
¿Es viable y práctico privatizar la justicia?

Exploración preliminar sobre el caso de los litigios financieros

Roberto G. MacLean U.
Miranda & Amado Abogados

1. Introducción

La solución de controversias constituye uno de los varios servicios que presta el Estado a la comunidad, y que tiene entre sus principales características -por lo menos en algunas de las áreas atendidas, como el Derecho Penal o los divorcios- la de tener la pretensión de constituir, en principio, un servicio exclusivo, un monopolio estatal que no deja ingresar al mercado a ningún otro proveedor. En el área de las controversias financieras, económicas o comerciales, los sistemas legales y judiciales en la generalidad de países no han defendido con igual celo, en la mayoría de los casos, su monopolio absoluto para la solución de estas diferencias. Sin embargo, cualquiera que sea el caso, el principio de la exclusividad estatal para la solución de conflictos se mantiene válido solo si el sistema judicial es socialmente eficiente, pues de lo contrario la sociedad siempre busca soluciones alternativas que, como veremos, funcionan bien solo en algunas situaciones, pero no en todas. El presente ensayo tiene como finalidad explorar este aspecto de la realidad en el área de las controversias financieras.

Desde una perspectiva distinta, la relación entre la ley y el sistema judicial de un lado, y la comunidad económica y financiera de la otra, se ha hecho mucho

más clara en estos últimos años. Durante mucho tiempo se pensó que los sistemas legales y judiciales son el producto del orden económico que los ha creado. Los juristas positivistas veían ambos como dos realidades independientes y no relacionadas entre sí, por lo menos para fines jurídicos y científicos serios. Lo que los economistas nos vienen diciendo desde hace más de una década larga, es que la economía de un país es la que los ordenamientos jurídicos y judiciales hacen posible que esta sea. Sin contar necesariamente con un rico repertorio de textos legales que respalde esta afirmación, esta es precisamente la tesis sostenida por dos de los recientes premios Nobel en Economía (North y Coase)⁽¹⁾. Un sistema judicial ineficiente reduce las oportunidades de acceso e incrementa los costos de las transacciones. Estudios preliminares llevados a cabo por el personal del Banco Mundial y otros economistas cuantifican provisionalmente entre 15 y 20% de la tasa de crecimiento de un país el impacto económico que puede tener un sistema judicial en su respectiva comunidad⁽²⁾.

1. Una mirada al paisaje

La vista desde las ventanas de la oficina de un abogado internacional de empresas, o de un estudioso de derecho comparado, o de un funcionario

(1) Véase: COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*, 3, J.L. & Econ., I. 1960; NORTH, Douglas C. *Empirical Studies in Institutional Change*, 1996; NORTH, Douglas C. *Institutions. Institutional Change, and Economic Performance*. 1990. También véase: BAIRD, Douglas G. *Game Theory and the Law* 1994; COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics* 1988; EPSTEIN, Richard A. *Simple Rules for a Complex World* 1995; LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *The Economic Structure of Tort Law* 1987; POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. 1981; POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence* 1990; POSNER, Richard A. *Economic Analysis of the Law*. 4ta. edición, 1987.

(2) SHERWOOD, Robert M. *Judicial Systems and Economic Performance*. 34, Q. Rev. Econ. & Fin. 101 1994.

de una institución financiera internacional, es un panorama en el que el grueso de las controversias financieras se siguen dirimiendo, no mediante arbitrajes u otras vías extrajudiciales, sino por los tribunales nacionales de los diferentes países. Estamos hablando del cobro de deudas, el cumplimiento de contratos, de los actos ilícitos extracontractuales (*torts*) y del grueso de los casos civiles tratados por dichos tribunales. En países como Noruega, Dinamarca, Nueva Zelanda, Suiza, Finlandia, Irlanda, Austria, Australia, Alemania, Singapur, Hong Kong, la percepción que prevalece entre los usuarios, tanto nacionales como extranjeros, es que los tribunales tienen un desempeño excelente o muy bueno⁽³⁾. Sin embargo, el libre flujo de las finanzas internacionales en una sociedad global requiere algo más, requiere que la eficiencia social tanto del ordenamiento jurídico como del sistema judicial sea una realidad no solo en determinadas partes del mundo, sino, por lo menos, en una parte muy substancial del mismo. Y esto está muy lejos de ser así.

