

THĒMIS

Revista de Derecho



Roger Rubio Guerrero • César Landa • Fernando Cantuarias Salaverri
Alfredo Bullard • Fernando de Trazegnies Granda • Ana María Arrarte
Shoshana Zusman • Franz Kundmüller • Roberto Dañino Zapata
Henri C. Alvarez • C. Ignacio Suarez Anzorena • José María Alonso Puig
Paul Phumpiu Chang • Patrick McCarthy • Lorenzo Bernaldo de Quirós
Claudio Lava Cavassa • Fernando del Mastro Puccio • Carlos A. Manfroni
Marisol Fernández Revoredo • Luca Mezzetti • Francisco Díaz Revorio
José Miguel Sánchez Tomás • Aaron Ciechanover • Armando Nieto Vélez
Jacobó Dópico • Richard Rorty • Jeanette Aliaga Farfán • Héctor Bellido



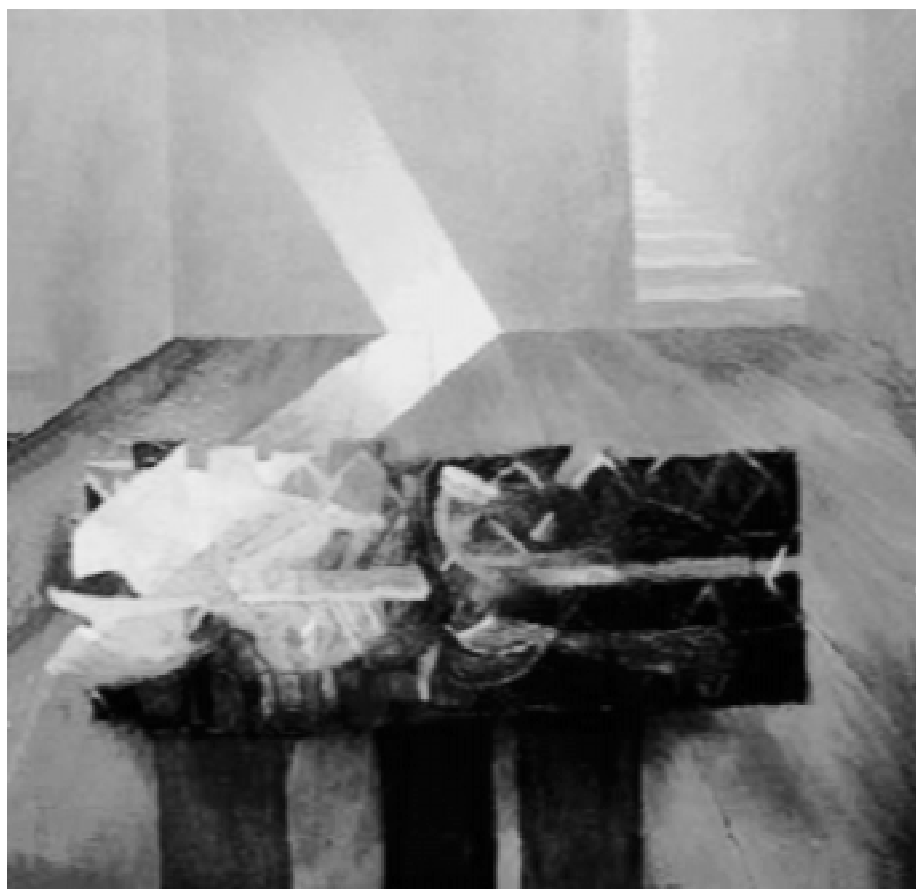
Fernando de Szyszlo

Habitación Número 23

Acrílico en Lienzo. 1984. 120 x 120 cms.

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2007

Hecho el Depósito Legal: 218-5035
ISSN 1810-9934

THEMIS desea agradecer de manera muy especial al señor **Fernando de Szyszlo** por habernos cedido gentilmente la pintura que presentamos en la carátula de la presente edición.

THEMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y se utilice para fines académicos.

La presente edición de THEMIS-Revista de Derecho aborda, como Tema Central, el Arbitraje. Aprovecharé este pequeño espacio para expresar la importancia que considero que este tema ha obtenido con el pasar de los años, especialmente, en los últimos diez años, para lo cual comentaré brevemente el papel que dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos representa, actualmente, en nuestra sociedad, tanto desde una perspectiva social como económica, así como las expectativas que mantengo con relación a su evolución.

Resulta sorprendente cómo ha evolucionado el Arbitraje en los últimos años. Inicialmente, como cualquier nueva institución que innova con relación a lo preexistente y que se aleja de lo “acostumbrado” (recordemos que al ser un mecanismo de solución de controversias de origen privado, se aparta de cualquier origen publicístico), cuenta con innumerables detractores, quienes buscan, unos con argumentos más sólidos que otros, que dicha nueva institución no despegue, que no se asiente en la sociedad. No obstante ello, hemos sido testigos del “boom” de un mecanismo nuevo que, contra pronósticos más conservadores, es actualmente de los más utilizados e influyentes, tanto a nivel nacional como internacional.

¿A qué se ha debido este gran desarrollo? Los beneficios de esta institución son muchos, por lo que sólo enunciaré los principales: (i) es un mecanismo privado que, en gran medida, depende de los intereses de las partes en conflicto, quienes, al regular la cláusula arbitral en el contrato que ambas hayan suscrito, podrán disponer cómo y de qué manera deberán los terceros (escogidos por ellos) resolver su controversia (Arbitraje de derecho/Arbitraje de conciencia; ad hoc/institucional; con recurso de apelación/sin recurso de apelación); (ii) los árbitros son personas muy capacitadas (en la gran mayoría de casos, son más instruidos que nuestros jueces), lo cual genera una gran confianza; (iii) no existe una percepción de corrupción marcada, a diferencia de lo que sucede con el Poder Judicial; (iv) los árbitros, al ser escogidos por las partes en conflicto, son expertos en la materia sujeta a discusión (muchas veces de gran especialización), lo cual genera gran credibilidad en el laudo a ser emitido.

No obstante los beneficios enunciados, para todos es claro que el Arbitraje tiene actualmente en nuestro país un “campo de aplicación” restringido, no encontrándose al alcance de todos. Ello es así porque, al ser la tendencia que los árbitros sean personas sumamente especializadas y capacitadas (id est, restringiéndonos al campo del Derecho, los socios de los principales estudios de abogados de Lima), deben ser retribuidos de una manera apropiada. Esta situación, desde una perspectiva económica, genera una oferta adecuada de árbitros, pero, al mismo tiempo, limita en gran medida el acceso de todas las personas a dicho mecanismo.

En este sentido, debemos absolver, necesariamente, la siguiente cuestión: ¿qué sucede con aquellos que, no teniendo los recursos suficientes, en muchos casos, ni para recurrir al Poder Judicial (en ejercicio de su derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva), se ven privados de este novedoso y muchas veces “más justo” mecanismo?

No resulta pertinente plantearnos esta cuestión en el plano internacional, pues es claro que allí se presentan conflictos que involucran sumas de dinero exorbitantes, cuya solución generará importantes consecuencias sociales, económicas y distributivas. Esta situación se manifiesta, claramente, en la existencia de instituciones como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual tiene como finalidad la solución de controversias entre inversionistas y estados, y que, citando al doctor Roberto Dañino, ex-secretario general del CIADI, “actualmente cuenta con 104 casos en trámite, cuyos montos en disputa superan los US \$ 25 billones”.

Por el contrario, en el plano nacional las cosas parecen ser distintas. Siguiendo la lógica económica, siempre existirán conflictos, ya que mientras los recursos son escasos, las necesidades no lo son. En estas circunstancias, las personas podrán recurrir, dependiendo de lo que hayan pactado, a la vía judicial o a la vía arbitral. No obstante, no todas tendrán acceso efectivo a este “derecho” de pactar lo que consideren más adecuado, pues existen limitaciones presupuestarias que nos impiden a muchos tener todo lo que queramos o hacer lo que consideramos más acorde a nuestros intereses.

¿Esto está mal? Considero que no. El Arbitraje no puede ser criticado por el hecho de que, en una sociedad como la nuestra, cuya evolución y próspero desarrollo se encuentran en pleno auge, dicho mecanismo no sea accesible a todos. Ello resulta imposible por las propias características del Arbitraje. Una opción alternativa a ello, que, por lo demás, deben de haber escuchado más de una vez, es luchar por la reforma de nuestro Poder Judicial, luchar por la honradez y seriedad de nuestros jueces, luchar, en general, por el bienestar de nuestro país. Una mejoría del Poder Judicial, que necesariamente debe ser considerada y planeada como un proyecto a largo plazo, es una labor necesaria.

Como fue señalado líneas arriba, el Arbitraje difícilmente podrá ser accesible a todos, pero la justicia sí puede serlo, aunque idealmente, siempre que luchemos por desarrollar y promover mecanismos como éste y, al mismo tiempo, luchemos también por el desarrollo y evolución de nuestro Poder Judicial. A esta labor, tan deseada por todos, contribuye una institución como THEMIS que, a través de publicaciones como la que a continuación les presentamos, realiza un modesto aporte para el desarrollo de nuestro país.

THEMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO DIRECTIVO

Carmen María Accinelli Obando
Patricia Brocos Duda
Fernando del Mastro Puccio
Daniel Flores Consiglieri
Nicolás Galindo García
Isabel Lira Miró Quesada
Luis Miguel Velarde Saffer

MIEMBROS

Jimena Aliaga Gamarra	Pablo César Mori Bregante
Luis Eduardo Aliaga Blanco	Juan Manuel Pazos Aurich
Patricio Ato del Avellanal Carrera	Miguel Morachimo Rodríguez
Francisca Benavides Roose	Eduardo Peláez Santillán
Mayra Bryce Alberti	Vladimir Popov
Patricia Casaverde Rodríguez	José Christian Ramírez-Gastón Durán
Evelyn Castro Ramos	André Robilliard Escobal
Mariana Delgado Zeppilli	Carlos Rojas Klauer
Mario Fernando Drago Alfaro	Rocio Saux Valdez
Ricardo Elías Puelles	Martín Sotero Garzón
Laura Francia Acuña	Ernesto Soto Chávez
Giuseppe Gallucio Tonder	Brenda Sparrow Alcázar
Carlos Glave Mavila	Aarón Verona Badajoz
Daniel Gonzales La Rosa	Inti Vidal Felip
Agustín Grández Mariño	Fiorella Zúñiga Dede
Giuseppe Marzullo Carranza	

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez	Elvira Méndez Chang
Javier de Belaunde López de Romaña	Juan Monroy Gálvez
Carlos Cárdenas Quirós	Javier Neves Mujica
Robert D. Cooter	Richard A. Posner
Francisco Eguiguren Praeli	George L. Priest
Carlos Fernández Sessarego	Manuel de la Puente y Lavalle
Baldo Kresalja Rosselló	Fernando de Trazegnies Granda

THEMIS-Revista de Derecho no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los
autores y entrevistados en la presente edición

Asociación Civil **THEMIS**

Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391

Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe

<http://www.revistathemis.com>

TEMA CENTRAL: ARBITRAJE

<i>Roger Rubio Guerrero</i> Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones	7
<i>César Landa Arroyo</i> El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	29
<i>Fernando Cantuarias Salaverry</i> Recursos contra el laudo arbitral	43
<i>Fernando de Trazegnies Granda</i> Conflictuando el conflicto: los conflictos de interés en el arbitraje	57
<i>Alfredo Bullard González</i> Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?	71
<i>Ana María Arrarte Arisnabarreta</i> De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación	91
<i>Shoschana Zusman Tinman</i> ¿Cómo maximizar el impacto del informe oral?	105
<i>Franz Kundmüller Caminiti</i> El arbitraje en inversiones en el futuro acuerdo de promoción comercial Perú - Estados Unidos	119
<i>Roberto Dañino Zapata</i> El CIADI: 40 años después	143
<i>Carlos Ignacio Suarez Anzorena</i> Acceso a la jurisdicción arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú: requisitos y particularidades	149
<i>José María Alonso Puig</i> Los árbitros: selección, recusación y reemplazo	161
<i>Henri C. Alvarez</i> Privilegios probatorios en el arbitraje internacional	167

MISCELÁNEA

<i>Paul Phumpiu Chang</i> Límites de la Regulación: Competencia y Oportunismo	195

<i>Jeanette Aliaga Farfán</i> Conflictos de intereses en las bolsas de valores desmutualizadas: la experiencia peruana	211
<i>Lorenzo Bernaldo de Quirós</i> Las consecuencias políticas del liberalismo: las declaraciones de derechos y el debido proceso legal	235
<i>Claudio Lava Cavassa</i> ¿La tiranía de las minorías? A propósito de las solicitudes de convocatoria a junta tramitadas ante CONASEV	245
<i>Fernando del Mastro Puccio</i> Pobreza legal y pobreza legal extrema: ¿quiénes son los responsables?	255

ENTREVISTAS

<i>Richard Rorty</i> Democracia y capitalismo: los peores sistemas a excepción de los otros creados hasta el momento	267
<i>Carlos A. Manfroni</i> "El nuevo bien jurídico protegido por el derecho penal, hoy por hoy, es la libre y leal competencia". "La cultura de la corrupción es la cultura de no asumir las propias responsabilidades"	273
<i>Aaron Ciechanover</i> En busca del balance adecuado. Religión, ciencia y educación: tópicos a tomar en cuenta para el desarrollo y solución de los principales problemas del mundo	281
<i>Luca Mezzetti y Francisco Díaz Revorio</i> La Constitución europea y el destino que le depara: apuntes sobre su conveniencia y aportes en el marco de la Unión Europea	291

MESA REDONDA

<i>José Miguel Sánchez Tomás, Marisol Fernández Revoredo, Armando Nieto Vélez y Patrick McCarthy</i> Acerca de la problemática de las uniones homosexuales: matrimonio y adopción	303

POSTURAS ENCONTRADAS

<i>Héctor Bellido versus Jacobo Dópico</i> ¿Se debe dar en concesión la administración de los centros penitenciarios?	313

RUIDO EN LA CALLE PRINCIPAL: LAS REGLAS DE JUEGO EN EL ARBITRAJE Y SUS PELIGROSAS DISTORSIONES

Roger Rubio Guerrero*

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos hoy en día utilizado frecuentemente y, principalmente, en aquellas disputas surgidas en el marco de grandes operaciones y donde la resolución de dicha controversia tiene importantes repercusiones, tanto económicas como a nivel social.

Tomando como punto de partida lo mencionado en el párrafo anterior, el autor desarrolla los principales aspectos del arbitraje, especialmente aquellos relacionados con el iter arbitral, entre los que se encuentra la aplicación supletoria de la normativa procesal, lo cual en gran medida es cuestionado por el autor, por la gran diferencia entre el origen y contenido de ambos mecanismos de resolución de conflictos, las facultades de las partes y de los árbitros al inicio y al final de la controversia, resaltando las de los últimos, quienes, en función a los caracteres de flexibilidad y discrecionalidad (no abusiva), tienen la posibilidad de interpretar lo dispuesto en el convenio arbitral y en las normas aplicables a la controversia, entre otros temas fundamentales cuyo conocimiento es de vital importancia para cualquier operador jurídico.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Comisión Técnica designada por Resolución Ministerial 027-2006-JUS para la revisión de la Ley General de Arbitraje.

SUMILLA: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN LEGAL. a) Las fuentes del arbitraje moderno. b) Autonomía del arbitraje frente al proceso civil. c) Roles normativos diversos. d) Judicialización del arbitraje. III. AUTONOMÍA DE LAS PARTES. a) *Ad hoc* versus institucional. b) Derecho versus conciencia. c) Composición del Tribunal Arbitral. d) Regulación del proceso. e) Costos arbitrales. IV. LAS REGLAS DEL ARBITRAJE. a) La determinación de las reglas. b) Pactos especiales. c) Las reglas frente a la ley. d) ¿Procedimiento supletorio legal? e) Mutabilidad y flexibilidad de las reglas. f) Flexibilidad e inflexibilidad de los plazos. g) Flexibilidad versus Preclusión. h) Flexibilidad en los honorarios y gastos arbitrales. V. DISCRECIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS. a) Discrecionalidad para fijar las reglas del proceso. b) Discrecionalidad para conducir el proceso. c) Discrecionalidad para resolver sobre su propia competencia. d) Discrecionalidad para resolver vacíos y lagunas. e) Discrecionalidad para valorar los medios probatorios. f) Discrecionalidad para fijar los honorarios y gastos arbitrales. VI. EL CONTROL INSTITUCIONAL. a) Control prima facie. b) Control sobre la designación de los árbitros. c) Control sobre la imparcialidad de los árbitros. d) Control sobre las actuaciones arbitrales. e) Control sobre el laudo. f) Control sobre los honorarios y gastos arbitrales. VII. Checks & balances.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley General de Arbitraje de 1996 (Ley 26572) cerró el camino de reforma iniciado con la Ley General de Arbitraje de 1992 y abrió un nuevo capítulo en la regulación y en la práctica del arbitraje en nuestro país. La norma como núcleo propulsor posibilitó la reactivación y la creación de instituciones arbitrales, interés académico y profesional, y el desarrollo de un mercado arbitral en progresivo crecimiento. La actividad arbitral ha sido intensa en estos diez años, hemos experimentado una evolución significativa de una práctica cerrada y rudimentaria del arbitraje a una práctica de mercado con una amplia variedad de oferta de servicios de instituciones y árbitros y una demanda creciente de arbitrajes en diversos sectores. Sin embargo, el desarrollo actual del arbitraje todavía tiene mucho de esos rasgos rudimentarios propios de una cultura sin tradición arbitral, con fuertes íconos legales (como el proceso civil) que dificulta la autonomía y la consolidación de esta institución.

Pero, ¿cuáles son los indicadores o cuáles son las causas de este desarrollo arbitral con cánones

rudimentarios? Entre los indicadores podemos señalar, de un lado, la judicialización del arbitraje, en sus dos vertientes, mediante el traslado de la lógica del proceso civil a los procesos arbitrales y mediante la intervención judicial en los procesos arbitrales propiciada por los abogados de las partes y, de otro lado, los árbitros que no se conducen con independencia o imparcialidad o que no tienen condiciones para conducir un proceso y en ocasiones para resolver la materia controvertida, y las instituciones arbitrales que no cuentan con reglas eficientes de arbitraje y no toman decisiones neutrales. Entre las causas, tenemos la falta de información de los operadores sobre las reglas de juego del arbitraje y sobre sus propios roles y, como telón de fondo, la resistencia de la cultura legal a los paradigmas arbitrales.

El desarrollo autónomo de la institución abre nuevas compuertas, nuevas discusiones y nuevos principios que permiten ampliar las fronteras del arbitraje; un mercado más desarrollado y con mayor información, a su vez, permite mejorar la calidad del servicio y los precios por los servicios arbitrales. Es necesario, sin embargo, eliminar o neutralizar las distorsiones observadas para facilitar este tránsito; es necesario una ley arbitral eficiente y unas reglas arbitrales eficientes; es necesario que las partes, los árbitros y las instituciones conozcan sus roles y sus límites y que el sistema judicial cumpla con controlar y apoyar el desarrollo de la institución. En este trabajo nos aproximaremos a cada uno de estos vértices en la estructura arbitral, tratando de explicar su significado y su radio de acción, y advirtiendo de los riesgos y distorsiones de la práctica arbitral de nuestro medio.

II. LA REGULACIÓN LEGAL

La regulación arbitral, especialmente en países sin tradición arbitral como el nuestro, es uno de los factores que determina la práctica y el uso del arbitraje en un contexto determinado. Por ello, es sumamente importante tener una ley que sea favorable al desarrollo del arbitraje, que elimine las barreras de acceso al arbitraje, que garantice la ejecución del convenio arbitral como la ejecución del laudo, que reconozca la libre elección de los árbitros y que reduzca la intervención judicial en los procesos arbitrales. Pero ¿cuáles con los referentes o los estándares que debemos usar?

a) Las fuentes del arbitraje moderno

El arbitraje internacional ha experimentado un importante desarrollo, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, impulsado por la celebración y ratificación de instrumentos inter-

nacionales vinculantes y el rol protagónico de instituciones que han producido normas, reglas y principios convencionales y costumbres no escritas. La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (CIADI o Convención de Washington), la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1975 (Convención de Panamá), y el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones de 1985 (MIGA o Convención de Seúl) constituyen el grupo de instrumentos multilaterales sobre la materia que ha venido extendiéndose en diversos contextos, así como también los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) y los Tratados de Libre Comercio (FTAs) que también incorporan disposiciones arbitrales para la solución de controversias.

Las tradiciones jurídicas del mundo confluyen, de otro lado, en instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI")¹, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, "LCIA")², la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante, "AAA")³ y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, "CIADI")⁴, desde donde se generan y producen decisiones, reglas, principios, usos y costumbres en la materia derivados de la organización y administración de los casos. De otro lado, instituciones como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁵, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁶, la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD)⁷, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)⁸ y la International Bar Association (IBA)⁹ producen documentos internacionales (*soft law*) que sirven de referencia

en la regulación y práctica del arbitraje en todo el mundo.

Estas son las fuentes principales del arbitraje moderno y que es necesario tener en cuenta al aproximarnos a una regulación eficiente del arbitraje. La Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 es uno de los estándares internacionales más aceptados y más usados en el mundo para regular estructuras arbitrales. La parte dramática, sin embargo, viene al hacer el "encuadre" de este estándar internacional a la legislación local, en particular en países en desarrollo; si el encuadre es inadecuado o excesivo, la estructura arbitral se puede tornar ineficiente; si, por el contrario, el encuadre es adecuado y no altera la estructura arbitral estandarizada, es probable que al menos la ley no sea un obstáculo para el desarrollo del arbitraje en esos países¹⁰. El legislador arbitral local debe adecuar, considero, los estándares internacionales cuando existe la necesidad específica de adecuar, debe evaluar la necesidad de incorporar soluciones de estándares arbitrales a problemas locales frecuentes en la práctica arbitral, y debe hacer un esfuerzo por mantener un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad de los árbitros.

Un Derecho arbitral moderno de arbitraje, se ha señalado, depende de cuatro actores esenciales en el mundo internacional: los inversionistas internacionales, UNCITRAL, las instituciones arbitrales; y, los árbitros internacionales. Cada uno de estos actores clasifica los derechos arbitrales del mundo para: (i) escoger sedes arbitrales, en atención a criterios como una legislación favorable al arbitraje basada en la Ley Modelo UNCITRAL que garantice la eficacia del arbitraje y la ejecución del laudo; la ratificación de la Convención de Nueva York para asegurar que las cortes nacionales, por aplicación analógica del artículo V, no anulen el laudo arbitral por razones distintas de aquellas mencionadas en dicha norma; la actitud de las cortes nacionales frente al arbitraje para respetar los principios de

¹ Ver: www.iccwbo.org/court/arbitration/.

² Ver: www.lcia-arbitration.com.

³ Ver: www.adr.org.

⁴ Ver: www.worldbank.org/icsid/.

⁵ Ver: www.uncitral.org.

⁶ Ver: www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068.

⁷ Ver: www.oecd.org.

⁸ Ver: www.unidroit.org.

⁹ Ver: www.ibanet.org.

¹⁰ En América Latina hemos asistido, en los últimos años, a una reforma de las legislaciones arbitrales, como en el caso de México (1993), Guatemala (1995), Perú (1996), Brasil (1996), Bolivia (1997), Ecuador (1997), Costa Rica (1997), Venezuela (1998), Colombia (1998), Panamá (1999), Honduras (2000), Paraguay (2002), Chile (2004) y Nicaragua (2005). Sin embargo, son consideradas sólo como legislaciones arbitrales basadas en la Ley Modelo UNCITRAL las legislaciones de México, Guatemala, Perú, Paraguay, Chile y Nicaragua. Ver: www.uncitral.org.

autonomía del acuerdo arbitral y del *Kompetenz-Kompetenz*; y, (ii) no intervenir en los procesos arbitrales en curso. En líneas generales, cuando las disposiciones del Derecho Arbitral reconocen y desarrollan al máximo dos elementos esenciales de la definición del arbitraje, que el arbitraje proviene de un contrato y que los árbitros tiene la misión de dirimir la controversia¹¹.

La modernización de nuestro Derecho arbitral se inició con la ratificación de la Convención de Nueva York¹² y la Convención de Panamá¹³ a fines de los 80, continuó luego con la ratificación de la Convención de Seúl (MIGA)¹⁴ y la Convención de Washington (CIADI)¹⁵ a principios de los 90, y tomó un mayor impulso en 1996, con la Ley General de Arbitraje, Ley 26572 (en adelante, "LGA") que, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, sentó las bases de un desarrollo moderno y autónomo del arbitraje. La práctica arbitral, sin embargo, está todavía lejos de los estándares arbitrales modernos; en líneas generales, no hay todavía un desarrollo máximo del potencial de la autonomía de la voluntad, no hay un ejercicio adecuado de la discrecionalidad de los árbitros y, en ocasiones, los jueces no terminan de entender su rol frente al arbitraje.

b) Autonomía del arbitraje frente al proceso civil

Una de las peligrosas distorsiones del arbitraje de hoy en nuestro medio es desconocer todo este legado y todo este desarrollo internacional del arbitraje y cambiarlo por una perspectiva eminentemente "procesal" del arbitraje que no se limita a buscar puentes, sino a trasladar abiertamente las normas e instituciones del Derecho Procesal Civil a los procesos arbitrales, sin tener en cuenta los principios, las reglas y la lógica propia de un arbitraje.

Esta suerte de "judicialización" del arbitraje en nuestro medio se activa por obra y gracia de la interpretación laxa de un dispositivo legal y una premisa teórica equivocada, ambas estrechamente vinculadas. La norma en cuestión es la primera disposición complementaria y final del Código

Procesal Civil, que literalmente expresa que "las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza". Los abogados en ejercicio en litigios civiles, y algunos árbitros también, formados en ejercicio en litigios civiles, han encontrado esta palanca perniciosa para trasladar toda la lógica procesal a los procesos arbitrales ante los vacíos y lagunas de la ley arbitral y de las reglas de arbitraje, sin reparar en los alcances y el sentido de esta supletoriedad¹⁶.

En efecto, la norma expresa que la supletoriedad funciona bajo dos supuestos: i) respecto de los "demás ordenamientos procesales"; y, ii) siempre que sean "compatibles con su naturaleza". La pregunta entonces salta a un doble nivel: de un lado, ¿es el arbitraje un *ordenamiento procesal*? y, de otro lado, ¿es la norma procesal civil *compatible* con la naturaleza del arbitraje? Es probable que no se haya reparado en estas condiciones para la aplicación supletoria de la norma, pero en caso se haya hecho el ejercicio, lo más probable es que la respuesta haya sido afirmativa porque hemos asumido como premisa teórica que el arbitraje es en esencia un "proceso" y que, como tal, funciona o puede funcionar con las mismas instituciones del proceso civil.

Sin asomarnos siquiera a la extensa discusión jurídica sobre las teorías del arbitraje y su intensidad en relación con determinada tradición jurídica, debemos decir que la realidad del proceso no alcanza ni explica *per se* la dimensión compleja del arbitraje. En términos latos, puede decirse que el arbitraje nace mediante el acuerdo de las partes y se despliega o discurre en un proceso arbitral, pero con esto sólo estamos saltando las puntas de los icebergs; detrás de esta reducción o simplificación existe una intensa correlación entre la autonomía de la voluntad y la discrecionalidad de los árbitros mediante acuerdos y reglas arbitrales que estructuran una dinámica arbitral lejana a la lógica del proceso civil y de sus normas imperativas.

La constatación del despliegue de actividad procesal de las partes para alegar y probar su posición ante un Tribunal imparcial e independiente encargado

¹¹ Comparar: SILVA ROMERO, Eduardo. "Breves observaciones sobre la "modernidad" del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley Española de Arbitraje". En: Tribuna Abierta 9. Actualidad Jurídica Uría & Menéndez. 2004. pp. 12-14.

¹² Aprobado por Resolución Legislativa 24810 de 12/5/1988 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25/5/1988).

¹³ Aprobado por Resolución Legislativa 24924 de 25/10/1988 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10/11/1988).

¹⁴ Aprobado por Resolución Legislativa 25312 de 2/4/1991 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 3/4/1991).

¹⁵ Aprobado por Resolución Legislativa 26210 de 2/7/1993 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 10/7/1993).

¹⁶ Una posición favorable a este corriente véase en LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Apuntes introductorios sobre la conveniencia de ciertas modificaciones a la Ley General de Arbitraje". En: Homenaje a Max Arias Schreiber. Academia Peruana de Derecho. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. pp. 221-227.

de conducir las actuaciones y de resolver la controversia, no convierte al proceso arbitral en un proceso que responda a la lógica y a la naturaleza de un proceso civil. Las mismas instituciones en cada proceso pueden, de hecho, tener un contenido y una aplicación diferente, y existen instituciones propias del arbitraje que no tienen aplicación en el proceso civil, como la autonomía del convenio arbitral o el principio del *Kompetenz-Kompetenz*, de manera que las coordenadas en cada caso son divergentes. Es probable que el arbitraje regulado en las codificaciones procesales decimonónicas como un “juicio arbitral”, con una fuerte intervención judicial y remisiones normativas a las reglas procesales generales, sea un arbitraje compatible con el proceso judicial o un ordenamiento o subordinamiento procesal sujeto al proceso civil¹⁷, pero el arbitraje de hoy responde al desarrollo del arbitraje internacional y, en nuestro caso, afortunadamente, tenemos una ley con vocación autónoma que tiene una fuerte influencia de estándares arbitrales internacionales como la Ley Modelo UNCITRAL. El arbitraje no es, entonces, puramente un “proceso” o un “ordenamiento procesal” o un proceso que sea “compatible” con el proceso civil; el arbitraje desborda estos parámetros, tiene sus propias reglas de juego y sus propias instituciones¹⁸.

c) Roles normativos diversos

La Ley General de Arbitraje como el Código Procesal Civil son dos estructuras diversas que funcionan en contextos diferentes y con reglas de juego distintas. Cuando, en ejercicio de su libertad contractual, las partes pactan un convenio arbitral, lo que están haciendo en buena cuenta es huir de la esfera judicial, de sus operadores y de sus normas para trasladarse a una esfera arbitral con otros actores y otras reglas de juego. De manera que es un contrasentido salir de la jurisdicción de los jueces para someternos

a la decisión de árbitros que actuarán con las mismas reglas de juego judiciales; esta es una grave distorsión en cualquier sistema arbitral y un camino seguro a la judicialización del arbitraje, con todas las consecuencias que ello supone.

Hay que entender, en este sentido, el rol de una ley de arbitraje y el rol de una ley procesal civil. En el primer caso, nos encontramos ante un marco legal que ofrece una estructura arbitral basada en la autonomía de las partes y en la discrecionalidad de los árbitros, y que les confiere la potestad de diseñar y controlar reglas del proceso acordes con las necesidades de cada conflicto en particular, con amplios márgenes de flexibilidad y garantizando la igualdad de las partes y el derecho de defensa; en el segundo caso, la ley procesal civil está estructurada, de manera general para todos los justiciables de la sociedad y para toda clase de procesos, en un sistema centralizado de resolución de conflictos donde las normas tienen el carácter de imperativas y garantistas del debido proceso. Estos diversos roles encuentran fundamento en la naturaleza de cada sistema de solución de controversias; en un caso estamos ante una esfera privada a la que se llega para resolver una controversia determinada por libre acuerdo de las partes, mientras que en el otro caso estamos ante la jurisdicción estática que tiene la función de impartir justicia por mandato constitucional a toda la sociedad.

Una ley arbitral no tiene por eso vocación para codificar todos los supuestos de la doctrina o de la práctica arbitral, es sólo un “marco” que las partes y los árbitros pueden utilizar para el desarrollo de cada arbitraje. Si no existe regulación específica para supuestos determinados en la ley arbitral, es necesario crear las reglas arbitrales para dichos supuestos o adoptarlas de otros instrumentos arbitrales o recogerlas de los usos y costumbres de la

¹⁷ Recordemos como, en su artículo 57, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 expresaba que los interesados someten sus diferencias a la decisión de los árbitros o facultándoles para que sustancien las causas con sujeción a este Código y las sentencien conforme a leyes (árbitros *iuris*) o para que, averiguada la verdad y guardando sólo la buena fe, determinen las cuestiones como amigables compondores (árbitros arbitrales); y luego como en el artículo 1567 expresaba que los árbitros *iuris* sustanciarán y resolverán las causas en las que son nombrados, por los trámites establecidos en este Código para el juicio ordinario. El Código de Procedimientos Civiles de 1912, por su parte, expresaba en su artículo 560 que si el compromiso no contenía estipulaciones sobre el procedimiento, los árbitros al abrir el juicio establecían los términos y modo de proceder y, en lo que no estuviera establecido, se observarían las reglas del juicio ordinario. Esta concepción todavía se encontró en la Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley 25935) que, con desacierto, establecía en el inciso 6 del artículo 28 que los árbitros dictaban las reglas complementarias que fueran necesarias y que, si no lo hacían, en los arbitrajes de derecho se aplicaban supletoriamente las reglas correspondientes al proceso abreviado, con exclusión de las referidas a los medios impugnatorios. Afortunadamente, en la Ley General de Arbitraje de 1996 se eliminó toda aplicación supletoria de normas del proceso civil.

¹⁸ Para quienes de manera inadvertida pretenden tomar como ejemplos la ley austriaca (2005), ley alemana (1998), la ley belga (1998) y la ley holandesa de arbitraje (1986) como regulaciones arbitrales contenidas dentro de los respectivos códigos procesales de dichos estados, es necesario precisar que esta situación no supone en ningún caso una sujeción del arbitraje frente al proceso civil. Se trata de una cuestión de ubicación normativa que no afecta en nada los contenidos propios de un arbitraje moderno; de hecho, la ley austriaca y la ley alemana están basadas en la Ley Modelo UNCITRAL. Otras legislaciones recientes, por el contrario, optan por una regulación separada con la misma autonomía de contenido frente al proceso civil, como es el caso de la ley inglesa (1996), la ley irlandesa (1998), la ley sueca (1999), la ley española (2003), la ley noruega (2005) y la ley danesa de arbitraje (2005), todas ellas basadas en la Ley Modelo UNCITRAL. Ver: www.uncitral.org.

práctica arbitral o de documentos de estándares arbitrales internacionales o, en definitiva, de los principios generales del Derecho¹⁹. La norma procesal civil ofrece soluciones para un proceso civil, no para un proceso arbitral; peor aún, la norma procesal civil puede regular de manera deficiente determinada institución cuando en la doctrina, en la jurisprudencia o en la misma legislación procesal comparada pueden encontrarse soluciones que son más adecuadas para el supuesto en concreto, por lo que, en definitiva, la aplicación supletoria nos podría condenar a una solución unívoca, rígida e ineficiente.

d) Judicialización del arbitraje

La judicialización del arbitraje es un fenómeno que también se experimenta en el arbitraje internacional, producto del incremento en competitividad y diversidad de los negocios internacionales y de la confluencia de tradiciones y culturas jurídicas²⁰, y también en ámbitos nacionales frente al incremento de su uso y la creciente participación de los abogados²¹. En nuestro caso, la judicialización del arbitraje es una reacción de la cultura legal frente al desarrollo de una institución eficiente para resolver controversias, con la finalidad de “domesticarlo” o atraparlo bajo cánones o patrones “conocidos”. De un lado, se propicia el traslado irreflexivo de las instituciones procesales a un proceso arbitral con la finalidad de entrapar u obstruir el desarrollo del arbitraje o con el único ánimo de “usar” las únicas reglas de juego que se conocen para dilatar un proceso.

De otro lado, cuando las soluciones de la ley arbitral o las decisiones de los árbitros no satisfacen los intereses de las partes, se promueve una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje. Estas dos vertientes de la judicialización del arbitraje son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema.

Como se observa en la práctica arbitral, los abogados de las partes han extendido a diversos procesos arbitrales las normas del Código Procesal Civil sobre representación procesal, acumulación, intervención de terceros, notificaciones por edicto, nulidad de actos procesales, ofrecimiento y actuación de pruebas, cuestiones probatorias, desistimiento, excepciones, rebeldía, saneamiento procesal, saneamiento probatorio, fijación de puntos controvertidos y medidas cautelares. Cada una de estas situaciones procesales, o no tienen aplicación o no son necesarios en un arbitraje, o tienen un contenido o una aplicación diferente. Cuando estamos frente a árbitros experimentados o con conocimientos en la materia, el impacto de esta invasión procesal es adecuadamente controlada y neutralizada, pero cuando estamos frente a árbitros inexpertos o que tienen una aproximación procesal al arbitraje, este factor exógeno convierte al arbitraje en una secuencia amorfa, rígida y dilatada, donde los abogados de las partes reproducen en sede arbitral su actuación en los procesos civiles en perjuicio de un desarrollo eficiente de las actuaciones arbitrales.

¹⁹ En materia internacional, en la experiencia de CCI el camino de la autonomía se inició con el Reglamento de 1975. Como apuntan Derains y Schwartz: “Hace 30 años, los árbitros se remitían con frecuencia al derecho procesal nacional aplicable del lugar del arbitraje para abordar las cuestiones de procedimientos que podían surgir en el transcurso de éste. Así, antes de 1975, el Reglamento estipulaba que en los casos que no contemplara y siempre que las partes no hubieran escogido una “ley de procedimiento”, el árbitro debía acudir a “la ley del país en el que el árbitro realiza los procedimientos”. Sin embargo, en 1975, en la que fue calificada como una innovación revolucionaria, se revisó el Reglamento a fin de separar, en la medida de lo posible, el arbitraje de la ley de procedimiento local. Así, según el art. (sic) 11 del Reglamento adoptado en ese año, los árbitros fueron autorizados a decidir las cuestiones de procedimiento a su criterio y sin referencia a ninguna ley nacional o conjunto amplio de normas de procedimiento. Este principio fundamental todavía caracteriza el art. (sic) 15 (...)”. Ver: DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”. México-Oxford. 2001. pp. 255-256.

²⁰ Comparar: PLANTEY, Alain. “El arbitraje internacional en un mundo en cambio”. En: El Arbitraje Comercial Internacional. Suplemento Especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. 1995. pp. 19-20; CREMADES, Bernardo. “Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional”. En: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima 1. Año 86. 1998. p. 80; VON MEHREN, Robert B. “An international arbitrator’s point of view”. En: American Review of International Arbitration 10. 1999. pp. 207-209; y, ROGERS, Catherine A. “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”. En: Michigan Journal of International Law 23. Invierno 2002. pp. 350-354.

²¹ Particularmente, en Estados Unidos donde Carbonneau advierte: “On the other hand, increased recourse to arbitration in matters of civil litigation has enhanced lawyer participation in the arbitral process. Lawyer presence in arbitration has not engendered the conversion of litigators to a different religion of dispute resolution. Rather, the participation of lawyers has transformed arbitral proceedings into more formal and adversarialized procedures. The staples of trial practice –pre-trial discovery, depositions, interrogatories, the use of expert witnesses and of cross-examination, and evidentiary battles– have been transplanted and integrated into many domestic arbitrations. The “judicializing” of arbitration through lawyer participation in arbitral proceedings may allow due process protections to be incorporated into the “unofficial” court system for civil litigation, but it will also undermine arbitrations procedural efficiency and common sense approach to dispute resolution. There will be procedural due process, but arbitral justice will mirror the deficiencies of judicial justice.” Ver: CARBONNEAU, Tom. “Cases and Materials on Commercial Arbitration”. Adams & reese legal series. Volumen 1. 1997. p. 14. Por su lado, Phillips señala: “The criticism that arbitration is losing its allure because it mimics litigation is due largely to the increasing role lawyers play in the process. Because arbitration is a consensual process crafted by the parties, generally through their attorneys, they are in the drivers’s seat when it comes to the process that they get. If the seek continuances, file multiple motions, and seek extensive discovery, then the process will seem like a court proceeding. Arbitrators, whose role it is to manage the process, can encourage attorneys to curb their enthusiasm for litigation procedures, emphasize the need for efficiency, and issue rulings that will expedite the process while maintaining fairness. This is essential if arbitration is to remain a viable forum. However, in addition, attorneys need sound training in arbitration advocacy.” Ver: PHILLIPS, Gerald F. “Is creeping legalism infecting arbitration?” En: Dispute Resolution Journal. American Arbitration Association. Febrero-Abril 2003. p. 20.

Como se observa, también en la práctica arbitral se han producido diversas interferencias judiciales en los procesos arbitrales producto de acciones de amparo, acciones penales y medidas cautelares dirigidas a obstruir o paralizar el desarrollo de un arbitraje. Esta es, sin duda, la expresión más peligrosa de la judicialización del arbitraje, que no sólo depende de una regulación adecuada que defina y excluya supuestos de intervención judicial, sino sobre todo de la cultura legal de los mismos jueces; si de parte de los jueces existe información y conocimientos sobre el rol que deben cumplir en los procesos arbitrales, existen mayores probabilidades de que sean ellos mismos los que controlen su propia intervención en los supuestos previstos en la ley (autocontrol).

Frente a esta situación, debemos conservar y proteger la autonomía del arbitraje como institución, como disciplina y como instancia de resolución de conflictos ante la interferencia de las normas del proceso civil y las interferencias judiciales en el proceso arbitral. Los abogados de las partes deberían informarse y entrenarse en Derecho arbitral para ofrecer a sus clientes una más eficiente defensa de su caso y los árbitros, de otro lado, deberían ser más firmes y menos permisivos frente a tácticas dilatorias o procesales que perjudican una conducción eficiente del arbitraje²².

III. AUTONOMÍA DE LAS PARTES

La autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje; el acuerdo de las partes permite el

acceso al arbitraje y puede estructurar y orientar el desarrollo de un arbitraje²³. El convenio arbitral materializa estos acuerdos en distintos planos con la finalidad de asegurar la eficiencia del arbitraje. Pero, ¿cuáles son esos acuerdos que debe contener un convenio arbitral? En materia internacional, las cláusulas arbitrales deben considerar la elección de un arbitraje institucional, los requisitos, el número y la designación de los árbitros, la normativa aplicable, las reglas del proceso, el lugar del arbitraje, el idioma del arbitraje, provisiones para controlar la autoridad en el arbitraje, provisiones sobre la forma del laudo o sobre los estándares de revisión judicial de los mismos, entre otros pactos que deben considerarse según la experiencia y la práctica arbitral internacional²⁴. En un arbitraje doméstico, deben considerarse cinco aspectos básicos: a) la elección del tipo de arbitraje; b) la elección de la clase de arbitraje; c) la composición del Tribunal Arbitral; d) las reglas del proceso arbitral; y, e) los gastos arbitrales²⁵.

a) *Ad hoc* versus institucional

Una primera cuestión es el tema de elegir entre un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje institucional. La elección de uno u otro tipo de arbitraje dependerá del análisis costo beneficio que efectúen las partes en relación con la controversia²⁶. Si se decidiera por un arbitraje institucional, es posible tomar hasta tres caminos: i) adoptar el convenio arbitral tipo de una institución arbitral; ii) redactar un convenio arbitral de sometimiento a una institución arbitral; y, iii) adoptar el convenio arbitral tipo o redactar un convenio arbitral de sometimiento con pactos especiales.

²² En el mismo sentido, Phillips apunta: "Whether arbitration proceedings are becoming more protracted because larger cases are being arbitrated or for other reasons, arbitrators must dedicate themselves to containing the proceedings while allowing the parties to have a full and fair process. If arbitration is to remain a practical alternative to litigation in court, arbitrators must be more proactive and "hands on" in their management. (...) Lawyers who represent parties in arbitration must awaken to their responsibility to be arbitration advocates. They must learn the difference between arbitration and litigation and learn to employ the skills appropriate to the forum". Ver: PHILLIPS, Gerald F. Op. Cit. p. 38. Por su parte, Cremades expresa: "El arbitraje comercial internacional tiene hoy un marco de funcionamiento muy distinto al de otras épocas. Los abogados que participan en los procedimientos de arbitraje se inspiran en exceso en su actuar diario ante los tribunales estatales de justicia. En no pocos países, la cultura procesal lleva a sus protagonistas a dilatar al máximo en beneficio de su cliente los procedimientos. Las tácticas dilatorias utilizadas con relativa frecuencia en los procedimientos de arbitraje constituyen hoy su verdadero cáncer, ante el que los árbitros deben reaccionar de forma clara y rotunda. De entre los diferentes protagonistas que intervienen en el arbitraje, la figura del árbitro, y sobre todo la del presidente del Tribunal Arbitral, tiene la máxima relevancia en la prevención y lucha contra las tácticas dilatorias. El reticente a participar en un procedimiento de arbitraje efectúa a veces diferentes intentos que, si tiene éxito por la debilidad del árbitro, pueden llevar a naufragar el procedimiento arbitral. Por el contrario, cuando las partes ven que el tribunal, garantizándoles sus derechos de defensa, no permite abusos dilatorios, se convierten en más razonables y meditan mucho más de sus peticiones". Ver: CREMADES, Bernardo M. "Facultades del árbitro internacional en materia de prueba". En <http://www.aranzadi.es/online/publ...diario/activos/d301198/comment.html>. pp. 5-6. Ver también: CARBONNEAU, Tom. Op. Cit. p. 15.

²³ Carbonneau, en este sentido, sostiene: "A universal principle of contemporary arbitration law is that contract plays a vital role in the governance of arbitration. The vitality of that role vary by legal system, court, statute, or treaty. Nonetheless, party agreement often provides the most significant rules for regulating arbitrations and conducting arbitral proceedings". Ver: CARBONNEAU, Thomas E. "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law. Volumen 36. 2003. pp. 1189-1190. Para una mayor acentuación de la autonomía de las partes en relación con la intervención judicial puede verse: DAVIS, Kenneth R. "A Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power". En: Fordham Urban Law Journal. Enero 1999. pp. 167-208.

²⁴ Comparar: CARBONNEAU, Thomas E. Op. Cit. pp. 1205-1231 y BOND, Stephen R. "Como redactar una cláusula compromisoria". En: El Arbitraje Comercial Internacional. Suplemento Especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. 1995. pp. 25-35.

²⁵ La elección del lugar del arbitraje, del derecho aplicable y del idioma del arbitraje son aspectos que también pueden tener relevancia en un arbitraje doméstico en países con diversas legislaciones federales o lenguas.

²⁶ Sobre las ventajas y desventajas de cada uno ver REDFERN, Alan y Martín HUNTER. "Law and Practice of International Commercial Arbitration". Segunda Edición. Londres: Sweet & Maxwell. 1991. pp. 53-57; AKSEN, Gerald. "Ad hoc versus Institucional Arbitration".

Si se adopta el convenio arbitral tipo de una institución arbitral, debe cuidarse que las reglas arbitrales sean eficientes y permeables a las particularidades del conflicto. La adopción de este convenio permite que se incorporen a la relación jurídica celebrada entre las partes todas las disposiciones del reglamento arbitral que regirán el arbitraje²⁷. Si, más bien, se redacta un convenio arbitral de sometimiento a una determinada institución, debe cuidarse que contenga estos dos elementos: 1) el encargo expreso de las partes a una institución determinada para la organización y administración del arbitraje; y, 2) el sometimiento expreso e incondicional de las partes a los estatutos y reglamentos de la institución elegida y a la decisión de sus órganos, con la finalidad de evitar cualquier tipo de cuestionamiento sobre la competencia institucional.²⁸ Si, por último, se decide incorporar pactos especiales al convenio arbitral tipo o al convenio arbitral de sometimiento institucional, hay que cerciorarse de que exista una disposición permisiva en el reglamento arbitral. En cualquier caso, como regla general, debe tenerse en cuenta que las disposiciones que suponen el ejercicio de un control o una intervención institucional no están sujetas a modificación²⁹.

Si se decidiera conducir el arbitraje de manera *ad hoc*, es posible también seguir tres caminos: i) adoptar un convenio arbitral modelo *ad hoc*; ii) redactar un convenio arbitral permitiendo la aplicación de un reglamento institucional; y, iii) redactar un convenio arbitral especial. En el primer caso, puede adoptarse el convenio arbitral modelo

de UNCITRAL que permite la aplicación del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL de 1976 a cualquier arbitraje, en cuyo caso debe tomarse la precaución de escoger la entidad nominadora de árbitros³⁰. En el segundo caso es posible que las reglas de una determinada institución sean eficientes para el desarrollo del arbitraje y las partes quieran usarlo, en cuyo caso debe tomarse la precaución de adaptar los supuestos de intervención institucional. En el tercer caso las partes pueden ocuparse directamente de diseñar reglas especiales para determinados aspectos del arbitraje, en cuyo caso es recomendable que se tomen las medidas necesarias para evitar la intervención judicial para la designación de una entidad nominadora de árbitros.

b) Derecho versus conciencia

Las partes también pueden elegir entre un arbitraje de Derecho o un arbitraje de conciencia, según su conveniencia. Si no efectúan una elección, en virtud del artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, se entiende que el arbitraje es de conciencia. Sobre el particular, para tomar una decisión adecuada, es necesario tener en cuenta los alcances de cada clase de arbitraje. En líneas generales, puede decirse que un arbitraje de Derecho supone la aplicación de las normas legales imperativas y dispositivas en la solución del fondo de la controversia, mientras que un arbitraje de conciencia puede dejar de lado la aplicación de normas dispositivas o de términos contractuales injustos para el caso en concreto, con el límite de las normas imperativas o de orden público³¹.

En: ICC International Court of Arbitration Bulletin 1. Volumen 2. Junio 1991. pp. 65-71; SPENCER, Glen H. "Administered vs non administered arbitration". En: Dispute Resolution Journal Febrero 1999. pp. 42-49; CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Segunda edición. Buenos Aires: Ad hoc. 2000. pp. 67-71; DEMETER, Dalma. "Ad hoc versus Institutional Arbitration". Central European University. Abirl 2004. En: http://www.personal.ceu.hu/students/03/Dalma_Demeter/Thesis.doc. Para una aproximación local ver: RUBIO GUERRERO, Roger. "Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú". Tesis de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 35-41 y 210-221.

²⁷ De ahí que la fuerza de sus estipulaciones sea eminentemente "contractual" y que su vinculación se sostenga en el principio *pacta sunt servanda*.

²⁸ Comparar: RUBIO GUERRERO, Roger. Op. Cit. pp. 58-59.

²⁹ Es ilustrativo, en este sentido, el artículo 1.1. del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL que permite las modificaciones que las partes puedan acordar por escrito y el artículo 1.1 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA que establece la prevalencia de las reglas particulares de las partes y permite las modificaciones de las reglas por acuerdo de las partes. Asimismo el artículo 3 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL admite la posibilidad de utilizar reglas distintas con aplicación supletoria del reglamento, sin renunciar a las disposiciones sobre costos del arbitraje y prohibiendo a las partes modificar, condicionar o reducir las funciones asignadas al Centro. El artículo 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, de otro lado, establece la prevalencia de las disposiciones del reglamento sobre el acuerdo de las partes.

³⁰ Ver artículos 6 y 7 del Reglamento.

³¹ Al respecto, Redfern y Hunter señalan: "The distinctive difference between arbitrators and amiable compositeur is that the latter need no apply strict legal rules of interpretation to the obligations of the parties, contractual or otherwise, if a strict legalistic approach would lead to an inequitable result. (...) Nonetheless, the powers of amiable compositeur are not unlimited, nor indeed should they be; they must observe due process in giving equality of treatment to the parties, and they are bound by the public policy rules, and any mandatory provisions, of the *lex arbitri*." Ver: REDFERN, Alain y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 36. A su vez, Reisman, Craig, Park y Paulsson expresan: "A decision *ex aequo et bono* does not import an absolute conception of equity but simply an instruction to arbitrators to ignore the existing terms of a contract and/or those parts of the governing law which are dispositive and to refashion the contract in ways that appear to them to be appropriate." Ver: REISMAN, W. Michael; CRAIG, W. Laurence; PARK, William y Jan PAULSSON. "International Commercial Arbitration. Cases, materials and notes on the resolution of international business disputes". Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1997. p. 196. Ver también: RUBINO-SANMARTANO, Mauro. "Amiable Compositeur (joint Mandate to Settle) and Ex Bono et Aequo (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law)". En: Journal of International Arbitration 1. Volume 9. Marzo 1992. pp. 5-16; y, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia". En: Ius et Veritas 12. Año VII. 1996. pp. 115-124.

Desafortunadamente, en la práctica arbitral ni las partes ni los mismos árbitros entienden esta distinción en su real dimensión. En los arbitrajes de conciencia se observan dos reacciones diferentes, según que estemos ante árbitros que son abogados o que no son abogados. Cuando los árbitros son abogados, muchos árbitros resuelven con normas imperativas y dispositivas sin distinción y en aplicación estricta de los términos contractuales; no hay un ejercicio de equidad y los laudos pueden perfectamente considerarse como laudos de Derecho. Cuando los árbitros, en cambio, no son abogados, existe la tendencia a resolver la controversia según sus conocimientos técnicos y su *leal saber y entender* de manera privilegiada frente a las normas legales (sean dispositivas, imperativas o de orden público). No existe pues aún un equilibrio adecuado en estos arbitrajes.

Ahora bien, toda la responsabilidad no reposa únicamente sobre los árbitros; los abogados de las partes juegan muchas veces un papel gravitante en la orientación de la decisión de los árbitros de conciencia. Si los abogados no brindan a los árbitros los elementos necesarios para un fallo en equidad, es posible que los árbitros abogados muestren una tendencia a decidir mediante la aplicación estricta de la ley sin distinción de normas y que los árbitros no abogados decidan con sus conocimientos técnicos y sus criterios de equidad sin límites legales. Para una resolución más eficiente del conflicto es necesario que los abogados de las partes aporten criterios de equidad en la argumentación y la discusión del caso frente a árbitros que son abogados, mientras que, frente a árbitros que no son abogados, deben procurar centrar la argumentación y la discusión del caso en los aspectos técnicos, sin revestirlos de complejidad legal y advirtiéndolos sobre las normas imperativas o de orden público sólo cuando estén en juego. Para alcanzar estos fines, las partes podrían establecer estipulaciones de previsión o precisiones sobre los alcances y límites de los árbitros de conciencia.

c) Composición del Tribunal Arbitral

La composición del Tribunal Arbitral es otro de los contenidos del convenio arbitral que contribuye a la eficiencia del arbitraje. Las partes deben decidir el número de árbitros, los requisitos y condiciones

que deben reunir y la forma en que deben ser designados. En cuanto al número de árbitros, existe un límite a la autonomía de la voluntad por mandato legal; la composición debe ser, en todos los casos, una composición impar; sin embargo, si las partes pactan un número par de árbitros, esta estipulación no vicia el convenio arbitral, sino que obliga a los árbitros designados a designar un árbitro adicional³².

En cuanto a los requisitos convencionales, es una potestad que corresponde a las partes en atención a criterios como especialidad, experiencia, nacionalidad, domicilio, entre otros³³. En cuanto a la forma de designación de los árbitros, las partes son libres para escoger el procedimiento que les convenga, siempre que se respete el principio de igualdad en la designación³⁴. Es posible, además y con el fin de evitar la intervención judicial, que las partes faculden a una entidad nominadora para que cumpla con efectuar la designación ante supuestos de incumplimiento de designación a fin de evitar la intervención judicial³⁵.

d) Regulación del proceso

La regulación del proceso arbitral es otro aspecto librado a la voluntad de las partes que puede estar contenido en el convenio arbitral o en un acuerdo complementario y que debe responder a las necesidades de la controversia. Es importante destacar, en este sentido, que el artículo 33 de la LGA confiere a las partes la potestad de regular el proceso arbitral y, sólo ante la falta de acuerdo de las partes, traslada la determinación de las reglas a los árbitros.

Las partes suelen abordar este aspecto mediante la adopción de un convenio arbitral tipo o mediante la remisión a unas reglas de arbitraje predeterminadas. Cuando no existe esta remisión y la controversia no ha surgido todavía, no es usual que las partes se ocupen de negociar y diseñar cada una de las reglas del arbitraje, a lo sumo es posible encontrar pactos especiales (como el plazo para laudar), en tanto que cuando la controversia ya ha surgido es usual que las reglas del proceso sean libradas a los árbitros.

En cualquier caso, son las partes las que en armonía con la ley arbitral aplicable tienen la libertad de

³² Ver artículo 24 de la LGA.

³³ Ver artículo 28, inciso 1 de la LGA.

³⁴ Ver artículo 21 de la LGA.

³⁵ Ver artículo 20 de la LGA.

escoger las reglas del proceso que consideren apropiadas para su conflicto, teniendo como límites el trato equitativo a las partes y el orden público o las normas imperativas del lugar del arbitraje³⁶.

e) Costos arbitrales

Los gastos del arbitraje es otro aspecto que vale la pena tener en cuenta al momento de celebrar un convenio arbitral, en particular cuando no estamos frente a un arbitraje institucional que cuenta con criterios y aranceles preestablecidos. Las partes pueden establecer en el convenio criterios o pautas para la determinación de los honorarios de los árbitros, estipular la aplicación de una determinada Tabla de Gastos Arbitrales o señalar topes máximos. Un pacto de esta naturaleza puede delimitar los rangos de honorarios de los árbitros o puede ser un buen punto de partida para ponerse de acuerdo con ellos sobre el monto de sus honorarios al iniciar el arbitraje.

En cualquier caso, consideramos que las partes deben recoger los estándares del mercado en este aspecto para que no sea un obstáculo encontrar árbitros experimentados dispuestos a tomar el caso bajo esas condiciones. Los árbitros, por su parte, deben revisar el convenio arbitral y, si encuentran acuerdos sobre este aspecto que no comparten, deben al menos hacer una reserva al momento de su aceptación. Si los árbitros no estuvieran de acuerdo con los criterios para determinar honorarios y gastos del convenio arbitral y no sea posible la modificación de esos criterios de común acuerdo con las partes, están obligados a respetar esas condiciones, salvo que hayan hecho reserva específica a dicho pacto al momento de aceptar el cargo.

En estos aspectos revisados vemos como la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje, de manera que el acuerdo de voluntades no se agota con la celebración del convenio arbitral que somete la controversia a arbitraje; la autonomía de las partes se extiende aunque con diversa intensidad a todo el iter arbitral³⁷.

f) Cláusulas patológicas

Las cláusulas arbitrales patológicas son unas de las distorsiones generadas por la propia autonomía de las partes, por fallas de información que impiden que el acuerdo de arbitraje sea eficaz para desarrollar el arbitraje. Una cláusula patológica, se ha sostenido, supone, por una parte, la existencia al momento de su firma de la voluntad de las partes de someter sus litigios futuros y eventuales al arbitraje y, por otra, su ineficacia posterior en razón de una o más deficiencias de redacción, y suele manifestarse principalmente a dos niveles, en la designación de los árbitros y en la definición de la materia arbitral³⁸.

La fuente recurrente de cláusulas patológicas en materia internacional son los arbitrajes *ad hoc*, en los que las partes no se refieren a ningún reglamento de arbitraje preexistente y organizan directamente el arbitraje. En nuestro medio, algunos elementos patológicos que hemos encontrado son los siguientes: i) libre elección para una de las partes entre la sede judicial o la sede arbitral para sus reclamaciones y acceso restringido para la otra parte a la vía arbitral, sujeto a la voluntad de la primera; ii) fragmentación de materias de un mismo contrato para ser resueltas en sede judicial y en sede arbitral; iii) elección simultánea de un arbitraje de Derecho y un arbitraje de conciencia; iv) designación por defecto del árbitro que corresponde designar a una parte a cargo del árbitro designado por la otra parte; v) designación de dos árbitros por cada parte para resolver la controversia e intervención de un árbitro dirimente sólo ante la falta de acuerdo de los dos árbitros de parte; vi) designación de una institución para nombrar árbitros por defecto y designación de otra institución para organizar y administrar el arbitraje; vii) designación errónea de una institución; viii) previsión de una negociación o una conciliación con un arbitraje sin límite de duración del primero; y, ix) sanción de allanamiento de las pretensiones de la otra parte ante la falta de pago de los gastos arbitrales³⁹.

Si bien no todas tienen el mismo grado de complejidad, este tipo de acuerdos pueden entorpecer,

³⁶ Comparar: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. pp. 292-293.

³⁷ Existen otros contenidos, como el idioma del arbitraje, la distribución de los gastos arbitrales, las garantías para el cumplimiento del laudo, las facultades de ejecución del laudo que también pueden ser incorporados en el convenio arbitral y que constituyen también la expresión de la voluntad de las partes.

³⁸ DERAIS, Yves. "Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas". En: El Contrato de Arbitraje, Eduardo Silva Romero (Director Académico) y Fabricio Mantilla Espinosa (Coordinador Académico). Bogotá: Legis. 2005. p. 192.

³⁹ Salvo el último caso que se trató de un arbitraje *ad hoc*, todos los demás casos se han suscitado en convenios arbitrales de casos sometidos al CCANI-CCL.

retrasar o incluso frustrar el inicio o el desarrollo del arbitraje; en cualquier caso, los remedios pueden ser proveídos por las instituciones arbitrales y por los propios árbitros al interpretar los alcances del convenio arbitral.

IV. LAS REGLAS DE ARBITRAJE

Las reglas del arbitraje constituyen otro de los factores elementales para la funcionalidad del arbitraje; son instrumentos que deben servir para encauzar la actuación de las partes y la actuación de los árbitros. No pueden entorpecer el desarrollo del arbitraje y no pueden perjudicar la discusión del fondo de la controversia. Por eso es importante escoger o diseñar unas reglas eficientes que sean flexibles a la autonomía de la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros. Pero, ¿cómo se pactan las reglas arbitrales? ¿es más conveniente unas reglas detalladas o unas reglas generales? ¿pueden las reglas ser variadas por los árbitros o por las partes? ¿las reglas prevalecen frente a las disposiciones legales? ¿pueden las reglas flexibilizar las normas de la ley? ¿pueden las reglas regular los vacíos de la ley?

a) La determinación de las reglas

Las reglas del arbitraje nacerán del acuerdo de voluntades de las partes si hubiesen sido establecidas en el convenio arbitral, en un acuerdo complementario o hubiesen surgido de la autoridad de los árbitros al inicio del arbitraje. En cualquier caso, la instalación del Tribunal Arbitral es un momento oportuno para revisar o adecuar reglas predeterminadas o concertar las reglas con las partes.

Si se trata de un arbitraje institucional, la variabilidad de las reglas institucionales en la instalación estará sujeta a la calidad del reglamento arbitral para el desarrollo del arbitraje y a la admisión de reglas particulares del propio reglamento arbitral. Si el reglamento arbitral tiene disposiciones deficientes o muchos vacíos, la necesidad de reglas correctivas o adicionales se incrementará; en cambio, si las reglas son eficientes y flexibles, la necesidad de

reglas particulares será menor y estará circunscrita a las exigencias de la controversia en concreto. Por cierto, cualquier cambio en las reglas de juego debe contar con el consentimiento de las partes.

Si se trata de un arbitraje *ad hoc* y las partes no han establecido las reglas y los árbitros determinarlas deben, la calidad de las reglas va a depender mucho de la calidad y la experiencia de los árbitros en materia arbitral. Si los árbitros tienen experiencia existe una mayor probabilidad de que las reglas que utilicen sean reglas más o menos estandarizadas en el mercado; si los árbitros no tienen mucha experiencia arbitral o son partidarios de reglas lacónicas, es posible que el curso de las actuaciones sea incierto y la actuación de las partes esté más propensa a orientarse con las normas del proceso civil.

b) Pactos especiales

Una cuestión importante, ya sea que nos encontremos frente a reglas predeterminadas o no, es la cuestión de los pactos especiales de las partes previstos en el convenio arbitral. Estos pactos constituyen condiciones particulares que las partes acuerdan para su arbitraje, de tal manera que, en líneas generales, deben ser respetados por los árbitros, salvo que se produzca un acuerdo expreso o tácito que los modifique. En arbitrajes institucionales es necesario revisar si el reglamento arbitral aplicable admite reglas particulares de las partes y las condiciones que éstas deben cumplir⁴⁰.

Son frecuentes los pactos referidos a la duración del arbitraje o al plazo para laudar, el problema es que, en ocasiones, los plazos previstos son plazos breves que no guardan correspondencia con las exigencias de la controversia. Entonces, ¿están obligados los árbitros a someterse a ese plazo? Considero que el plazo para laudar es una potestad de las partes, según el artículo 48 de la LGA, salvo que las partes hayan conferido esa prerrogativa a los árbitros o a la institución arbitral y, en tal sentido, sólo el acuerdo de las partes puede modificarlo.

⁴⁰ El artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA es ilustrativo al respecto: "14.1 Las partes podrán pactar –y así se recomienda– la instrucción de su arbitraje, respetando los principios generales que el Tribunal Arbitral deberá observar siempre: (i) tratar equitativa e imparcialmente a todas las partes, concediendo a cada una la oportunidad de ser oída; y, (ii) acordar procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios, con el fin de procurar medios equitativos y eficientes para resolver definitivamente la controversia existente entre las partes. Las partes adoptarán dichos acuerdos por escrito o, a su solicitud y con su autorización, se registrarán por escrito por el Tribunal Arbitral. 14.2 Salvo acuerdo por escrito de las partes en contrario al amparo del Artículo 14.1, el Tribunal Arbitral estará dotado de la más amplia discreción para el ejercicio de las funciones legalmente previstas por las leyes o normas que el Tribunal Arbitral estime aplicables. En todo caso, las partes harán lo posible para la equitativa, efectiva y rápida instrucción del procedimiento (...)".

¿Qué pueden entonces hacer los árbitros? Un árbitro debería, al momento de tomar una decisión sobre una designación, conocer el convenio arbitral así como el contrato suscrito por las partes y tener información preliminar sobre los términos de la controversia; si con esta información considera que el plazo para laudo previsto por las partes puede ser inconveniente, debe al menos hacer una reserva a su aceptación, sin perjuicio de alcanzar luego un acuerdo con las partes para modificar ese extremo. Si no hay reserva y no es posible el acuerdo de las partes, los árbitros deben sujetarse, en mi opinión, a los términos del convenio arbitral sin variaciones.

c) Las reglas frente a la ley

Las reglas del arbitraje constituyen el margen que la ley arbitral deja a la autonomía de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros para desarrollar un arbitraje. Las leyes arbitrales más liberales son las que reconocen ámbitos de autorregulación a las partes y, en su defecto, a los árbitros para estructurar el arbitraje. Nuestra ley arbitral tiene, en este sentido, una serie de espacios abiertos a la autonomía de la voluntad que privilegian el acuerdo de las partes a la aplicación de la norma legal.

Es decir, si ante una situación determinada tenemos un acuerdo directo de las partes o una regla aplicable por acuerdo de las partes, debemos descartar la solución de la ley que tiene más bien carácter supletorio frente a la autonomía de las partes; por ejemplo, cuando existe un plazo para laudo establecido por las partes en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral al cual se sometieron, no puede aplicarse el plazo de ley (artículo 48 de la LGA) porque se trata de un plazo supletorio a la voluntad de las partes.

Por el contrario, cuando se trata de una norma imperativa, donde no hay márgenes para el acuerdo de las partes, no es posible que un acuerdo o una regla que vaya en contra de esa norma surta efectos; por ejemplo, cuando se condiciona el *Kompetenz-Kompetenz* de los árbitros (artículo 39 de la LGA) o cuando se pacta la renuncia al recurso de anulación en un arbitraje nacional o cuando se restringe las causales⁴¹.

Las partes, y en su caso los árbitros, tienen una amplia libertad y discrecionalidad para el diseño de las reglas del proceso, debiendo observar el principio de igualdad entre las partes y respetar el derecho de defensa. Salvo estas “llaves maestras”, no existen límites al tipo de reglas que las partes o los árbitros establezcan; en este sentido, pueden flexibilizarse determinadas normas de la ley⁴² o llenarse los vacíos para un mejor desarrollo del proceso e incluso adoptarse o recogerse principios, usos y costumbres arbitrales.

d) ¿Procedimiento supletorio legal?

Si tenemos que el arbitraje es una estructura flexible a la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros, entonces ¿cuál es el sentido y el alcance del procedimiento supletorio del artículo 34 de la LGA? Considero que esta norma es incongruente con el espíritu de una ley arbitral moderna asentada en la autonomía de las partes y la discreción de los árbitros⁴³. Ninguna regulación arbitral moderna incorpora un “procedimiento supletorio” debido a que no es posible estandarizar en una ley reglas comunes para cualquier tipo de arbitraje; las reglas son dinámicas y cambiantes en la experiencia arbitral y, por eso, son libradas a las partes, a los árbitros o a las instituciones arbitrales.

De cualquier manera, el tenor de la norma nos obliga a reflexionar sobre sus alcances. La norma estipula “salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas”. Esta expresión sugiere dos interpretaciones. Una primera interpretación indica que estas normas supletorias sólo pueden aplicarse “en bloque” cuando no existan reglas acordadas por las partes o determinadas por los árbitros con arreglo al artículo 33 de la LGA; si ya existen reglas arbitrales, cualesquiera que estas sean, no tiene ningún sentido hacer uso de estas normas. Una segunda interpretación sugiere, en cambio, que estas normas pueden aplicarse de manera supletoria a cualquier proceso arbitral aun cuando existan reglas arbitrales acordadas por las partes o determinadas por los árbitros si no existe regulación expresa de un supuesto determinado en dichas reglas.

⁴¹ Según el artículo 126 de la LGA, sólo puede renunciarse al recurso de anulación en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú.

⁴² Por ejemplo, las reglas pueden flexibilizar los artículos 40, 42, 43, 54, 55, 58 y 81 de la LGA.

⁴³ Esta norma, recordemos, se arrastra del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje de 1992 que fue, a su vez, recogida del artículo 52 del Proyecto de Normas sobre Arbitraje del Instituto Libertad y Democracia (1992), del artículo 31 del Anteproyecto de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales (1989) y del artículo 30 del Anteproyecto de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales (1987).

Considero que hay en esta última interpretación la intención, en principio, de aprovechar normas que pueden servir para cualquier proceso arbitral⁴⁴ pero que pueden generar también inconvenientes para el ejercicio de la discrecionalidad de los árbitros. Por ejemplo, es posible que en las reglas no se haya previsto la oportunidad en que los árbitros deben resolver, como cuestión previa, la excepción de incompetencia formulada por una de las partes, y la aplicación supletoria del inciso 4 en ese caso supone restringir la discrecionalidad de los árbitros para tomar una decisión sobre la oportunidad de resolver este asunto. Lo mismo puede suceder con el plazo de 15 días para la actuación de pruebas en audiencias. Una de las partes puede exigir la aplicación supletoria de esta norma ante la ausencia de una regla específica sobre el particular, aun cuando el caudal probatorio por actuarse exceda este plazo, con el ánimo de frustrar la actuación de medios probatorios. Me parece que la norma entonces debe aplicarse “en bloque” cuando no se tengan reglas del proceso; si existen esas reglas esta norma resulta inaplicable y, si encontramos vacíos en esas reglas, deberán ser resueltos por los árbitros a su discreción según las circunstancias del caso.

e) Mutabilidad y flexibilidad de las reglas

Otro aspecto importante con relación a las reglas del arbitraje es su “mutabilidad” en el transcurso de las actuaciones arbitrales. Si bien es cierto que las partes, al iniciar un arbitraje, conocen la materia controvertida y los árbitros pueden tener amplia experiencia arbitral, no es posible prever el curso de las actuaciones arbitrales y, por consiguiente, no es posible tener certeza sobre si las reglas que se están pactando son suficientes o son adecuadas.

La pregunta inevitable es, entonces, ¿es posible cambiar las reglas de juego en el camino o estamos condenados a las reglas establecidas al inicio del arbitraje? Si las reglas han sido establecidas por las

partes, ¿pueden éstas introducir libremente una modificación a dichas reglas y hacerlas prevalecer por encima de la voluntad de los árbitros? Si las reglas han sido determinadas por los árbitros, ¿pueden éstos variar una regla que consideran inconveniente sin necesidad del acuerdo de las partes?⁴⁵

Desde un punto de vista, las reglas deben ser claras y estables para una mayor seguridad en el desarrollo del arbitraje; desde otro punto de vista, las reglas son el instrumento que los árbitros necesitan para dirigir y conducir el proceso y deben servir a esa finalidad. Me inclino a pensar, en términos generales, que cuando tenemos reglas expresas (institucionales o *ad hoc*) y el proceso está en curso, para “variar” una regla debe contarse con el consentimiento de las partes y de los árbitros para que surta efecto (en ocasiones también de la institución). Sin embargo, frente a una regla que atenta contra la eficiencia del arbitraje (prevista con anterioridad o acordada por las partes con posterioridad), los árbitros, en su condición de directores del proceso, pueden en forma “excepcional” variar o desechar esa regla, debiendo en ambos casos expresar las razones de su decisión; de cualquier manera esta discreción debe ejercerse con ponderación y de manera restringida⁴⁶.

Nada de esto impide, desde luego, que entre en juego la flexibilidad de los árbitros en la aplicación de las reglas o su discrecionalidad para cubrir los vacíos de las mismas. En efecto, la flexibilidad que es inmanente al arbitraje y que es un principio no escrito permitirá siempre a los árbitros flexibilizar las reglas, es decir, relajar su exigencia ante las circunstancias particulares del caso sin vulnerarlas o cambiarlas. La discrecionalidad, de otro lado, permitirá a los árbitros enfrentar los vacíos y las deficiencias de las reglas y establecer incluso reglas complementarias ante las exigencias del desarrollo del proceso. En cualquier caso, es recomendable

⁴⁴ Los incisos 2 y 3 pudieron utilizarse, por ejemplo, en una norma de rebeldía arbitral o el inciso 7 pudo utilizarse como una “norma base” para las funciones de los árbitros en un proceso.

⁴⁵ Piénsese, en el primer caso, en la variación del voto decisivo del presidente del tribunal por un pacto de árbitro dirimente y, en el segundo caso, en la variación de las reglas de juego sobre la actuación de medios probatorios.

⁴⁶ La justificación se encuentra en la mejor posición que adquiere el Tribunal Arbitral con el desarrollo del proceso, como expresan Redfern y Hunter: “*In a well-conducted international commercial arbitration, control of the proceedings moves gradually from the parties themselves to the arbitral tribunal. At first it is the parties who are in full charge. They alone know the issues in dispute, how they intend to set about proving the facts upon which they place reliance and what arguments of law they propose to put forward. The case which is to be put to the arbitral tribunal is “their” case. Indeed, the arbitral tribunal owes its very existence to the parties; it is “their” arbitral tribunal. As the proceedings develop, however, the arbitral tribunal becomes increasingly familiar with the matters in dispute. It should begin to decide for itself what facts it regards as relevant and what questions of law it regards as important. It is in a position to start making known its views as to how the case should be presented within the framework of the particular rules which govern the proceedings, whether these are ad hoc or the rules of an arbitral institution. The balance of power, in effect, shifts from the parties to the arbitral tribunal. It is right that this should be so. It is the arbitrators and not the parties who are the final judges of the matters in dispute. However, this shift in the balance of power will only happen if the arbitrators themselves know when and how to take charge of the proceedings; and, in particular, if they understand the armoury of weapons which their position puts at their command*”. En: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 258.

que, al establecerse las reglas, se incorpore una previsión sobre todos estos aspectos que despeje dudas.

f) Flexibilidad e inflexibilidad de los plazos

Un aspecto vinculado a este tema es la cuestión de los plazos. La cultura legal también ha trasladado la lógica de los plazos del proceso civil y de las etapas procesales al arbitraje. En el proceso civil, cualquier cosa que se haga fuera de plazo constituye una violación de las normas imperativas de la norma procesal civil y puede acarrear serias consecuencias procesales. Es así como los plazos construyen una estructura rígida de la que no es posible escapar; los plazos son esenciales y determinantes para definir y garantizar los derechos de las partes en el proceso civil.

En el arbitraje hay que distinguir entre los plazos que corresponden a diferentes momentos del iter arbitral: (i) los plazos para la composición del Tribunal Arbitral; (ii) los plazos del proceso arbitral; (iii) el plazo para laudar; y, (iv) los plazos *post*-laudo. La intensidad de la flexibilidad baja conforme se avanza en esta escala, los plazos para la composición del Tribunal Arbitral pueden ser flexibilizados para alcanzar la finalidad de la designación de los árbitros, siempre que no cause un perjuicio a la otra parte⁴⁷.

Los plazos del proceso arbitral permiten ordenar las actuaciones arbitrales y contribuyen a una mejor organización del proceso; han sido establecidos para ser cumplidos y es una garantía de la igualdad de las partes en el proceso. Sin embargo, no pueden tener el mismo carácter que los plazos del proceso civil, los plazos deben servir a la eficiencia del arbitraje y deben ser flexibles a las circunstancias

particulares del caso. Si un plazo no es cumplido y no existe justificación adecuada de la parte incumplidora, ésta debe soportar todas las consecuencias del incumplimiento, porque no pueden utilizarse los plazos como mecanismos dilatorios o de mala fe pero tampoco pueden ser extremadamente rígidos ante circunstancias justificadas; en consecuencia, es la discrecionalidad de los árbitros la que debe evaluar y decidir estas situaciones en cada caso concreto⁴⁸.

