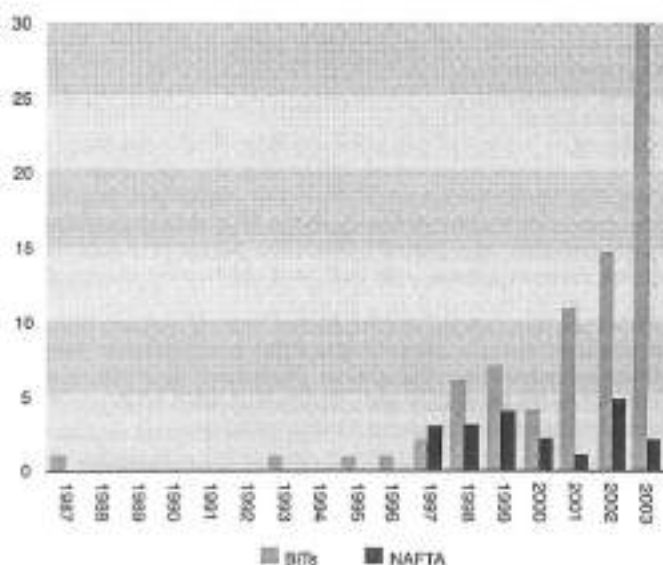
<sup>26</sup> La famosa *volonté générale* massousiana del siglo XIX traduce en todos sus extremos el peso y la importancia de la voluntad y la libertad como factores inherentes a la Revolución Francesa. En esa línea, el *Contrat Social* de 1762 es una obra emblemática que implica una respuesta al servilismo patrocinado por el decadente absolutismo y significó una inspiración para el espíritu revolucionario que, a su vez, dio a luz una nueva concepción de Estado. Ver: KAMPMANN, M., *Politik und Gesellschaft*. Hirschgaden Verlag, Frankfurt am Main, 1979, p. 15.

<sup>27</sup> CALLIESS, Gerd. - Meier, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System*, *German Law Journal*, Vol. 2, No. 17-07, November, 2001.



comercio internacional en la configuración del arbitraje contemporáneo así como la influencia del arbitraje internacional en diversos sistemas jurídicos arbitrales domésticos.<sup>26</sup>

De otro lado, la globalización y los diversos impactos que viene generando; en especial, en lo que concierne a la geométrica expansión de operaciones transfronterizas de diverso tipo, tanto entre particulares entre sí, como entre Estados entre sí y entre particulares y Estados, determina también la expansión del arbitraje y sus diversas variantes, como es el caso del arbitraje entre inversionistas y Estados, que viene registrando un importante crecimiento, en especial, a partir de la década de los años noventa y tal como se aprecia del siguiente cuadro, que se refiere al crecimiento del arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados, CIADI, en el periodo 1987 a 2003:<sup>27</sup>



Junto a la expansión que encontramos en el ámbito internacional, por ejemplo, en lo que se refiere al arbitraje en inversiones derivado de tratados de integración como el NAFTA o de tratados bilaterales de inversiones (BITS), también debemos destacar que en el Perú se viene registrando la proliferación de competencias arbitrales especializadas, que surgen a partir de la promulgación de la Ley General de Arbitraje<sup>28</sup>, lo que demuestra la existencia de aproximadamente

<sup>26</sup> De hecho la Ley 26572 y, en su momento el Decreto 25933, incorporan normas de arbitraje internacional. La actual Ley General de Arbitraje lo hace en absoluta armonía con el sistema arbitral internacional, cosa que se aprecia, por ejemplo, de la incorporación de casi el 100% de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales al articulado del texto normativo. Por tal motivo, nuestra Ley General de Arbitraje está clasificada como una de las más avanzadas en su género en el ámbito del Derecho comparado.

<sup>27</sup> COSBEY, Aamr, MANN, Howard, PETERSON, Luke Eric, VON MOUTKE, Konrad, *Inversiones y Desarrollo Sostenible*, International Institute for Sustainable Development IISD, Winnipeg, Manitoba, Canadá, 2004, p. 16.