En el Perú, por ejemplo, de acuerdo a un estudio elaborado hace ya algunos años por Apoyo, los empresarios consideraban que no vale la pena recurrir a los tribunales por sumas inferiores a cinco o diez mil dólares estadounidenses, dependiendo del tamaño de sus empresas. En economías inflacionarias como las de Venezuela o Ecuador en las décadas de los años setenta u ochenta, después de dos o tres años de trámites judiciales, los acreedores cobraban una fracción ínfima de lo que habían prestado. En Egipto el dictado de la sentencia definitiva ordenando el pago de la deuda no representa ni siquiera la mitad del esfuerzo real para que el dinero ingrese a los bolsillos o la contabilidad del acreedor. En Indonesia el porcentaje de deuda que se logra cobrar luego de la sentencia es bastante reducido. En Polonia el proceso de cobranza es tan largo, costoso y engorroso, que el Gobierno ha tenido, para impedir el colapso de su sistema bancario, que exonerar a los bancos de la obligación de recurrir a los tribunales de justicia para cobrar las deudas de carácter privilegiado, como letras, pagarés, etcétera,

y ahora pueden exigir directamente al deudor el pago, recurriendo al alguacil encargado de la ejecución de sentencias, sin otro trámite judicial más. Es innecesario decir que como este privilegio no está al alcance de las demás empresas o instituciones, ha creado fuertes y naturales resentimientos. En Rusia cierto número de insolvencias bancarias ocurridas durante los primeros años de la década de los noventa creó caos en los tribunales, con largas colas de demandantes que durante varias semanas esperaban toda la noche para presentar sus demandas. En Albania el colapso del sistema piramidal de algunas instituciones financieras creó un desorden descomunal que hizo necesaria la intervención del ejército italiano -a pedido del Gobierno albanés- para calmar los disturbios y restaurar el orden. Y las cosas pueden ser aun peores. Ha habido, y hay, casos en que pandilleros y mafiosos han entrado en escena y actúan como ejecutores judiciales⁽⁴⁾. En todos estos casos, los empresarios y la población en general han buscado siempre, y aún buscan, vías alternativas, no solo auxiliares o complementarias, sino realmente alternativas, y a cualquier costo. La pregunta es, ¿puede, por ejemplo el arbitraje constituir realmente una alternativa eficiente y útil, no solo para las partes involucradas en el caso, sino también para la comunidad en su conjunto total?

Los cambios no se han producido solo en sentido negativo. Todos los casos mencionados y muchos otros similares han despertado una inquietud que a su vez ha impulsado la búsqueda de alternativas válidas aun cuando, en la mayoría de los casos, las fórmulas encontradas se han dado en el campo del comercio más que en el de las finanzas. Sin embargo, la crisis de la deuda de las décadas de los años setenta y ochenta en América Latina llevó al abandono gradual y progresivo de una tradición antigua y sólida que en muchos países había alcanzado el rango de principio constitucional: y parecía inamovible. Me refiero a la Cláusula Calvo, que impedía que los Estados recurriesen, no solo al arbitraje sino inclusive a cualquier otro foro extranjero, inclusive a un foro internacional. Según dicha cláusula, en todo asunto concerniente a un

(3) *World Competitiveness Report*. 1993/94.

(4) BBC SUMMARY OF WORLD BROADCASTS. *Russian Bankers Demand Legislation to Protect them from Assassination Attempts* (British Broadcasting Corporation, 4 de agosto de 1995). Disponible en *Lexis, News Library, Curnws File*. Entre 1993 y 1995, a la mafia rusa se le sospechó de 83 intentos de asesinatos y 45 asesinatos de banqueros en Rusia. En efecto, la mafia rusa ha perdido algo de su agresividad, pues, para "operar", exige a las personas que la "contratan" que presente una sentencia válida y definitiva.

contrato suscrito por un determinado Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, estas tenían que someterse al derecho local y también a la jurisdicción local, con lo cual quedaba excluida la posibilidad de un arbitraje ya sea nacional o internacional. Otra novedad importante ha sido el cambio de la doctrina de la inmunidad soberana que, actuando como una barrera, impedía a los acreedores demandar en juicio a los deudores soberanos, y mucho menos recurrir al arbitraje sobre estos temas. Otros dos eventos significativos fueron la aprobación por numerosos Estados de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá, sobre Arbitraje, con lo cual se hizo mucho más fácil el reconocimiento y la ejecución internacional de los laudos arbitrales. A su vez, estos cambios impulsaron otros. El Banco Mundial auspició la creación del CIADI o ICSID como foro para la solución de disputas en materia de inversión. James R. Butler Jr. observa que, luego de un inicio algo tardío en el sector de los servicios financieros, el arbitraje parece estar ganando terreno rápidamente⁽⁴⁾. “Hace unos años”, señala dicho autor “algunas de las principales instituciones financieras se comprometieron a resolver sus controversias internas mediante arbitraje vinculante. Luego las instituciones financieras empezaron a ensayar con el arbitraje para resolver las controversias con sus clientes⁽⁵⁾.”