Una regla de prórroga de los plazos en este sentido puede contribuir a un mejor manejo de los plazos, las partes pueden, antes del vencimiento del plazo, pedir que el Tribunal Arbitral prorrogue un plazo determinado atendiendo a las circunstancias invocadas. Los árbitros, al conceder una prórroga, deberán tomar las medidas necesarias para extender ese beneficio también a la otra parte, por ejemplo, si una parte pide una prórroga para la presentación de su demanda, el plazo adicional que se le concede debe también concederse a la otra parte para la contestación de la demanda; si es un plazo que es simultáneo para las partes, la prórroga debe beneficiar a ambas partes y, si estamos ante una prórroga que no supone una actuación contradictoria, el Tribunal deberá tener en cuenta esta circunstancia cuando la otra parte pida una prórroga.

El plazo para laudar, en cambio, es un plazo que no está sujeto a flexibilidad, debe respetarse de manera estricta porque su inobservancia puede acarrear la anulación del laudo. Los plazos para las correcciones, aclaraciones e integraciones, de otro lado, en la medida que conciernen al laudo, deben también observarse de manera estricta por las partes y por los árbitros.

⁴⁷ Ciertamente, debe existir un límite que, en mi concepto, debe ubicarse en el momento en que la parte renuente a la designación es notificada con el inicio del mecanismo para la designación por defecto (sea un juez o un tercero), salvo acuerdo en contrario de las partes. No comparto, en este sentido, el criterio laxo del artículo 23 de la LGA que posibilita que la parte renuente efectúe su designación incluso en la audiencia ante el juez, considero que esta solución incentiva el incumplimiento en la designación de quien no le interesa iniciar el arbitraje. Algunos reglamentos arbitrales, sin embargo, pueden ser estrictos por razones de control aunque con márgenes adecuados de discrecionalidad; así, el artículo 7.2 de la LCIA expresa: "Por mucho que las partes hayan acordado que la Demandada o un tercero designe a un árbitro, si dicha designación no se produce dentro del plazo al efecto conferido, la Corte de la LCIA, a pesar de la ausencia de designación, puede nombrar un árbitro desentendiéndose de ulteriores designaciones. De igual forma, si las partes han acordado que la Demandante o un tercero designe a un árbitro y la solicitud carece de tal designación, la Corte de la LCIA, a pesar de la ausencia de designación, puede nombrar un árbitro desdénando ulteriores designaciones".

⁴⁸ Es ilustrativa en este sentido la regla 26(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que expresa: "Toda actuación hecha después que haya vencido el plazo correspondiente se tendrá por no hecha, salvo que el Tribunal, en circunstancias especiales y después de dar a la otra parte una oportunidad para que haga presente su parecer, decida lo contrario". Ver también el artículo 4.7 de las Reglas de Arbitraje de la LCIA que confiere a los árbitros la potestad de prorrogar en cualquier momento (incluso en el supuesto de que el plazo haya vencido) o abreviar cualquier plazo previsto en el Reglamento o en el convenio arbitral para la instrucción del arbitraje, así como el artículo 3.4 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA. Sobre el particular, la nota 39.a de las notas de UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral señala: "Es aconsejable que el tribunal arbitral fije plazos, el tribunal quizá desee, por una parte, evitar que el proceso se prolongue indebidamente y reservarse, por otra, cierta discrecionalidad a fin de poder permitir la presentación de escritos fuera de plazo, si las circunstancias lo piden. En algunos casos, el tribunal arbitral puede preferir no planificar de antemano la presentación de escritos y decidir esas cuestiones, incluidos los plazos, a la luz de la evolución del proceso. En otros casos, puede desear determinar, al fijar los plazos para la presentación de escritos, el número de escritos posteriores".

g) Flexibilidad versus Preclusión

Vinculado al tema de los plazos se encuentra también el tema de las etapas procesales. En el proceso civil rige el principio de la preclusión como garantía de una secuencia ordenada del proceso. Se tiene una etapa para plantear pretensiones y ofrecer medios probatorios así como para deducir excepciones y formular cuestiones probatorias (postulatoria), se tiene una etapa de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos (saneamiento) y se tiene una etapa para actuar los medios probatorios (probatoria). Las fronteras en cada caso están delimitadas y no hay punto de retorno.

El proceso arbitral, por el contrario, está esencialmente regido por el principio de flexibilidad; en este sentido, si bien existe también una secuencia de actuaciones que ordenan el proceso, esto no impide que las partes puedan ofrecer nuevos medios probatorios en el transcurso de las actuaciones arbitrales o que, antes del cierre del periodo probatorio, puedan plantear incluso nuevas pretensiones⁴⁹. Se trata ciertamente de una prerrogativa que encuentra contrapeso en la discrecionalidad de los árbitros, quienes deben decidir estas cuestiones en atención a las circunstancias particulares del caso. Los árbitros tienen la misión de resolver el conflicto entre las partes y con esa finalidad están facultados para ser flexibles en la aplicación de las reglas del proceso.

h) Flexibilidad en los honorarios y gastos arbitrales

Los costos del arbitraje pueden convertirse en una situación crítica en perjuicio del desarrollo del arbitraje si no tenemos reglas eficientes para determinarlos y para exigir su pago. Una situación de incumplimiento en el pago de los costos arbitrales puede suspender el proceso por tiempos prolongados o, incluso, ocasionar el término de las actuaciones. Las reglas varían según las instituciones y los tribunales arbitrales *ad hoc*; sin embargo, cualquiera que sea la regla adoptada, debe tratarse el tema de honorarios y gastos arbitrales con flexibilidad, según las circunstancias del caso.

Existen, al menos, dos problemas críticos con el tema de los honorarios y gastos arbitrales, cuando son elevados para las partes y cuando una de las partes no cumple con su obligación de pago. Cuando los honorarios son elevados para la capacidad económica de las partes o cuando una de las partes debe asumir los honorarios que le corresponden a la otra parte, los árbitros, con criterio flexible, deben evaluar los pedidos de reducción, prórroga y fraccionamiento de las partes o de la parte que debe asumir todos los gastos y deben considerar la conveniencia de no perjudicar el desarrollo del proceso con suspensiones si existen las condiciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones.

V. DISCRECIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS

La discrecionalidad de los árbitros es otro de los factores en juego en la dinámica de un arbitraje y que encuentra diversos ámbitos de actuación en el desarrollo del proceso. Así, los árbitros cuentan con discrecionalidad para fijar las reglas del proceso, para conducir el proceso, para resolver sobre su propia competencia, para resolver ante los vacíos de la ley y de las reglas, para interpretar la ley arbitral, para interpretar, modificar o flexibilizar las reglas, para valorar los medios probatorios y para fijar los honorarios y gastos arbitrales. Pero, ¿existe un límite a la discrecionalidad de los árbitros? ¿Cómo se conjuga la autonomía de las partes con la discrecionalidad de los árbitros? ¿Quién controla la autoridad de los árbitros?

a) Discrecionalidad para fijar las reglas del proceso

Las reglas del proceso, como hemos visto, están de cargo de las partes, en primer término. Si las partes no fijan las reglas, son los árbitros los llamados a determinarlas de conformidad con el artículo 33 de la LGA. Ahora bien, ¿quiénes están en mejor posición para determinar las reglas del arbitraje? En líneas generales, puede decirse que tanto las partes como los árbitros. En efecto, son las partes las que conocen la magnitud y los alcances de la controversia y están en condiciones de escoger las reglas adecuadas según sus intereses y las exigencias particulares del conflicto, pero, de otro lado, sin embargo, son los árbitros los que conducirán el proceso y resolverán la

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, los artículos 19, 20 (5) y 22 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el artículo 23 de la Ley Modelo UNCITRAL, el artículo 29 de la Ley Española de Arbitraje y el artículo 112 de la LGA. Por su parte, la Nota 49 de las Notas de la UNCITRAL, sobre la organización del proceso arbitral, expresa: "El tribunal arbitral quizá desee aclarar que, por regla general, no se admitirán las pruebas presentadas tardíamente. Sin embargo, tal vez desee también no excluir la posibilidad de aceptar alguna prueba tardía si la parte interesada demuestra que la demora está justificada".

controversia y sus conocimientos y su experiencia en materia arbitral puede llevarlos a escoger reglas eficientes para el desarrollo del proceso⁵⁰.

El camino más adecuado, entonces, es que las partes y los árbitros acuerden las reglas del arbitraje; si existen reglas predeterminadas por las partes (*ad hoc* o institucional) o pactos especiales en el convenio arbitral, los árbitros y las partes pueden concertar reglas complementarias o especiales o adecuar o modificar los pactos especiales. Si no existen reglas arbitrales o pactos especiales, es conveniente que los árbitros consulten con las partes las reglas del proceso y las adecuen a las necesidades de la controversia o de sus intereses⁵¹. Por ejemplo, las partes pueden desear un proceso acelerado (*fast track*) o puede que deseen restringir el universo de los medios probatorios, excluir la posibilidad de dictar medidas cautelares, que la decisión de la recusación esté en manos de una institución arbitral, condiciones especiales de confidencialidad, conferir facultades de ejecución a los árbitros, entre otros. El Tribunal Arbitral debe entonces considerar los requerimientos razonables de las partes para conducir el arbitraje⁵².

Pero regresando al supuesto anterior, ¿qué sucede cuando las partes en su momento establecieron unas reglas o unos pactos especiales que los árbitros consideran inconvenientes para un desarrollo

eficiente del arbitraje? En estos casos, los árbitros deben, en lo posible, respetar la voluntad de las partes y apartarse de ellas sólo cuando consideren que perjudica el desarrollo eficiente del arbitraje, debiendo expresar las razones para hacerlo, como ya hemos anotado⁵³. Como medida de previsión, entonces, es recomendable que los árbitros, al momento de aceptar una designación, revisen el convenio arbitral o las reglas pactadas por las partes y hagan una reserva respecto de pactos o reglas que, eventualmente, puedan ser perjudiciales para un desarrollo eficiente del arbitraje⁵⁴.

b) Discrecionalidad para conducir el proceso

Los árbitros tienen discrecionalidad para conducir el proceso en el marco de la ley arbitral y las reglas establecidas, respetando el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad. Quiere esto decir que los árbitros son los directores del proceso y los que resuelven todas las cuestiones subsidiarias y accesorias que se susciten en el curso del proceso. La autoridad de los árbitros es inalienable, independiente y autónoma; las partes deben someterse a sus decisiones y los árbitros deben dirigir el proceso, sin interferencias judiciales⁵⁵.

Una cuestión en la que se expresa con claridad esta discreción es en la decisión de correr traslado o resolver de plano un escrito que contiene un pedido

⁵⁰ Desde una perspectiva innovadora, Park plantea la necesidad de que las instituciones arbitrales adopten protocolos procesales más precisos que sirvan de marco estándar para la forma en que se debe conducir el arbitraje con la finalidad de neutralizar los riesgos de la discrecionalidad de los árbitros al escoger las reglas de desahogo de pruebas en arbitrajes internacionales. Ver: PARK, William W. "Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad". En: Revista Internacional de Arbitraje 2. Enero-Junio 2005. pp. 11-53.

⁵¹ Al respecto, véase la regla 20 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que faculta al presidente del Tribunal Arbitral para averiguar los puntos de vista de las partes sobre diversos aspectos del proceso.

⁵² Comparar: REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. Cit. p. 289. La importancia de la perspectiva de las partes en la conducción del proceso ha sido puesta de relieve por Von Mehren: "The arbitrator is in essence an *ad hoc* private judge appointed by the parties to decide a particular matter. His authority derives from the parties and both his authority and his tenure disappear when he renders his final award. The judge, on the other hand, derives his authority from the state, his tenure is not measured by the individual case and his rulings and decisions can be enforced by the power of the sovereign. These differences require, or at least strongly suggest, that arbitrators should not conduct arbitrations in the same manner as a judge would conduct a court case. For example, arbitrators should give considerable weight to the desires of the parties. (...) The judge's role is to conduct the trial in the traditional manner; the arbitrator's role is to conduct the proceeding in a manner compatible with the parties' wishes to the extent that their wishes are consistent with the applicable rules and the general objectives served by arbitration." En: VON MEHREN, Robert B. Op. Cit. p. 209.

⁵³ La cuestión no es pacífica en la doctrina. Así, desde un lado una postura defiende de manera acérrima el respeto a la voluntad de las partes mientras que otra postura sostiene que el Tribunal Arbitral posee poderes inherentes respecto a la organización del proceso que no pueden ser eliminados por las partes. Mustill y Boyd, desde la primera postura, opinan: "Si las partes han acordado un procedimiento antes o en el momento de la designación del árbitro, éste está obligado a seguirlo (...) El incumplimiento del acuerdo de las partes es una mala conducta que invalidaría el laudo. Un acuerdo sobre el procedimiento alcanzado por las partes después de que el árbitro ha acordado actuar tiene condiciones algo diferentes. En este caso no se puede decir que el cumplimiento del acuerdo es una condición de su nombramiento, y si las partes insistieran en un procedimiento que el árbitro consideró objetable, éste estaría en el derecho de renunciar. Como una cuestión de prudencia, así como de cortesía, las partes deben tratar de obtener la aprobación del árbitro en relación con el procedimiento acordado. El árbitro puede, y de hecho debe dar a conocer sus criterios si las partes proponen un modo de realizar el proceso que él considera que produciría confusiones, demoras o aumento de los gastos. No obstante, si las partes se niegan a seguir su consejo, el árbitro debe aceptar la voluntad de éstas. Después de todo, él no es más que el instrumento acordado por las partes. Si se produce un conflicto entre las partes, es probable que el árbitro que trate de complacerlas a ambas cometa un error. Pero si las partes están de acuerdo, debe hacer lo que éstas desean, pues es su dinero el que se gasta en el proceso". Citado por DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. p. 258.

⁵⁴ Cosa distinta son los pactos o las reglas inválidas o abusivas o el cuestionamiento del convenio arbitral por inexistencia, ineficacia o invalidez. Los árbitros tienen absoluta discreción para dejar de lado pactos o reglas inválidas o abusivas, de la misma manera que tienen absoluta competencia para resolver cualquier cuestionamiento de su competencia por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral en virtud del *Kompetenz-Kompetenz*.

⁵⁵ Ver artículos 33, 44 y 18 de la LGA.

o un recurso. Según la naturaleza y el alcance de lo que se pide o de lo que se impugna, el Tribunal Arbitral puede decidir si es conveniente escuchar a la otra parte antes de resolver o si es conveniente resolver directamente. Una interpretación extrema del primer párrafo del artículo 36 de la LGA podría cuestionar esta discrecionalidad de los árbitros, sin embargo, considero que esta norma debe ser interpretada por los árbitros según el caso en concreto.

Existen, evidentemente, situaciones en las que se justifica plenamente que se corra traslado a la otra parte de un escrito como situaciones menores en las que una decisión directa es lo más conveniente como la prórroga de un plazo, un pedido de reducción de honorarios, un pedido de postergación de una actuación o un recurso mismo de reconsideración en determinados casos. Se trata, en definitiva, de una prerrogativa de los árbitros como directores del proceso, pero que debe ejercerse con ponderado criterio para no perjudicar el derecho de contradicción de la otra parte cuando es conveniente escucharla⁵⁶.

c) Discrecionalidad para resolver sobre su propia competencia

Los árbitros tienen absoluta discrecionalidad para resolver sobre cualquier cuestionamiento a su competencia, sea que se considere que el convenio arbitral es inexistente, ineficaz o inválido o que se alegue que la materia no ha sido sometida a arbitraje o se trate de materia no susceptible de arbitraje. Este principio, según el cual los árbitros son los únicos competentes para resolver sobre su competencia, se conoce como el *Kompetenz-Kompetenz* y se encuentra recogido en el artículo 39 de la LGA⁵⁷.

Se trata de una norma de carácter imperativo que no es disponible ni para las partes ni para los árbitros; considero, sin embargo, que es posible extender sus alcances, sin abandonar la esfera de aplicación del principio, a dos situaciones que no han sido previstas por la norma expresamente y que pueden ser objeto de regulación en las reglas: una sustantiva y una de procedimiento. La sustantiva está referida al supuesto de una materia no susceptible de arbitraje y la de procedimiento está referida a que se pueda formular el cuestionamiento en la oportunidad en que se suscite una materia no sometida a arbitraje o no susceptible de arbitraje en el transcurso del proceso, situaciones que no han sido previstas de menara expresa en la norma.

d) Discrecionalidad para resolver vacíos y lagunas

En el transcurso de las actuaciones arbitrales pueden suscitarse situaciones no previstas en la ley o en la reglas del proceso y que deben resolverse. Si los abogados de las partes no tienen mucha experiencia en materia arbitral o tienen una aproximación procesal al arbitraje, es posible que planteen estas cuestiones según las normas del Código Procesal Civil. Esto, sin embargo, como ya hemos anotado, no obliga a los árbitros ni condiciona su decisión.

El tratamiento y la solución de un problema puede ser distinto en materia procesal civil y en materia arbitral, como, por ejemplo, en el caso de la intervención de terceros, la rebeldía o la acumulación, de manera que para situaciones arbitrales es conveniente encontrar soluciones en el campo arbitral desde la literatura y los principios, hasta los usos y costumbres en la materia. La doctrina y la práctica arbitral tienen un desarrollo propio y especializado que es necesario usar como fuente en los arbitrajes;

⁵⁶ En la misma línea se encuentra también de cargo de los árbitros la decisión sobre la celebración de audiencias y la fijación de puntos controvertidos. Sobre lo primero, Gonzales de Cossio expresa: "Las audiencias arbitrales constituyen un interesante y útil, mas no indispensable, paso en el procedimiento arbitral. No es inusual la ausencia de una audiencia en arbitrajes en los que la documentación disponible es suficiente para resolver la controversia. Por el contrario, en casos en los que existen circunstancias que militan a favor de la consecución de una audiencia (como, por ejemplo, cuando debe darse el desahogo de una prueba testimonial o pericial, o el tribunal desea beneficiarse de la retroalimentación que el enfrentamiento de las posturas -sean legales o fácticas- brinda), la misma puede ser un paso de crucial importancia en el procedimiento". Ver: GONZALES DE COSSIO, Francisco. Op. Cit. p. 239. Sobre lo segundo, debe tenerse en cuenta la nota 43 de las notas de UNCITRAL: "Al considerar las alegaciones y argumentos de las partes, el Tribunal Arbitral puede considerar útil, para su propia labor o para las partes, preparar, con fines analíticos y a fin de facilitar el examen, una lista de los puntos controvertidos, en contraposición a los que no sean objeto de controversia. Si decide que las ventajas de trabajar sobre la base de esa lista son mayores que los inconvenientes, el tribunal elegirá la etapa apropiada del procedimiento para preparar una lista, teniendo en cuenta también que la evolución ulterior del proceso puede exigir una revisión de los puntos controvertidos. Esa determinación de los puntos controvertidos podría ayudar a centrar la atención de las partes sobre lo esencial de la controversia, facilitando una resolución concertada entre las partes de algunas de las cuestiones controvertidas, y la elección del procedimiento mejor y más económico para resolver la controversia. Sin embargo, cabe señalar, entre los inconvenientes de dicha lista, el riesgo de que su preparación ocasione demora, y de que esa lista reste flexibilidad al procedimiento o dé lugar a desacuerdos innecesarios respecto de si el tribunal ha resuelto todos los puntos controvertidos o de si el laudo se pronuncia sobre cuestiones no sometidas al tribunal. El mandato que se ha de dar al tribunal a tenor de algunos reglamentos de arbitraje, o de algunas cláusulas compromisorias, puede cumplir esta misma función de lista de referencia de los puntos controvertidos, antes descrita". El artículo 18 (1) (d) del Reglamento de Arbitraje lo ha contemplado como un requisito opcional del Acta de Misión sujeto a la discrecionalidad de los árbitros. Ver al respecto DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 286-288.

⁵⁷ Sobre el particular, ver BARCELÓ III, John J. "Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competent-Competence in Transnational Perspective". En: Vanderbilt Journal of Transnational Law. Volumen 36. 2003. pp. 1115-1136.

resulta un contrasentido resolver situaciones arbitrales con fuentes procesales, de la misma manera como resulta un contrasentido resolver situaciones procesales con fuentes arbitrales.

Los árbitros tienen entonces absoluta discreción para resolver los vacíos o las deficiencias de la ley o de las reglas arbitrales recurriendo a fuentes arbitrales, aunque no haya una previsión expresa en las reglas. Es recomendable, sin embargo, incorporar una regla que de manera clara reconozca esta prerrogativa de los árbitros y que sirva también de referencia para que las partes adecuen sus actuaciones a estándares arbitrales.

e) Discrecionalidad para interpretar, flexibilizar o modificar las reglas

Cuando las reglas han sido establecidas por las partes, son las partes las que de común acuerdo tienen la potestad de interpretarlas; si no hay acuerdo, son los árbitros los llamados a decidir. Si las reglas han sido determinadas sólo por los árbitros o de común acuerdo con las partes, la interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los árbitros. En cualquier caso, los árbitros tienen la potestad de flexibilizar las reglas ante circunstancias particulares o establecer reglas complementarias para un desarrollo eficiente del arbitraje, como ya hemos visto.

La discrecionalidad para modificar las reglas por una regla distinta o contrapuesta, sea que se trate de reglas establecidas por las partes, determinadas por los árbitros o acordadas por árbitros y partes es, en principio, restringida, como hemos también anotado, por lo que es recomendable que en las reglas se establezca una previsión en este sentido o, en todo caso, se procure el acuerdo de las partes y de los árbitros.

f) Discrecionalidad para valorar los medios probatorios

Los árbitros ejercen su autoridad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, para ordenar medios probatorios de oficio, para prescindir motivadamente de pruebas no actuadas si se consideran adecuadamente informados y pueden, en cualquier momento, pedir información complementaria a las partes según el artículo 37 de la LGA. Si, en ejercicio de su autonomía, las partes han pactado reglas especiales para la actuación de medios probatorios como restringir el universo de medios probatorios, distribuir la carga de la prueba, establecer reglas especiales para la declaración de testigos o establecer las condiciones técnicas que deben reunir los peritos, los árbitros deberán observar dichas reglas siempre que no restrinja su autoridad para decidir sobre su admisión y valoración.

En cualquier caso, estamos en un ámbito de mayor restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida que se trata del material probatorio que los árbitros requieren para poder laudar⁵⁸. Las reglas son más vulnerables a la mutabilidad en manos de los árbitros, teniendo como límites el trato equitativo de las partes y el orden público del lugar del arbitraje⁵⁹.

g) Discrecionalidad para fijar los honorarios y gastos arbitrales

Las partes pueden establecer en el convenio arbitral criterios y pautas para que los árbitros determinen sus honorarios y gastos, lo cual, como hemos apuntado, es recomendable, sin perjuicio de lo cual lo ideal es que estas condiciones sean tratadas con los árbitros en la medida que concierne directamente al trabajo que van a efectuar. Un acuerdo conjunto entre las partes y los árbitros sobre los

⁵⁸ Apunta Cremades, sobre la discrecionalidad de los árbitros en la conducción del periodo probatorio: "En el desarrollo de la audiencia para la prueba las partes tienen, en principio, una posición determinante para fijar de común acuerdo su forma de desarrollo. Sin embargo, el tribunal tiene facultades para, de acuerdo con su criterio, variar el orden de presentación de las pruebas y formular cuantas cuestiones considere oportunas en el momento que crea más apropiado". Ver: CREMADES, Bernardo M. "Facultades del árbitro internacional en materia de prueba". p. 3. Véase también el artículo 22.1 (f) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA que permite a los árbitros decidir la aplicación o inaplicación de determinadas reglas probatorias determinantes de la admisibilidad, importancia o valoración de cualquier material probatorio presentado por una parte en apoyo de cuestiones fácticas o que sea objeto de informe pericial.

⁵⁹ Para una guía sobre la actuación de pruebas, véase las notas de UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral y la Reglas IBA sobre desahogo de pruebas en el arbitraje comercial internacional, en www.ibanet.org. Este sea quizás uno de los terrenos más propensos a la judicialización del arbitraje. Al respecto, Gonzales de Cossío apunta: "Si bien es jurídicamente posible hacer aplicable el derecho procesal de alguna jurisdicción como el régimen de las pruebas en un procedimiento arbitral, es inconveniente. Las legislaciones estatales procesales están poco adecuadas para utilizarse en un arbitraje comercial, y más uno internacional. De desear establecer un régimen — quitándole dicha discreción al tribunal—, pueden adoptarse las reglas de la IBA (...) Las Reglas de la IBA pueden ser adoptadas por las partes en el acuerdo arbitral, en el acta de misión, o con posterioridad en cualquier momento, a menos que el procedimiento esté demasiado adelantado. De no ser adoptadas, pueden ser utilizadas como lineamientos por el tribunal arbitral". Ver: Gonzales de Cossío, Francisco. Op. Cit. pp. 244-245.

honorarios y su forma de pago es lo más apropiado para evitar tensiones sobre este aspecto.

En un arbitraje institucional, estas cuestiones quedan libradas a la institución arbitral pues las partes conocen de antemano las reglas y los costos; en un arbitraje *ad hoc*, en cambio, si no existen criterios en el convenio arbitral y si no es posible un acuerdo de las partes y de los árbitros, los honorarios quedan librados a la determinación de los árbitros de acuerdo a las reglas del mercado. Los árbitros tienen en estos casos discrecionalidad para decidir sobre los honorarios y gastos arbitrales, estando obligados a revelar los criterios utilizados para su determinación así como para decidir sobre eventuales reajustes, prórrogas y fraccionamientos, según las circunstancias del caso.

En nuestro medio, es preciso señalar que existe una tendencia marcada a utilizar en los arbitrajes *ad hoc* la Tabla de Gastos Arbitrales del CCANI-CCL para la determinación de los honorarios, con criterios complementarios como la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales, de manera que existen parámetros más o menos definidos en el mercado arbitral para determinar honorarios y gastos de los árbitros.

VI. EL CONTROL INSTITUCIONAL

Una de las ventajas comparativas del arbitraje institucional frente al arbitraje *ad hoc* es la previsibilidad de las reglas y los costos arbitrales. La adopción de un convenio arbitral tipo o la remisión a un reglamento arbitral puede reducir los costos de transacción de celebrar un convenio arbitral si estamos ante reglas de arbitraje eficientes. Un reglamento arbitral es eficiente cuando su estructura es flexible a la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros; sin embargo, es necesario también que en ocasiones las instituciones intervengan para controlar diversos aspectos del desarrollo del arbitraje.

a) Control *prima facie*

Una primera intervención de las instituciones que es crucial para el impulso del arbitraje es cuando se suscitan excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral antes de la com-

posición del Tribunal Arbitral. En estos casos, es necesario que exista un filtro preliminar de la institución arbitral que decida sobre la continuación o no del arbitraje. Si la institución estuviere convencida *prima facie* de la posible existencia de un convenio arbitral decidirá que prosiga el arbitraje y que se componga el Tribunal Arbitral para que sea éste el que se pronuncie sobre su competencia. Si, por el contrario, no estuviere convencida de la existencia de un convenio arbitral, notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir, sin perjuicio del derecho que tienen las partes de acudir a los tribunales para que determinen la existencia del convenio arbitral⁶⁰.

Este es el modelo implantado en el artículo 6(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI. El artículo 20 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL, por su parte, ha regulado este control mediante la oposición a la petición de arbitraje por inexistencia del convenio arbitral o por un convenio arbitral sin sometimiento institucional, dejando en manos del Consejo Superior de Arbitraje la decisión sobre este aspecto. Aunque el ámbito de aplicación de la regla sólo se ha limitado a dos supuestos, parece que no tiene la calidad de un pronunciamiento preliminar sino un pronunciamiento definitivo, porque no se ha previsto que estos temas puedan ser sometidos luego al Tribunal Arbitral, quien es el llamado a pronunciarse sobre estas cuestiones en definitiva. En cualquier caso, considero que no está restringida la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre estos aspectos.

b) Control sobre la designación de los árbitros

Las instituciones arbitrales tienen como instrumentos para ejercer sus funciones y reglas procesales, una estructura de costos y una lista de árbitros. Esta lista es de suma utilidad para cumplir con los encargos de designación externos o para suplir la falta de designación en sus propios arbitrajes, de manera que su elaboración supone un control sobre la calidad profesional de las personas que potencialmente pueden ejercer el cargo de árbitros. Cuando corresponde designar a un árbitro, el control se materializa, a su vez, en la elección de la persona idónea por razones de especialidad, experiencia, nacionalidad, domicilio, disponibilidad y otros factores.

⁶⁰ Par una mayor aproximación de este mecanismo en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, ver: DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 96-126.

La mayor parte de las instituciones reconocen una amplia libertad a las partes para escoger su procedimiento de designación y para escoger a sus árbitros. Existen, sin embargo, instituciones que pueden establecer controles estrictos sobre la forma de designación. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece un sistema de confirmaciones de los árbitros designados por las partes o en virtud de lo acordado por éstas, exigiendo una declaración de independencia o la revelación de hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. El Secretario General tiene la facultad de confirmar a los árbitros que hayan suscrito una declaración de independencia sin reservas o cuya declaración con reservas no haya provocado objeción alguna de las partes. Pero puede considerar también que un árbitro no debe ser confirmado, en cuyo caso el asunto deberá someterse a la decisión de la Corte⁶¹.

El Reglamento de Arbitraje de la LCIA, por su parte, establece que sólo la Corte está facultada para nombrar a los árbitros, de conformidad con cualquier criterio o método de selección convenido por las partes mediante acuerdo por escrito. Para esto, antes del nombramiento, cada árbitro debe remitir al Secretario un resumen de su actividad profesional, aceptar los honorarios previstos por el arancel, firmar una declaración de independencia e imparcialidad y comprometerse a revelar cualquier circunstancia sobrevenida susceptible de producir duda razonable sobre su imparcialidad e independencia. Sólo si se cumple con estos requisitos, el candidato puede ser nombrado por la Corte. Si estima que el candidato no se ajusta a las exigencias requeridas o no es independiente o no es imparcial, la Corte puede rechazar su nombramiento. Tratándose de un Tribunal con tres miembros, la Corte nombrará su presidente⁶².

Otras instituciones pueden exigir por su especialidad que los árbitros sean sólo designados de su lista de árbitros⁶³ o permitir la designación de los árbitros por las partes y exigir que el presidente del Tribunal sea elegido de la lista de árbitros de la institución⁶⁴.

c) Control sobre la imparcialidad de los árbitros

El control institucional sobre la imparcialidad supone tomar las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros mediante reglas adecuadas sobre la obligación de informar de éstos, sobre las causales y el trámite de recusación y, en especial, supone que las decisiones sean neutrales. A diferencia de lo que sucede en los arbitrajes *ad hoc* en que la decisión se queda en la esfera de decisión de los árbitros (salvo cuando es unipersonal), en el arbitraje institucional cualquier cuestionamiento a la independencia e imparcialidad de los árbitros es decidida por la institución arbitral, quien tiene quizás una mejor posición para resolver las recusaciones.

Ahora bien, ¿cuáles son los estándares para evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros? Por lo general, las instituciones suelen utilizar la fórmula general del artículo 12 de la Ley Modelo Uncitral y que es recogida también en las legislaciones locales y que permite a las partes recusar a los árbitros ante circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia⁶⁵, lo que supone una evaluación caso por caso. Sin embargo, es posible que existan reglas éticas especiales que los árbitros deben observar, como en el caso del Código de Ética para Árbitros en disputas comerciales de la AAA⁶⁶. O incluso puede tomarse como referencia la Guía de la Internacional Bar Association sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional, que contiene estándares generales y estándares específicos (lista roja no renunciante, lista roja renunciante, lista naranja y lista verde)⁶⁷.

En cuanto a la calidad de las decisiones, si la institución arbitral toma buenas decisiones enviará mensajes de neutralidad al mercado y los usuarios incrementarán su confianza en el sistema porque filtra a los árbitros que no deben participar en un arbitraje. En cambio, si esa decisión no es transparente y es tomada sobre la base de intereses particulares, el men-

⁶¹ Ver artículos 8 y 9 del Reglamento de Arbitraje CCI.

⁶² Ver artículos 5.3, 5.5, 5.6 y 7.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Véase también el artículo 12.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI y el artículo 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA que deja en manos de la institución la decisión sobre el uso del procedimiento de designación inicialmente previsto en caso de sustitución de un árbitro.

⁶³ En nuestro medio ver, por ejemplo, el artículo 9 del Reglamento del Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo.

⁶⁴ Éste es el modelo adoptado por el Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL, ver artículo 23. La norma además establece una restricción para las designaciones de árbitros a cargo de las partes que se encuentren separados o suspendidos del Registro de Árbitros.

⁶⁵ Fórmula recogida también en el inciso 3 del artículo 28 de la LGA.

⁶⁶ Ver: www.adr.org.

⁶⁷ Ver texto en: www.ibanet.org.

saje para el mercado arbitral es que los mecanismos institucionales no funcionan con neutralidad y no son seguros y confiables para filtrar a los árbitros que no deben participar en un arbitraje y, en consecuencia, es posible que se acuda a la intervención judicial para que revise o controle esta decisión. El control sobre la imparcialidad es uno de los controles más delicados que debe ejercer una institución arbitral; si no hay transparencia en estas decisiones, la institución arbitral, en definitiva, perderá credibilidad y, dependiendo de su posición el mercado o de la envergadura de la controversia, puede incluso tener un impacto negativo en el desarrollo del arbitraje en la sociedad.

d) Control sobre las actuaciones arbitrales

Las instituciones están encargadas de la organización y administración del arbitraje y ejercen un control sobre el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias. En tal sentido, pueden advertir a los tribunales sobre la conveniencia de adecuar los pactos especiales de las partes al reglamento arbitral o sobre la inobservancia de las disposiciones reglamentarias y sus posibles consecuencias o sobre la potencial violación al derecho de defensa de las partes o la vulneración del debido proceso, así como sobre cualquier otro aspecto del desarrollo de las actuaciones que consideren conveniente para una conducción eficiente del proceso.

Desde luego, este es un control de “segundo piso”, la autoridad de los árbitros es inalienable y son ellos los que tienen la discreción para recoger o descartar recomendaciones de la institución, según su criterio⁶⁸. Este control de baja intensidad puede, sin embargo, tener mayor importancia cuando se trata de instituciones de mucha experiencia y prestigio o, en general, cuando el Tribunal Arbitral está conformado por árbitros que no son abogados o que no tienen mucha experiencia arbitral. En

cualquier caso, la misión de la institución arbitral es velar por el cumplimiento de las reglas de arbitraje de la institución y las reglas complementarias correspondientes con la finalidad de evitar eventuales cuestionamientos posteriores.

e) Control sobre el laudo

El control sobre el laudo tiene una doble dimensión: la primera está referida al control sobre la expedición del laudo dentro del plazo fijado y la segunda está referida al examen previo del laudo por la institución. El control sobre el plazo para laudar puede ser ejercido cuando la disposición del plazo para laudar es de cargo de la institución arbitral; en cambio, cuando la disposición del plazo para laudar depende de las partes o de los árbitros, su intervención se reduce a una recomendación a los árbitros y a las partes para que tomen las medidas de previsión necesarias⁶⁹. Es preciso anotar que, en muchas legislaciones como la nuestra, el plazo para laudar es una causal de anulación del laudo arbitral, por lo que es importante vigilar que el laudo sea expedido dentro del plazo previsto en las reglas o establecido por las partes o por los árbitros.

El control previo del laudo es una característica de los arbitrajes CCI y tiene dos propósitos: el primero es identificar los posibles defectos de “forma”, mientras que el segundo es llamar la atención de los árbitros hacia los puntos “relacionados con el fondo de la controversia”. Como se ha advertido, la diferencia entre fondo y forma es esencial en la medida que la Corte puede exigir al Tribunal Arbitral incorporar en sus laudos modificaciones de forma, mientras que el Tribunal Arbitral es libre de desestimar cualquier asunto sobre el que la Corte puede llamar su atención respecto al fondo. De cualquier manera, la Corte sólo aprueba el laudo en cuanto a su forma; el fondo es responsabilidad única del Tribunal Arbitral⁷⁰.

⁶⁸ El artículo 10.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, sin embargo, introduce un control directo que puede incluso apartar al árbitro del cargo: “10.2 Si un árbitro contraviene deliberadamente las disposiciones del convenio arbitral (incluido este Reglamento) o si actúa con falta de equidad o con parcialidad en su relación con las partes o si no instruye el arbitraje con la diligencia debida, evitando retrasos o gastos innecesarios, ese árbitro puede ser declarado por la Corte de la LCIA incapaz para el desarrollo de la función que le ha sido encomendada”.

⁶⁹ El artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que la Corte puede, en virtud de la solicitud motivada del Tribunal Arbitral o, si lo estima necesario, de oficio, prorrogar el plazo para dictar el laudo de 6 meses. Para una mayor aproximación ver DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 345-346.

⁷⁰ Comparar: DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. pp. 353-354. Sobre los defectos de forma estos autores señalan: “los defectos de forma son errores tipográficos o de cálculo, falta de elementos que deban ser incluidos en el laudo, según la ley de la sede del arbitraje, falta de motivación o bien violación del mandato del Tribunal Arbitral, en aquellos casos en que el laudo es infra o ultrapetita. La Corte revisa estos puntos para reforzar la probabilidad de que el laudo esté en condiciones de ejecutarse y que contenga defectos que pudieran causar su anulación. Respecto de las cuestiones de fondo a su vez apuntan: “la Corte puede llamar la atención de los árbitros sobre aspectos de fondo de su laudo que considere confusos, insuficientemente razonados, incoherentes o contrarios a las disposiciones de la ley aplicable. La preocupación de la Corte al hacer estos comentarios es ayudar a los árbitros a emitir un laudo que sea de la mayor calidad y que, como resultado, las partes probablemente estarán más dispuestas a aceptar y cumplir voluntariamente”. Ver: DERAIS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. Op. Cit. p. 354.

f) Control sobre los honorarios y gastos arbitrales

El control sobre los costos del arbitraje (honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la institución) se manifiesta en las reglas de determinación y en las reglas de pago contenidas en los reglamentos de la institución. En cuanto a la determinación de los honorarios y gastos, muchas instituciones como la CCI toman como referencia el monto de la controversia y le aplican la Tabla de Aranceles; en otros casos, como sucede con la AAA, las partes y cada uno de los árbitros pueden ponerse de acuerdo en una tarifa razonable por día o por hora según la dimensión y la complejidad del caso.

El Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL contempla la aplicación de la Tabla de Aranceles de Gastos Administrativos y Honorarios Arbitrales en atención a la cuantía de la controversia, fijando un tope máximo en cada caso sujeto a un tope extra con autorización del Consejo Superior de Arbitraje. El Reglamento de Aranceles, por su parte, establece que para los procesos cuya cuantía sea superior a los US \$ 5'000,000.00 o no tengan cuantía determinada, los honorarios y gastos serán fijados por el Consejo Superior de Arbitraje, atendiendo a la complejidad, duración y otros criterios pertinentes del caso.

En cuanto a la forma de pago, la mayor parte de las instituciones exige que las partes depositen una provisión para cubrir los honorarios y gastos del arbitraje y deja abierta la posibilidad para que pueda pedirse provisiones adicionales en cualquier momento durante el arbitraje. La Corte de la LCIA va más allá porque se constituye en depositaria de las provisiones y, según el desarrollo del proceso, puede eventualmente abonar cantidades a su discreción a los árbitros, a los peritos nombrados por el Tribunal y a la propia LCIA⁷¹.

El Reglamento Procesal de Arbitraje del CCANI-CCL tiene un mecanismo similar en el artículo 29, el cual establece que una vez depositados los honorarios por las partes, la institución entregará a los árbitros el 30% de la liquidación de honorarios luego de la instalación, un 30% adicional al cierre de la etapa probatoria y el saldo, así como cualquier otra suma

adicional liquidada, luego de entregado oportunamente el laudo. Sin duda esto responde a la experiencia institucional particular y pone de relieve la importancia del control de las instituciones sobre estos temas.

VII. CHECKS & BALANCES

La dinámica del arbitraje es compleja, autónoma y cambiante, discurre por diversas dimensiones, depende de sus propias estructuras y roles y se construye y se deconstruye en cada caso. Las reglas de juego en el arbitraje son eficientes cuando existe un adecuado *checks and balances* entre la autonomía de las partes, la discrecionalidad de los árbitros y el control de las instituciones arbitrales. Pero estos roles deben funcionar de manera sinérgica, las partes deben ejercer su autonomía para moldear un arbitraje según sus intereses y sus necesidades, los árbitros deben ejercer su discrecionalidad para favorecer el desarrollo del proceso y las instituciones deben controlar de manera adecuada la actuación de las partes y de los árbitros.

La globalización del arbitraje es una onda expansiva que viene uniformizando legislaciones y viene consolidando principios, usos y costumbres en todo el mundo. Se trata de una nueva *pax romana* para la solución de controversias internacionales, donde confluyen y se cruzan diversas tradiciones jurídicas pero bajo una misma fuente, bajo una misma aldea, bajo un mismo espíritu; esa *pax arbitri* está en todos los foros, trasciende las jurisdicciones nacionales y se expande hacia nuevos campos y en nuevas direcciones. La cultura legal local muestra todavía, después de todos estos años de desarrollo arbitral –o quizás a propósito de este desarrollo–, resistencia a la consolidación de una cultura arbitral en nuestra sociedad. Existen fuertes íconos legales (como la jurisdicción y el proceso civil) que promueven una práctica arbitral sujeta a cánones procesales y sobrecontroles judiciales. Si estos íconos legales ceden a las costumbres arbitrales, viviremos en un mundo arbitral con costumbres arbitrales; en caso contrario, viviremos en un mundo arbitral con costumbres judiciales hasta que ese mundo no sea más arbitral. La elección espera en cada arbitraje.

EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

César Landa Arroyo*

En el presente artículo, y sobre la base de dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en torno al arbitraje, el autor hace un análisis completo y detallado de dicho mecanismo alternativo de solución de controversias, evaluando para ello, principalmente, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y comentando todas aquellas consecuencias que se derivan de aquella, tales como el sometimiento de los árbitros a las interpretaciones vertidas por el supremo interprete de la Constitución, la posibilidad de aplicación del control difuso por los árbitros, la posibilidad de entablar acciones constitucionales contra laudos arbitrales, los contornos del derecho al debido proceso en los procesos arbitrales, entre otros aspectos de la mayor relevancia.

Recomendamos la lectura del presente artículo pues constituye un nuevo avance en el estudio de las diversas connotaciones del arbitraje, institución que se viene desarrollando y utilizando cada día mas en nuestro país y que, por ende, debe resultar de la mayor relevancia para todos nosotros, quienes, de una u otra forma, debemos coadyuvar al estudio y mejor comprensión de sus fines y límites.

* Presidente del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex-becario de la fundación Alexander von Humboldt Stiftung de Alemania. Las opiniones vertidas en el presente artículo son personales. Agradezco la colaboración académica de Liliana Salomé.

Sumario:

I. PRESENTACIÓN. II. LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. 2.1. Bases constitucionales del arbitraje. 2.2. Naturaleza y límites de la autonomía de la voluntad privada. 2.3. La constitucionalización del arbitraje. i. El debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. ii. La opción del constituyente. iii. El arbitraje: ¿una jurisdicción de excepción? 2.4. Control constitucional de las leyes en sede arbitral. i. Control difuso en sede arbitral ii. Precedente vinculante y jurisprudencia constitucional. III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARBITRAJE. 3.1. Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry). i. Jurisdicción arbitral. ii. Doble dimensión del proceso arbitral. iii. Principio de no interferencia. iv. Principio de *kompetenz-kompetenz*. 3.2. Sentencia recaída en el expediente 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca). i. Amparo contra resoluciones arbitrales. ii. Presupuestos de procedibilidad. iii. Recursos contra el laudo arbitral. iv. Derechos fundamentales susceptibles de ser invocados. IV. PROCESO ARBITRAL Y DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO. 4.1. Algunas manifestaciones del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral. V. CONCLUSIÓN.

I. PRESENTACIÓN

En los actuales estados constitucionales democráticos, la Constitución establece los principios fundamentales para la estabilidad jurídica y la gobernabilidad democrática, regulando tanto el Derecho público como el Derecho privado. Esta premisa se desprende de la noción de Constitución, entendida no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica suprema, manifestación del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho.

Ello sólo es posible a partir de reconocer que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 de la Constitución) constituye el soporte estructural de todo el edificio constitucional en nuestro país, tanto del modelo político como del modelo económico y social.

En tal sentido, el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los

derechos fundamentales de la persona, a riesgo de ser declarado inconstitucional, puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes de conformidad con la Carta Magna.

No cabe duda de que, en la actualidad, los procesos arbitrales se han incrementado notablemente en el Perú, ya sea por la desconfianza que existe en el Poder Judicial o porque su especialidad, rapidez y eficiencia se ajustan a las necesidades económicas de las partes. Incluso el Estado peruano le ha conferido una significativa importancia, disponiendo su obligatoriedad para la resolución de controversias derivadas de la ejecución de los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Por tanto, atendiendo a la relevancia que ha alcanzado este mecanismo de resolución de controversias, es pertinente abordar el arbitraje desde una perspectiva constitucional que contribuya a armonizar dicha institución con los mandatos, valores y principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

II. LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1 Bases constitucionales del arbitraje

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (artículo 233 inciso 1). Esta disposición constitucional se ha reproducido, a su vez, en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución vigente y ha sido materia de recientes pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, el mismo que —en tanto supremo intérprete de la Constitución—¹ ha visto la necesidad de definir los contornos constitucionales y los principios aplicables a la jurisdicción arbitral, a fin de armonizar y optimizar su relación con los demás órganos jurisdiccionales que imparten justicia en el ejercicio legítimo de las atribuciones que les han sido constitucionalmente conferidas.

Desde una perspectiva constitucional, el hecho de que la institución del arbitraje haya sido

¹ Lo cual deriva del texto del artículo 202 de la Constitución y ha sido señalado expresamente por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301.

concebida como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional plantea una interrogante respecto de la fuente de la legitimación de los árbitros para resolver, de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento.

En abstracto, siendo el Perú un Estado constitucional y democrático de Derecho, esta legitimación proviene de la voluntad general plasmada por el constituyente en las Cartas de 1979 y 1993; mientras que en el marco de una determinada controversia es el principio de autonomía de la voluntad de los privados el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto. Sobre este último principio trataremos a continuación.

2.2 Naturaleza y límites constitucionales del principio de autonomía de la voluntad privada

La autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje y se expresa en la facultad conferida a las partes de someter voluntariamente sus controversias de carácter disponible a la decisión de un tercero –árbitro o Tribunal Arbitral– distinto al Poder Judicial. Este aspecto volitivo se expresa en la suscripción del convenio arbitral, definido por la Ley General de Arbitraje –Ley 26572– como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial” (artículo 9). Asimismo, se sustenta en el principio de libertad previsto en el artículo 2 inciso 24, literal a. de la Constitución, que establece que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

En ese sentido, el principio de autonomía de la voluntad alude a la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío. Al respecto, advertimos que esta concepción difiere notablemente de la que imperó en el marco del Derecho del siglo XIX (concepción clásica) en que la autonomía de la voluntad evocaba la hegemonía de un principio incuestionable en virtud del cual la fuente del Derecho radicaba, precisamente, en la libertad y voluntad autónoma del individuo. Se hablaba, así, del “dogma” de la autonomía de la voluntad².

Sin embargo, en la actualidad este principio no es más un fin en sí mismo, puesto que constituye un instrumento que no puede ser incompatible con los valores y principios de un Estado constitucional y democrático de Derecho, si se considera que dos elementos consustanciales de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales. En ese sentido, el principio de autonomía de la voluntad de las partes admite límites derivados de la fuerza normativa de la Constitución y de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares –o lo que el Derecho alemán denomina el *Drittwirkung der Grundrechte*– puesto que no cabe duda de que en la actualidad “(...)se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”³.

En consecuencia, en un Estado constitucional y democrático de Derecho la autonomía de la voluntad de los privados no es un derecho absoluto o ilimitado y, en este contexto, la institución del arbitraje debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y las leyes, respetando siempre la plena vigencia de los derechos fundamentales.

2.3 La constitucionalización del arbitraje

i. El debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje

Uno de los aspectos más controvertidos del arbitraje, a nivel doctrinario, gira en torno a la naturaleza jurídica de la institución. Ciertamente, existen clásicas teorías al respecto, algunas de las cuales repasaremos brevemente a continuación:

La teoría contractualista: Los seguidores de esta corriente sostienen que el arbitraje se encuentra dentro del ámbito del Derecho contractual y el efecto vinculante del laudo arbitral tiene como fundamento el principio de *pacta sunt servanda*.

La teoría jurisdiccionalista: Para los partidarios de esta teoría, la facultad de los árbitros de resolver controversias de carácter disponible no proviene de las partes sino del *ius imperium* del Estado, que les confiere tal atribución y dota al laudo arbitral de la fuerza vinculante de un fallo judicial.

² Compárese: VENEGAS GRAU, María. “Derechos fundamentales y Derecho Privado”. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Sociales. 2004. p. 43.

³ ALEX, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. pp. 510-511.

La teoría mixta o ecléctica: Sus seguidores sostienen que el arbitraje cuenta con una naturaleza jurídica propia que conjuga las características de la teoría contractualista y de la teoría jurisdiccionalista, armonizándolas en una suerte de "jurisdicción convencional"⁴.

La teoría autónoma del arbitraje: Esta teoría analiza la institución a partir de su uso y propósito. En ese sentido: "(...) antes de entrar a analizar la naturaleza jurídica del Arbitraje, se preocupa principalmente en postular las características que debe tener para que funcione eficientemente (...) "⁵.

La teoría negocial-procesal del arbitraje: Propuesta por Lorca Navarrete, esta teoría postula que la naturaleza jurídica del arbitraje es de "procedibilidad negocial", concibiendo al convenio arbitral como un negocio jurídico impropio, toda vez que: "El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal"⁶.

ii. La opción del constituyente

El debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje no se suele plantear en el Derecho comparado a nivel constitucional; sin embargo, modernamente al menos cinco países de América Latina han hecho expresa referencia a la institución de arbitraje en sus respectivos textos constitucionales: Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú⁷.

En nuestro país, la inclusión del arbitraje en el texto constitucional fue debatida por la Asamblea Constituyente de 1979, siendo el jurista Aramburú Menchaca el principal defensor de su reconocimiento como jurisdicción independiente en el texto constitucional, bajo la premisa de que ello favorecería la inversión extranjera en el Perú⁸. Así, esta propuesta fue acogida por la Constitución de 1979, en los siguientes términos:

"Artículo 233 de la Constitución de 1979
Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar (...)".

Por su parte, el artículo 139 inciso 1 de la Constitución de 1993 ha mantenido la institución del arbitraje mediante una fórmula similar a la del texto constitucional de 1979:

"Artículo 139 de la Constitución de 1993

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación".

iii. El arbitraje: ¿una jurisdicción de excepción?

Si bien la Constitución consagra los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que evocan la existencia de un sistema jurisdiccional unitario, de ello no se desprende que el Poder Judicial sea el único encargado de ejercer dicha función, puesto que ello implicaría negar el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones, de la jurisdicción especializada del fuero militar y, por extensión, del arbitraje.

En ese sentido y conforme se desprende del texto expreso del artículo 139 inciso 1 de la Constitución, el arbitraje constituye una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, puesto que, en efecto: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar".

Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry) reafirmando la naturaleza jurisdiccional del arbitraje:

"(E)l artículo 139°, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza ex-

⁴ Compárese: CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. "El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras". Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. 1994. pp. 44-45.

⁵ Ibid. p. 48.

⁶ LORCA NAVARRETE, Antonio María. "Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje". En: *Advocatus* 7. 2002. pp. 73-74.

⁷ Compárese: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú". En: *Revista Peruana de Arbitraje* 2. 2006. p. 19.

⁸ Compárese: KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. "Apuntes sobre el arbitraje". En: *Advocatus* 4. Lima. 2001. pp. 121-130.

cepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada” (foja 7 de la sentencia).

2.4 Control constitucional de las leyes en sede arbitral

Que el Tribunal Constitucional haya reconocido la diversidad de jurisdicciones dentro de la unidad del ordenamiento jurídico constitucional ha llevado a plantear, legítimamente, algunas interrogantes acerca de la constitucionalización del arbitraje, las cuales a continuación pasamos a desarrollar.

i. Control difuso en sede arbitral

Tras la publicación de la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, algunos autores han evaluado la posibilidad de que los árbitros apliquen el control difuso en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En la actualidad no existe consenso sobre la materia puesto que, mientras cierto sector de la doctrina considera que ello resultaría sumamente forzado⁹, otro sector se ha pronunciado favorablemente al respecto, dado que: “(...) los árbitros no podrían cumplir con la Constitución sin tener la facultad de inaplicar una ley contraria a ella”¹⁰. En ese sentido, se ha sostenido que la facultad de los árbitros de aplicar el control difuso constituye también un deber cuyo incumplimiento habilita la intervención de la justicia constitucional¹¹.

En nuestra opinión, la facultad de aplicar el control difuso no ha sido vedada a los árbitros, quienes no están exentos de respetar, cumplir y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución sobre las normas legales y reglamentarias de inferior jerarquía. Ello en la medida que el proceso arbitral se encuentra sometido a la ley y, en *ultima ratio*, a

la Constitución, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el segundo párrafo del artículo 138¹² de la Constitución no debe ser entendido de manera restrictiva y literal, por lo que dicha disposición constitucional “debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos –y no sólo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”¹³.

En consecuencia, si en el marco del ejercicio de sus funciones los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, tendrán el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución¹⁴.

ii. Precedente vinculante y jurisprudencia constitucional

Una cuestión que parece haber quedado zanjada con el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC (caso Cantuarias Salaverry), es el de si los precedentes vinculantes y la jurisprudencia constitucional emitidos por el Tribunal Constitucional, en virtud de los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, vinculan también a los árbitros. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que:

“(R)esulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y, por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional” (foja 8 de la sentencia aludida).

⁹ De acuerdo a este sector de la doctrina, la posibilidad de aplicar el control difuso en sede arbitral es forzada en la medida que los árbitros ejercen jurisdicción circunstancialmente –por mandato de las partes– para resolver controversias que versan sobre derechos de carácter disponible. Al respecto, ver: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. 2006. p. 38.

¹⁰ RIVAROLA REISZ, J. Domingo. “Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: Los dilemas del constitucionalizar el arbitraje”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. 2006. p. 579.

¹¹ Compárese: HUDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “El control difuso en la jurisdicción arbitral”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 91. p. 24.

¹² Artículo 138 de la Constitución.- (segundo párrafo) “(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC, foja 9.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC, donde se consagra el mandato del control difuso a los tribunales administrativos y órganos colegiados de la administración que imparten “justicia administrativa”.

En torno a los precedentes vinculantes con efectos normativos, creemos pertinente señalar que estos han sido incorporados en nuestro sistema de fuentes del Derecho luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (artículo VII del Título Preliminar), y es la expresión reforzada del clásico principio del *stare decisis* al dotar de predictibilidad y seguridad jurídica a nuestro sistema constitucional, extendiendo los efectos de las sentencias emitidas en el marco de la tutela de los derechos fundamentales, de manera abstracta, a todo ámbito de los poderes públicos o privados en un caso similar. Así, el Tribunal Constitucional “(...) a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”¹⁵.

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional es la expresión del clásico principio del *stare decisis* al establecer *mutatis mutandi*, frente a un caso judicial o arbitral, el deber de interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional en tanto supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia. Pero también es posible señalar que, en virtud de este artículo VI, la jurisprudencia –o mejor dicho la doctrina jurisprudencial– del Tribunal Constitucional cumple una función pedagógica o educativa, por cuanto que el contenido, alcances y límites de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales son establecidos a través de sus resoluciones y sentencias con una finalidad educativa, la cual se dirige tanto a los operadores jurídicos como a los ciudadanos en general, contribuyendo así al cumplimiento de lo dispuesto en la Sexta Disposición Final del Código Procesal Constitucional¹⁶.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARBITRAJE

Recientemente, con motivo de la instauración de dos procesos constitucionales estrechamente vinculados a la institución del arbitraje, el Tribunal

Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, precisando aspectos relevantes de la institución como lo son: su naturaleza jurídica y los principios que, en consecuencia, le son aplicables, de conformidad con las previsiones constitucionales vigentes. A continuación abordaremos los aspectos más importantes de ambas sentencias:

3.1 Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC¹⁷ (caso Cantuarias Salaverry)

Esta sentencia fue emitida con motivo de la interposición de una demanda de *hábeas corpus*, promovida por el integrante de un Tribunal Arbitral *ad-hoc* quien alegó ser víctima de una denuncia fiscal que había sido formalizada ante el Poder Judicial, de modo tal que resultaba lesiva de sus derechos a la libertad personal y al debido proceso. La sentencia del Tribunal Constitucional que pone fin a este proceso aborda dos grandes temas vinculados a la materia constitucional controvertida: de un lado, la institución del arbitraje; y, de otro lado, el procedimiento prejudicial penal.

En relación a los fundamentos de la sentencia relacionados con el arbitraje, es importante señalar que siete de ellos son vinculantes para todos los operadores jurídicos, tal como lo establece el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia¹⁸.

En efecto, en esta oportunidad, el Tribunal Constitucional ha adoptado algunos criterios jurisprudenciales con carácter vinculante, a partir del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Serán estos los fundamentos que analizaremos a continuación.

i. Jurisdicción arbitral

La sentencia aborda la institución del arbitraje a partir del artículo 139 inciso 1 de la Constitución en

¹⁵ Ibid. Foja 43.

¹⁶ “En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación, a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos. Queda encargado igualmente de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución. Adicionalmente, editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación Constitucional”.

¹⁷ Sentencia de 28 de febrero de 2006, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional, publicada en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe) el 9 de marzo de 2006.

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha conferido carácter vinculante a los fundamentos jurídicos: 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18 de la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry).

el extremo que prescribe que “(n)o existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. A partir de este precepto constitucional, subraya el carácter excepcional de la denominada “jurisdicción arbitral” y sustenta su legitimidad constitucional sobre la base de un anterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional en que se señaló lo siguiente:

“El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

Conflicto entre las partes.

Interés social en la composición del conflicto.

Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.

Aplicación de la ley o integración del derecho”¹⁹.

Requisitos que, a juicio de dicho Colegiado, no están ausentes en el proceso arbitral, legitiman constitucionalmente esta jurisdicción de carácter privado²⁰ y sustentan la obligación de los “jueces arbitrales” o árbitros de no apartarse de los precedentes vinculantes y criterios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

ii. Doble dimensión del proceso arbitral

En segundo lugar, en la citada sentencia se establece que el proceso arbitral posee una doble dimensión, y en ese sentido se señala que:

“(...) aunque (el proceso arbitral) es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia” (foja 11 de la sentencia).

Tal como se ha señalado en el punto 2.2., la autonomía de la voluntad de los privados es un tema medular en lo que a la institución del arbitraje se refiere y la dimensión subjetiva del arbitraje se orienta, precisamente, a tutelar el interés que tienen las partes en la resolución del conflicto.

Este interés subyace incluso en aquellos supuestos en los que la voluntad de someter la controversia a arbitraje no radica originalmente en las partes, sino en la voluntad de un tercero, como es el caso del arbitraje testamentario, en que el testador dispone el arbitraje para solucionar, por ejemplo, las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos y legatarios²¹; o el arbitraje estatutario, en que la estipulación arbitral está contenida en los estatutos de una persona jurídica, con el objeto de establecer el arbitraje como mecanismo para la resolución de los conflictos que pudieran surgir con sus miembros, socios o asociados, entre otros supuestos²².

Por su parte, la dimensión objetiva del arbitraje no hace sino reconocer que, si bien esta institución ha sido constitucionalmente reconocida como jurisdicción independiente, las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el marco de un proceso arbitral no pueden ser ejercidas irrazonablemente, con desconocimiento de las normas constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el deber de respetar y cumplir el artículo 51 de la Carta Magna que establece que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”, alcanza también –y no podría ser de otro modo– a los árbitros, quienes se encuentran sometidos a la Constitución de manera directa, y no sólo a través de la ley. De modo tal que la legitimidad de sus actos no viene determinada únicamente por el respeto a las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral o por el cumplimiento de las normas legales vigentes –más aún si éstas podrían, en un caso concreto, resultar inconstitucionales–, sino, antes bien, por su respeto a la Constitución.

¹⁹ Sentencia recaída en el expediente 0023-2003-AI/TC. Foja 13.

²⁰ Expresión acuñada en el fundamento 8 de la sentencia que venimos comentando: “Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado (...)”.

²¹ Artículo 13 de la Ley General de Arbitraje.- Arbitraje Testamentario.-

“Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que pueden surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

²² Artículo 12 de la Ley General de Arbitraje.- Arbitraje Estatutario.-

“Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre estos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

iii. Principio de no interferencia

En cuanto al principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, cuyo enunciado es “(n)ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones” (artículo 139 inciso 2 de la Constitución), el Tribunal Constitucional ha sostenido que la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y que, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera que sea su clase²³.

En esta oportunidad, habiendo reconocido que el arbitraje constituye una jurisdicción independiente, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”²⁴.

Sobre el particular, consideramos importante subrayar que los árbitros tendrán plena y absoluta competencia para conocer y resolver controversias sometidas a arbitraje, que versen sobre materia de

carácter disponible²⁵, y no así cuando se hayan sometido a arbitraje materias que resulten manifiestamente no arbitrables, en cuyo caso, *prima facie*, es al propio Tribunal Arbitral a quien le compete pronunciarse sobre su competencia, salvo que exista algún tipo de amenaza o vulneración a los derechos de la persona, en cuyo caso en última instancia el Tribunal Constitucional resolverá de oficio su falta de competencia o atribuciones, como estipula el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁶ (Ley 28301).

iv. Principio de *kompetenz-kompetenz*

Este principio, recogido en los artículos 39 y 44 la Ley General de Arbitraje²⁷, alude a la facultad que tienen los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio²⁸.

Observamos que las disposiciones legales vigentes sobre la materia se aproximan a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (o UNCITRAL, por sus iniciales en inglés), en cuyo artículo 16 establece también que el Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje²⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de reconocer que dicho principio reviste una innegable importancia práctica en la

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1091-2002-HC/TC. Foja 1.

²⁴ Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry). Foja 12.

“Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...)” (el subrayado ha sido agregado).

²⁵ Artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.- Disposición general.-

“Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...)” (el subrayado ha sido agregado).

²⁶ Artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.- Atribución exclusiva.-

“En ningún caso, se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente ley.

El Tribunal resuelve de oficio su falta de competencia o de atribuciones”.

²⁷ Artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.-

“Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral (...)”.

Artículo 44 de la Ley General de Arbitraje.- Competencia.-

“Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso”.

²⁸ Se debe recordar que el principio de *kompetenz-kompetenz* también está reconocido para el Tribunal Constitucional, en la medida que el artículo 3 de su Ley Orgánica señala que “(e)n ningún caso, se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente ley. El Tribunal resuelve de oficio su falta de competencia o de atribuciones”.

²⁹ Ver: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>. Página web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), visitada en octubre de 2006.

medida que impide que la controversia sea trasladada a sede judicial por la parte que no desea someterse al arbitraje pactado.

En este punto, cabe mencionar que algún sector de la doctrina ha anotado que hubiera sido pertinente que el Tribunal Constitucional hiciera expresa referencia al principio de “separabilidad” del convenio arbitral; ello debido a la relación que existe entre este principio y el principio de *kompetenz-kompetenz*³⁰.

En virtud del principio de “separabilidad” del convenio arbitral, recogido en el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje³¹, es preciso distinguir el convenio arbitral del contrato o acto jurídico que lo contiene; en consecuencia:

“Puede el primero ser perfectamente válido, aunque el segundo no lo sea, pues la validez del convenio arbitral no depende del contrato principal. Definir esto le corresponde al propio tribunal arbitral en pleno ejercicio de la facultad de determinar su propia competencia, que, como tribunal de carácter voluntario, la ley le reconoce”³².

Evidentemente, de ello no se infiere, en modo alguno, que lo decidido por los árbitros no pueda ser revisado en sede judicial, mediante los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje, una vez que haya concluido el proceso arbitral.

Asimismo, el fundamento 18 de la sentencia es claro en señalar que, luego de agotados los recursos previstos en la Ley General de Arbitraje, resulta factible interponer una demanda de amparo por infracción a la tutela procesal efectiva o cuando se advierta el incumplimiento, por parte de los árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria establecidos de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; en consecuencia, la jurisdicción arbitral no está exenta de control constitucional como regla *ex post* por parte del Tribunal Constitucional.

Sobre este último punto volveremos a continuación, cuando analicemos la procedencia del amparo contra resoluciones arbitrales.

3.2 Sentencia recaída en el expediente 1567-2006-PA/TC³³ (caso Algamarca)

Esta sentencia fue emitida con motivo de la interposición de una demanda de amparo promovida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., la misma que alegó la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a no ser apartada de la jurisdicción predeterminada por la ley y a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial, materializada en un proceso que se le venía siguiendo en sede arbitral. De acuerdo a lo expresado por la demandante, su representante suscribió un convenio arbitral violando las facultades de representación que le habían sido conferidas, motivo por el cual sostenía que dicho convenio no le era oponible.

La sentencia del Tribunal Constitucional que pone fin a este proceso desarrolla los fundamentos vinculantes de la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC relativa a los supuestos y a la oportunidad en que pueden ser cuestionadas, en sede constitucional, las resoluciones emitidas por un Tribunal Arbitral.

i. Amparo contra resoluciones arbitrales

El proceso constitucional de amparo, reconocido por primera vez en la Constitución de 1979 y mantenido en la Constitución de 1993, es un proceso autónomo que tiene por finalidad la protección de derechos fundamentales –distintos a la libertad personal o derechos conexos a ella, a la información pública, a la autodeterminación informativa y al derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos– frente a violaciones actuales o amenazas ciertas y de inminente realización³⁴.

³⁰ Compárese: SANTISTEVAN DE NORIEGA. Op. Cit. p. 43.

³¹ Artículo 14 de la Ley General de Arbitraje.- Separabilidad del convenio arbitral.-

“La inexistencia, rescisión, nulidad o anulabilidad total o parcial del un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral (...)”.

³² SANTISTEVAN DE NORIEGA. Op. Cit. p. 43.

³³ Sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional el 30 de abril de 2006 con el fundamento de voto del Magistrado Gonzales Ojeda y el voto singular del Magistrado Bardelli Lartirigoyen, y publicada en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe) el 8 de junio de 2006.

³⁴ Al respecto, es pertinente precisar que los derechos fundamentales que no son tutelados por el proceso de amparo tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela. En efecto, el proceso de hábeas corpus procede en tutela del derecho a la libertad personal y derechos conexos (artículo 200 inciso 1 de la Constitución); el proceso de hábeas data procede en tutela de los derechos de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa (artículo 200 inciso 3); y, finalmente, el derecho a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos es tutelado por el proceso de cumplimiento (artículo 200 inciso 6 de la Constitución).

Así, el artículo 200 inciso 1 de la Constitución establece que el proceso constitucional de amparo:

“(...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...). No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

De acuerdo a lo expresado en este artículo, la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos de los árbitros, pues ha previsto la procedencia del amparo contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera los derechos tutelados por este proceso constitucional.

Del mismo modo, el extremo del artículo en que se establece que no procede el amparo para cuestionar resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular es aplicable, por extensión, al arbitraje, puesto que la labor que realiza el árbitro o Tribunal Arbitral para la resolución de una determinada controversia es manifestación del ejercicio de la función jurisdiccional que –de manera excepcional– les ha atribuido la Constitución. Al respecto, es importante precisar que la intangibilidad de las resoluciones judiciales y –por extensión– de las resoluciones arbitrales está condicionada a que se trate de un proceso “regular”; en caso contrario, queda habilitada la vía del proceso de amparo³⁵.

Por su parte, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional regula la procedencia del proceso de amparo contra resoluciones judiciales en los siguientes términos:

“Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo (...)”.

En consecuencia, es perfectamente posible cuestionar una resolución arbitral en sede constitucional,

a través del proceso de amparo, siempre que se observen los presupuestos de procedibilidad establecidos por el Código Procesal Constitucional y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional tanto en la sentencia recaída en el caso Cantuarias Salaverry como en el caso Algamarca, tal como veremos a continuación.

ii. Presupuestos de procedibilidad

Los presupuestos de procedibilidad para la tramitación de un proceso constitucional de amparo han sido recogidos, entre otros, en los artículos 2, 3, 4, 5 y 45 del Código Procesal Constitucional y son aplicables –en cuanto sea pertinente– al proceso de amparo contra resoluciones arbitrales. No obstante, el Tribunal Constitucional ha incidido de manera especial en el momento en el cual quedaría habilitada la vía del amparo a fin de compatibilizar este proceso de tutela de derechos fundamentales con el reconocimiento de los principios de no interferencia y *kompetenz- kompetenz* de la jurisdicción arbitral (ver puntos 3.1.iii y 3.1.iv).

En efecto, en el caso Cantuarias Salaverry se precisó que el control constitucional de las resoluciones arbitrales procede luego de agotados los mecanismos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar las decisiones de los árbitros, señalando que, en caso contrario, la demanda devendría en improcedente de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, que establece que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus”³⁶.

iii. Recursos contra el laudo arbitral

Por su parte, en la sentencia recaída en el expediente 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca) se precisa la procedencia del amparo frente a laudos arbitrales, para lo cual se recurre al capítulo quinto del texto de la Ley General de Arbitraje, titulado “Recursos”, en cuyo artículo 59 establece: “Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60 y 61. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección”. Los recursos a los que hace

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3179-2004-AA/TC, donde el Tribunal Constitucional establece el canon interpretativo bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, el cual estará compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por un examen de coherencia; y, finalmente, por un examen de suficiencia.

³⁶ Fundamento 14 de la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry).

referencia el citado artículo de la Ley General de Arbitraje son los recursos de apelación y anulación de laudo arbitral.

El primero de ellos procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, este último cuando haya sido pactado en el convenio arbitral o esté previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia. A efectos de determinar el momento en el cual resulta pertinente interponer una demanda de amparo en este supuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que (ambos recursos) no son compatibles; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial” (foja 17 de la sentencia recaída en el expediente 1567-2006-PA/TC, caso Algamarca).

El segundo recurso al que alude el artículo 59 de la Ley General de Arbitraje es el recurso de anulación de laudo arbitral, el mismo que sólo procede contra laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra laudos arbitrales de segunda instancia. Una vez resuelto el recurso de anulación de laudo arbitral, será posible recurrir al juez constitucional vía proceso de amparo.

No obstante, cuando se trate de un laudo arbitral de segunda instancia emitido por el Poder Judicial, es preciso tener en cuenta la incompatibilidad prescrita en el artículo 70 de la Ley General de Arbitraje: “Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden ser acumulados ni formulados alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocado uno de ellos, es improcedente el otro”. En consecuencia, cuando el recurso de apelación de laudo arbitral haya sido interpuesto ante el Poder Judicial, una vez resuelta dicha apelación, quedará expedita la vía del proceso de amparo.

iv. Derechos fundamentales susceptibles de ser invocados

En cuanto a los derechos fundamentales susceptibles de ser invocados en una demanda de amparo contra resoluciones emitidas en un proceso arbitral, tanto en el caso Cantuarias Salaverry como en el

caso Algamarca, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(S)erá posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (...) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente” (foja 28 de la sentencia recaída en el expediente 1567-2006-PA/TC, caso Algamarca).

En tal medida, será posible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que sean aplicables en la jurisdicción arbitral. Sobre este punto, consideramos que las resoluciones emitidas por los árbitros son revisables en sede constitucional no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo.

De otro lado, cabe mencionar que la posibilidad de efectuar un control constitucional sobre el fondo y la forma de las resoluciones arbitrales no ha sido abordada por el Tribunal Constitucional; no obstante, en materia de amparo contra resoluciones judiciales existe un pronunciamiento reciente sobre el tema. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente 3179-2004-AA/TC (caso Apolonia Ccollcca), dicho Colegiado ha reconocido que le corresponde:

“(...) resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando estos hayan violado los derechos fundamentales tutelados por el proceso constitucional de amparo (...) (El) canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia” (foja 23).

Si bien –como hemos señalado– este criterio ha sido desarrollado en el marco de un proceso de amparo incoado contra una resolución judicial, consideramos que nada impide que, a la hora de evaluar si una resolución arbitral es regular o irregular, el juez constitucional verifique si ésta se encuentra en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales; tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las

resoluciones arbitrales, bajo el canon interpretativo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia; vale decir, siguiendo los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia³⁷.

IV. PROCESO ARBITRAL Y DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución es un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. En consecuencia, es claro que las exigencias de respeto y protección del debido proceso vinculan a los árbitros y tribunales arbitrales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Al respecto, es pertinente precisar que dichas garantías serán aplicables al arbitraje siempre que sean compatibles con la naturaleza y fines de dicha institución, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha señalado en torno al debido proceso que:

“(S)e trata de un derecho, por así decirlo, “continente”. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”³⁸.

Siendo el debido proceso un derecho fundamental de contenido amplio, será posible que algunas de sus manifestaciones no sean susceptibles de ser invocadas en sede arbitral, dadas las particulares características que reviste

esta jurisdicción de excepción. En consecuencia, será de utilidad abordar el derecho al debido proceso arbitral desde una perspectiva que reconozca en dicho derecho una estructura compuesta por tres elementos diferenciados: “(U)n contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales garantizados y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales”³⁹.

En consecuencia, el contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral lo constituyen aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral; el contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles. Por último, el contenido adicional está referido a aquellos derechos de configuración legal que son exclusivos del proceso arbitral y no forman parte de los anteriores.

4.1. Algunas manifestaciones del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral

A continuación abordaremos, de manera enunciativa, algunas manifestaciones del derecho al debido proceso que, consideramos, formarían parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral:

Derecho de acceso a la jurisdicción arbitral: Este derecho parte de reconocer el principio de autonomía de la voluntad de los privados, en virtud del cual los particulares están facultados para suscribir un convenio arbitral con el objeto de sustraer sus controversias de la justicia ordinaria y someterlas a la jurisdicción arbitral, siempre que éstas versen sobre materias de carácter disponible por las partes.

³⁷ El canon interpretativo al que alude el Tribunal Constitucional en esta sentencia —y bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales— se compone de los siguientes exámenes: “(a) *Examen de razonabilidad*.— Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado. (b) *Examen de coherencia*.— El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio. (c) *Examen de suficiencia*.— Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 3179-2004-AA/TC). Foja 23.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 7289-2005-PHC. Foja 5.

³⁹ MEDINA GUERRERO, Manuel. “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”. Madrid: Ciencias Jurídicas/Mc Graw Hill. 1996. p. 41.

Asimismo, implica que el convenio arbitral surte efectos desde el momento mismo de su suscripción, impidiendo que las materias sometidas a arbitraje sean discutida en el Poder Judicial, salvo que las partes hubieran decidido renunciar expresa o tácitamente al arbitraje⁴⁰.

Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o Tribunal Arbitral imparcial: El que los árbitros no representen los intereses de ninguna de las partes aun cuando hayan sido designados por alguna de ellas constituye una de las mínimas garantías que debe ser respetada para que el proceso arbitral pueda tener calidad de debido. Esta exigencia se hace efectiva a través del instituto de la recusación⁴¹ y del deber de informar que se atribuye a los árbitros:

“La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión (...)” (artículo 26 de la Ley General de Arbitraje).

El derecho a la igualdad sustancial en el proceso: En virtud de este derecho, el proceso arbitral debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes. Ello en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. En tal sentido, en la doctrina comparada se ha interpretado que:

“Tradicionalmente, el principio de igualdad ha significado que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses y, en ese mismo sentido, hay que trasladarlo al arbitraje”⁴².

Inclusive el texto de la propia Ley General de Arbitraje alude al principio de igualdad entre las partes,

estableciendo que: “Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos” (artículos 33 y 107 de la Ley General de Arbitraje).

Derecho de defensa: Si bien este derecho deriva del artículo 139 inciso 14 de la Constitución, referido al derecho de toda persona de tomar inmediato conocimiento de la acusación policial, fiscal o judicial y a defenderse mediante la asistencia de un abogado, en el caso particular del arbitraje se orienta a dar a las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos en el marco de un proceso arbitral, de conformidad con los artículos 33 y 107 de la Ley General de Arbitraje, a los que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

Derecho a probar: Se trata de un derecho básico de los justiciables que los faculta a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa:

“Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”⁴³.

En el caso particular del arbitraje, los árbitros tienen facultad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas (artículo 37 de la Ley General de Arbitraje). Esta facultad debe ser ejercida de conformidad con el derecho a probar de las partes y, en caso los árbitros resuelvan prescindir de algún medio probatorio que no hubiera sido actuado en el proceso, su decisión deberá ser motivada.

Derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales: El derecho a obtener una re-

⁴⁰ “Artículo 15 de la Ley General de Arbitraje.- Renuncia al arbitraje.-

Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso”.

⁴¹ “Artículo 28 de la Ley General de Arbitraje.- Causales de recusación.-

Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26.

2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.

3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

⁴² CHOCRÓN GIRALDES, Ana M. “Los principios procesales del arbitraje”. Barcelona: José María Bosch. 2000. p. 76.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 6712-2005-PHC/TC (caso Magaly Medina y Ney Guerrero). Foja 15.

solución motivada es uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...)”⁴⁴.