<sup>28</sup> RUIRO GUERRERO, Roger, *Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*, Tesis de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 167-174.

sesenta normas legales de diverso rango que regulan distintos tipos de arbitraje en los siguientes ámbitos:

1. Inversiones;
2. Expropiaciones;
3. Ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Internacionales;
4. Telecomunicaciones;
5. Laboral;
6. Electricidad;
7. Hidrocarburos;
8. Bolsa de Productos;
9. Protección al Consumidor y Represión de la Competencia Desleal;
10. Bolsa de Valores;
11. Contrataciones y Adquisiciones del Estado;
12. Salud;
13. Transporte;
14. Derecho Societario;
15. Propiedad Informal;
16. Aeronáutica Civil;
17. Saneamiento.

Por cierto que este fenómeno de proliferación de competencias arbitrales se ha venido dando en forma casi espontánea e inorgánica, de modo tal que es imposible identificar una línea de acción claramente definida, que permita tener una perspectiva puntual del porqué de la promulgación de estas diversas normas y de cual es el objetivo estratégico de conjunto que esto supone.

En algunos casos se aprecia además que estas competencias especializadas vienen evolucionando dinámicamente, mientras que en otros casos también se aprecia que se trata simplemente de creaciones del legislador que solamente constan en el papel y que no tienen un correlato institucional ni práctico.

## VII. DEONTOLOGÍA Y AXIOLOGÍA

También hay que tener en cuenta que las cuatro características taxonómicas derivadas racionalmente de los aspectos clásicos del arbitraje carecerán de valor, calidad y sentido, si es que no tomamos en consideración la dimensión deontológica y axiológica del instituto, como contenidos que respaldan su vigencia universal y sostenibilidad jurídica en el largo plazo.

Es sobre esta dimensión deontológica y axiológica que se despliega la naturaleza volitiva contemporánea del instituto, tanto en lo que se refiere a la formación del convenio arbitral, como en lo que concierne a, por ejemplo, la voluntad de los árbitros expresada discrecionalmente en la dirección y lógica del *iter arbitral*.

Ello se expresa también dentro del modelo preferentemente "autocontenido" que es inherente al arbitraje, manifestándose además dicha voluntad en la producción de la decisión generalmente final y vinculante contenida en el laudo arbitral, cosa que además es querida por las partes, desde que celebraron el convenio arbitral correspondiente y habiendo en dicha oportunidad hecho la previsión de aplicar el medio arbitral al momento de suscitarse una controversia.

A lo que axiológicamente se aspira mediante el arbitraje es a resolver la controversia mediante la producción de laudos justos, sean éstos de conciencia o de Derecho. Y es ese valor Justicia, universalmente aceptado, el que sirve de piedra angular para la deontología y la axiología arbitral, en orden a que se le debe considerar como valor principal alrededor del cual se hilvana

toda la *logica arbitrii* orientada a preservar la igualdad entre las partes, mientras que se descubre la verdad mediante el desarrollo del *iter*. Sin embargo, a lo que aspira cada parte litigando en sede arbitral es a "ganar" su arbitraje, es decir, a que esa verdad plasmada en el laudo arbitral la favorezca.

Tengamos en cuenta entonces que la *logica arbitrii* está presente desde el convenio hasta el laudo, sea éste de conciencia o de Derecho. En consecuencia, todo aquello que afecte la posibilidad de lograr que se preserve el aspecto axiológico del arbitraje deberá ser eliminado y el sistema jurídico debe brindar la tutela respectiva para que ello sea así. En suma, el deseo de "ganar" que legítimamente alienta a las partes a recurrir al arbitraje, se encuentra limitado por el sistema jurídico y por la deontología y axiología arbitral, que a su vez se orientan a brindar el sustento moral y ético a este proceso dialéctico que permite encontrar la verdad.

Ambas dimensiones, la deontológica y la axiológica, en términos de deberes puestos en práctica y de valores que dan contenido al instituto, se encuentran reconocidas y tuteladas por el moderno principio de igualdad *inter pares*, el mismo que ha sido recogido en diversos artículos de la Ley General de Arbitraje<sup>29</sup>, y materializado en una serie de disposiciones que resultaría ocioso traer a colación.