2. Algo para reflexionar

Es preciso reconocer con la mente completamente abierta, que en algunos casos los tribunales siguen siendo el mejor camino para resolver ciertos problemas, pero en varios, y podría decir también en muchos otros ya es pasada la hora de privatizar la justicia. El hecho de que los empresarios recurran cada vez más al arbitraje no quiere decir necesariamente que todos los tipos de controversias financieras se presten con igual eficiencia y eficacia para ser resueltos extrajudicialmente. Hay que tener presente, en primer lugar, que el arbitraje requiere que todas las partes involucradas en la controversia acepten simultáneamente someterse a este procedimiento, sin que algún litigante sea renuente a hacerlo. Por otra parte, podría ser necesario en algunos casos

recurrir a medidas coercitivas previas que por lo general el arbitraje no puede proporcionar, sin recurrir en busca de apoyo a la instancia judicial. En las controversias financieras es probable que no haya nada tan apremiante e importante -en cuanto a volumen de casos- como el cobro de las deudas. Y es probable que no haya nada tan poco adecuado desde este punto de vista como las formas tradicionales y clásicas del arbitraje. Además, para las demandas de escasa entidad el arbitraje podría conllevar gastos casi fuera del alcance de los bolsillos de los interesados, haciendo antieconómico el litigio extrajudicial. En el caso de demandas presentadas por un alto número de ahorristas contra su propio banco, los componentes psicológicos del comportamiento de masas no crean el clima que permite al arbitraje dar lo mejor de sí. Sin embargo, las diferencias sobre materias financieras técnicas tales como cambio de divisas, determinados tipos de tasas de interés, la cláusula de abstención (*negative pledge*), las devaluaciones o los *swaps* quedan fuera del alcance de la formación general y la experiencia del juez promedio de los países en desarrollo, donde los juristas reciben, por lo general, mejor formación sobre temas de Derecho Civil, Penal o Procesal que sobre problemas financieros, monetarios o económicos. Para sortear estos obstáculos, los bancos con grandes préstamos sindicados recurren con mayor frecuencia a una cláusula por la cual los prestatarios se someten a la jurisdicción de los bancos prestamistas, o, de no ser una sola, a la del banco agente, gerente -o banco director en su caso- es decir, muchas veces, Nueva York o Londres, donde los jueces cuentan con mejor preparación sobre estos temas. Se trata de un campo en el cual las ventajas del recurso al arbitraje parecerían ser más evidentes. El Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya ha modificado, inclusive, su estatuto para poder conocer causas en las que una de las partes no sea un Estado, abriendo de esta forma un nuevo foro jurisdiccional aceptable para los deudores soberanos. En muchos países, sin embargo, para que los gobiernos formen parte en procedimientos de arbitraje es necesario cumplir con una larga lista de aprobaciones y autorizaciones que en la práctica, en muchos casos, le quitan el sentido de las ventajas que ofrece el arbitraje.

(4) Véase: BUTLER JR., James R. *Arbitration in Banking*. 1988.

(5) *Ibid.*; 24.

3. El necesario contexto para el desarrollo del arbitraje

La eficiencia social de los medios extrajudiciales internacionales para dirimir controversias, tales como arbitraje, mediación y conciliación, depende de algo más que de una ley bien hecha, aun cuando esta, como veremos más adelante, pueda de hecho proporcionar los instrumentos adecuados y un marco conceptual claro para el desarrollo del procedimiento. Sin embargo, si bien una ley bien hecha puede ser necesaria, no es suficiente, pues el arbitraje también requiere de otros elementos externos para desempeñar su verdadero papel en la sociedad. Países tan diferentes como Rusia, Egipto, Indonesia, Guatemala y Perú cuentan con leyes e instituciones de arbitraje razonablemente buenas, y sin embargo están todos muy lejos de poder decir que este recurso tiene éxito y funciona bien, aunque su uso se ha hecho más frecuente durante los últimos años. Esto no significa que en dichos países no se pueda dar casos de arbitraje de excelente calidad, sino únicamente que el arbitraje como mecanismo efectivo carece de relevancia social, política o económica reales, por lo cual no puede desempeñar su verdadero papel importante y trascendental. Lo que ocurre en dichos países es, sencillamente, que no es significativo el número de personas que recurren al arbitraje como a una solución práctica. O, en otras palabras, que el arbitraje sigue siendo una solución elitista. Es cierto que en el arbitraje las partes gozan de más confidencialidad, pueden esperar mayor competencia en los árbitros que en los jueces y jurados, además del ahorro de tiempo y hasta de dinero en la mayoría de los casos, y la mayor posibilidad de ver resuelto definitivamente su pleito con menos formalidades⁽⁶⁾, pero también es cierto que muchas veces esto la gente no lo sabe, pues un enfoque inadecuado genera falta de respuesta y participación por parte de la comunidad. Debido a ello, la gente puede pensar inclusive que el arbitraje -sobre todo aquel auspiciado por las asociaciones empresariales- es necesariamente parcial a favor

del banco o del *broker* y en contra del cliente, o que los importes adjudicados mediante laudos tienden a ser de menor entidad que los adjudicados por los tribunales⁽⁷⁾.