En tal medida, consideramos que el derecho a la adecuada motivación de las resoluciones forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral, puesto que asegura que la actuación de los árbitros se lleve a cabo de manera regular, de conformidad con la Constitución y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales de las partes en conflicto.

Derecho a la ejecución de laudos arbitrales: Este derecho busca garantizar que lo decidido por el árbitro o Tribunal Arbitral tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.

Atendiendo al hecho de que el laudo no podrá ser ejecutado por el propio árbitro o Tribunal Arbitral, será preciso equiparar la eficacia del laudo arbitral al de una sentencia judicial, siendo de aplicación el artículo 139 inciso 2 de la Constitución cuando señala que: “ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”.

En consecuencia, el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes y, en caso de incumplimiento, se podrá demandar su ejecución ante el Juez Civil del lugar de la sede del arbitraje, sin que sea posible para el juez admitir otra oposición que la que se sustente en la existencia de un recurso de apelación o de anulación de laudo arbitral en trámite. Asimismo, “(e)l Juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier otra oposición, basada en razones

distintas al cumplimiento” (artículo 84 de la Ley General de Arbitraje).

V. CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado brevemente la institución del arbitraje y tomando en consideración que el número de procesos arbitrales que se han llevado a cabo en nuestro país se ha ido incrementando en los últimos años, consideramos de suma importancia que se tenga presente que, siendo el Perú un Estado constitucional y democrático de Derecho, dicha institución no podrá desarrollarse al margen de la Constitución y las leyes, así como del respeto a la plena vigencia de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, ha reconocido al arbitraje como una jurisdicción de excepción, dotándolo de una especial protección en virtud del principio de no interferencia consagrado en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución, evitando así que la controversia sea indebidamente trasladada a sede judicial por alguna de las partes que no desee someterse al proceso arbitral. Asimismo, ha reconocido la plena vigencia del principio de *kompetenz-kompetenz* que faculta a los árbitros para conocer todas las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral e incluso para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen oposiciones relativas a la existencia, eficacia y validez del convenio.

No obstante, el Tribunal Constitucional también ha sido claro en señalar que ello no impide que se efectúe un control constitucional de las actuaciones arbitrales, siempre que este control sea ejercido *a posteriori*, lo cual es coherente tanto con la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral como con el respeto a los derechos fundamentales de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

Finalmente, el derecho al debido proceso se extiende al ámbito de la jurisdicción arbitral y consideramos que su contenido esencial estaría compuesto, de manera enunciativa, por los siguientes derechos: derecho de acceso a la jurisdicción arbitral, derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o Tribunal Arbitral imparcial, derecho a la igualdad sustancial en el proceso, derecho de defensa, derecho a probar, derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales y derecho a la ejecución de laudos arbitrales.

RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

Fernando Cantuarias Salaverry*

¿Cómo evitar el eventual abuso de los árbitros sin desnaturalizar el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias? ¿Qué recursos impugnatorios proceden contra el laudo arbitral? ¿Cómo obtener un balance entre la autonomía del proceso arbitral y la posibilidad de revisión de los laudos en sede judicial?

Partiendo de dichas inquietudes, el autor nos brinda un panorama general sobre las tendencias mundiales y locales con relación a la impugnación de laudos arbitrales. Para estos efectos, el autor señala algunas diferencias entre el arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la regulación brindada por nuestra Ley General de Arbitraje, así como critica ciertos aspectos de dicha normativa, tales como la facultad legalmente concedida a las partes de pactar la apelación de un laudo arbitral ante el Poder Judicial, entre otros.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEARCO), del Consejo Superior Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, del Centro de Arbitraje de AMCHAM-Perú, del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Board of Reporters of the Institute of Transnational Arbitration (ITA).

1. MARCO CONCEPTUAL Y AUTORIDAD COMPETENTE

Olivier¹ considera, con razón, que el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple primera instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. Por tanto, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes².

En el pasado, la doctrina, especialmente la española y la latinoamericana, ha discutido mucho acerca de los recursos que pueden deducir las partes contra un laudo arbitral. Algunos juristas han postulado la viabilidad de interponer contra los laudos arbitrales en sede judicial, los mismos recursos impugnatorios que proceden contra las

sentencias judiciales³. Otros han propuesto restringir el acceso al Poder Judicial a un solo recurso⁴. Finalmente, los menos, como Ogayár y Ayllón⁵, han considerado que “contra el laudo arbitral no debe darse recurso alguno, porque lo veda la voluntad de los compromitentes que, al excluir a la jurisdicción ordinaria, se someten expresamente a la decisión de los árbitros...”. Aquellos que postulan el recurso pleno ante el Poder Judicial, olvidan que el arbitraje en ese escenario degenerará en una suerte de primera instancia judicial, perdiendo así cualquier valía como mecanismo alternativo de resolución de conflictos⁶.

Por su parte, los que pretenden prohibir cualquier recurso judicial contra el laudo arbitral, también olvidan que, como explica Reisman⁷, el arbitraje es una delegación restrictiva de poderes para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir algún mecanismo de control⁸, pues de lo contrario el arbitraje dejaría de ser tal y potencialmente se convertiría en un abuso⁹. Por tanto, se requiere articular mecanismos que eviten el

¹ OLIVIER, Antonie. “Judicial review of arbitral awards”. En: *Dispute Resolution Journal*. Volumen 54. Número 3. 1999. pp. 23-24. “The scope of judicial review of arbitration awards necessarily determines the utility of the arbitration process. If the law provides a broad review on the merits, arbitration could become a preliminary step to litigation, a mere advisory process, or simply a private trial court whose awards will be reviewed by an appellate judicial officer. Conversely, if the law does not provide judicial review of arbitration awards, one could consider this process as a sort of ‘inferior system of justice’ where, for example, one could be subject to a biased arbitrator. A ‘middle ground’ has to be sought between pure efficiency and abstract justice”.

² PARK, William W. “Duty and discretion in International Arbitration”. En: *American Journal of International Law*. Volumen 93. Número 4. 1999. p. 808. “Inherent in judicial review is a tension between two rival goals of efficient dispute resolution, which underlie most aspects of arbitration law. Finality, promoted by freeing awards from challenge, competes with community confidence in control mechanisms that protect against enforcement of aberrant decisions”.

³ SPINILLO, Alessandro y Emilio VOGELIUS. “Argentina”. En: *International Arbitration in Latin America*. BLACKABY, Nigel, LINDSEY, David y Alessandro SPINILLO (Editores). La Haya: Kluwer Law International. 2002. pp. 51-52. “Under Argentina law a de iure award is subject to all the means of recourse available against a judgment rendered by a court of first instance, including a full appeal on the merits (CP Article 758). Therefore, the means of recourse are substantially governed by the same rules applicable to recourses against judicial decisions. However, the right of appeal may be excluded by agreement of the parties...”. Argentina es pues un claro ejemplo de esta postura que, como veremos más adelante, felizmente está desapareciendo en la región, para bien del desarrollo del arbitraje.

⁴ GARRO, Alejandro. “The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America”. En: *The American Review of International Arbitration*. Volumen 1. Número 2. 1990. p. 237. “Arbitration is generally characterized as an institution with contractual and jurisdictional features. The dual nature of the arbitration process requires that the original purpose of arbitration not be perverted by converting arbitration proceedings into an additional matter for the ordinary courts. Accordingly, judicial review of awards should be treated as an extraordinary measure narrowly tailored to avoid fundamental irregularities in the award or arbitral procedure”.

⁵ OGAYÁR y Tomás AYLLÓN. “El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral”. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid. 1975. p. 232.

⁶ GRIFFITH DAWSON, Frank. “El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?”. En: *Ius Et Veritas*, Revista de Derecho 15. Lima. 1997. p. 209. “...los legisladores deben reconocer que existe idealmente una frontera entre la provisión de asistencia judicial y las situaciones en las cuales los tribunales pueden intervenir en el proceso en sí. Si una legislación de arbitraje permite a un tribunal corregir errores en la ley o revisar laudos en su esencia, dicha frontera es atravesada. Las partes entonces pueden encontrarse en un conflicto de intereses típico ante un tribunal, con la posibilidad de impugnación que habían buscado evitar inicialmente al elegir solucionar conflictos mediante arbitraje”. HOLSTEIN, Victoria L.C. “Co-opting the Federal Judiciary: Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitral Awards”. En: *World Arbitration & Mediation Report* 11. Volumen 12. 2001. p. 282. “Professor Hans Smit has unequivocally asserted that the statute ‘straightforwardly excludes review of arbitral awards for errors of fact or law’ to prevent the ‘socially most reprehensible consequence’ posed by substantive review –the degeneration of ‘arbitration... into a device for adding still another instance to the usual three instances of litigation in the ordinary courts’”.

⁷ REISMAN, Michael. “Systems of Control in International Adjudication & Arbitration - Breakdown and Repair”. Duke University Press. 1992. p. 1. “Arbitration is a delegated and restricted power to make certain types of decisions in certain prescribed ways. Any restricted delegation of power must have some system of control”.

⁸ PARK, William W. Op. Cit. p. 809. “Commercial actors are not likely to retain confidence in a dispute resolution system that allows arbitrators to roll dice, flip coins or consult the entrails of disemboweled poultry. Nor do business managers expect arbitrators to deny one side the opportunity to present its case, or to decide issues never submitted to them”.

⁹ PARK, William W. “The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36. 2003. p. 1267. Explica que en 1985 Bélgica decidió prohibir recurso alguno contra ciertos laudos arbitrales, creyendo así que atraería más arbitrajes a ese país. Sin embargo, la experiencia fue un fracaso, por lo que en 1998 se regresó, en principio, al sistema anterior de supervisión: “Perhaps the best evidence of business community desire for court scrutiny at the arbitral situs lies in Belgium’s failed experiment in mandatory ‘non-review’ of awards. Hoping that a completely laissez-faire system would attract arbitration, 1985, Belgium eliminated all motions to vacate awards in disputes between foreign parties. Consequently, in 1998, the Belgian legislature enacted a new statute that now leaves a safety net of judicial review as the default rule”. Ver: Nota 3, *supra*.

abuso o controlen el potencial exceso de poder de los árbitros¹⁰; lo que Reisman denomina "exces de pouvoir"¹¹.

Este control judicial de la actividad arbitral que, como hemos identificado, pretende evitar el "exces de pouvoir" de los árbitros, no puede estar dirigido a revisar el fondo de la controversia (apelación), simplemente porque las partes, para bien o para mal, expresamente acuerdan en su convenio arbitral que sus derechos sustantivos sean resueltos fuera del aparato jurisdiccional del Estado¹².

Por otra parte, el control que propone Reisman tampoco puede implicar una revisión formal exhaustiva, porque, como bien explica Dawson¹³, lo que se requiere es "...buscar un equilibrio entre la finalidad del proceso arbitral y la necesidad de reservar al Poder Judicial una competencia de supervisión suficiente para corregir serias injusticias", lo que Reisman denomina "condiciones mínimas que deben observarse en todo proceso arbitral"¹⁴.

Sobre este particular, Garro entiende que estas condiciones mínimas que controlen el exceso de poder de los árbitros deben limitarse a cuestiones

fundamentales¹⁵ porque, de lo contrario, "las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados trámites de apelación que el acuerdo arbitral apunta precisamente a eliminar". Por esta razón, recomienda restringir los medios de impugnación del laudo "(...) a un solo recurso, detallando en forma específica las razones por las cuales se podrá utilizar dicho recurso (...) "¹⁶.

Este recurso único se denomina de anulación o de nulidad del laudo arbitral y tiene por exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros¹⁷, sin que quepa, en forma alguna, la revisión del fondo de la controversia¹⁸.

En Latinoamérica, las legislaciones arbitrales de Bolivia (artículo 63 de la Ley de Arbitraje y Conciliación 1770), Brasil (artículo 32 de la Ley de Arbitraje, 9307), Chile (artículo 34 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ley 19.971), Colombia (artículo 163 del Decreto 1818), Costa Rica (artículo 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley 7727), Ecuador (artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Ley 145/97), El Salvador (artículos 68 y 79 de la Ley de Mediación, Conciliación y

¹⁰ REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "Law and Practice of International Commercial Arbitration". Londres: Sweet & Maxwell. 1986. pp. 197-198. "Although the modern trend is to allow decisions of arbitral tribunals to go unchallenged, so that they are effectively final and binding upon the parties, the need for some control over the way in which these decisions are reached is recognized by most, if not quite all, systems of law. In particular, it is considered important to ensure that an arbitral tribunal gives the parties a fair hearing and that it only decides matters within its competence, or jurisdiction".

¹¹ REISMAN, Michael. Op. Cit. p. 6. "Without it, whatever an arbitrator did, no matter how inconsistent it might have been with his instructions, would have produced a binding award. The arbitrator would become an absolute decision-maker and arbitration would lose its character of restrictive delegation. Exces de pouvoir is the conceptual foundation of control for arbitration".

¹² SMIT, Hans. "Contractual modification of the scope of Judicial Review of Arbitral Awards". En: The American Review of International Arbitration 2. Volumen 8. 1997. pp. 148-149. "...it is universally accepted rule that arbitral awards may not be reviewed on alleged errors of fact or law (...) Exclusion of judicial review of arbitral awards for errors of fact or law is one of the foundations on which the social desirability and acceptance of arbitration is firmly built. For if arbitral awards could be reviewed for errors of law or fact, arbitration would easily degenerate into a device for adding still another instance to the usual three instances of litigation in the ordinary courts. It is exactly to avoid this socially most reprehensible consequence that the law straightforwardly excludes review of arbitral awards for errors of fact or law". REISMAN, Michael. Op. Cit. p. 9. "The comparatively limited grounds on which an award may be attacked in a review procedure, as opposed to the broader grounds on which an appeal may be lodged, signal different concerns. Indeed, a control system may enforce an award that would (indeed, should) be struck down had it been a judgement on appeal. Such an anomaly is characteristic of arbitral review". Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 19 de abril de 1994: "...como claramente se deduce del artículo 45 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, el recurso de anulación tiene unos motivos limitados, que miran a cuestiones formales, en cuanto que la actuación de los árbitros no se hubiese sujetado a la Ley y no a la problemática de fondo, material o sustantiva, que vincule a las partes y a las consecuencias económicas que de ellas se deriven".

¹³ GRIFFITH DAWSON, Frank. Op. Cit. p. 206.

¹⁴ REISMAN, Michael. Op. Cit. p. 8. "Appeal is concerned with what is right for the parties. Control is concerned with the minimum conditions for the continuation of the process of decision itself".

¹⁵ PARK, William W. "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform". Op. Cit. p. 1270. "Normally, judicial intervention is justified only to promote the basic integrity of the process and the arbitrator's respect for the contours of their mission".

¹⁶ GARRO, Alejandro. "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: Arbitraje Comercial y Laboral en América Central. GARRO, Alejandro (Editor). Nueva York: Transnational Juris Publications Inc. 1990. pp. 51-52.

¹⁷ MAYER, Pierre y Audley SHEPPARD. "Informe final de la Asociación de Derecho Internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales". En: Revista Internacional de Arbitraje 1. Bogotá. 2004. p. 211. "Muchos tribunales han expresado una política favorable a la ejecución. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia Europeo en Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV (1999) señaló: "...es aconsejable para lograr procesos de arbitraje eficientes que la revisión de los laudos arbitrales se limite en su alcance y que la anulación o negativa a reconocer un laudo sean posibles únicamente en circunstancias excepcionales".

¹⁸ PARK, William W. "The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform". Op. Cit. p. 1270. "Few commercial actors would want to buy into a system with no prospect for rectifying procedural unfairness. In agreeing to arbitrate, business managers generally assume the risk that arbitrators may 'get it wrong' on the substance of the dispute but do not bargain for denial of fundamental due process".

Arbitraje, Decreto 914-2002), Honduras (artículos 74 y 89 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto 161-2000), Guatemala (artículo 43 de la Ley de Arbitraje, Ley 67-95), México (artículo 1457 del Código de Comercio Reformado de 1993), Nicaragua (artículo 61 de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540), Panamá (artículos 34 y 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Decreto Ley 5), Paraguay (artículo 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Ley 1879/02), Perú (artículos 73 y 123 de la Ley General de Arbitraje) y Venezuela (artículo 44° de la Ley de Arbitraje Comercial, Ley 36430) regulan el recurso de anulación o de nulidad de laudos arbitrales como la única vía de orden público habilitada para atacar la validez del fallo de los árbitros¹⁹.

Por su parte, modernamente las causales de anulación o de nulidad de los laudos arbitrales reconocidas por los diferentes ordenamientos jurídicos han ido estandarizándose, gracias a la existencia de dos instrumentos internacionales de la mayor importancia, como son la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo UNCITRAL)²⁰; al extremo de que si un Estado reconoce dentro de su legislación arbitral causales distintas o adicionales a las reconocidas internacionalmente²¹, difícilmente será considerado como

un lugar amigable para la práctica del arbitraje²². En Latinoamérica, las causales de anulación dispuestas en las legislaciones arbitrales de Chile (aplicable al arbitraje comercial internacional), Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú, son prácticamente las mismas a las contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, las que, a su vez, son similares a las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

Estas causales, cuyo contenido hemos analizado en otros trabajos²³, están exclusivamente dirigidas a garantizar las legítimas expectativas de las partes referidas a que el Tribunal Arbitral actuará conforme a las facultades otorgadas y a que el procedimiento arbitral respetará el acuerdo de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa²⁴.

Por último, ¿quién debe tramitar y resolver el recurso que se presente para controlar el exceso de poder de los árbitros? Si estamos hablando de “mecanismos de control”, obviamente no podrán ser los propios árbitros los que se “controlen” a sí mismos. Pero, ¿podrán intervenir otros árbitros o una instancia administrativa de alguna institución arbitral? Consideramos que la respuesta debe ser contestada en sentido negativo, por cuanto la articulación de mecanismos de control del arbitraje debe ser necesariamente desarrollado por instancias

¹⁹ Aunque Colombia (artículo 166) identifica la existencia de un recurso extraordinario de revisión, que se rige por el Código de Procedimiento Civil. De la misma manera, Costa Rica (artículo 67) autoriza que contra los laudos arbitrales se interponga, además, el recurso de revisión, conforme al Código Procesal Civil. Sobre el régimen colombiano, leer a: MANTILLA-SERRANO, Fernando. “Colombia”. En: *International Arbitration in Latin America*. Op. Cit. Nota 3, *supra*. pp. 128 -130.

²⁰ VÁRADY, Tibor; BARCELÓ III, John J. y Arthur T. VON MEHREN. “International Commercial Arbitration”. Thomson West Minnesota. 2003. p. 643. “...the grounds for setting aside stated in the [UNCITRAL] Model Law, and adopted in most modern arbitration statutes, are basically the same as the grounds for refusing recognition and enforcement set out in Article V of the New York Convention”.

²¹ GARRO, Alejandro. “El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central”. Op. Cit. pp. 51-52. “...encuentro altamente recomendable seguir la técnica empleada por el artículo 34 de la Ley Modelo, que limita los medios de impugnación al recurso de nulidad expresándose claramente cuáles son las causales de nulidad”.

²² CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y Jan PAULSSON. “International Chamber of Commerce Arbitration”. Tercera edición. Oceana Publications Inc./ICC Publishing SA 2000. p. 528. “A legal system that purports to adopt the Model Law and yet alters the scheme of Article 34 risks losing its reputation as a safe place to conduct international arbitrations. Certainly its claims to adhere to Model Law principles will be met with considerable skepticism. It is deeply misleading to make such a claim on the basis that 99% of the UNCITRAL text has been adopted, if the remaining 1% consists of a new qualification to the validity of arbitration agreements, or the addition of ‘mistaken application of law’ as a ground for setting aside awards. Thus, Article 53(1) of Egypt’s 1994 Law on Arbitration contains the two following uniquely local grounds for the annulment of awards in addition to those of Article 34 of the Model Law”.

²³ CANTUARIAS S., Fernando. “Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral”. En: Cuadernos Jurisprudenciales-Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica 17. Lima 2002; CANTUARIAS S., Fernando. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje”. En: Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 56. Lima 2003; CANTUARIAS S., Fernando. “Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del debido proceso y el derecho de defensa”. En: Arbitraje On Line. Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro2.htm; CANTUARIAS S., Fernando. “Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento”. En: Normas Legales 346. Lima. 2005; CANTUARIAS S., Fernando. “Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero”. En: THEMIS-Revista de Derecho 50. Lima. 2005; y, CANTUARIAS S., Fernando. “La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje”. En: Ius Et Veritas. Revista de Derecho 30. Lima. 2005.

²⁴ CHUKVUMERIE, Okezie. “Reform and Consolidation of English Arbitration Law”. En: The American Review International Arbitration 1. Volumen 8. 1997. p. 42. “Parties choose arbitrators not only for the benefits of finality, speed, cost, and flexibility; they also do so in the expectation that the process will be free from bias, that the tribunal will not be corrupt, that the tribunal will act within its jurisdiction, and that they –the parties– will be given full opportunity to present their respective cases... This is why national laws invariably provide the procedure for the challenge of awards for procedural irregularities or unfairness in the conduct of the arbitration. Most commentators agree that this kind of judicial review or control is necessary both in the interest of the parties and the public interest”.

ajenas al quehacer arbitral. Además, debemos recordar que el arbitraje no sólo interesa a las partes del conflicto, sino también a la sociedad en su conjunto, que tiene legítimo interés en que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible pero, a la vez, lo suficientemente controlada como para que no se presenten excesos o abusos. ¿Qué instancia ajena al quehacer arbitral puede desarrollar la importante labor de control? Pues únicamente el Poder Judicial²⁵.

2. RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES DOMÉSTICOS O NACIONALES

El artículo 61 de la Ley General de Arbitraje peruana (aplicable al arbitraje nacional) correctamente dispone que el recurso de anulación tiene por objeto “la revisión de... (la) validez... (del laudo arbitral) sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o nulidad”²⁶.

Conforme al artículo 71 de la Ley General de Arbitraje peruana, este recurso se debe interponer

directamente ante la Sala de la Corte Superior competente del lugar del arbitraje²⁷, dentro del plazo de diez días contados desde la notificación del laudo²⁸ o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo²⁹.

Respecto de la Sala de la Corte Superior que será la competente, debemos de destacar que la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General de Arbitraje dispone desde 1996 que el Poder Judicial, a través de su órgano competente, debe designar en el Distrito Judicial de Lima y en aquellos distritos judiciales con más de una sala civil, una que de manera exclusiva conozca y resuelva: “4... los recursos de anulación contra los laudos arbitrales domésticos e internacionales, de conformidad con los Artículos 71 y 123 de la presente ley”³⁰.

Sin embargo, el Poder Judicial nunca cumplió con esta exigencia legal, hasta que mediante Resolución Administrativa 006-2004-SP-CS de 30 del setiembre de 2004³¹, creó la subespecialidad comercial dentro de la especialidad civil, norma

²⁵ Bélgica (artículo 1703(2)), Alemania (artículo 1059(1)), la India (artículo 34(1)), Suecia (artículo 43), Holanda (artículo 1070), España (artículo 42), Guatemala (artículo 43), Panamá (artículo 35), Nicaragua (artículo 61), Haití (artículo 966), Chile (artículo 34 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional), Bolivia (artículo 66), Costa Rica (artículo 65), Brasil (artículo 33), Uruguay (artículo 501), Ecuador (artículo 31), El Salvador (artículo 67), Honduras (artículo 73), Colombia (artículo 159 del Decreto 1818 de 1998), Venezuela (artículo 43), México (artículo 1459), Paraguay (artículo 40) y Perú (artículos 71 y 123). Sin embargo, Honduras (artículo 67) y El Salvador (artículo 73) habilitan la posibilidad de que, si las partes lo han acordado, conozca de este recurso un nuevo Tribunal Arbitral. Nosotros no tenemos referencia acerca del funcionamiento de estas disposiciones, aunque nos llama poderosamente la atención que un recurso como el que es materia de este análisis se mantenga en sede arbitral, en vez de que se recurra a una instancia independiente.

²⁶ En ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo Español, en un fallo del 17 de marzo de 1988: “...a este Tribunal sólo le es dable emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje a los límites de lo convenido, dejando sin efecto, en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido”.

²⁷ En Panamá (artículo 35), el recurso se sustancia ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema. En El Salvador (artículo 67), conoce de este recurso la Cámara de Segunda Instancia de lo Civil de la sede del arbitraje. En Paraguay (artículo 41), el recurso se sustancia ante el Tribunal de Apelaciones. En Venezuela (artículo 43), el recurso se interpone ante el Tribunal Superior competente del lugar del arbitraje. En Costa Rica (artículo 65), conoce de este recurso la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En Nicaragua (artículo 61), la autoridad competente es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En Guatemala (artículo 43), el recurso se sustancia ante la Sala de la Corte de Apelaciones del lugar del arbitraje. Por su parte, en Honduras (artículo 73) la autoridad competente es la Corte de Apelaciones del lugar del arbitraje, pero el recurso de anulación se interpone ante el Tribunal Arbitral. En Ecuador (artículo 31), el recurso también se presenta ante el Tribunal Arbitral, pero lo conoce la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje. Lo mismo sucede en Bolivia (artículo 64), siendo finalmente competente el juez de partido de turno en lo civil del lugar del arbitraje. Por último, en Colombia (artículo 161 del Decreto 1818) el recurso se interpone ante el Tribunal Arbitral y luego se sustancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar del arbitraje.

²⁸ Panamá (artículo 35, 15 días), Honduras (artículo 73, 7 días), El Salvador (artículo 67, 7 días), Paraguay (artículo 41, 15 días), México (artículo 1458, 3 meses), Venezuela (artículo 43, 5 días), Ecuador (artículo 31, 10 días), Costa Rica (artículo 65, 15 días), Bolivia (artículo 64, 10 días), Nicaragua (artículo 61, 15 días), Colombia (artículo 161 del Decreto 1818, 5 días) y Guatemala (artículo 43, 1 mes).

²⁹ Los plazos son los indicados en la cita precedente. Sobre este particular, leer a: CANTUARIAS S., Fernando. “Corrección, aclaración e integración del Laudo Arbitral”. En: Normas Legales 357. Lima. 2006.

³⁰ La norma también reconoce competencia en grado respecto de las resoluciones de primera instancia y competencia directa respecto de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

³¹ Resolución Administrativa 006-2004-SP-CS del 30 de setiembre de 2004 (publicada en el diario oficial “El Peruano” el 2 de octubre de 2004), emitida por la Sala Plena de la Corte Suprema, y referida a la creación de la subespecialidad comercial dentro de la especialidad civil de los órganos jurisdiccionales:

“Primero.- Créase la subespecialidad comercial dentro de la especialidad civil, de acuerdo al siguiente detalle:

1. Los Juzgados de la subespecialidad Comercial conocen:

- Las pretensiones referidas a la Ley de Títulos Valores y en general las acciones cambiarias, causales y de enriquecimiento sin causa derivadas de títulos valores y los procesos ejecutivos y de ejecución de garantías.
- Las pretensiones derivadas de la Ley General de Sociedades así como las normas que regulan las empresas individuales de responsabilidad limitada, las pequeñas y medianas empresas y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.
- Las pretensiones en materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Las pretensiones derivadas de las actividades y operaciones reguladas por el TUO de la Ley de Mercado de Valores y demás normas complementarias y conexas.
- Las pretensiones derivadas de la contratación mercantil, entre otros, comisión mercantil, prenda mercantil, leasing, factoring, franquicia (franchising), licencia de transferencia de saber o de tecnología (Know How), edición, distribución, concesión comercial,

que ha sido complementada por la Resolución Administrativa 185-2004-CE-PJ del 6 de octubre de 2004, mediante la cual se han creado salas y juzgados comerciales en el distrito judicial de Lima³².

Gracias a la dación de las citadas normas, desde hace algunos meses la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Lima, que concentra la mayor cantidad de procedimientos arbitrales en el Perú, cuenta con salas especializadas que conocen, "(e)n general, las pretensiones contenidas en la octava disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje"³³.

Una vez interpuesto el recurso de anulación, la sala competente deberá calificar su admisibilidad y procedencia³⁴, debiendo verificar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley General de Arbitraje, a saber:

1. La indicación precisa de las causales de anulación, debidamente fundamentadas.
2. La presentación de copia simple del laudo arbitral y de las resoluciones que lo corrijan, integren o aclaren, en su caso.
3. La presentación de la notificación del laudo arbitral de instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, cuando ello proceda y,

auspicio o patrocinio (sponsorship), riesgo compartido o aventura conjunta (joint venture), agencia, corretaje y los contratos derivados de operaciones de comercio exterior.

- f. Las pretensiones referidas al transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre y aeronáutico de bienes en general.
 - g. La prueba anticipada, tercerías y las medidas cautelares referidas a las materias antes señaladas.
 - h. Las pretensiones señaladas en la novena disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje que se refieren a las materias señaladas en los incisos a) al f) del presente numeral.
 - i. En grado de apelación, los procesos resueltos por los Juzgados de Paz Letrados sobre los asuntos en materia comercial.
 - j. De los demás asuntos que les corresponda conforme a Ley.
2. Las Salas Superiores de la subespecialidad Comercial conocen:
- a. En grado de apelación, los procesos resueltos por los Juzgados de la subespecialidad Comercial. Así como las quejas de derecho por denegatoria del recurso de apelación.
 - b. De las contiendas de competencia que le son propias. Este trámite será decidido por resolución inimpugnable.
 - c. De los recursos de anulación de laudos arbitrales y, en su caso, el de apelación de laudos arbitrales referidos a las materias comerciales señaladas en el numeral anterior. En general, las pretensiones contenidas en la octava disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje.
 - d. De los demás asuntos que señale la Ley.
- (...)

Cuarto.- Se encarga al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la decisión de su implantación".

- ³² Resolución Administrativa 185-2004-CE-PJ del 6 de octubre de 2004, mediante la cual el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial crea las Salas y Juzgados comerciales en el distrito judicial de Lima:

"SALAS COMERCIALES

- a. En grado de apelación, los procesos resueltos por los Juzgados de la sub especialidad Comercial. Así como las quejas de derecho por denegatoria del recurso de apelación.
- b. De las contiendas de competencia que le son propias. Este trámite será decidido por resolución inimpugnable.
- c. De los recursos de anulación de laudos arbitrales y, en su caso, el de apelación de laudos arbitrales referidos a las materias comerciales señaladas en el numeral anterior. En general, las pretensiones contenidas en la octava disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje.
- d. De los demás asuntos que señale la Ley".

- ³³ La determinación acerca de la competencia de estas salas no ha sido pacífica. En efecto, en un primer momento surgió la duda (reflejada en fallos judiciales) acerca de si estas salas son competentes para conocer todos los recursos de anulación que se interpongan contra los laudos arbitrales o si sólo lo son respecto de fallos arbitrales que versen sobre materia comercial. Sin embargo, a la fecha, nosotros entendemos que este tema ha sido finalmente resuelto conforme se desprende del fallo de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de abril de 2006, en los seguidos por Compañía Minera Antamina Sociedad Anónima JRC Minería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada, sobre anulación de laudo arbitral (Exp. 1174-2005): "PRIMERO.- De lo dispuesto en el literal c) del numeral 2) del Punto Primero de la Resolución Administrativa número 006-2004-SP-CS, en concordancia con lo previsto en... (el numeral 4 de) la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General de Arbitraje, se desprende que la Sala Civil con subespecialidad Comercial resulta competente para conocer... de las pretensiones (de anulación de laudos arbitrales) contenidas en la Octava disposición complementaria y transitoria de la Ley General de Arbitraje (...) sin importar la materia a la que se refieran..."

- ³⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Laudos arbitrales y medios impugnatorios". En: Cuadernos Jurisprudenciales - Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica 17. 2002. p. 25. "La interposición del recurso de anulación invoca un estudio de admisibilidad y procedencia de éste que lo explicaremos así. Los requisitos de admisibilidad de un acto procesal están dados por elementos formales que determinan la aptitud de éste para producir efectos al interior del proceso; en cambio, los requisitos de procedencia son elementos intrínsecos o de fondo de un acto procesal, cuya presencia es esencial para que el acto tenga la calidad de tal. Los requisitos de admisibilidad están ligados con el lugar, el tiempo y la formalidad de su interposición. Son requisitos de procedencia del recurso la adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio. Tratándose del recurso de anulación es necesario superar las exigencias de admisibilidad para luego intentar pronunciarse sobre el fondo del reclamo".

El Salvador (artículo 69.- "La Cámara de Segunda Instancia rechazará el recurso de nulidad cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el Artículo anterior"); Honduras (artículo 75.- "La corte de apelaciones... rechazará de plano el recurso de nulidad cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior"); Colombia (artículo 164 del Decreto 1818.- "El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior"); Bolivia (artículo 64(III).- "El Tribunal... rechazará sin mayor trámite cualquier recurso de anulación que fuere presentado fuera del plazo establecido por el presente artículo, o que no se encuentre fundado en las causales señaladas en el artículo 63 de la presente ley"); y, Venezuela (artículo 45.- "El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley"). Aunque el Poder Judicial peruano analiza la admisibilidad y procedencia del recurso de anulación, sería conveniente que en una futura reforma legislativa la Ley General de Arbitraje peruana cuente con una norma similar a esta.

en su caso, de sus correcciones, integración o aclaraciones.

4. En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso”.

Respecto al plazo para la interposición del recurso de anulación, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en los seguidos por Star Security Sociedad Anónima Cerrada con Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, sobre anulación de laudo arbitral (Casación 2806-2002-LIMA), ha señalado correctamente lo siguiente: “Segundo.- Que... el artículo setenta y uno de la Ley General de Arbitraje, establece que el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez días siguientes de notificado el laudo arbitral directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente; plazo que se entiende de caducidad, toda vez que, entre los requisitos para la admisión del recurso, a ser calificados *in limine* por el Órgano Jurisdiccional, se encuentra la presentación de la notificación del laudo arbitral”³⁵.

Por su parte, en lo referente al requisito del recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, destacamos diversos fallos judiciales que han hecho respetar esta exigencia contractual, que reduce significativamente los incentivos para interponer recursos de anulación dilatorios³⁶:

1. Fallo del 4 de junio de 1999 de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los se-

guidos por Embotelladora Latinoamericana Sociedad Anónima - ELSA Gamavi Investment INC, Inversiones Chuyugual S.A. y Ricardo Gallegher Málaga, sobre anulación de laudo arbitral (Expediente 1228-99): “No procede admitir a trámite el recurso de anulación del laudo arbitral si se hubiere pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, que constituye requisito para la interposición del recurso, el comprobante de depósito o fianza bancaria, por la cantidad fijada a favor de la parte vencedora”.

2. Ejecutoria del 28 de enero de 2002 expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en los seguidos por ESSALUD con Medic Land S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Expediente 1452-2001): “Habiéndose ordenado en el laudo materia de anulación que ESSALUD pague a Medic Land S.A. la suma que allí se precisa y sometido dicho arbitraje al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro (...) en el que se establece la exigencia de dicho pago en la forma antes precisada, es de concluirse que lo alegado por la recurrente en el sentido que al ser ESSALUD una entidad del Estado, el pago ordenado en el laudo debe ceñirse al procedimiento establecido en el Decreto de Urgencia 055-2001; sin embargo, los de la materia no se encuentran dentro de los supuestos allí establecidos, toda vez que dicho dispositivo hace expresa referencia a adeudos que se originen en mandatos judiciales consentidos y ejecutoriados que se encuentren en calidad de cosa juzgada”.

Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se correrá traslado a la otra parte por cinco días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca, de corresponder, las pruebas que desease actuar³⁷. Con la contestación o sin

³⁵ Ibid. p. 26. “En el supuesto de que el recurso de anulación se hubiere admitido a trámite, sin haber apreciado debidamente el cómputo de los diez días, es posible oponer la excepción de caducidad pues conforme lo señala el pronunciamiento recaído en el caso Plaza Carpio Contratistas Generales, Ministerio de Educación y de la Presidencia sobre anulación de laudo arbitral (Ejecutoria de 30 de setiembre de 2000, de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Expediente 171-2001): “Es fundada la excepción de caducidad porque no sólo implica el transcurso del tiempo a un plazo sino la pérdida o la extinción de un derecho, que se produce si mediando un período de tiempo no se ejercita un derecho o no se da cumplimiento a un acto, lo que implica una sanción”.

³⁶ En efecto, por ejemplo, RUBIO GUERRERO, Roger. “Desarrollo y Posibilidades del Arbitraje Institucional en el Perú”. Tesis para optar por el grado de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho Lima. 2002 p. 129. Identifica que en el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el 86% de los laudos arbitrales no han sido impugnados ante el Poder Judicial (1993-2000). Cabe destacar que este Centro exige en el artículo 68 de su Reglamento Procesal este requisito que claramente desalienta la interposición de recursos de anulación dilatorios.

³⁷ Artículo 75 de la Ley General de Arbitraje. Obviamente, como señaló correctamente la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima en su fallo del 22 de mayo de 2002, en los seguidos por Wiese Aetna Compañía de Seguros con Aguaytia Energy del Perú, sobre anulación de laudo arbitral (Expediente 454-2002), las pruebas que se ofrezcan, necesariamente, deberán estar alineadas a la causal o causales de anulación que se aleguen: “La emplazada ofrece como medios probatorios la declaración de parte del gerente general de la compañía aseguradora y la exhibición que deberá realizar dicha compañía sobre las pólizas de seguros contra incendios a favor de Aguaytia Energy del Perú... que el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que alegue pruebe que no ha sido debidamente

ella, los medios probatorios se actuarán en un plazo máximo de diez días, luego de lo cual la Sala procederá a resolver los actuados (artículo 76 de la Ley General de Arbitraje). Por último, sólo procederá el recurso de casación en caso el laudo arbitral sea anulado total o parcialmente (artículo 77 de la Ley General de Arbitraje)³⁸.

Esto ha sido reconocido en diversos fallos, destacando los siguientes:

1. Ejecutoria del Tribunal Constitucional del 22 de enero de 2001, en los seguidos por Productos Alimenticios Nacionales PYC con Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, sobre Acción de Amparo: "4. Que, a mayor abundamiento, el trámite del recurso de anulación de un laudo arbitral se sujeta obligatoriamente a lo dispuesto por la Ley 26572, que aprueba la Ley General de Arbitraje, cuyo artículo 77 sólo autoriza la interposición del recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado, total o parcialmente..."
2. Fallo de la Corte Suprema de la República del 4 de julio de 2001, en la queja interpuesta por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción –Proyecto Especial Rehabilitación Infraestructura de Transporte– (PRT-PERT) con Construcciones e Comercio Camargo Correa Sociedad Anónima,

sobre denegatoria del recurso de casación (Expediente QUEJA AP 101-2001-LIMA). En este caso, el inferior jerárquico declaró improcedente el recurso de anulación y denegó la casación por ser inadmisibile. Recurrido en queja, la Corte Suprema dijo: "Que, en consecuencia, no habiéndose producido anulación alguna del referido laudo y estando a lo establecido por el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572, no cabe la interposición de recurso alguno contra la mencionada resolución".

3. Ejecutoria de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, del 11 de julio de 2002, en los seguidos por Texas Petroleum Company, Sucursal del Perú con Servicio Automotriz San Luis S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Expediente 723-2001): "... (de acuerdo) a lo prescrito en el artículo 77 de la Ley de Arbitraje... sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiere sido anulado total o parcialmente; que en el presente caso, se ha declarado INFUNDADO el recurso de anulación del laudo arbitral... Declararon INADMISIBLE el recurso de casación..."³⁹.

3. RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Conforme a lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley General de Arbitraje peruana, el recurso de anulación se debe interponer directamente ante la Sala de la Corte Superior competente

notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento, por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente; (...) estando a la causal invocada se tiene que los mencionados medios probatorios no son pertinentes para dilucidar la pretensión demandada".

El Salvador (artículo 69), Honduras (artículos 75-76), Colombia (artículo 164 del Decreto 1818), Guatemala (artículo 44), Bolivia (artículo 64(II) y 66(IV)), México (artículo 1460), Paraguay (artículo 42), Venezuela (artículo 47), Panamá (artículo 35) y España (artículo 42).

³⁸ ANZOLA, J. Eloy y Frédéric ZUMBIEHL. "El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje". Documento presentado en el Second Annual Conference "International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective". International Chamber of Commerce. Miami. 2004. p. 38. "La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (de Venezuela), en sentencia del 13 de agosto de 2004, en el asunto Promotora E.P. 1967, contra Asociación Civil El Carrao, afirmó correctamente que no cabe recurso de casación contra la sentencia dictada por un Tribunal Superior que declaró sin lugar un recurso de anulación. Confirmó, declarando sin lugar el recurso de hecho que fue intentado, la decisión del tribunal superior que negó la admisión del recurso de casación". Fallo del Tribunal Supremo español del 6 de abril de 2004, en los seguidos por Luis Francisco sobre recurso de queja por denegación de recurso de casación: "El arbitraje está configurado como un medio para la solución extrajudicial de un conflicto que, precisamente por suponer una alternativa al proceso, no constituye una primera instancia, ni el laudo arbitral puede equipararse a la sentencia que dicta el juez de primera instancia tras la tramitación ordinaria del proceso, de ahí que sea imposible extender el ámbito de las resoluciones recurribles... a las Sentencias que dicta la Audiencia Provincial (de Madrid) en base a lo previsto en el artículo 49.2 de la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, del 5 de diciembre). Evidentemente el recurso de anulación se prevé legalmente como un medio de impugnación de la decisión arbitral sin constituir una segunda instancia judicial, por lo que la Sentencia de la Audiencia no puede considerarse una resolución inderogable en el artículo 477.2 LEC 2000, aparte de existir una explícita previsión de irrecurribilidad en el referido art. 49.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, que es aplicable a ese supuesto..."

En: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=80405. El Salvador (artículo 70.- "Contra la providencia de la Cámara de Segunda Instancia no cabrá recurso alguno, incluido el de casación..."), Honduras (artículo 76.- "Contra la providencia de la corte de apelaciones... no procederá recurso alguno"), Guatemala (artículo 44(4).- "Contra las resoluciones de trámite o de fondo, que emita la Sala de la Corte de Apelaciones en la substanciación del recurso de revisión, no cabe recurso alguno"), Bolivia (artículo 67.- "La resolución de vista que resuelve el recurso de anulación no admite recurso alguno"), México (artículo 1460.- "La resolución no será objeto de recurso alguno"), Paraguay (artículo 42.- "Contra las resoluciones de trámite o de fondo, que emita el tribunal en la substanciación del recurso de nulidad, no cabe recurso alguno") y España (artículo 42(2).- "Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno").

³⁹ Ejecutoria de la Sala Civil Especializada en Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima del 24 de mayo de 2000, en los seguidos por Carlos Emiliano Vásquez Matta con Empresa Coyancura S.A., sobre anulación de laudo arbitral (Expediente 4267-2000). Se declaró improcedente el recurso de casación, por cuanto no se había anulado el laudo arbitral.

del lugar de la sede del arbitraje⁴⁰, dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación del laudo⁴¹ o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo.

El procedimiento de anulación será el mismo que el aplicable a los laudos arbitrales nacionales⁴².

Sin embargo, a diferencia de las disposiciones nacionales, en las que no cabe renunciar al recurso de anulación, en el Arbitraje Internacional, el artículo 126 de la Ley General de Arbitraje dispone lo siguiente: "Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, se podrá acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior, la renuncia a interponer recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más de las causales dispuestas en el artículo 123.

Cuando las partes hayan renunciado al recurso de anulación y el laudo se pretenda ejecutar en el Perú, será de aplicación analógica lo dispuesto en el Capítulo Octavo de esta Sección, referido al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros"⁴³.

¿Por qué existe una norma como ésta?⁴⁴

En primer lugar, recordemos que la Ley General

de Arbitraje peruana expresamente distingue hacia su interior entre arbitrajes nacionales y arbitrajes internacionales. En este último caso, las disposiciones arbitrales se han inspirado directamente en la Ley Modelo de UNCITRAL, con la finalidad de convertir al Perú en una plaza atractiva para el desarrollo de arbitrajes internacionales. Es válido pues, asumir que la sola posibilidad de que la parte perdedora en el arbitraje pueda recurrir a la anulación del laudo arbitral ante nuestro Poder Judicial pueda compensar desfavorablemente las virtudes de la Ley General de Arbitraje⁴⁵.

Además, como indicamos al comienzo de este artículo, el recurso de anulación existe porque resulta necesaria la intervención del Poder Judicial para controlar el exceso de poder de los árbitros. Sin embargo, esta intervención judicial se justificará, esencialmente, cuando el laudo arbitral pretenda su eficacia en el país⁴⁶.

En cambio, si el laudo arbitral se va a ejecutar en un tercer Estado (como sucederá con la generalidad de los arbitrajes internacionales que se lleven a cabo dentro de nuestro territorio), consideramos que el control del exceso de poder bien puede ser ejercido (si así lo desean las partes) por los tribunales de justicia que conozcan de un pedido de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero⁴⁷.

⁴⁰ Las reglas sobre competencia son las mismas que las aplicables a los arbitrajes nacionales que acabamos de tratar. En el caso de Chile, el artículo 34(5) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional identifica a las respectivas Cortes de Apelaciones.

Por su parte, al parecer Panamá (artículo 40), El Salvador (artículo 79) y Honduras (artículo 89), respectivamente, aplicarían a los laudos arbitrales dictados dentro de sus respectivos territorios que sean considerados "internacionales", las disposiciones reservadas a los laudos arbitrales extranjeros. Así, en el caso de Honduras, la autoridad competente será la Corte Suprema de Justicia (artículo 90). La misma autoridad es identificada por El Salvador (artículo 80) y Panamá (artículo 42, Sala Cuarta de Negocios Generales). Leer a: CANTUARIAS S., Fernando. "Problemática del arbitraje internacional en Latinoamérica". En: Revista de Economía y Derecho 6. Volumen 2. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima. 2005.

⁴¹ En el caso de Chile, el artículo 34(3) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que el plazo será de tres meses. Panamá, El Salvador y Honduras guardan silencio. Sin embargo, nosotros entendemos que serán de aplicación los plazos dispuestos para los laudos arbitrales domésticos o nacionales. Ver: nota 28, *supra*.

⁴² Artículo 124 de la Ley General de Arbitraje. La única exigencia adicional es que si los documentos a presentar (copia del convenio y del laudo arbitral) no están redactados en castellano, la parte deberá adjuntar una traducción oficial a ese idioma de dichos documentos.

⁴³ Leer a: CANTUARIAS S., Fernando. "Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros: La Convención de Nueva York vs. la Ley General de Arbitraje". En: Normas Legales. 348. Lima. 2005. Acerca de este supuesto regulado por el segundo párrafo del artículo 126 de la Ley General de Arbitraje.

⁴⁴ Lo que afirmamos seguidamente también será aplicable a los laudos arbitrales internacionales dictados en Panamá, en los que se haya renunciado al recurso de anulación (artículo 38.- "Si el laudo dictado en territorio tuviese la consideración de internacional, de conformidad con el presente Decreto-Ley, y las partes hubiesen renunciado por sí o a través del reglamento aplicable, a la interposición del recurso de anulación (conforme al artículo 36), será trámite necesario para su ejecución la obtención del exequatur, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en la forma prevista para los laudos extranjeros").

⁴⁵ CANTUARIAS S., Fernando. "Comentario acerca de algunas disposiciones sobre Arbitraje Internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje". En: Ius Et Veritas, Revista de Derecho 8. Lima. 1994. p. 73. "La Convención de Nueva York de 1958... dispone en su artículo V(1)(e) que un Estado podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un fallo arbitral dictado en el extranjero cuando haya sido anulado o suspendido por la autoridad competente del país en que se dictó dicho laudo. Esto significa que si un laudo arbitral internacional dictado en el Perú es anulado o suspendido por nuestro Poder Judicial, será sumamente difícil su reconocimiento y ejecución en un tercer país".

⁴⁶ Ibid. p. 73. "Es razonable la intervención de nuestro Poder Judicial para controlar el exceso de poder de los árbitros tratándose de arbitrajes domésticos (nacionales según la nueva Ley General de Arbitraje) o, en todo caso, de arbitrajes internacionales o extranjeros que se van a ejecutar dentro de nuestro país".

⁴⁷ READ, Pippa. "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its relevance in the New Millennium". En: American Review of International Arbitration 10. 1999. p. 185. "Often parties will select a forum for their arbitration based upon considerations of convenience or neutrality, with neither party being a resident of, or having assets within, the forum state. Whilst state intervention and supervision may be justified to some extent when the policy interests of that state are affected by the arbitration, in many international arbitrations, this is not the case"; PARK, William W. "Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography". En: Arbitration Internacional 3. Volumen 17. 2001. p. 268. "While courts must scrutinize awards before granting them res judicata effect, an arbitral venue chosen

Adicionalmente, como bien explica Craig⁴⁸, el ejercicio del control por parte del Poder Judicial del lugar donde se dictó el laudo arbitral internacional, potencialmente generará importantes inconvenientes, en cuanto al idioma, al procedimiento judicial y a la aplicación de leyes extranjeras.

En efecto, como sabemos, el artículo 111 de la Ley General de Arbitraje permite que las partes o los árbitros en un arbitraje internacional determinen el idioma del arbitraje. Es válido asumir que en muchos casos en los que se interponga un recurso de anulación contra un laudo arbitral internacional, habrá que invertir tiempo y dinero en traducciones, sin perjuicio de los obvios problemas que generan las barreras del idioma⁴⁹.

Por otro lado, es un problema real para las partes que arbitran en terceros estados, el tener que litigar ante un Poder Judicial con disposiciones procesales, idioma, tradición y costumbres poco familiares⁵⁰.

Por último, no es de extrañar que en este escenario, los jueces se topen con la aplicación de leyes extranjeras que no les serán familiares. Esto no sólo obligará a los magistrados a invertir tiempo adicional en estudiar el caso, sino que, además, la falta de información precisa podrá generar la emisión de resoluciones ineficientes.

Todas estas razones justifican la existencia del artículo 126 de la Ley General de Arbitraje⁵¹ y de normas similares contenidas en las legislaciones arbitrales de Suiza⁵², Bélgica⁵³, Túnez⁵⁴ y Suecia⁵⁵,

only for convenience or neutrality might dispense with judicial review before the enforcement stage, particularly for disputes that have no effect at the place of arbitration"; CRAIG, Laurence W; PARK, William W. y Jan PAULSSON. "International Chamber of Commerce Arbitration". Tercera edición. p. 501. "Few vital interests of the arbitral seat will be affected by the award unless one party or its property is found within the arbitration venue". Es más, la Convención de Nueva York de 1958 expresamente habilita a que las cortes de los estados en los que se pretenda el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros controlen el "exceso de poder" de los árbitros, conforme a siete causales que son esencialmente las mismas que las contenidas en el artículo 123 de la Ley General de Arbitraje. PAULSSON, Jan. "Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters". En: International and Comparative Law Quarterly. 32. 1983. p. 57. "...it scarcely seems revolutionary to give parties the possibility of opting for an arbitral process free from the domestic constraints of the law of the place of arbitration, the effects of the process to be limited only by the minimum norms of transnational currency such as those reflected in the major international conventions".

⁴⁸ GRAIG W, Laurence. "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: Arbitration Internacional 3. Volumen 4. 1988. pp. 192-195.

⁴⁹ Ibid. p. 193. "When language of the reviewing court is different from that of the arbitral tribunal, the task of counsel in certifying a record on appeal (all translated) is truly burdensome. Nor is it satisfying. Language barriers create barriers in concepts and ideas. No translation (particularly of commercial documents) is really faithful, and the burden of the task assures that only a selection of the pertinent documents will be made available to the reviewing court. Even when the scope of review is allegedly limited, the number of relevant documents may be enormous. The burden on, and the cost of, legal translators and international counsel skilled in two relevant languages will be substantial". El autor informa además, a manera de ejemplo, que entre 1980-1985 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) conoció en Francia más de 400 arbitrajes, de los cuales las dos terceras partes se desarrollaron en inglés.

⁵⁰ Ibid. p.195. "Finally, judicial review before a national court means submission to the national procedure, tradition, language, and attitudes of that court. Foreigners do not necessarily feel at ease with, and may mistrust, the court system. Sometimes they have good cause. While the arbitration may have been a matter before commercial men, with each side being counselled by international counsel skilled in the kind of business transaction in dispute, judicial review becomes a matter of formal court procedure, and the parties are wise to be defended by local lawyers who are masters of the court's procedures and not necessarily masters of the dispute's subject matter. This may substantially disadvantage one or both of the parties. In any event, it is not what they expected when they agreed to arbitrate".

⁵¹ GRIFFITH DAWSON, Frank. "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?". Op. Cit. p. 208. "La legislación Peruana de Arbitraje estipula una solución... equilibrada cuando ninguna de las partes es peruana, no está domiciliada o reside habitualmente en el Perú. En dichos casos, las partes pueden acordar en la cláusula de arbitraje de su contrato, o en adelante, renunciar al derecho de solicitar la anulación, o restringir el ejercicio de dicho derecho a sólo uno o más de los fundamentos para anulación estipulados en la ley. La inspiración legislativa para esta cláusula fue claramente la Legislación de Arbitraje Suiza, que incluye una disposición análoga". Sobre un caso resuelto por la Corte Suprema de Suiza (First Civil Chamber del 10 de noviembre de 2005), en el que se aceptó una renuncia parcial de las partes al recurso de anulación, ver: Ita Monthly Report March & April 2006. IX-X. Volumen IV. En: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/marchapril2006/.

⁵² Mediante Ley del 18 de diciembre de 1987, el parlamento suizo dictó una disposición por la cual las partes en un arbitraje en el que no participan nacionales o residentes en Suiza pueden renunciar al recurso de anulación ante el poder judicial. En efecto, el artículo 192 de la Ley Intercantonal sobre Derecho Internacional Privado, dispone lo siguiente: "If neither party is domiciled, nor has its habitual residence or place of business in Switzerland, the parties may expressly agree in the arbitration agreement or in a subsequent written agreement, to waive their right to challenge an arbitral award before the Swiss courts...".

Sobre un caso resuelto por la Corte Suprema de Suiza (First Civil Chamber del 10 de noviembre de 2005), en el que se aceptó una renuncia parcial de las partes al recurso de anulación, ver: Ita Monthly Report March & April 2006. IX-X. Volumen IV. En: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/marchapril2006/.

⁵³ HANOTIAU, Bernard. "Survey of a New Statute amending Belgian Legislation on Arbitration". En: The American Review of International Arbitration. Volumen 8. 1997. p. 328: "The parties may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent agreement, exclude any application to set aside the arbitral award when none of the parties is either an individual having the Belgian citizenship or residing in Belgium, or a legal person having its head office or a branch there". El artículo 1717(4) del Código Judicial belga (según reforma de 1998), dispone lo siguiente: "The parties may, by an explicit declaration in the arbitration agreement or by a later agreement, exclude any application for the setting aside of an arbitral award, in case none of them is a physical person of Belgian nationality or a physical person having his normal residence in Belgium or a legal person having its main seat or a branch office in Belgium".

⁵⁴ VARADY, Tibor; BARCELO III, JHON J. y ARTHUR VON MEHREN. Op. Cit. p. 628. "Recent Tunisian legislation follows the Swiss approach. Article 78(6) of the 1993 Arbitration Code states: 'The parties who have neither domicile, principal residence nor a business establishment in Tunisia, may expressly exclude totally or partially all recourse against an arbitral award'".

⁵⁵ HOLM, Christer. "New Swedish Arbitration Act". En: International Commercial Litigation. Junio 1995. p. 34. "If neither party in a commercial relationship has its domicile or place of business in Sweden the parties may make a specific written agreement to exclude or limit the grounds for challenge, in which case the agreement will be recognized and enforced in Sweden in accordance with the rules applicable to a foreign award"; HOBÉR, Kaj. "Arbitration Reform in Sweden". En: Arbitration Internacional 4. Volumen 14. 2001,

las cuales han sido dictadas con la finalidad de favorecer el desarrollo de arbitrajes cuyo único vínculo con el foro es el hecho de que las partes libremente han acordado arbitrar dentro de sus fronteras⁵⁶.

Como queda claro de una simple lectura de las legislaciones citadas, se requiere el pacto expreso de las partes para la renuncia, en todo o en parte, al recurso de anulación. Esto es así, debido esencialmente a lo siguiente:

1. Porque la experiencia ha demostrado que decisiones unilaterales por parte de las legislaciones arbitrales de prohibir el recurso de anulación no son aceptadas por la comunidad arbitral internacional, tal como ha sido el caso de Bélgica, que luego de aprobar una reforma en ese sentido en 1985⁵⁷, se vio obligado en 1998 a retroceder⁵⁸.

2. Porque, en caso se emita un laudo arbitral defectuoso, la parte perjudicada no podrá apelar al recurso de anulación en el lugar del arbitraje, viéndose forzada a tener que defender, en cuanto foro se intente, el reconocimiento y la ejecución de dicho fallo⁵⁹.

Es más, si el perjudicado es el acreedor que sufrió la emisión de un laudo arbitral que ilegítimamente le negó las pretensiones reclamadas, simplemente él o ella no tendrá foro a dónde acudir para intentar que se corrija el abuso⁶⁰.

Por tanto, si las partes desean asumir estos riesgos a cambio de que se les garantice la no intervención del Poder Judicial del lugar del arbitraje, pues se requerirá el acuerdo expreso por escrito⁶¹, no

p. 383. "In accepting exclusion agreements, the Swedish legislature was acting on the assumption that an award with respect to which an exclusion agreement has been concluded would still be scrutinized at the place of enforcement, again assuming that such an arbitral award would not take place in Sweden. In other words, it was assumed that an arbitral award would be subject to some sort of formal control in some jurisdiction". El artículo 51 de la Ley de Arbitraje de Suecia (1999) dispone lo siguiente: "Where none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, such parties may in a commercial relationship through an express written agreement exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in section 34. An award which is subject to such an agreement shall be recognized and enforced in Sweden in accordance with the rules applicable to a foreign award".

⁵⁶ DELAUME, Georges R. "Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards". En: Journal of International Arbitration 1. Volumen 12. 1995. p. 13. "By its clarity as well as by its flexibility, the Swiss system offers particular attractive possibilities for the promotion of an effective arbitration machinery".

⁵⁷ El artículo 1717 del Código Procesal Civil fue modificado por una ley de 27 de marzo de 1985, con el siguiente texto: "Belgian courts have jurisdiction on an action to set aside only when at least one of the parties to the dispute settled by an arbitral award is either an individual of Belgian nationality or a Belgian resident or a legal entity which is incorporated in Belgium or which has a branch or any establishment in Belgium". DEMEYERE, Luc. "1998 Amendments to Belgian Arbitration Law: An Overview". En: Arbitration International 3. Volumen 15. 1999. p. 310. "The international arbitration community responded strongly. This provision was meant to make Belgium attractive as a forum for international arbitration. In essence it determined that one may not request nullification in the Belgian courts if none of the parties to the arbitral proceedings is a Belgian's defined in that Article. By removing the possibility of nullification by the Belgian courts, control over the arbitral awards was moved de facto to the forum where the arbitral award was meant to be enforced. Even if the clause has its attractions, it was highly criticized and for some, including arbitration institutions, Belgium became a forum to be avoided. The International Court of Arbitration at the ICC avoided Belgium as a place for arbitration, when the International Court of Arbitration could itself determine the place of arbitration. The business community generally does not want to risk a forum of dispute resolution which removes any possibility of appeal from the outset...".

⁵⁸ CRAIG, Laurence W.; PARK, William W. y Jan PAULSSON. Op. Cit. p. 503. "Dissatisfaction with the mandatory nature of the exclusion of judicial review led to its amendment so as to allow, but not impose, exclusion of court scrutiny". HANOTIAU, Bernard. Op. Cit. p. 327. "This statute did not have the expected success. It seems that with notable exceptions, such as the Euro-Tunnel arbitration, the 1985 reform has dissuaded rather than encouraged parties to choose Belgium as the seat of their arbitration".

⁵⁹ PARK, William W. "Control mechanisms in the development of a modern Lex Mercatoria". En: Lex Mercatoria and Arbitration. CARBONNEAU, Thomas E. (Editor). Juris Publishing Inc. 1998. p. 146. "Under a system of complete arbitral autonomy... the victim of an arbitrator's excess of jurisdiction, fraud, or other procedural irregularity would have no opportunity to challenge the award where rendered. The 'loser' would need to defend against enforcement in all countries where assets could be attached". REISMAN, W. Michael. "Systems of Control in International Adjudication & Arbitration - Breakdown and Repair". Op. Cit. p. 117. "If no forum enjoyed the nullificatory power with universal effect accorded to primary jurisdictions under the convention, the winner of a defective award could fail in enforcement in any forum and still continue to go to others in an effort at enforcement, harassing the other party and forcing it either to settle for a nuisance value factored by the number of jurisdictions in which it could be pursued or to expend great amounts of time and effort to block and block again enforcement efforts without ever securing a terminal annulment. Such undesirable effects are limited if only one primary jurisdiction has the capacity to nullify an award erga omnes". Leer también a: PARK, William W. "Judicial Controls in the Arbitral Process". En: Arbitration International 3. Volumen 5. 1989. pp. 233-234.

⁶⁰ TSCHANZ, Pierre-Yves. "International Arbitration in the United States: The Need for a New Act". En: Arbitration International. Volumen 3. 1987. p. 316. "...when the losing party is the claimant, and its claim has been dismissed as a result of a fraud in the arbitration, then the denial of enforcement of the award will hardly protect the party victim of the fraud. The award rejecting the claims as a result of a fraud will not come under the New York Convention because the Convention can come into play only to the extent that there is something to be enforced. Thus, the losing claimant is left with no recourse"; PARK, William W. "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration". En: Tulane Law Review 3. Volumen 63. 1989. p. 650. "When the victim of procedural irregularities is the losing claimant, the results of arbitral autonomy are even more dramatically unfair. If denied the opportunity to have the award set aside where rendered, the unsuccessful claimant has no enforcement forum in which to contest the defective award, for the simple reason that there is nothing to enforce". Leer además a: ERIKSSON, Magnus. "Arbitration and Contracts Involving Corrupt Practices: The Arbitrator's Dilemma". En: The American Review of International Arbitration 4. Volumen 4. 1993. p. 379; VANDERELST, Alain. "Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? - The Belgian Law of March 27, 1985, concerning the Annulment of Arbitral Awards". En: Journal of International Arbitration. Volumen 3. 1986. pp. 85-86; CRAIG, William Laurence. "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: Arbitration International 3. Volumen 4. 1988. pp. 174-227; y, PARK, William W. "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration". En: The International and Comparative Law Quarterly. Volumen 32. 1983. pp. 21-52.

⁶¹ HANOTIAU, Bernard. "Survey of a New Statute amending Belgian Legislation on Arbitration". Op. Cit. p. 328. "Is a reference by the parties in the arbitration agreement or in the terms of reference, to arbitration rules which provide for a waiver to 'any form of

bastando para el efecto la remisión a algún reglamento arbitral que contenga una estipulación en ese sentido⁶².

4. RECURSO DE APELACIÓN

El artículo 60 de la Ley General de Arbitraje (aplicable al arbitraje nacional) permite a las partes de un arbitraje de Derecho pactar recurso de apelación⁶³ contra el laudo arbitral⁶⁴ "ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral". En caso las partes acuerden el recurso de apelación, "(a) falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral"⁶⁵.

Pasemos a analizar ambos supuestos:

4.1. Apelación ante una segunda instancia arbitral⁶⁶

La Ley General de Arbitraje peruana es la única legislación de la región que expresamente se

pronuncia acerca de la posibilidad de que las partes puedan someter su controversia sobre el fondo a una segunda instancia arbitral.

Sin embargo, no cabe duda alguna de que en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, aun cuando la Ley General de Arbitraje no lo hubiera mencionado, las partes podrían optar libremente por esta opción. Es más, no entendemos por qué la Ley General de Arbitraje limita este recurso sólo a los arbitrajes de Derecho, ya que si las partes quieren hacer lo propio con un arbitraje de conciencia, ¿qué norma de orden público se estaría violando?⁶⁷

En todo caso, la Ley General de Arbitraje establece un procedimiento supletorio, a falta de disposición distinta de las partes o del reglamento arbitral aplicable⁶⁸.

Por último, sólo una vez que el Tribunal Arbitral de segunda instancia haya laudado, procederá deducir contra este segundo laudo arbitral el recurso de anulación⁶⁹.

recourse insofar as such waiver can validly be made', ICC Rules, Article 28(6), such an 'express statement'? In Switzerland, the federal court, and leading commentators agree that such a reference does not encompass setting-aside proceedings. This is also the position of the French doctrine. Since it was expressly stated in the travaux préparatoires to the amendment that the intention was to adopt the rule applied in Switzerland, it is likely that the same interpretation will also prevail. Moreover, this conforms to the case law of the Belgian Supreme Court, according to which the waiver of a right cannot be presumed but may only be deducted from facts which are not susceptible to another interpretation".

⁶² HOBÉR, Kaj. "Arbitration Reform in Sweden". Op. Cit. p. 383. "It is important to note that the exclusion agreement must be in writing and that it must specifically refer to the parties' waiver of the right to challenge an award pursuant to section 34 of the Act"; CRAIG, Laurence W.; PARK, William W. y Jan PAULSSON. International Chamber of Commerce Arbitration. Op. Cit. 578. "The requirement that waiver of recourse be made by an express statement (déclaration expresse) means that the model ICC arbitration clause must be argued if the parties desire to exclude all judicial recourse against the award"; BOND, Stephen R. "Cómo redactar una Cláusula Compromisoria". En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI - El Arbitraje Comercial Internacional. Suplemento Especial. 1995. p. 34. "En Suiza, aunque el capítulo 12 de la Ley federal de Derecho Internacional Privado permite a las partes que no sean suizas, la renuncia a todo recurso contra el laudo, la doctrina considera que dicha renuncia debe, en todo caso, ser expresa y que por lo tanto, la simple referencia a un reglamento de arbitraje no constituye una renuncia válida".

⁶³ CAIVANO, Roque J. "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad". En: Jurisprudencia Argentina 5869. Buenos Aires. 1994. p. 10. Este importante autor argentino distingue correctamente entre la apelación y la anulación del laudo arbitral: "Cabe aclarar que la impugnación por nulidad es conceptualmente distinta e independiente de la revisión por apelación que pueda caber contra el laudo. En el primer caso, lo que se procura es invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, y en consecuencia, los medios de impugnación no resultan —en principio— disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público. Mediante la apelación lo que se busca es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. En este último supuesto se revisa el fondo del laudo, mientras que en el primero solamente se controla el cumplimiento de los recaudos legales sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión".

⁶⁴ El pacto puede ser expreso o encontrarse previsto en el reglamento arbitral al que se sometan las partes.

⁶⁵ Artículo 60 de la Ley General de Arbitraje. VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Manual de Derecho Arbitral". Lima: Gaceta Jurídica. 2003. p.143. "El artículo 60 de la Ley General de Arbitraje plantea una presunción iuris tantum en el sentido de que, a falta de acuerdo expreso o en caso de duda, puede considerarse que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral".

⁶⁶ Estas disposiciones también resultan aplicables al Arbitraje Internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley General de Arbitraje.

⁶⁷ Según CAIVANO, Roque J. "Arbitraje". Buenos Aires. Segunda edición. Ad-Hoc. 2000. p. 286: "(e)n el caso de los laudos emanados de tribunales de amigables componedores existe una razón para que el principio sea la irrecorribilidad: el diferente régimen bajo el que se desenvuelven los árbitros con relación a los jueces estatales. Si la resolución de las cuestiones litigiosas se realiza en función de un criterio de equidad, según el leal saber y entender de los arbitadores, y las resoluciones judiciales están basadas en las disposiciones legales, se comprenderá sin esfuerzo la dificultad existente para compatibilizar ambos criterios". Obviamente esta explicación no es satisfactoria en sede arbitral.

⁶⁸ Artículo 62 de la Ley General de Arbitraje. Esta norma establece que la apelación deberá deducirse ante los árbitros originales dentro de los diez días de notificado el laudo arbitral. Si no se ha pactado el número de árbitros serán tres, los que deberán ser designados de la misma forma como fueron nombrados los árbitros de primera instancia. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, se correrá traslado de la apelación a la otra parte, vencido lo cual se procederá a laudar dentro de los quince días siguientes.

⁶⁹ Artículo 71 de la Ley General de Arbitraje. "El recurso de anulación del laudo arbitral deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia...". Si el laudo arbitral es internacional, el plazo es de quince días (artículo 124 de la Ley General de Arbitraje). VARADY, Tibor; BARCELO III, Jhon J. y Arthurt VON MEHREN. Op. Cit. p. 646. "By its nature, setting aside applies to awards with respect to which the arbitration process has been completed. Therefore, if an appellate level exists within the arbitration structure agreed upon by the parties, decisions of the first arbitration instance should not be subject to setting aside. In a case decided on July 7, 1995 by the Cour d'appel de Paris (Société Corelf c. Société Worldwide, CA Paris) the parties submitted their dispute to arbitration under the auspices of the Chambre arbitrale maritime de Paris, the rules of which provide for an appellate level if the disputed amount exceeds 100,000 FF. On November 15, 1993 the arbitrators of the first instance awarded US\$ 81,290 to Corelf (which sum is considerably higher than FF 100,000), and Worldwide moved to set aside. The Paris court held that if 'arbitration implies two levels, setting aside may only be requested with regard to the sentence rendered on the second level'".

4.2. Apelación ante el Poder Judicial

Nuevamente, hasta donde tenemos conocimiento, la Ley General de Arbitraje peruana es la única legislación de la región⁷⁰ que se pronuncia acerca de la posibilidad de que las partes puedan pactar recurso de apelación contra un laudo arbitral ante el Poder Judicial⁷¹.

Si bien es cierto que para que proceda este recurso la Ley General de Arbitraje exige el pacto de las partes⁷², nosotros no entendemos, con honestidad, cómo es que puede autorizarse un recurso que convierte al arbitraje en una absurda primera instancia judicial, desnaturalizando así la institución del arbitraje⁷³.

Por tanto, aquí hacemos nuestra en toda su extensión las palabras de Nils Mangard⁷⁴, quien correctamente afirma: "...mantengo la opinión de que no debería permitirse ninguna apelación a los tribunales

sobre la esencia del caso, ni en cuestiones legales ni en las de tipo fáctico. Las partes han elegido el arbitraje y han acordado someterse a la decisión del árbitro, en cuya designación han intervenido. Deben, por lo tanto, aceptar su decisión, en lo que se refiere a los méritos del caso". En consecuencia, corresponde que en una futura reforma de la Ley General de Arbitraje se deroguen todas las normas referidas a esta materia.

Mientras esto no suceda, para los pocos casos patológicos en los que las partes cometan el absurdo de pactar recurso de apelación ante el Poder Judicial, habrá que seguir el trámite previsto en los artículos 63 al 68 de la Ley General de Arbitraje⁷⁵.

Por último, cabe destacar que si se ha pactado recurso de apelación ante el Poder Judicial y se recurre ante los jueces invocándolo, obviamente no se podrá plantear, acumulativamente, el recurso de anulación⁷⁶.

⁷⁰ Panamá (artículo 34.- "Contra el laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de anulación..."), Guatemala (artículo 43(1).- "Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse... mediante un recurso de revisión..."), Venezuela (artículo 43.- "Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad..."), Ecuador (artículo 30.- "Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables..."), México (artículo 1457.- "Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando..."), Bolivia (artículo 62.- "Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral..."), Colombia (artículo 161 del Decreto 1818 de 1998.- "Contra el laudo arbitral procede recurso de anulación..."), El Salvador (artículo 67.- "Contra el laudo arbitral únicamente podrá interponerse el recurso de nulidad..."), Honduras (artículo 73.- "Contra el laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de nulidad..."), Chile (artículo 34(1) de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.- "Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad..."), Paraguay (artículo 40.- "Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante el Tribunal de Apelaciones... mediante el recurso de nulidad..."), Nicaragua (artículo 61.- "Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante la Sala Civil... mediante un recurso de nulidad..."), y Costa Rica (artículo 58.- "El laudo... será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo el recurso de revisión"). Sin embargo, cabe destacar que Colombia (artículo 166) identifica la existencia de un recurso extraordinario de revisión, que se rige por el Código de Procedimiento Civil. De la misma manera, Costa Rica (artículo 67) autoriza que contra los laudos arbitrales se interponga además un recurso de revisión conforme al Código Procesal Civil. Respecto de Argentina, ver nota 3, *supra*.

⁷¹ Este recurso sólo es aplicable al arbitraje nacional.

⁷² CAIVANO, Roque J. "Arbitraje". Op. Cit. p. 280. "La existencia de un recurso de apelación no puede considerarse una exigencia en la que esté interesado el orden público, ni su inexistencia puede vulnerar derechos o garantías constitucionales. En definitiva, se trata de una cuestión disponible... En el caso del arbitraje, la condición del control judicial suficiente se verifica aun cuando el laudo sea inapelable, por vía de los recursos o acciones de nulidad que establecen los códigos procesales". CAIVANO, Roque J. "Arbitraje en Argentina: fortalezas y debilidades". En: Revista El Derecho. Buenos Aires. 2002. p. 3. "...la Corte Suprema de Justicia de la Nación... ha dicho... que es inatendible el agravio de que el laudo dictado en sede arbitral -libremente pactada- viola la garantía de la defensa en juicio al ser inapelable ante la justicia, puesto que dicho agravio deriva de la propia conducta discrecional del recurrente... La intervención de árbitros con facultades para resolver en forma irrevocable las cuestiones que se les someten, no vulnera la garantía de los artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional...".

⁷³ CANTUARIAS S., Fernando. "Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre arbitraje doméstico contenidas en la Ley General de Arbitraje". En: THEMIS-Revista de Derecho 31. Lima. 1995. p. 45. "En un anterior trabajo, hemos expresado nuestra oposición a que siquiera se permita la apelación del laudo arbitral ante el Poder Judicial, por considerar, entre otras razones, que ello implica desconocer una de las funciones principales del arbitraje, cual es el resolver definitivamente el fondo de una controversia, sin que quepa en modo alguno la intervención de los jueces". HOBÉR, Kaj. "Arbitration Reform in Sweden". Op. Cit. p. 378. "One of the undisputed advantages of arbitration is that an arbitral award, in most legal systems, is final and binding when rendered. This means that an award is final and binding on the merits, i.e. it cannot be appealed or retried on the merits".

⁷⁴ MANGARD, Nils. "El Arbitraje y el Sistema Judicial". En: Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional. Centro de Estudios Comerciales (CECO). Segunda edición. 1983. p. 107; STERK, Steward E. "Enforceability of agreements to arbitrate: An examination of the public policy defense". En: Cardozo Law Review 2. Volumen 2. 1981. p. 482. "Finality of the arbitrator's award, despite errors of law or fact, is one of the principal advantages of the arbitration process. If arbitration awards were subject to judicial review for error, the process would be neither speedy nor inexpensive. Arbitration statutes, therefore, typically limit judicial review severely"; DRAHOZAL, Christopher R. "Enforcing vacated International Arbitration awards: An Economic Approach". En: American Review of International Arbitration. Volumen 11. 2000. p. 467. "The risk of an aberrational arbitration award should be less than the risk of an aberrational trial court decision, because arbitrators face market sanctions for poor decisions while judges do not. Indeed, one reason that an appeals process is common in court systems and uncommon in arbitration is the differing incentives of judges and arbitrators."

⁷⁵ Corresponde el conocimiento de este recurso a la Corte Superior (artículo 63). La apelación se interpone directamente ante la Sala respectiva dentro de los diez días hábiles de haberse notificado el laudo arbitral (artículo 64). El trámite a seguir se encuentra previsto en los artículos 66 al 68. Contra lo decidido por la Corte Superior no cabe recurso alguno (artículo 69).

⁷⁶ Artículo 70 de la Ley General de Arbitraje. "Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocado uno de ellos, es improcedente el otro". CAIVANO, Roque J. "Negociación, Conciliación y Arbitraje". Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC). Lima. 1998. p. 210 "...los recursos de anulación y apelación resultan conceptualmente contradictorios. Habida cuenta del diferente objeto que tienen, la acumulación -aun bajo la fórmula de subsidiariedad- es incongruente, ya que no puede deducirse recurso de apelación contra un laudo que se reputa anulable. La apelación importa la revisión de un eventual error de juzgamiento de los árbitros, lo que presupone que el laudo es formalmente válido. Si se interpreta que no se han cumplido las condiciones de validez que la ley exige, lo indicado es plantear judicialmente su nulidad. Porque, por otro lado, plantear la apelación implicaría consentir su validez formal, al no poder argumentarse lógicamente que se pretende revisar una decisión que no puede revestir el carácter de laudo".

CONFLICTUANDO EL CONFLICTO: LOS CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

El Perú ha ingresado a una etapa en la que el arbitraje tiene un auge sin precedentes. Ello, evidentemente, y en la medida que el mercado peruano de árbitros es reducido, incrementa las posibilidades de que se verifiquen posibles conflictos de interés para tales profesionales.

En ese orden de ideas, el autor presenta una nueva manera de enfrentar el problema de determinar cuando podría existir un conflicto de interés y cuando no, tarea que desarrolla a partir de las medidas adoptadas por los mejores especialistas del mundo en la materia, quienes, reunidos por la International Bar Association (IBA), catalogaron en una funcional lista las medidas que el árbitro debe tomar ante situaciones que pudieran poner en duda su independencia y/o imparcialidad, dependiendo del caso, en un proceso arbitral.