Además de la igualdad y la libertad tuteladas por la norma, en lo referente a la relación entre las partes involucradas desde la celebración del convenio arbitral en el *iter arbitrii*, también se advierte en la deontología y axiología arbitral la necesidad de preservar diversos principios fundamentales inherentes a los medios adjudicativos de solución de controversias, que tienen que ver con el *ius standi* de las partes ante el Tribunal Arbitral y su derecho a que se preserve el debido proceso arbitral.

Es decir, a grandes rasgos, la adjudicación arbitral implica que sea un tercero no estatal el que tenga la potestad de decidir de manera vinculante sobre la materia controvertida, produciendo *res iudicata* y ejerciendo el poder componedor mediante el aparentemente contradictorio acto de juzgar en sede extrajudicial. De modo que, como es natural, dicho tercero no ejercerá su voluntad en forma irrestricta o arbitraria, sino respetando principios y normas recogidos en diversos estamentos del sistema jurídico.

Es más, especial relevancia adquiere el aspecto deontológico y axiológico en el arbitraje, en orden a que este tercero, con poder componedor, no está enmarcado dentro del sistema judicial estatal y, por el contrario, actúa dentro de un sistema "autocontenido" y determinado por el convenio arbitral y por el ordenamiento jurídico abierto y flexible que rige para el arbitraje, cuyas normas especiales permiten contar con soluciones por cierto perfectibles, en lo referente a una gama diversa de temas, como el pronunciamiento de los árbitros respecto de su propia competencia así como el pedido de pruebas de oficio que éstos pueden llevar a cabo o el régimen que se aplica a las recusaciones en los arbitrajes *ad hoc*, entre otras.

Esto implica que el árbitro, por ende, no cuenta con, ni esté sometido a los mismos medios de equilibrio y control vertical que enmarcan la función jurisdiccional de los magistrados. Es lógico que así sea y de ahí también la relevancia de los Códigos de Ética en el arbitraje. A mayor abundamiento y desde otra perspectiva, debemos entender que también las instituciones que administran y organizan arbitrajes deben actuar de conformidad con los principios arbitrales y velar para que se cumpla el proceder deontológico y axiológico durante el *iter arbitrii*.

<sup>29</sup> Por ejemplo, el Artículo 14 de la Ley 26572 brinda tutela a la igualdad y libertad entre las partes, ya que dispone la nulidad de toda estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra, en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento. De ahí cabe interpretar, dependiendo siempre del tenor de la cláusula o convenio arbitral, que dichas estipulaciones sólo serían separantes de la obligación principal que consiste en excluir la vía jurisdiccional del furo para recurrir exclusivamente al arbitraje a efectos de resolver la controversia.

Por tal motivo y en el caso del arbitraje institucional, la legislación arbitral debería establecer reglas mínimas que faciliten el cumplimiento de estos objetivos, cuando dichas instituciones no hayan incorporado algunas reglas básicas que se refieran a estos temas en sus reglamentos. Este es uno de los temas que requiere de un perfeccionamiento de la Ley 26572, puesto que la norma se ha orientado preferentemente a regular supletoriamente el arbitraje *ad hoc* y no cuenta con reglas principales ni supletorias que sean significativas y coadyuven al perfeccionamiento de las instituciones que organizan y administran arbitrajes.

En consecuencia, la unidad que conforma la deontología y axiología arbitral tiene un carácter transversal que inspira sin excepciones a todo el ordenamiento jurídico que tiene que ver con el arbitraje. Conjuga ello con los aspectos económicos y jurídicos del arbitraje. El perfeccionamiento del arbitraje peruano supone entonces atender a la necesidad de dotar a éste de cada vez mejores parámetros de eficiencia y calidad en los ámbitos antes indicados.

Para ello resulta imprescindible desmitificar al arbitraje peruano y concertar esfuerzos intersectoriales, abriendo espacios permanentes de reflexión profesional y académica, que permitan poner en tela de juicio aquellos elementos que no sean inherentes a la naturaleza del arbitraje, destacando la taxonomía del instituto y ampliando las perspectivas del mismo con miras a su consolidación ética, jurídica y económica.