Y sin embargo, la necesidad de buscar alternativas existe. En muchos países la gente en general no confía en la capacidad del sistema judicial para satisfacer sus necesidades legales, pero, por lo común, en la mayoría de estos países predomina la cultura de autoridad sobre la de servicio, con todo lo que esto implica⁽⁸⁾. Instintivamente, cuando busca una alternativa, la gente busca una opción con autoridad y poder en el sentido político o físico de las palabras, en lugar de su sentido moral o social que constituiría la elección natural en una cultura de servicio y libertad.

En Guatemala muchos campesinos, en lugar de recurrir a los jueces ordinarios locales como sería normal, se sienten más tranquilos presentando sus demandas y otras peticiones al Alcalde de la ciudad, o inclusive al Oficial Superior o de turno del regimiento local, al cual consideran más eficaz y efectivo para resolver problemas en tiempo breve. En Albania los ancianos de los pueblos en las áreas montañosas ejercen en sus comunidades una autoridad natural y eficaz que, sin embargo, cuenta muy poco o de nada cuando se trata de operaciones financieras. La falta de una alternativa válida en presencia de una crisis financiera que los tribunales no estaban en condiciones de resolver produjo como consecuencia un estallido de violencia en el país. En el Perú, Indonesia, las Filipinas y Egipto se encuentran vías alternativas informales para resolver controversias que afectan a grandes sectores de la población que desconfían del sistema oficial, pero que tampoco le tienen la confianza suficiente a las alternativas ofrecidas por otras instituciones⁽⁹⁾. Desde luego, una posible salida a esta situación la constituye el arbitraje obligatorio por ley. Esto se da, por ejemplo, cuando se obliga a las partes a someter su controversia a arbitraje o conciliación antes de recurrir a los tribunales, que de esta manera se convierten en el último recurso, que se utiliza solo cuando se han agotado todos los otros. El

(6) Véase en general ROBBINS, David E. *Securities Arbitration Procedure Manual*. 1-42. Lexis Law Publishing. 3era. edición. 1998; BUTLER. *Supra* nota 5, 21, 33.

(7) BALES, Richard A. *Compulsory Arbitration*. 1997. p. 15.

(8) MACLEAN, Roberto G. *The Culture of Service in the Administration of Justice*. 6 *Transnat'l L & Contemp. Probs.* Primavera de 1996. p. 139.

(9) DE SOTO, Hernando. *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. June Abbot Trans., 1991.

defecto de esta solución es que, de no aplicarse correctamente, puede terminar como en muchos de los países de América Latina cuando se aprobaron nuevos códigos procesales a comienzos del siglo XX. Estos códigos incluían disposiciones que contemplaban la celebración de una audiencia de conciliación -el comparendo- antes de iniciarse propiamente el procedimiento. De por sí la idea era muy buena, pero la cultura jurídica de los abogados y jueces la convirtió en poco años en una mera formalidad, en un paso más de un procedimiento que, como resultado de ello, se hizo aun más largo que antes. Es absurdo seguir insistiendo empecinadamente en resolver problemas simplemente dictando normas que no tienen un correlato correspondiente con el grupo social al que se las aplica. Otra forma de implementación del arbitraje obligatorio es la que se usa en las causas laborales en los Estados Unidos. El arbitraje obligatorio se puede estipular mediante acuerdos de parte, o mediante cláusulas incorporadas a contratos de trabajo de alcance más amplio. Pueden formularse en términos lo suficientemente amplios como para abarcar cualquier conflicto de trabajo imaginable, o en términos estrechos, para abarcar solo un ámbito limitado de conflictos (por ejemplo, los que implican despido)⁽¹⁰⁾. Un sistema de arbitraje obligatorio diseñado según criterios de equidad tiene mucho que ofrecer a los trabajadores. Muchos de ellos, sobre todo los de menores ingresos, no pueden recurrir al trámite procesal litigioso actual, porque sus bajos sueldos hacen improbable que se les adjudique indemnizaciones cuantiosas, lo cual no suele atraer a abogados dispuestos a tratar estos casos sobre una base de honorarios contingentes⁽¹¹⁾.

Otra forma de sustitución de la imagen de autoridad a la que están acostumbradas muchas culturas, como icono de confianza y fiabilidad, podría consistir, me imagino, en su reemplazo por algún tipo de institución auspiciadora del arbitraje o los arbitrajes. Instituciones oficiales como el Tribunal Permanente de Arbitraje Internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID) el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con sus mecanismos de solución de

Es absurdo seguir insistiendo empecinadamente en resolver problemas simplemente dictando normas que no tienen un correlato correspondiente con el grupo social al que se aplica

controversias son ejemplos de este tipo de instituciones. También lo son instituciones privadas consolidadas como la *International Chamber of Commerce* (ICC) y la *InterAmerican Commercial Arbitration Commission*, o inclusive cámaras locales de comercio tales como la Cámara de Comercio de Estocolmo, que gozan de un prestigio internacional bien merecido. Por otra parte, conviene tener presente que, no obstante su nombre, el sistema de *Arbitrazh* de la Federación Rusa no constituye un sistema de arbitraje sino de tribunales comerciales para empresas y otras personas jurídicas. Son, en verdad, un sistema creado solo para casos comerciales definidos como tales por la participación de personas jurídicas con fines de lucro.