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro y fundador del Instituto Peruano de Arbitraje.

1. EL SURGIMIENTO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

En los últimos diez años, el arbitraje ha tenido un desarrollo extraordinario en el Perú. Hasta entonces, se trataba de una institución meramente teórica, presente en el Código de Procedimientos Civiles y en la doctrina como un entretenimiento académico de juristas, debido a que era apetecible pero inaplicable.

Un problema derivado de una tradición malentendida hacía que todo arbitraje comenzara, paradójicamente, con un proceso judicial, lo que era una situación estúpida e ineficaz. En efecto, el Código de Procedimientos Civiles entonces en vigencia exigía que, luego de haber pactado una cláusula compromisoria en el contrato principal o en un documento accesorio, las partes, una vez que surgía el conflicto –esto es, cuando los ánimos estaban más beligerantes– tenían que llegar a un nuevo acuerdo llamado compromiso arbitral, para designar a los árbitros y establecer las reglas del proceso. ¡Imagínense el absurdo! En el momento más candente, cuando las partes estaban en pleno conflicto y se requería el arbitraje precisamente porque no se podían poner de acuerdo, se les exigía que hicieran un esfuerzo y se pusieran de acuerdo cuando menos sobre los árbitros y la materia a arbitrar. Obviamente, la parte demandada –que no tenía ningún interés en el arbitraje– simplemente se negaba a firmar este segundo convenio a fin de dilatar la posibilidad de la parte demandante de cobrar lo que pretendía que se le adeudaba o de exigir el cumplimiento de una obligación contractual. Usualmente objetaba ya sea los árbitros propuestos, ya sea la redacción del compromiso arbitral en lo referente a la materia del arbitraje o a las reglas procesales a seguir. Hay que tener en cuenta que ese compromiso arbitral tenía que involucrar una suerte de demanda y contestación, porque se sostenía que los árbitros no podían actuar sin un mandato preciso de las partes, dada la naturaleza contractual del arbitraje. Y, como esa definición (realizada sin el auxilio de un Tribunal, a diferencia de la fijación de puntos controvertidos) tocaba el meollo de la cuestión debatida, no había manera de ponerse de acuerdo.

Por cierto que de esta manera se creaba un grave impasse y sólo le quedaba al demandante recurrir a la vía judicial para exigir el cumplimiento de la cláusula arbitral. Como es fácil imaginar, la parte interesada en el arbitraje tenía que esperar dos años –y conozco casos que han durado mucho más– para que, en la hipótesis de que ganara este primer procedimiento (con apelaciones y demás medios dilatorios) en sede judicial, pudiera iniciar el procedimiento arbitral sobre la materia

controvertida. Obviamente, en este proceso judicial previo, las malas artes de los demandados se encargaban de mezclar la discusión de lo directamente relacionado con la ejecución de la cláusula compromisoria con la materia controvertida propiamente dicha que debía ser el objeto del futuro arbitraje, lo que llevaba a los jueces a pronunciarse sobre materias que correspondían al Tribunal Arbitral, aumentando la confusión. El resultado era un barro argumentativo jurídico que empantanaba todo esfuerzo por caminar hacia el arbitraje pactado. Recuerdo que cuando se comenzó a hablar de la posibilidad de dar una Ley de Arbitraje, hice el comentario en el sentido de que este procedimiento de doble convenio (cláusula compromisoria y compromiso arbitral) era –y no podía ser de otra manera– inoperante, por lo que había que sustituirlo por un solo acuerdo, que se llamaría convenio arbitral, que debía firmarse al celebrar el contrato principal, antes de que se presentara conflicto alguno y en previsión de esa eventualidad todavía no realizada, sin que ninguna de las partes supiera aún cuál de las dos tendría que recurrir algún día al arbitraje ni cuál iba a ser la materia controvertida. En otras palabras, propuse que bastara con ese convenio arbitral en el que se establece el procedimiento para nombrar árbitros o para que se designara a una institución como patrocinadora del arbitraje, la que debía nombrar los árbitros y determinar las reglas en defecto de las partes. De esta manera, el Tribunal Arbitral podía instalarse sin necesidad de un segundo e imposible acuerdo y citar a las partes para que presentaran sus pretensiones, como en cualquier jurisdicción.

No era un invento mío, porque este sistema ya se usaba en Europa y en los Estados Unidos. Sin embargo, muchos de mis colegas consideraron que estaba desvariando jurídicamente porque eso atentaba contra la naturaleza estrictamente contractual del arbitraje y sostuvieron en su apoyo que nunca se había planteado una herejía de esta naturaleza en la tradición civilista y procesal peruana.

No obstante, después de muchas vacilaciones y algunos retrocesos, este sistema moderno de arbitraje se impuso también entre nosotros, al amparo de la Ley de Arbitraje que fue una verdadera novedad en la historia del Derecho peruano, impulsada por jóvenes juristas –como es particularmente el caso de Fernando Cantuarias–, quienes se apartaron de los caminos de la supuesta doctrina peruana y se aventuraron con nuevas y más lógicas propuestas.

Y es recién entonces que los procedimientos arbitrales nacionales adquirieron una importancia inusitada. Mientras que en 1987 casi no había

arbitrajes en el Perú, en 1996 se contaban por decenas y su número iba en incremento día a día. ¿Qué fue lo que ocasionó este cambio? Sin duda, el hecho de tener una legislación más adecuada sobre arbitraje. Sin duda también, el fuerte impulso económico de la década de los años noventa, con la presencia de una mayor inversión extranjera, ya que este desarrollo comercial e industrial genera, como es natural, más controversias en materias especializadas que las partes preferían someter a árbitros. También influyó mucho la crisis del Poder Judicial, su lentitud, la burocratización de la justicia y la desconfianza respecto de la imparcialidad de sus fallos.

2. LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN: EL CONFLICTO DE INTERÉS

En la actualidad, el arbitraje se ha convertido en una institución ampliamente utilizada en el Perú y ello ha llevado, como en todo asunto que marcha, a descubrir problemas en el camino, no ya en el nivel puramente académico sino en el práctico, que exigen necesariamente soluciones razonables y coherentes. Una de ellas es el conflicto de interés: ¿Cuándo puede decirse que existe conflicto de interés para aquel que es propuesto como árbitro? ¿Qué situaciones merecen ser consideradas como conflictos de interés y qué objeciones basadas en esta categoría son simplemente majaderías o quizá, tratando de encontrar la razón de la sinrazón, argucias utilizadas por la parte demandada para retrasar la instalación del Tribunal?

Los casos de recusación en el Perú han sido variados y, aunque hasta hace poco no sucedían con demasiada frecuencia, presentan un espectro bastante amplio: desde conflictos de interés de naturaleza bastante clara, como que el árbitro sea socio en el estudio de abogados del defensor legal de alguna de las partes en el mismo arbitraje o casos menos claros como cuando el árbitro ha sido alguna vez en el pasado abogado de alguna de las partes en otro asunto, hasta casos pintorescos como la impugnación fundamentada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes o que el árbitro es amigo del padre del abogado o del apoderado de alguna de las partes o incluso como expresión del disgusto por la anterior participación política de un árbitro, la que no es compartida por una de las partes o por sus abogados.

Sin embargo, en los últimos tiempos se advierte una proliferación de recusaciones que no son sino estrategias para lograr ventajas (muchas veces ilícitas) en la composición del Tribunal Arbitral o en el procedimiento del arbitraje. Así, hay recusaciones

motivadas en un deseo de impedir la constitución del Tribunal Arbitral o de retardar el procedimiento. Hay otras recusaciones en las que una de las partes recusa sistemáticamente al árbitro nombrado por la otra con el objeto de que, después de varias recusaciones (en las que muchas veces el recusado renuncia por razones de amor propio, sin permitir la discusión de su caso), se llega a obtener un árbitro más lejano de la parte que lo nombró y quizá con alguna simpatía o vinculación con la parte que empleó sistemáticamente el método recusatorio para lograr ese resultado. Hay recusaciones bastante más complicadas, que obedecen a razones abominables desde cualquier punto de vista. Así, he conocido un caso en el que una de las partes recusa sorpresivamente al árbitro nombrado por ella misma aduciendo que carece de las calidades de especialista requeridas en el convenio arbitral. Obviamente, el Tribunal se preguntó cómo podía esa parte haber designado a esa persona si no tenía las calidades requeridas, ya que es ella quien debió juzgar este hecho antes de hacer la propuesta. Sin embargo, la verdadera razón estaba oculta y era más indecente: a ese árbitro, la parte que lo nombró le propuso posteriormente pagar sus honorarios con una *cuota litis* sobre lo que esa parte pudiera obtener si ganaba el arbitraje. Dado que el árbitro nombrado rechazó de plano tal proposición porque comprometía gravemente su imparcialidad al hacerlo socio de una de las partes, esa misma parte le ofreció entonces una suma de dinero para que renunciara y así les permitiera nombrar a otro que estuviera de acuerdo con una propuesta de esta naturaleza. Como el árbitro no aceptó tampoco que le “compraran” su renuncia por considerarlo una inmoralidad, la parte en cuestión procedió a recusarlo.

3. LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN DENTRO DE LA LEY VIGENTE

La Ley General de Arbitraje, Ley 26572 (en adelante, “Ley”), hoy en vigencia, establece hasta cuatro tipos de razones para que sea procedente la recusación de un árbitro.

En primer lugar, señala el hecho de que no reúna las condiciones para ser árbitro.

Como sabemos, el artículo 25 de la Ley establece dos tipos de condiciones, unas generales y otra específica según el tipo de arbitraje. Las condiciones generales se refieren a que sólo pueden ser árbitros las personas naturales, no las personas jurídicas, y pueden ser nacionales o extranjeras, pero deben ser mayores de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles. La Ley agrega la exigencia de que quien sea designado no tenga incompatibilidad para actuar

como árbitro. Esta condición parece referirse a una incompatibilidad *in natura*, sin tener en cuenta todavía las relaciones con las partes. En el fondo, esta categoría se refiere a las “incompatibilidades de función”. Estas se refieren a personas que ejercen ciertos cargos públicos que se consideran excluyentes para ejercer las funciones de árbitro. Ciertamente, el Presidente de la República, los Vicepresidentes, los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional. También los oficiales generales de las Fuerzas Armadas y Policiales. Otra función cuya exclusión es muy importante a fin de deslindar la jurisdicción arbitral de la judicial, es la de ser magistrado, y se hace extensiva a los ex-magistrados, aunque sólo respecto de las causas que han conocido como tales. Y, finalmente, el Contralor General de la República en los procesos arbitrales donde participen entidades sometidas a su control.

La Ley agrega tres casos más de recusación que podríamos calificar no como incompatibilidad sino como incapacidad (en el mejor sentido del término, *id est*, no reunir las condiciones requeridas).

En primer lugar, el artículo 25 establece –lo que parece indispensable– que el nombramiento de árbitros de Derecho debe recaer en abogados. Esto significa que los que no son abogados están incapacitados para intervenir como árbitros, salvo cuando se trate de arbitrajes de conciencia.

El artículo 28 incluye como causal de recusación el hecho de que el árbitro propuesto esté incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes. Esto puede entenderse cuando menos de dos maneras: una de “incompatibilidad particular” (vale decir, relativa solamente a ese caso) y otra de incapacidad. La incompatibilidad particular se presenta, por ejemplo, cuando en el reglamento arbitral puede haberse establecido que personas vinculadas a un determinado grupo económico no pueden ser árbitros en las relaciones con terceros de las empresas incluidas en el grupo, debido a esa vinculación que afectaría su imparcialidad. De otro lado, la incapacidad en este caso tiene lugar cuando se pacta que el arbitraje se llevará a cabo ante especialistas de una determinada materia. En este último caso, puede exigirse una determinada formación o experiencia jurídica si se trata de arbitrajes de Derecho, como cuando se exige que el árbitro no sea simplemente abogado sino que tenga una cierta experiencia en Derecho Marítimo para participar en un arbitraje entre una compañía naviera y el dueño de la carga transportada. Pero en los arbitrajes de conciencia se pueden exigir otros conocimientos especializados no jurídicos: no basta

que el árbitro propuesto sea una “buena persona”, sino que además debe ser ingeniero o médico o vinculado a los negocios de exportación, etcétera. Por ejemplo, se presenta este supuesto cuando un productor y un distribuidor internacional de uvas establecen que las controversias entre ellos sólo pueden ser resueltas por árbitros de conciencia, pero que conozcan de mercados internacionales o del cultivo de la vid.

Estas provisiones especiales pueden surgir del propio convenio arbitral o pueden formar parte del Reglamento de una determinada institución cuando se trata de un arbitraje patrocinado institucionalmente. En éste último caso, la condición de una determinada especialización se presenta frecuentemente cuando la institución arbitral patrocinante forma parte del gremio de actividades dentro el cual se encuentran las partes o es una entidad internacional que reúne a quienes realizan un determinado tipo de negocios (seguros, navieros, etcétera).

Es importante notar que la Ley no funda ninguna causal de recusación en la nacionalidad del árbitro. Por el contrario, expresamente señala el artículo 25 que el nombramiento de árbitros de Derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Un detalle que debe ser destacado es que, para los efectos del arbitraje de Derecho, no se exige que el título de abogado haya sido revalidado en el Perú sino que, cuando menos para estos efectos, se reconoce al abogado graduado en el extranjero en posición igual al abogado graduado en el Perú. Cabe siempre la duda sobre si, tratándose de árbitros de nacionalidad peruana, podría admitirse en un arbitraje de Derecho que fueran abogados graduados en el extranjero que no hayan revalidado su título en el Perú. Pero si esta posibilidad es válida en el caso de los árbitros extranjeros, no veo cómo podría ser inválida en el caso de árbitros nacionales en las mismas condiciones, porque ello implicaría una discriminación contra el nacional. De esta manera, las partes pueden prever en el convenio arbitral que los árbitros sean de una nacionalidad determinada, y si no lo han hecho, al momento de constituirse el Tribunal tienen derecho a nombrar peruanos o extranjeros según mejor les parezca.

Paralelamente a estas condiciones generales –o relativamente generales– que pudiéramos incluir en las categorías de la incompatibilidad y de la incapacidad, encontramos otras circunscritas a un proceso en particular, en atención a las partes específicas del mismo. Éstas son mucho más difíciles de precisar, mucho más subjetivas, y las podríamos agrupar bajo el nombre de “conflictos de interés”.

La Ley las define en el inciso 3 de su artículo 28 como "circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia".

Obviamente, hablar de "dudas", de "imparcialidad" y de "independencia" es moverse a través de un terreno incierto, poblado por situaciones borrosas, ambiguas y sutiles. Por ello se requiere de algunas pautas adicionales que nos permitan navegar con un mínimo de seguridad por este mar neblinoso en el que aparecen y desaparecen sombras de otras embarcaciones, sin que lleguemos a tener un patrón seguro para establecer si estamos en rumbo de colisión o si se trata de elementos indiferentes al curso de nuestro proceso arbitral. Es por ello que la Ley ha agregado a la palabra "dudas", el adjetivo "justificadas". Esto equivale a decir que las dudas sean razonables. Sin embargo, todavía no hemos avanzado mucho porque, ¿cuáles son los criterios prácticos que nos permiten saber cuándo una duda es razonable y cuándo no lo es?

Intuitivamente, podemos pensar que recusar a un árbitro porque ha trabajado con un Gobierno que –a juicio político de la parte recusante– no respeta el Derecho y que, por tanto, debe considerarse que no tiene una visión recta de las cosas, no puede ser admisible, porque se trata de un juicio político, subjetivo, como son todas las opiniones políticas. Notemos que no se trata en este caso de un conflicto de interés sino de una presunta incapacidad que no está fundada en la Ley. Por otra parte, el pretendido fundamento incurre en la subjetividad y la pasión propia de todo juicio político.

Igualmente, podemos decir que la acusación de que un árbitro es profesor en una determinada universidad donde también es profesor el abogado de la parte contraria tampoco puede ser admisible, porque nos quedaríamos sin árbitros: la mayor parte de los árbitros son profesores universitarios. En cambio, si el árbitro es socio de la parte contraria en el negocio que ha dado origen a la controversia, evidentemente existe la posibilidad de dudar de su imparcialidad. Y si ese árbitro es el padre del abogado de la parte contraria, también podemos tener duda sobre su independencia; si solamente es primo de ese abogado la situación es mucho más discutible y exige precisar hasta qué grado de parentesco se puede considerar para justificar una duda.

Por eso se hace indispensable contar con patrones lo más objetivos posibles para determinar cuándo hay conflicto de interés en la realidad concreta del proceso.

En el caso de los arbitrajes administrados por alguna institución, encontramos que muchas veces este tipo de instituciones administradoras incluyen en sus Reglamentos normas específicas al respecto. Este es el caso de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), de la American Chamber (AMCHAM) y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE). Algunas veces esas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan en mayor grado este tipo de circunstancias, como sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Hay, por el contrario, reglamentos institucionales que no se han preocupado del problema y prácticamente repiten la norma general de la Ley.

Pero también nos puede ser útil la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacional como internacional, así como los textos guías preparados por algunos centros internacionales de arbitraje. No cabe duda de que las nociones a que me he referido y cuya aclaración y precisión requerimos son –o deberían ser– relativamente similares en todas partes, independientemente de las diferencias entre las distintas legislaciones. Más aún, dentro de un mundo globalizado, la perspectiva de lo que es considerado razonable en esta materia tiende a ser la misma.

4. PRECISANDO EL CONFLICTO DE INTERÉS

En este sentido, el documento fundamental hoy en día es el llamado Lineamientos sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional¹ (en adelante, "Lineamientos"), publicado por el *International Bar Association*.

Si bien los documentos institucionales son válidos sólo para los procesos que se lleven a cabo bajo su patrocinio y, por tanto, los Lineamientos carecen de fuerza legal o contractual en nuestro medio, presentan muchas ventajas.

En primer lugar, se trata de un texto actual, ya que fue publicado en el año 2004. De otro lado, fue preparado por 19 expertos de catorce países, por lo que nos orienta de manera bastante segura en

¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. "IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration". Aprobado el 22 de mayo de 2004. Londres. Reino Unido.

relación con lo que la costumbre internacional de nuestro tiempo admite bajo el concepto de conflicto de interés. En tercer lugar, no solamente recoge las más modernas tendencias sobre el tema, sino que, además, las expone en forma sistematizada, lo que facilita mucho su visión de conjunto.

Es probable que nos puedan surgir dudas sobre la ubicación de ciertas situaciones dentro de la sistematización o que encontremos situaciones relativamente similares en lugares muy diferentes. Toda sistematización es tentativa y, salvo en las matemáticas, tiende a ser incompleta. Pero no cabe duda de que el esfuerzo realizado en este caso nos proporciona un esquema muy sugestivo para la reflexión concreta sobre el tema.

Los Lineamientos comienzan señalando que el incremento de los conflictos de interés es un desafío al arbitraje.

El hecho de que el mundo de los negocios funcione actualmente muy interconectado, crea relaciones y, por tanto, posibilidades de conflictos de interés que antes no hubieran sido imaginables. Y, por ello, los árbitros usualmente no están seguros de qué es lo que constituye un conflicto de interés dentro de la complejidad del mundo moderno, por lo que asumen actitudes muy diversas frente a temas similares.

No revelar cierto tipo de vinculaciones puede constituir una falta grave en un árbitro. Pero, por otra parte, comunicar a las partes cualquier tipo de relaciones, sin importar si son serias o si son leves, puede llevar a un abuso por parte de litigantes renuentes que se aprovechan de esta situación para cuestionar al árbitro y eventualmente removerlo, con las consecuencias de las consiguientes dilaciones del procedimiento y de impedir que participe el árbitro en quien tiene confianza una de las partes.

De esta forma, dicen los Lineamientos, se crea una tensión entre el derecho de las partes a conocer las situaciones que puedan razonablemente suscitar dudas de la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros y, del otro lado, el derecho de las partes de nombrar al árbitro de su preferencia y de tener un desarrollo normal, relativamente rápido, del procedimiento arbitral.

Notemos cómo esta tensión se reproduce, exactamente, en nuestro medio, ya que las dudas sobre

la independencia e imparcialidad del árbitro son causales de recusación de acuerdo a la Ley, conforme hemos visto anteriormente. Y sucede que se ve cada vez más en nuestro medio que, en efecto, los demandados que preferirían dilatar el proceso utilizan la vía de las recusaciones para hacerlo y, además, obligan así a la otra parte a nombrar un árbitro que no era su primera preferencia.

Es para manejar equilibrada y puntualmente esas situaciones que se han preparado los Lineamientos. Los expertos que intervinieron en su preparación declaran que esos Lineamientos reflejan lo que ellos entienden como la mejor práctica internacional actual y que han tratado de balancear las varias y a veces contradictorias preocupaciones de los principales actores arbitrales, tales como las partes, sus abogados, los árbitros y las instituciones arbitrales.

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES

El punto de partida es el principio común a todas las normas sobre conflictos de interés, que también está contenido en nuestra Ley y que se repite, aunque no sea necesario, en muchos de los reglamentos de las instituciones arbitrales. Este principio general –que ha sido tomado por la Ley, como por muchas otras, del artículo 12 de la Ley Modelo de UNCITRAL¹– se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso, hasta el momento del laudo. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos (imparcial e independiente). De ahí la importancia de ensayar un desarrollo del principio a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos.

Como puede apreciarse de su lectura, los Lineamientos parten exactamente del mismo punto que el establecido como básico por nuestra Ley y, en ese sentido, nos ayudan a desentrañar el sentido del Derecho nacional.

En consecuencia, el árbitro debe declinar el nombramiento o declarar la situación a las partes, según el caso, si tiene dudas sobre su imparcialidad y/o independencia o si, aunque él mismo no dude, el caso es de tal naturaleza que una tercera persona pudiera razonablemente dudar de su neutralidad.

¹ Nota del editor: La definición de las siglas UNCITRAL proviene de: United Nations Commission On International Trade Law, cuya traducción al castellano es Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CDUMI). Fuente: <http://www.uncitral.org/>.

A partir de ese punto, podemos ir más lejos, agregando que un criterio seguro consiste en considerar que hay dudas justificadas si una informada y razonable tercera persona, sin relación con la controversia, alcanzara a pensar que el árbitro puede verse afectado en su juicio por circunstancias que no se derivan de la argumentación de las partes.

Sin necesidad de mayor cuestionamiento, podríamos considerar *iuris et de iure* que una duda justificada sobre la independencia o imparcialidad del árbitro existe si hay identidad entre una de las partes y el árbitro o si el árbitro es representante o funcionario de una de las partes de la controversia o si el árbitro tiene un interés significativo, ya sea personal o económico, en el resultado de la controversia. Todas estas causales terminantes de recusación derivan del gran principio que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. En estos casos, el llamado a ser árbitro, que de alguna manera está asociado con alguna de las partes en los resultados del proceso arbitral, debe declinar la invitación, sin necesidad de esperar la recusación.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones en las que el árbitro puede sentir que no se afecta su imparcialidad o independencia pero que podrían dar lugar a que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

En este caso, el árbitro no debe renunciar, sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar (*disclosure*) a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda personal, sino por consideración a lo que los demás actores del arbitraje pudieran pensar al respecto, permitiéndoles con la revelación que hagan una mejor evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda del árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del Tribunal y de las partes debe, en principio, ser resuelta a favor de la divulgación del hecho. Pero es importante destacar que el acto de comunicar ciertos hechos—que pudiera ser necesario para que no existan dudas sobre su imparcialidad—no implica en manera alguna una admisión de conflicto de interés y ni siquiera revela una duda propia del árbitro, sino sólo una consideración hacia las partes y sus colegas en aras de la transparencia del proceso.

También es cierto que actitudes excesivamente escrupulosas debilitan, innecesariamente, la

confianza de las partes en el Tribunal, lo que no es conveniente. Pero, pese a ello, es preciso insistir en que toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración: el principio que debe regir la conducta del árbitro es *in dubio pro declaratione*. Si las partes, luego de conocida la declaración, no objetan al árbitro, se considerará que las situaciones declaradas son irrelevantes y que el árbitro puede participar en el proceso sin que se le pueda formular posteriormente cuestionamiento alguno por la causa declarada.

6. LAS LISTAS

Hasta aquí en cuanto a principios generales se refiere. Pero cuando descendemos al terreno de lo fáctico y analizamos las situaciones particulares que podrían ser consideradas como conflicto de interés, encontramos que no todas tienen el mismo grado de conflictividad y que no podemos tratar a todas de la misma manera, limitándonos a realizar un corte seco entre lo que fundamenta una recusación y lo que no la fundamenta.

Como los matices son muy sutiles en esta materia, debemos encontrar la forma de juzgar las cosas con diferente grado de exigencia y ponderar la recusación en función de los agravantes o atenuantes del contexto. Y es importante que esos principios se plasmen en orientaciones más concretas que se refieran a situaciones que fácilmente ocurren en la práctica actual del arbitraje, sin perjuicio de que estas listas de situaciones específicas no se entiendan taxativamente, sino con carácter meramente enunciativo y explicativo.

En este sentido, los Lineamientos del *International Bar Association* adoptan un método muy ingenioso y convincente: distinguen entre varias situaciones que pueden llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos:

- (a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un conflicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes, contrariando el principio de que nadie puede ser juez de sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa y, si no lo hace, será recusado. En esta materia, las más graves de las situaciones inhabilitan *iuris et de*

iure al presunto árbitro frente a ese caso en particular, sin posibilidad de convalidación. Pero también hay otras que permiten una convalidación si todas las partes están de acuerdo en que se mantenga como árbitro y así lo manifiestan expresamente. De esta manera, la Lista Roja se subdivide a su vez en dos listas: la Lista Roja de Situaciones No Dispensables y la Lista Roja de Situaciones Dispensables.

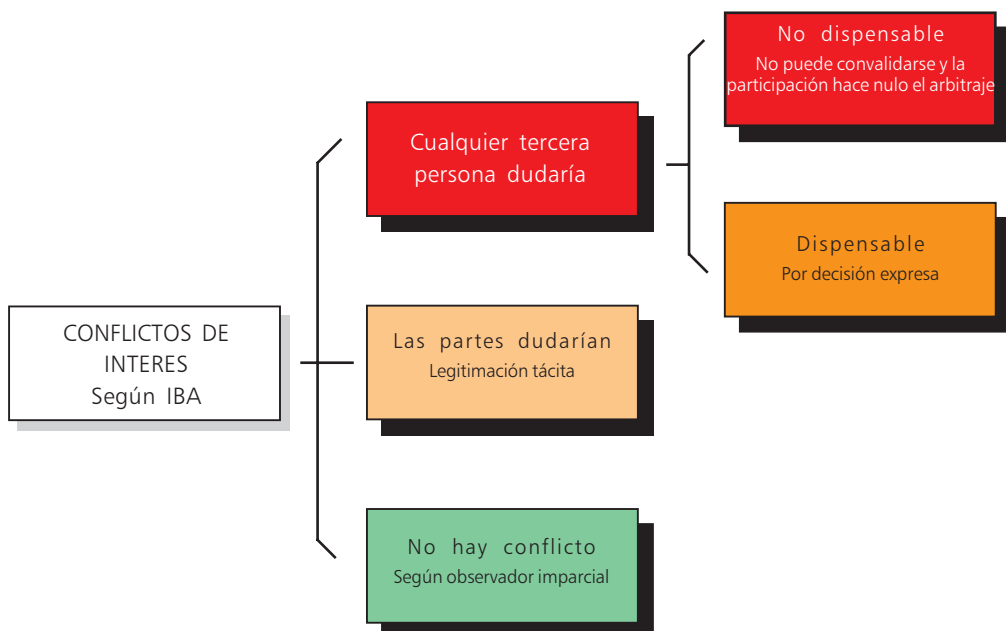
- (b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación en una de las partes del arbitraje, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero esas circunstancias no lo inhabilitan automáticamente; por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo. La diferencia fundamental con la Lista Roja Dispensable es que en ese caso se requeriría una dispensa expresa, mientras que en los casos de la Lista Naranja basta que, conociendo los hechos, no se haya producido objeción de las

Partes. De ahí también que la comprobación posterior de la existencia de estas situaciones no conlleva necesariamente la nulidad del arbitraje, aunque no haya habido divulgación, en particular si el proceso se lleva a cabo con conocimiento de las partes y sin que éstas objeten al árbitro.

- (c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada.

Como puede verse, la Lista Roja corresponde a casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. En el otro extremo, la Lista Verde describe aquellos casos que no deben ser confundidos con conflictos de interés. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción. Algunos de los casos de la Lista Naranja tienen plazos (por ejemplo, número de años atrás en que el árbitro propuesto prestó un servicio legal a una de las partes) que, al vencerse, hacen que la situación pase a formar parte de la Lista Verde.

Un esquema de esta estructura de listas puede apreciarse a continuación:



Hagamos, a partir de aquí, el ejercicio de examinar los casos concretos que los Lineamientos enuncian como ejemplos de situaciones típicas de cada una de las categorías mencionadas. Obviamente, esa enumeración no es taxativa, sino meramente indicativa, debiendo tener siempre presente que las fronteras entre una y otra de las categorías pueden ser muchas veces muy tenues.

a. La Lista Roja No Dispensable

Empezaremos por la Lista Roja No Dispensable, que agrupa a las más graves situaciones de conflicto de interés.

Aquí encontramos fundamentalmente las situaciones que antes hemos calificado como conflictivas *iuris et de iure*, porque infringen el principio básico del arbitraje, que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. Los Lineamientos dan cuatro ejemplos de esta situación, que son los siguientes:

- i. El primero se fundamenta en la existencia de una identidad entre una de las partes y el árbitro o, en caso de personas jurídicas, en que el árbitro sea el representante legal de una de las partes. Como puede apreciarse, aquí estamos ante el caso más flagrante: el árbitro y la parte son física o prácticamente la misma persona. Por consiguiente, la situación antes descrita puede ser calificada objetivamente como de falta absoluta de independencia.
- ii. El segundo se refiere al caso de que el árbitro sea Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de la empresa o, en general, que tenga una influencia similar sobre el control de una de las partes. En esta condición, podemos pensar también que objetivamente no existe independencia pues no podemos imaginar al Gerente de una empresa o a uno de los miembros de su Directorio votando a favor de un laudo contra su empresa; le es imposible votar en contra porque ello lo llevaría a cometer una falta contra sus deberes de Gerente o de Director.
- iii. El tercero contempla la situación en la que el árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en el resultado del proceso. En esta situación es importante el adjetivo "significativo". Esto quiere decir que podemos pensar que la independencia del árbitro no se verá necesariamente afectada de manera radical si tiene algunas acciones de la empresa que es una de las partes del arbitraje, compradas en la Bolsa como inversión, en una cantidad que no constituye una participación concluyente en el total de las acciones de la empresa ni

tampoco es una parte importante del patrimonio personal del árbitro. Si esta última situación fuese el caso, habría que calificar la situación dentro de la Lista Roja Dispensable, que le permitiría ser árbitro sólo si hay acuerdo expreso de las partes. Pero si ese árbitro tiene un porcentaje decisivo –que no tiene que ser necesariamente más del 50% de las acciones de la empresa, sino incluso una cantidad menor pero que le da el control–, incurriría inevitablemente en una causal de la Lista Roja No Dispensable y no podría ser árbitro de tal controversia.

- iv. El cuarto ejemplo se refiere, fundamentalmente, a los abogados de empresas, aunque también, cuando estamos ante arbitrajes de conciencia, puede afectar a los árbitros que son contadores, ingenieros consultores u otros profesionales independientes a quienes la empresa parte ha solicitado servicios. En estos casos, se entiende que pertenecen a la Lista Roja No Dispensable cuando el árbitro es asesor de manera regular de una de las partes y él mismo o su estudio de abogados o su firma consultora obtiene de ese cliente un ingreso económico significativo. Notemos también aquí el adjetivo "regular" y la condición del ingreso "significativo". Si la vinculación profesional no es continua y actual o si lo que obtiene como ingreso por los servicios legales de ese cliente no es significativo, estaríamos dentro de la Lista Naranja.

b. La Lista Roja Dispensable

Veamos ahora los casos de la Lista Roja Dispensable. Todavía estamos frente a situaciones que objetivamente pueden ser interpretadas como falta de independencia. Pero las partes podrían considerar que esa relación objetiva de dependencia no afecta el arbitraje en curso y, por consiguiente, puede ser dispensada. Las categorías de este tipo de relaciones planteadas en los Lineamientos son nueve, algunas de las cuales son mostradas a su vez con varios casos típicos. Las examinaremos también una por una:

- i. La primera está basada en la relación del árbitro con la materia de la disputa. En vista de ello se tiene en cuenta la situación en que el árbitro haya asesorado legalmente o proporcionado una opinión como experto legal sobre el tema de la controversia a una de las partes o a una entidad afiliada a alguna de las partes. Y la existencia de conflicto se extiende incluso a los casos en que, sin haber asesorado previamente a ninguna de las partes, ha estado, sin embargo, de alguna manera involucrado en el caso. Como

se puede ver, se trata de situaciones graves. No estamos aquí frente a un interés personal del árbitro que genere una identidad con la parte. Pero no hay duda de que quien ha emitido antes opinión como asesor legal en las diferentes formas posibles es probable que no tenga la imparcialidad frente al arbitraje que hubiera sido de esperar. En una nota se aclara que cuando los Lineamientos hablan de empresas afiliadas, se están refiriendo a todas las empresas que forman parte de un grupo de empresas, incluyendo a las matrices. Debe advertirse, sin embargo, que no se habla de un asesoramiento en un caso similar o en una materia análoga, sino directamente a una de las partes o a una entidad vinculada a la parte, sobre el objeto del mismo proceso.

- ii. La segunda categoría "Roja Dispensable" consiste en que el árbitro tenga interés directo o indirecto en la disputa. Concretamente, nos encontramos aquí con el caso de que el árbitro, sea directa o indirectamente, posea acciones de la sociedad que es parte del arbitraje o de alguna de sus afiliadas. Como se recordará, si la participación es significativa se incurre en una causal de la Lista Roja No Dispensable. Por tanto, aquí estamos hablando de una participación no significativa.

Forma parte también de esta segunda categoría, el hecho de que un familiar cercano –y por tal se entiende el cónyuge, los hermanos, padres o incluso las parejas estables– tenga un interés significativo en el resultado de la disputa. Aquí vemos que, tratándose de familiares, los Lineamientos son menos exigentes que cuando se trata del árbitro mismo: una vez más, se matiza el alcance del conflicto, requiriendo no simplemente que haya interés, sino que además éste sea significativo.

Finalmente, siempre dentro de esta segunda categoría de la Lista Roja Dispensable, encontramos el caso de que el árbitro o un familiar cercano sostengan una estrecha relación con un tercero, que a su vez pueda estar expuesto a recurso por la parte perdedora de la controversia.

- iii. La tercera categoría se refiere a las relaciones del árbitro con las partes y con los abogados de ellas.

Dentro de este marco está el caso en que el árbitro represente o asesore usualmente a una de las partes o a una empresa afiliada. En este caso, se usa el adverbio "actualmente" (*currently*) mientras

que en la Lista Roja No Dispensable se ha utilizado "regularmente" (*regularly*). Lo que se quiere significar es que, si se trata de una relación profesional continua, estamos en el caso de la Lista Roja No Dispensable. En cambio, el asesoramiento que se brinda en la actualidad –obviamente en materias ajenas a las del caso– pero que es ocasional, puede ser dispensado por acuerdo de las partes. Veremos en la Lista Naranja los casos de asesoramientos no actuales, sino pasados y los límites de tiempo a considerar.

Dentro de este mismo marco se ubican los casos en los que el árbitro tiene, en ese momento, la representación no ya de una de las partes, sino del abogado, o si es actualmente miembro del estudio de abogados al que pertenece quien asesora a una de las partes. Asimismo, es también un caso de Lista Roja Dispensable si el árbitro es Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de una firma vinculada a una de las partes, siempre que esa firma vinculada esté directamente involucrada en los asuntos que son materia del arbitraje. Como hemos visto, si esta relación profesional fuera con la propia firma que es parte en el arbitraje, la situación sería no dispensable. Pero tratándose aquí solamente de una empresa vinculada, no solamente es una situación dispensable por las partes, sino que además se exige que la firma con la que se tiene vinculación esté directamente involucrada con la materia arbitral. Esto significa que si la empresa "A" contrata con la empresa "B" para construirle una planta de procesamiento de minerales y encarga la obra civil a su filial A2, si el árbitro es Gerente o Director de A se encontrará dentro de la causal Roja no Dispensable y deberá inhibirse. En cambio, si es Gerente o Director de A2 tiene que declararlo, pero las partes pueden aceptar que continúe como árbitro. Ahora bien, si es Director de Ax, que es otra filial de A, pero que se dedica a asesorar a las empresas agrícolas y no tiene relación alguna con el pleito, la situación baja a la Lista Naranja.

Habría que considerar también como caso propio de la Lista Roja Dispensable la situación en la que el estudio de abogados del árbitro, en una época anterior, ha prestado servicios vinculados directamente con el caso, o si su estudio de abogados tiene una significativa relación comercial con una de las partes o con una empresa afiliada de una de las partes.

Como correlato de lo dicho anteriormente en la relación a los conflictos de interés no dispensables, encontramos aquí que si el árbitro asesora en forma regular a una de las partes o a una empresa vinculada, pero ni él ni su estudio obtienen un ingreso significativo por ello, esta relación profesional

podría ser dispensada por acuerdo entre las partes.

Las relaciones familiares pueden dar lugar también a situaciones que, sin llegar a la gravedad de los casos no dispensables, crean situaciones embarazosas. Por ejemplo, tendría que declarar su condición y no puede quedarse como árbitro si las partes expresamente no lo aceptan, aquel que tiene una cercana relación familiar con una de las partes si es persona individual o, si es persona jurídica, con su Gerente, uno de sus directores, uno de sus miembros del Consejo de Supervisión o con cualquier persona que tenga una relación de influencia similar con una de las partes o con los abogados de una de las partes. Igualmente, habrá que proceder de la misma forma si un familiar cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una empresa vinculada a ella.

c. La Lista Naranja

La Lista Naranja simplemente obliga a hacer una declaración de la situación. Frente a tal declaración, las partes tienen necesariamente que pronunciarse contra el árbitro para que éste quede excluido del arbitraje, mientras que si no se pronuncian, debe considerarse al árbitro como aceptado.

Aquí vamos a encontrar gran parte de aquellas situaciones similares a las anteriormente descritas pero que, por decantación sobre la base del uso de adjetivos de grados, han ido quedando fuera de la Lista Roja en cualquiera de sus dos formas. En general, advertimos que estas situaciones no se refieren tanto a la falta de independencia, como más bien a la posible falta de imparcialidad.

De esta manera, encontramos cinco grandes categorías con sus respectivos casos específicos.

- i. La primera de estas categorías naranja se refiere a los casos de relación profesional con alguna de las partes.

En este caso, lo que define su pertenencia a esta lista es que el árbitro haya tenido relación profesional en los últimos tres años con alguna de las partes o también que, durante el mismo período, haya asesorado a un tercero en contra de una de las partes. Y lo mismo se aplica al estudio de abogados del árbitro, aun cuando el árbitro no hubiera tenido intervención personal en ese servicio profesional.

Es importante destacar dos situaciones que se derivan de arbitrajes anteriores. Así, si dentro

del período de tres años, el árbitro ha sido nombrado antes árbitro por una de las partes o una de sus empresas vinculadas en dos o más ocasiones, está incurso en la Lista Naranja. Y lo mismo sucede si el árbitro simplemente ha formado parte de un Tribunal Arbitral en un asunto conexo que haya involucrado a una de las actuales partes o de sus compañías asociadas.

En todos estos casos, el límite es de tres años.

- ii. La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas por el Estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros estudios de abogados que compartan honorarios con el estudio del árbitro o al propio árbitro y a su estudio cuando presta servicios a una de las partes, pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida.

Podemos imaginarnos el estudio de Juan Pérez que asesora a la distribuidora de productos veterinarios denominada Clonación Ininterrumpida S.A.C. en asuntos laborales. Se presenta una controversia entre Clonación Ininterrumpida S.A.C. y una empresa ganadera, sobre la eficiencia de los productos vendidos. En este arbitraje, Clonación Ininterrumpida S.A.C. nombra como árbitro a Juan Pérez. Éste tendría que declarar su relación de asesoramiento en otra materia, pero, de acuerdo a las reglas para la Lista Naranja, si las partes no lo objetan puede seguir como árbitro.

- iii. La tercera categoría naranja tiene que ver con las relaciones entre un árbitro con los otros árbitros o con los abogados de las partes.

Dentro de esta categoría encontramos los casos en que dos árbitros del mismo Tribunal pertenecen al mismo estudio o cuando menos, si no lo es ahora, en los últimos tres años se presentó esa situación, sea con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.

También puede suceder que un abogado del estudio de uno de los árbitros sea árbitro en otra controversia que involucra a una de las partes o a una compañía vinculada a ella. Otro caso posible es que un miembro cercano de la familia del árbitro sea miembro del estudio que defiende a una de las partes en el arbitraje, aunque no se ocupe personalmente del caso.

Una situación contemplada en los Lineamientos y que, a mi juicio, no es aplicable dentro de nuestro medio, es que el árbitro sea amigo personal del abogado de alguna de las partes. En el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar estrictamente esta regla, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

- iv. La cuarta categoría tiene relación con las actitudes del árbitro respecto de alguna de las partes, que hacen dudar de la imparcialidad requerida.

Puede darse el caso que el estudio de abogados al que pertenece el árbitro esté actuando profesionalmente contra una de las partes o de una empresa vinculada, lo que haría pensar en una animadversión del árbitro contra esa parte. O que, por el contrario, se sospeche de una excesiva afinidad del árbitro con una de las partes porque en los últimos tres años ha sido su empleado o su socio.

Aquí también notamos una causal que no se ajusta a nuestro medio social y profesional, más pequeño y más vinculado entre sí que el que se da en Estados Unidos o Europa. Los Lineamientos ponen en duda –y, por tanto, colocan dentro de la Lista Naranja– los casos en que exista una amistad personal entre el árbitro y el Gerente o el Director o una persona con un cargo similar de las partes, sus empresas vinculadas e incluso de los testigos o de los expertos. Es posible imaginar que, en el arbitraje internacional, árbitros y partes no se conozcan, salvo en situaciones extraordinarias; en cambio, dentro del arbitraje nacional –y más en un medio como el Perú– esto es perfectamente frecuente, sin que ello ponga en cuestión la independencia de las personas.

- v. Finalmente, en la última categoría naranja, los Lineamientos han colocado situaciones varias.

Así, se ubican situaciones tales como que el árbitro haya previamente declarado en forma pública su posición frente a la materia controvertida. O que el árbitro forme parte del Consejo de la institución arbitral patrocinante con capacidad para nombrar árbitros y resolver controversias bajo la jurisdicción de tal institución, que pudieran surgir dentro del arbitraje.

d. La Lista Verde

Por último, la Lista Verde incluye situaciones que, aunque pudieran parecer conflictos de interés, no deben ser consideradas como tales.

Por ejemplo, los Lineamientos nos dicen que el hecho de que el árbitro haya publicado antes un ensayo o haya dado una conferencia académica sobre el tema jurídico involucrado en la controversia arbitral, es irrelevante mientras no se haya mencionado ese caso específico.

También si el estudio del árbitro está asociado con otro estudio que presta servicios para una de las partes en materias desvinculadas del arbitraje y no comparten honorarios, no hay necesidad ni siquiera de declarar este hecho.

Asimismo, los contactos con los otros árbitros o con los abogados de las partes en las asociaciones culturales o de investigación académica, no ponen en cuestión la imparcialidad del árbitro.

Es igualmente fuera de toda noción de conflicto de interés el hecho de que el árbitro y el abogado de una de las partes hayan servido juntos como árbitros en un Tribunal anterior o que el árbitro y algunos de los ejecutivos de las partes hayan trabajado juntos como expertos o en otra tarea profesional o hayan sido ambos árbitros en un caso anterior. Tampoco es relevante que el árbitro tenga un número insignificante de acciones de las sociedades que son partes en el arbitraje o de sus empresas vinculadas cuando están inscritas en Bolsa.

Un punto interesante es el caso en que una de las partes haya convocado previamente a uno de los actuales árbitros para tratar sobre el caso antes de nombrarlo y quizá como antecedente de tal nombramiento. En esa hipótesis, el hecho pertenece a la Lista Verde y no debe ser declarado si la reunión se limitó a tratar sobre la disponibilidad de este abogado para ser nombrado árbitro por esa parte, a explicar sus calificaciones para esta tarea y a discutir los nombres de las personas que pudieran ser elegidas como presidente del Tribunal, sin tocar en ningún momento los aspectos sustantivos de la controversia.

7. EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

La única institución arbitral peruana que ha intentado explicitar y concretar en situaciones específicas las nociones de independencia e imparcialidad que establece la Ley, es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Las normas institucionales de esta entidad referentes a este tema no están en el Reglamento de Arbitraje sino en el Código de Ética, el cual resulta de aplicación tanto a árbitros como a conciliadores.

Estas normas están expresadas en los artículos 5 y 6 (de alguna manera también el 7) de dicho Código de Ética y contienen –quizá de una manera más somera y menos matizada– gran parte de las situaciones antes mencionadas al tratar los Lineamientos de la *International Bar Association*.

Sin embargo, hay algunas diferencias fundamentales. La relación de la Cámara de Comercio no establece ninguna gradación de situaciones que pudieran sugerir un conflicto de interés. Y, consecuentemente, no puede aplicar reglas diferentes según el grado de compromiso que implique cada situación. Tampoco señala los casos que no son conflicto de interés, aunque pudieran parecerlo.

En realidad, la normatividad de la Cámara de Comercio se limita a ordenar una declaración jurada a cada árbitro de no estar incurso en las situaciones listadas en los artículos mencionados de dicho Código de Ética. Sin embargo, el Centro de Arbitraje de la Cámara cuenta con un Consejo

Superior de Arbitraje, al cual son elevadas las altercaciones sobre conflictos de interés y que, dada la calidad de sus miembros, suple las imprecisiones de las normas institucionales.

8. LA NOCIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS COMO CONCEPTO VIVO

Sin embargo, a pesar de todo el trabajo desarrollado por instituciones y juristas en torno de este problema y del interesantísimo esfuerzo realizado por la *International Bar Association*, ciertamente no se ha dicho la última palabra. Todo lo que he mencionado anteriormente no son sino opiniones, costumbres jurídicas o, en el mejor de los casos, reglas aplicables dentro de un entorno legal determinado.

La noción de conflicto de interés es un concepto vivo y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente y es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.

COMPRANDO JUSTICIA: ¿GENERA EL MERCADO DE ARBITRAJE REGLAS JURÍDICAS PREDECIBLES?

Alfredo Bullard González*

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

El arbitraje surgió como un mecanismo de solución de controversias entre comerciantes, con una idea muy distinta a la rigidez del proceso civil. No obstante ello, muchos opinan que aquella institución no es compatible con el interés general de la sociedad, ya que deviene en impredecible, pues, según opina una corriente “judicialista”, al árbitro no le interesa sentar precedentes para futuras controversias, sino solamente resolver el conflicto de las partes que lo contrataron y le pagan para brindarles dicho servicio.

En el presente artículo, el doctor Bullard demuestra, a través de un razonamiento muy ligado a estándares económicos, la falacia en la que caen las corrientes y argumentaciones antes mencionadas, concluyendo, finalmente, que el arbitraje resulta más predecible que el proceso judicial y que, por dicha razón, es que resulta perfectamente válido y conveniente que el mercado haya generado este tipo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los cursos de Arbitraje y Análisis Económico del Derecho. Árbitro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio, del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, del Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Listado entre los 34 árbitros más reconocidos a nivel latinoamericano en la Revista Internacional Latin Lawyer 2006. Master en Derecho por la Universidad de Yale.

1. INTRODUCCIÓN

Si un abogado le dice que le ha pagado a un Juez, ¿qué pensaría? Seguramente nada bueno. Entonces, ¿por qué no debería llamarnos la atención que un abogado le dijo que le pagó a un árbitro? ¿Cómo es posible que quien vaya a decidir un caso con autonomía e independencia reciba dinero de las partes? Intuitivamente, la respuesta parece obvia, pero no lo es tanto.

Para quien diga que las partes no le pagan al árbitro para que resuelva de cierta manera, sino simplemente para que actúe con justicia, en un pago conocido por todos y totalmente transparente, habría que recordarle que al designar al árbitro (especialmente si hablamos de árbitros de parte) la decisión de elección lleva indirectamente la decisión de pagarle, lo que puede generar el compromiso de “servir” a quien lo designa. ¿Cree que sería igualmente aceptable que las partes le pagasen a los vocales de la Corte Superior que “escogieron” para resolver su caso?

Solemos asociar el pagar por la justicia como un acto malo. Parece que dinero y justicia no se llevan bien, porque algo tan “santo y sagrado” (no por nada el símbolo de la justicia en los tribunales es una diosa griega) no puede ser comprado. Es una suerte de regalo divino, que como el maná, cae del cielo, traído por unos seres desinteresados y alejados del bien y del mal, a los que llamamos jueces.

Pero el mundo real es muy distinto. Ni la justicia pagada es esencialmente mala ni los jueces son esos seres divinos y sobrehumanos que quisiéramos que fueran.

El arbitraje ha avanzado en el mundo y, en particular, en el Perú de manera importante, al nivel de haberse consolidado como un sistema muy usado y respetado, al menos en términos generales. Dicho de otra manera, el arbitraje ha ganado espacio en el “mercado de la justicia” a pesar de competir con un sistema judicial que recibe un subsidio estatal y que, como tal, es al menos en términos de tasas substancialmente más barato. Y si las tasas son mayores, la explicación de su éxito no estaría en un menor precio, sino en una mejor calidad. Y en el mercado de justicia parecería ser que la calidad se mide, entre otras cosas, en términos de celeridad, autonomía, independencia y carácter más técnico y realista del fallo. Pero muy especialmente en la predictibilidad del fallo, es decir, en la conciencia de poder saber, con alguna certeza, que es lo que se va a resolver.

Este no es un artículo sobre la corrupción judicial (o arbitral). No vamos a analizar los casos en que

las partes en un juicio compran el fallo pagándole al juez y desvían la justicia de sus fines. Vamos a analizar por qué pagarle a los “jueces” arbitrales puede conducir a un sistema de solución de controversias más justo que uno en el que las partes no les pagan a los jueces. Y, en particular, vamos a analizar por qué este sistema puede ser mejor no sólo para las partes en el conflicto, sino para la sociedad en su conjunto.

Este artículo va a analizar la externalidad positiva que el sistema arbitral genera a la sociedad al producir un conjunto de reglas más predecibles que las generadas en el ámbito judicial y, por esa vía, reducir los costos de transacción en la economía. Veremos cómo un sistema en su origen privado está en capacidad de generar un bien público. Ese bien público es la predictibilidad y calidad de las reglas y principios legales.

Este artículo sostiene que la compra de la justicia es algo bueno, pero no entendido en el sentido de un fallo obtenido pagando dinero, sino en cómo permitir que la justicia sea generada por contratos en el mercado, por transacciones voluntarias en las que las partes se ponen de acuerdo en “comprar” juntos a quién va a resolver un conflicto que las involucra a ambas. El arbitraje es el “bien” que se compra y se vende en este mercado. La premisa que sostendremos es que el resultado de esta compra y venta es no sólo una mejor solución al conflicto concreto, sino un mejor sistema legal para todos.

La hipótesis central de este trabajo es que la justicia es un bien que, en la mayoría de condiciones, puede ser producida a través del sistema de mercado y, en concreto, a través del arbitraje. En ello este artículo no propone nada realmente novedoso. Cientos de artículos y trabajos enumeran, entre las ventajas del arbitraje frente a los sistemas judiciales, la celeridad, el informalismo, su carácter menos conflictivo, la especialización, entre otras.

Existe un consenso relativamente difundido de que el arbitraje es bueno para resolver conflictos entre privados, en especial, de naturaleza comercial. Si Juan le vende una casa a Pedro y Juan se niega a cumplir con su promesa, parece mejor irse a un arbitraje que al juez. El árbitro definirá el problema más rápido y de manera más efectiva y especializada que un sistema judicial recargado y saturado de procesos.

Sin embargo, una de las críticas más comunes es que el gran problema no está en la función de solución privada de conflictos, sino en la incapacidad del arbitraje de generar reglas generales. Así, se suele alegar que, siendo un sistema de justicia indivi-

dualizado y confidencial, donde los incentivos para hacer bien el trabajo son creados por el pago que hacen las partes, no sujeta a precedentes ni controles de tribunales de apelaciones que cumplan la función nomofiláctica o función de uniformizar criterios¹, y en el que los fallos suelen ser confidenciales, el arbitraje no crea reglas o cuerpos de Derecho orgánicos que reduzcan los costos de transacción en la economía en su conjunto. Así, la función nomofiláctica no es cumplida por nadie en el arbitraje.

El arbitraje, se dice, tiende a la dispersión de reglas porque los árbitros son especiales para cada caso y lo resuelven según sus propios criterios y no en función de criterios generales. El resultado es tantas reglas como casos se presenten y, por tanto, la justicia arbitral conduce a un supuesto "caos" de decisiones impredecibles e inciertas. Mientras que el sistema judicial cuenta con una Corte Suprema que, cumpliendo la función nomofiláctica, vela por darle organicidad a todas las decisiones y genera un sistema de reglas predecibles para todos, los sistemas arbitrales impiden que cada caso contribuya a este proceso de uniformización y, por el contrario, fomenta la dispersión y confusión.

El árbitro, se dice, no tiene ningún incentivo para seguir un precedente anterior sobre un tema similar y tampoco tendrá ningún incentivo para analizar el caso buscando una regla adecuada no sólo para el caso que resuelve, sino para otros casos similares. Finalmente, preferirá una regla que se ajuste mejor al problema de quienes le pagan (las partes) y no al problema del resto del mundo, de los que no reciben nada a cambio. Si la regla es buena o mala para casos futuros, ese no es su problema y para eso no lo han contratado.

El resultado sería incertidumbre y la consecuencia de la incertidumbre es el incremento de los costos de transacción en la economía, es decir, de los costos de contratar. Como las partes no saben cómo va a resolver un árbitro en una situación dada, entonces contratar se hace más difícil. Según este argumento, los abogados tendrán que hacer contratos más detallados y sofisticados para protegerse de la incertidumbre arbitral y, con ello, la economía se moverá lentamente. En cambio, en un sistema judicial que funcione bien, la Corte Suprema man-

dará mensajes claros y las partes sabrán cuál es el principio aplicable, con lo que contratar se hace más fácil, reduciendo los costos de transacción.

Veremos que el argumento es falaz y no comprende el adecuado funcionamiento de los mercados, siendo el mercado de arbitraje (que no es otra cosa que un mercado de justicia) uno en el que las premisas básicas del modelo económico se cumplen.

2. LA CREACIÓN DE REGLAS PARTICULARES O GENERALES: LA JUSTICIA COMO UN BIEN PRIVADO Y COMO UN BIEN PÚBLICO

Tradicionalmente, tendemos a pensar en los sistemas de justicia como un bien público y que, por tanto, tienen que ser suministrados por el Estado. Sin embargo, la justicia, al menos en temas de Derecho Comercial, es fundamentalmente un bien privado².

Los bienes privados son aquellos destinados a satisfacer necesidades individuales y, como tales, pueden ser provistos por el mercado. Se asume, por el contrario, que los bienes públicos no pueden ser provistos por el mercado.

Veamos esto con un par de ejemplos. Imaginemos que deseo un televisor. Tengo una preferencia por un modelo que satisfaga ciertas necesidades (quiero sonido estéreo, pantalla plana, doble sintonizador, etcétera) y tengo un presupuesto limitado para satisfacerlo (no tengo dinero infinito, por lo que sólo puedo pagar hasta determinado precio). Si voy al mercado, tengo distintas alternativas dadas por productores de televisores que ofrecen muchas combinaciones de características y distintos precios. Si encuentro el que quiero al precio que puedo pagar, entonces lo compro.

Una vez hecha la compra, puedo excluir a los demás del uso de mi televisor una vez que me lo entreguen y, en principio, no genero externalidades a terceros, es decir, ni costos ni beneficios externos. El modelo de televisor que compro no afecta ni positiva ni negativamente a otras personas, salvo a mí. Si se ve bien o mal, si el sonido es adecuado o no, ello depende de mi decisión de compra y del cumplimiento de las obligaciones del proveedor. Mi vecino (salvo

¹ Dado el carácter limitado del recurso de anulación, que no evalúa lo resuelto en el fondo y que, por tanto, no tiene revisión de las reglas sustantivas aplicadas, éste sólo tiene una función nomofiláctica muy reducida y centrada en aspectos meramente formales.

² Para un análisis mucho más detallado del carácter de bien público o privado de la justicia, puede revisarse el excelente trabajo de BAYLY LETTS, Andrés y Enrique PASQUEL RODRÍGUEZ. "¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La Privatización del Servicio de Justicia: Rompiendo el Mito de la Justicia Estatal". En: Themis-Revista de Derecho 46. 2003. pp. 315-341.

que lo invite a ver televisión o que no soporte el ruido de un volumen alto) es indiferente a qué televisor me compre. No se generan ni costos ni beneficios a personas distintas a quienes celebraron el contrato. No se generan externalidades.

En esa línea, el sistema de precios permite que se produzca la cantidad y calidad adecuada de televisores, por medio de las señales que da este sistema. Por ejemplo, si una empresa ofrece televisores muy malos o muy caros, el mercado los irá eliminando porque nadie los comprará. Si otro proveedor ofrece muy buenos televisores a precios convenientes, sus ventas aumentarán y se producirán más televisores de ese tipo, sin que nadie distinto a quienes lo compran y lo venden se vea afectado. El mercado asegura una provisión de televisores que se adecue a la demanda, entendiendo demanda como una simple agregación de numerosas demandas individuales.

La situación es distinta, al menos en términos teóricos, con los bienes públicos. Imaginemos una calle. Si yo deseo una calle de determinadas características, bien asfaltada y construida, a un determinado precio, y pago por ella, se produce un problema evidente. Dado que es difícil excluir a los demás del uso de la calle, los demás usuarios recibirán beneficios de mi gasto, beneficios por los que no pagarían. Tienen una mejor calle gratis. Por su parte, dado que no les cuesta usar la calle, la usarán intensivamente y de mala manera. Si la destruyen, pago los platos rotos. En consecuencia, no tengo ningún incentivo para invertir privadamente en calles. El resultado es que usualmente las calles son provistas por el Estado. Como la gente no está dispuesta a pagar por concederle beneficios a los demás, se tiene que usar el sistema tributario, hacer cobros compulsivos llamados impuestos y, así, financiar su construcción. La calle, como bien público, es entonces construida por el Estado, por medio de una decisión centralizada y no por el mercado a través de millones de decisiones descentralizadas³.

La pregunta es, entonces, si la justicia es un bien privado (como un televisor) y, como tal, susceptible de ser suministrado por contratos en el mercado (arbitraje), o es un bien público (como la calle) y, como tal, tiene que ser suministrado por el Estado de manera centralizada (cortes ordinarias). ¿Puede

generarse una justicia adecuada confiando en un sistema de miles o millones de decisiones individuales y descentralizadas o se requiere de un sistema estatal con decisión centralizada para su diseño e implementación?

En realidad, la justicia tiene elementos de bien privado y de bien público. Por un lado, la solución de un conflicto particular y específico como si debo o no pagar el precio de la casa que compre, es un bien privado. Si las partes contrataron para que el problema lo resuelva un Tribunal Arbitral, cuyos honorarios serán pagados por ellas, el resultado concreto (si debe o no pagarse) atañe, en principio, sólo a las partes contratantes que se sometieron al arbitraje. Asumen los costos (pago de honorarios más el riesgo de perder) y reciben los beneficios (solución de su conflicto y, eventualmente, el éxito en el caso). Si el arbitraje es malo, las partes sufren la consecuencia de haber "comprado un producto" de mala calidad. Si el arbitraje es bueno, reciben los beneficios de una decisión adecuada. La justicia recibida es un simple producto adquirido de manera similar a como se adquiere un televisor, con sus ventajas y desventajas. Sólo las partes reciben los costos o beneficios de un buen o de un mal arbitraje. Desde esta perspectiva no hay, por tanto, externalidades a terceros.

El único elemento que diferencia al arbitraje de la compra de un televisor es que uno de los adquirentes puede perder y, por tanto, obtener por su compra algo no deseado. Pero ello es sólo una diferencia aparente y no real si uno entiende el objeto de lo que se compra. La parte, en un arbitraje, no compra un resultado favorable. Sólo compra un mecanismo para arrojar un resultado, conciente de que el resultado podría no ser bueno para él. Él recibe aquello por lo que pagó si los árbitros fueron justos, rápidos, efectivos y sustentaron bien su fallo. Ganar no es algo que esté en el precio pagado. Una situación similar se presenta en otras operaciones en el mercado. Si compro un billete de lotería, no estoy pagando por ganar. Sólo estoy pagando por tener la posibilidad de ganar siguiendo un procedimiento con reglas establecidas que asumo se aplicarán de manera transparente. Si voy a un médico para que me haga un diagnóstico, no estoy pagando un resultado favorable de los exámenes, simplemente estoy esperando que me digan qué tengo, así no me guste.

³ En realidad, uso el ejemplo de la calle porque es bastante gráfico, pero la idea de que las calles son un bien público y que no admiten ser un bien privado es muy discutible. Para ver una breve discusión sobre el tema se puede revisar: BULLARD G., Alfredo. "Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales". Segunda edición. Lima: Palestra. 2006. pp. 120-121.

Sin embargo, se argumenta que la justicia tiene un elemento adicional que la asemeja a un bien público y que, por tanto, sólo puede ser provista por el Estado. Si los árbitros crean reglas buenas y predecibles, aplicables a otros casos, entonces los demás individuos en la sociedad nos beneficiamos. Si luego de decidido el caso de si debe o no pagarse el precio de la casa, queda claro que el comprador debe cumplir, ello podría beneficiar a todos los demás que tengan un caso igual porque las reglas que se establezcan, en primer lugar, hacen más fácil la solución de casos posteriores similares por otros árbitros que decidan aplicar el precedente; en segundo lugar, evitan que se presente el conflicto porque cuando se presenta el problema las partes sabrían cómo van a resolver los árbitros y, por tanto, ya no litigarían y simplemente seguirían la regla creada con anterioridad y, en tercer lugar, harán más fácil la redacción del contrato, porque como ya se conoce la regla, no es necesario negociar con tanto detalle el contrato, pues ya la consecuencia de un hecho es conocida y está identificada. Ello reduce los costos de contratar.

Estos elementos pueden ser entendidos como bienes públicos porque ahorran costos y generan beneficios para otros que no han pagado a los árbitros. Pero, ¿por qué deberían los árbitros preocuparse por ello si esos terceros no les pagan? El resultado entonces sería que el bien público asociado a la justicia no se produciría de manera óptima. Ocurriría algo similar a lo que ocurre con la calle, cuya producción por el mercado sería sub-óptima.

3. LA FALACIA DE QUE EL MERCADO NO PRODUCE BIENES PÚBLICOS

La afirmación de que los mercados no pueden generar bienes públicos es falaz. Sobre esta falacia se construye gran parte del argumento desarrollado en el punto anterior. Si bien se puede decir que, en determinadas circunstancias, el mercado tiene ciertas dificultades para generar bienes públicos, los mercados generan una serie de bienes públicos, creando externalidades positivas por doquier. Me atrevería a decir que todos los bienes privados generan a su vez bienes públicos y que una parte muy importante, quizás mayoritaria, de los bienes públicos, es generada por mecanismos de mercado.

Los economistas suelen usar como ejemplo para estos efectos el caso de los faros. Los faros, contruidos para guiar a los barcos en la noche, son en principio bienes públicos. Una vez contruidos benefician no sólo al que pagó por su construcción, sino a todos los demás barcos que navegan por las aguas aledañas. Una vez hecha la

inversión no es posible excluir del uso de la luz, en medio de la noche, a aquellos barcos que no han pagado por la construcción y operación del faro. Por otra parte, el cobro de un “peaje por uso de luz” es virtualmente imposible. Los faros son típicos bienes públicos y, como tales, habría que esperar que sean contruidos por el Estado con recursos provenientes de nuestros impuestos.

Pero la realidad desmiente ese hecho. En muchísimos países los faros son generados por inversión privada. ¿Qué explica que los privados estén dispuestos a gastar recursos o a generar beneficios a terceros?

En realidad, la explicación es relativamente sencilla. Basta que el privado reciba un beneficio individual que supere el costo que tendría que incurrir para tener un bien público que necesita, para que este incentivado a generarlo. Así, si un conjunto de navieras o el titular de un puerto, que se benefician con la circulación constante de barcos por un lugar donde se necesita luz de guía en la noche, encuentran que el beneficio de contar con un faro adecuado justifica la inversión de construirlo y operarlo, entonces tendremos un faro a pesar de que hayan terceros que se benefician gratuitamente de su existencia.

Si bien la luz es un bien público del que no se puede excluir a terceros, tendremos luz si los benéficos privados de tenerla lo justifican. En ese sentido, el tener buenas reglas es como la luz: las partes y los árbitros tendrán buenas reglas así no puedan excluir a los demás de generarlas, si el beneficio de esas reglas justifica la inversión privada en generarlas.

Podemos citar una serie de otros ejemplos similares. Imaginemos un grupo de empresarios textiles que desean que suba el arancel a los productos chinos para mejorar su negocio. Si tienen éxito, la medida no sólo los beneficia a ellos, sino también a todos los empresarios textiles del país. Es pues un “bien público” en beneficio de todos los textiles. Para conseguir su objetivo se involucrarán en una campaña de *lobby* dirigida a conseguir que la norma que necesitan se apruebe. Esa campaña tiene un costo (contratación de abogados, de *lobbistas*, tiempo, campaña de medios, o tratarán de meter al Congreso a varios congresistas asumiendo el costo de su campaña, etcétera), costo que tendrá que ser asumido por un grupo restringido de participantes y no por todos los empresarios textiles. Un grupo de empresas asumirá dicho costo siempre que el beneficio de la medida justifique su inversión, y asumirán que su esfuerzo beneficiará a las demás empresas (no participantes en la campaña), que recibirán un beneficio gratuito.

Si los costos de transacción lo permiten, el grupo de empresas pagará por el *lobby*⁴.

Otros ejemplos serían el de una persona que limpia la vereda frente a su casa a pesar que ello beneficia a todos los que pasan, el de la persona que contrata un vigilante para cuidar su carro a pesar de saber que ello aumenta la seguridad para todos los vecinos de la cuadra, el del periodista que encuentra la primicia a pesar de saber que una vez publicada los demás periodistas podrán colgarse de ella, el de la mujer o el hombre que se arregla para verse más atractivo, beneficiando a todos aquellos que pueden mirarlos sin poder cobrarles el beneficio, el del club de golf que invierte en tener sus áreas verdes en beneficio de todos los edificios que se construyen a su alrededor para aprovechar la vista, el de las personas que inventan chistes que de boca en boca hacen reír a miles que nunca pagaron por el esfuerzo de crearlos, etcétera.

Incluso los bienes privados más típicos generan bienes públicos importantes en el mercado. Regresemos al ejemplo del televisor. Imaginemos que un fabricante de televisores descubre una innovación tecnológica importante que puede beneficiar a los consumidores. Esta innovación es, por ejemplo, el control remoto. Pero dado el carácter nuevo de la tecnología aplicada, el costo de los televisores con control remoto es relativamente alto en un inicio y la calidad no está aún bien lograda. Algunos consumidores, con una preferencia muy fuerte hacia la nueva innovación, deciden comprarla. Al hacerlo asumen buena parte del costo inicial de haberla creado y, a la vez, crean incentivos para mejorar la calidad del nuevo elemento. Esos consumidores están generando, a su costo, beneficios para los consumidores futuros que adquiriremos controles remotos más económicos y mejores mañana, sin asumir los costos iniciales. Sin saberlo,

los consumidores pasados están subsidiando a los consumidores futuros. De hecho, pueden beneficiar a otros productores que imitarán la iniciativa de tener controles remotos en sus televisores sin haber hecho el mismo esfuerzo ni asumido los nuevos riesgos. De esta manera, se genera una externalidad positiva⁵.

Otro ejemplo interesante⁶ es la moda. Los diseñadores crean nuevos modelos usando tiempo y esfuerzo, sabiendo que estos podrán ser duplicados casi de inmediato por otros productores de ropa. Alguien tuvo la idea de acampanar los pantalones y de pronto todos los pantalones reflejan ese cambio. El que hizo el esfuerzo genera un beneficio a los demás, que no le van a pagar por el esfuerzo, sólo con el incentivo de que la novedad, y el ser él el que lo innovó, le permitirá tener algunos ingresos adicionales.

Con la justicia pasa una cosa similar que con los televisores o la moda. En principio, la justicia es un bien privado⁷ que se puede generar mediante un acuerdo de las partes y los árbitros para resolver una controversia. Pero puede tener un efecto de bien público (mejores reglas para todos). Las partes harán la inversión que generará el bien público si los beneficios que reciben lo justifican.

De alguna manera, el dilema de bien privado *versus* bien público también está presente en el litigio ordinario judicial. Imaginemos un caso en el que hay incertidumbre, como ocurrió con el famoso caso *Brown versus Board of Education*⁸, en Estados Unidos. El caso se trató de la discriminación en las escuelas a las personas de raza negra. Había muchos discriminados, pero bastaría que uno hubiera luchado por generar un precedente para que beneficiara a todos los demás que se encuentran en la misma situación. Uno carga el costo y genera la externalidad positiva en los demás. Y eso es lo que pasó.

⁴ Nótese que otros grupos pueden tener el interés de generar un bien público distinto. Por ejemplo, los consumidores pueden organizar también *lobby* para que no suba el arancel y gozar de productos más baratos. Lo que la teoría del *public choice* indica es que ese *lobby* es menos probable porque el interés de los consumidores está disperso en un número mayor de personas cuyos intereses son más difíciles de alinear en una atmósfera en donde los costos de transacción para organizar el *lobby* son más altos. Ello explica por qué es común encontrar esfuerzos de *lobby* por parte de grupos empresariales, y más difícil encontrar esfuerzos de *lobby* de grupos de consumidores. Para un detallado análisis de este fenómeno se puede revisar: OLSON, Marcur. "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". Harvard University Press. 1977. pp. 5-52.

⁵ Es cierto que buena parte de los incentivos pueden haber sido creados por la protección de propiedad intelectual. La patente permite excluir por un tiempo a nuevos proveedores del uso de la innovación, lo que reduce el efecto de la externalidad. Pero ello no significa que se dejaría de innovar si es que no hubiera protección de la propiedad intelectual y que, incluso sin reconocer una patente, no habrían inventos. Para una explicación detallada de esto se recomienda revisar el capítulo titulado "Reivindicando a los Piratas ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?". En: BULLARD G., Alfredo. Op. Cit. pp. 203-238.

⁶ Y en el que justamente no hay una protección intensa de propiedad intelectual.

⁷ Esto se refiere, principalmente, a la justicia civil y a la comercial, es decir, al Derecho Privado. En el Derecho Penal o en el Derecho Administrativo podría ser que los rasgos privados se debiliten y los de bien público aumenten. Por ejemplo, perseguir delitos tiene una función preventiva que beneficia a toda la sociedad, lo que aumenta el componente de bien público. Sin embargo, este artículo se concentra en la justicia en Derecho Comercial.

⁸ 347 U.S. 483 (1954).

No todos los discriminados iniciaron la acción, pero todos se beneficiaron. El que cargó con el costo (porque sus beneficios privados lo beneficiaban) generó un bien privado (que no discriminen al grupo que siguió la acción) y un bien público (que no se discrimine, en general, a nadie).

Ello significa que, contra lo que se cree, incluso en el sistema judicial, buena parte de la predictibilidad de las reglas que benefician a todos es generada por inversión privada y por argumentos de abogados que brindan servicios de naturaleza privada.

Como veremos en el punto siguiente, existen elementos de juicio que permiten afirmar que el sistema arbitral tiende a generar reglas más predecibles y adecuadas para la sociedad que las que se generan por medio del sistema judicial.

4. ¿CÓMO PUEDE EL ARBITRAJE GENERAR REGLAS GENERALES BUENAS Y PREDECIBLES?

Las razones más citadas por las que supuestamente las cortes ordinarias superan al arbitraje para generar reglas generales buenas y predecibles son: (1) la existencia de una Corte Suprema o un Tribunal unificador de criterios en el sistema judicial cumple la función nomofiláctica, generando reglas generales adecuadas, mientras ese sistema no existe con relación a tribunales arbitrales; (2) los árbitros no tienen ningún incentivo para generar reglas buenas y predecibles, sino sólo las reglas que solucionen el conflicto entre las partes, porque son ellas las que les pagan; y, (3) los arbitrajes suelen ser confidenciales y privados, por lo que incluso si los incentivos existieran, las buenas reglas no se difundirían y no reducirían los costos de transacción en la economía. En pocas palabras, nada difunde el beneficio externo o de externalidad.

Pero problemas similares se presentan en la producción de otros bienes privados que justamente generan como producto colateral bienes públicos.

Pocas cosas son tan predecibles como los productos y servicios que uno adquiere en el mercado. De hecho, les puedo asegurar que hay menos incertidumbre de lo que recibiremos cuando compramos una Coca Cola de cuando estamos a la espera de una sentencia judicial. Los productos que tienen marcas reconocidas son increíblemente predecibles. El consumidor suele saber qué es lo que va a recibir incluso sin conocer los detalles de dónde se hizo el producto, cómo ha sido fabricado y cómo está internamente diseñado. Ello se aplica no sólo a los elementos privados de los productos, sino a ciertos bienes públicos asociados con ellos.

El funcionamiento de un televisor es predecible, más allá de la marca que lleve. El mercado ha generado “reglas de funcionamiento” similares y estándares. Sin leer el manual sabemos como operarlo y manejar los controles; la numeración de canales está estandarizada.

Ello ocurre más claramente con los automóviles. A pesar de la diversidad inmensa de marcas, todos los automóviles se conducen de la misma manera, tienen el freno, el acelerador, la palanca de cambios, las luces, etcétera, en lugares y formas de operación predecibles. Para conducir un automóvil nuevo el chofer no necesita leer el manual del vehículo, porque las reglas fundamentales se aplican a todos los vehículos por igual. El desarrollo tecnológico puede traer cambios, pero la innovación va reflejándose por medio de una evolución paulatina y también predecible. ¿Cómo se generaron esas reglas? Por el mercado, a través de la aplicación repetida de la ley de la oferta y la demanda. Nótese que el bien público “estandarización” ha sido financiado por los compradores anteriores de automóviles, quienes nunca se han preocupado de habernos generado beneficios a quienes compramos automóviles hoy. ¿Por qué no pasaría lo mismo con las reglas legales?

Podemos encontrar cientos de ejemplos similares. La moda que uno va a encontrar en las tiendas en determinado momento también es bastante predecible y facilita nuestros costos de búsqueda y de comparación. Hay una serie de elementos que tienen características similares en los mercados, más allá de quien los ha producido, como tamaños de envases (las gaseosas suelen venir más o menos en ciertas presentaciones), formas de uso (la mayoría de cámaras digitales se operan de manera similar), garantías de fábrica (casi siempre nos ofrecen un año de garantía), e incluso precios (en mercados muy competitivos de bienes homogéneos —*commodities*— los precios son bastante parecidos), etcétera.

Todo ello ocurre sin que exista un “órgano central de planificación” que desarrolle nada parecido a la famosa función nomofiláctica, equivalente a una Corte Suprema, que establezca estándares de fabricación, calidad o precio. El juego de oferta y demanda cumple con este rol. Por ejemplo, la gente suele comprar productos Sony porque son identificados como innovadores. Si la innovación es deseada, el fabricante innovará incluso si sabe que otros aprovecharán su esfuerzo innovativo sin pagar por él. Ello porque quieren fijar su imagen de innovadores frente a los consumidores. Si la gente desea operar los productos de manera sencilla y sin complicaciones, el fabricante hará el esfuerzo a pesar de que ello beneficiará al final a los pro-

ductores de otras marcas que imitarán sus iniciativas.

En segundo lugar, podría pensarse (como se argumenta respecto de los árbitros) que los fabricantes de bienes no tienen incentivos para generar bienes públicos porque los beneficiarios no les pagan y, por tanto, se limitan a generar bienes que satisfagan a sus clientes. Pero ello parte de la premisa falsa de que satisfacer al cliente específico es cubrir un deseo distinto al que podrían tener los demás beneficiados en el mercado. Si una empresa en el negocio de la moda diseña una prenda para vendérsela a sus clientes, ¿asume acaso que sus clientes desean algo distinto a lo que desean los demás seres humanos? Si bien es cierto que muchas empresas segmentan sus mercados, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, benefician con su esfuerzo a terceros que están en el mismo segmento así no lleguen a ser sus clientes. Lo que es bueno para mis clientes suele ser bueno para los demás.

En tercer lugar, buena parte de la información respecto a la calidad o ventajas de un producto se explica por información confidencial o simplemente no disponible al consumidor. Muchas de las ventajas de los productos se deben a secretos comerciales o industriales que el adquirente del producto o servicio ignora. Incluso, así no estemos frente a un secreto, buena parte de la información es simplemente ignorada. No necesito saber cómo se hace una computadora para saber que IBM es una buena marca. A veces ni siquiera necesito haber tenido experiencia previa. De hecho, no necesitamos conocer todas las experiencias de consumo anteriores sobre un producto para reconocer un producto como bueno. El consumidor ve la calidad en la marca y no necesariamente la deriva de la comprensión integral de lo que el producto es en sí mismo.

¿Es el mercado de arbitraje distinto a otros mercados en estos aspectos? Los sistemas arbitrales tampoco tienen sistemas de unificación. Sin embargo, si los consumidores desean cosas similares, el mercado producirá cosas similares. ¿Y qué desean los consumidores de arbitraje? Al igual como un consumidor de una lotería, el consumidor de arbitraje quisiera ganar. Pero dado que para consumir este bien requiere el acuerdo de su contraparte,

el pacto no es posible porque los dos no pueden ganar. Lo que sí podrían acordar es que gane el que tiene razón y que lo haga en un proceso transparente de decisión. Eso quiere decir que desean reglas predecibles y buenas. Y, en principio, querrán que se apliquen las reglas que tengan sentido económico si están involucrados en una relación patrimonial. Si pagué un precio mayor para que la otra parte asuma un mayor riesgo, si la contingencia de riesgo se presenta, lo deseable es que pague quien asumió dicho riesgo. Usualmente, al contratar (que suele ser el mismo momento en el que se pacta el arbitraje) lo que la gente desea es que se apliquen reglas lógicas desde el punto de vista económico y comercial. Si lo que se desea es transparencia, reglas lógicas y que tengan sentido económico, entonces el resultado será una regla predecible y buena.

Ello se refuerza si tenemos en cuenta cómo suele pactarse el arbitraje. El pacto arbitral, salvo casos excepcionales, suele presentarse *ex-ante* al surgimiento del convenio, como una cláusula en el contrato, cuando ambas partes están felices y no tienen problemas ni conflictos. Los pactos *ex-post* al surgimiento del conflicto son más extraños. Cuando uno pacta *ex-ante*, ni siquiera sabe cuál es la regla cuya definición será necesaria. No sabemos si será un problema de nulidad, de incumplimiento, de riesgo, de aplicación de una cláusula de ajuste de precio o de una cláusula penal. No sabemos si nos conviene un arbitraje imparcial o uno que no lo sea tanto, porque no sabemos si nuestro caso futuro será débil o fuerte. Por ello, ante esa situación, el mejor sistema es el que arroje un resultado económicamente lógico, ajustado a los usos y costumbres del mercado, que es lo más que se puede pedir en ese momento dada la información disponible⁹.

Es predecible que las partes establecerán cláusulas que tengan sentido económico y que ambas perciban como justas. Por ejemplo, es de esperar que el riesgo de pérdida de la cosa objeto del contrato se transfiera con la entrega justamente porque la posesión da mayor control sobre el riesgo de pérdida. La regla inversa coloca el costo en quien no puede controlar el riesgo, lo cual no tiene sentido económico y es percibido como injusto. De la misma manera, también es esperable

⁹ Esto explica por qué es más difícil pactar un arbitraje *ex-post* al surgimiento del conflicto. Allí se sabe cuál es el problema y es posible apreciar si me conviene una decisión imparcial o no. Si mi posición es débil no querré un sistema justo y preferiré un esquema más influenciable y, eventualmente, corrompible. Pero la otra parte, si sabe que su caso es más fuerte, no querrá un sistema influenciable o corrompible, sino uno justo. Los intereses están más distantes. Ello eleva los costos de transacción de pactar arbitraje bajo tales circunstancias y explica por qué el cambio hacia sistemas que no exigen nuevos pactos una vez surgido el conflicto (como la primitiva figura de la cláusula compromisoria) impulsa el desarrollo del arbitraje como ocurrió en el Perú desde la dación de la Ley General de Arbitraje vigente, que dejó sin efecto el sistema de cláusula compromisoria.

que busquen un arbitraje lógico cuyo resultado sea justo. No es fácil que una parte acepte un arbitraje que va a beneficiar a la otra. Y para que ello funcione el mecanismo buscará que se apliquen las reglas que las partes esperan, sea porque están claras en la ley o porque están claras en los usos y costumbres del mercado.

Si bien surgido el conflicto las partes pueden tener incentivos –por ejemplo, mediante el mecanismo de designación de los árbitros– de generar un sistema no autónomo y menos predecible, lo cierto es que un buen convenio arbitral crea límites para que dicha manipulación no sea posible.

Si ello funciona así, no es necesaria la existencia de una Corte Suprema. La predictibilidad no es creada desde arriba, por un órgano centralizado superior, sino desde abajo, por medio de las decisiones de los “consumidores” del arbitraje en el mercado.

Ello además se engancha con los incentivos que tiene quien decide, es decir, el árbitro. Retomemos el argumento de que los árbitros no tienen incentivos para tomar decisiones adecuadas para todos, sino sólo para quienes les pagan. Ello parte de la premisa equivocada de que las partes en un arbitraje quieren algo distinto a lo que todos los ciudadanos queremos: reglas lógicas y predecibles. En principio, todos los que podemos tener un conflicto a ser solucionado queremos lo mismo. Claro que quisiéramos ganar, pero eso no es posible si la otra parte no quiere concedérmelo. Por ello, elegiremos mecanismos que nos aseguren árbitros que nos lleven a un resultado justo, y lo justo, por lo menos en el mundo de los negocios, es lo que se ajusta a la lógica económica. Al dar reglas buenas y predecibles los árbitros beneficiarán a los demás que no participaron en el arbitraje.

Pero incluso si eso no fuera cierto y el tipo de reglas que buscan las partes es diferente a las que buscarían el resto de los mortales ante las mismas circunstancias, ¿tendrían todavía los árbitros incentivos para generar reglas buenas para los demás que no les van a pagar? La respuesta es afirmativa. Negarlo es perder de perspectiva que, como suele pasar en el mercado, el arbitraje es un juego repetido, en el que la posibilidad de “vender” mañana mis servicios depende de cómo presté mis servicios ayer. Los árbitros, como cualquier otra persona que “vende” algo, quiere seguir vendiendo en el futuro. Por ello, ser reconocido como el generador de un “bien público” le asegura trabajo de la misma manera que el reconocimiento de Sony como innovadora le asegura seguir vendiendo sus aparatos en el futuro, así la innovación no sea reconocida como importante por algún cliente específico pasado.

Sólo queda el argumento de la confidencialidad. Si el arbitraje es privado y confidencial, entonces las reglas que de él emanen nunca serán un bien público porque serán información privada. Nadie sabrá qué dijeron los árbitros antes.

El argumento está plagado de errores. En primer lugar, es conceptual. Como veremos más adelante, los árbitros que generan nuevas reglas serán los que se ajusten a los usos y costumbres del comercio o de las relaciones involucradas. En realidad toman reglas ya existentes y las aplican al caso. Así, los árbitros, más que crear reglas, las recogen y sistematizan de los principios que crean y aplican los comerciantes. Esas reglas ya son conocidas. Lo que falta es que su aplicación sea predecible. En contraste con ello, no es de extrañar que el juez ordinario vaya contra tales reglas y trate de sustituir su aplicación con algún razonamiento legal sofisticado o formalista. En esa línea, los árbitros pueden crear el vínculo entre una regla que todos conocen y la certeza que la misma será aplicada. Así se construye la predictibilidad de las reglas que se aplican en el arbitraje.

En segundo lugar, no es necesario conocer las reglas específicas para saber que alguien produce o recoge buenas reglas, como no es necesario saber cómo funciona una cámara de video para saber que las cámaras de video de Sony son buenas. Ello explica por qué hay “jugadores repetidos” en el arbitraje. Los consumidores buscan “buenas marcas” más allá de comprender exactamente cómo las marcas se han hecho prestigiosas. La permanencia en la actividad arbitral se reduce a un grupo relativamente pequeño de personas que suelen actuar como árbitros. Las listas de árbitros, el prestigio que ganan por los comentarios de partes en procesos anteriores y que se difunden boca a boca, los *rankings* que publican revistas especializadas, el prestigio de los centros o instituciones arbitrales, entre otros elementos, contribuyen a identificar árbitros predecibles así las reglas que producen no sean conocidas de manera específica. Todos estos elementos desarrollan funciones parecidas a las de las marcas en otros mercados y permiten que los árbitros predecibles sean contratados con mayor frecuencia.

Si bien muchas veces se pretende explicar la existencia de números relativamente pequeños de personas que actúan como árbitros de manera recurrente con la acusación de la existencia de “argollas” formadas por árbitros que se nombran entre ellos (lo cual de hecho sí existe), lo cierto es que lo más probable es que el juego repetido permita identificar ciertas “marcas” arbitrales o Centros Arbitrales que se consolidan como los más usados. De hecho, la sensación que uno tienen es

que el mercado de presidencias de tribunales es cubierto por un grupo distinto al de árbitros de parte, y que el valor de la autonomía, la independencia y la comprensión del problema económico de base suelen ser variables constantes que encuentra uno en los árbitros que “repiten el plato” con frecuencia.

Nótese que lo mismo no ocurre con los jueces ordinarios. La cantidad de casos, el volumen de trabajo y el nivel de ingresos de un juez no se relaciona con un juego repetido ni con la cantidad de trabajo. Las partes quedan sujetas a ciertos jueces por un sistema centralizado y planificado de turnos que asigna trabajo sólo porque te toca. ¿Qué incentivo tiene un juez en dar reglas buenas y predecibles? Pues en principio ninguno. El juego seguirá siendo igual de repetitivo resuelva bien o resuelva mal, y lo que es peor, seguirá cobrando lo mismo. Bajo esas reglas es entendible por qué “comprar justicia” en el ámbito judicial se acerca más a una compra inmoral, a una forma de corrupción. Por el contrario, “comprar justicia” en el campo arbitral es un mecanismo que genera, como virtud, mejores reglas futuras.

Finalmente, no es totalmente cierto que las reglas que los árbitros crean sean siempre confidenciales o privadas. Incluso bajo las reglas de confidencialidad, una buena cantidad de laudos se hacen públicos porque contra ellos se interpone un recurso de anulación, se autoriza su uso para efectos académicos o de publicación, son publicables por disposiciones legales, están exentos de la regla de confidencialidad por acuerdo de las partes, etcétera. Basta entrar a Internet o revisar libros y artículos de arbitraje para ver la inmensa cantidad de laudos cuyo contenido y razonamiento se pueden encontrar libremente. Y en muchos casos el contenido del laudo o el razonamiento seguido simplemente se filtran y es discutido por abogados que comentan las bondades o defectos del mismo. Por ello, el argumento de que los laudos son secretos es bastante incompleto y no responde a la realidad de las cosas.

Este contexto explica que es de esperar que las reglas producidas por el arbitraje tiendan a ser más predecibles, buenas y ajustadas a las prácticas comerciales que las reglas producidas por el sistema judicial, de la misma manera como es más predecible la calidad de un televisor que la de un procedimiento administrativo seguido ante un Ministerio. Ello, a pesar de que la producción de televisores proviene de un sistema aparentemente caótico y descentralizado al que llamamos mercado y los procedimientos administrativos de un supuesto procedimiento estandarizado y centralizado al que llamamos Estado.

5. ¿POR QUÉ LOS ÁRBITROS SUELEN SER MÁS PREDECIBLES QUE LOS JUECES?

El uso más generalizado del arbitraje se da en el campo de las controversias comerciales. Como ya hemos sugerido en páginas anteriores, la solución de ese tipo de problemas está relacionada con conocer los principios, usos y costumbres que rigen el comercio y los negocios. Si asumimos (como resulta obvio) que los comerciantes conocen el mundo del comercio y que los árbitros son elegidos por tener el mismo conocimiento, es entendible por qué sus decisiones deberían ser, al menos para los comerciantes, más predecibles que las de un juez.

Por otra parte, siguiendo la línea de razonamiento anterior, si dos comerciantes saben que pueden tener un conflicto y quieren reglas predecibles y adecuadas, entonces escogerán árbitros que tengan conocimiento de esas reglas y entiendan su lógica y principios. El resultado será un círculo virtuoso en el que los árbitros predecibles son elegidos, y al decidir hacen a la vez predecibles las reglas para un futuro. Veamos como ocurre esto con un ejemplo.

Una buena parte de (sino todos) los arbitrajes se refieren a actividades de interpretación contractual. Tiene que ver con los alcances que se da a un término contractual o su aplicación a la circunstancia concreta que se ha presentado.

Pero la interpretación contractual, en especial en problemas comerciales, es más que descubrir simplemente lo que las partes acordaron. Muchas veces (y me atrevería a decir que la mayoría) la labor de decisión se refiere a completar el sentido del acuerdo. No es sólo leer el contrato, es crear la regla contractual. De alguna manera se trata de resolver el hecho de que las partes sólo están de acuerdo de que en un extremo no estuvieron realmente de acuerdo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que justamente muestra el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que se trataba, en realidad, de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que el contratista pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discrepantes, que basaban

la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que no era su responsabilidad (y, por tanto, su costo) el preparar el terreno. Por el contrario, el propietario era enfático en afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución, y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra, con lo que afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía más o menos lo siguiente: "El contratista procederá a nivelar el terreno". Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra la interpretación de la frase era, nuevamente, claramente divergente. Para el contratista "proceder a nivelar el terreno" no quiere decir hacerlo gratuitamente, y, por tanto, concedía el derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente, nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría, ni menos aun, cómo se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento de que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y, por tanto, no merecía ninguna compensación adicional.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos interpretar cómo descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes. Era clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción que les permitía a ambas sostener que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, se la dejaban al árbitro, y con ello podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tan es así que durante el informe oral les pregunté a las partes qué tan representativa era la siguiente frase: "En realidad sólo se pusieron de acuerdo de que no estaban de acuerdo". Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo "acordado".

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente. Era, por el con-

trario, resolver un punto en el que, precisamente, no estaban las partes de acuerdo, sólo que oculto en una aparente ambigüedad que no es propiamente tal.

No quiero, sin embargo, sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. La interpretación sí significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término "medida judicial" incluido en un contrato significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, conciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren "atarse" a términos excesivamente precisos, porque desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que "ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado" sin haber definido qué se entendía por "contratista experimentado". Y, sinceramente, ese término puede significar muchas cosas distintas. Las partes prefieren, sin embargo, dejar al juzgador la definición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Quiero destacar, sin embargo, que las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieren tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una voluntad, en ocasiones muy clara y en otras imprecisa, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas "librados a la imaginación" de un intérprete futuro, es decir, el juez o el árbitro.

Cuando las partes usan un término como "contratista experimentado", en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero, incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta, y contratar con mayor detalle cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir que “medida judicial” también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Y si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí son concientes de cuánto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación deben conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes de que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquél que el contrato tendría si decidieran invertir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es conciente de que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato son concientes que “dejar de seguir poniéndose de acuerdo” significa contratos con mayor riesgo de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta “intencionalidad” en la imprecisión, es sólo que no es que el efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera, las partes están de acuerdo que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así, definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual, y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Voy, para efectos de comprender el rol del árbitro en la solución de controversias, a usar una clasificación más simple y general, usada por el Análisis Económico del Derecho, y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera la vamos a llamar “textualismo”, castellanización del término inglés *textualism*. Como señala Cohen, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contratos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo¹⁰. Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales.

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa¹¹. Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidence rule*¹² o la *four corners rule*¹³ que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al

¹⁰ COHEN, George M. “Implied Terms and Interpretation in Contract Law”. En: Encyclopedia of Law & Economics. BOUCKAERT Boudewijn y Gerrit DE GEEST (Editores). Edgar Elgar y University of Ghent. En: <http://encyclo.findlaw.com/>. pp. 82-83.

¹¹ También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender qué dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.

¹² Como señala Richard Posner, según la *parol evidence rule*, si las partes han redactado un contrato que se ve como completo, no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio. POSNER, Richard. “The Law and Economics of Contract Interpretation”. John Olin Law & Economics Working Paper 229. 2D series. pp. 29-30. En <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

¹³ Como también señala Posner, según esta regla las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto sólo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre cómo debe ser interpretada extrínsecas a “las cuatro esquinas” del texto del contrato escrito. Ibid. pp. 21-22.

texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata, además, de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y, por tanto, nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía, al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextualism*). Como dice Cohen, el contextualismo parte de la premisa de que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto, las cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían (o querrían), usando como referente algún estándar externo al texto del propio contrato¹⁴.

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común.

Bajo el contextualismo las cortes presumen que las partes contrataron bajo la expectativa de que dichas cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito usando los términos que partes racionales hubieran usado bajo condiciones de costos de transacción bajos¹⁵.

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente, y es que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Esta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente, se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea de que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello porque asumen que

la labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular, en los que hay situaciones fáciles de prever, la seguridad y, por tanto, el textualismo parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever que va a pasar, la flexibilidad del texto contractual y, por tanto, el contextualismo parecen la mejor opción.

¿Que tienen que ver toda esta discusión sobre textualismo y contextualismo con la capacidad de los árbitros de generar decisiones predecibles? Pues tiene mucho que ver. En el mundo de los negocios y el comercio, por la dinámica de los mismos, la necesidad de transacciones rápidas y de bajos costos de transacción, es de esperar que los comerciantes necesiten que el sistema de solución de controversias sea más contextualista. Quieren flexibilidad. Pero la interpretación contextualista es más insegura porque deja mayor discrecionalidad al juzgador. Es necesario que quien va a desarrollar interpretación contextualista conozca el mundo del comercio y los negocios para, sin pegarse al texto literal del contrato, encuentre en uso de su mayor discrecionalidad una regla predecible para los comerciantes. Y en eso un árbitro lleva ventaja sobre un juez. Y los árbitros comercialmente más predecibles llevan ventajas sobre los que no lo son. En el juego repetido, el resultado será el deseado: árbitros contextualistas más predecibles.

Este resultado está muy bien explicado por Posner. La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala dicho autor¹⁶, un Poder Judicial bien capacitado y entrenado (y, por tanto, más costoso de implementar) reduce el costo de error y con ello mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para el Estado, que tiene que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos, pero reduce los costos a las partes de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría haber un beneficio incluso en

¹⁴ COHEN, George M. Op. Cit. p. 83.

¹⁵ GOETZ y SCOTT. Citados por: COHEN. Op. Cit. p. 83.

¹⁶ POSNER, Richard. Op. Cit. p. 16.

la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen la interpretación más predecible, y al hacerlo, reducen en número de juicios, lo que a su vez significará menos jueces en el futuro¹⁷.

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que los costos de transacción *ex-ante* se reducirán porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará, a su vez, más contratos. La actividad interpretativa se inclinará a la búsqueda de aproximaciones contextualistas, es decir, a encontrar la intención real de las partes (más allá de lo que diga el texto literal del contrato) o al uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que, a su vez, incrementará los costos de transacción *ex-ante*. Si los jueces son poco confiables, los costos de transacción *ex-post* se incrementan, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad *ex-ante*. En ese contexto, una actividad interpretativa textualista, centrada en el texto literal del contrato, parece más adecuada porque reduce la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación del juez cuando este pertenece a un sistema judicial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato, que “no requiera ir al Poder Judicial”, en el sentido de que tenga tanto detalle que no genere conflictos. Pero ello incrementa el costo de negociar y redactarlo.

Esta explicación demuestra el uso más intenso del arbitraje para temas contractuales-comerciales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello, porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos y, a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reducen los costos de

transacción *ex-ante*, se reduce parte de los costos de transacción *ex-post*, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno si desea un mejor Poder Judicial.

Si los comerciantes necesitan contratar rápidamente y de manera predecible, un contextualismo a cargo de los árbitros es la mejor alternativa. Contratos de contenido detallado y completo son muy costosos para la velocidad de los negocios. Pero la falta de textualismo conduce a una falta de predictibilidad. El arbitraje permite conciliar bajos costos *ex-ante* (menos detalle en los contratos al restringir el textualismo) y menos costos *ex-post* (contextualismo más predecible). El resultado será entonces un sistema arbitral que, por medio de la elección de los árbitros, tratará de darle al sistema la predictibilidad que no puede tomar de un sistema textualista.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos, precisamente, por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica, además, por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual, además, que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas, así como la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican sólo a resolver casos y no saben qué se encuentra “tras bambalinas” en el mundo de los contratos comerciales, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece, por tanto, una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello, además, es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia, en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su leal saber y

¹⁷ Ibidem. Como también señala Posner, mejores jueces afectan el negocio de arbitraje, porque hacen menos necesario contratar árbitros que suelen ser “contratados” como intérpretes calificados con experiencia en los temas objeto de controversia.

entender¹⁸. Los conocimientos del árbitro y su leal saber y entender son elementos ajenos al texto del contrato y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual y menos textual, al revisar no sólo el contrato, sino incluso la misma ley, sobre la base de aspectos ajenos al texto escrito.

Si ello es lo que necesitan los comerciantes, entonces en el juego repetido de elección de árbitros, los que conocen el mundo de los negocios (y que es para los comerciantes lo más predecible que pueden encontrar) tendrán ventajas competitivas. Los jueces, ajenos a ese mundo de los negocios, terminarán tomando decisiones “*random*”, es decir, al azar, sin ningún criterio lógico predecible por parte de los comerciantes. Ello explica por qué las reglas de interpretación de los contratos serán más predecibles bajo el arbitraje.

Todo esto significa que es de esperar que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere Posner¹⁹, el detalle y precisión del contrato (y, por tanto, los costos de transacción *ex-ante*, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendrían en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete “más liberal” que un juez con relación al texto estricto del contrato. Pero más liberal no quiere decir menos predecible. Finalmente, para un comerciante las reglas de los usos y costumbres comerciales son más conocidas, familiares y predecibles que el texto frío y seco de la ley, que finalmente no le dice nada.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común, y tiene que ver con el llamado “adelanto de opinión”. En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros “adelanten opinión” sutilmente sobre el tema sujeto

a su decisión. No es extraño, además, el dictado de laudos parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es extraño que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgieron una serie de asuntos probatorios. El Tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos), simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría, y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo. Luego sólo resolvería lo que no pudieron acordar. Esta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello hay que desaparecer el temor al adelanto de opinión. Finalmente, ya los árbitros están decidiendo, es sólo que están decidiendo por partes y no de un sólo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que, en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre cómo debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema²⁰. Definir algunos criterios ayuda a que las partes hagan lo que no pudieron hacer antes porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica que se generan durante el litigio.

Todo este razonamiento nos conduce a tomar conciencia de algo bastante obvio: lo que ocurre en el mundo del arbitraje es que este tiene ventajas competitivas, incluso en términos de predictibilidad,

¹⁸ Ver, por ejemplo, la Ley General de Arbitraje peruana:

“Artículo 3.-Arbitraje de derecho o de conciencia.-

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.

Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.

Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.

Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso”.

¹⁹ POSNER, Richard. Op. Cit. p. 18.

²⁰ En el ejemplo del pacto de que el honorario se devengaría cuando se llegase a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a qué acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.

en un mundo donde son los usos y costumbres comerciales, antes que la ley escrita, lo que las partes desean que se aplique. Un sistema excesivamente legalista, más que predecible, genera rigidez, y los comerciantes necesitan una “flexibilidad predecible”. Un mundo que confía en una corte judicial que unifique todos los criterios genera una predictibilidad rígida, como la de un cementerio, en el que el orden de las lápidas se deriva justamente de la falta de movimiento. Los negocios necesitan un orden en movimiento y, por tanto, requieren que ese orden tenga capacidad de respuesta al “día a día”. Ello significa leyes, contratos y juzgadores más flexibles. Pero, a su vez, no quiere un caos anárquico en el que no hay reglas. La competencia entre árbitros asegura un mejor resultado que el monopolio estatal para lograr ese fin.

6. ¿Y QUÉ DICE LA HISTORIA SOBRE LA PREDICTIBILIDAD DEL ARBITRAJE?

Hasta aquí todo lo dicho parece una simple especulación teórica y conceptual. ¿Pero, qué dice la historia? ¿Es efectivamente el arbitraje el creador de reglas más predecibles para los comerciantes?

La historia ha sido categórica: el cuerpo comercial de reglas más predecibles y universal es la *lex mercatoria*, ese cuerpo de reglas y normas comerciales que no han sido creadas por ningún legislador ni por ningún juez. La *lex mercatoria* fue y es creada todos los días por los comerciantes, pero el instrumento por medio del cual estas reglas se ordenaron y aplicaron es el arbitraje.

De hecho, los últimos siglos nos muestran una intensa tensión entre los sistemas procesales ordinarios (judiciales) y el arbitraje, en una secuencia más o menos predecible: la *lex mercatoria*, aplicada por los árbitros, se torna en un paradigma más adecuado y predecible. Entonces, los legisladores tratan de “expropiarla” mediante leyes y códigos de comercio, y los jueces tratan de “expropiarla” mediante la aplicación, por las cortes ordinarias, de los propios principios de la *lex mercatoria*, sólo que sin cobrar el costo de un Tribunal Arbitral porque se recibe un subsidio estatal. Pero en su actividad no pueden desprenderse de la rigidez que les es consustancial y continuamente pierden frente a las ventajas competitivas del arbitraje. Entonces, intentan mediatizar esas ventajas atacando la base misma del arbitraje y tratando de “procesalizarlo”, en una suerte de competencia desleal, por medio de leyes, normas y decisiones judiciales que “contaminan” el arbitraje con elementos que le son ajenos.

Así, en el “hábitat” de las relaciones comerciales el arbitraje supera con creces al Derecho Procesal

común. De hecho, el arbitraje, como lo conocemos hoy (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, “latinazgos” y exabruptos, no teníamos “vela en el entierro”. No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido “abonado” con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico Derecho Procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la ley liberara su fuerza competitiva. Hoy en el Perú es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los “dinosaurios” procesales se resisten a perder vigencia y, a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la ley para protegerse. Entonces pretenden que las leyes fuercen a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial.

Como bien relata Benson, cuando en los años veinte en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el *lobby* de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los tribunales arbitrales de la American Arbitration Association (AAA) se incrementó de 36% en 1927

a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947²¹. El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation versus United States* (282 U.S. 30 (1930)), en el que se declaró como boicot y, por tanto, contrario a las normas de libre competencia, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo²².

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas, o mejor dicho, "procesaloides" (muchas veces disfrazados de "expertos" con "vocación" arbitral), se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios y alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar²³.

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se amparan en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una "función nomofiláctica" que en el arbitraje no es necesaria porque, como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol.

Y, además, parten de la errada concepción de visualizar al arbitraje como un satélite del sistema judicial, como un "desprendimiento" de la jurisdicción ordinaria, gracias a la "generosa autorización" dada por la ley para que las personas puedan arbitrar.

Pero las formas de justicia originarias no aparecen con el monopolio estatal. Por el contrario, son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos²⁴.

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra, precisamente como un ejemplo de justicia privada:

"Aunque el Derecho consuetudinario anglosajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, *lex mercatoria* o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales"²⁵.

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que, a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho. ¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él señala, los comerciantes:

"...participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones que nacen de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no sólo en teoría, sino también en la práctica.

Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal"²⁶.

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio, es el

²¹ BENSON, Bruce. "Arbitration". En: Encyclopedia of Law and Economics. En: <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>. p. 169.

²² Ibid. p. 170.

²³ Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en Legal Express por Matheus López: su perspectiva parte de una concepción "procesaloide" del arbitraje y por tanto de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Es fruto, sin duda, de "impericia" arbitral. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. "Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje". En: Legal Express 67. Año 6. Julio 2006. p. 15.

²⁴ Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisa: BENSON, Bruce L. "Justicia sin Estado". Unión Editorial. 2000.

²⁵ Ibid. p. 43.

²⁶ FULLER, Lon L. "The Morality of Law". New Haven: Yale University Press. 1964. p. 24.

mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Y explica también por qué el arbitraje genera reglas predecibles. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica, generando, a su vez, confianza, lo que, a su vez, conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la ley estatal.

Como dice Benson:

“El Derecho Mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto”²⁷.

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso como un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios, que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones que cumplan una función nomofiláctica.

Así, la explicación del carácter predecible de la *lex mercatoria* es el mismo fenómeno que explica el

carácter predecible de las reglas arbitrales. La *lex mercatoria* es predecible a pesar de que es creada por un sistema descentralizado privado. El arbitraje genera predictibilidad a pesar de que es creado por un sistema descentralizado privado. Y no sólo eso. El arbitraje tiende a que los árbitros más predecibles sean los que más arbitran. Bajo esta idea, es totalmente predecible que el arbitraje será predecible. Es el juego repetido y el esfuerzo de los árbitros por ser elegidos más veces, lo que explica este fenómeno.

Ello también explica una tendencia a que el mercado de árbitros de parte (es decir, designados por una de las partes) pueda ser ligeramente (pero no tan) distinto al mercado de presidentes de tribunales arbitrales. En principio, la elección del árbitro de parte puede estar motivada por conseguir ganar. En ese contexto nombraré quizás un “árbitro encamisetado” (es decir, que tenga puesta la “camiseta” de mi posición). Pero de encontrarse con otro árbitro de parte que busca lo mismo, es difícil que el presidente sea parcializado. Sin embargo, árbitros de parte demasiado favorables a la parte que los designó pueden quedar muy lejos de la posición del árbitro imparcial y con ello tornarse en irrelevantes. Por ello no es buena idea escoger como árbitro de parte a un árbitro parcializado, porque si el presidente es neutral, simplemente no oír al que muestra un claro favoritismo y no se sentirá persuadido por lo que le diga. El resultado será, en general, la búsqueda de árbitros más predecibles, incluso para árbitros de parte.

En síntesis, no es de sorprender que la ventaja competitiva del arbitraje para la solución de conflictos comerciales esté derrotando, con gran preeminencia, a los sistemas ordinarios de administración de justicia. De hecho, las estadísticas demuestran que, en países como Estados Unidos, al menos el 75% de los litigios comerciales se resuelven a través de arbitrajes o mediación privada, con dictámenes basados en la costumbre y práctica de los negocios (Derecho Mercantil Consuetudinario)²⁸. Si bien en el Perú no hay estadísticas confiables, el crecimiento y desarrollo del arbitraje es exponencial y se ha vuelto la primera forma de solución de controversias patrimoniales importantes derivadas de contratos mercantiles. Y no cabe duda de que estos avances se deben, entre otras cosas, al hecho de que las partes sienten un resultado menos sorpresivo en un arbitraje que en un

²⁷ TRAKMAN. “The Law Merchant”. p. 24. Citado por: Benson, Bruce L. Op. Cit. p. 45.

²⁸ AUERBACH, Jerold S. “Justice Without Law”. New York: Oxford University Press. 1983. p. 113.

proceso judicial. Si eso no es predictibilidad, entonces es difícil entender que puede serlo.

7. CONCLUSIÓN

La justicia es un tema sensible e importante. Bajo tal argumento solemos sostener que debemos alejarla del mercado porque el dinero y los actos comerciales no son buenas formas de generarla. Por ello preferimos un sistema más político o estatal y usamos impuestos para generar un sistema que creemos mejor y que esperamos sea más justo y predecible.

El pan también es importante. Quizás más importante que la justicia. Y hoy confiamos en el mercado como el mejor sistema para producirlo. A veces creemos que el uso de mecanismos de mercado “ensucia las cosas” cuando, en realidad, las limpia y hace más transparentes y eficientes.

La creencia de la superioridad de la justicia pública por sobre la justicia privada parte del error que apuntaba el Premio Nóbel de Economía James Buchanan: visualizar la política o lo estatal como algo romántico²⁹. Lo cierto es que la justicia estatal es una de las cosas menos “románticas” ima-

ginables. La hipócrita representación de la justicia como la diosa griega vendada, con una balanza en la mano y una espada en la otra, actuando desinteresadamente para tratar con igualdad a las partes, es una de las metáforas más desacopladas de la realidad que uno puede imaginar. Esa “diosa” difícilmente actúa guiada por un espíritu romántico de conseguir resultados buenos.

La posición a favor del arbitraje es mucho más sincera. Asume que los que van a actuar como “jueces” tienen intereses privados. No necesariamente son unos “románticos”. Quieren ganar dinero y es legítimo que lo hagan si cumplen las reglas. La diferencia es que en el arbitraje su estructura contractual alinea los intereses para conseguir un resultado justo para las partes y nos regala, de paso, un resultado justo para la sociedad. En la justicia ordinaria ello no ocurre, porque al confiar en el romanticismo de los jueces, presente en un número reducido y destacable de individuos excepcionales (los buenos jueces), nos entrega también a individuos privados que carecen de los incentivos para hacer lo correcto. Por ello, ni resuelven bien el conflicto entre las partes ni generan reglas que beneficien a la sociedad en su conjunto. Bajo tales premisas parece mejor comprar justicia que regalarla.

Alfredo Bullard González

²⁹ Para una explicación más detallada de esta idea revisar: BUCHANAN, James M. “Politics Without Romance”. En: *Collected Works of James Buchanan*. Volumen 1. Liberty Fund Inc. 1999. pp. 45-59.

DE LA INTERRELACIÓN A LA INTERFERENCIA DEL PODER JUDICIAL EN LOS PROCESOS ARBITRALES: LÍMITES DE SU ACTUACIÓN

Ana María Arrarte Arisnabarreta*

La cooperación entre el arbitraje y el Poder Judicial es necesaria para el respeto y reconocimiento del derecho al acceso a la justicia que tiene toda persona. No obstante, dicha interrelación no debe significar una excesiva ni arbitraria intervención por parte del ente judicial en los procesos privados, concretamente, en el arbitraje, en tanto dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos surge del ejercicio de las partes de su derecho a la autonomía privada, manifestado, en este caso, en la decisión adoptada de no acudir a las instancias estatales.

En esta línea de pensamiento, la autora, sobre la base de lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída sobre el expediente 6167-2005-PCH/TC, realiza un minucioso análisis sobre los límites del Poder Judicial en su intervención en los procesos arbitrales, criticando, al mismo tiempo, ciertos extremos de la resolución mencionada, por ejemplo, en la parte relativa al carácter jurisdiccional del arbitraje.

* Socia del estudio Luis Echeopar García. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima y en el programa de Maestría de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM) y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

“Pensamos que debe balancearse (cada figura en su lugar) el juego de los diversos modelos y alternativas de la justicia privada en sus roles concretos. No desorbitarlos de sus respectivas y acotadas competencias. Sólo así se respetará la lógica interior de cada una de ellas y el equilibrio funcional del conjunto, lo que ayudará a la reconquista del prestigio, la eficiencia y la imagen del Poder Judicial”.

Augusto M. Morello

I. CONTEXTO

1. La intervención judicial: a propósito de lo previsto en la Ley General de Arbitraje

Inicialmente, resulta pertinente señalar que la inquietud por compartir este ensayo surge de la constatación de una situación real y vivida diariamente en nuestro país: que la eficacia del arbitraje, en muchos aspectos, requiere en una importante medida de la actividad del Poder Judicial.

Esta afirmación podría resultar algo ciertamente no deseado al momento que las partes pactaron un convenio arbitral y, con ello, renunciaron al mecanismo de solución de conflictos que proporciona el Estado, en cumplimiento de su deber de brindar tutela jurisdiccional¹. Esto es, las partes decidieron dejar de lado la institucionalidad del Poder Judicial, estando incluso dispuestas a sacrificar ciertas garantías², vinculadas a un debido proceso³, a cambio de un mecanismo alternativo que les brinde determinados beneficios que consideran esenciales.

En efecto, esta renuncia implica la búsqueda de un mecanismo de solución de controversias esencialmente privado⁴, en la medida que tiene como origen la voluntad de las partes, lo que además les otorga

plena libertad de decidir respecto de las personas a quienes van a confiarles la solución de sus controversias y de establecer el procedimiento más flexible y expeditivo, el cual les permitirá obtener una decisión más eficaz y pronta.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se “eche a andar” este mecanismo privado y eficientemente diseñado a la medida de las partes, lo más probable es que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde –entre otros momentos– surge por primera vez la necesidad de que el Poder Judicial “entre en acción”, situación que, como veremos más adelante, se presentaría con alguna fluidez en el futuro. El tema central será el rol que debe tener este Órgano Jurisdiccional, esto es, ¿hasta qué punto le corresponde intervenir en la vida de un proceso arbitral?

Debemos admitir que la experiencia respecto de este punto no ha sido –en lo absoluto– afortunada. Como temas más comunes de intervención judicial en los procesos arbitrales, tenemos el referido a la conformación del Tribunal, las anulaciones de laudos y los procesos destinados a su ejecución, todos ellos, en la mayoría de los casos, significaban –y lamentablemente continúan siéndolo– el inicio de un proceso tan o más largo que aquel en el que se obtuvo la decisión arbitral destinada a solucionar el conflicto.

Un pacto arbitral puede llegar a convertirse en un “pésimo negocio”, pues el arbitraje podría terminar siendo una suerte de vía previa antes de recurrir a la vía judicial, situación que precisamente era la que se pretendía evitar. Así, por ejemplo, la solución en términos prácticos de un conflicto de intereses respecto de la cual se ha pactado un convenio arbitral podía implicar lo siguiente:

¹ “Lo que el derecho a la tutela jurisdiccional supone es que toda pretensión frente a otro fundada en el ordenamiento jurídico sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa adecuada”. GONZALES PÉREZ. “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”. Tercera edición. Madrid: Civitas. 2001. p. 57.

² Esta renuncia a que el Poder Judicial conozca la controversia constituye, a decir de autorizada doctrina, el efecto negativo del acuerdo arbitral: “[L]a fuerza vinculativa emerge en dos direcciones; por un lado permite asignar a esa modalidad jurisdiccional a los árbitros elegidos o seleccionados judicialmente desde el momento mismo en que el conflicto se plantea, esto es, que ellos pueden actuar sin necesidad del requerimiento de partes y aún contra su voluntad (a excepción que las partes decidan mutuamente la extinción del compromiso); por otra vertiente, se suele hablar de una eficacia negativa, en el sentido de sustraer la controversia del conocimiento ordinario que le correspondería a los tribunales”. GOZAÍN, Alfredo. “Formas alternativas para la solución de conflictos”. Buenos Aires: DePalma. 1995. p. 147.

³ Así, por ejemplo, las partes están en aptitud de limitar –y en algunos casos hasta renunciar– válidamente a determinadas garantías, como sería su derecho a impugnar (específicamente, nos estamos refiriendo al recurso de apelación) lo que no obsta a que se respeten preceptos mínimos que aseguren un debido proceso y se eviten situaciones de indefensión, agravantes a las partes.

⁴ FAZZALARI, refiriéndose a la naturaleza privada del arbitraje, indica que “la disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales. En efecto, tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral (...) y desarrollan su papel en el plano privatístico (...)”. FAZZALARI, Elio. “Instituzioni di Diritto Processuale”. Padova: CEDAM. 1989. p. 323 (traducción libre).

- a. Ante la renuencia de una de las partes a designar al árbitro conforme a lo acordado y ante la ausencia de sometimiento a una entidad que administre el arbitraje, se deberá pedir su nombramiento por el Poder Judicial, en un proceso que, por expeditivo que pueda ser, no demora menos de tres (3) meses⁵.
- b. El inicio del proceso arbitral, de acuerdo a los términos pactados. El tiempo aproximado de duración de un proceso arbitral, dependiendo de la complejidad de la controversia y, ciertamente, de la dedicación de los árbitros, es aproximadamente de ocho (8) meses a un (1) año.
- c. Una vez obtenido el laudo, se abre la posibilidad de impugnación en la vía judicial, a través de un recurso de anulación⁶, respecto del cual no es válida la renuncia, pues se trata de una disposición imperativa⁷ cuyo propósito es que el Poder Judicial cumpla un rol de custodio del debido proceso de las partes y del Estado de Derecho⁸.
- d. Una vez recorrida esta etapa de impugnación, lamentablemente prolongada, la decisión arbitral se encuentra expedita para ser ejecutada; sin embargo, en los casos en los que el cumplimiento de un mandato arbitral requiera de la ejecución forzada también es necesaria la intervención del Poder Judicial, debiéndose dar inicio a un proceso de ejecución de laudo.

Al respecto, debemos indicar que también en este momento surgen algunos problemas que entorpecen el pronto cumplimiento de la decisión arbitral firme y definitiva. En efecto, el “talón de Aquiles” de este proceso judicial se encuentra en dos aspectos: las causales de oposición a la ejecución y la concesión de medios impugnatorios destinados a cuestionar el mandato de ejecución; así, más allá de la claridad del mandato normativo que le atribuye la calidad de inimpugnable¹⁰, una decisión arbitral es ejecutada coercitivamente, en el mejor de los casos, en el transcurso de unos seis (6) a ocho (8) meses.

Ahora bien, en la hipótesis en que el Órgano Jurisdiccional que actúa en primera instancia en el trámite del recurso de anulación (Corte Superior) emita una decisión favorable a esta pretensión impugnatoria, se presenta la posibilidad de que la resolución emitida en este sentido sea cuestionada, vía recurso de casación, ante la Corte Suprema⁹, con lo cual, el tiempo que toma la etapa de impugnación de laudo, no será inferior a un (1) año.

En conclusión, sólo siguiendo lo previsto en la Ley General de Arbitraje (en adelante, “LGA”) podemos advertir que las condiciones están dadas para constituir un campo fértil para la dilación, muchas veces indebida, en el reconocimiento de eficacia y en la ejecución de la decisión arbitral. Se trata de la conjunción de tres elementos: i) una norma permisiva; ii) una parte renuente a cumplir con un mandato arbitral; y, iii) la falta de conocimiento de los límites de la actuación judicial en la vida de un arbitraje.

⁵ Al respecto, LOHMANN LUCA DE TENA señala: “(...) como el arbitraje deriva de un acuerdo, cuando una de las partes se rehúsa a cumplirlo se requiere auxilio judicial para obtener el cumplimiento. No estamos, pues, ante un caso de interferencia propiamente dicha ni menos aún que no este (sic) justificado (...). Mi crítica se enfoca más bien a la conveniencia de revisar el artículo 23 y concordantes de la LGA para que la designación judicial sea más pronta y no posibilite dilaciones por quien se niega a someterse al arbitraje pactado”. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Interferencia judicial en los arbitrajes”. En: Revista Peruana de Arbitraje 1/ 2005. Lima: Grijley. 2005. p. 269.

⁶ “Donde con más frecuencia y más acusada se advierte la tensión entre arbitraje y justicia estatal es en materia de anulación de laudos. En ello, infelizmente, se llega a grados extremos, tanto como lo permiten la imaginación de los abogados y la severidad y laxitud del Órgano Judicial que resuelva”. Ibid. p. 272.

⁷ Salvo en el supuesto de los arbitrajes internacionales en los que este pacto sí es posible, de acuerdo a lo previsto en el artículo 126 de la LGA.

⁸ En este sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN dice: “(...) el recurso de anulación, además de constituir una vía de ejercicio del derecho de tutela judicial, es un medio de protección o salvaguarda de dicho proceso, pues va dirigido a declarar la nulidad del laudo obtenido en detrimento de las garantías procesales (...) Esta posibilidad que debe reconocerse a las partes, y que trae razón directa del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos pensar que toma cuerpo en la regulación del arbitraje a través del recurso de anulación contra laudos, de modo que cuando éste no resulte válido, según los motivos recogidos en la Ley, la parte perjudicada por esta irregularidad puede solicitar, judicialmente, que se declare la nulidad del laudo”. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “La anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación”. Granada: Editorial Comares. 1996. p. 60.

⁹ Respecto de este punto, la LGA, en su artículo 77, prescribe lo siguiente: “Artículo 77.- Recurso de casación.- Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente”.

¹⁰ El artículo 86 de la LGA es absolutamente claro respecto del carácter inimpugnable de todos los autos que se dicten en etapa de ejecución de laudo: “Artículo 86.- Inimpugnabilidad.- Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva”.

No obstante, lo que suele ocurrir es que los recursos de apelación que se interponen contra los mandatos de ejecución sí son concedidos; para ello, se invoca la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, prevista en el artículo 139, inciso 6) de la Constitución Política del Estado, con lo cual además será necesario que nuestros jueces realicen un control difuso de la constitucionalidad del artículo 86 de la LGA.

2. La interferencia judicial y la crisis en la eficacia del arbitraje

La participación judicial en la eficacia de los mandatos arbitrales no se limitó a los aspectos ya álgidos descritos anteriormente. En efecto, en la medida en que el arbitraje se utilizaba con mayor frecuencia en la solución de conflictos, se multiplicaban también las formas de buscar mecanismos de evasión recurriendo al Poder Judicial, para pedir su intervención y por esta vía paralizar el arbitraje; es decir, entramos de una etapa de intervención a una clara interferencia, descontrol y caos absoluto. Así, por ejemplo, los procesos de amparo sustentados en la existencia de un arbitraje irregular, en los que se invocaba la afectación al debido proceso cometida en un caso en trámite, proliferó, y con ello el dictado de medidas cautelares, que, en su mayoría, impedían la instalación de un Tribunal Arbitral, suspendían la eficacia de mandatos emitidos por los árbitros, o impedían su ejecución, llegando incluso al extremo de iniciarse procesos penales contra los árbitros como consecuencia de actos realizados en ejercicio de su función arbitral¹¹.

Todo esto motivó que la Corte Suprema emitiera el Oficio Circular 005-2005-P-CS-PJ¹², dirigido a todos los presidentes de las cortes superiores, comunicando la decisión emitida en Sala Plena en los siguientes términos: “Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje, No. 26572 y, demás disposiciones Legales sobre la materia; esto a efecto de evitar colisiones innecesarias”.

Es claro que existía una situación de crisis. Todos percibíamos que la vía judicial estaba siendo mal uti-

lizada por abogados y litigantes, lamentablemente con la anuencia de nuestros jueces, quienes en muchos casos no tenían un conocimiento cierto sobre los límites de su actuación; y esto no sólo se debía a una ausencia de formación sobre estos aspectos, sino a que no existía una directiva clara, una brújula que revele cuál era “el norte” que debía guiar su intervención; más aún, la propia Circular de la Sala Plena de la Corte Suprema tampoco fue muy feliz al remitirnos a las normas existentes sobre la materia, pues precisamente parte del problema era que ellas no sólo no eran precisas sobre la materia, sino que de alguna manera –como lo hemos indicado anteriormente– eran permisivas a este tipo de conductas.

Finalmente, la crisis llegó a un punto límite, en el que, a propósito del inicio de un proceso constitucional, concretamente de un proceso de *habeas corpus*¹³ iniciado por un árbitro a quien se le habría formalizado una denuncia penal por actos vinculados a su ejercicio como juzgador, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia cuya principal virtud fue abordar el tema, estableciendo las bases de la naturaleza del arbitraje y de los alcances de la intervención judicial.

Más allá de nuestro acuerdo o no con el sustento de su decisión, no podemos dejar de reconocer que se trataba de una cuestión necesaria y que el Tribunal Constitucional debía asumir el rol que le corresponde como “supremo intérprete de la Constitución”, así como de las normas de menor jerarquía que no pueden contrariarla, dotándolas de contenido en su aplicación con relación a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben de estar presentes¹⁴. Así se pronunció en el expediente 6167-2005-PCH/TC, planteando los límites entre lo que denominó la “jurisdicción arbitral” y la

¹¹ Este es el caso del proceso penal seguido ante la formalización de una denuncia por parte del Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la supuesta comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, como consecuencia de una recusación planteada por la empresa Algamarc S.A. contra uno de los árbitros que conocía de un proceso arbitral en el que dicha compañía participaba en calidad de parte, y que fue declarada infundada por el Tribunal que conoció de dicho incidente en el proceso arbitral.

¹² Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de agosto de 2005.

¹³ El árbitro Fernando Cantuarias dio inicio a un proceso de *habeas corpus*, alegando la amenaza de violación a su derecho a la libertad individual, al haberse formalizado denuncia por el fiscal provincial por hechos vinculados al incidente de recusación resuelto por un Tribunal Arbitral que conoció del proceso seguido entre las empresas Compañía de Exploraciones Algamarc S.A y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. Este proceso dio lugar a la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 6167-2005-PCH/TC, y que será materia de análisis en este ensayo.

¹⁴ Así se pronunció el propio Tribunal Constitucional, respecto de su función de “supremo intérprete de la Constitución”, en el literal a) del Fundamento Jurídico 1 de la sentencia del 07 de noviembre de 2002, recaída en el expediente 2409-2002-AA/TC:

“A diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución. Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal”.

jurisdicción judicial. Los alcances de esta decisión serán precisamente parte de nuestro ensayo.

II. LÍMITES A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES, DE ACUERDO A LO PREVISTO POR NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. ¿El carácter jurisdiccional del arbitraje?

Sobre el particular, consideramos imprescindible señalar que, en términos generales, no somos propensos a tratar de encontrar la “naturaleza jurídica” de las cosas, pues caemos en el riesgo de inmiscuirnos en una discusión puramente teórica y sin mayor implicancia en la práctica; firmemente, compartimos la perspectiva del maestro BARBOSA MOREIRA cuando señala que “Desde que se esté persuadido (...) de la necesidad de asegurar a los titulares protección jurisdiccional eficaz, no importa saber a qué título se les otorga esta protección”¹⁵.

Así, regularmente la discusión de si el arbitraje es un contrato, un proceso, o una jurisdicción, resulta, en nuestra opinión, una discusión poco trascendente en la medida que, más allá de la “etiqueta” que se le ponga, constituye un mecanismo de solución de controversias que, atendiendo a la trascendencia social del rol que cumple en la sociedad, debe ser sujeto de tutela y protección por el Estado y, por ende, por el ordenamiento jurídico.

No obstante, debemos admitir que el Tribunal Constitucional ha otorgado a esta disquisición, que parecería netamente teórica, una particular trascendencia, pues de ella ha derivado efectos prácticos muy concretos.

Así, pronunciándose sobre la naturaleza y características del arbitraje, el Tribunal Constitucional¹⁶, toman-

do como presupuesto lo previsto en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional, que dispone “(...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar (...)”, llega a las siguientes conclusiones:

- Que el término de función jurisdiccional ha sido reservado a los órganos estatales (entiéndase órganos del Poder Judicial) encargados de impartir justicia, en el entendido de que dirimir conflictos interindividuales mediante la aplicación de las normas jurídicas constituye un fin primario del Estado.
- Que, no obstante lo mencionado en el punto precedente, la propia Constitución Política del Estado ha atribuido al arbitraje, de manera excepcional, el carácter de jurisdicción, con lo cual el justiciable no sólo tiene la posibilidad de recurrir a la justicia estatal, sino también a la justicia privada (representada precisamente por el arbitraje) para la solución de sus conflictos e incertidumbres con relevancia jurídica.
- Que, la consagración de fueros especiales como el militar, el constitucional o el de las comunidades campesinas y nativas¹⁷ no vulnera el “principio de igualdad ante la ley” previsto en el artículo 2 de la Constitución¹⁸.

Hasta aquí, la razón para considerar que el arbitraje es efectivamente una función jurisdiccional pareciera que no guarda relación alguna con la “naturaleza” de la institución, sino con una cuestión más bien normativa según la cual el arbitraje es función jurisdiccional porque así lo dice la Constitución¹⁹, con lo cual, al menos en un primer

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Temas de Direito Processual”. Sao Paulo: Editorial Saraiva. pp. 113-114.

¹⁶ Textualmente, aun cuando en este extremo sin la calidad de fundamento jurídico vinculante, la resolución del Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “5. Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada (...)”

6. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado”. Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

a. Conflicto entre las partes.
b. Interés social en la composición del conflicto.
c. Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
d. Aplicación de la ley o integración del derecho.

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia (...)”.

¹⁷ Contemplado en los artículos 139, inciso 1, 202 y 149 de la Constitución Política del Estado. “2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (...)”.

¹⁸ Que prescribe: “Artículo 2 de la Constitución: Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (...)”.

¹⁹ No compartimos la posición de SANTISTEVAN DE NORIEGA, cuando señala: “En nuestro parecer, como hemos señalado anteriormente, basta que esté escrito en la Constitución el reconocimiento de la jurisdicción arbitral para que se derive de allí una interpretación de carácter vinculante y de naturaleza normativa, como la realizada por el TC, que por añadidura, resulta admisible”. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. Lima: editorial Grijley. Lima. 2006. p. 40.

momento, pareciera que la motivación en esta afirmación resulta por lo menos aparente²⁰, pues deja de lado un tópico jurídico esencial²¹: que “las cosas son lo que son y no como se les llama”.

Por otro lado, al referirse a la consagración de fueros especiales, todo daba la impresión de que se trataba del antecedente para sustentar por qué no vulneraba el principio de unidad o exclusividad de la función jurisdiccional²², sin embargo, terminó refiriéndose a la no afectación al principio de igualdad ante la ley. A nuestro entender, no quedó muy clara la conexión lógica entre las premisas y la conclusión en este extremo de la motivación de la resolución del Tribunal.

Sin perjuicio de lo expuesto, veamos si la actividad de solución de conflictos o esclarecimiento de incertidumbres realizada por los árbitros debe ser considerada función jurisdiccional.

Al centrar la función jurisdiccional atribuida al arbitraje en el texto de nuestra Carta Política del Estado, entendemos que el Tribunal Constitucional se habría alineado al sector de la doctrina que rescata como origen de la función jurisdiccional al concepto de “soberanía” que institucionaliza el poder del Estado y que implica una relación política de obediencia y autoridad. En este fenómeno se distinguen dos (2) aspectos: i) un poder constituyente –también llamado originario– que no pertenece a ninguna persona en particular, sino que recae en “el pueblo” y se encarna en las normas (Constitución); y, ii) los poderes constituidos que corresponden a quienes, por mandato de la norma, ejercen el poder constituyente, a cuyo ejercicio se le denomina potestades.

Siendo la función jurisdiccional una manifestación del poder constituido (en tanto deriva de un mandato de la norma fundamental), resulta

pertinente precisar qué es lo que define el ejercicio de esta potestad, es decir, qué aspectos son consustanciales a ella. Así, en palabras de MONTERO AROCA, “la potestad supone una derivación de la soberanía que atribuya a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo de ser necesario al uso de la fuerza”²³.

Ahora bien, refiriéndose a la potestad jurisdiccional, el mismo autor señala: “(...) la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”²⁴.

Por lo expuesto, podemos concluir que constituyen elementos característicos de la función jurisdiccional: i) que proviene del Estado, en tanto constituye la manifestación de una potestad; ii) que sólo está a cargo de jueces y magistrados; iii) que implica la emisión de una decisión definitiva, es decir, última e irrevisable; y, iv) que pueda ser ejecutada, lo que implicaría incluso el uso de la fuerza, si ello fuese necesario, ante la renuncia del obligado al cumplimiento del mandato.

Si contrastamos los requisitos antes descritos con la actividad arbitral, resulta claro que el arbitraje, siendo un mecanismo de solución de controversias esencialmente privado, en el que la aptitud de “mando” para resolver un conflicto no proviene del Estado, sino de la decisión y voluntad de las partes y en el que sus decisiones pueden ser materia de impugnación ante el Poder Judicial –vía recurso de apelación o de anulación–, careciendo además del *ius imperium* que le permite la ejecución forzada

²⁰ Se entiende que adolecen de motivación aparente “(E)l grupo de decisiones que corresponden con esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación, descubriremos que en verdad no tienen fundamento”. FERNÁNDEZ, Raúl. “Los errores in cogitando”. En: La Naturaleza del Razonamiento Judicial. Córdoba: Alveroni. 1993. p. 117.

²¹ El profesor VIEHWEG define a la función de los tópicos jurídicos: “La función de los tópicos, tanto generales como especiales, consiste en servir a una discusión de problemas. Se sigue de ello que su importancia ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático. Cuando se producen cambios de situaciones en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver los problemas. Su ordenación respecto de este es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento”. VIEHWEG, Theodor. “Tópica y Jurisprudencia”. Madrid: Taurus. 1986. p. 61.

²² Consagrado en el Artículo 139 de la nuestra Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (...)”.

²³ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional”. Tomo I. Parte General. Barcelona: BOSCH. 1991. p. 34.

²⁴ Ibid. p. 35.

de sus decisiones, no puede ser considerado como jurisdicción^{25 26}.

Afirmar que el arbitraje es jurisdiccional por el simple hecho de que la norma constitucional así lo establece, nos parece poco sólido. Cuando estemos frente a una norma esencialmente técnica, el uso de las instituciones también debe serlo. En todo caso, consideramos que tampoco era necesario forzar la figura del arbitraje al de la función jurisdiccional, con características propias que le son esenciales, para darle la protección que le corresponde como mecanismo de solución de conflictos cuya trascendencia social y pública debe ser materia de tutela por el Estado, más allá de su origen privado.

Por lo indicado, no compartimos la interpretación del Tribunal Constitucional a partir de la cual ha sentado las bases de los principios de independencia y no interferencia del Poder Judicial en los arbitrajes en la atribución de un carácter jurisdiccional del que, en nuestra opinión –y más allá del texto Constitucional–, carece.

2. ¿Carácter complementario del arbitraje respecto del Poder Judicial?

Inicialmente, debemos dejar sentada nuestra posición en el sentido de que no resulta trascendente ni mucho menos necesario determinar cuál es la “naturaleza jurídica” del arbitraje para atribuirle la protección que le corresponde como mecanismo alternativo y privado de solución de controversias, pero que realiza una función trascendente para la convivencia social que requiere de

protección por el Estado, brindándole independencia y autonomía dentro de los parámetros que corresponden a un Estado de Derecho.

En efecto, no era –en nuestra posición– imprescindible forzar la figura del arbitraje en el corsé de la función jurisdiccional para atribuirle independencia y autonomía frente a la jurisdicción propiamente dicha o judicial, más aún si tenemos en cuenta que el rol del Estado respecto de los mecanismos que permiten a los justiciables el acceso a la justicia –sean públicos o privados, autocompositivos o heterocompositivos–, ha variado, considerándose no sólo que le corresponde permitir la coexistencia de formas alternativas de resolución de conflictos, sino que, además, le corresponde propiciarlos, promoverlos y brindarles protección y autonomía²⁷.

Sin embargo, lo que sí consideramos imprescindible es que el Tribunal Constitucional determine cuál es el límite de la relación que debe existir entre la actividad judicial y la arbitral, precisamente para velar por el cumplimiento de los fines que persigue²⁸.

Al respecto, es relevante señalar que el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante al señalar, con calidad de fundamento vinculante, lo siguiente:

“8. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesto a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución

²⁵ MONTERO AROCA, refiriéndose a los órganos a los que la Constitución atribuye potestad jurisdiccional, señala: “Se encuentra así en la Constitución referencia a varios órganos jurisdiccionales: Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Tribunales Militares, Tribunal Superior de Justicia. Todos ellos son soporte orgánico del poder judicial, estando constitucionalizadas las garantías de las personas que los integran; todos ellos tienen potestad jurisdiccional, no estando sometidos a otra potestad (por lo menos en el ejercicio de la suya)”. Ibid. p. 39.

²⁶ De la misma opinión es MATHEUS LÓPEZ cuando afirma que: “(...) se postula el carácter jurisdiccional del arbitraje sobre la base de la supuesta presencia en este de algunos requisitos de la jurisdicción, olvidando que los principales son la cosa juzgada y la ejecutoriedad, último de los cuales no existe en el arbitraje; asimismo, obvia la ausente proyección orgánica del arbitraje, la cual es consustancial a toda jurisdicción especial”. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Una relación compleja. Jurisprudencia constitucional y arbitraje”. En: Legal Express 63. Año 6. Marzo de 2006. p. 4.

²⁷ En efecto, dentro de una posición contemporánea, corresponde al Estado velar por la existencia de mecanismos que permitan al justiciable tener “acceso a la justicia” a través de las distintas vías que le permitan obtener tutela, con prescindencia de su origen estatal o privado. Así, por ejemplo, en el Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, elaborado por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS, se prevé un módulo referido al Acceso a la Justicia que contempla como objetivo estratégico: “Crear condiciones que permitan un adecuado y universal acceso a los servicios de justicia para todas las personas, a través del fortalecimiento de los servicios de defensa pública, los medios alternativos de resolución de conflictos, la superación de las diversas barreras geográficas, culturales y económicas y la potencialización de la justicia de paz como justicia básica” (el subrayado es nuestro). Plan Nacional de CERIAJUS. p. 87.

²⁸ “(...) sí existen varios peligros que rodean al arbitraje y que pueden producir su ineficacia. Entre ellos, tal vez el más conocido, aunque no el más estudiado en sede nacional, es el de los diferentes niveles de vinculación que pueden existir, y de los que se puede abusar entre el arbitraje y el proceso judicial. Nos referimos a los diversos puntos de contacto donde uno necesita del otro –el arbitraje del poder coactivo del juez–, o cuando uno retarda la eficacia o ejecución del otro –el proceso judicial retarda la ejecución de un proceso o de un laudo arbitral–”. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier. “La Reforma del Sistema de Justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y retos pendientes”. Lima: Instituto Peruano de Economía Social de Mercado/Fundación Konrad Adenauer. 2006. p. 151.

de conflictos patrimoniales de libre disposición sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional”.

Del texto transcrito se desprende claramente lo siguiente: i) que la denominada, por el Tribunal Constitucional, “jurisdicción arbitral”, no desplaza ni sustituye al Poder Judicial; ii) que la “jurisdicción arbitral” complementa la actividad del Poder Judicial; y, iii) que la “jurisdicción arbitral” constituye una necesidad para la solución de conflictos patrimoniales.

Siendo el arbitraje un mecanismo de solución de conflictos de naturaleza esencialmente privada, cuyo origen es precisamente la voluntad de las partes²⁹ (en la medida que son ellas quienes libremente deciden conferir a los árbitros designados el poder de resolver sus conflictos³⁰, renunciado al mecanismo que provee el Estado), es claro que sólo puede conocer respecto de materias disponibles, en relación con las cuales es posible un pacto válido (tal es el caso de las pretensiones con contenido patrimonial); no obstante, el arbitraje no constituye una “necesidad”, sino el medio o instrumento para satisfacer una necesidad de tutela que consiste en la solución de conflictos de intereses a través de un mecanismo diseñado por las partes de acuerdo a sus requerimientos de una solución pronta y eficaz.

Ahora bien, en relación al carácter complementario de la “jurisdicción arbitral” respecto de la jurisdicción judicial, consideramos que tal afirmación no es exacta: ambos son mecanismos de solución de controversias, la vía arbitral es alter-

nativa a la judicial. Sin embargo, dadas las naturales falencias del arbitraje –en función a su carácter de institución privada–, es imprescindible una interacción entre ambos mecanismos en la que la jurisdicción propiamente dicha (judicial) tiene la función de coadyuvar con el arbitraje, a fin de que éste pueda cumplir cabalmente con su función de solución de los conflictos que se someten a su conocimiento, velando de esta forma por la convivencia en sociedad.

2.1 Formas de interacción que deben existir entre el Poder Judicial y el arbitraje

Al respecto, y tal como hemos señalado en anteriores publicaciones³¹, en nuestra opinión el Poder Judicial debe cumplir, en relación con la eficacia de un proceso arbitral, los siguientes roles:

a. Subsidiario.- En aquellos casos en los que los árbitros no están en aptitud –legal o material– de decidir o ejecutar determinados actos, siendo imprescindible llenar este vacío en sus potestades a través del auxilio judicial³². Es decir, sólo en caso de que la jurisdicción arbitral no esté aptitud de realizar determinados autos, interviene el Poder Judicial.

Este es el caso, como ya lo hemos mencionado, de la negativa a formalizar el arbitraje pese a existir un convenio arbitral, según el cual es necesaria la realización de alguna actividad de las partes –como el nombramiento de alguno de los árbitros, por ejemplo–, para que el Tribunal Arbitral se conforme y se dé inicio al proceso. En este caso será necesario recurrir al Poder Judicial³³ a fin de que éste supla la

²⁹ Discrepamos abiertamente de lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando menciona que: “La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º Inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite en el artículo 139º de la Constitución”. En efecto, la voluntad de las partes constituye la esencia del arbitraje y es ella precisamente la que atribuye a los árbitros la potestad de resolver sus conflictos de manera obligatoria. Sin voluntad de las partes, no existiría un arbitraje válido más allá de la consagración constitucional de este mecanismo de solución de conflictos, como una “jurisdicción” especial.

LOHMANN LUCA DE TENA, comentando este extremo de la decisión del Tribunal Constitucional, señala respecto de tal afirmación que está: “(...) confundiendo así el origen de la facultad, que sin duda descansa en las partes (salvo algunas excepciones), con la tutela que el Estado le reconoce, y que por cierto puede limitar”. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Sentencia Constitucional sobre arbitraje: Lúcida, pero...”. En: Legal Express 63. Año 6. Marzo 2006.

³⁰ A esta aptitud por la cual las partes eligen a su o sus árbitros, y son ellas quienes les confieren el poder para solucionar su conflicto, se le conoce como “principio de oportunidad”. Al respecto, CHOCHÓN GIRÁLDEZ señala: “El principio de oportunidad hace alusión precisamente a esa disposición de sus intereses que tienen las partes enfrentadas a una controversia, de solucionar sus conflictos vía arbitral”. CHOCHÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “Los Principios Procesales en el Arbitraje”. Barcelona: BOSCH. 1998. p. 20.

³¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre la necesaria relación entre el Arbitraje y el Proceso Judicial”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 82. Año 2. Julio de 2005. pp. 191-204.

³² CHOCHÓN GIRÁLDEZ define en estos términos el carácter subsidiario de la intervención judicial: “Se da en aquellos casos en los que la relación se produce como consecuencia del desacuerdo de las partes sobre un concreto aspecto del arbitraje o cuando los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos”. CHOCHÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación. Op. Cit. p. 197.

³³ Así lo prevé, en materia de arbitraje nacional, el artículo 21 de la LGA:

“Artículo 21º.- Libertad de procedimiento de nombramiento.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de él o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez (...)”.

voluntad de la parte renuente a cumplir con lo pactado y proceda a designar el árbitro³⁴.

De igual manera, el Poder Judicial debe asumir un rol subsidiario en la adopción de medidas cautelares previas al arbitraje, es decir, cuando aún no existe un Tribunal Arbitral instalado y, en consecuencia, un órgano privado que, conforme a lo pactado, esté en aptitud de adoptar y ejecutar esta decisión³⁵.

- b. Complementaria.- Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial³⁶. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Órgano Jurisdiccional, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.

Así, tenemos todos los casos en los que la ejecución de actos procesales arbitrales requieran de actividad coactiva, respecto de la cual el Estado –como manifestación de su *ius imperium*– tiene exclusividad absoluta³⁷. Este sería el caso de la actuación de determinados medios probatorios en los que se requiere hacer efectivo un apercibimiento que implique el uso de potestades de ejecución de las que carecen los árbitros³⁸, como, por ejemplo, conducir a un testigo por la fuerza pública ante su reticencia al mandato arbitral. Asimismo, operaría para la ejecución de medidas cautelares³⁹ cuando impliquen el uso de la fuerza como, por ejemplo, llevar a cabo un secuestro, embargo, etcétera⁴⁰. Finalmente, la ejecución del propio laudo arbitral⁴¹, supuesto en el que se presentan los casos más frecuentes de un uso indebido del procedimiento judicial de ejecución, como hemos indicado en el punto I del presente artículo⁴².

³⁴ Refiriéndose a este tema, CAIVANO señala: “El juez, a quien se somete la designación del árbitro tiene una serie de atribuciones, pero también ciertas limitaciones. Como paso previo, es requisito de la competencia judicial para nombrar árbitros, que exista obligación de someterse a arbitraje; es decir, que haya un convenio arbitral cuya ejecución se pretende (...). Pero además, es preciso que haya un desacuerdo entre las partes sobre el nombramiento mismo, que puede ser expreso o tácito, el que se presume cuando una de las partes no haya prestado colaboración alguna o directamente se resista a que el árbitro sea nombrado”. CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”. Lima: APENAC. 1998. p. 278.

³⁵ Es de indicar que, para el caso de los arbitrajes nacionales, nuestra LGA ha previsto en el artículo 79 la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la vía judicial, de manera previa al inicio del proceso arbitral, especificando que ello no implica renuncia alguna al pacto arbitral.

“Artículo 79º.- Medida cautelar en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él (...).”

³⁶ “Se produce en los supuestos en los que la intervención de la jurisdicción es requisito *sine qua non* para conseguir un determinado resultado: ahora bien, la intervención se produce no ya sobre el procedimiento arbitral sino sobre el propio laudo. Nos estamos refiriendo a dos casos específicos: la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo”. CHOCRÓN GIRÁLDEZ. Op. Cit. p. 199.

Cabe indicar que discrepamos con la posición de CHOCRÓN GIRÁLDEZ al limitar la intervención complementaria a los supuestos allí indicados, en tanto deja fuera otros actos procesales donde consideramos que también es necesaria este tipo de intervención del Poder Judicial.

³⁷ En esta línea, PERLINGIERI, señala “que se confía a los árbitros el ejercicio efectivo de actos parciales de jurisdicción”, es decir, “de realizar actos de soberanía”, solamente “la pretensión de ejecución forzada no puede ser sustraída del control del Estado”. PERLINGIERI, Pietro. “Arbitrato e Costituzione. Edizioni Scientifiche Italiane”. Nápoles. 2002. p. 33 (traducción libre).

³⁸ El artículo 40 de la LGA, señala al respecto lo siguiente:

“Artículo 40.- Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas.- El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas (...).”

³⁹ Así, el artículo 81 de la LGA regula la intervención judicial para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en arbitrajes nacionales en los siguientes términos:

“Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral.- (...) Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna”.

⁴⁰ Es pertinente dejar claramente establecido que no toda ejecución de una medida cautelar se encuentra vedada en la vía arbitral pues sería perfectamente válido que, por ejemplo, se cursen partes a Registros Públicos para anotar una demanda arbitral, entre otros supuestos, en los que no se requiere propiamente el uso de la fuerza.

⁴¹ El artículo 83 de la LGA regula la ejecución de los laudos en los siguientes términos:

“Artículo 83º.- Ejecución de laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes o quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio”.

⁴² Al respecto, cabe precisar que nuestro ordenamiento ha previsto incluso la posibilidad de que las partes otorguen a los árbitros facultades de ejecución (Artículo 83 de la LGA). No obstante, debemos recordar que ello no obsta a que la intervención judicial sea necesaria cuando resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado, como sería el caso de la ejecución forzada.

“Artículo 83.- Ejecución de Laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio” (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, conviene reiterar que el rol de la intervención judicial en estos casos no es la emisión de una sentencia ni la revisión de la actividad realizada en el proceso arbitral, sino simplemente de brindar un complemento que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen, en tanto ha sido reservada al Estado⁴³.

- c. Revisora. - Esta intervención implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez, por parte de la autoridad judicial. Como sabemos, este rol del Poder Judicial, junto con el de ejecución, son los más usados y, de alguna manera también, aquellos que han suscitado situaciones de abuso, motivando el entorpecimiento de la eficacia de los mandatos arbitrales.

Por lo indicado, es de suma importancia precisar sus alcances. Así, tenemos que los mecanismos de acceso de los justiciables al Poder Judicial, vía revisión, son dos. El primero de ellos es el recurso de apelación –cuando así haya sido pactado por las partes–⁴⁴. Este medio impugnatorio no es una institución propia del proceso arbitral en el que opera la lógica de la irrecurribilidad de las decisiones, sino que se trata de un mecanismo excepcional e “importado” del proceso judicial cuya finalidad es obtener una nueva revisión de todo lo actuado, convirtiéndose el Poder Judicial en una segunda instancia. Por su parte, el segundo mecanismo es el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo, los mismos que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva⁴⁵ y que, a diferencia de lo que ocurre en materia del recurso de apelación, tiene el carácter de irrenunciable⁴⁶. Es pertinente indicar que –contrariamente a lo que viene ocurriendo– en

ningún caso la revisión que se realice por esta vía debe implicar un análisis del contenido del laudo, es decir, el recurso de anulación no conlleva la posibilidad de emitir una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral⁴⁷; en estricto, la revisión no versará sobre el fondo de lo resuelto, sino que se limitará a verificar la validez formal y del procedimiento en el que el laudo ha sido dictado.

Ahora bien, el sustento de este rol revisor por parte del Poder Judicial es recuperar para sí la función de garantizar la vigencia del derecho fundamental a un debido proceso arbitral, tema al que, como veremos más adelante, se le ha atribuido una connotación particular a propósito del pronunciamiento emitido por nuestro Tribunal Constitucional.

3. El proceso arbitral, el debido proceso y el orden público constitucional

- 3.1. Otra consecuencia que extrae el Tribunal Constitucional del carácter jurisdiccional atribuido al arbitraje es que en él los árbitros se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales, entre ellos, todas aquellas garantías, componentes del derecho al debido proceso, que forman parte de lo que denomina “orden público constitucional” y que tendrían –entre otras– las siguientes manifestaciones: i) el respeto a la supremacía de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ii) la sujeción de los árbitros a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y, iii) la aplicación de los principios de autonomía y no interferencia previstos en el artículo 139 de la Constitución

Al respecto, manifestamos respetuosamente nuestra discrepancia con el razonamiento del

⁴³ Ver: CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”. Buenos Aires: AD-HOC. 2000. p. 241.

⁴⁴ “Artículo 60.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de la partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación” (El subrayado es nuestro).

⁴⁵ La LGA señala al respecto lo siguiente: “Artículo 61.- Recurso de Anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

⁴⁶ “(...) hemos dicho que el recurso de anulación se fundamenta en el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva; de esta manera, al hablar de renuncia al recurso de anulación de laudos arbitrales, estaríamos planteando la renuncia a un derecho (o al ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente protegido (...))”. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. Op. Cit. p. 64.

⁴⁷ MORALES MOLINA, refiriéndose a los alcances del recurso de anulación, señala: “Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672 (refiriéndose a la legislación colombiana), aunque la primera dependa del acto compromisorio”. MORALES MOLINA, Hernando, citado por BENETTI SALGAR, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Bogotá: Temis. 2001. p. 214.

Tribunal Constitucional en el sentido que el deber de respetar el debido proceso como derecho fundamental es una consecuencia de la consagración del arbitraje como jurisdicción dentro de la Carta Política del Estado.

El derecho a un debido proceso, entendido tanto en su faz procesal —esto es, como conjunto garantías que rigen la actividad de los órganos encargados de resolver conflictos de intereses—, como en su faz sustantiva —que implica el derecho a que la decisión que se emita sea objetivamente justa, dentro de los límites provistos por el Estado de Derecho y los derechos fundamentales—⁴⁸, constituye en sí mismo un derecho fundamental.

Tal afirmación implica que es inherente a la naturaleza misma del ser humano o del sujeto de derecho en general, en tanto asegura su dignidad⁴⁹ y desenvolvimiento dentro de una sociedad. Por ello, los derechos fundamentales existen más allá de su consagración en el texto legal o constitucional⁵⁰. Específicamente, tratándose del derecho al debido proceso, éste garantiza a los justiciables el acceso a la justicia, entendido como valor fundamental de la vida en sociedad.

De este carácter fundamental del debido proceso se desprenden dos consecuencias: i) resulta de aplicación absoluta en cualquier proceso o procedimiento, sin distinción alguna (sea judicial, arbitral, militar, administrativo, etcétera). Como consecuencia de ello, ningún tercero que pretenda solucionar un conflicto, sea o no un órgano estatal, se encuentra exento de su cumplimiento; y, ii) en caso de afectación, el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto⁵¹.

En consecuencia, con prescindencia de la consagración normativa del arbitraje como “función

jurisdiccional”, es claro que cuando las partes se someten a la decisión de un Tribunal Arbitral —más allá de su naturaleza, sea de derecho o de conciencia—, ello no implica renuncia alguna a su derecho fundamental a un debido proceso, del que gozan simplemente por ser sujetos de derecho. Aceptar lo contrario implicaría afirmar que al arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, lo que resulta inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada.

Como señala OSTOS, “por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, presente a lo largo de toda la Ley de Arbitraje y cuyo máximo exponente se encuentra en el convenio arbitral, que libre y soberanamente acuerdan, está el derecho constitucional de éstas a la tutela judicial efectiva”⁵².

3.2. Habiendo señalado que, en nuestra opinión, el respeto al derecho fundamental del debido proceso en el arbitraje no depende de su consagración constitucional sino que es inherente a la dignidad misma del ser humano, veamos si ello implica, además, que los árbitros deban respetar la supremacía de la Constitución, encontrándose también sujetos a la jurisprudencia constitucional

En relación con los arbitrajes de derecho, no cabe duda alguna respecto de la necesaria vinculación que debe existir entre la decisión y su correspondencia con el ordenamiento jurídico, en el que sin duda se incluye la Constitución Política del Estado y las decisiones del Tribunal Constitucional; sin embargo, en la doctrina nacional existen serios reparos en considerar que éste deber también rige para los arbitrajes de conciencia⁵³.

En nuestra opinión, en un arbitraje de conciencia las partes confiaron a un tercero la solución de un conflicto, confiriéndole el poder de decidir y hacer

⁴⁸ Ver: LINARES, Juan Francisco. “Razonabilidad de las leyes. El Debido Proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”. Segunda edición. Buenos Aires: ASTREA. 1989. pp. 26 y 27.