También existen otros tipos más especializados de instituciones que auspician el arbitraje en ámbitos más circunscritos tales como, en Estados Unidos, la *National Association of Securities Dealers*, la *New York Stock Exchange*, la *American Stock Exchange*, el *Municipal Securities Rulemaking Board* y la *Securities Industry Conference on Arbitration*. A estas se añaden instituciones tales como la *American Arbitration Association* (AAA), el *Center for Public Resources* (CPR), el *Institute for Dispute Resolution*, la *London Court of International Arbitration* y el *Hong Kong International Arbitration Center*, que se ocupan de arbitraje no en un país o campo de actividad determinados, como por ejemplo el comercio, los valores o las inversiones, sino en general para toda clase de asuntos, y cuya autoridad y reputación es comprensiva porque abarca todo tipo de litigios. El arbitraje puede ser auspiciado inclusive por empresas o entidades determinadas que mantienen relaciones de negocio

(10) BALES, supra nota 8, 3.

(11) *Ibid.*; p. 9.

con un gran número de personas; es este el caso de bancos, compañías de seguros o empresas de transporte, que pueden incluir una cláusula de arbitraje en sus contratos. Y finalmente, los jueces, los abogados y los teóricos del Derecho pueden desempeñar un papel importante en el desarrollo del arbitraje como una alternativa válida, sobre todo los abogados a la hora de redactar los contratos.

4. Por qué crece la importancia del arbitraje

Se ha dicho, y repetido una y otra vez, que el arbitraje está aumentando en su importancia porque ofrece a las personas más confidencialidad y competencia, menores gastos y formalidades, y, además, porque ahorra tiempo. Esto es así y podría ser suficiente, de no ser que esta lista brinda una visión correcta pero solo parcial de la realidad, y deja de lado otros elementos muy importantes que también cabe considerar.

a) El costo del arbitraje

Acabamos de decir que una de las ventajas ampliamente reconocidas en el arbitraje es que resulta menos costoso para las partes. Aun cuando esta afirmación no necesariamente corresponde a la verdad en todos los casos, y aun cuando hay casos en los que es cierto es más bien lo contrario, la verdadera ventaja económica del arbitraje para la sociedad consiste en que traslada el costo económico del litigio del contribuyente al usuario del servicio.

Lo normal es que el litigio financiero forme parte del costo del negocio financiero, a la par de la evaluación del riesgo, la evaluación del crédito y las agencias de cobranza. La ineficiencia del sistema judicial puede incrementar el costo de las transacciones y reducir las oportunidades de acceso para el público en general; pero su eficiencia no beneficia por igual al público general y al usuario, como en cambio sí pasa en el caso de la justicia penal o las causas de familia o algunos conflictos de trabajo. Por lo tanto, es razonable plantear que los usuarios del sistema absorban la mayor parte del gasto de la solución de sus controversias, y los contribuyentes la menor parte. Ya hemos visto cómo las controversias financieras constituyen, conjuntamente con las de *tort*, la mayor parte de las causas civiles tratadas por los tribunales. Algunos países, tales como Rusia y Egipto, cobran

a los demandantes porcentajes elevados de los importes objeto de disputa por concepto de costas judiciales. Por lo menos uno de los Estados de Estados Unidos, Tennessee, recauda de los usuarios, por concepto de costas judiciales y multas, una suma superior al presupuesto de su Poder Judicial. Pero también el arbitraje, si se desarrolla en forma correcta, puede librar al contribuyente de parte de esta carga. El costo económico del arbitraje para el resto de la sociedad no es nada en comparación con el costo total del sistema judicial, que representa entre el 0.9 y el 6% del presupuesto nacional o estatal en muchos países. Es por esta razón de su alto costo, que las controversias financieras pueden constituir un buen ejemplo a favor de la privatización de la justicia.