⁴⁹ La Corte Constitucional de Colombia ha definido un derecho fundamental en función de “su íntima relación con la existencia y desenvolvimiento del ser humano en cuanto, poseyendo una dignidad humana que le es inherente, es menester proceder porque así se salvaguarda también dicho ser”. Sentencia T-116/93 del 29 de marzo de 1993 sobre demanda de tutela citada por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Jurisprudencia Constitución e Interpretación de Derechos Fundamentales”. En: Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Ensayos, jurisprudencia. Serie Lectura sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas 13. Lima. 1997. p. 56.

⁵⁰ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética o axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectando en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)”. Sentencia 1417-2005-AA/TC del 8 de julio del 2005 (caso Manuel Anicama Hernández).

⁵¹ Ver: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”. Lima: ARA Editores. 2001. p. 235.

⁵² OSTOS, Martín. “El Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral”. En: Comentario Breve a la Ley de Arbitraje. NAVARRETE LORCA (Coordinador). Bilbao. 1989. p. 75.

⁵³ Al respecto, en posición contraria, DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO expresa que: “Resulta particularmente complejo entender que en los arbitrajes de conciencia árbitros no abogados tengan que laudar siguiendo los preceptos del Tribunal Constitucional”. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. “Entre el amor y el desencanto. Breve mirada a la sentencia sobre arbitraje”. En: Legal Express 63. Año 6. Marzo 2006. p. 5.

valer sus decisiones en base a una relación de absoluta confianza y hasta de fe en sus calidades personales y profesionales, lo que les otorgó la garantía de que lo que se resuelva sería una decisión imparcial y justa.

En efecto, cuando las partes pactan un arbitraje de conciencia no liberan al árbitro del deber de respetar sus derechos fundamentales, entre ellos, a un debido proceso, con todos los elementos que lo configuran de acuerdo a la naturaleza propia del proceso arbitral⁵⁴.

Asimismo, si bien el árbitro podrá dejar de invocar normas del ordenamiento positivo en tanto resolverá esencialmente según sus conocimientos –leal saber y entender–, ello no obsta a que deba respetar los derechos fundamentales de las partes, así como las disposiciones imperativas que los contemplan⁵⁵. Aceptar lo contrario es admitir que cuando se pacta un arbitraje de conciencia se acuerda también mantenerse al margen del Estado de Derecho, lo que resulta claramente insostenible en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, y en la medida que la Constitución es la norma fundamental que contiene las bases esenciales –de principios valores– que regulan las conductas en nuestra sociedad, es claro que las disposiciones que contiene deben regir los actos de todos, incluyendo a los árbitros –con prescindencia de su profesión– y a las partes que intervienen en el conflicto que se somete a su decisión.

De igual manera, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene como función determinar los alcances de las disposiciones constitucionales y de la correcta interpretación de las normas en función a los derechos fundamentales que debe proteger, consideramos que resulta claro que todos los árbitros, sean de derecho o de conciencia, están vinculados por los pronunciamientos que éste emita en calidad de jurisprudencia vinculante.

3.3. Finalmente, el Tribunal Constitucional –en nuestra opinión– ha zanjado la discusión sobre la aplicación de los derechos que integran el debido proceso en los arbitrajes de derecho y de conciencia al haber previsto expresamente el principio de interdicción de la arbitrariedad

Textualmente, la sentencia materia de comentario señala que:

“18. El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales en el marco vinculante del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (...) Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devenida en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes”.

Con ello, consideramos que también ha dejado de tener sentido la discusión sobre el deber de motivación en los arbitrajes de conciencia. Siendo claro –en nuestra opinión– que éste forma parte del derecho fundamental a un debido proceso⁵⁶, las decisiones que se emitan en este tipo de procesos deberán encontrarse debidamente sustentadas, de modo que las partes puedan conocer el por qué de la decisión adoptada y del razonamiento que llevó a los árbitros a resolver de la forma en que lo hicieron⁵⁷.

4. La jurisdicción constitucional como mecanismo residual ante la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva

4.1. Finalmente, el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que la vulneración

⁵⁴ RIVAROLA REISZ sustenta una posición discrepante en los siguientes términos: “Consideramos que es un exceso hablar de tutela procesal efectiva, porque cuando las partes eligen el arbitraje lo hacen para renunciar a algunas garantías tradicionales para ganar en flexibilidad, celeridad, equidad y privacidad”. RIVAROLA REISZ, Domingo. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional: Los Dilemas de Constitucionalizar el Arbitraje”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. Lima: Grijley. 2006. p. 581. Sobre este punto, consideramos que, ciertamente, el debido proceso en materia arbitral es menos riguroso que en un proceso judicial; sin embargo, aún así existirán “garantías mínimas” respecto de las cuales no sería permitido un pacto en contrario o una renuncia.

⁵⁵ Ver: DE TRAZEGNIES, Fernando. “Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia”. En: Ius Et Veritas 12. Lima.

⁵⁶ Ver: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Sobre el deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia”. En: THEMIS-Revista de Derecho 43. pp. 53-68.

⁵⁷ En efecto, la vinculación entre la motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad es manifiesta. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: “La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurisdiccionalmente, de tal forma que la resolución aparece dictada sólo en base a la voluntad o capricho del que la tomó como un puro voluntarismo”. Sentencia 63/1998 del 11 de abril de 1998 emitida por el Tribunal Constitucional español, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 4 de mayo de 1988. Jurisprudencia Constitucional XX. p. 757 (el resaltado es nuestro).

del derecho fundamental a un debido proceso adjetivo (o procesal)⁵⁸ autoriza el inicio de un proceso constitucional para cuestionar la decisión recaída en un arbitraje

El supremo intérprete de la Constitución señaló:

“21. (...) a juicio de ese Colegiado, es un hecho incontrolable que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4 del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral”.

Ahora bien, definido que el mecanismo que corresponde ser utilizado frente a la vulneración al derecho fundamental a un debido proceso arbitral es el constitucional, el Tribunal ha precisado el momento en que esta vía puede ser utilizada válidamente, determinando que este control debe ser siempre posterior y residual, esto es, requiere de los siguientes actos, a los que ha calificado como vía previa:

- a. Si lo que se pretende cuestionar es la competencia del Tribunal, lo que corresponde de manera previa es formular la impugnación respectiva ante el mismo Tribunal, quien en aplicación del principio “*kompetenz-kompetenz*”⁵⁹, contenido en el artículo 39 de la LGA⁶⁰ está en

aptitud de conocer válidamente de los cuestionamientos que se formulen al respecto. Este principio se vincula directamente con el de no interferencia y autonomía de la denominada “función jurisdiccional arbitral”

Al respecto, el Tribunal señala: “(...) Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio (refiriéndose al *kompetenz-kompetenz*), a efecto de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza, civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”.

- b. Si formulado este cuestionamiento esta defensa de forma no fuese amparada, la parte que denunció el vicio en la competencia está en aptitud de plantear el recurso de apelación –si ello hubiese sido pactado expresamente– o de anulación ante el Poder Judicial

Al respecto, es pertinente indicar que si bien –en nuestra opinión– la LGA no ha previsto en el artículo 73 una causal que contemple adecuadamente la afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en la práctica, tanto abogados como jueces forzamos la figura para considerar contemplados estos supuestos en el inciso 2 del artículo 73⁶¹, referido a la afectación del derecho de defensa, que es uno de los que integra el debido proceso⁶².

⁵⁸ Entre los que se encuentran los derechos: i) a un juez imparcial; ii) a la defensa; iii) a la prueba; iv) a la impugnación; v) a la debida motivación; vi) al sometimiento al procedimiento preestablecido, entre otros.

⁵⁹ Desarrollando este principio, CANTUARIAS SALAVERRY y ARAMBURÚ YZAGA señalan que: “(...) la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros los que determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral que es autónomo al contrato principal sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia se la conoce comúnmente como *Kompetenz-Kompetenz* y se encuentra expresamente reconocida en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia arbitral (...). De esta manera los árbitros tienen competencia para: 1) Verificar la validez del convenio arbitral; y, 2) Verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o materias cuya resolución ha sido solicitada por las partes”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. “El Arbitraje en el Perú. Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras”. Lima: Fundación M.J. Bustamante De La Fuente. 1994. p. 226.

⁶⁰ “Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio (...).”

⁶¹ “Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: (...) 2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”.

⁶² En efecto, así se ha pronunciado la primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima en el expediente 1153-2005 sobre Anulación de Laudo Arbitral: “En efecto, tal como lo expresa la cita transcrita, la doctrina diferencia entre el derecho de defensa y los otros derechos que conforman el derecho complejo a un debido proceso. Así, por ejemplo, PICO I JUNOY diferencia, entre otras, a las siguientes garantías constitucionales del proceso: derecho de acceso a los tribunales, derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (...), derecho a la defensa (...). SEXTO.- La Sala, por consiguiente, realizaba una interpretación amplia de los términos “derecho de defensa” a fin de casi identificarlo con el derecho a un debido proceso. Tal interpretación, si bien no era la más técnica, nos permitía realizar el control de afectación al derecho constitucional a una resolución debidamente motivada.

SÉTIMO.- A la luz de la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional ya no es necesario recurrir a esa interpretación amplia del inciso 2º del artículo 73 del la Ley General de Arbitraje”.

Sin embargo, a partir de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional, es claro que la causal de afectación al debido proceso –con el conjunto de derechos que lo conforman, incorporando además la afectación a la Constitución así como a la jurisprudencia constitucional obligatoria– es pasible de cuestionamiento ante el Poder Judicial, vía recurso de anulación de laudo.

- c. Si el recurso de anulación fuese desestimado por el Poder Judicial, cabría recién la posibilidad de recurrir a la vía constitucional

El Tribunal dispuso: “12. (...) El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación de laudos previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas (...)”.

De este modo, desde la emisión de la sentencia materia de análisis, el mecanismo que se venía utilizando de manera recurrente (y que consistía en el inicio de un proceso judicial –sea civil, penal o constitucional– en el que se solicitaban medidas cautelares destinadas a suspender un proceso arbitral en trámite), resultan improcedentes de plano.

Esta posición vinculante del Tribunal tiene un efecto claramente positivo, en tanto cumple con definir claramente los límites en cuanto a la oportunidad de la intervención del Poder Judicial, evitando la interferencia en procesos arbitrales y generando predictibilidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de reconocer que existen casos de violaciones flagrantes al debido proceso en los que la realización de un control posterior determina la irreparabilidad de los daños sufridos, con lo cual el inicio de un proceso carece de toda eficacia práctica. Ello determinaría, en la mayoría de los casos, dejar abierta –por ejemplo– la posibilidad de una pretensión indemnizatoria a través de un proceso de responsabilidad civil, si fuera el caso.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Habiendo dejado claramente establecido que la eficacia del arbitraje requiere del Poder Judicial,

resulta imprescindible que se establezca una relación armónica entre ambos mecanismos de solución de conflictos, de manera que recíprocamente respeten sus ámbitos de actuación sin interferencia, pero sí con interacción, pues de ello depende que se garantice el derecho de acceso a la justicia de los justiciables –más allá de la naturaleza del mecanismo que se utilice para estos efectos, sea público o privado– y se logren objetivos superiores y trascendentes para la vida en sociedad, los cuales el Estado debe proteger.

Compartimos firmemente lo señalado por CAIVANO en el sentido que: “El arbitraje debe convivir con la justicia. Para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecer una relación de cooperación entre ambos sistemas. Así como los árbitros deberán comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público, será necesario que los jueces compartan la filosofía y los objetivos del arbitraje como sistema que “coopera en la resolución de conflictos, prestando su auxilio cuando deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia”⁶³.

En esa línea y, sin perjuicio de nuestra discrepancia con el sustento otorgado por nuestro Tribunal Constitucional a la función arbitral, consideramos que se ha dado un “paso adelante”, se “ha puesto orden”, uniformizando criterios y estableciendo pautas claras y obligatorias que deben ser respetadas por todos, partes, árbitros y jueces, definiendo el contenido y la oportunidad de la intervención judicial cuando lo que se pretende es cuestionar la actividad arbitral que determinó la emisión de una decisión indebidamente agravante a alguna de las partes.

Por ello, consideramos que es imprescindible sentar las bases para crear una cultura arbitral, generando las condiciones que permitan su conocimiento y el fortalecimiento de la confiabilidad en el arbitraje.

El arbitraje no debe ser, pues, como señala el maestro MORELLO, “un modelo que opere a medias ni que ha de estar expuesto a la ortopedia que le suministran los magistrados. En lo suyo son jueces plenos, se les reconoce mayor libertad y espontaneidad aunque siempre subordinados a las exigencias –constitucionales– del proceso justo”⁶⁴.

⁶³ CAIVANO, Roque J. “El Arbitraje”. Op. Cit. p. 35.

⁶⁴ MORELLO, Augusto M. “Contribución a la Reforma del Juicio Arbitral”. En: Avances Procesales. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2003. p. 595.

¿CÓMO MAXIMIZAR EL IMPACTO DEL INFORME ORAL?

Shoschana Zusman T.*

Una de las habilidades más importantes que debe poseer un abogado es saber transmitir con claridad sus ideas. Sin duda alguna, el ser un buen comunicador representa una cualidad que marca la diferencia en el quehacer jurídico, sobre todo, cuando de lo que se trata es de convencer al encargado de dirimir una controversia (un juez o un árbitro) de que el cliente que uno representa tiene la razón. Lo anterior, incluso, cobra mayor relevancia en el informe oral, si se tiene en cuenta que el contacto con el juez o el árbitro es directo, que se goza de un tiempo limitado, y que, por ende, no hay mayor oportunidad de reformular los argumentos que se esgrimen.

Tomando como punto de partida que el informe oral es un momento decisivo en el proceso arbitral y que, por tanto, el saber argumentar es clave, la autora pone énfasis en las técnicas que deben dominar los abogados cuando informan oralmente ante un Tribunal Arbitral. Así, el presente artículo se vuelve de lectura obligatoria para todos aquellos abogados que acostumbran litigar.

* Abogada. Profesora de Destrezas Legales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Los entusiastas miembros de THEMIS me han propuesto tratar el arbitraje, no desde el punto de vista de su problemática jurídica –en la cual, dicho sea de paso, no soy especialista–, sino desde la óptica de las habilidades que se requieren para desempeñarse como árbitro o como abogado en un proceso arbitral.

Imagino que la propuesta viene de quienes, en el curso Destreza Legal (en realidad, Destreza Profesional), han tomado conciencia de la importancia de la formación vocacional y de la necesidad de divulgar las técnicas de lo que puede llamarse “profesionalismo”, que se traduce en aspectos tales como el buen trato al cliente, la adecuada comunicación verbal y escrita, la capacidad de trabajar en equipo, la ética profesional, el manejo del tiempo y otras más. Destreza Legal es –brevemente– un taller que dicto hace ya algunos semestres en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, compartiendo el *coaching* –ya que no es un curso dictado– con Huáscar Ezcurra, Domingo Rivarola, Pierina Polarollo y Roberto Ángeles, este último, director de teatro. Se apunta en el curso a que el alumno desarrolle habilidades en razonamiento jurídico, redacción, investigación, expresión oral y entrevistas, que, aunque son fundamentales en el ejercicio profesional, normalmente no se ofrecen o se ofrecen sólo parcialmente en nuestras Facultades de Derecho.

Y –se preguntará el lector– ¿qué hace un director de teatro dictando en una Facultad de Derecho? Pues trabajando en comunicación oral, donde los alumnos son ejercitados en la sustentación de informes orales ante cortes judiciales o arbitrales simuladas. Para ello, cada uno debe simular ser abogado y sustentar un informe oral sobre un caso que ha trabajado durante todo el semestre. Cada exposición –que es relativamente corta– es luego evaluada por todos –profesores¹, alumnos y director– en aspectos tales como claridad, tono, volumen, velocidad y prontitud, expresión corporal, capacidad de persuasión, “verdad” y calidad de la argumentación. Y los resultados son sorprendentes, porque después del primer ejercicio, los discursos mejoran notablemente en términos de estructura, claridad, cuidado del lenguaje, tono, volumen, velocidad, prontitud, postura

e, incluso, seguridad personal (menos timidez, corrección de cierta tartamudez), evidenciándose que cada alumno ha asimilado totalmente la evaluación crítica de su ejercicio anterior. Esos resultados son alentadores y, en mi opinión, deben llevar a reorientar las facultades de Derecho hacia una formación más vocacional que intelectual, lo que implica modificar no sólo el contenido de la estructura curricular, sino la metodología de enseñanza.

Pero el curso no es el tema de este artículo. He sido convocada a escribir sobre el arbitraje desde la perspectiva de la destreza profesional y eso es lo que me propongo hacer. Y para ello, trataré del informe oral que, debido al impacto de la comunicación oral en los oyentes (en este caso los árbitros) es un momento decisivo del proceso, que muchas veces los abogados no saben aprovechar.

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL INFORME ORAL?

Porque esa es la única oportunidad del abogado de persuadir “cara a cara” a los árbitros de la razonabilidad de su posición y de los principios que la sustentan (buena fe, principios de Derecho, sentido común, etcétera), y porque ese es también el momento en el que se inicia el proceso de decisión. Un juez norteamericano² comentaba en ese sentido que la audiencia de informes orales es una suerte de conferencia preliminar previa a la decisión, donde las partes creen que el tribunal está informándose del caso, pero lo que no saben, es que, además, está comenzando a decidir. Y eso porque los árbitros tendrán que laudar muy pronto y, por ello, necesitan clarificar sus ideas –que no necesariamente coinciden– lo más rápidamente posible. Escuchando el informe oral, los árbitros pueden llegar a captar la esencia del problema –la “yugular” del caso, según los anglosajones³– de una manera mucho más dinámica que leyendo los documentos, lo que los ayudará enormemente en el proceso de decisión. Se considera, por eso, que la verdadera diferencia entre el informe oral y un escrito, trátase de la demanda, de la contestación o de los alegatos, es la misma que existe entre el avance de una película y la película misma: “el avance (el informe oral) consiste, únicamente, en algunas escenas de la película, aunque elegidas por su carácter dra-

¹ Algunos colegas han colaborado gentilmente en constituirse en un “tribunal” en las disertaciones finales. Agradezco por eso a Jorge Avendaño, Verónica Ferrero, Baldo Kresalja, Mario Pasco, Felipe Osterling, Carlos Cárdenas, Fernando de Trazegnies, Juan Luis Avendaño, Elvira Méndez, Alfredo Bullard, José Antonio Payet, Juan José Cauvi y Carlos Patrón, por haber dedicado parte de su valioso tiempo a evaluar a los “abogados” y por darles valiosísimas sugerencias profesionales que, de seguro, siempre recordarán.

² WHITE, Justice. En: SHAPIRO, Stephen. “Questions, Answers and Prepared Remarks”. En: Mayer, Brown, Rowe & Maw: www.apellate.net.

³ “Ir a la yugular” significa, en el argot anglosajón, reducir el caso a lo que es esencial, eliminando largas exposiciones de los hechos o de la historia del proceso, que son propias de los documentos escritos (aunque, no por eso, los escritos del proceso tienen “licencia para aburrir”).

mático o interesante, que intentan capturar el interés del espectador y lo hace desear ver la película completa (los documentos escritos)⁴”. De ahí su importancia.

¿Cómo sustentar, entonces, un informe oral que permita capturar el interés de los árbitros y persuadirlos de la razonabilidad de nuestra posición?

Los anglosajones han escrito mucho y muy bien sobre el tema, y lo han hecho de manera práctica, es decir, sistematizando la experiencia y condensándola en textos claros y sencillos, de manera que las técnicas de comunicación propuestas puedan ser fácilmente absorbidas y aplicadas, con lo cual apuntan a que el sistema gane en eficiencia. Por eso, en lo que sigue, expondré algunas reglas prácticas referidas al informe oral, aunque, más que reglas, se trata, en realidad, de consejos o *tips* dirigidos a lograr que el discurso “llegue” a los árbitros y, por cierto, que los persuada. Para ello me valdré de algunos textos norteamericanos⁵ sobre la *advocacy* o “el arte de defender” que, como he adelantado, han desarrollado el tema de manera (casi) exhaustiva, a los que añadiré algunas reflexiones personales producto de mi observación de lo que ocurre dentro (y también fuera) de las salas de audiencia.

I. EL PROPÓSITO DEL INFORME ORAL

1. ¿Qué esperan los árbitros?

En pocas palabras, entender el caso lo más rápidamente posible. Por eso, para los árbitros es importante lo siguiente:

a) Aclarar los hechos

Hay casos en que los hechos son múltiples y/o complejos. Pero, por complejos que sean, los árbitros saben que tienen que entenderlos porque, salvo que se trate de un asunto de puro Derecho, la naturaleza de los hechos, su secuencia o su interacción son esenciales en la solución del caso. Y es bastante frecuente que, en el momento del informe oral, los árbitros no conozcan los hechos en profundidad y deseen sacar el mayor provecho del informe.

b) Aclarar el significado de las normas

A veces, la solución del caso tiene que ver, más que con los hechos, con el sentido de una norma legal. Y, en el Perú, la legislación tiende a ser frondosa, compleja o contradictoria e, incluso, hay ocasiones en las que no puede saberse con certeza si una norma está o no vigente. Por eso, los árbitros saben que el informe oral es el momento para entender cuál es la ley aplicable, si ha sido o no derogada, si ha sido reglamentada, cómo ha sido entendida por las partes, o cómo debe ser interpretada. Eso es de gran utilidad al momento de laudar.

c) Entender los principios que sostienen la argumentación

Cuando un árbitro se aproxima a un caso, le interesa llegar lo más rápidamente posible al fondo del asunto, es decir, llegar a entender cuáles son los principios que sostienen los argumentos esgrimidos. ¿Es un tema de seguridad jurídica? ¿Es un asunto en el que interesa la buena o la mala fe? ¿Es un conflicto entre formalismo e informalismo? ¿Se reduce la discusión a si se trata de un ejercicio del derecho o de un abuso del derecho? ¿O se trata de definir si estamos frente a un imposible jurídico? Para los árbitros, llegar al corazón del problema —a la “yugular”— simplifica el análisis del caso porque, como en las matemáticas, el razonamiento se desarrolla y el debate se produce a un alto nivel de abstracción, lo que permite una apreciación más “despejada” del mismo.

d) Evaluar la lógica de la argumentación

Los árbitros suelen estar atentos a la consistencia de la argumentación. Si encuentran que el abogado se contradice, que sus argumentos carecen de conexión, que parte de supuestos equivocados o que la argumentación propuesta deja preguntas sin responder, la construcción jurídica del caso les parecerá débil. Es importante recordar que un informe oral no es una exposición de buenos argumentos desconectados, sino un planteamiento coherente, que tiene una secuencia lógica, donde un argumento lleva al otro y donde prima el principio de no contradicción.

⁴ RENQUIST, William. “A Disappearing Art”. En: Shapiro, Stephen. “Questions, Answers and Prepared Remarks”.

⁵ Entre dichos textos: STEPHEN, Shapiro. “Questions, Answers and Prepared Remarks”; STEPHEN, Shapiro y William PINKNEY. “The Supreme Court’s Greatest Advocate”; SHAPIRO, Stephen. “Oral Argument in the Supreme Court: The Felt Necessities of the Time”, SHAPIRO, Stephen. “The Oral Argument in the Supreme Court of the United States”; FREY, Andrew. “Preparing and Delivering Oral Argument”; KEPPEL-PALMER, Marcus y Andrew BOOM. “Lawyer’s Skills”; y, MAUGHAN, Caroline y Julian WEBB. “Lawyering Skills and the Legal Process”.

e) Evaluar el impacto práctico del posible laudo

Este es un aspecto que los árbitros no dejan de considerar, a pesar que –se dice– no forma parte del sistema jurídico continental, donde se entiende que el juez aplica objetivamente la norma, esto es, con total independencia de los resultados de dicha aplicación supuestamente objetiva. Pero, lo cierto es que no existe caso en el que los árbitros no se pregunten por las consecuencias de su fallo: ¿qué tan perjudicada quedará una parte frente a la otra? ¿Podrá recuperarse económicamente? ¿Causará el laudo daño a un tercero? ¿Dará lugar a que una parte abuse de la otra? ¿Fomentará conductas no deseadas? ¿Se impedirá el desarrollo normal de los negocios? ¿Se crea una situación absurda? Y, sin duda, estos aspectos influirán en la decisión, aunque, a diferencia del sistema anglosajón, que admite abiertamente que los jueces primero determinen las consecuencias y luego justifiquen la decisión, nuestro sistema jurídico se niega todavía a aceptarlo.

f) Usar el buen argumento para defender su propia posición

Ocurre a veces que el árbitro se inclina por una posición, pero no tiene completamente estructurada la argumentación para defenderla. En esos casos, un informe oral, con una argumentación bien estructurada, puede ser muy útil para que el árbitro pueda defender la posición del abogado.

2. ¿Qué pretende el abogado?

En pocas palabras, persuadir al tribunal. Y para ello es necesario:

a) Asegurarse de que los árbitros entiendan las pretensiones de su defendido y que enfoquen correctamente el caso.

Este es el momento de aclarar todas las dudas de los árbitros sobre los hechos, las normas o la interpretación de unos y otros. Es importante que el abogado esté alerta a cualquier malentendido, interpretación equivocada o asunción errónea de los árbitros, para, en el acto, corregir dichos errores. Si, al terminar el informe oral, el abogado tiene la sensación de haber transmitido correctamente las pretensiones de su cliente, habrá ganado mucho.

b) Destacar lo relevante del caso

El informe oral es el momento adecuado para separar lo importante de lo accesorio y para dar a conocer al árbitro las razones esenciales por las que la posición del abogado merece ser acogida. Es importante que en este momento, el abogado dé a los

árbitros los elementos que necesitan para expedir un laudo a su favor. Y, para ello, es indispensable simplificar la información requerida para la decisión del caso, sin que sea relevante si el tiempo concedido por el tribunal para dicho fin resulta siendo mayor al utilizado.

c) Demostrar al tribunal la fortaleza y la coherencia de la argumentación

Los buenos abogados saben que deben plantear una argumentación coherente. Eso significa que la respuesta a las preguntas que puedan formularse deben poder deducirse de los propios argumentos. Es importante recordar que la buena argumentación no tiene defectos escondidos, vacíos o consecuencias no anticipadas. Todo debe poder ser sustentado y aquello que no, debe ser igualmente abordado, tratando, sin embargo, de no “iluminarlo” demasiado.

d) Tratar de que los árbitros vean su posición con simpatía

Se dice que el abogado que informa ante la corte no se distingue demasiado de un vendedor porque, en ambos casos, el objetivo perseguido es la persuasión. El abogado tiene, en el informe oral, la posibilidad de motivar a los árbitros, dando señales de una posición justa, correcta, de sentido común y acorde con el interés público. El abogado debe saber –y a veces no lo sabe– que la justicia, la corrección, el sentido común y la adecuación de la pretensión al interés público son elementos que suelen ser apreciados en los tribunales arbitrales como “telón de fondo” de toda controversia, aunque no siempre lo admitan.

e) Impresionar favorablemente al tribunal

Se considera que si el abogado logra impactar al tribunal por su seriedad, oficio y sentido ético, se convierte en una especie de “guía” de dicho órgano. Nadie conoce mejor el caso que el abogado y, por eso, nadie más adecuado para guiar al tribunal a acoger la posición correcta. Pero, si la impresión del tribunal es desfavorable, su condición de “guía” no se mantendrá por mucho tiempo. Este es un tema sumamente complejo porque no puede desconocerse que la “impresión del tribunal” tiene un importante contenido subjetivo, lo que significa que, a veces (y no son pocas), el problema proviene del árbitro y no del abogado (por ejemplo, antipatía, machismo, racismo). Ocurre también que el tono de voz, la expresión corporal o ciertas palabras y gestos pueden perturbar a un árbitro, sin, incluso, ser demasiado conciente de ello. Y, en ese caso, el abogado debe ser lo suficientemente perspicaz

para percibir la razón de ser de esa (mala) impresión y tratar de adoptar una actitud más acorde con el temperamento del tribunal. Lo cual no significa, por cierto, que el abogado tenga que adoptar una actitud poco sincera. Es posible que no logre revertir la impresión del tribunal y, entonces, lo recomendable es no preocuparse y confiar en la solidez de los argumentos o, de ser el caso, construir argumentos adicionales que puedan ser alcanzados, ¡con simpatía, por favor!, al tribunal.

II. LA PREPARACIÓN DEL INFORME ORAL

La buena preparación del informe es fundamental. Un informe que denota poca preparación puede tener consecuencias negativas. Y, para que eso no ocurra, el abogado debe conocer el expediente a fondo. El abogado que no puede remitirse a una pieza esencial del expediente o que no puede contestar una pregunta sobre alguno de los escritos no inspirará confianza. Y, para eso, la única recomendación es estudiar (y estudiar) el expediente.

La preparación para el informe debe incluir un anticipo de preguntas difíciles o comprometedoras. Pero, en general, el abogado debe estar preparado para responder a las siguientes preguntas: ¿de qué trata el caso? ¿Cuál es la pretensión de cada parte? ¿Cuál es la norma aplicable y cómo se interpreta? ¿Cuál sería el resultado de laudar en el sentido que se pide? Estos son los aspectos esenciales de toda controversia y son normalmente las preguntas que todo árbitro se hace y que, por tanto, todo abogado se debe hacer.

Para quienes se están iniciando en el oficio de informar oralmente, se recomienda practicar frente a los colegas de la oficina, incluso frente a quienes no son especialistas en el tema (que pueden hacer excelentes preguntas de sentido común). A falta de colegas dispuestos a escuchar el informe, y aunque esa práctica no suela admitirse abiertamente, el espejo puede ser un excelente sustituto. También se recomienda grabar la presentación, de manera que se pueda apreciar el tiempo empleado y la claridad del discurso, determinando si “llegará” o no a los árbitros.

Finalmente, al preparar su exposición, el abogado debe construir argumentos “flexibles”, es decir, capaces de expandirse o de comprimirse, según el tiempo disponible y el interés de los árbitros en un determinado tema.

III. LA SUSTANCIA DEL INFORME ORAL

1. Al hacer la introducción

Los primeros minutos del informe son esenciales porque es la primera impresión que el abogado

dará a los árbitros. Por eso, deben ser aprovechados al máximo. El abogado debe iniciar el informe indicando la materia del mismo (indemnización, incumplimiento de contrato), las pretensiones de su cliente y, muy brevemente, el esquema que seguirá.

2. Al exponer los hechos

Si bien en cada caso los hechos tienen un peso diferente, lo recomendable es usar la menor cantidad de tiempo exponiendo los hechos. Algunos consideran que cinco minutos son suficientes, porque de lo que se trata no es de presentar un detalle pormenorizado de los hechos, sino de exponer los más relevantes, es decir, los que tendrán definitiva incidencia en la solución del caso. El abogado debe cuidar de no detenerse en los hechos periféricos, con el objeto de no perder un tiempo valiosísimo, que puede ser dedicado a los aspectos centrales de la controversia.

3. Al exponer los argumentos

El abogado debe llegar rápidamente a la “yugular” y concentrar su argumentación en los tres o cuatro aspectos más relevantes de la controversia, que, además, deben ser expuestos en orden de importancia (los más convincentes primero) o en un orden distinto, pero que, necesariamente, siga una cierta lógica (los menos convincentes al principio). El abogado debe evitar exponer argumentos dudosos, cuestionables o provocadores, que en nada contribuirán al éxito del informe. Eso no significa, por cierto, que deje de abordar los hechos o argumentos desfavorables a su parte. Eso tiene que hacerlo para no perder credibilidad. De lo que se trata es, más bien, de no exponerse, innecesariamente, al ataque de la contraparte. Finalmente, el abogado debe tener siempre en mente que en un informe oral los árbitros que no entendieron algún aspecto no pueden “retroceder la página”, como sí lo pueden hacer en un informe escrito. Por eso, la información debe estar dosificada para que pueda ser lo mejor asimilada posible.

IV. PRINCIPIOS Y TÉCNICAS

1. El principio

- a) Transmitir efectiva y persuasivamente la información

Para que la transmisión sea efectiva, la información debe ser precisa (correcta, no aproximada); eficiente (el tribunal debe poder entenderla lo más rápidamente posible); y, memorable (el tribunal debe poder retener la información transmitida). Para que la transmisión sea persuasiva, el abogado debe inspirar credibilidad.

2. Las técnicas

- a) Tener en cuenta el foro en el que se está exponiendo

Normalmente, los tribunales arbitrales son más especializados y de mejor nivel que los tribunales judiciales. Esta es una razón muy importante para evitar las frases vacías y la elocuencia sin contenido, y para ir directamente “a la yugular”. Lo recomendable es, entonces, plantear las razones de fondo y de principio que sustentan el caso y sostener un debate alturado en todo momento.

- b) Exponer en base a un esquema o lista de puntos importantes

La improvisación nunca da buenos resultados. Por eso, es indispensable que el abogado exponga a partir de un esquema escrito, previamente pensado, estructurado y anunciado a los árbitros. En ese esquema escrito, el abogado debe resaltar (con el uso de marcadores de página u otros) aquello que no puede dejar de decir. Hoy los esquemas suelen ser presentados a los árbitros mediante el uso del *power point*, lo que facilita mucho la exposición. Un error frecuente en quienes recurren al *power point* es limitarse a leer el contenido del esquema. Esa no es, sin embargo, la idea, porque de lo que se trata es que aquél le sirva de apoyo para desarrollar los aspectos relevantes de la controversia. De otro lado, si en el esquema aparece una cita, debe anotarse la referencia al costado para poder darla a los árbitros (por ejemplo página X de la demanda). El abogado debe proponerse completar los puntos del esquema en el tiempo concedido por el tribunal. Si no lo logra, debe revisar las razones por las que falló en hacerlo.

- c) Tener a la mano las piezas más importantes del expediente

Esto es de suma importancia porque, en ocasiones, es necesario remitirse a un texto y éste debe estar a la mano. Es mal visto por los árbitros que los abogados se presenten sin el material al que aluden en el informe o que, teniéndolo a la mano, no ubiquen el elemento que quieren resaltar. Es importante marcar las piezas (banderitas, marcadores) para no demorar en identificarlas.

- d) Ser asistido por un colega

La asistencia al abogado es opcional y puede resultar necesaria en los casos de discusiones técnicas (por ejemplo, temas de contabilidad, electricidad, telecomunicaciones). Lo que, sin embargo, no debe ocurrir es que dicha asistencia

evidencie poca preparación del abogado. El asistente puede pasarle notas al abogado, aunque cuidando de no crear distracción en la sala. Si el abogado no puede responder una pregunta, puede pedir apoyo. Sin embargo, las consultas deben formularse en relación a casos puntuales (por ejemplo, técnicos o precisión de algunos datos en casos complejos) porque si se hacen a cada momento los árbitros pensarán que hubiera sido mejor escuchar al asistente.

- e) Ser puntual

Baste señalar que algunos abogados no lo son y que no faltan ocasiones en que los árbitros se ven obligados a esperar que lleguen.

- f) ¡Apagar los celulares, por favor!

Los abogados (y a veces los propios árbitros) suelen olvidar esta elemental regla de cortesía. Se trata, por cierto, de olvidos, aunque a veces no tanto, porque da la impresión que el abogado está esperando una llamada, lo cual indica descortesía y desinterés en el tribunal. Para el olvido, la recomendación es convertir en un acto automático el apagar los celulares y, para los demás casos, tomar las previsiones para que las llamadas importantes se produzcan en otro momento.

- g) Exponer con claridad

La claridad es esencial en un informe oral. No sólo se trata de claridad conceptual (orden, estructura y coherencia o no contradicción), sino de claridad de expresión: vocalizar correctamente, emplear el tono adecuado, no “arrastrar” las últimas sílabas y utilizar palabras sencillas, es decir, no rebuscadas. El abogado debe recordar que no expone para sí mismo, sino para los demás y, por lo tanto, debe evitar actos tales como murmurar o responder con la cabeza gacha.

Asimismo y de la misma manera que en la comunicación escrita, contribuyen a mermar la claridad (i) las redundancias (“pero, sin embargo”; “mira ve” “memorias pasadas” o “los pistoleros estaban armados”); (ii) la utilización de frases en lugar de palabras (en lugar de “debido al hecho que”, puede usarse “porque” y en lugar de “puesto que”, puede usarse “pues”); (iii) el uso de eufemismos (“terminar con la vida de” en reemplazo de “muerte”; incidentes, en lugar de “accidentes”; o “tercera edad” en reemplazo de “ancianos”); (iv) el exagerado uso de adjetivos (el “vetusto” inmueble) y de adverbios (“totalmente cierto” “obviamente malogrado”); y, (v) el uso de palabras equívocas cuando hay total certeza sobre el acontecimiento (“se considera que”; “tenemos la impresión”).

Finalmente, la brevedad es el principal aliado de la claridad. Por eso, si el abogado ha requerido menos tiempo que el que solicitó, no debe preocuparse si siente que ha dicho todo lo que tenía que decir. Los árbitros, sin duda, se lo agradecerán.

- h) El informe oral no es ocasión de responder al oponente sino de presentar el caso

Este es un error porque se trata de dar alternativas de solución a los árbitros fácilmente implementables y cuyas consecuencias tengan sentido, sea por eficiencia, por justicia o por el buen orden social. En determinados momentos habrá que responder al adversario, pero no se puede hacer de la audiencia un escenario de disputas verbales, muchas veces retóricas, que generalmente desplazan el tema central, que hacen perder tiempo que podría dedicarse a lo esencial y que, por eso, son inconvenientes.

- i) Iluminar los aspectos favorables sin ocultar los que no lo son

Un informe oral debe ser trabajado “linterna en mano”, es decir, alumbrando aquellos aspectos que son favorables y dejando en la penumbra aquellos otros que son menos favorables. Eso no quiere decir, por cierto, que deban soslayarse u ocultarse los hechos y/o argumentos desfavorables. Todo lo contrario. Los hechos desfavorables deben ser abordados porque, si los árbitros detectan tal omisión, perderán confianza en el abogado. Es cosa, entonces, de saber abordarlos, siendo recomendable, por ejemplo, no comenzar ni terminar la exposición con un hecho o argumento desfavorable.

- j) Usar correctamente el castellano

No han faltado casos en los que los abogados han expuesto en un lenguaje tan coloquial que ha resultado, incluso, de mal gusto (por ejemplo, ¡a mí no me van a venir con cuentos!, ¡esto es una redomada tontería!). En otros casos, el mal uso de ciertas palabras, como pragmático, por querer decir práctico; aperturar por abrir; cónyugue por cónyuge; veredicto por fallo. La pobreza del lenguaje es otro factor que deslució el discurso: “esto es lo que vendría a ser la prueba fundamental”, por querer decir “esta es la prueba fundamental”; o “este es el concepto del asunto que estamos tratando”, por querer referirse a la esencia del problema; o “aquí hay un

tema”, queriendo decir, “aquí hay un problema”. O también, la mala pronunciación por *lapsus calami*: “clápsula” por cláusula o “astracto” por abstracto. El “dequeísmo” es otro de los errores más comunes: “quiero decir de que”; “debo puntualizar de que”; “temía de que se fuera”, etcétera. Para saber si debe o no usarse el “de que” –dado que sí tiene un uso– es necesario convertir la frase en pregunta. Y si ésta lleva el “de que”, su utilización en la frase es correcta. Así por ejemplo, es correcto el uso del “de que” en el siguiente ejemplo: “me río de que te hayas puesto un sombrero antiguo”, ¿de qué te ríes? de que tienes puesto un sombrero antiguo. En cambio, decir “es claro de que me has causado un daño” es incorrecto porque la pregunta sería “¿de qué es claro” y la forma correcta de preguntarse es diciendo ¿qué es claro?

- k) Obviar la retórica, los latinazgos y los neologismos

Todavía en el Perú, se escuchan informes orales en los que el abogado recurre a una retórica decimonónica. Se trata, sin embargo, de una “rareza”, porque hoy la prosa grandilocuente y pomposa es percibida como un estilo obsoleto, tedioso y fuera de lugar⁶. Se recomienda por eso, usar un estilo de comunicación sencillo, directo y conversacional, obviando la retórica y las frases pomposas. Debe, asimismo, evitarse la utilización de latinazgos (*nemo plus iure transfere quam ipsa habet; ex aequo et bono; ex parte; expressio unius exclusio alterius; ex turpi causa non oritur actio*) y neologismos (*free rider* o *poison pills*) que, por expresivos que sean, pueden no ser entendidos por los árbitros y causar incomodidad.

- l) Evitar ser repetitivo

Ocurre que, por el nerviosismo que inevitablemente genera un informe oral, los abogados se vuelven repetitivos. Este es un error muy frecuente que a los árbitros les resulta generalmente irritante. Pero, el problema es que, a veces, la causa no está en el nerviosismo –que finalmente es entendible– sino en el narcisismo, es decir, en el deleite del abogado de escucharse a sí mismo. ¡Y eso sí que irrita! Por cierto, hay casos en los que el abogado necesita resaltar aspectos centrales del problema y, para ello, conviene que repita algunos puntos. Pero, una cosa es repetir y otra, ser repetitivo. Y esto último es lo que debe ser evitado.

⁶ Así, por ejemplo, es innecesario y, por eso, prescindible, que un informe oral se inicie con una introducción bastante común antaño: “Honorable tribunal: mi distinguido colega y maestro, que ha forjado generaciones de brillantes alumnos de Derecho y que nos ha deslumbrado con su sapiencia, estilo, elegancia y ¡cómo no! su fino sentido del humor, se equivoca ...”.

m) Evitar muletillas

A veces los informantes recurren a muletillas ("eee"..."o sea"..."ya"..."¿cómo se llama?"..."es decir"; "entonces" o, abreviadamente, "etós"), que, como muletillas que son, aparecen en casi cada oración de su discurso. Es indispensable que el abogado las detecte y trate de erradicarlas porque, además de no tener significado, son irritantes, provocan desconcentración e, incluso, indican un manejo bastante pobre del lenguaje. Es un asunto difícil porque, en la mayor parte de los casos, el nerviosismo es la causa del uso de muletillas. Pero, de todas formas, es importante tener conciencia de ello y, si es el caso, atacar la causa, es decir, el nerviosismo, para lo cual son buenos los ejercicios de respiración antes del informe.

n) Mantener la cadencia

Si bien es cierto que las pausas en el discurso atraen la atención y van "marcando el paso", éstas no deben ser tan prolongadas que terminen impacientando a los árbitros. Tampoco conviene apurar el paso y argumentar sin pausas, porque con eso se pierde claridad y efectividad. En todo informe el abogado debe manejar la prontitud del discurso, acelerándolo o haciendo pausas, según si pretenda resaltar o quitar importancia a un determinado aspecto.

ñ) No leer

Este es un *tip* que ningún experto en el tema deja de dar. Se señala que la lectura provoca tedio y el tedio es el peor enemigo de un juicio. Eventualmente, el abogado puede leer una cláusula importante o citar un pequeño texto, pero nada más que eso. Y si la cláusula o el texto son el problema, lo mejor es apoyarse en el *power point*, de manera que los árbitros puedan apreciar visualmente el problema de interpretación y entender mejor la argumentación.

o) Evitar oraciones largas, números y citas

La simplicidad es el "secreto" de un buen informe oral. Frases excesivamente largas y ampulosas hacen perder la concentración del oyente. El informe oral debe ser simple y vívido, de manera que los cuatro o cinco conceptos realmente importantes de un caso puedan ser entendidos y recordados por los árbitros.

p) Mantener contacto visual con los árbitros

No son pocos los informes orales en los que el abogado no se dirige visualmente al árbitro sino a la otra parte. Ese es un error y puede resultar muy molesto para el tribunal que siente que el proceso no se desarrolla "por su intermedio". El informe va dirigido a los árbitros y con ellos –y no con la otra parte– debe producirse el contacto visual. Y no debe olvidarse que ese contacto debe ser con todos los árbitros, no sólo con uno o con dos. En eso es necesario ser muy cuidadoso, porque, aunque no lo parezca, esa actitud puede herir susceptibilidades y, sin duda, tendrá alguna repercusión (inconciente, por cierto) en el laudo.

q) Controlar la comunicación no verbal

A veces los gestos dicen más que las palabras y, así como la comunicación verbal aporta información, los gestos pueden denotar tranquilidad, conocimiento, seguridad o solvencia o, al contrario, inseguridad, angustia, soberbia o conflicto. Este aspecto es de suma importancia si se considera que, en la comunicación en general, el 35% es aportado por la comunicación verbal y el 65% restante corresponde a la comunicación no verbal (en adelante, "CNV"), la cual incluye proximidad, postura, orientación y apariencia física y puede ser visual, táctil, auditiva y de olfato, considerándose, por eso, que se trata de una comunicación "multicanal". El abogado debe, entonces, cuidar la CNV y abstenerse de hacer gestos tales como golpear la mesa, arreglarse la corbata (¡o el pañuelo!), jugar con el lapicero, cruzar los brazos al exponer, mirar al suelo y no al tribunal, entre otros.

Sin mencionar las repercusiones que pueden tener los aspectos visual (desorden personal), táctil (saludo "débil"), auditivo (tono "chillón" o poco simpático) u olfativo (¡sin comentarios!), es conveniente referirnos brevemente al vestido, como una forma importantísima de CNV. Existen códigos en la profesión de abogado que pueden resultar muy molestos e, incluso, parecer absurdos: ¿por qué se debe redactar una demanda ataviado con terno y corbata (y su equivalente femenino), cuando todo indica que la comodidad es el mejor aliado de la buena redacción? Esos códigos son ajenos a otros campos como la medicina (los médicos operan con trajes muy cómodos) o la ingeniería (los ingenieros de campo no usan corbata) y están siendo relativizados por

algunas firmas de abogados mediante prácticas como la de “viernes libre”, donde los abogados prescinden del uso de corbata. No obstante, es mejor seguir dichos códigos, porque comunican seriedad, orden, respeto y experiencia y porque, además, hacen que el atuendo del abogado no sea el tema. No parece ser, entonces, vana la costumbre inglesa del uso de toga y peluca por los *barristers*, que los obliga a ir idénticamente ataviados a la corte.

r) Ser cortés y respetuoso

El abogado debe demostrar respeto por el tribunal, aún cuando no sienta respeto (personal o intelectual) por alguno de los árbitros. Debe tratarse, sin embargo, de un respeto entre iguales. Eso significa que, así como debe evitarse el desdén o la soberbia, debe también evitarse la timidez, la “humildad” o dar muestras de debilidad. No conviene ceder en un argumento con el objeto de “caer mejor” a los árbitros, porque, a la larga, esa actitud llega a ser percibida por los árbitros y, normalmente, les resulta desagradable. El respeto se gana con buenos argumentos, correctamente expuestos y en un contexto de igualdad, sinceridad y cordialidad. Casos típicos de descortesía con el tribunal son la impuntualidad, no saludar a uno o todos los árbitros al ingresar a la sala, no saludar a la otra parte o a su abogado, salir y entrar a la sala a cada momento, responder hostil o sarcásticamente a las preguntas, responder con un volumen inadecuado o demostrar irritación ante preguntas o actitudes de los árbitros o de la otra parte. Todos estos ejemplos provienen de casos reales, donde los tribunales han cuestionado severamente –en ocasiones en la propia audiencia y frente a las partes– dichas actitudes descorteses. La cortesía es, pues, fundamental y, aunque parezca sorprendente, un caso puede perderse porque el abogado ha actuado de manera descortés con los árbitros. Y eso, sin que los árbitros sean concientes de ello.

s) No mostrarse irritado si los árbitros no prestan atención a la exposición

Ocorre muchas veces que los árbitros hablan entre sí, leen documentos o dan la impresión de no estar atendiendo a los litigantes. Los árbitros deben abstenerse de hacerlo, por cierto. Pero, si eso no ocurre, el abogado debe poder mantener la concentración y continuar con el informe. El abogado debe ser conciente de que la falta de atención puede deberse al poco interés que despierta el informe y revisar su manejo de volumen, tono y velocidad, cuya mala combinación pueden dar lugar a la monotonía y al tedio.

t) Referirse a los árbitros usando correctamente su nombre

No es necesario llamar a los árbitros por su apellido. Basta con referirse a ellos como señor(a) árbitro(a). Pero, si se opta por llamarlos por su apellido –nunca por su nombre de pila– éste debe ser correctamente pronunciado. El trato amical o familiar no procede en una audiencia, aun cuando el abogado sea amigo del árbitro. Deben cuidarse también las confusiones en los nombres. Por alguna razón, las personas –y los árbitros lo son– se sienten ofendidas si su nombre no es recordado o es mal pronunciado (sin pensar que esos *lapsus* pueden deberse a un *alzheimer* incipiente...).

u) Tratar correcta y alturadamente al adversario

Es un error atacar a la contraparte a través de comentarios sarcásticos, ofensivos o indiscretos. Pero mucho más grave es que los abogados se ataquen entre sí. ¡Quién no ha presenciado alguna vez debates donde los ánimos de los abogados se han exacerbado a tal punto que se atacan sin piedad! Pero, a esas situaciones exacerbadas, un buen abogado puede sacarle partido evitando el enfrentamiento personal y guardando la calma. El tribunal, sin duda, se lo agradecerá.

v) Saber manejar el tiempo

En ocasiones, los árbitros sorprenden a los abogados haciéndoles saber que los escucharán por breves minutos. Para esa eventualidad, el discurso debe ser flexible, es decir, debe poder reducirse sin perder nada de su vigor. Eso no es fácil, porque puede “descolocar” al abogado informante. Por ello, es necesario prepararse de antemano para poder convertir un argumento largo y complejo en uno corto y conciso, de manera que sea posible decir todo lo que se quiso decir, en pocas palabras. El abogado debe, por lo demás, ceñirse estrictamente al tiempo concedido, de manera que pueda cubrir todos los puntos previstos en el tiempo asignado. Para eso es importante no “palabrear”, no perder valiosos minutos en preámbulos, llegar a la “yugular” lo más rápidamente posible y eliminar los rodeos. Si el abogado usa menos tiempo del asignado, los árbitros se lo agradecerán. Silenciosamente, pero se lo agradecerán.

w) Saber terminar

Saber terminar una exposición oral es muy importante. A veces los abogados aceleran el discurso cuando están llegando al final, seguramente por el afán inconciente de terminar cuanto antes. Eso es

malo y es importante saber controlarlo. El discurso debe mantener un ritmo hasta el final, momento en el cual el abogado, con toda tranquilidad, debe agradecer a los árbitros y, si ha informado de pie, tomar asiento. Si al final de su exposición el abogado baja el volumen, acelera demasiado o habla atropelladamente, el discurso perderá brillo. Es importante recordar que el final del discurso es, igual que el inicio, un momento de mayor recordación que el resto del mismo, por lo que debe ser aprovechado para dejar nuevamente claros los dos o tres aspectos que se quiere enfatizar.

V. ¿CÓMO RESPONDER A LAS PREGUNTAS DE LOS ÁRBITROS?

En el Perú, los árbitros preguntan poco. Ello se debe al temor de parecer estar adelantando opinión. Esta pasividad es inconveniente, sobre todo, cuando las partes presentan testigos y expertos a los que necesariamente hay que interrogar –a veces “poniéndolos contra la pared”– a fin de entender cómo ocurrieron los hechos o, en general, cómo debe entenderse el caso. Los anglosajones, en cambio, si algo han desarrollado, es el interrogatorio y el *cross examination*, donde los árbitros actúan como verdaderos verdugos que, con sus preguntas –variadas, impredecibles y rápidas– no dan tregua a sus “víctimas”. En eso son expertos y por eso se considera en dicho sistema que el momento más importante (¡y aterrador!) del informe oral es el del interrogatorio.

Algunos árbitros peruanos han comenzado, sin embargo, a introducir interrogatorios en los procesos de arbitraje, con la finalidad de entender mejor el caso. Esa práctica debería arraigarse en nuestro sistema arbitral porque un buen interrogatorio, a las partes o a los testigos, no sólo es útil para los propios árbitros, sino que crea en los litigantes la confianza de que aquéllos entienden el caso y se interesan por él. Y en eso está el éxito del arbitraje como administración de justicia alternativa. Por eso, en lo que sigue, expondré las preguntas que con más frecuencia se formulan en los arbitrajes, para luego incluir algunos *tips* (propios y ajenos) que pueden ayudar al abogado a responderlas.

Las preguntas típicas son las siguientes:

a) Preguntas referidas al corazón del problema

Este es el tipo de pregunta que más debe entusiasmar al abogado, porque indica que el árbitro ha entendido el fondo del asunto. El abogado debe dedicar la mayor parte del tiempo a esta categoría

de preguntas, porque, de sus respuestas, dependerá el resultado del caso.

b) Preguntas referidas al contexto

A veces los árbitros necesitan aclarar un hecho, una fecha o, en general, asuntos que tienen que ver con el contexto de la controversia, pero no con la controversia misma. En estos casos, el abogado debe dar una respuesta rápida y precisa y regresar a lo esencial del debate lo más rápido que pueda.

c) Preguntas cortantes o debatibles

A veces ocurre que se produce un debate entre un árbitro y el abogado que puede o no estar relacionado con el corazón del problema. El abogado no puede cortar el debate, aunque crea que se trata de un aspecto tangencial del problema. Pero, si lo es efectivamente, debe tratar de salir lo más rápidamente posible del mismo, dando la mejor respuesta que pueda y encontrando una manera táctica de retomar lo esencial. Si el debate es, en cambio, sobre un punto esencial, tampoco conviene que el abogado quede “atrapado” por el mismo, porque puede llegarse a un “punto muerto” o “circular” que es mejor evitar.

d) Preguntas u observaciones humorísticas

Si un árbitro hace una pregunta o comentario humorístico, el abogado debe celebrar la broma y volver de inmediato al punto en el que se han quedado. El abogado debe abstenerse, sin embargo, de introducir elementos humorísticos (aunque, a veces, no viene mal una broma, sobre todo si la situación es tensa).

e) Preguntas irrelevantes

Este tipo de preguntas es muy frecuente. El abogado debe entender que la relevancia o no de una pregunta es, finalmente, un asunto personal y, por lo tanto, debe abstenerse de mostrarse irritado o de responder soberbia o sarcásticamente. La respuesta debe ser correcta, señalando discretamente, aunque con claridad, que el punto central está en otro aspecto de la controversia.

f) Preguntas hostiles

Es posible que un árbitro haga preguntas hostiles o inamistosas. En esos casos, el abogado debe abstenerse de mostrarse irritado o desagradado con esa actitud y responder serena, pero firmemente, tratando de pasar lo más pronto posible a otros aspectos de la controversia.

g) Preguntas amistosas

Estas preguntas son siempre bienvenidas por el abogado. Pero, a veces el árbitro termina preguntando o poniendo el acento en aquello que el abogado quiere evitar. En esos casos, lo más conveniente es responder rápidamente y pasar a otra cosa.

Los *tips* para el interrogatorio son los siguientes:

a) Estar preparado

La preparación es esencial, como ya se ha dicho, y debe incluir el anticipo de las preguntas de los árbitros. Eso es muy importante porque un buen informe oral y una mala *performance* en el interrogatorio puede dar la imagen de persona memorista, que no conoce el caso a fondo o que ha planteado argumentos débiles. Y una buena preparación supone leer el expediente antes del informe, así como legislación, doctrina u otros elementos que sustentan el caso. Una buena preparación supone también: i) leer los escritos de la contraparte con la “mente abierta”, anotando los aspectos que pueden debilitar la posición propia y ensayando la manera de desvirtuarlos; e, ii) imaginar preguntas difíciles de aquellos árbitros que (hipotéticamente) no comparten su posición. Para abogados que recién se inician en el oficio, se recomienda discutir el informe con sus colegas u otros, que puedan preguntar y opinar sobre el informe y, si es posible, ensayarlo ante un tribunal simulado.

b) Saber cómo responder los diferentes tipos de preguntas

Para eso, lo primero que corresponde es identificar el tipo de pregunta (amistosa, hostil, de fondo) para luego responder profundizando o desplazando la discusión a un tema distinto. El abogado debe ser flexible. Algunas preguntas pueden ser rápidamente respondidas, mientras que otras requieren mayor elaboración.

c) Escuchar atentamente

Para escuchar se requiere concentración. Ocurre en ocasiones que el abogado se siente nervioso, cansado o irritado y no atiende correctamente a la pregunta formulada por el árbitro. En ese caso, lo mejor es pedirle que repita la pregunta, porque a los árbitros les resulta molesto que el abogado responda lo que no se le ha preguntado, perdiendo valioso tiempo en ello.

d) Responder sólo lo que se pregunta

Algunos abogados suelen utilizar una pregunta como “plataforma” para desarrollar extensamente

un aspecto que no desarrollaron en el informe oral. Esa actitud resulta generalmente a los árbitros muy irritante, porque en la fase de preguntas se esperan respuestas directas y estrictamente ceñidas a lo que se preguntó.

e) Responder a las preguntas directamente y sin evasivas

Hay pocas cosas más molestas para un árbitro que el abogado le responda con evasivas. Pero más molesto aun es que, para eso, el abogado se tome un tiempo excesivo. Si la respuesta no se conoce, lo mejor es reconocerlo ante el tribunal y comprometerse a darle la información solicitada por escrito. Luego, tratar de pasar rápidamente a otro tema. Si la pregunta está referida a principios, el abogado debe tener claro que, en un cierto nivel, todo principio tiene uno que se le opone (por ejemplo, seguridad jurídica *versus* justicia), por lo que, llegado a ese punto, lo conveniente es plantear las razones por las cuales debe inclinarse la balanza a favor del principio en el que se sustenta la propia posición.

f) Responder de manera clara y concisa

Ocurre en ocasiones que las respuestas de los abogados, antes que aclarar, confunden. No conviene tomar demasiado tiempo en responder ni, al contrario, hacerlo demasiado de prisa y –peor aun–, mostrándose ansioso por pasar a otro tema. Si los árbitros solicitan una respuesta detallada sobre un punto, el abogado no puede dejar de darla, le parezca o no importante.

g) No adelantarse a la pregunta ni interrumpir al árbitro

Muchas veces, ante una pregunta de un árbitro, los abogados pretenden dar la impresión de “saber a dónde va” dicha pregunta y la responden antes que el árbitro haya terminado de preguntar. Y ocurre a veces que no “acertó”, lo cual obliga al árbitro a reformular su pregunta, perdiendo con eso tiempo (¡y la paciencia!).

h) Si no se puede responder, reconocerlo

Si se trata de cuestiones fácticas, el abogado puede consultar con su asistente. Si no, debe simplemente reconocer que no sabe, lamentarlo y comprometerse a dar esa información por escrito o a remitir a los árbitros a alguna prueba donde puedan encontrar la respuesta. Si se trata de aspectos jurídicos, la respuesta nunca puede ser “no sé”. El abogado debe tratar de encontrar la respuesta “en un pie”, aunque puede decir que no ha considerado ese aspecto y que lo hará en un escrito, si eso procede.

- i) No aparentar que se sabe, cuando no es así

Si la preparación es adecuada, difícilmente ocurrirá que no se tenga la respuesta a la pregunta formulada. Pero, si ocurre que un árbitro pone al abogado en una situación incómoda, no es bueno *blufear* sobre conocimientos doctrinales o legales que no se tienen. Eso es normalmente detectado por los árbitros y el resultado es la pérdida de credibilidad. Lo más conveniente es, siempre, la honestidad y el manejo de una relación paritaria y respetuosa con los miembros del tribunal.

- j) Ceñirse a las normas de cortesía

Las respuestas del abogado deben ser firmes, pero respetuosas. El abogado debe recordar que se trata de un diálogo entre iguales. Si el abogado está en desacuerdo con la posición del árbitro, debe hacérselo saber, aunque de manera cortés y alturada.

- k) No posponer las respuestas

Lo conveniente es responder de inmediato. Pero, si no es posible hacerlo (generalmente por razones de claridad), mencionar gentilmente que esa pregunta será respondida al final, porque su respuesta depende de la clarificación de ciertos hechos. Pero, ¡no olvidarse de responder!

VI. LA RÉPLICA Y LA DÚPLICA: UN MOMENTO DISTINTO

Las reglas anteriores se aplican, en principio, a la réplica y la dúplica. Sin embargo, hay algunos *tips* referidos específicamente a esta etapa del proceso. Estos son:

- a) Ser conciente que cualquier error cometido en la exposición puede ser salvado en el momento de la réplica y la dúplica

Tener eso presente, es tranquilizador.

- b) No preparar por adelantado

La preparación general es suficiente. Además, es difícil anticipar cómo se desarrollará este momento.

- c) Limitar los puntos a tratar

El abogado debe tener presente que el tribunal ya escuchó las exposiciones, que no quiere volver

a hacerlo y que su capacidad de retención está disminuida en este momento. Por eso, en la réplica y la dúplica se deben tratar únicamente los puntos “contundentes” o indiscutibles y aquellos otros que no quedaron claros. Nada más. El abogado debe también tener presente que es mal visto por los tribunales arbitrales que los abogados traten de quedarse con la “última palabra”. Es un infantilismo que debe ser evitado.

- d) Ser breve

Aunque parezca reiterativo, ser breve. Lo ideal es replicar o duplicar en cinco minutos.

- e) Si se replica o duplica, hacerlo bien o no hacerlo

Una mala réplica o dúplica puede empañar una buena exposición. El abogado debe tener presente que los árbitros están ya impacientes y que quieren escuchar algo especialmente bueno o nuevo, pero, de ninguna manera, están dispuestos a recibir “más de lo mismo”. Debe, entonces, recordar que no es obligatorio replicar o duplicar. Por eso, si el abogado aprecia que los argumentos de su contraparte no son nuevos o han hecho gran efecto en el tribunal, lo mejor es excusarse correctamente de hacerlo. Y, de seguro, el tribunal se lo agradecerá.

- f) No aprovechar este momento para atacar al adversario

En procesos ásperos, los abogados pueden ir sintiéndose irritados a medida que se desarrolla la audiencia y llegado el momento de la réplica y dúplica la dosis de agresividad es mayúscula y, generalmente, pugna por salir. Es necesario tener conciencia de ello, saber controlarse y abstenerse de hacerlo, porque esos ataques producen una tensión absolutamente innecesaria. Casos de ataque al adversario son decir, por ejemplo, ¡qué escuchan mis oídos! ¡jamás alguien ha sostenido semejante absurdo! ¡el Evangelio por los suelos! ¡si el contrato no es claro es por culpa del abogado (de la otra parte) que lo redactó! ¡mi colega no conoce la regulación de X! Y los ejemplos anteriores, no son ficción.

VII. LOS ERRORES MÁS COMUNES DE LOS INFORMES ORALES

Señala Shapiro⁸ que “se observa frecuentemente que, si bien es difícil ganar un caso por efecto de,

únicamente, el informe oral, es fácil perderlo en el informe oral". Por eso, es decir, por la enorme importancia del informe oral en el resultado de un proceso, los aspectos que a continuación expodré, si bien derivan claramente de las reglas expuestas hasta ahora, conviene –en este caso sí– repetirlas, pero en negativo, es decir, enumerando los errores más frecuentes.

1. Errores al exponer

- Ser innecesariamente provocador o agresivo, dado que crea tensión.
- Mantenerse "pegado" al texto, cuando los árbitros buscan que responda a cuestiones que no están en el mismo.
- Valerse de hipérboles o de exageraciones al exponer los hechos. Por eso se recomienda limitar, en lo posible, el uso de adjetivos y adverbios.
- Valerse de una retórica destinada a despertar emoción en los árbitros (por ejemplo, referirse con todo detalle a los resultados dramáticos de un accidente).
- Hablar "para uno mismo", "para abajo", con un volumen demasiado bajo, sin mirar a los árbitros "a los ojos" o murmurar.
- Usar un tono inadecuado, que suene infantil o adolescente, autoritario, soberbio, sarcástico, pedante, etcétera.
- Ser monótono y tedioso, es decir, no variar el tono, la velocidad, el volumen y la prontitud.
- Hacer pausas demasiado prolongadas al tratar de ubicar un documento. Eso impacienta a los árbitros.
- Demostrar falta de respeto por el tribunal (por ejemplo, demasiada familiaridad con los árbitros).
- Leer (salvo una norma o cláusula cuya interpretación está en discusión).
- Referirse a aspectos extraños al expediente (por ejemplo, la conducta social de alguna de las partes).
- Usar términos que "ordenen" al tribunal actuar en un sentido (por ejemplo, es muy frecuente

que los abogados digan que "el tribunal debe acoger nuestra pretensión).

2. Errores al responder

- No escuchar la pregunta y responder algo distinto a lo preguntado.
- Evadir la respuesta con frases como "eso es inaplicable al caso".
- Abstenerse de responder "sí" o "no" cuando esa respuesta es posible.
- Intentar posponer respuestas.
- Posponerlas y luego no darlas.
- Dar una respuesta innecesariamente larga o enrevesada.
- Aceptar una observación amistosa del árbitro (por ejemplo, "tal vez usted ha querido decir...").
- Aparentar conocer un tema que, en realidad, no conoce.
- Tomar demasiado tiempo en consultar con sus asistentes.
- Dar respuesta a preguntas muy "duras" con inseguridad o miedo, o manifestar frustración frente a preguntas hostiles.
- "Devolver" una pregunta haciendo otra (por ejemplo, ¿no actuaría usted, señor árbitro, en ese sentido?).
- Pronunciar mal el nombre de los árbitros.

VIII. EL NERVIOSISMO Y LA DESCONCENTRACIÓN

Sentirse nervioso antes de un informe oral es normal e incluso saludable, porque revela compromiso con el caso y pone a la persona en un "estado de alerta" especial. Pero sentirse nervioso –y manifestarlo– a lo largo de todo el informe oral ya no es tan normal porque, si el informe está bien preparado, el nerviosismo no tiene por qué durar más de dos minutos. En consecuencia, un nerviosismo tan duradero depende de otros factores.

Por su parte, la desconcentración es un problema derivado del nerviosismo que suele presentarse más en informantes con poca experiencia. Un ruido en

la sala, la desatención del árbitro o, al contrario, el exceso de atención, son elementos que puede hacerle perder la concentración.

Para esas situaciones, es recomendable actuar de la siguiente manera:

1. Para el nerviosismo

- a) Estar “doblemente” preparado

El nerviosismo se vence con preparación. El abogado debe tener presente que él es quien mejor conoce el expediente. Pero, debe conocerlo.

- b) Practicar el informe ante colegas e, incluso, ante el espejo

Una buena práctica es repetir los primeros cinco minutos del discurso hasta memorizarlos. Después de eso, si hay buena preparación, el discurso vendrá solo. Los abogados experimentados no necesitan, por cierto, practicar.

- c) Hacer ejercicios

- i. De movimiento circular de la cabeza

Con este movimiento se logra “aflojar” la tensión que normalmente se aloja en el cuello. Pero, hacerlo en privado.

- ii. AOX

Repetir por un par de minutos, AOX, ejercitando la boca, labios y mandíbula. Ese ejercicio equivale a un “calentamiento” en los deportes y ayuda a vocalizar adecuadamente.

- d) Pensar que los árbitros son personas como uno mismo

Esto tiene que ver con la regla de “igualdad respetuosa”, aunque, en realidad, es la toma de conciencia de esa regla. Si el abogado siente esa igualdad, el nerviosismo desaparecerá rápidamente. Si,

al contrario, el abogado se siente inferior (por razones de raza, religión, sexo, prestigio), su exposición será percibida por los árbitros como sumisa y, por lo mismo, débil (aunque los argumentos no lo sean).

- e) Aprender a no distraerse

Eso requiere concentración.

2. Para la desconcentración

- a) ¡De nuevo, preparación!

Si el abogado está preparado, tendrá confianza en que la desconcentración (o, a veces, el olvido) pasará. Para ello se recomienda:

- b) Detenerse y pensar

Los árbitros son normalmente indulgentes frente a esas situaciones porque es difícil que ellos mismos no la hayan vivido. El abogado debe tener eso presente y no sentirse nervioso si se desconcentra. En esos casos, lo recomendable es detenerse, hacer un esfuerzo conciente de concentración y, previa disculpa, continuar. Si se produce un olvido, señalar que recordará el asunto a lo largo del informe y esperar confiadamente que eso ocurra. El abogado no debe mostrar que le ha dado importancia a este *lapsus* y, si está bien preparado, de seguro recordará al poco rato lo que quiso decir.

IX. SABER TERMINAR

Y eso es lo que me propongo hacer, con la esperanza de que el texto sea útil al lector y que, además, haya podido apreciar la importancia de estos *tips* y la necesidad de introducir, en nuestras facultades de Derecho, una línea de carrera que aborde el desarrollo de habilidades. Es una idea que ayudará enormemente, en términos de eficiencia (claridad, brevedad), de ética (respeto) y, finalmente, de igualdad, porque serán las facultades de Derecho –y no los centros de práctica preprofesional– los verdaderos maestros de la formación vocacional de sus alumnos, con todo lo que eso significa.

EL ARBITRAJE EN INVERSIONES EN EL FUTURO ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ - ESTADOS UNIDOS

Franz Kundmüller Caminiti*

La Ley General de Arbitraje fue promulgada a mediados de los años noventa. Con dicha norma, el Perú estableció un sistema alternativo y dinámico de solución de conflictos. Sin embargo, dicha Ley debe estar acorde con lo establecido en los diversos tratados que el Perú ha ratificado en materia de arbitraje, toda vez que aquellos forman parte del Derecho nacional.

De esta manera, y dada la importancia que revisten aquellos tratados, el autor realiza un análisis sobre los efectos que tienen en el campo de las inversiones, así como la armonía y conflicto que se podría generar en la aplicación de los diversos sistemas arbitrales, nacionales y comparados, y la actuación que se debería tener en el Derecho público y privado para afrontar estos nuevos retos que trae consigo la globalización.

* Profesor en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente de Conciliación y Arbitraje de CONSUCODE.

1. LA IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE EN INVERSIONES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Hacia fines del año 2005, el universo global de Acuerdos Internacionales de Inversiones (en adelante, "AII") comprendía alrededor de cinco mil. El Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos (en adelante, "APC"²) formará parte de aquel universo, en especial, debido a las reglas de Derecho Internacional de las Inversiones (en adelante, "DII") establecidas en su Capítulo sobre inversiones o Capítulo X³, las mismas que serán comentadas mas adelante.

El volumen total de AII se expande significativamente en el mundo desde la segunda mitad de la década de los años noventa en adelante. Ante la inexistencia de un tratado multilateral en materia de inversiones⁴, la aceleración de dicha expansión sin precedentes se ha desatado luego de la caída del Muro de Berlín y de la disolución de la Unión Soviética. Esto contrasta con lo que ha sido la evolución del comercio y de las finanzas, con posterioridad a los Acuerdos de Bretton Woods⁵. Es decir, en el campo de las inversiones no se cuenta con un tratado multilateral ni con la institucionalidad de, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio o el Fondo Monetario Internacional. De otro lado, los países desarrollados siguen siendo los grandes protagonistas del auge de las inversiones en el

mundo, pues reciben el 68% del total y colocan el 93% del total de inversiones, a partir de un marco jurídico descentralizado y plural⁶.

Hoy existen factores dinamizadores de las inversiones en el ámbito transfronterizo como el progresivo incremento de la participación en el comercio global de los países del Sudeste Asiático y de las potencias económicas emergentes como la China Continental y la India, entre otros⁷. En suma, los AII forman parte de los instrumentos jurídicos transnacionales⁸ de la última globalización y coadyuvan en la conformación del *global marketplace* o mercado global⁹.

De otro lado, los AII incorporan una gama de medios de solución de controversias como la negociación directa entre las partes, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Dichos medios se aplican, generalmente, a las controversias entre inversionistas extranjeros y estados, en el marco del DII¹⁰. Dependiendo del tipo de AII, estos también comprenden medios de solución de controversias Estado-Estado. Estos medios se caracterizan por su concepción relacional¹¹ para atender conflictos en el ámbito transnacional.

Es así como, en términos generales, los medios de solución de controversias inversionista - Estado se pueden poner en práctica con prescindencia

¹ De conformidad con la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante UNCTAD). En: www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3.

² El Acuerdo de Promoción Comercial, negociado originalmente entre los Países Andinos y los EE.UU. es un TLC (y también es un AII), pero será mencionado en adelante como APC, con referencia precisamente al APC Perú-EE.UU. que se encuentra en proceso de ratificación en el Congreso de los EE.UU., habiendo sido recientemente ratificado por el Congreso de la República del Perú.

³ Ver el Capítulo X en: www.tlcp Peru-eeuu.gov.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf.

⁴ Es conocido el fracaso de la Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD) para constituir un Tratado Multilateral en materia de Inversiones (MAI). Graham califica de "victoria pírrica de alcance global" la que lograron ciertas Organizaciones no Gubernamentales (ONGs), al haber provocado, a fines de los años noventa, la suspensión de las respectivas negociaciones multilaterales. Esto desembocó, finalmente, en la "bilateralización del Derecho Internacional de las Inversiones (DII)" y en el retiro de Francia de las negociaciones del MAI, el 14 de octubre de 1998. Francia alegó para su retiro de las negociaciones que el MAI simplemente no prosperaría, en especial, en lo referente a una serie de temas y dificultades de consenso en el ámbito cultural y de las inversiones extranjeras. Algunos analistas han sostenido que la postura del gobierno francés obedecía más bien, y en realidad, a la necesidad política de mantener en ese momento la coalición gubernamental o "cohabitación" de la derecha, a la que justamente pertenecía el primer ministro Chirac. El retiro de Francia de las negociaciones del MAI satisfacía el interés de las fuerzas de la coalición socialista-comunista que justamente cogobernaba con el ministro Chirac. Esta situación se impuso y, finalmente, determinó el retiro de Francia de las negociaciones. Con el retiro de este país de las negociaciones del MAI, la alianza política interna francesa se mantuvo, pero se frustraron las negociaciones multilaterales de la OECD y, por ende, la posibilidad de contar hoy con un tratado multilateral unificado sobre la materia que, a su vez, hubiera unificado el DII. Ver: GRAHAM, Edward. "Regulatory Takings, Supranational Treatment and the Multilateral Agreement on Investment: Issues raised by Nongovernmental Organizations". Symposium: The International Regulation of Foreign Direct Investment: Obstacles & Evolution. National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions. Cornell International Law Journal. 1998. pp. 613-614.

⁵ PETERSMANN, Ernst. "International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order". Ulrich. 1987. En: The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory. The Hague, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers. p. 227.

⁶ UNCTAD. En: www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=2111&lang=1.

⁷ CASSESE, Sabino. "El Espacio Jurídico Global". En: Revista de Administración Pública. Madrid. 2002. p. 13.

⁸ ZUMBANSEN, Peer. "Transnational Law". En: Encyclopedia of Comparative Law. Jan Smits (editor). 2006. pp. 738-754.

⁹ STEINGART, Gabor. "Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit". En: Spiegel Magazin. En: www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html.

¹⁰ Sobre DII y los Tratados de Libre Comercio, ver: KUNDMÜLLER, Franz. "El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio". En: Revista Peruana de Arbitraje. Lima: Grijley. 2006. pp. 119-178.

¹¹ GUERRA MARTIENERE, Luis Felipe. "Algunos aspectos principistas de un nuevo Derecho". En: Derecho 27. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1969. p. 86.

de las respectivas jurisdicciones estatales nacionales¹². Es más, las otras opciones de gestión o solución de controversias no podrían “competir” con las ventajas estructurales y técnicas que ofrece el arbitraje en materia de inversiones. Dichas ventajas han venido expandiéndose aun más durante la última globalización¹³. Otras opciones para resolver este tipo de conflictos se encuentran hoy prácticamente en desuso y consisten en:

- a) Recurrir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión.
- b) Lo que es más inusual, recurrir a la jurisdicción del Estado del inversionista.
- c) Recurrir a la jurisdicción de un tercer Estado; o
- d) Recurrir al uso de la fuerza como en las épocas de la *gunboat diplomacy* del Siglo XIX y principios del Siglo XX.

Por cierto que la última opción es hoy inadmisibles y en los tres primeros casos encontramos las limitaciones técnicas propias¹⁴ de la jurisdicción estatal “estática” o los respectivos problemas de confianza entre las partes. Como se aprecia a partir de diversas fuentes, la jurisdicción estatal “estática” no ha sido concebida ni diseñada para abocarse eficiente ni eficazmente a la solución de controversias de rai-gambre jurídico-económico transnacional, alcance transfronterizo y expresión dinámica¹⁵.

Las limitaciones de la jurisdicción estatal “estática” son, en este ámbito de especialización jurídica, similares a las que encontramos en la gestión y solución de conflictos comerciales o de tipo patrimonial, de alcance intra o transfronterizo. Se trata de limitaciones estructurales que determinan que hoy sea indispensable la aplicación del arbitraje comercial nacional o

internacional¹⁶, según sea el caso y de conformidad con el marco jurídico que corresponda. A tal punto que, de acuerdo a algunas fuentes muy bien documentadas, nos encontramos ante el surgimiento de la *lex mercatoria procesal*, expresada en el arbitraje contemporáneo¹⁷.

Los Alls reflejan parte del espacio jurídico global, transfronterizo y transnacional, conformado por la conjunción de los tratados internacionales de tipo económico y financiero¹⁸, primordialmente, Tratados de Libre Comercio (en adelante, “TLCs”). Los Alls coexisten entre sí y con una amplia gama de otros tratados internacionales, tanto de cooperación económica como de integración regional. En consecuencia, existe un universo jurídico complejo en el cual se está dando el desarrollo y la aplicación de los medios de solución de controversias en los Alls, en especial, respecto de temas como la cláusula de la nación más favorecida (en adelante, “NMF”) y sus efectos jurídicos homologadores, en el marco del DII¹⁹.