b) La administración del arbitraje

Desde el punto de vista administrativo, las ventajas del arbitraje para la sociedad son múltiples. Para empezar, se elimina el problema de cómo seleccionar adecuadamente a los jueces, con todas sus implicancias políticas, administrativas, culturales y financieras, y la selección de aquellos llamados a dirimir la controversia se basa en la confianza de las partes, tal como fue en los albores de la justicia. Cuando Moisés vagó por cuarenta años en el desierto, la gente le sometía espontáneamente todos sus conflictos, al punto que durante largos períodos de tiempo él se pasó días enteros resolviendo controversias, tal como se cuenta en el libro de Éxodo “de la mañana a la noche”⁽¹²⁾. Con su recurso a este concepto de confianza, el arbitraje libra del problema a la sociedad, y cada parte selecciona a su propio árbitro. Otra ventaja -salvo en casos especiales como son OMC o TLCAN, CIADI o ICSID y, tal vez, ICC- es que el arbitraje no requiere de una organización tan compleja y burocrática como la del sistema judicial, ni archivos tan grandes, ni expedientes tan voluminosos y complicados, ni un personal de apoyo tan numeroso, ni tanta infraestructura o tecnología. Los gastos administrativos de la gestión de los arbitrajes, salvo en casos muy especiales, no son comparables con los de los tribunales, y no los paga el público general. Pero, la ventaja más importante desde el punto de vista administrativo es que el arbitraje reduce no solo la burocracia sino también la ineficiencia, y, con ella, la causa principal de corrupción de los sistemas judiciales. La transparencia que el arbitraje ofrece a las partes de

(12) Éxodo, capítulo 18, versículo 13.

la controversia hace que los casos de corrupción sean de veras muy excepcionales en este fuero.

c) La naturaleza de los procedimientos

Muchos de los problemas de los litigios internacionales ante un tribunal nacional tienen que ver con cuestiones de procedimiento. Cuando se establece por acuerdo mutuo previo la jurisdicción, como suele ocurrir con el arbitraje, se elimina el denominado *Forum Shopping* o búsqueda de un fuero de conveniencia, verdadera enfermedad del sistema. La segunda ventaja es la eliminación de la asignación de las causas a un determinado juez, lo cual es fuente de muchas irregularidades. La tercera ventaja es que los árbitros tienen mayor actitud de servicio hacia las partes que los jueces, por la sencilla razón de que su jurisdicción no es obligatoria como la de estos últimos, sino que se basa únicamente en el acuerdo de las partes. En una ocasión el Juez Roger Warren, presidente del *National Center for State Courts* de Estados Unidos, observó que le hubiera gustado instilar en cada juez la idea de que hay a cien metros de distancia un tribunal que ofrece exactamente el mismo servicio que el suyo. El lema de los árbitros podría muy bien ser, en lo tocante a este punto, el que “nosotros nunca olvidamos que ustedes pueden elegir”. La cuarta ventaja es que la presentación y evaluación de las evidencias toman menos tiempo que en el tribunal, pero que a la vez son más prolijas y variadas. La quinta ventaja es que los árbitros pueden ser mucho menos formalistas que los jueces en lo tocante al procedimiento, con el resultado de que en muchos casos es más fácil transigir el pleito en una situación de arbitraje que ante el tribunal, sobre todo en los países que no reconocen el principio del *discovery*. La sexta ventaja es que las decisiones de los árbitros no son vinculantes respecto de los casos sucesivos, con lo cual los árbitros, sobre todo en los países de *common law*, gozan de mayor flexibilidad que los jueces para cambiar sus decisiones en función de las circunstancias.

d) La formación de los árbitros

Actualmente, hay en todo el mundo numerosas instituciones dedicadas a la formación de los jueces y de su personal auxiliar a expensas del contribuyente y con resultados diversos, mientras

que la formación de los árbitros, cuando la hay, se realiza a expensas de este o de las instituciones auspiciadoras. Sobre esto, y en particular sobre el tipo de habilidades que conviene desarrollar en un árbitro. Habría más que decir al respecto, pero se trata de un tema sobre el que volveremos más adelante.

e) La activa participación comprometida de la comunidad

Una de las características de los sistemas de la solución de conflictos en los países industriales desarrollados es la participación de la comunidad en el proceso correspondiente. En una conversación sostenida años atrás con Abe Fortas, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, él mencionó que los sistemas judiciales no cuentan con recursos económicos ni con fuerzas armadas propias, y que la verdadera fuente de su autoridad la constituye el apoyo que reciben de la comunidad y en la opinión pública. Su verdadera fuerza -dijo- reside en el poder de persuadir y conmover a la opinión pública. Debido a las deficiencias en sus procesos de toma de decisiones y legislativos, los países en desarrollo presentan una fractura entre el Poder Legislativo, el Poder Judicial y la comunidad⁽¹³⁾. Las corrientes de la opinión pública no fluyen libremente entre ellos y, debido a esto, el público no tiene una imagen positiva de los mismos. En la evaluación efectuada por el *World Competitiveness Report 1993-1994*, los usuarios asignaron un puntaje inferior a 5 (sobre 10) a los numerosos sistemas de resolución de controversias de los países en desarrollo. Como observa Luis Pasara, en una encuesta Gallup realizada en Argentina, el 49% de los entrevistados pensaban que el sistema era “malo” o “muy malo”, el 40% pensaba que era “regular” y el 80% no le encontraba ningún aspecto positivo. En el Perú, en una encuesta realizada bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 3 de cada 4 víctimas de delitos pensaba que el sistema era corrupto⁽¹⁴⁾. La percepción general en Jakarta, Indonesia, es que “la justicia” es de quien paga más, y al sistema en Rusia se le asigna un puntaje de 2 (sobre 10). Es interesante notar que en todos estos países, la participación de la comunidad es casi inexistente.

(13) MACLEAN, Roberto G. *The Social Efficiency of Laws as an Element of Political and Economic. Development.* 4-SP6 NAFTA. L & Bus. Rev. Am., 1998. p. 6.

(14) PASARA, Luis. *Jueces y Justicia en tela de Juicio.* 1995.

Lo que distingue el arbitraje es que este sencillamente no existe sin la participación comunitaria, ya que la sumisión voluntaria constituye su único asidero. De allí la creciente importancia del arbitraje en las finanzas internacionales, y el hecho de que sus deficiencias deben medirse sobre todo en términos de participación de la comunidad, a la par que de la eficiencia, el éxito, la planificación, la formación y el desarrollo del arbitraje como medio de solución. Este es un aspecto en el que el arbitraje podría tener más éxito y una capacidad de crecimiento mucho mayor. A pesar de todos sus notables logros, el arbitraje sigue siendo elitista en alguna medida, excepto, por cierto, por el arbitraje informal que crece y se desarrolla sin relación o conexión alguna con las modalidades e instituciones establecidas de las que se ha hecho mención en las líneas precedentes. Se trata de todo un nuevo campo por explorar, desarrollar y cultivar, y se necesita una mayor agresividad para desarrollar en él nuevos mercados.

f) El efecto del arbitraje en la sociedad

Surge, por tanto, la pregunta acerca de cuál ha de ser el papel del arbitraje en la sociedad; de cuál es su importancia más allá de los puros casos individuales; del por qué a todos nos debería interesar el fortalecimiento y buen funcionamiento del arbitraje. En primer lugar, en su versión más elemental, el arbitraje es importante como instrumento de alivio de las presiones gigantescas creadas por la acumulación de procesos atrasados en la gran mayoría de los tribunales de todo el mundo. En una reunión de la *Law Asia Conference* celebrada en Manila en 1997 uno de los Vice-Presidentes de la *People's Supreme Court* de China dijo que en dicho país hay aproximadamente 360 millones de procesos pendientes ante los tribunales. En la India se estima en aproximadamente 45 millones el número de procesos pendientes. En otros países, aun cuando los números no son tan impresionantes para el sistema en su conjunto, la concentración de casos acumulados en determinados tribunales perjudica el desempeño del sistema en su conjunto. Por lo tanto, el primer papel que le corresponde al arbitraje desempeñar en la sociedad es análogo al del personal auxiliar del sistema judicial: ayudarle a este a hacer frente a las grandes cargas de trabajo.

El segundo papel y efecto que el arbitraje tiene en la sociedad consiste en complementar y compensar las limitaciones y deficiencias reconocidas

de las que adolecen la organización de las jurisdicciones y la formación de los jueces en la mayoría de países en el mundo de hoy. La formación de los jueces y hasta de los abogados deja mucho que desear, y su propio carácter masivo la está volviendo cada vez más formalista e inadecuada respecto de las necesidades de la sociedad. Los requerimientos del comercio internacional, de la inversión y las finanzas no se ven satisfechos en un número muy grande de países de todo el mundo. Materias tales como las causas marítimas, de seguros, finanzas, compras de futuros y valores se han vuelto tan sofisticadas y especializadas que solo los que conocen bien el sector pueden resolver con facilidad este tipo de causas. Es así, que el arbitraje, con sus recursos ricos y casi ilimitados, puede brindar respuestas y soluciones ideales en casi todos los campos imaginables.

El tercer y más importante papel y efecto del arbitraje en las sociedades, es el de Némesis de los sistemas judiciales. La afirmación del arbitraje en el área de la resolución de controversias se da como respuesta al hecho de que algo anda mal en los sistemas judiciales; y a las comunes y persistentes deficiencias en los jueces. En cierta forma, sus causas se parecen a las dieron lugar al surgimiento de los tribunales de *equity* en Inglaterra durante la Edad Media, salvo que en este caso la respuesta no viene de otro centro oficial de poder del reino sino, como corresponde a una época más liberal y democrática, de ciudadanos comunes y corrientes, banqueros, comerciantes, profesionales, etcétera. Los árbitros y las instituciones arbitrales (en el sentido más amplio de la palabra) pasan de meros auxiliares de la justicia a ser entidades complementarias especializadas, y finalmente la conciencia de los sistemas judiciales, los guardianes de la justicia, la equidad, la libertad, los intercambios, el desarrollo, la distribución de la riqueza y de la comprensión entre culturas en áreas donde el público general puede no percibir fácilmente si los tribunales están promoviendo el bien o no. En la Alta Edad Media los caballeros andantes eran el espejo de gobernantes y jueces. En la Edad de Oro de España descrita en "Don Quijote de la Mancha" el campechano y realista Sancho Panza se convirtió por los siglos venideros en el espejo de cómo los jueces, mediadores, conciliadores o árbitros deberían concebir su trabajo. Ahora les ha llegado la hora a los árbitros. Es precisamente este

el efecto más profundo que los árbitros pueden producir, y su deber cívico y político más importante.