Es en este contexto en el que se practica el arbitraje híbrido entre inversionistas y estados. Dicho arbitraje es el resultado de la aplicación de las disposiciones contenidas en los capítulos de inversiones de los TLCs y de los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, “TBIs”). Se le denomina arbitraje híbrido, pues se ubica jurídicamente en una posición intermedia entre el arbitraje entre privados y el arbitraje entre estados, contando con características propias y un alto nivel de especialización que lo hacen compatible con los contenidos transaccionales y transnacionales de las inversiones.

Los TLCs y los TBIs son dos tipos específicos de Alls que contienen reglas de DII. La doctrina especializada explica que los capítulos de inversiones

¹² Podrían existir excepciones o un trato diferente de este asunto en lo que concierne a los Alls norte-norte, a diferencia de los Alls norte-sur. En efecto, en el caso del acuerdo de libre comercio Canadá-USA previo al NAFTA, no existía un régimen de arbitraje especializado en inversiones como el del Capítulo XI del NAFTA.

¹³ Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Ver: AL FARHAN, Farhan. “The Procedural Law Applicable to Arbitration. The Seat Theory & Delocalisation Theory”. International Commercial Arbitration: Center for American and International Law. En: www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf.

¹⁴ Con esto no se niega el rol que corresponde a la jurisdicción estatal nacional, la misma que, finalmente, concurre con otros medios de solución de controversias de carácter nacional e internacional, como el arbitraje, la conciliación y otros, de donde surge la necesidad de promover la eficiencia y perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de asegurar y consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

¹⁵ CALLIESS, Galf-Peter. “Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System”. En: German Law Journal 17. Volumen 2. p. 2.

¹⁶ WEINBERG, Karyn. “Equity in International Arbitration: How Fair is “Fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition”. En: Boston University International Law Journal. 1994.

¹⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Globalization of Arbitral Procedure”. En: Vanderbilt Journal of Transnational Law 36. 2003. pp. 1313-1333.

¹⁸ KUNDMÜLLER. Op. Cit. p. 133.

¹⁹ Los primeros antecedentes de la cláusula NMF se remontan al Siglo XII, período de gran expansión de la *Lex Mercatoria* Europa. Posteriormente, en 1778, se incorpora por primera vez en un tratado de Comercio, Amistad y Navegación celebrado entre Francia y los EE.UU. Ver: OECD. “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”. Working Papers on International Investment Number 2004/2. p. 3.

en los TLCs son equivalentes en su contenido a las disposiciones contenidas en los TBIs. De modo que, mientras los TLCs regulan la integridad de la relación jurídico-económica entre los estados, los TBIs regulan exclusivamente los temas relativos al tratamiento de las inversiones²⁰. Pero, en ambos casos, se trata de medios que se orientan a la promoción de inversiones mediante la aplicación del DII.

A su vez, el arbitraje contenido en los TLCs y en los TBIs mantiene una base jurídica especializada, articulada a partir de tratados internacionales que armonizan con los principales tratados internacionales en materia de arbitraje y con el respectivo *soft law*²¹, como la Convención de Panamá y la de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos²², respectivamente, o el Tratado o Convención de Washington que creó el Centro Internacional de Solución de Controversias Inversionista - Estado (en adelante, "CIADI"²³), entre otros.

De otro lado, los 5,000 AIs que existen en el mundo comprenden alrededor de 2,400 TBIs. A lo que se suman más de 2,600 acuerdos para prevenir la doble tributación y un número múltiple de acuerdos preferenciales de libre comercio y promoción de inversiones, además de diversos tratados de integración económica regional, entre otros acuerdos multilaterales y plurilaterales²⁴.

Aquel contexto comprende formas de tratamiento jurídico específico, con diferentes ámbitos de aplicación y vigencia en el tiempo. Pero de otro lado,

también se caracteriza por contar con lineamientos básicos comunes que sustentan el desarrollo normativo y regulatorio del DII contemporáneo. Por su parte, los laudos arbitrales resuelven controversias entre inversionistas y estados en aplicación de disposiciones de AIs e influyen la interpretación y evolución jurídica de la vasta red de AIs que existe en el mundo. Conformen, así, la jurisprudencia blanda o *soft jurisprudence* que hoy es consultada en prácticamente todos los arbitrajes en inversiones.

La influencia de los laudos es creciente, descentralizada y especializada, a tal punto que los últimos AIs incorporan consecuencias, conceptos y categorías jurídicas producidas mediante jurisprudencia generada en sede arbitral. En cierta forma, esta producción jurisprudencial se convierte en una fuente indirecta del DII. En cuanto al volumen de casos, hacia noviembre de 2005 hay un progresivo y sostenido crecimiento tanto de arbitrajes ante el CIADI, como ante otros foros diferentes a aquel. Lo cierto es que el volumen acumulado de casos sigue creciendo. Ha llegado a un total de 219 entre 1987 y el año 2005 y todo indica que esta progresión seguirá su curso expansivo, a medida que evoluciona la última globalización²⁵.

La que sigue es la relación de países que han sido y/o son parte demandada en arbitrajes de conformidad con información que ofrece UNCTAD entre 1987 y el año 2005. Según la misma fuente, esta información es meramente referencial, pues en modo alguno consigna el número total de casos existentes en el mundo²⁶:

Argentina 42
México 17
Estados Unidos 11
India 9
República Checa 8
Egipto 8
Ecuador 7
Polonia 7
Federación Rusa 7

Albania 1
Bangladesh 1
Barbados 1
Bolivia 1
Bulgaria 1
Croacia 1
El Salvador 1
Francia/Reino Unido 1
Alemania 1

²⁰ KUNDMÜLLER. Op. Cit. p. 133.

²¹ Por citar un ejemplo, las reglas de la Internacional Bar Association para la actuación de pruebas en los arbitrajes internacionales, que se suelen incorporar por decisión de las partes o de los árbitros. En: www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf.

²² Ver: www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

²³ Ver: www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

Canadá 6	Ghana 1
República de Moldavia 5	Guyana 1
Chile 4	Indonesia 1
República Democrática del Congo 4	Kyrgyzstan 1
Kazakhstan 4	Lituania 1
Rumania 4	Malasia 1
Ukrania 4	Mongolia 1
Hungría 3	Myanmar 1
Pakistan 3	Paraguay 1
Venezuela 3	Perú 1
Algeria 2	Portugal 1
Burundi 2	Arabia Saudita 1
Estonia 2	Serbia y Montenegro 1
Georgia 2	Eslovenia 1
Jordania 2	España 1
Latvia 2	Trinidad y Tobago 1
Líbano 2	Túnez 1
Marruecos 2	República Unida de Tanzania 1
Filipinas 2	Vietnam 1
Sri Lanka 2	Yemen 1
Turquía 2	Zimbabwe 1
Emiratos Árabes Unidos 2	Desconocidos 9
	Total de casos de arbitraje en inversiones: 219

La influencia de la actividad arbitral especializada en inversiones se traduce de distintas maneras. Por ejemplo, hoy destaca la importancia de los laudos como referente técnico-jurídico para las futuras negociaciones de AIs y para el planeamiento estratégico de dichas negociaciones. En tal sentido, los más recientes AIs como el APC, el TLC Países Andinos - EE.UU., el TLC Chile - EE.UU., el TLC Australia - EE.UU., entre otros, están influenciados positivamente por la evolución arbitral internacional en materia de DI²⁷.

Para aquellos casos arbitrales en inversiones que se encuentren en curso, también resultan relevantes los arbitrajes respecto de temas similares, no obstante que diversos temas sustantivos del DI requieren de un tratamiento

específico por la vía del caso por caso o *case by case basis*, a partir del AI que corresponda. Las disciplinas que comprende el DI son principalmente: los alcances de la cláusula de la NMF en función de otros AIs, el trato nacional, el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el régimen de expropiaciones directas e indirectas, los requisitos de desempeño, el tránsito de personal, empresarios y especialistas, entre otras²⁸.

El arbitraje inversionista - Estado, previsto en la mayoría de los AIs, tiene la finalidad de generar progresivamente un efecto de balance entre inversionistas y estados, entre lo público y lo privado, coadyuvando a la promoción de las inversiones extranjeras²⁹. Ello también supone procurar un

²⁷ Ver: KUNDMÜLLER, Franz. "Arbitrajes Mixtos y Ley Aplicable en el TLC Países Andinos con USA". En: Revista Peruana de Arbitraje. Número 2. Lima: Grijley. 2006. pp. 227-249.

²⁸ SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment". Press Syndicate of the University of Cambridge: Cambridge University Press. United Kingdom, EE.UU., Australia, Spain, South Africa. 2004. p. 552.

²⁹ A efectos de promover inversiones, se debe agregar la relevancia de una variada gama de factores, como son: la seguridad jurídica interna, el riesgo país, la competitividad, las capacidades institucionales públicas y privadas, la vigencia del Estado de Derecho, el nivel de confianza ciudadana en las instituciones públicas y privadas, el derecho interno especializado en la materia, los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchas otros. Por lo pronto, UNCTAD informa respecto del volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo en materia de inversiones, en donde se puede apreciar una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que, mientras en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003, lo hicieron 82 países, es decir, más del doble. A su vez, mientras en 1991 solamente se pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera, en el año 2003, se registraron 220. En: UNCTAD World Investment Report: The Shift Towards Services. United Nations Publication. Suiza. p. 8.

balance entre países exportadores y países importadores de capital. No obstante que, como se ha señalado líneas arriba, los flujos de entrada y salida de inversión se concentran, principalmente, en los países exportadores. Esto cobra particular importancia para el caso peruano que, como sabemos, requiere de ingentes recursos a ser destinados en la inversión en infraestructura y otros ámbitos.

En efecto, el Perú es un país importador de capital que no constituye una excepción en este competitivo ámbito global para atraer inversiones. Esto se debe a sus crecientes necesidades internas y a sus limitaciones para captar inversiones. Un reciente estudio explica que el Perú mantiene un déficit general de inversión en infraestructura. El déficit por este concepto asciende a 30,365 millones de dólares, es decir, cerca del 40% del PBI nacional, siendo incluso superior a la deuda pública peruana³⁰. Dicho déficit limita severamente las posibilidades de desarrollo del país, en especial cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insuficientes para cubrirlo; a lo que se suman los costos de los pasivos sociales que subsisten y merecen atención prioritaria. Los indicadores económicos que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho³¹. Adicionalmente, a efectos de incrementar la competitividad del Perú³² y su inserción global, resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura, pasando del actual uno por ciento del Producto Bruto Interno al tres por ciento³³. Sin perjuicio de que no ha existido unidad de criterio respecto de la forma como se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión³⁴, los estudios más recientes demuestran que los AII, y en especial los TBIs, contribuyen efectivamente a atraer inversiones hacia los países importadores que son parte en los mismos³⁵.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS AIIS

Las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional han estado históricamente mediatizadas por el hecho y la necesidad de que su Estado de origen le brinde la protección diplomática del caso³⁶, para luego, por la vía del endoso³⁷, el mismo Estado proceda a hacer suya la reclamación del inversionista³⁸. Procede así con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente o para lograr soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia³⁹. Evidentemente que esta estructura pasa por el interés soberano del Estado de brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad, requiriendo que éste solicite oportunamente la protección, ejerciendo sus derechos como ciudadano⁴⁰.

Esta concepción jurídica de la figura del endoso a partir de un acto soberano y la resistencia histórica de los estados para proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus connacionales o subrogarse en la posición de estos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AII, en especial, de los TBIs, en los años 70 y 80 del siglo pasado, los que, a su vez, configuran la matriz jurídica de las normas especializadas para la solución de controversias entre inversionistas y estados, recogidas en la estructura jurídica híbrida del NAFTA y de los sucesivos AII, en plena etapa inicial de la última globalización⁴¹. El inversionista se "liberó" así de su Estado de origen, contando ahora con el derecho, de ser el caso, a recurrir en forma directa a la solución de la controversia por vía del arbitraje en inversiones.

2.1. Los Tratados Jay de 1794 y el DII

Del mismo modo, los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos que hoy sirven de

³⁰ Ver: DU BOIS, Fritz y Javier TORRES. "Déficit y Sobrecostos de la Economía Peruana". En: Revista de Economía y Derecho. 2006. p. 7.

³¹ Ver: indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano. En: unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604.

³² Ver: reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad: www.weforum.org/en/index.htm.

³³ Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicado en Agencia de Noticias Andina. 10 de octubre de 2006. En: www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789.

³⁴ Ver: MORAN, Theodore. "Inversión Extranjera Directa y Desarrollo". Londres: Oxford University Press. 2000.

³⁵ Ver: NEUMAYER, Eric y Laura SPESS. "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?" Londres: LSE Research Online. Febrero de 2006. En: eprints.lse.ac.uk/archive/00000627.

³⁶ Resulta de interés para el Perú el Caso Canevaro, ocurrido a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, entre Perú e Italia. En: Revista CARETAS 1660. 2001. "El Caso Canevaro".

³⁷ RAMACCIOTTI, Beatriz. "Estudios de Derecho Internacional". Lima: Instituto Peruano de Relaciones internacionales. 1990. pp. 73 y siguientes.

³⁸ Pero bajo este esquema, la protección estatal se ha basado consuetudinariamente en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del Derecho Internacional de las Inversiones.

³⁹ WILTSE, Jessica. "An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA". Capítulo 11. En: Buffalo Law Review 51 Buffalo Law Review 1145. 2003. p. 1152.

⁴⁰ De conformidad con el Derecho Internacional, el Estado se encuentra en la libertad (soberana) de proceder al endoso y, de otro lado, los derechos del nacional son irrenunciables, de modo que la prohibición de recurrir a la protección diplomática contenida en la legislación de América Latina, a partir del auge de la Doctrina Calvo, no llegó a tener el carácter vinculante de otras normas de Derecho Internacional. RAMACCIOTTI, Beatriz. Op. Cit. pp. 73 y siguientes. Ver además: CREMADES, Bernardo. "Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues". En: Dispute Resolution Journal. Mayo de 2004. pp. 78 y siguientes.

⁴¹ WILTSE, Jessica. Op. Cit. p. 1151.

marco jurídico para regular las relaciones entre inversionistas y estados, conformando la base del DII, se ubican también en los primeros acuerdos esencialmente comerciales concertados por EE.UU. durante los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Los encontramos en la forma de acuerdos de navegación, amistad y comercio. En aquel entonces, la regulación de las inversiones no se encontraba expresamente prevista de la forma en que hoy lo hace un AII, un TBI o un TLC de última generación⁴².

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLCs contemporáneos incorporan, en el respectivo capítulo de inversiones⁴³, la estructura jurídica transnacional propia de un TBI y de los correspondientes medios de gestión de conflictos, incluyendo el arbitraje inversionista - Estado. Tanto en los TLCs como en los TBIs se hace hoy viable el acceso directo o *ius standi* del inversionista, dándole a éste la posibilidad de iniciar un arbitraje en contra de un Estado ante un foro internacional y creando así un nuevo estándar que se ha consolidado en el ámbito del DII⁴⁴.

Siguiendo con la evolución histórica de las estructuras jurídicas especializadas para el tratamiento de la inversión, es recién con posterioridad a 1946 cuando EE.UU. procedió a la ratificación de 23 TBIs, cosa que se extendió hasta el año de 1966, reeditando así la tradición de los Tratados Jay celebrados con el Reino Unido durante los tiempos *post* coloniales⁴⁵. Como se ha precisado, los Tratados Jay incorporaron por primera vez, en tiempos modernos, la entonces muy controvertida posibilidad de que los particulares puedan litigar contra un Estado⁴⁶.

Claro que la experiencia de los Tratados Jay, aunque definidos hace más de dos siglos como “veniales” por Thomas Jefferson, corresponde a una época

específica. Fue en 1794, una vez concluida la guerra de la independencia, cuando el negociador americano John Jay⁴⁷, por encargo de su Gobierno, generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos de los tiempos de la “descolonización” americana recurran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de supuestas usurpaciones de patrimonio por parte de los independentistas.

No está demás mencionar que, en aquella época, los EE.UU. eran una nación “subdesarrollada”, emergente y deudora. Adicionalmente, las políticas de estado de los EE.UU. se encontraban esencialmente orientadas por los principios del nacionalismo económico⁴⁸. La alternativa tremendamente onerosa e impensable para resolver estas disputas, hubiera sido, nuevamente, la guerra.

2.2. La relevancia de la *post* Segunda Guerra Mundial para el DII

Pero la “primera etapa de desarrollo de los AIIs”, cuyo antecedente histórico fueron los Tratados Jay, no logró una expansión significativa en el caso de EE.UU. Posteriormente, y luego de la Segunda Guerra Mundial, son los países europeos los que toman la iniciativa, dando lugar a la “segunda etapa de desarrollo de los AIIs”. Ésta se intercala con la primera etapa en la década de los años cincuenta⁴⁹. En este caso, una de las motivaciones históricas para la negociación y ratificación de TBIs, fue el proceso de descolonización respecto del remanente de colonias europeas. Éstas resultaron emancipándose a raíz de los resultados de la Segunda Guerra Mundial.

Adicionalmente, y como consecuencia de la guerra mundial, los países vencidos en la guerra –y sus ex colonias– pasaron a ser importadores netos de

⁴² SALACUSE, Jeswald y Nicholas SULLIVAN. “¿Do BITS really work?: An evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand Bargain”. En: Harvard International Law Journal 46. p. 87.

⁴³ Nos referimos, por ejemplo, al Capítulo 11 del NAFTA; al capítulo correspondiente del TLC Chile-EE.UU.; o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA-EE.UU.

⁴⁴ MANNING-CABROL, Denise. “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”. En: Law and Policy in International Business 26. Symposium: The United States and Transition Economies: Legal and Business Strategies for Public and Private Success. p. 1169.

⁴⁵ La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en EE.UU. Como señala Alford: “When news of the terms of the treaty broke, there were literally mobs in the streets. Chief Justice John Jay was declared a traitor and burned in effigy. George Washington’s reputation was assailed as never before, with Thomas Jefferson describing the treaty as a “monument of venality”. Ver: ALFORD, Roger P. “The American Influence on International Arbitration.” En: Ohio State Journal on Dispute Resolution 19. 2003. p. 72.

⁴⁶ TIETJE, Christian. “Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten”. En: Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Martin Luther Universität, Halle- Wittenberg. Heft 10. 2003. p. 5.

⁴⁷ En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de los EE.UU.

⁴⁸ AGUILAR ALVAREZ, Guillermo y William PARK. “The New Face of Investment Arbitration: Nafta Chapter 11”. En: Yale Journal of International Law. 2003. p. 266.

⁴⁹ SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

capital, ante la devastación que dejó el conflicto. En este punto resulta de sumo interés tener en cuenta que tanto los Tratados Jay del siglo XVIII como el CIADI o ICSID del siglo XX, surgen en momentos históricamente diferentes de “descolonización”, por contraste con la génesis de los TBIs europeos que estuvo influenciada por las situaciones económicas críticas y hasta desastrosas de sus gestores y por su imperiosa necesidad de atraer inversiones para la reconstrucción, lo que se realizó en medio del surgimiento del bipolarismo como modo de organización geoestratégico global, a partir del rivalismo desatado entre los EE.UU. y la Unión Soviética como potencias nucleares con aspiraciones hegemónicas mundiales.

2.2.1. El modelo europeo de AI

De otro lado, y en el ámbito global, la República Federal de Alemania dio inicio a la “segunda etapa de desarrollo” de los AIs. Lo hizo mediante la firma de un TBI con Pakistán en 1959, procediendo luego a firmar una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país Europeo con mayor volumen de TBIs en el mundo, manteniendo, en consecuencia, una clara política de promoción de inversiones que se ha extendido durante varias décadas⁵⁰.

Suiza, Francia, el Reino Unido y los Países Bajos siguieron el ejemplo alemán. Precisamente, se atribuye al primer TBI alemán la incorporación de la primera “cláusula paraguas”, que se nutre del principio de *pacta sunt servanda*. Ésta tuvo por objeto brindar protección jurídica y cobertura de tratado internacional a los contratos, autorizaciones o acuerdos de inversión celebrados entre estados e inversionistas.

Se facilitó así la calificación y tipificación de las relaciones jurídicas eventualmente no cubiertas por las protecciones propias del Derecho Inter-

nacional, subsumiéndolas al marco jurídico del AI y transformándolas en relaciones protegidas por el DI y por el respectivo AI, ante el cumplimiento de determinados requisitos⁵¹.

Hacia la década de los años 70 del siglo pasado, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBIs⁵²; la gran mayoría de estos AIs se celebraron con sus propias ex colonias. Una serie de factores han sido identificados como promotores de la expansión de los AIs y, en especial, de los TBIs europeos de la *post* Segunda Guerra Mundial, por contraste con la no expansión de los acuerdos promovidos por EE.UU. correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina, se sostiene que los acuerdos europeos de la llamada “segunda etapa” eran menos exigentes y más flexibles con los países en vías de desarrollo⁵³.

Las características antes mencionadas se apreciaban en lo que concierne a una mayor laxitud al demandar garantías legales respecto de temas como la libre convertibilidad, la abolición de requisitos de *performance* o rendimiento de las inversiones en el territorio del Estado receptor, la protección respecto de las expropiaciones, entre otros factores, destacando su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del período histórico respectivo.

2.2.2. El relanzamiento del modelo norteamericano de AI

El éxito del modelo europeo determinó que, finalmente y recién en 1981, los EE.UU. lanzaran un nuevo programa de desarrollo de TBIs, tomando en cuenta la experiencia europea en la materia y la coyuntura internacional de la época⁵⁴. Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades⁵⁵: una en el año 1994 y la otra en el año 2004. Eso se ha hecho mediante el perfeccionamiento del respectivo “modelo de TBI” de los EE.UU.⁵⁶.

⁵⁰ UNCTAD. IIA Monitor, International Investment Agreements. 2006. Op. Cit. p. 8.

⁵¹ WÄLDE, Thomas. “The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases”. En: Transnational Dispute Management. Volumen 1. Punto 4. Octubre 2004. pp. 1-87.

⁵² SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

⁵³ Algo similar ocurre en la actualidad cuando se negocia bajo el modelo de EE.UU. un TLC o un APC, por contraste con lo que es negociar un TLC con la Unión Europea. Mientras, en el primer caso los temas sociales son rebasados por completo por los temas económicos del libre mercado, en el segundo caso la agenda es una de tipo económico-social que tiene en cuenta las respectivas asimetrías. KUNDMÜLLER, Franz y Salvador HERENCIA. “Estrategias para la Agenda Económico Social de la Comunidad Andina”. En: Comisión Andina de Juristas, Corporación Andina de Fomento. 2006. pp. 104-116.

⁵⁴ SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 74.

⁵⁵ Es pertinente señalar que esta iniciativa se complementa en EE.UU. con la ley especializada correspondiente. En la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que llevan a cabo los EE.UU., los mismos que sirven de guía a los negociadores americanos desde agosto de 2002 en las negociaciones del TLC con Chile, Singapur y en la OMC, incluyendo las negociaciones del TLC con los Países Andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de que exista un balance entre la posibilidad de que los inversionistas americanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, pero de otro lado, señala la necesidad de que se protejan los intereses de los EE.UU. como potencial demandado en estos escenarios. GANTZ, David. “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the UNITED STATES-CHILE Free Trade Agreement”. American University International Law Review 19. 2004. pp. 693 y siguientes.

⁵⁶ Ibid. p. 690.

En septiembre de 2004, los EE.UU. ya habían firmado 45 TBLs⁵⁷. A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, procediendo también estos a negociar TBLs en forma creciente. Es así como, en 1997, Japón ya había firmado cuatro TBLs y Kuwait había firmado veintidós⁵⁸. La última modalidad de incorporación de reglas de DII es la que se produce en el caso de los TLCs de última generación, en los correspondientes capítulos de inversiones como el Capítulo X del APC.

Entender entonces al arbitraje entre inversionistas y estados establecido en el marco de los ALLs sólo es posible en la medida en que se tenga en cuenta la vinculación de las disciplinas que encontramos sobre esta materia, tanto en los antiguos tratados "tipo Jay" como en los TBLs y TLCs que vienen evolucionando y proliferando en forma notable durante la última globalización.

En todos estos casos, pero con algunas variaciones, se verifica la posibilidad de que los estados puedan ser llevados a tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un Acuerdo Internacional de Inversiones. Así, se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional⁵⁹. Evidentemente, los modelos jurídicos, que en estos casos sirven para que los privados puedan tener *ius standi*, también han evolucionado considerablemente a lo largo del tiempo⁶⁰.

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones en un TLC de última generación como el APC⁶¹ tiene dos propósitos con miras a la armonización y creación de balances entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico transnacional, que a efectos del DII, comprende la relación trilateral de los principales actores involucrados en una inversión. Es decir, la relación entre el Estado de la nacio-

nalidad del inversionista con el Estado receptor o importador de la inversión, así como la relación del inversionista con su Estado de origen y con el Estado receptor o importador de la inversión.

El primer propósito consiste en suministrar un conjunto de estándares obligatorios para el tratamiento de las inversiones y de los inversionistas por parte del Estado receptor de la inversión. Dichos estándares incluyen, por ejemplo, la definición de inversión cubierta, el trato nacional, el trato de la NMF⁶², el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, las restricciones a la aplicación de requisitos de desempeño, la libertad de designar o nombrar personal especializado y las libertades de tránsito de ejecutivos, la libertad de transferencia de fondos y la protección respecto de las expropiaciones directas o indirectas de carácter predatorio. Estas disposiciones suelen estar agrupadas en la sección A de los capítulos de inversiones⁶³.

El segundo y no menos importante propósito consiste en que la Sección B de dicho capítulo regula los medios de gestión y solución de conflictos entre inversionistas y estados. Estos medios resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulneren las disposiciones de la Sección A del capítulo de inversiones. En consecuencia, la Sección B contiene disposiciones para que los inversionistas puedan recurrir a un arbitraje especializado en la materia cuando se produce la violación de las disciplinas reguladas en la Sección A.

3. EL CAPÍTULO DE INVERSIONES EN EL APC Y SUS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

3.1. Importancia de la definición de "inversión cubierta"

El APC contiene en su Capítulo X sobre inversiones las disposiciones sobre DII que obligan a las partes

⁵⁷ Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBLs, habiendo negociado en los años noventa, más de cuarenta TBLs. En: PEREZ L, Jorge y TRAVIESO D. "The Contribution of BITS to Cuba's Foreign Investment Program". En: Law and Policy in International Business. 2001. p. 570.

⁵⁸ SALACUSE, Jeswald. Op. Cit. p. 87.

⁵⁹ TIETJE, Christian. Op. Cit. p.17.

⁶⁰ Si bien casi el 100% de la literatura sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas y estados se concentra en la necesidad de privilegiar y facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales, cabe referir, en este punto, que la Convención ICSID contiene disposiciones que permiten que también un Estado recurra en contra de un inversionista en vía de conciliación o arbitraje. Esto está previsto en los artículos 28 y 36 de la Convención. No obstante, la aplicación de la Convención depende del consentimiento manifestado por las partes en un Acuerdo Internacional de Inversiones o en un Convenio Arbitral especial y sus estipulaciones. De otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró, en su oportunidad, el principio de igualdad en el caso AMCO: "Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries". En: UNCTAD. Course on Dispute Settlement, International Centre for the Settlement of Investment Disputes. 2.1. Overview. UNCTAD/EDM/Misc.232. 2003. p. 11.

⁶¹ Además del Capítulo de inversiones, los TLCs de última generación comprenden normas que regulan los siguientes temas: acceso a mercados (productos industriales, textiles y agricultura), medidas sanitarias y fitosanitarias, administración aduanera, reglas de origen, servicios, propiedad intelectual, políticas de competencia, compras del estado, barreras técnicas al comercio, salvaguardias y medidas disconformes; solución de controversias; transparencia y asuntos institucionales; asuntos laborales; asuntos ambientales; fortalecimiento de capacidad comercial y cooperación.

⁶² Ver el Caso Maffezini respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y estados. En: ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

⁶³ GANTZ, David. Op. Cit. pp. 693 y siguientes.

que han ratificado el tratado. Estas comprenden la Sección A (artículos 10.1 al 10.14) sobre reglas o derecho sustantivo del DII y la Sección B (artículos 10.15 al 10.27) sobre medios de solución de controversias. A lo que se suma una sección C sobre definiciones. Las secciones en mención son parte del DII que hoy se encuentra plasmado en miles de AIs.

Es usual que a las secciones A, B y C se sumen los anexos correspondientes. En el caso del Capítulo X se incluyen los anexos 10-A al 10-H que serán materia de comentario más adelante y que definen con mayor claridad y precisión una serie de temas recogidos en el articulado del cuerpo principal del Capítulo X, especialmente respecto del contenido jurídico de las secciones A y B del APC.

Cabe reiterar que las disposiciones del Capítulo X no son ajenas al DII ni exclusivas del APC, ya que adoptan estructural, sustantiva y adjetivamente el modelo jurídico generalmente recogido hoy en un número muy amplio de AIs que se encuentran vigentes en el mundo, en especial en los TLCs y en los TBIs, los mismos que, a su vez, han ido evolucionando a partir de la experiencia jurisprudencial arbitral generada en el marco de dichos AIs.

De otro lado, el artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del Capítulo X y la cobertura del mismo, precisando *"para mayor certeza"* que las disposiciones del capítulo no se aplican a inversiones preexistentes al APC (ver numeral 10.1.3). Esta disposición es de suma importancia pues elimina las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al acuerdo⁶⁴. En consecuencia, las controversias preexistentes no están cubiertas por el APC⁶⁵.

Adicionalmente, el numeral 10.2.1 precisa la relación entre el Capítulo X y los demás capítulos del APC. Queda establecido que "en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad". En todo caso, el Capítulo

X debe ser leído y entendido a la luz de las definiciones contenidas formalmente en el tratado, específicamente en el artículo 10.28 (Sección C, Capítulo X). Este artículo contiene el detalle de los conceptos definidos en el Capítulo X, en lo referente a una gama de temas como la inversión, el inversionista, la parte y otros más.

Las definiciones en mención forman parte del tratado y configuran obligaciones y derechos internacionales para las partes en el APC y, en su oportunidad, para las partes en conflicto en el marco del Capítulo X, incidiendo, así, en la posibilidad o imposibilidad de someter a arbitraje determinada controversia. De hecho, uno de los mecanismos procesales de defensa que se suele utilizar por parte de los estados en los arbitrajes inversionista - Estado consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión "no cubierta", ya sea por no encontrarse ésta tipificada en el AI, o porque cronológicamente la controversia se presentó en un momento en el que el AI no estaba vigente ni brindaba cobertura.

Es así como en el Capítulo I del APC, en la parte que se refiere a las definiciones generales del APC, consta el concepto de "inversión cubierta" que rige para todo el tratado y que, a su vez, remite al artículo 10.28 de la Sección C que se ha citado anteriormente: "inversión cubierta: significa, con respecto a una Parte⁶⁶, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (Capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente".

En consecuencia, tanto las definiciones contenidas en el Capítulo X del APC como la definición general de "inversión cubierta" antes citada, son de suma importancia y establecen con precisión los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro del APC. Si de conformidad con el APC nos encontramos ante una controversia que no verse sobre una inversión cubierta, en consecuencia, estaríamos ante una

⁶⁴ Como es de conocimiento público, EE.UU. preconditionó el desarrollo de las negociaciones del APC, exigiendo la solución de una serie de "conflictos pendientes" de empresas americanas en el Perú. Algunos de estos conflictos fueron arbitrados en aplicación de la legislación peruana y otros fueron resueltos en sede judicial. En consecuencia, el APC toma en cuenta esta realidad; de lo contrario, es muy probable que EE.UU. hubiera presionado para que se pueda aplicar el APC en forma retroactiva.

⁶⁵ Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AIs y dentro del marco del DII establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AI en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales, es decir, se debe de tratar de un inversionista, una inversión y todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AI. La doctrina y jurisprudencia arbitral derivada de AIs abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico del la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Ver: www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

⁶⁶ Se refiere a la parte Estado que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ninguno de los medios de solución de conflictos tipificados por la Sección B del Capítulo X.

3.2. Conceptos de excepción al de “inversión cubierta” que concurren en el Capítulo X

3.2.1. Medidas Disconformes

Adicionalmente al concepto de “inversión cubierta” se debe de tomar en cuenta el efecto de las “medidas disconformes”⁶⁷ al cual se refiere el artículo 10.13 del Capítulo X, de modo que dichas medidas, por ejemplo, han sido listadas en el Anexo I del APC⁶⁸, a efectos de que no se genere ningún efecto que permita o sirva de base para que un inversionista pueda recurrir al sistema de solución de controversias por la presunta violación de las disciplinas del DII contenidas en la Sección A del Capítulo X.

Por ejemplo, en la relación de diversas medidas disconformes listadas por el Perú, se encuentra la disposición constitucional peruana que prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera⁶⁹. De modo que un inversionista titular de una “inversión cubierta”, de conformidad con el Capítulo X, no podría en este caso alegar la violación del trato nacional regulado en la Sección A del Capítulo X del APC, como causal para activar el medio de solución de controversias, en caso las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

3.2.2. Medio ambiente

El artículo 10.11 del Capítulo X precisa que “nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.

Esta disposición también recoge una tendencia internacional que se registra en el DII, cuando se trata de la protección del medio ambiente. En

consecuencia, el prerrequisito es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el Capítulo X, pero se fundamentará en la necesidad de tomar en cuenta las necesidades de carácter ambiental. Esto implica que el Estado mantiene sus atribuciones de imperio en lo referente a los temas materia de comentario en este punto.

3.2.3. Régimen de denegación de beneficios

El artículo 10.12 precisa los supuestos en los que no cabe que el inversionista o la inversión cuenten con los beneficios reconocidos en el Capítulo X. Entre otros criterios detallados en el artículo, encontramos el de la nacionalidad de los propietarios de una empresa así ésta haya sido constituida en el territorio de uno de los estados parte del APC, cuando la nacionalidad de dichos propietarios es diferente a la de los estados parte en el APC. Otro criterio utilizado es el de la relevancia de las actividades comerciales, entre otros. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluyendo la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la Sección B del Capítulo X.

3.2.4. Expropiaciones y bienestar público, anexo 10-B

El numeral (b) del anexo en mención precisa que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.

El concepto de “bienestar público” recogido en este anexo es diferente al “propósito público” que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página, referida al artículo, que para mayor certeza, para los fines de este artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del Derecho Internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad

⁶⁷ De conformidad con el diccionario comercial de la Organización de Estados Americanos, una medida disconforme es cualquier ley, regulación, procedimiento o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional. En: www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp.

⁶⁸ La relación de medidas disconformes listadas por el Perú pueden consultarse en: www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf. Del mismo modo, las medidas disconformes enunciadas por EE. UU. se pueden consultar en: www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-EUA.pdf.

⁶⁹ En: www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf.

pública”, “interés público”⁷⁰ o “utilidad pública”.

En tal sentido, el “propósito público” es la motivación de la expropiación tutelada por el Derecho Público, pero, a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el “bienestar público” en ámbitos como salud, seguridad y medioambiente.

Mientras en el caso de la expropiación (directa o indirecta) el inversionista (que califique como tal) expropiado tiene derecho a una indemnización y para ello podría, eventualmente, activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el Capítulo X, tenemos, de otro lado, que en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios del Estado no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la Sección B del Capítulo X.

3.3. De los medios de solución de controversias en el Capítulo X del APC

3.3.1. Medios no adjudicativos

De acuerdo con las últimas tendencias en materia de gestión de conflictos dentro de los AII, el artículo 10.15 ha previsto, como una etapa previa, que las partes en litigio resuelvan sus controversias respecto de una “inversión cubierta”, mediante la aplicación de otros medios diferentes al arbitraje inversionista - Estado. Esta tendencia se registra después de las experiencias arbitrales del NAFTA⁷¹.

En tal sentido, en el artículo se utiliza la nomenclatura “consultas y negociación, (...) procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes”. Esta es una disposición que recoge el interés de las partes en el APC de reducir los costos de transacción que supone la gestión del conflicto inversionista - Estado.

Esto se propicia en la medida en que se permite en el Capítulo X la posibilidad de que las partes

en conflicto eviten al principio los modelos adjudicativos de solución de controversias como el arbitraje. En consecuencia, se entiende que estos serán utilizados una vez que los “procedimientos de carácter no obligatorio” hayan fracasado.

3.3.2. Arbitraje

La estructura de la Sección B del Capítulo X, al igual que en la mayoría de AII, se orienta a otorgarle al inversionista de la nacionalidad de una parte en el APC la posibilidad de iniciar las actuaciones arbitrales ante la ocurrencia de determinados supuestos. En tal sentido, la definición de demandante, en la Sección C del Capítulo X, precisa que “significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”. Del mismo modo, la definición de demandado “significa la Parte⁷² que es parte de una controversia relativa a una inversión”.

Esto quiere decir que los estados parte no podrían interponer demandas contra los inversionistas de la otra parte en el APC, ya que el sistema arbitral del capítulo está estructurado para ser puesto en práctica específicamente por el inversionista respecto de controversias relativas a una inversión y donde los estados son considerados como demandados. Con lo que la vía que corresponde al Estado, a efectos de resolver controversias en el APC, se limita al mecanismo de gestión de conflictos Estado - Estado que contiene el Capítulo XXI⁷³.

No obstante, en este punto debemos tener en cuenta que el DII ha reconocido en diversas oportunidades, por vía de la doctrina y la jurisprudencia arbitral especializada, la necesidad de preservar el equilibrio entre inversionistas y estados. En tal sentido, y sin perjuicio de lo establecido en el APC, potencialmente es posible que un Estado pueda llevar a cabo un arbitraje ante el CIADI, siempre que se cumplan determinados supuestos como el consentimiento de las partes para hacerlo, entre otros⁷⁴.

Del mismo modo, cabe destacar en este punto que en el caso AMCO el Tribunal Arbitral interpretó que

⁷⁰ En reciente sentencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha interpretado la estabilidad de los contratos en un sentido que podría entrar en conflicto con el APC. Se ha señalado que los contratos de concesión, conforme su regulación en el Derecho peruano, pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto por el Estado, siempre que medien razones de interés público. De esta manera se relativiza el alcance del artículo 62 de la Constitución Política del Estado sobre imposibilidad de modificar los contratos. Ver caso Empresa de Transportes Sol del Perú, expediente 2488-2004-AA/TC. En: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html.

⁷¹ UNCTAD. “Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review”. En: *UNCTAD Series on International Investment Policies*. New York, Geneva. UNCTAD/IIT/2005/4. 2005.

⁷² Con referencia a la parte en el APC y no a la parte en el litigio a resolver en aplicación de la Sección B del Capítulo X.

⁷³ Ver: www.tlcpereu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/21.Solucion_de_Contrroversias.pdf.

⁷⁴ KUNDMÜLLER, Franz. Op. Cit. p. 161.

la Convención CIADI se orienta a proteger de la misma manera y con el mismo vigor tanto a los inversionistas como al correspondiente Estado receptor de la inversión. El Tribunal resaltó que la protección a la inversión extranjera finalmente implica proteger tanto a los países exportadores como a los importadores de capital en pie de igualdad⁷⁵. Esto significa que, bajo el amparo del CIADI, y tomando en cuenta los medios que provee dicha convención, un inversionista podría acceder a un arbitraje en el que el Estado parte de la convención formule reclamaciones en contra. Esta sería una vía no prevista en el APC, pero posible en la medida que tanto el Perú como EE.UU. son parte de la Convención CIADI⁷⁶.

3.3.2.1. Inicio del arbitraje

3.3.2.1.1. Aspectos generales

El numeral 10.16.1 precisa la posibilidad de iniciar un arbitraje como consecuencia de la violación de las disciplinas contenidas en la Sección A, tanto para el caso del inversionista como para el caso del demandante que representa a una empresa radicada en el territorio de la parte o Estado parte en el APC.

A ello se suma la eventual violación de acuerdos y autorizaciones de inversión. Respecto de las autorizaciones de inversión, en la nota a pie 15 de la Sección C sobre definiciones se señala que “las Partes reconocen que, en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, ninguna de las Partes tiene una autoridad de inversiones extranjeras que otorgue autorizaciones de inversión”. Ambos estados parte en el APC mantienen una política de apertura en la materia, pero en caso la legislación interna cambie, entonces la violación de autorizaciones y acuerdos podría interpretarse como una violación al Capítulo X.

El consentimiento de los estados parte en el APC para recurrir al arbitraje como consecuencia de una demanda presentada por un inversionista en el marco del Capítulo X, está expresado de manera puntual y anticipada en el artículo 10.17, incluyendo el consentimiento para recurrir y aplicar el arbitraje del CIADI, las disposiciones de la Convención de Nueva York y las disposiciones de la Convención de Panamá sobre reconocimiento y

ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que son los casos en donde se requiere la expresión oportuna del consentimiento.

En la gran mayoría de arbitrajes derivados de la aplicación de Alls, las reclamaciones tienen origen en la violación de las disciplinas que, por ejemplo, contiene la Sección A del Capítulo X⁷⁷. Debe tenerse en cuenta que en el presente caso y en principio, no se trata de un arbitraje comercial, de modo que la materia arbitrable está determinada y delimitada exclusivamente por los alcances de las disposiciones contenidas en el Capítulo X del APC y sus respectivos anexos, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico comercial privado.

3.3.2.1.2. Notificación de intención de arbitrar y plazo para iniciar actuaciones

Sin perjuicio de la aplicación de los medios no adjudicativos previstos en el artículo 10.15, a efectos de recurrir al arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo X, el demandante debe proceder a notificar previamente y 90 días antes su intención de arbitrar conforme lo precisa el numeral 10.16.2.

Este tipo de disposiciones tienen la finalidad de contar con oportunidades adicionales para el manejo de la controversia y agotar así todas las posibilidades que permitan encontrar soluciones satisfactorias para las partes en el marco del APC, tomando en cuenta que una de las partes en conflicto es un Estado y que éste requiere de una coordinación compleja y plazos mayores para estructurar adecuadamente sus respuestas y, de ser el caso, su estrategia de defensa.

La notificación a que se refiere el artículo en mención detalla lo siguiente:

- “(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;
- (b) por cada reclamación, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable;

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ver: www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm.

⁷⁷ Es decir, violación del trato nacional, del trato de la NMF, de los niveles mínimos de trato (protección y seguridad plenas, trato justo y equitativo), violación del régimen de expropiación e indemnizaciones, del régimen de transferencias y de las disposiciones sobre requisitos de desempeño, entre otras. Como se ha señalado, todas estas disciplinas jurídicas forman parte del DII.

- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y,
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”.

Nuevamente, en esta relación de asuntos a presentar con la notificación de la intención de recurrir al arbitraje, el inversionista o demandante debe señalar la disposición puntual del APC que ha sido violada, entendiéndose la disposición que corresponda específicamente a la sección A del Capítulo X que ocasiona la reclamación. Esto implica que no debe de tratarse de una medida disconforme o que haya base para la denegación de beneficios u otros factores ya señalados líneas arriba en los puntos 3.2.1 a 3.2.4.

Del mismo modo, el demandante debe detallar la fundamentación de hecho y de derecho en la que funda su reclamación y la reparación correspondiente. Si bien el Capítulo X no precisa cuáles son las sanciones por no proceder oportunamente con la notificación formal de la intención de arbitrar, se entiende que ésta es una sección importante de la cadena de actos que debe ejecutar el demandante para poder iniciar las actuaciones arbitrales.

De conformidad con el numeral 10.16.3 del Capítulo X, deberán de haber transcurrido seis meses de ocurrida la controversia para que el interesado pueda iniciar las actuaciones arbitrales. Como se ha comentado, el inicio de las actuaciones arbitrales se dará previo intento de solución directa de la controversia por medios no adjudicativos. En principio, el referido numeral autoriza al inversionista a iniciar el arbitraje ante el CIADI, mediante un arbitraje institucional internacional inversionista - Estado. Del mismo modo, es factible que se inicie un arbitraje *ad-hoc* mediante la aplicación de las reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o por sus siglas en inglés: UNCITRAL⁷⁸.

Adicionalmente, las disposiciones del artículo materia de comentario también permiten que las partes en la controversia se sometan a un arbitraje ante un centro de arbitraje o ante una institución arbitral privada del lugar que pacten las partes. A su vez, el numeral 10.16.4 precisa cuando es que se entiende sometida a arbitraje una reclamación en cada uno de los supuestos ya detallados en el numeral anterior (10.16.3), otorgando claridad respecto del momento exacto en que ello ocurre

y refiriéndose expresamente a la base jurídica que corresponde.

De otro lado, el anexo 10-E establece además, en su numeral 1(a) en forma general, un plazo de un año para que los inversionistas puedan presentar reclamaciones diferentes a las derivadas de la violación del trato nacional y de la NMF.

3.3.2.1.3. Condiciones y limitaciones al consentimiento para arbitrar

En la Sección B del Capítulo X del APC se establecen una serie de limitaciones al consentimiento para arbitrar controversias entre inversionistas y estados. Por lo pronto, existe una limitación temporal, en el sentido de que ninguna controversia podrá ser materia de arbitraje una vez transcurridos tres años “a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada (...)” (numeral 10.18.1). Esto implica que el Estado eventualmente demandado puede usar estos medios de defensa para atacar la “arbitrabilidad” de la controversia, interponiendo las excepciones del caso.

Del mismo modo, en los numerales 10.18.2 a 10.18.4 se establecen otro tipo de limitaciones al consentimiento, las cuales implican un importante avance frente a lo que ha sido la experiencia del NAFTA, en los arbitrajes inversionista - Estado, eliminando prácticamente las posibilidades de que se dupliquen demandas en contra de los estados que son parte en el APC y precisando las opciones con las que cuenta el inversionista a efectos de tramitar sus reclamos.

Por ejemplo, en el numeral 10.18.2(a) y (b) se establece la obligación de renuncia por parte del demandante en lo que concierne a recurrir a otras vías judiciales, administrativas o de otro tipo, incluyendo la arbitral, para reclamar respecto de la violación de las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X y al aplicar el numeral 10.16 sobre sometimiento a arbitraje.

A su vez, el numeral 10.18.3 establece que son viables las medidas cautelares en curso antes del inicio de las actuaciones arbitrales, aunque a diferencia de diversos ordenamientos arbitrales, no precisa las atribuciones de los árbitros respecto de dichas medidas, debiendo entenderse que estos pueden modificarlas e, incluso, dejarlas sin

efecto. En este caso, no se trata propiamente de una renuncia al consentimiento, más sí de una cuestión de trámite y gestión de conflicto con miras a garantizar los resultados del arbitraje.

En el numeral 10.18.4 se extienden las mismas limitaciones que han sido establecidas en el numeral 10.18.2 al caso de las autorizaciones de inversión y a los acuerdos de inversión y a las controversias Estado - inversionista que pudieran derivarse de los mismos. Es decir, se trata de controversias que no tienen que ver directamente con la mayoría de disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X.

En concreto, esto significa que, en virtud de estos numerales, si un inversionista recurre a la vía jurisdiccional local, entonces ya no podrá recurrir a otras vías de solución de controversias. Este es el principio recogido a su vez taxativamente en el numeral 10.18.4 (b) para el caso de los conflictos derivados de acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión.

Por su parte, el anexo 10-F establece que la deuda pública no está considerada dentro de los alcances del Capítulo X, salvo que el demandante pruebe efectivamente que se trata de una expropiación no indemnizada.

De otro lado, el anexo 10-G establece limitaciones para que un inversionista de los EE.UU. pueda iniciar un arbitraje respecto de la vulneración de las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X, si es que se encuentra en curso su reclamación por otra vía y en el Estado receptor de la inversión, entendiéndose que dicha elección de foro es definitiva.

3.3.2.1.4. Selección de árbitros y realización del arbitraje

En el numeral 10.19.1 se precisa que, salvo acuerdo en contrario entre las partes en litigio, cada parte designará un árbitro y el presidente del Tribunal Arbitral será designado de común acuerdo entre las partes. Bajo esta metodología, el capítulo X busca fomentar el consenso en la designación del presidente del Tribunal Arbitral. Se entiende que una metodología similar deberá ser aplicada en caso las partes decidan llevar a cabo un arbitraje con árbitro único.

A su vez, el Secretario General del CIADI estará obligado a designar a los árbitros de conformidad

con la Sección B del Capítulo X (ver: numeral 10.19.2). Cabe tener en cuenta que, en caso no se constituyera un Tribunal en el plazo de 75 días de sometida la reclamación a arbitraje, el Secretario General del CIADI procederá a las designaciones del caso a su discreción, incluyendo al presidente del Tribunal Arbitral.

El artículo 10.19 precisa entonces que el Secretario General del CIADI cuenta con atribuciones para designar a los árbitros. Sin embargo, como se ha señalado, ello puede ser modificado mediante acuerdo entre las partes. En cuanto a la realización del arbitraje, en el artículo 10.20 se señala que el lugar del arbitraje se precisará de conformidad con las normas que señala el numeral 10.16.3.

En consecuencia, dependiendo del tipo de arbitraje que ponga en funcionamiento el inversionista, las reglas de dicho tipo de arbitraje determinarán el lugar del arbitraje. No obstante, en el numeral 10.20.1 se permite que, a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros puedan establecer el lugar del arbitraje, siempre que éste corresponda al territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.

La lógica de esta disposición radica en la necesidad de brindar cobertura y seguridad jurídica a los laudos internacionales mediante la aplicación del referido tratado internacional, en tanto que los países que son parte en el APC también son parte de la Convención de Nueva York y se garantiza así la ejecución del laudo.

En el mismo artículo, en los numerales 10.20.2 y 10.20.3 encontramos una importante innovación en cuanto a permitir la presentación de comunicaciones orales o escritas por parte de terceros en los arbitrajes, facultando a los árbitros a aceptar o considerar incluso las comunicaciones de *amicus curiae* o “amigos del juzgador” que pueden coadyuvar en el proceso de formación de criterio del Tribunal Arbitral.

Esta disposición facilita a iniciativa de terceros (pero a criterio del Tribunal Arbitral) la presencia y participación de expertos en diversos temas especializados, a diferencia del artículo 10.24⁷⁹. En los numerales 10.20.2 y 10.20.3 cabe incluir a las

⁷⁹ En este caso, se trata de expertos como pueden ser los peritos que pueda designar el Tribunal Arbitral a iniciativa propia o a pedido de parte, a diferencia del *amicus curiae*, quien puede participar incluso a iniciativa propia, pero cuya participación va a ser aceptada o no por el Tribunal Arbitral de conformidad con sus atribuciones.

organizaciones no gubernamentales que operan globalmente en diversos ámbitos que manejan temas de interés y con alcances para la sociedad civil.

Es usual, por ejemplo, que las organizaciones promotoras de la responsabilidad social de las empresas y de la defensa del medio ambiente, entre otras, participen cada vez con más frecuencia en los arbitrajes inversionista - Estado y a escala global.

A su vez, en el numeral 10.20.4 encontramos una innovación adicional en la regulación de las objeciones previas que formulen las partes respecto de la arbitrabilidad de la controversia o la falta de competencia del Tribunal Arbitral, entre otras. Es importante precisar que, por ejemplo, en el numeral 10.20.4 (b) se precisa que el Tribunal Arbitral suspenderá las actuaciones arbitrales respecto de los temas de fondo mientras se resuelve la objeción planteada por una de las partes. Esta norma es de suma importancia, pues permite desarrollar en orden el arbitraje, eliminando la posibilidad de que la discusión sobre los temas de fondo prosiga mientras se tramita la objeción al arbitraje o a la competencia del Tribunal Arbitral.

De otro lado, las medidas cautelares se encuentran reguladas detalladamente en el numeral 10.20.8, permitiendo medidas de este tipo para preservar los derechos de las partes con el fin de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del Tribunal. Esto se extiende, por ejemplo, a la necesidad de preservar las pruebas que pudieran encontrarse bajo el poder de alguna de las partes y que sean necesarias para la formación de criterio del Tribunal Arbitral.

Es por ello que, en cuanto a cautelares, los tribunales no pueden ordenar embargos respecto de las reclamaciones arbitrables conforme el artículo 10.16, ya que ello implicaría un adelanto de opinión respecto de los temas que son materia de discusión como asuntos de fondo en el arbitraje y que comprenden violaciones a las disciplinas tuteladas por el Capítulo X del APC. De modo que el régimen de medidas cautelares objeto de comentario obedece a un criterio diferente al de las cautelares conocidas generalmente en el Derecho Procesal nacional. Ello se debe a la

necesidad de preservar las decisiones de imperio que lleven a cabo los estados que son parte en el APC.

Otra innovación importante es la contenida en el numeral 10.20.9, que ha previsto la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar al Tribunal Arbitral, antes de que este se pronuncie sobre la responsabilidad de una de las partes, que comunique a éstas cuál va a ser su decisión, otorgando un plazo de 60 días a las partes para que presenten comentarios respecto del proyecto de laudo, entendiéndose que, en este caso, no existe adelanto de opinión por parte del Tribunal Arbitral.

El Tribunal considerará dichas opiniones y emitirá el laudo a más tardar 45 días después de vencido el plazo de 60 días antes mencionado. Como se puede apreciar, esta disposición permite incrementar la transparencia al momento de laudar, introduciendo elementos adicionales para aclarar criterios y conceptos que pudieran ser materia de controversia. De otro lado, la notificación previa solicitada por una de las partes puede, eventualmente, tener un efecto disuasivo que pudiera contribuir también a poner término a la controversia, reduciendo los costos de transacción en la gestión de la misma.

Finalmente, en el numeral 10.20.10 se establece un régimen regulatorio para el caso de que entre en vigencia algún tratado multilateral entre las partes en el APC que haya previsto la creación de un órgano de apelación. En este caso, las partes llegarán a un acuerdo para que dicho órgano de apelación pueda revisar los laudos que se hayan dictado de conformidad con el artículo 10.26.

Esta disposición debe ser leída junto con lo dispuesto en el anexo 10-D que ha previsto que las partes en el APC considerarán, en el plazo de tres años de entrada en vigencia del APC, la posibilidad de establecer un órgano de apelaciones. Estas normas recogen una corriente doctrinaria creciente que se inclina a favor de la necesidad de contar con órganos de apelación en los arbitrajes inversionista - Estado, en especial, para eliminar eventuales inconsistencias en procesos arbitrales similares y ante las características especiales de este tipo de conflicto, incluyendo el impacto colateral que pueden tener los correspondientes laudos arbitrales en la sociedad civil y en el ordenamiento jurídico del Estado parte en la controversia⁸⁰.

⁸⁰ Ver: HOWELL, David. "International Investment Arbitration". 2006. p. 16. En: www.fulbright.com/images/publications/Howell032106.pdf.

3.3.2.2. Ley aplicable

Los TLCs como el APC, por regla general, suelen contener normas expresas de carácter general, en el sentido de que las reglas pactadas deben ser interpretadas y aplicadas en función de los objetivos del tratado, con miras a lograr el libre comercio en armonía con las reglas aplicables del Derecho Internacional⁸¹. Con diversas variantes, este es un estándar generalmente adoptado en la gran mayoría de TLCs de última generación⁸², en particular, desde NAFTA en adelante.

En tal sentido, si bien en algún momento podría ser relevante la legislación nacional de los países parte en el APC, queda claro que los TLCs de última generación cuentan hoy con un significativo espacio para la aplicación del Derecho Internacional, permitiendo así, ante determinados supuestos, su aplicación por parte de los árbitros en los arbitrajes inversionista - Estado. Durante la última globalización, la tendencia general consiste en que dicho espacio tiende a incrementarse y especializarse.

Esta posibilidad suele configurarse en los TLCs mediante estipulaciones que remiten al Derecho Internacional en forma abierta y en términos generales, para de este modo brindar protección jurídica a las diversas disciplinas contenidas en los respectivos capítulos de inversiones. No obstante, y como se ha señalado líneas arriba, esto también nos permite afirmar que las estructuras jurídicas comprendidas en los TLCs no son estáticas: evolucionan y se enriquecen con el transcurrir del tiempo, ya sea por el accionar de los tribunales arbitrales mixtos o por los mismos procesos de negociación de los TLCs y otros ALLs. Pareciera que el multifacético proceso y las dinámicas de la globalización, así como los drásticos cambios tecnológicos⁸³, tienden a acelerar dicha evolución, a diferencia de lo que ocurría a principios del siglo XX o fines del XIX, cuando los procesos de creación del Derecho Internacional obedían a otros patrones cronológicos.

Es así como las referencias a los objetivos del APC y a las reglas aplicables del Derecho Internacional suelen estar incluidas en forma expresa en la parte referida al Derecho aplicable en la solución de controversias mediante la realización de arbitrajes entre estados e inversionistas. Es el caso específico del artículo 10.22 sobre Derecho Aplicable.

Este también constituye una innovación y, por ejemplo, marca la diferencia con las reglas similares del Capítulo XI de inversiones de NAFTA, en donde no constó en su oportunidad mención alguna al Derecho nacional de los estados miembros y, en todo caso, dicho derecho interno se ha aplicado en los arbitrajes en forma concurrente a las normas del tratado NAFTA, mas no a partir de una remisión indirecta o supletoria, como la que encontramos expresamente pactada en el artículo 10.22. del Capítulo X del APC⁸⁴.

De otro lado, según fuentes especializadas, los tribunales arbitrales constituidos de conformidad con el Capítulo XI de NAFTA y que han influido en la concepción del APC, han resuelto en reiteradas oportunidades que "las reglas aplicables del Derecho Internacional" a que se refiere el NAFTA en su artículo 1105 sobre estándares mínimos de trato al inversionista, consisten esencialmente en el Derecho Consuetudinario Internacional, entendido éste a partir de su naturaleza de regla vigente para los tratados internacionales y codificado taxativamente en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante, "Convención de Viena"). Sin perjuicio de esta línea interpretativa, no se excluyen otras posibilidades de interpretación⁸⁵.

A su vez, la interpretación vinculante llevada a cabo por los mismos estados parte de NAFTA, mediante su Comisión de Comercio regulada en el Capítulo XX del tratado y como correlato a la casuística producida hasta el año 2001 en los casos arbitrales inversionista - Estado, corroboró esta tendencia y confirmó la línea interpretativa que remite al Derecho consuetudinario⁸⁶, preci-

⁸¹ En tal sentido, y como se ha precisado, se diferencian de los TBIs, cuyo fin y objeto exclusivo es la protección y promoción recíproca de inversiones. Por contraste con los TLCs, que suelen incorporar capítulos sobre inversión para tratar este asunto, pero cuyo fin y objeto es el establecimiento del libre comercio, de modo que para diversos autores, dichos capítulos son en la práctica un TBI dentro de los TLC de última generación. GANTZ, David. Op. Cit. pp. 693 y siguientes.

⁸² Para ver las diferencias entre los TLCs de última generación y los demás acuerdos comerciales, ver: www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/fta-en.asp.

⁸³ Ver: ROGOFF, Kenneth. "Artificial Intelligence and Globalization". En: Project Syndicate. 2006. En: www.project-syndicate.org/commentary/rogoff13.

⁸⁴ WEILER, Todd. "Nafta Article 1105 and the Principles of international Economic Law". En: Columbia Journal of Transnational Law: The Regulation of Foreign Direct Investment Articles. 42 Columbia Journal of Transnational Law 35. 2003. p. 68.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Otra es la discusión jurídica respecto de lo que se entiende por Derecho Internacional Consuetudinario en materia de Inversiones, asunto que no abordaremos en este artículo dado que demanda una extensa discusión que por razones de espacio no podemos desarrollar. Baste con referir que, de conformidad con algunas fuentes, no habría consenso para definir y certificar la existencia de lo consuetudinario en el Derecho Internacional de las Inversiones. Ver al respecto: JUILLARD, Patrick. "L'Évolution des Sources du Droit Des Investissements". En: Recueil des Cours 1994-VI. Académie de Droit International. Boston-The Hague, London: Martinus Nijhoff Publishers.

sando que la referencia que existe en el artículo 1105(1) al Derecho Internacional en el NAFTA debía entenderse en ese mismo sentido.

Como sabemos, hay una sutil diferencia jurídica entre el Derecho Internacional y el Derecho Internacional consuetudinario. En efecto, y por ejemplo, mientras el primero comprende al conjunto de fuentes previstas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el segundo nos remite específicamente al artículo 38(1)(b) del mismo estatuto, precisando que lo consuetudinario consiste en un uso percibido o sentido conscientemente como obligatorio por quienes lo practican y constituye así una fuente del Derecho Internacional⁸⁷, reiteramos, siempre que el Derecho Internacional consuetudinario sea entendido como una práctica generalmente aceptada como derecho (*sic*)⁸⁸.

El pronunciamiento interpretativo vinculante de la Comisión de Comercio del NAFTA fue una toma de posición de Canadá, USA y México sobre el tema del estándar mínimo de trato al inversionista, en uso de las atribuciones de interpretación establecidas en el propio tratado a favor de la Comisión de Libre Comercio, tal como lo señala el Capítulo XX, artículo 2001 y siguientes del NAFTA⁸⁹. Del mismo modo, el pronunciamiento “emparejó el terreno” en lo que concierne a la jurisprudencia arbitral producida a partir del año 2001 en los arbitrajes inversionista - Estado, pues ésta adoptó la línea interpretativa antes mencionada.

En efecto, en los casos resueltos con posterioridad a dicho pronunciamiento, como son: *Mondev International Limited versus United States of America*, ICSID (Case ARB(AF)/99/2 NAFTA); *ADF*

Group Inc. versus United States, ICSID (Case ARB(AF)/00/1 NAFTA); y, *Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen versus United States*, ICSID (Case No. ARB(AF)/98/3. NAFTA), los laudos establecieron que el estándar mínimo de trato recogido en el artículo 1105 incorporaba o incluía al estándar mínimo de trato recogido en el Derecho Internacional consuetudinario. Esto no ocurrió en casos anteriores al pronunciamiento en mención⁹⁰.

Nótese que el Capítulo XX del NAFTA regula aspectos institucionales del tratado y del sistema de solución de controversias del tratado NAFTA; es decir, el que se aplica a los estados miembros en las controversias que tengan entre sí, integrando en la Sección A del Capítulo los temas referidos a la Comisión y en la Sección B, los temas relativos al mecanismo de solución de controversias del tratado, los que son diferentes a los mecanismos de solución de controversias en la relación entre inversionistas y estados previstos en el Capítulo XI de inversiones, pero como vemos, ambos capítulos mantienen un nexo a partir del efecto vinculante contenido en el tratado, en lo concerniente a la interpretación que produce la Comisión de Libre Comercio integrada por los países miembros⁹¹.

En cambio, bajo el esquema del APC, lo referente a la Comisión de Libre Comercio se encuentra regulado de manera diferente en el Capítulo XX, que versa específicamente sobre la administración del tratado y el fortalecimiento de capacidades comerciales, encontrándose dividido en dos secciones⁹². Sin embargo, también en el caso del APC se ha creado una vinculación entre el arbitraje y el rol de la Comisión de Libre Comercio, de modo que, de conformidad con el artículo 10.23 sobre interpretación de anexos, cuando se suscite una

⁸⁷ Y lo es, no obstante las dificultades para definir objetivamente lo que es el Derecho Internacional Consuetudinario. Para Janis: “the determination of customary international law is more an art than a scientific method”. Citado por GANTZ. Op. Cit. p. 715.

⁸⁸ Ver el artículo 38 en: www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm.

⁸⁹ Ver texto completo de la nota interpretativa de la Comisión en: www.economia-snci.gob.mx.

⁹⁰ KINNEAR, Meg y Robin HANSEN. “The Influence of NAFTA Chapter 11 in the BIT Landscape”. Symposium: Romancing the Foreign Investor: BIT by BIT; U.C. Davis Journal of International Law and Policy; Fall 2005; 12 U.C. Davis Journal of International Law and Policy. p. 114.

⁹¹ Artículo 2001. La Comisión de Libre Comercio (NAFTA).

“1. Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes estos designen.

2. Con relación a este tratado, la Comisión deberá:

a. supervisar su puesta en práctica;
b. vigilar su ulterior desarrollo;
c. resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación;
d. supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado, incluidos en el Anexo 2001.2; y
e. conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.

3. La Comisión podrá:

a. establecer y delegar responsabilidades en comités *ad hoc* o permanentes, grupos de trabajo y de expertos;
b. solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y
c. adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según acuerden las Partes.

4. La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos; y a menos que la propia Comisión disponga otra cosa, todas sus decisiones se tomarán por consenso.

5. La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, la cual será presidida sucesivamente por cada una de las Partes”. Ver: www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP20.asp.

⁹² Ver texto en: www.tlcpur-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=211.

controversia arbitrable que implique una interpretación de este tipo y en lo concerniente específicamente a los alcances de los anexos I y II, el Tribunal solicitará a la Comisión que se pronuncie en un plazo de 60 días.

La estructura adoptada acá otorga mayor consistencia institucional al APC e implica un cambio respecto del NAFTA, distinguiendo entre el tema de administración del tratado en la Sección A y el de fortalecimiento de capacidades y mecanismos de cooperación en la Sección B, habiéndose tomado en cuenta para su redacción las experiencias derivadas del NAFTA y otros AIs, puesto que en el APC los mecanismos de solución de controversias del tratado, es decir, aquellos que se aplican a los estados miembros, constan en un capítulo aparte, como es el Capítulo XXI⁹³.

En el tema específico de la ley aplicable en los casos de arbitrajes inversionista - Estado, de conformidad con el Capítulo X del APC y ante supuestos determinados por el propio tratado, a diferencia del NAFTA, encontramos una referencia clara que permite la aplicación de la legislación nacional de los países ante determinados supuestos.

Esto es factible en defecto de las normas especificadas en acuerdos de inversión o en autorizaciones de inversiones o en los acuerdos correspondientes celebrados entre las "partes contendientes" y en el marco del capítulo de inversiones; es decir, se refiere a los aspectos domésticos o nacionales en materia de inversión y donde la legislación interna es relevante por una cuestión de imperio. En tal sentido, queda claro que existe una salvaguarda a la soberanía de los estados parte en el APC.

En efecto, el artículo 10.22 precisa un orden de prelación detallado para establecer la ley aplicable en los casos arbitrales en los que se ventilen los casos de violaciones a acuerdos de inversión o autorizaciones de inversión por parte del Estado, en donde a falta de disposiciones existentes en los acuerdos de inversión o en las respectivas autorizaciones de inversión, se aplica la legislación que aplicaría un tribunal judicial nacional que cuente con jurisdicción para decidir en ese mismo caso.

En efecto, la nota a pie de página 11 dispone expresamente que "la legislación del demandado"

significa "la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría en el mismo caso". La nota en mención deriva del numeral 10.22.2 (b)(i).

De otro lado, de conformidad con el mismo articulado sobre ley aplicable, las controversias que supongan una vulneración a las disciplinas contenidas en la sección A del Capítulo X sobre inversiones serán resueltas de conformidad con el tratado y con las normas aplicables del Derecho Internacional. Esto incluye tanto al Derecho consuetudinario como a los principios del Derecho Internacional, los que la doctrina del Derecho Internacional Económico identifica en la actualidad como los principios de Transparencia, Honestidad Procesal y Buena Fe⁹⁴.

De ahí la relevancia de entender al tratado en conjunto, para lo cual también resulta de interés tomar en cuenta los objetivos del mismo y lo que al respecto han pactado los estados parte, así como lo que comprende el Derecho Internacional que, a todas luces, nos remite al Derecho Internacional Económico y, en particular, al Derecho Internacional de las Inversiones⁹⁵.

Debe tenerse en cuenta que estas disciplinas se complementan con los principios antes enunciados y comprenden en el APC, el trato nacional (artículo 10.3), el trato de NMF (artículo 10.4), el nivel mínimo de trato (artículo 10.5), el tratamiento en caso de contienda o no discriminatorio (artículo 10.6), la expropiación e indemnización (artículo 10.7), las transferencias (artículo 10.8), los requisitos de desempeño (artículo 10.8), entre otros.

Nótese que, a diferencia de lo previsto en el artículo 1105 del NAFTA sobre nivel mínimo de trato y su referencia general al Derecho Internacional⁹⁶, a efectos de identificar los estándares de trato al inversionista, el artículo 10.5 del APC dispone, expresamente, que dicho trato debe ser acorde con el Derecho Internacional consuetudinario, complementando así las innovaciones respecto del derecho aplicable ya comentadas respecto del artículo 10.22 del APC y recogiendo la tendencia creada a partir del criterio de interpretación planteado por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA hacia el año 2001, mas no el texto expreso del artículo 1105 del NAFTA.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ WEILER, Todd. Op. Cit. p. 68.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ver texto: www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=676#A1105.

De otro lado, como se ha precisado, los objetivos de un TLC de última generación, como el APC, se entienden necesariamente a partir de una lectura integral de su extenso texto, una vez que se ha producido la incorporación del tratado al Derecho nacional. Tanto el Preámbulo como el Primer Capítulo del APC contienen enunciados y reglas que resultan claros y constituyen un marco jurídico necesario para comprender cuáles son dichos objetivos y como es que ellos constituyen una fuente interpretativa importante para comprender los fines y objetivos del tratado en caso sea necesario aplicar dicha fuente a efectos de que un Tribunal Arbitral pueda formar criterio a partir de una controversia referida al artículo 10.5 del APC o de conformidad con el artículo 10.22 antes citado. En consecuencia, tanto el Preámbulo como el Capítulo I pueden constituirse en “ley aplicable” ante determinados casos y supuestos.

Es así como el Preámbulo del APC recoge diversas intenciones y objetivos que son acogidos por las partes de común acuerdo, como son: el fortalecimiento de las relaciones y la promoción de la integración entre las partes; la promoción del desarrollo económico integral y sostenible para reducir la pobreza y generar alternativas a los cultivos de droga; la creación de empleo y mejoramiento de condiciones laborales e incremento de los niveles de vida; el establecimiento de reglas claras de mutuo beneficio para el intercambio comercial; el contar con un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones; el evitar distorsiones en el comercio recíproco; el estimular la creatividad e innovación; la promoción de la transparencia; la prevención y el combate de la corrupción; el fortalecimiento de los derechos laborales; la implementación del tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente; la salvaguarda del bienestar público; el contribuir a la integración hemisférica e impulsar el Área de Libre Comercio de las Américas (en adelante, “ALCA”); el desarrollo y puesta en práctica de los acuerdos adoptados en el marco de la OMC y el reconocer la pertenencia de los países andinos a la Comunidad Andina y los alcances que para estos tiene la Decisión 598 sobre observancia del Ordenamiento Jurídico Andino.

De otro lado, en el Capítulo I del APC en mención encontramos que en atención a la voluntad

común expresada por las partes en el Preámbulo, éstas han acordado el establecimiento de una zona de libre comercio y el respeto a otros acuerdos internacionales, tal como se aprecia de las siguientes disposiciones sustantivas adoptadas en el capítulo y de donde fluye que toda vulneración a estas estipulaciones constituye una violación al tratado⁹⁷:

“Artículo 1.1: Establecimiento de la Zona de Libre Comercio Las Partes de este Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXIV del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, establecen una zona de libre comercio”.

“Artículo 1.2: Relación con Otros Tratados Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte”.

En consecuencia, el preámbulo del APC y, en especial, los artículos 1.1. y 1.2. del Capítulo I, delimitan conceptualmente el marco jurídico general de libre comercio, dentro del cual se pondrán en práctica las disposiciones pactadas en el mismo TLC, siendo que las declaraciones que contiene el Preámbulo expresan una voluntad común por parte de los estados que se extiende a todos los capítulos del APC. Es decir, no son solamente declaraciones líricas o superficiales de “buenas intenciones”, pues encuentran un correlato jurídico en las disposiciones legales vinculantes adoptadas en las estipulaciones pactadas en distintos capítulos que obligan a los estados parte.

Desde esta perspectiva, y como resulta evidente, el Capítulo X y sus reglas arbitrales no son una excepción y obedecen al marco jurídico adoptado como obligación internacional entre estados con en el fin de que se logre el libre comercio en los términos pactados en el tratado. No solamente cabe comentar la relevancia de las normas contenidas en el APC, como son el preámbulo y las llamadas Disposiciones Iniciales del Capítulo I, pues además, y como se puede apreciar, los estados-parte expresan en diversos pasajes del texto del APC su voluntad de actuar en concordancia con los compromisos internacionales asumidos, tanto en el ámbito regional como en el multilateral, con el Derecho Internacional y con el Derecho Internacional consuetudinario, marcando una importante evolución ante el NAFTA.

3.3.2.3. Acumulación de procesos arbitrales

El artículo 10.25 regula lo concerniente a la acumulación de procesos y al pedido de acumulación de las partes, cuando se trate de dos o más reclamaciones separadas planteadas de conformidad con el numeral 10.16.1 y cuando se trate de una cuestión de hecho o de derecho que surja de los mismos hechos o circunstancias.

El procedimiento de acumulación se encuentra detallado con toda precisión y se orienta en este caso a prevenir la duplicidad de esfuerzos y la ocurrencia de laudos o decisiones contradictorias por parte de los tribunales arbitrales que tengan a su cargo la solución de controversias similares.

Sin embargo, el mismo artículo también establece limitaciones a la acumulación. En tal sentido, en el numeral 10.25.9 se precisa que un Tribunal que se establezca de conformidad con el artículo 10.19 no tendrá competencia para resolver una reclamación total o parcial respecto de la cual haya asumido competencia un Tribunal establecido de conformidad con el artículo 10.25 sobre acumulación.

De esta manera y para mayor claridad, se introducen elementos ordenadores adicionales en el arbitraje inversionista - Estado del Capítulo X que nuevamente inciden en la eliminación de la duplicidad de vías y los laudos contradictorios, problema que se ha presentado en algunas oportunidades tanto en el marco del arbitraje regulado en el Capítulo de Inversiones del NAFTA, como en el arbitraje regulado en algunos TBIs.

Finalmente, también en el numeral 10.25.10 se establece la posibilidad, a mayor abundamiento, de que un Tribunal “acumulado”, como el regulado en el artículo 10.25, cuente con atribuciones para disponer el aplazamiento de los procedimientos arbitrales de otro Tribunal Arbitral mientras concluyen los procedimientos establecidos en el numeral 10.25.6.

3.3.2.4. Transparencia

Una importante innovación adicional, contenida en el Capítulo X, ha sido recogida en el artículo 10.21 sobre transparencia. Se establece, así, que una serie de piezas procesales del arbitraje sean puestas a disposición del público. Es el caso de la notificación de intención de arbitrar, la notificación de arbitraje, los alegatos, escritos de demanda y contestación, el laudo, las notas explicativas y cualquier comunicación escrita, incluyendo las actas de las audiencias que lleve a cabo el Tribunal Arbitral.

Del mismo modo, las audiencias del Tribunal serán abiertas al público dejando a salvo el derecho de las partes para solicitar al Tribunal que determinada información sea catalogada como “protegida” (10.21.2). Esta disposición armoniza con los artículos 22.4 y 22.2 del Capítulo XXII sobre Excepciones, respetando espacios de reserva en función de los intereses de los estados parte en el APC, pues los precitados artículos conciernen a estos. Complementando lo dicho, en el numeral 10.21.4 se precisa el procedimiento para tratar la información protegida que ha sido sometida al Tribunal Arbitral.

Finalmente, en el numeral 10.21.5 se destaca la relevancia de la legislación de los estados parte en el APC en materia de transparencia, la misma que deberá ser respetada en todo momento. En suma, el artículo 10.21 recoge una tendencia importante de la doctrina y las prácticas estatales en el ámbito global, en lo referente a incrementar la transparencia en el funcionamiento de los estados.

3.3.2.5. Laudo

El artículo 10.26 contiene el régimen puntual de tratamiento de los laudos arbitrales en el marco del Capítulo X del APC, detallando que el laudo sólo puede precisar los daños pecuniarios y los intereses que procedan o la restitución de la propiedad. Sin embargo, también es factible que el Tribunal Arbitral, de ser el caso, establezca los daños pecuniarios e intereses correspondientes en sustitución de la orden de restitución de la propiedad.

Del mismo modo, en el numeral 10.26.2 se detalla el tratamiento que se debe dar al laudo en caso que sea una empresa la que formula la reclamación de conformidad con el numeral 10.16 (b), deslindando que todo resarcimiento debe ser hecho a la empresa sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme el derecho aplicable (10.26.2(c)).

De otro lado, de conformidad con el numeral 10.26.3 está prohibido que el Tribunal Arbitral ordene el pago de daños que tengan carácter punitivo. Se precisa además en el numeral 10.26.4, que el laudo solamente obliga a las partes en el arbitraje, recogiendo, así, un principio fundamental en el Derecho arbitral. Se señala además en este numeral que esta obligación que genera el laudo para las partes solamente se da respecto del caso concreto que ha configurado el arbitraje respectivo. Esto implica una delimitación conceptual importante que descarta de plano cualquier

interpretación favorable a un presunto carácter vinculante de los laudos respecto de terceros.