5. La responsabilidad social de los árbitros

A diferencia de los jueces, los árbitros no tienen que ser siempre juristas. A veces, inclusive en conflictos internacionales, el colegio arbitral está integrado en su totalidad por no juristas. Esto se da porque la finalidad primordial del arbitraje es la solución de una controversia, y las leyes son solo uno de los instrumentos utilizados para alcanzar dicho fin. Cuando el gran rey Salomón tuvo que resolver una disputa entre dos prostitutas, cada una de las cuales reclamaba para sí la maternidad del mismo niño, él no recurrió a la ley de más reciente promulgación sobre el tema, ni a los antecedentes establecidos por varios siglos de jurisprudencia de Israel, ni a las numerosas autoridades que habían escrito e interpretado la ley mosaica. Dejando de lado la justicia formal, ordenó partir al niño en dos, y que cada una de las supuestas madres recibiera una mitad. Cuando una de ellas renunció a su derecho para salvar la vida del niño, Salomón reconoció en ella a la verdadera madre. Por cierto, partir a un niño por la mitad no es lo mismo que hacer lo propio con cuarenta millones de dólares, euros, yenes, o rupias. Pero de lo que se trata aquí es que hasta controversias que son meramente jurídicas en apariencia, en realidad no tienen que ver con las leyes sino con los valores utilizados para encontrar el justo equilibrio entre intereses políticos, económicos, sociales, culturales, éticos o religiosos contrastantes. En la medida en que los árbitros no entienden los valores en juego en un conflicto y carecen de la lucidez intuitiva necesaria para establecer un orden equilibrado, no constituyen una alternativa real, sino un episodio efímero, una nota de pie de página, un desvío temporal en la historia de la solución de las controversias, a la par de la ordalía medieval.

Sobre todo en el mundo de las finanzas, las leyes y los reglamentos reflejan la realidad de las relaciones internacionales, sobre todo desde la perspectiva de los países exportadores de capitales. Se trata de leyes verdaderamente internacionales que funcionan bien en determinados sectores de la

sociedad y áreas del mundo, pero aún no están concebidas para una sociedad global realmente equilibrada. En el campo financiero falta el equivalente de las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo para el comercio marítimo, o de las diferentes convenciones internacionales sobre la Venta de Mercancías, o el transporte aéreo internacional. En todos estos campos los actores se están moviendo en dirección a una comunidad global. Las reglas sobre las transferencias electrónicas constituyen un cambio, pero en lo tocante a prestamos nos falta muchísimo camino por recorrer. La crisis de la deuda de la década de los ochenta hubiera debido enseñarnos, entre otras cosas, cuán inadecuadas son las reglas existentes respecto de las necesidades de una sociedad plural y global⁽¹⁴⁾. ¿Quién puede encontrar el camino? ¿Los jueces?

Una de las razones por las que estamos tratando este tema es precisamente porque, como hemos visto, en la mayoría de los países del mundo de hoy los jueces carecen, lamentablemente, de la preparación adecuada necesaria. El desafío para los árbitros y la creciente importancia del arbitraje en las finanzas internacionales son consecuencia precisamente de este hecho.

6. Conclusión

Lo inadecuado de las reglas existentes y la ola incontenible de innovaciones financieras en todo el mundo -incluyendo los desafíos creados, por ejemplo, por la banca islámica- crean una oportunidad única para el liderazgo y la creatividad, para ayudar a dar forma a una nueva sociedad, y para establecer un nuevo orden internacional basado en la consideración a los demás, y en el hecho de que los que hoy son los problemas solo de Bolivia, Uzbekistán, Burundi y Tonga pueden estar tocando a nuestras puertas mañana por la mañana. Las limitaciones de los sistemas judiciales y las deficiencias de los jueces en todo el mundo para enfrentar este hecho, ofrecen a los árbitros esta extraordinaria oportunidad no solo en calidad de juristas sabios y pensadores profundos, sino también de líderes audaces, soñadores inteligentes y hombres amantes de la paz. *RS*

(14) Véase: MACLEAN, Roberto G. *Legal Aspects of the External. Debt. 2. Recueil des Cours.* 1989. p. 35.