En cuanto a la ejecución forzosa del laudo, el numeral 10.26.6 establece los requisitos correspondientes dependiendo del tipo de arbitraje que se haya llevado a cabo, en aplicación de las disposiciones correspondientes del Capítulo X del APC. Por tal motivo, se precisan plazos y detalles en coherencia con las reglas aplicadas al caso. En todo caso, el numeral 10.26.7 ordena que cada Estado parte en el APC dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

De otro lado, en caso de incumplimiento del laudo o cuando un Estado parte en el APC no acate el laudo arbitral, se establece en el numeral 10.26.8 el procedimiento a seguir, amparándose en el marco institucional del APC. La parte interesada puede en este caso solicitar se tramite la creación de un panel de conformidad con dicho numeral, el mismo que se pronunciará en el sentido de que el desacato del laudo configura una violación del APC, a lo que se suma la recomendación de acatamiento del laudo a cargo del demandado.

Sin perjuicio del procedimiento de conformación del panel de acatamiento, nada impide que la parte interesada proceda a la ejecución del laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá sobre Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales, dependiendo del tipo de proceso arbitral que se haya activado en aplicación del Capítulo X; si se trata de un arbitraje CIADI, no se requerirá de la aplicación de la Convención de Nueva York.

Dentro de este contexto, conviene señalar que mientras no se materialice el anexo 10-D, los medios de impugnación del laudo estarán condicionados también por cada uno de estos instrumentos jurídicos; siendo que en el caso del arbitraje ante el CIADI el medio de impugnación se materializa mediante la conformación de un nuevo Tribunal Arbitral en aplicación del reglamento y la Convención CIADI.

De otro lado, en el caso de los demás instrumentos jurídicos aplicables al arbitraje se deja abierta la posibilidad de la impugnación del laudo de conformidad con la ley del lugar del arbitraje que,

como se ha señalado, debe a su vez corresponder a un país que sea parte de la Convención de Nueva York. Esto implica que se trata de impugnaciones a partir de causales específicas, debidamente tipificadas⁹⁸.

El APC, en el numeral 10.26.10 hace una precisión pertinente en el sentido de que para todo efecto de aplicación, tanto de la Convención de Nueva York como de la Convención de Panamá –entiéndase, con fines netamente operativos y procedimentales–, las partes en el APC convienen en que el arbitraje sometido a la Sección B del Capítulo X se define como derivado de una relación u operación comercial. Sin embargo, y como también se ha explicado líneas arriba, cabe reiterar que el arbitraje inversionista - Estado se desenvuelve dentro del ámbito jurídico del Derecho Internacional de las inversiones.

4. CONCLUSIÓN

Las normas constitucionales peruanas disponen que los tratados internacionales de los cuales forma parte el Perú sean incorporados al Derecho nacional. En consecuencia, no cabe duda que los AIs, entre los que se encuentran los TBIs y los TLCs como el APC, formarán parte del Derecho nacional desde el momento en que se hayan verificado los medios de receptación jurídica previstos en el ordenamiento jurídico nacional.

Esto implica que las categorías jurídicas del DI contenidas en los AIs, de los cuales es parte el Perú, estarán integradas plenamente al Derecho nacional y su desconocimiento acarrea responsabilidad internacional por parte del Estado peruano. De otro lado, se suelen utilizar los AIs en el marco de las políticas nacionales de promoción de inversiones que desarrollan los países como el Perú para incrementar su competitividad como importador de inversiones en el ámbito global. En consecuencia, los AIs son parte de las políticas nacionales para la promoción de inversiones.

Desde el punto de vista arbitral, en el marco de los AIs y ante su incorporación al Derecho nacional, se genera un proceso de homologación jurídica hacia adentro y hacia afuera del territorio nacional. El Perú no solamente ha ratificado un volumen importante de AIs, sino que además,

⁹⁸ Por ejemplo, las causales de inejecución de laudos arbitrales están previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York y pueden ser revisadas en: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf.

específicamente en materia arbitral, el Estado peruano ha ratificado diversos tratados internacionales multilaterales como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, ambas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales internacionales. Del mismo modo, el Perú es parte de la Convención del CIADI. Todos estos tratados se encuentran plenamente vigentes para el Perú y contienen disposiciones especializadas en materia de arbitraje que permiten identificar paulatinamente a este medio de solución de controversias como una *lex mercatoria* procesal de alcance nacional e internacional.

Adicionalmente, el Perú ha entrado en una importante dinámica interna de desarrollo arbitral, la misma que se extiende desde los años noventa en adelante. Esto se ha dado a partir de la promulgación de la actual Ley General de Arbitraje y de la creación de competencias arbitrales especializadas en alrededor de dieciocho ámbitos de la actividad económica nacional. En consecuencia, el arbitraje inversionista - Estado incorporado al Derecho nacional por la vía de los AIs ratificados por el Perú, concurre con el ordenamiento arbitral peruano, pero no se encuentra en conflicto con éste.

En efecto, esta concurrencia no se da entre dos sistemas ajenos entre sí, ya que el ordenamiento arbitral peruano se encuentra, a su vez, plenamen-

te armonizado con los principios y reglas fundamentales que recoge el Derecho arbitral comparado. Es más, la estructura jurídica arbitral forma parte integrante de las negociaciones correspondientes a los AIs, la que incluye la evaluación de la calidad arbitral de los países partes del futuro AI.

En tal sentido, el Perú cumple con todos los requisitos que permiten calificar a su sistema arbitral como un sistema que se encuentra en el estado actual de la técnica arbitral global pues, de lo contrario, no hubiera sido posible lograr la celebración de los diversos AIs, lo que, a su vez, ha permitido el flujo de inversiones extranjeras hacia nuestro territorio.

En todo caso, en la hora actual resulta indispensable fortalecer y consolidar las capacidades arbitrales nacionales, entre las que se encuentra la necesidad de involucrar permanentemente a los sectores público y privado con miras a generar un desarrollo arbitral sostenido a partir de las diversas competencias arbitrales existentes en el Derecho nacional, incluyendo el arbitraje inversionista - Estado que ha sido materia de comentario en este documento. De esta manera, se contribuiría en la generación de una serie de condiciones para procurar la inserción competitiva de la economía nacional en el contexto de la última globalización.

EL CIADI: 40 AÑOS DESPUÉS

Roberto Dañino Zapata*

En el presente artículo, el reconocido intelectual, quien tuvo la oportunidad de desempeñarse como Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) durante el año 2005, nos ofrece una visión general de lo que ha significado y significa uno de los centros de resolución de disputas más importantes del mundo, sus funciones y su creciente relevancia en una época en la que el fomento de la inversión privada es de marcado interés para muchos países del mundo.

* Ex-Secretario General del CIADI. Ex-Primer Ministro del Perú en el período 2001-2002. Vicepresidente Senior y Asesor Jurídico del Banco Mundial.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, "CIADI" o "Centro") celebró el año pasado 40 años de existencia y a mí me tocó el privilegio de ser su Secretario General en ese significativo momento. Al haber dejado el cargo este año, agradezco la invitación de THEMIS para formular algunas reflexiones en torno a lo que se ha convertido en el principal centro de arbitraje a nivel mundial para la resolución de controversias entre inversionistas internacionales y estados receptores.

Comenzaré con una breve reseña histórica para luego explicar en forma sucinta cómo funciona la institución, cuál es su mandato, competencias y particularidades. A continuación comentaré los desarrollos más recientes de su vida institucional y como éstos han repercutido en el desarrollo de las tareas del CIADI y de su posicionamiento a nivel internacional. Finalmente, compartiré con ustedes algunos de los desafíos que, en mi opinión, enfrenta la institución, y los modos como ésta se está preparando para responder a ellos.

La creación del CIADI tuvo por objeto promover las inversiones internacionales como complemento sustancial para el desarrollo económico y social. Para ello, y habida cuenta de la fragilidad de los sistemas judiciales en la mayor parte de los países en desarrollo, se consideró necesario crear un foro competente e imparcial en el que se pudieran ventilar las disputas relativas a la inversión extranjera. El CIADI se creo así, hace más de 40 años, como un sistema diseñado para la conciliación y el arbitraje de las disputas que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado.

Tradicionalmente, el Vicepresidente y Consejero Jurídico del Banco Mundial ha sido, como fue mi caso, también el Secretario General del CIADI. Ello no es casual, es más bien producto de la evolución histórica de estas dos instituciones.

En efecto, desde sus orígenes a mediados del siglo pasado, la meta fundamental del Banco Mundial fue fomentar el crecimiento de los países en vías de desarrollo mediante la promoción del flujo de recursos de los países ricos hacia ellos. Esto despertó en el Banco, desde temprano, el interés por facilitar el arreglo pacífico de las controversias vinculadas al flujo internacional de inversiones.

Inicialmente, el Banco se involucró en forma directa, promoviendo el acercamiento entre las partes. El Banco nunca ejerció las funciones de árbitro, sino más bien se limitó a jugar un rol facilitador y a mejorar las comunicaciones entre las partes, convocándolas a negociar.

La mayoría de los casos en los que el Banco tuvo alguna participación ocurrieron durante sus dos primeras décadas de vida. Sin embargo, pronto se advirtió la necesidad de relevarlo de este rol informal y potencialmente conflictivo con su misión de financiamiento del desarrollo. Es así como el Departamento Jurídico del Banco diseñó y propuso la creación de un mecanismo especializado en la conciliación y arbitraje de disputas entre gobiernos e inversores.

La idea rectora era fomentar una atmósfera de confianza mutua entre inversores y los países anfitriones. Para crear ese clima de inversión atractivo se juzgó que era indispensable crear una institución neutral para la resolución de diferencias en materia de inversiones extranjeras.

Fue así como en 1965, a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, se creó al CIADI. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. A la fecha, 143 países, en un gesto de confianza, han juzgado conveniente firmar y ratificar el Convenio. Según se establece en el Convenio, el CIADI es un organismo intergubernamental autónomo, con un órgano de gobierno propio, el Consejo Administrativo y un Secretariado.

Más allá de su independencia institucional, no puede negarse la existencia de fuertes vínculos entre el CIADI y el Banco Mundial. Por ejemplo, su sede se encuentra en las oficinas centrales del Banco, en Washington. Su membresía, en términos generales, está limitada a aquellos estados que son miembros también del Banco. El personal que trabaja en el CIADI es en su totalidad personal del Banco asignado al Centro. Y, además, como ha sido ya mencionado, tradicionalmente el Asesor Jurídico del Banco ha sido elegido por el Consejo Administrativo del CIADI como su Secretario General.

El Convenio de Washington no sólo creó el CIADI, sino que estableció un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversores internacionales y estados receptores. Quiero dejar en claro que el CIADI, en sí mismo, no arbitra ni concilia esas disputas. Estas funciones las ejercen las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje, constituidos "*ad hoc*" por las partes para cada procedimiento.

El CIADI es esencialmente un foro en el que se brinda el apoyo administrativo y profesional a los tribunales de arbitraje en el desarrollo de sus tareas.

Esta estructura funcional le ha dado al CIADI suficiente flexibilidad para adaptarse al paso de los

tiempos, confiriéndole ciertas características que lo tornan atractivo a los inversores internacionales.

La primera característica es que el sistema en sí es verdaderamente internacional y autocontenido, ya que se asienta exclusivamente en tratados, reglas y reglamentos adoptados de conformidad con el Convenio de Washington. Es decir, no depende de reglas de arbitraje distintas a las que emanan del propio Convenio de Washington.

Es así que el sistema elaborado en el Convenio crea al CIADI como uno de los pocos fueros internacionales al que inversionistas privados pueden tener acceso directo.

Según se establece en el Convenio, el inversor que acuda al CIADI lo hace en representación propia, renunciando así a reclamar la asistencia o protección diplomática de su Estado. Ello en sí mismo es un escudo de protección importante para los gobiernos anfitriones para hacer frente a posibles presiones políticas de los gobiernos de origen de los inversionistas. Es más, el Convenio prohíbe al Estado del cual es nacional el inversionista inmiscuirse en la disputa o presentar un reclamo internacional, salvo en el caso en que el Estado parte en la diferencia decida desacatar el laudo.

En segundo lugar, el CIADI es una jurisdicción altamente especializada, con una competencia limitada a diferencias de orden jurídico relativas a inversiones. El concepto de "inversión" no está definido en el Convenio, lo que brinda a los tribunales del CIADI cierta flexibilidad al delimitar su competencia, aunque respetando los estándares objetivos que con el tiempo han aclarado los tribunales de arbitraje mediante sus laudos y decisiones (por ejemplo: la existencia de un riesgo, la búsqueda de lucro o ganancia, una mínima duración temporal de la operación, una contribución o aporte al desarrollo del país receptor, etcétera).

De hecho, esto ha permitido que los tribunales de arbitraje del CIADI hayan reconocido, por ejemplo, su competencia en ciertos contratos de construcción, gerencia y servicios, al igual que en los casos de diferencias sobre inversiones más tradicionales (tales como acciones, fábricas, etcétera).

La tercera de las características del CIADI es la de ser un sistema fundado sobre la base del consentimiento de las partes involucradas en la disputa.

La ratificación del Convenio de Washington no acarrea ninguna obligación para los estados contratantes de someterse a los mecanismos arbitrales o de conciliación del CIADI. Esas obli-

gaciones sólo surgen para los estados una vez que éstos han expresamente aceptado, por escrito, que una disputa en particular o una clase de disputas sean objeto de arbitraje o conciliación.

Eso sí, una vez otorgado el consentimiento y, al igual que en cualquier cláusula de arbitraje, aquél no puede ser retirado en forma unilateral.

La cuarta característica, del arbitraje ante el CIADI, es su casi total prescindencia e independencia de los órganos judiciales de los estados contratantes. Según lo establece el Convenio de Washington, el consentimiento a la competencia del CIADI para entender en una disputa excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional.

A su vez, los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables y no pueden ser revisados por las cortes locales.

Es más, el mismo Convenio prevé los únicos remedios posibles (revisión, rectificación, interpretación y anulación) que forman parte del mecanismo del CIADI y deben tramitarse internamente conforme a sus reglas y reglamento.

El único reconocimiento que el sistema acuerda a las cortes nacionales es su necesaria intervención para la ejecución de los laudos (cabe mencionar que el *exequátur* no es necesario en virtud del artículo 54(1) del Convenio).

Finalmente, la quinta característica del CIADI, durante estos "primeros" 40 años, ha sido su efectividad.

El Convenio de Washington ha dotado al CIADI de herramientas que le permiten evitar que la renuencia de alguna de las partes a prestar colaboración con el Tribunal pueda frustrar el proceso arbitral.

Por ejemplo, el Convenio prevé mecanismos para la constitución de los tribunales cuando alguna de las partes se rehúsa a nombrar árbitros u obstaculiza indebidamente su elección.

Prevé, también, la posibilidad de dictar laudos aun cuando alguna de las partes esté en rebeldía o se haya ausentado del proceso.

Los estados contratantes, por su parte, han aceptado en el Convenio los efectos vinculantes de los laudos dictados por los tribunales del CIADI, equiparándolos a las sentencias definitivas con autoridad de cosa juzgada emanadas de las cortes locales.

Si bien es cierto que los estados contratantes del Convenio no han renunciado a su inmunidad de ejecución, el desacato de un laudo arbitral los expondría a una violación de sus obligaciones internacionales. En ese caso, el desacato daría pie a una disputa entre los Estados contratantes, la misma que normalmente desencadenaría un proceso ante la Corte de La Haya.

Estas características que acabo de resaltar han contribuido, sin lugar a dudas, al posicionamiento del CIADI, en estos 40 años, como un Centro prestigioso y eficaz en materia de arbitraje internacional.

Sin embargo, desde su creación en 1965 los tiempos han cambiado y, en su cuadragésimo aniversario, el CIADI concluyó un ciclo de consolidación y comenzó su rol como una institución líder en la escena del derecho internacional. En esta nueva etapa, sin embargo, el reto del CIADI será el de preservar su eficiencia y credibilidad frente a una demanda dramáticamente creciente de sus servicios.

El crecimiento de esta demanda ha sido exponencial y constituye uno de los mayores desafíos del CIADI. Veamos. Por ejemplo, en 1986, a veinte años de su constitución, el CIADI llevaba registradas 20 causas, es decir, a un promedio de un caso por año.

En 1996, diez años después, el número de casos registrados se había duplicado alcanzando los 40. La segunda mitad de la década del 90 acusó ya un crecimiento más importante, bastando cuatro años para que el CIADI alcanzara los 80 casos.

Así y todo, estas cifras palidecen cuando se las confrontan con las actuales. En estos últimos cinco años, el CIADI superó los 134 casos, registrando a razón de 20 casos al año (para ser exactos 14 casos en el 2001, 19 en el 2002, 31 en el 2003, 27 en el 2004, 24 en el 2005 y 16 en lo que va de este año). Suplir esta demanda en forma diligente y profesional y, más aún, seguir creciendo, comporta sin lugar a duda uno de los grandes retos para la institución.

Si diez años atrás el CIADI acusaba un promedio de 5 causas pendientes, con montos totales en disputa rondando los US\$ 15 millones, hoy existen aproximadamente 104 casos en trámite (de 216 que le han sido presentados) con montos en disputas que superan los US\$ 25 billones. El crecimiento exponencial en la demanda de los servicios del CIADI no es casual. Por el contrario, refleja el aumento espectacular de los flujos de inversión extranjera directa en los últimos quince años, así como el incremento igualmente significativo en los tratados de bilaterales sobre inversiones, que en 1989 sumaban 385 y hoy superan holgadamente los 2500, de los cuales la

mayoría de ellos cuenta con el consentimiento para el arbitraje del CIADI.

Es de esperar que esta tendencia en el flujo de inversiones continúe y con ella, la expansión del número de instrumentos internacionales que promocionan y amparan el flujo de capitales, facilitando cada vez más el acceso de inversores a los mecanismos del CIADI.

Puede decirse, entonces, que tal como se proponía con su creación, el Centro desempeña ya un rol importante en la creación de las condiciones necesarias para fomentar el flujo de capitales para el desarrollo.

Es por ello que cumplidos esto primeros 40 años, el CIADI puede dar ya por terminada una primera etapa de consolidación institucional, y abocarse así a un proceso de planeamiento estratégico que le permita enfrentar los desafíos actuales de la economía mundial.

La necesidad de despejar cualquier duda sobre los beneficios y legitimidad de la instancia arbitral internacional en el arreglo de diferendos entre estados receptores e inversionistas extranjeros, o la posible reiteración de situaciones como las vividas recientemente por la Argentina (suerte de demandado consuetudinario en nuestra institución), son algunos de los muchos retos para los que la institución tiene que prepararse.

Para ello, el Centro inició el año pasado diversas rondas de trabajo con sus usuarios, árbitros, académicos y otros profesionales de la materia, donde intercambiamos visiones, aspiraciones y expectativas para el desarrollo de la institución. Entre los temas consultados estuvo el de la actualización de las Normas y Reglamentos del Centro. Este proceso concluyó en el primer trimestre de este año con la adopción de un conjunto importante de reformas. Ellas ahora permiten dictar medidas provisionales, la admisión de terceros en el proceso, la publicación de los aspectos sustantivos de los laudos arbitrales y el requerimiento de información a los árbitros para reforzar las garantías de su independencia e imparcialidad.

De otro lado, se debe destacar que las labores del CIADI también tienen una dimensión de docencia y difusión. Por ejemplo, al cierre de nuestro ejercicio final, el CIADI había efectuado un total de 24 presentaciones en conferencias, coloquios y seminarios, y fue anfitrión en otros 5 eventos internacionales.

Además de las ya comentadas, durante mi gestión, el CIADI empezó a adoptar una serie de medidas y

a promover diversas iniciativas que le permitan cumplir a cabalidad la nueva etapa que ahora le toca confrontar. Entre ellas cabe destacar que se inició un esfuerzo para promover la mayor utilización de los mecanismos de conciliación del CIADI, como alternativa al arbitraje. El objetivo es promover métodos más amigables, expeditivos y económicos para la solución de controversias, en los casos que así lo permitan. Para ello, se puso en práctica el recordar a las partes sobre la existencia de mecanismos de conciliación tan pronto como el CIADI acusa recibo de una solicitud de arbitraje. También, juntamente con las otras organizaciones del Banco Mundial, *id est* la Corporación Financiera Internacional (CFI) y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), se comenzó a diseñar un mecanismo alternativo de mediación.

Considero de particular relevancia el esfuerzo iniciado para ampliar y diversificar el núcleo de árbitros que normalmente participan en los casos del CIADI. Durante mi gestión, cada vez que nos tocó efectuar nombramientos, hicimos un esfuerzo deliberado por fortalecer la participación de árbitros mujeres, así como la de nacionales de países en desarrollo.

De otra parte, para robustecer la independencia financiera del CIADI, se rediseñó el sistema de cargos

de registro, tasas administrativas y un nuevo acuerdo presupuestario con el Banco Mundial, que permite utilizar esos recursos para la contratación de nuevos profesionales para el Centro.

Y, continuando con el ciclo de publicaciones oficiales, el CIADI tiene ya una nueva página *web*, en la que ahora se incluyen las contribuciones del Centro en materia de legislación referida a inversiones.

Por último, como ya se ha señalado, se logró la enmienda de las reglas de procedimiento, a fin de hacer los procesos aun más expeditivos y transparentes.

Como se podrá apreciar, estos “primeros” 40 años del CIADI han estado signados por un proceso de aprendizaje, crecimiento y afianzamiento. Hoy el CIADI es una institución madura y consagrada en el campo del arbitraje internacional entre inversionistas y estados. En su nueva etapa le corresponde hacer todo lo necesario para mantener su profesionalismo, independencia y eficiencia frente a la demanda creciente de sus servicios y continuar así contribuyendo vigorosamente al desarrollo económico y social de sus estados miembros.

Roberto Dañino Zapata

ACCESO A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ: REQUISITOS Y PARTICULARIDADES

Carlos Ignacio Suarez Anzorena*

Los Tratados Bilaterales de Inversión son instrumentos internacionales cuya principal finalidad es brindar seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, quienes, preocupados por los riesgos políticos que pudieran presentarse en el territorio donde planean o han realizado su inversión, buscan proteger sus intereses a través de diversos mecanismos, uno de los cuales es el abordado en el presente trabajo. La suscripción de estos tratados, por su importante función, se ha visto incrementada sobremanera, habiendo participado Perú en gran cantidad de ellos.

En este sentido, el reconocido autor argentino analiza y comenta los principales Tratados Bilaterales de Inversión en los que ha participado el Perú, para lo cual desarrolla las características generales de dichos instrumentos, las entidades de solución de controversias, los principales conflictos que pueden presentarse entre las jurisdicciones nacional e internacional, la cláusula de la nación más favorecida y algunos problemas en su aplicación, entre otros aspectos de especial trascendencia y repercusión en potenciales arbitrajes futuros.

* Abogado. Miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Clifford Chance LLP. Londres.

INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LOS TBIS EN EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO CONTEMPORÁNEO

La presente contribución tiene como objetivo brindar una introducción a los aspectos operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados que establecen los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, "TBIs")¹. En particular, la atención se centrará en el rol que el arbitraje internacional cumple en tal contexto y en los requisitos que condicionan el acceso a tan especial jurisdicción.

Los TBIs se han transformado en uno de los instrumentos centrales del Derecho Internacional económico contemporáneo desde que la por entonces República Federal de Alemania tomó la iniciativa de promover este tipo de acuerdos interestatales allá por 1959². Todo comenzó –o al menos tomó una forma similar a la actual– en 1957, cuando un grupo de empresarios alemanes, reunidos en Colonia, publicaron un proyecto dirigido a fomentar la protección de sus inversiones en el extranjero, el cual se denominó *International Convention for the Mutual Protection of Property Rights in Foreign Countries*³.

Mucha agua ha pasado bajo el puente desde ese entonces y los TBIs se han transformado en la herramienta jurídica internacional más difundida para promover los flujos internacionales de capital. La fórmula sobre la que se asienta tal vocación de promoción es muy simple: brindar a los inversores ciertas garantías de trato sustancial y procesal a los fines de facilitar la administración del riesgo político asociado con los proyectos de inversión en jurisdicciones extranjeras. Tal riesgo político tiene variados componentes, siendo los más importantes: i) la incertidumbre regulatoria propia de incursionar en sistemas legales desconocidos; y, ii) los posibles déficits institucionales –o la percepción de éstos– en una cierta jurisdicción, lo cual incide en el riesgo de que el Estado huésped interfiera con el uso y goce de una inversión sin brindar remedios adecuados.

En la medida que los TBIs sirven para administrar el riesgo político, el efecto esperado es que

aumente el volumen de inversión por devenir al volverse viables ciertos proyectos que no lo eran previamente y/o se reduzca el costo del capital relativo a los proyectos de inversión en la medida que se le da mayor certidumbre legal a su continuidad. Es importante entender, a estos fines, que un proceso de inversión importante está generalmente condicionado por una asimetría de información originaria: el inversor tiene capacidad de negociar hasta que invierte, pero luego de que instala riqueza en el Estado huésped, queda a merced de sus instituciones y circunstancias, no sabiendo si en el mediano o largo plazo los compromisos asumidos y las expectativas creadas serán efectivamente honrados.

La siguiente información estadística ilustra acerca de la importancia de los TBIs en el Derecho Internacional económico contemporáneo⁴:

- Para fines del año 2005 se habían firmado 2495 TBIs, de los cuales 1891 estaban en vigor.
- Este número es casi equivalente al de Tratados sobre Doble Imposición Tributaria, que constituyen el otro tradicional instrumento dirigido a facilitar los flujos de capitales internacionales, los cuales sumaban 2758 para fines de 2005.
- 464 TBIs tienen como parte a países de América Latina.
- Aunque la mayoría de los TBIs tienen como parte a un país exportador de capital y a un país importador de capital, 644 TBIs tienen como parte a dos países que son netos importadores de capital.
- Para fines del año 2005 ya se habían verificado 226 disputas entre inversores y estados con base en un TBI, habiendo evolucionado el número anual de disputas de manera exponencial en los últimos 20 años, hasta llegar a un promedio de entre 40 y 50 casos desde el año 2003.

La República del Perú ha sido un relativamente prolífico actor en este campo en los últimos años,

¹ Al momento de prepararse esta contribución aún no se encuentra en vigor el Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos de América, el cual tiene un capítulo (10) que opera como un TBI, ni tampoco el recientemente suscrito TBI Perú - Canadá. Debe notarse que, si bien se hace referencia a tales instrumentos para ilustrar algunas hipótesis técnicas, las novedades y complejidades que ellos plantean justifican un tratamiento específico y por separado.

² Ver: "The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment". En: Journal of Public Law. Volumen 9. 1960. p. 115.

³ Ibid. p. 116.

⁴ Ver, en general, publicaciones de UNCTAD sobre Developments in International Investment Agreements in 2005, IIA Monitor 2 (2006) y IIA Monitor 3 (2006).

habiendo suscrito 30 TBIs⁵. En lo que concierne a disputas relativas a TBIs, el famoso caso Lucchetti⁶ inauguró, favorablemente por ahora, la experiencia del Estado peruano en este particular universo litigioso.

1. ANATOMÍA DE UN TBI

A los fines de apreciar debidamente la relevancia de la jurisdicción arbitral que consagran los TBIs en beneficio de los inversores, es importante contar con una visión, aunque sea básica y esquemática, de la estructura y de las principales características de tales instrumentos. Ello permite comprender los presupuestos que le sirven de antecedente a la disponibilidad de esta especial jurisdicción y, al mismo tiempo, dimensionar su rol como garantía procesal.

Una de las principales reglas a tener en cuenta al interpretarse los TBIs es la siguiente: parecen todos iguales, pero no lo son, y puede haber diferencias más o menos sutiles entre ellos con decisivas consecuencias frente a un caso determinado. Hecha esta advertencia, puede decirse, sin embargo, que los TBIs y los capítulos relativos a inversiones en los Tratados de Libre Comercio (TLCs) comparten una cierta anatomía estructural y presentan características comunes susceptibles de ser generalizadas, a los fines, al menos, de un análisis introductorio como el presente.

Un TBI puede dividirse, conceptualmente, en cuatro partes fundamentales:

a) *Campo de aplicación*: Cada TBI define qué tipo de derechos/activos califican como una

inversión (campo de aplicación *rationae materiae*), qué tipo de personas físicas o jurídicas pueden invocar los derechos sustanciales y procesales que allí se consagran (campo de aplicación *rationae personae*) y cuál es el ámbito de aplicación temporal del tratado en lo que concierne a su vigencia y a las circunstancias temporales de la disputa (campo de aplicación *rationae temporis*).

b) *Normas relativas a la admisión de inversiones*: Los TBIs, en general, establecen en qué condiciones o circunstancias, o qué tipo de inversiones son admisibles bajo sus términos. La mayoría de los TBIs sólo hacen referencia a la admisión de inversiones *de conformidad con sus leyes y reglamentaciones*⁷.

c) *Normas relativas al tratamiento de las inversiones*: Este es el corazón sustancial de los TBIs e implica la asunción de obligaciones específicas de trato con relación a las inversiones de inversores que cumplan con las reglas de admisión y califican dentro del campo de aplicación del TBI. La mayoría de los TBIs contienen obligaciones en materia de *trato justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento de nación más favorecida, prohibición de tratamiento arbitrario o discriminatorio que perjudique el uso y goce de la inversión, plena protección y seguridad*, "prohibición de expropiación, directa o indirecta, sin que medie debida compensación", tratamiento en supuestos de emergencias, catástrofes y guerras, y derechos en materia de repatriación de capital y utilidades. Algunos TBIs también obligan al Estado huésped a observar las obligaciones que se hayan asumido con relación a inversiones (*cláusulas paraguas*). En el caso de los capítulos de inversiones, las obligaciones

⁵ Ver Tratados de Inversión suscritos por la República del Perú en la base de datos de UNCTAD. En: www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/peru/pdf. Allí se hace referencia a los tratados firmados con la República Argentina, firmado el 10/11/1994, en vigencia desde el 24/10/1996; con Australia, firmado el 07/12/1995, en vigencia desde el 02/02/1997; con la República de Bolivia, firmado el 30/07/1993, en vigencia desde el 19/03/1995; con la República de Chile, firmado el 02/02/2000, en vigencia desde el 11/08/2001; con la República Popular China, firmado el 09/06/1994, en vigencia desde 01/02/1995; con la República de Colombia, firmado el 26/04/1994, en vigencia desde el 21/03/2004; con la República de Cuba, firmado el 10/10/2000, en vigencia desde el 25/11/2001; con la República Checa, firmado el 16/03/1994, en vigencia desde el 06/03/1995; con el Reino de Dinamarca, firmado el 23/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1995; con la República de Ecuador, firmado el 07/04/1999, en vigencia desde el 09/12/1999; con la República de El Salvador, firmado el 13/06/1996, en vigencia desde 15/12/1996; con el Reino de Finlandia, firmado el 02/05/1995, en vigencia desde el 14/06/1996; con la República Francesa, firmado el 06/10/1993, en vigencia desde el 04/07/1996; con la República de Alemania, firmado el 30/01/1995, en vigencia desde el 01/05/1997; con la República de Italia, firmado el 05/05/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con la República de Corea, firmado el 03/06/1993, en vigencia desde el 20/04/1994; con Malasia, firmado el 13/10/1995, en vigencia desde el 25/10/1995; con el Reino de los Países Bajos, firmado el 27/12/1994, en vigencia desde el 01/02/1996; con el Reino de Noruega, firmado 10/03/1995, en vigencia desde 09/05/1995; con la República del Paraguay, firmado el 01/02/1994, en vigencia desde el 18/12/1994; con la República de Portugal, firmado 22/11/1994, en vigencia desde el 18/10/1995; con la República de Rumania, firmado el 16/05/1994, en vigencia desde el 01/01/1995; con el Reino de España, firmado el 17/11/1994, en vigencia desde el 17/02/1996; con la Confederación Suiza, firmado el 03/05/1994, en vigencia desde el 01/08/1994; con el Reino de Suecia, firmado el 22/11/1991, en vigencia desde el 23/11/1993; con el Reino de Tailandia, firmado el 15/11/1991, en vigencia desde el 15/11/1991; con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado el 04/10/1993, en vigencia desde 21/04/1994; con la República de Venezuela, firmado el 12/01/1996, en vigencia desde 18/09/1997. Los Tratados de Inversión con Bélgica y Luxemburgo (firmados el 12/10/2005) y con Singapur (firmado el 27/02/2003) no tienen fecha de entrada en vigor.

⁶ Ver: Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. *versus* Perú. Laudo del 7 de febrero de 2005. Caso CIADI ARB/03/04 (ver éste y otros laudos que son citados en: <http://ita.law.uvic.ca>).

⁷ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Argentina, artículo 2 (1), el cual reza como sigue: "Cada Parte Contratante promoverá, en su territorio, las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones".

de trato sustancial pueden ser notoriamente más amplias e incluir cuestiones relativas a *requisitos de desempeño* para gozar de ciertas ventajas y prerrogativas, cuestiones relativas a la nacionalidad de los miembros de los órganos de administración de las sociedades, entre otras cuestiones.

d) *Normas sobre solución de controversias*: Los TBIs contienen dos tipos de mecanismos de solución de controversias. Uno primero, para aquellas disputas que surgen entre los estados signatarios del TBI con motivo de la aplicación e interpretación de éste⁸. Uno segundo, dirigido a resolver las disputas que puedan surgir entre quienes están habilitados para invocar la protección del TBI y el Estado huésped de la inversión. Esta contribución está dirigida a analizar los aspectos operativos de este último mecanismo.

2. SOLUCIÓN DE DISPUTAS INVERSOR-ESTADO

2.1. Consideraciones iniciales

El remedio clásico que el Derecho Internacional consuetudinario provee para situaciones en las que un Estado viola los derechos que tal ordenamiento consagra a favor de los extranjeros en una cierta jurisdicción es el de la protección diplomática. La protección diplomática implica el inicio de una reclamación internacional por parte del Estado cuya nacionalidad tiene el extranjero y sus derechos han sido violados, contra el Estado alegadamente ofensor. Presupone, asimismo, que el extranjero ha agotado los remedios internos sin que el daño o agravio haya sido reparado⁹. Es decir, el acceso a un remedio internacional presupone: i) necesaria intervención del Estado cuyo nacional ha sido afectado; y, ii) agotamiento de remedios internos.

Los TBIs, en tanto *lex specialis*, han transformado dramáticamente el referido escenario al permitir que los inversores administren por sí mismos los derechos allí consagrados, sin que sea necesario el agotamiento de los remedios internos¹⁰. Esta relación inmediata entre el inversor y el acceso a una jurisdicción para hacer valer los derechos consagrados por el TBI, sin que sean necesarios ni intermediarios ni largas dilaciones y esfuerzos ante las

cortes locales, explica la importancia, difusión y utilidad de estos instrumentos en la escena del Derecho Internacional económico contemporáneo¹¹.

El acceso a las jurisdicciones que consagran los TBIs presupone el previo cumplimiento acumulativo de requisitos que pertenecen a tres niveles técnico-legales diferenciados. En primer lugar, las circunstancias subjetivas, objetivas y temporales de la disputa deben ser compatibles con el campo de aplicación del TBI, según se define en cada uno de los instrumentos. En segundo lugar, quien invoque en su beneficio las normas relativas a la solución de controversias entre los inversores y los estados debe dar cumplimiento a los requisitos materiales o procesales adicionales, como por ejemplo, períodos de espera, o formalidades de otra naturaleza, que establecen la mayoría de los TBIs como condicionantes del consentimiento a tales mecanismos jurisdiccionales. Finalmente, los reglamentos o normas que regulan las jurisdicciones a las que un cierto TBI permite acceder pueden requerir el cumplimiento de pautas adicionales. Por ejemplo, el Convenio CIADI requiere el cumplimiento de ciertas pautas *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationae temporis* que delimitan la jurisdicción de tal centro de arbitraje. Enfocaremos nuestra atención, en lo sucesivo, en los requisitos mencionados en segundo lugar, es decir, hacia aquellos que hacen a la operación a los aspectos procedimentales de las cláusulas de solución de controversias entre inversores y estados que incorporan los TBIs.

2.2. Períodos de espera/negociación

La inmensa mayoría de los TBIs establecen una primera barrera temporal comúnmente denominada *período de negociaciones amistosas*, *período de espera* o *período de enfriamiento* (*cooling off period*). El TBI Perú - Argentina establece, por ejemplo, que:

“Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas”¹².

⁸ En los Tratados de Libre Comercio modernos los mecanismos de solución de disputas entre los estados signatarios se encuentran separados de los capítulos de inversiones.

⁹ Ver, sobre el punto: BROWNLIE, Ian. “Principles of Public International Law”. Sexta Edición. Oxford University Press. p. 472.

¹⁰ Este es el caso en la inmensa mayoría de los TBIs. Hay algunos TBIs, sin embargo, que requieren el uso previo de los tribunales locales por un cierto período.

¹¹ Nótese, sin embargo, que las primeras generaciones de TBIs (década del 60) no establecían un mecanismo de solución de disputas entre inversores y estados.

¹² Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 8 (2).

La duración de este período y sus puntos de referencia varían tratado por tratado. En la gran mayoría de los TBI suscritos por Perú, este período tiene una duración de 3 o de 6 meses y opera desde que se notifica la existencia de una disputa en los términos del TBI. El TBI Perú - Australia, sin embargo, impone el deber de intentar resolver la disputa mediante consultas y negociaciones, pero no establece un plazo concreto para tales fines¹³. El TBI Perú - Canadá y el capítulo de inversiones del TLC Perú - Estados Unidos, por su parte, operan sobre bases distintas, y establecen períodos de espera que operan acumulativamente y tienen como punto de referencia tanto el momento de los hechos o circunstancias que han generado la disputa (6 meses) como el momento en el cual se notifica la intención de someterla a arbitraje (3 meses)¹⁴.

Es importante señalar que este período previo puede operar de distintas maneras según el TBI que se invoque. En los TBIs que permiten acceder tanto a jurisdicción nacional como internacional, suele operar como un antecedente no sólo de la posibilidad de acudir a arbitraje internacional, sino que también puede operar como un requisito previo a la invocación del TBI ante los tribunales locales¹⁵. Por su parte, en los TBIs que sólo disponen la posibilidad de acceder a una vía internacional, este requisito opera sólo con relación a esta vía¹⁶.

Dicho período de espera o negociaciones previo se inicia mediante una notificación al órgano o persona responsable por el manejo de las relaciones exteriores del Estado huésped. En el caso del Perú sería el Presidente de la República. Es usual que se envíe copia al Ministro de Relaciones Exteriores, al ente que tiene a su cargo la defensa del Estado frente a reclamos patrimoniales internacionales y al Ministerio, poder o dependencia cuya conducta ha generado la disputa. La mayoría de los TBIs no disponen formalidad alguna a estos fines, sin perjuicio de lo cual, por razones de prueba y conveniencia, se suele utilizar la forma escrita. En particular, no es necesario cumplir los ritualismos impuestos por la legislación en materia de procedimiento administrativo.

El tenor de la notificación y sus contenidos también son flexibles. Lo importante es que la notificación cuente con sustento e información suficiente como para que la parte estatal pueda: i) identificar al inversor y verificar que, al menos *prima facie*, califica como tal de conformidad con los términos del TBI que invoca; e, ii) identificar los actos y hechos atribuibles al Estado que se alegan como violatorios del TBI y las normas de tal instrumento que se consideran violadas. En definitiva, la información tiene que ser lo suficientemente completa como para que el Estado pueda tomar una posición y decidir si procede o no, dadas las circunstancias, utilizar recursos en un trámite de negociación o solución amistosa. Hay, sin embargo, TBIs, como, por ejemplo, el TBI Perú - España, que requieren que la notificación incluya una *información detallada*¹⁷, lo cual supone un grado de precisión mayor que el referido.

Es importante señalar, en este sentido, que, como regla, los TBIs no imponen a los estados una obligación de negociar, y que estos períodos operan fundamentalmente en su beneficio como una ventana temporal que implica una oportunidad para intentar desactivar la disputa. Cumplido el plazo, los inversores tienen el derecho, pero no la obligación, de iniciar un trámite jurisdiccional al amparo del TBI, pudiendo administrar tal derecho como mejor les parezca. En este último sentido es importante señalar que, como regla, los TBIs no disponen de plazos de caducidad o prescripción que limiten la posibilidad de acceder a los remedios jurisdiccionales que consagran¹⁸. Sin embargo, instrumentos de la importancia del TBI Perú - Canadá y el TLC Perú - Estados Unidos disponen de un plazo de caducidad de tres años contados desde que se tuvo o debió haber tenido conocimiento de la existencia de una violación de tales instrumentos y de la existencia de pérdidas o daños como consecuencia de ésta¹⁹.

En varias ocasiones los inversores han obviado este período previo y han pretendido activar los mecanismos jurisdiccionales que disponen los TBIs sin cumplir con esta etapa. Los tribunales han

¹³ Ver: TBI Perú - Australia, artículo 13 (1).

¹⁴ Ver: TBI Perú - Canadá, artículos 24 (1), 25 y 26 (1) (b) y TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16.2 y 10.16.3.

¹⁵ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Colombia: "Si una controversia no pudiera dirimirse de manera amigable por las partes dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación escrita del reclamo, podrá someterse al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera realizado la inversión, o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado el Centro)".

¹⁶ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Suecia, artículo 8 (2).

¹⁷ Ver: TBI Perú - España, artículo 9 (1).

¹⁸ Debe notarse, sin embargo, que en algunos casos un derecho a un determinado activo que no ha sido ejercido en tiempo y forma ante los tribunales locales puede dejar de calificar como una inversión a los fines del campo de aplicación de un TBI.

¹⁹ Ver, sin embargo: TBI Perú - Canadá, artículos 22 (2) y 23 (2) y TLC Perú - Estados Unidos, artículo 10.18.1.

reaccionado de distinta manera frente a tal hipótesis²⁰. En algunos casos, han optado por calificar como meramente procesal a tal período y permitir la continuidad del procedimiento pese al incumplimiento²¹. En otro caso, aunque se permitió la continuidad del procedimiento, se obligó al inversor a cargar con las costas del incidente procesal derivado de su accionar anticipado²². Por su parte, una tercera posición ha sido la de considerar que la falta de cumplimiento de esta instancia previa afectaba la jurisdicción del tribunal²³. En un reciente caso, como cuarta alternativa, un tribunal arbitral decidió suspender el procedimiento hasta que se cumpla el plazo de 6 meses dispuesto por el tratado aplicable²⁴. Es de notar que la Secretaría del CIADI también ha dilatado el registro de casos en lo que se verificaba una falta de cumplimiento de estos requisitos temporales.

Puede suceder muchas veces que un Estado dicte una secuencia de medidas o incurra en actos que afectan a un inversor en distintos momentos. La pregunta, en estos casos, es si el inversor tiene que repetir el procedimiento con relación a cada una de ellas. La respuesta no es simple y dependerá en gran medida de las circunstancias, pero puede decirse, de manera general, que si existe un nexo de identidad o continuidad entre las disputas que se generan como consecuencia de tales medidas, no será necesario repetir el procedimiento. En tal escenario, las nuevas circunstancias se incorporaran al marco de la disputa existente mediante una notificación o al momento de iniciarse el procedimiento, o estando éste en trámite, como un hecho nuevo, o una demanda subordinada²⁵, según lo establezca el reglamento procesal aplicable.

El tema se planteó, por ejemplo, en un caso reciente contra Argentina, en el cual un inversor

comunicó la existencia de una alegada violación de un TBI como consecuencia de ciertas determinaciones fiscales iniciadas por distintas provincias contra un inversor. Luego, otras provincias hicieron lo mismo. La cuestión era si la disputa denunciada al amparo del TBI aplicable con relación a los actos de una de las provincias cubría también a las posteriores medidas idénticas tomadas por las otras. El tribunal actuante concluyó que no hacía falta agotar un nuevo período de espera, dada la identidad y relación entre unas y otras medidas²⁶.

En definitiva, en todo caso, interpretar rectamente el efecto de estos períodos de espera sobre los derechos procesales que consagran los TBI requiere preservar el delicado balance entre i) mantener la vigencia de las específicas estipulaciones negociadas por las partes, evitando que se transformen en letra muerta; y, ii) evitar caer en formalismos excesivos frente a hipótesis en las que el Estado tuvo una genuina oportunidad de ponderar qué actitud asumir frente a la disputa.

2.3. Opciones jurisdiccionales

Los TBIs estructuran las opciones jurisdiccionales disponibles para quien califica como inversor de manera variada. Los TBIs suscritos por Perú siguen fundamentalmente cuatro modelos:

a) Sistema escalonado: el inversor debe utilizar los remedios locales por un cierto período como requisito previo al uso de la vía arbitral internacional, salvo acuerdo de partes. El TBI Perú - Alemania constituye un ejemplo en este sentido al disponer que:

“La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: (a) A petición de una de las partes de la controversia cuando hayan transcu-

²⁰ Ver, en general: “Travelling the BIT Route, Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”. En: Journal of World Investment & Trade. Volumen 5. 2004. p. 235.

²¹ Ver: Ronald S. Lauder *versus* The Czech Republic. Laudo del 3 de septiembre de 2001 (NAFTA); y, SGS Société Générale de Surveillance S.A. *versus* Islamic Republic of Pakistan. Decisión sobre Jurisdicción de 6 de Agosto de 2003. Caso ICSID ARB/01/13. Ambas decisiones están publicadas en: <http://ita.law.uvic.ca>.

²² Ver: Ethyl Corporation *versus* Canada. Decisión sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998 (NAFTA) En: <http://ita.law.uvic.ca>.

²³ Ver: Goetz and others *versus* Burundi. Laudo (de común acuerdo) del 13 de febrero de 1999. Caso CIADI ARB/95/3. Es menester notar, sin embargo, que el TBI aplicable en este caso requería que durante el período en consideración también se verificara una instancia de negociación entre las partes contratantes. Otras dos decisiones arbitrales han señalado, como obiter dicta, que el incumplimiento de este plazo previo puede afectar la jurisdicción del tribunal. Ver en este sentido, obiter dicta: Enron and Ponderosa Assets *versus* Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3; y, Generation Ukraine Inc. *versus* Ukraine. Laudo del 16 de septiembre de 2003. Caso CIADI ARB/00/9.

²⁴ Ver: Western NIS Enterprise Fund *versus* Ukraine. Orden Procesal de 16 de marzo de 2006. Caso CIADI ARB/04/2.

²⁵ Ver: Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En el caso CMS Gas Transmission Company *versus* The Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8. Se usó esta vía para ampliar el tipo de medidas sobre las cuales se pronunció el tribunal. Sin embargo, es cuestionable que en tal caso existiera identidad y continuidad entre unas y otras medidas.

²⁶ Ver, por ejemplo: Enron and Ponderosa Assets *versus* Argentine Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

rrido dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista sobre el fondo; b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido”²⁷.

b) Sistema *alternativo* o de *opción de vías fork in the road*: el inversor cuenta con la opción de acceder a la jurisdicción local o a un arbitraje internacional. Algunos de los TBIs disponen específicamente que tal elección es definitiva. Un ejemplo en este último sentido es el TBI Perú - Argentina, el cual dispone lo siguiente:

“Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses, a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,
- Al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”²⁸.

c) Sistema de elección de vías *sin vuelta en U* (*no U turn system*): el inversor puede utilizar los remedios locales sin perder la posibilidad de acceder a arbitraje internacional, pero se requiere una previa renuncia a cualquier uso de la jurisdicción local²⁹, con excepción de las medidas preliminares y declarativas, como requisito previo al inicio de un arbitraje internacional. El TBI Perú - Canadá³⁰ y el capítulo de inversiones del TLC Perú - Estados Unidos siguen este modelo³¹.

d) Sistema de acceso directo: el inversor accede directamente a alguna variante de arbitraje internacional. El TBI Perú - Finlandia sigue este sistema al disponer que:

“Si tal controversia no ha sido dirimida amigablemente dentro del plazo de seis meses (...) la solicitud de cualquiera de las partes en controversia será sometida para arreglo por conciliación o arbitraje al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”³².

De los sistemas referidos el que presenta mayores inconvenientes prácticos e incertidumbres es el *alternativo* o de *opción de vías*, especialmente cuando el TBI dispone expresamente que el acudir a los tribunales competentes locales puede tener efectos preclusorios sobre la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. La gran duda en cuanto a este punto es qué tipo de uso de los remedios jurisdiccionales locales tiene como consecuencia una eventual pérdida de la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. O, desde otra perspectiva, cómo se puede hacer para preservar los derechos que se tienen bajo el ordenamiento peruano y, por ejemplo, no consentir en la vía administrativa un accionar que de otra manera devendría firme, sin perder la posibilidad de acudir, si fuera necesario, a una posterior instancia internacional.

La respuesta a las interrogantes conexas formuladas en el párrafo anterior varían TBI por TBI. Como primer dato orientador, es importante distinguir sobre qué bases está articulada la opción de vías que establece el TBI que se pretende invocar. Hay algunos TBIs cuyas cláusulas sobre la materia se refieren a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*³³. En este caso, utilizar los tribunales locales para planteos de derecho local en los que se formulan planteos o peticiones que no tienen base en el TBI, no implicaría sacrificar el posterior derecho de acudir a un arbitraje internacional, aunque haya superposición total o parcial desde el punto de vista subjetivo o en cuanto a las circunstancias fácticas que se ventilan en ambas instancias. Esta conclusión está avalada por numerosos pronunciamientos arbitrales, según los cuales es necesario que exista; i) identidad subjetiva; e, ii)

²⁷ Ver: TBI Perú - Alemania, artículo 10 (2) y 10 (3). Ver también: TBI Perú - Bolivia, artículo 11.

²⁸ Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 10 (2).

²⁹ Ello incluye reclamos en sede local por violación del TBI o el capítulo de inversión. Ver: Waste Management Inc. *versus* México (NAFTA). Laudo sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2000. Caso CIADI ARB (AF)/98/2.

³⁰ Ver: TBI Perú - Canadá, artículos 26-1 (e) y 26-2 (e).

³¹ Ver: TLC Perú - Estados Unidos, artículo 10.18.2 (b).

³² Ver: TBI Perú - Finlandia, artículo 9 (2).

³³ Ver: TBI Perú - Argentina, artículo 10 (1).

identidad causal en cuanto al sustento legal del reclamo³⁴.

Hay otros TBIs, sin embargo, cuyas cláusulas relativas a disputas entre inversores y estados se refieren, por ejemplo, a *las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio*³⁵. En este caso, en la medida en que acudir a una corte local implica una *controversia en relación con una inversión*, existe el riesgo de que se considere que tal accionar ha implicado un sacrificio de la vía internacional, especialmente si hay identidad de partes³⁶.

En todo caso, debe notarse que cierta jurisprudencia i) distingue a estos fines entre medidas activas y medidas defensivas, considerándose que éstas últimas no constituyen una elección de una vía procesal de conformidad con los TBIs³⁷ y ii) ha asumido una posición restrictiva en cuanto a la posibilidad de que la articulación de reclamos en la vía administrativa constituya un sometimiento de una disputa a un *tribunal competente*, siendo éste el lenguaje que usan la mayoría de los TBIs³⁸.

El punto central, en lo que concierne a la operación de estas cláusulas, es tener en mente que no fueron concebidas para colocar a los inversores en la incómoda disyuntiva de elegir entre sacrificar derechos en la vía interna o en la vía internacional

en el contexto de los breves plazos legales del Derecho local, sino para evitar abusos y especulaciones procesales reñidas con la buena fe.

2.4. Jurisdicciones disponibles

Los TBIs suscritos por Perú varían en cuanto al menú de opciones jurisdiccionales disponibles para solucionar disputas entre inversores y estados. Como se describe en el punto anterior, algunos TBIs permiten elegir entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, mientras que otros sólo habilitan esta última vía jurisdiccional³⁹. A su vez, algunos TBIs permiten elegir entre distintos tipos de arbitraje internacional, como arbitraje ante el CIADI, bajo el Convenio CIADI⁴⁰ y bajo el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁴¹, o arbitraje bajo las Reglas CNUDMI⁴², mientras que otros sólo permiten uno u otro tipo de arbitraje⁴³. Asimismo, hay ciertos TBIs firmados por Perú que se refieren exclusivamente a la posibilidad de utilizar los servicios que en materia de arbitraje brinda el CIADI, mientras que otros también incluyen, generalmente a criterio del inversor, la posibilidad de utilizar los servicios de conciliación que brinda tal entidad⁴⁴.

La mayoría de los inversores que cuentan con la posibilidad de acceder a un arbitraje CIADI eligen esta vía dada las extraordinarias garantías de neutralidad y eficacia que brinda⁴⁵. A los fines de

³⁴ Ver, entre otros: Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Balti versus Republic of Estonia. Laudo del 5 de abril de 2002. Caso CIADI ARB/99/2; Roland S. Lauder versus Czech Republic. Laudo del 3 de septiembre de 2001. Caso CNUDMI; Middle East Cement Shipping and Handling S.A. versus Arab Republic of Egypt. Laudo del 12 de abril de 2002. Caso CIADI ARB/99/6; CMS Gas Transmission Company versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8; Azurix Corp. versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003. Caso CIADI ARB/01/12; y, Enron and Ponderosa Assets versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

³⁵ Ver: TBI Perú - Ecuador, artículo 8 (1).

³⁶ Ver en este sentido: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal versus Argentine Republic. Decisión sobre Nulidad de 3 de julio del 2002. Caso CIADI ARB/97/3.

³⁷ Ver: CMS Gas Transmission Company versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003. Caso CIADI ARB/01/8; Enron and Ponderosa Assets versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/01/3.

³⁸ Ver: Azurix Corp. versus Argentina Republic. Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003. Caso CIADI ARB/01/12.

³⁹ Ver por ejemplo: TBI Perú - Dinamarca, artículo 9 (2) (a).

⁴⁰ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una organización internacional que administra procedimientos de arbitraje y conciliación relativos a disputas entre partes estatales e inversores extranjeros. El CIADI tiene origen en un tratado, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), el cual regula su funcionamiento, así como también las obligaciones de los estados contratantes con relación al CIADI y a los procedimientos que éste administra. El Convenio CIADI fue concebido y redactado bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial) y sometido a consideración de los gobiernos miembros de tal organismo el 18 de marzo de 1965. Entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. En el presente, está en vigor con relación a más de 140 estados (para una lista de los miembros, véase: www.worldbank.org/icsid). El Convenio CIADI es uno de los instrumentos jurídicos de Derecho Internacional más exitosos del mundo contemporáneo. La República del Perú está obligada por sus términos desde el 8 de septiembre de 1993 (Resolución Legislativa 26210, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 10 de julio de 1993).

⁴¹ Ver TBI Perú - Canadá, artículo 27 (1) (b).

⁴² Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, según siglas en inglés).

⁴³ Por ejemplo, la única posibilidad de arbitraje disponible en el TBI Perú - Cuba es bajo las reglas CNUDMI (artículo 8 (2) (b)). En el caso del TBI Perú - Francia, sólo puede accederse a un arbitraje bajo el Convenio CIADI (artículo 8 (2)).

⁴⁴ Ver, por ejemplo: TBI Perú - Finlandia, artículo 9 (2).

⁴⁵ Para fines del 2005, 136 de los 226 casos que habían sido iniciados al amparo de TBIs fueron planteados ante el CIADI, 67 ante tribunales arbitrales actuando bajo las reglas CNUDMI, 14 bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 4 bajo las reglas

promover un marco de neutralidad, el Convenio CIADI: i) establece un conjunto de privilegios e inmunidades en beneficio del Centro, los procedimientos y sus participantes⁴⁶; y, ii) excluye la participación de tribunales estatales en la revisión de los laudos arbitrales⁴⁷. A los fines de brindarle eficacia a disputas que suelen tener un alto grado de politización, el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita sean de reconocimiento y ejecución automática en todos los Estados Contratantes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva⁴⁸. No es necesario ni un trámite de exequátur ni ningún otro procedimiento de nacionalización del laudo o sentencia extranjera de conformidad con el Derecho local o con otros tratados internacionales sobre la materia. Lo dicho, sin perjuicio de que el procedimiento de ejecución se rige por el Derecho local, con lo que ello implica en materia de pautas de inmunidad de ejecución del Estado⁴⁹. Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un Estado contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros estados contratantes iniciar acciones ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor⁵⁰.

Como contrapartida de estas ventajas, el Convenio CIADI establece requisitos *rationae personae* y *rationae materiae* que restringen el acceso a la jurisdicción de tal Centro en razón del tipo de activos y de la nacionalidad y naturaleza de las partes.⁵¹ De conformidad con el Convenio CIADI, i) la disputa debe surgir directamente de una *inversión* en los términos del Convenio y, asimismo, ii) una de las partes debe ser un nacional de un Estado contratante y, la otra, un Estado contratante o, en ciertas circunstancias, una de

sus subdivisiones políticas u organismos públicos⁵². Tales requisitos no están presentes ni en el caso de arbitrajes bajo las Reglas CNUDMI ni en el caso de arbitrajes bajo el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁵³.

2.5. Extensión material de la cláusula de solución de controversias

Como regla general, las disposiciones de los TBIs en materia de disputas inversor-Estado comprenden la posibilidad de alegar cualquier violación de las específicas garantías que consagra el TBI que se invoque. Esto es particularmente claro en el caso de TBIs que identifican las disputas que pueden plantearse bajo sus términos mediante una referencia al ordenamiento jurídico que debe invocarse en sustento del reclamo. Así, por ejemplo, el TBI Perú - Argentina se refiere a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*⁵⁴. En este caso, es indubitable que: i) sólo puede alegarse una violación del TBI y ii) toda otra alegación o reclamo está excluida del campo de aplicación de la cláusula.

Más complejo es el panorama en lo que respecta a los TBIs que definen el campo de aplicación de sus disposiciones relativas a disputas inversor-Estado con referencia a *cualquier controversia que pudiera surgir entre un inversionista de una parte contratante y la otra parte contratante en conexión con una inversión*⁵⁵. La pregunta es si esta definición comprende, por ejemplo, una alegación de violación de contrato, que no necesariamente implica violación del TBI aplicable. La jurisprudencia sobre el punto es inconsistente, aunque desde el punto de vista práctico puede decirse que los tribunales

de la Cámara de Comercio Internacional y 4 por ante tribunales *ad hoc*. La estadística puede encontrarse en la publicación de UNCTAD sobre Developments in International Investment Agreements in 2005, IIA Monitor 2 (2006). Son raros los casos en los que una parte que puede acudir a arbitraje bajo el Convenio CIADI elija otra alternativa. La mayoría de los casos ante otros mecanismos arbitrales se explica porque, o bien el arbitraje bajo el Convenio CIADI no estaba disponible, o bien la disputa no cumplía con los requisitos *ratione personae* y *ratione materiae* que tal instrumento establece.

⁴⁶ Ver: Convenio CIADI, artículos 19 al 24.

⁴⁷ Ibid. artículos 49 al 52.

⁴⁸ Ibid. artículo 54.

⁴⁹ Ibid. artículo 55.

⁵⁰ Ibid. artículo 64.

⁵¹ Ibid. artículo 25.

⁵² Ver, en general: SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI". En: Revista Peruana de Arbitraje. Volumen 2. 2006. pp. 252 y siguientes.

⁵³ El Mecanismo Complementario del CIADI se aplica a disputas entre estados e inversores extranjeros que sólo cumplen parcialmente con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI (*id est*, uno de las partes no es nacional de un Estado contratante o la disputa no surge directamente de una inversión). Bajo el Mecanismo Complementario, el CIADI presta servicios de administración de procedimientos de arbitraje, procedimientos de conciliación y procedimientos de comprobación de hechos. Los procedimientos de solución de disputas bajo el Mecanismo Complementario no están amparados por el Convenio CIADI, y por ello no gozan de las inmunidades, privilegios y ventajas que allí se consagran.

⁵⁴ Ver TBI Perú - Argentina, artículo 10 (1).

⁵⁵ Ver TBI Perú - Dinamarca, artículo 9 (1). Ver también artículo 9 (2).

arbitrales constituidos bajo TBIs han sido reacios a habilitar este tipo de reclamos⁵⁶.

Distinto es el caso de los TBIs que expresamente tienen una disposición sobre *conversión de jurisdicción*. El TBI Perú - Canadá, por ejemplo, permite que los inversores aleguen, en determinadas circunstancias, la violación de un convenio de estabilidad jurídica⁵⁷. El TLC Perú - Estados Unidos, por su parte, permite que los inversores también invoquen la violación de una autorización de inversión y de un acuerdo de inversión⁵⁸. El efecto concreto de estas cláusulas de *conversión de jurisdicción* es permitir a los inversores alegar violaciones contractuales⁵⁹ ante el foro del TBI o del TLC independientemente del sistema de solución de controversias pactado contractualmente y sin que sea necesario alegar una violación de los derechos sustantivos establecidos por el tratado⁶⁰.

Hay, sin embargo, algunos TBIs que restringen las materias sobre las que pueden versar tales disputas. El TBI Perú - Canadá contiene específicas limitaciones en materia de reclamos relativos a instituciones financieras, por ejemplo⁶¹. El TBI Perú - China, por su parte, limita el tipo de disputas que pueden ser sometidas a arbitraje a aquellas relativas al *monto de compensación por la expropiación*⁶². En el punto siguiente se analiza en qué medida estas limitaciones pueden ser superadas mediante la invocación de las cláusulas de nación más favorecida.

3. OPERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA PROCESAL

Uno de los puntos más álgidos del Derecho Internacional de las inversiones contemporáneo

se relaciona con la posibilidad, o no, de invocar las cláusulas de nación más favorecida a los fines de suplantar o modificar las normas aplicables a las disputas inversor-Estado que dispone un cierto TBI. En los párrafos sucesivos se delinean, aunque sea someramente, los alcances de una polémica que, si bien relevante, excede en su tratamiento pormenorizado a la temática de esta contribución.

Las cláusulas de nación más favorecidas son disposiciones que implican el compromiso por parte de los estados contratantes de darle a los beneficiarios de sus términos (en este caso, los inversores bajo un cierto TBI) un tratamiento no menos favorable que el que se les da a otros nacionales en lo que concierne a ciertas materias.

La operatividad de estas cláusulas con relación a los mecanismos de solución de controversias para disputas inversor-Estado de los TBIs presupone: i) que un cierto TBI contiene una cláusula de este tipo; ii) que otro TBI le brinda a otros inversores ventajas en materia del sistema de solución de disputas entre inversores y estados; y, iii) que el lenguaje de la cláusula permite inferir que tal materia está entre aquellas respecto de las cuales la cláusula es operativa. La gran discordancia que actualmente se verifica en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales se relaciona con este último aspecto.

Las aguas están divididas, fundamentalmente, entre i) aquellas decisiones que consideran que dada la importancia del arbitraje internacional en el campo de la protección de inversiones debe construirse liberalmente los términos de las cláusulas de nación más favorecida, en cuanto a su aplicación al sistema de solución de controversias inversor-Estado⁶³ y ii) aquellas decisiones que consideran que las cuestiones procesales, como regla, sólo for-

⁵⁶ Ver, a favor de la posibilidad de plantear reclamos contractuales: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Republic of the Philippines*. Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004. Caso CIADI ARB/02/6; y, aunque de manera más difusa, *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Morocco*. Decisión sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001. Caso CIADI ARB/00/4. En contra, ver: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Islamic Republic of Pakistan*, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2003. Caso CIADI ARB/01/13. Cabe hacer notar que, en el primero de los casos, el tribunal decidió que tenía jurisdicción pero ordenó suspender el procedimiento sobre el fondo hasta que se resuelva el reclamo contractual en el fuero pactado en el contrato.

⁵⁷ Ver TBI Perú - Canadá, artículo 22 (1) (b), 22 (3), 23 (1) (b) y 23 (3).

⁵⁸ Ver TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16-1-(a) (i) (B), 10.16-1-(a) (i) (C), 10.16-1-(b) (i) (B), 10.16-1-(b) (i) (B), definiciones de acuerdo de inversión y autorización de inversión en art. 10.28, y exclusiones con relación a ciertos tipos de convenios de estabilidad jurídica en Anexo 10-H.

⁵⁹ No debe confundirse esta situación con la alegación de que un Estado ha violado una cláusula de las denominadas paraguas que contienen ciertos TBIs y que, según cierta jurisprudencia, permite alegar que una violación de un contrato estatal constituye, a la vez, una violación de un TBI. Un ejemplo de cláusula paraguas puede encontrarse en el artículo 4 (3) del TBI Perú - Tailandia, según el cual: "Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otra obligación, adicional a lo especificado en este Convenio, que haya contraído con relación a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante".

⁶⁰ Un similar efecto parece desprenderse del artículo 7 (1) (i) del TBI Perú - Malasia.

⁶¹ Ver: TBI Perú - Canadá, artículo 21.

⁶² Ver: TBI Perú - China, artículo 8 (3).

⁶³ Ver: *Maffezini versus Reino de España*. Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000. Caso CIADI ARB/97/7; *Siemens versus Argentina*. Decisión sobre Jurisdicción de 3 de agosto de 2004. Caso CIADI ARB/02/8; *National Grid PLC versus República de*

man parte del campo operativo de tales cláusulas cuando ello puede inferirse claramente de sus términos⁶⁴.

Es importante tener en cuenta que las cláusulas de nación más favorecida varían en su texto y estructura, por lo que no son aconsejables las generalizaciones. Este fue justamente el problema de algunas de las primeras decisiones que fueron permisivas sobre esta materia⁶⁵, cuya cuestionable factura técnica generó numerosas polémicas. No hay ninguna razón de principios para que una cláusula de nación más favorecida no se aplique a los aspectos procesales del TBI, si ello puede inferirse de sus términos. En definitiva, el tema es meramente hermenéutico y debe resolverse en función de la letra y estructura de cada tratado en particular.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje entre inversores y estados con base en los TBIs ha entrado en su adolescencia desde el punto de vista legal. Crece a una velocidad que dificulta una visión retrospectiva crítica de los acontecimientos y de los problemas sistémicos que su aplicación plantea. Como buen adolescente, tiene facetas inconsistentes e inciertas, como lo demuestra la jurisprudencia que se cita en esta contribución. Asimismo, plantea delicados dile-

mas sistémicos como consecuencia de la combinación entre ofertas de jurisdicción internacional abiertas a una generalidad de individuos y mecanismos arbitrales descentralizados con tribunales *ad hoc*, lo que está generando importantes tensiones como consecuencia del surgimiento de múltiples disputas paralelas no acumulables con elementos fácticos y legales en común⁶⁶. Argentina, por ejemplo, enfrenta más de 30 casos paralelos con estas características, casos surgidos a partir de las medidas de emergencia adoptadas en el año 2001, con los costos e incertidumbres que ello implica.

Las nuevas generaciones de TBIs, como el TBI Perú - Canadá y el TLC Perú - Estados Unidos incluyen, por ejemplo, disposiciones sobre acumulación de procedimientos, y presentan innovaciones y precisiones procesales que, aunque un tanto excesivas en su reglamentarismo, demuestran una creciente preocupación en delinear y precisar los pormenores operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados. El tiempo dirá si esta es la dirección correcta. Mientras tanto, la jurisprudencia arbitral iluminará u oscurecerá el camino. En todo caso, esperemos que prime la visión crítica por sobre la complaciente, y que sendero que se talle esté iluminado por la vocación de fomentar el Estado de Derecho y no por los intereses políticos o profesionales contingentes.

Argentina. Decisión sobre Jurisdicción de 20 de junio de 2006. Caso CNUDMI/BIT, párrafo 82; Gas Natural SDG S.A. versus República de Argentina. Laudo de 17 de junio de 2005. Caso CIADI ARB/03/10; Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. versus República de Argentina. Decisión sobre Jurisdicción de 16 de mayo de 2006. Caso CIADI ARB/03/17.

⁶⁴ Ver: Salini Construttori S.p.A and Italstrade versus Jordania. Decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004. Caso CIADI ARB/02/13; Plama Consortium Limited versus Bulgaria. Decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005. Caso CIADI ARB/03/24; y, Telenor Mobile Communications A.S. versus Hungría. Laudo de 13 de septiembre de 2006. Caso CIADI ARB/04/15.

⁶⁵ Ver, en particular, Maffezini versus Reino de España. Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000. Caso CIADI ARB/97/7; y, Siemens versus Argentina. Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004. Caso CIADI ARB/02/8.

⁶⁶ Ver, sobre el particular: SUAREZ ANZORENA, Ignacio. "Acumulación de Arbitrajes bajo Tratados Bilaterales de Inversión". En: Lima Arbitration 1. 2006. p. 113.

LOS ÁRBITROS: SELECCIÓN, RECUSACIÓN Y REEMPLAZO*

José María Alonso Puig**

El presente artículo se basa en la ponencia que el autor realizó, en noviembre del año 2005, en Miami, y donde se tratan temas principalmente relacionados a la función arbitral, la imparcialidad e independencia con que deben actuar los árbitros, y el deber de revelación que deben cumplir aquellos ante posibles conflictos de interés.

En este sentido, entre otros, el autor explica los conceptos de imparcialidad e independencia, desarrollando sus principales diferencias y su tratamiento en distintos países. Asimismo, el autor comenta, tocando para ello brevemente las directivas emitidas por la International Bar Association sobre conflictos de interés, y a raíz de la "autocensura" con que muchos árbitros vienen reaccionando ante supuestos en los que una de las partes en conflicto es o ha sido cliente del estudio (de una importante magnitud) donde ejerce uno de los árbitros que componen el Tribunal Arbitral, cómo no deben ser entendidas las cualidades antes mencionadas con que deben contar los árbitros.

* El presente artículo fue originalmente preparado para una ponencia realizada por el doctor José María Alonso en Miami, en noviembre de 2005. Agradecemos la gentil colaboración del doctor Enrique Felices, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS, quien nos cedió el presente artículo para ser publicado en THEMIS-Revista de Derecho, previa autorización del autor.

** Socio Director del Estudio Garrigues. Arbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC).

El tema de los árbitros reviste una importancia decisiva en el ámbito del arbitraje en general y, más especialmente, en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De los árbitros depende en gran medida que el arbitraje responda a las expectativas de las partes de ver resuelta su controversia a través de un procedimiento riguroso y finalmente eficaz. Solamente si los árbitros demuestran una elevada capacidad de acción, particularmente en cuanto a conocimiento del asunto, dedicación y celeridad, y sobre todo si son imparciales, el arbitraje se consolidará como la alternativa ideal a la jurisdicción para la solución de conflictos entre las partes.

1. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO

El principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades esenciales que debe reunir un árbitro, es que éste ha de ser independiente e imparcial. Este principio es el acogido en la Ley Modelo UNCITRAL¹ y en las más recientes directrices de la International Bar Association (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional.

Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, independencia e imparcialidad, en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente, se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.

Los términos de independencia e imparcialidad no aparecen expresamente reflejados en todas las modernas legislaciones nacionales sobre arbitraje. En Francia, por ejemplo, dichos términos no aparecen explícitamente en la ley, aunque sí han sido reconocidos por la jurisprudencia como cualidades esenciales de la función arbitral. En otros países, los términos de independencia e imparcialidad sí aparecen expresamente recogidos en la legislación arbitral, como es el caso, por ejemplo, de Alemania, Bélgica, Holanda, Brasil, Turquía, Finlandia, Guatemala, Grecia, Egipto, Japón y España. En otros casos, como el inglés o el sueco, la ley sólo se refiere expresamente al requisito de imparcialidad.

Similares diferencias terminológicas se aprecian en los distintos reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales. Así, el artículo 7, inciso 1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) sólo hace referencia explícita a la independencia, mientras que los reglamentos de arbitraje del London Court of International Arbitration (LCIA) (artículo 5, inciso 2), la American Arbitration Association (AAA) (artículo 7, inciso 1) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 5, inciso 4), así como las más recientemente aprobadas Swiss Rules of International Arbitration (artículo 9, inciso 1), siguen la fórmula UNCITRAL de referirse tanto a la independencia como a la imparcialidad del árbitro.

Estas diferencias terminológicas, ya sea entre legislaciones nacionales o entre reglamentos de arbitraje, no encierran a mi juicio ninguna diferencia sustancial o de fondo respecto a la idea de principio a la que inicialmente me referí, ampliamente extendida y aceptada en el ámbito del arbitraje internacional, de que el árbitro debe ser independiente e imparcial. Distinguidos comentaristas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al referirse al artículo 7, inciso 1 del mismo, en el que sólo se hace referencia a la independencia del árbitro (sin mencionar expresamente su imparcialidad), han ayudado a clarificar esta cuestión, señalando que el principal objetivo del artículo 7, inciso 1 es asegurar el nombramiento de árbitros imparciales y que, si el Reglamento de la CCI ha preferido expresar el requisito relevante en términos de independencia, ello ha sido por entender que la independencia es una noción más objetiva, más fácilmente verificable por la Corte, a la vista de las relaciones pasadas y presentes del árbitro¹.

2. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Tan importante como el anterior principio de que el árbitro debe ser independiente e imparcial, lo es también el principio de que las partes han de tener la oportunidad de valorar si dichas cualidades efectivamente concurren en el árbitro. Y para ello, obviamente, no basta con que el árbitro se considere a sí mismo o simplemente se declare independiente e imparcial, sino que es necesario que aquél revele a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

¹ Nota del editor: siglas en inglés de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

¹ DERAIS, Yves y Eric SCHWARTZ. "A Guide to the New ICC Rules of Arbitration". Kluwer Law International. 1998.

Este deber de revelación del árbitro, en mi opinión, es uno de los más importantes y delicados de los que integran la función arbitral. Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger el futuro laudo.

Al referirme a este deber como un deber delicado del árbitro, quiero decir que su ejercicio no siempre es tarea fácil, porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere que ponen en duda su imparcialidad o independencia, y que seguro le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como “dudas justificadas” sobre la imparcialidad e independencia de aquél.

Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente pueda seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consiste en revelar lo que directamente crea que debe revelar y, además, lo que dude si debe revelar. Esta es la norma que, con buen sentido, se sigue en los arbitrajes ante la CCI, donde las personas propuestas para ser árbitros deben completar una “declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro” en la que expresamente se advierte al candidato que “en caso de duda usted deberá optar por la revelación”. Y es que, por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible –y además frecuente– que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido u olvidado en su momento no revelarla.

En este sentido, es importante que las personas llamadas a actuar como árbitros afronten su deber de revelación con rigor y sin miedo a que las circunstancias que revelen puedan ser consideradas por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que es la encargada de resolver la recusación que pueda formular cualquiera de las partes, como un impedimento para ejercer como árbitros. A pesar de que el Reglamento de Arbitraje de la CCI

no exige a la Corte el motivar su decisión sobre una recusación, la CCI ha dado buena muestra durante años de que la revelación de circunstancias por los árbitros no determina en absoluto que una recusación formulada por una parte sobre la base de alguna de esas circunstancias tenga necesariamente que prosperar.

3. HACIA UNA IDEA INTERNACIONAL DEL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Entender de un modo u otro el significado de la imparcialidad e independencia del árbitro conduce, casi irremisiblemente, a entender de forma distinta cómo ha de dar cumplimiento un árbitro a su deber de revelación; o dicho de otro modo, cuál debe ser el contenido y alcance de ese deber. Esto hace que sea deseable, en el ámbito general del arbitraje, la búsqueda de un significado homogéneo de los términos de imparcialidad e independencia o, al menos, si esta búsqueda de conceptos resultare excesivamente difícil, la búsqueda de una idea homogénea de lo que deba entenderse por circunstancias que un árbitro debe revelar para satisfacer el derecho de las partes de conocer cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre aquellas dos cualidades.

La confluencia en el arbitraje internacional de partes, abogados y árbitros de distintas nacionalidades y tradiciones jurídicas ha ido poniendo de relieve desde hace años, con mucha más intensidad que en el ámbito del arbitraje doméstico, el buen sentido de hacer un esfuerzo común por buscar un punto de encuentro respecto a cuál ha de ser el contenido y alcance del deber de revelación del árbitro. Un punto de encuentro con éste que sirva de estándar internacional y contribuya a la convergencia de la legislación y la jurisprudencia de los distintos países en esta materia, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la resolución de las disputas que surjan en el comercio internacional.

Un primer paso importante hacia ese punto común de encuentro, aún pendiente en algunos países, lo constituye la toma de conciencia por parte de los legisladores nacionales de que las causas de recusación de jueces y magistrados, que normalmente aparecen tasadas e identificadas en las legislaciones de cada Estado, no sirven para explicar –y mucho menos para agotar– las circunstancias que pueden razonablemente poner en duda la independencia o la imparcialidad de un árbitro. Aunque en un plano conceptual parece adecuado admitir que estas cualidades del árbitro

deben significar algo ciertamente próximo a lo que quiso expresarse en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuando en ambos se hizo referencia al derecho a ser juzgado por un tribunal "independiente e imparcial", lo cierto es que la propia esencia de la institución arbitral, cuya razón de ser no es otra que la voluntad de las partes, hace que la "vara de medir" la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales, a partir de un *numerus clausus* de circunstancias, siempre corra el riesgo de ser inapropiada en un arbitraje, por defecto o incluso por exceso.

Otro paso, sin duda útil para seguir avanzando hacia un entendimiento internacional más homogéneo del deber de revelación de los árbitros, vino dado el 22 de mayo del pasado año, con la aprobación por el Consejo de la IBA de sus directrices o "*guidelines*" sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. En el tema del deber de revelación o "*duty of disclosure*" del árbitro, estas directrices vinieron a sustituir lo dispuesto anteriormente en las "*IBA Rules of Ethics*" de 1987.

Al margen de que estas directrices acogen el principio general de imparcialidad e independencia del árbitro ("*General Standard*" 1) y también disponen que cualquier duda respecto a si ha de revelarse una determinada circunstancia ha de ser resuelta a favor de la revelación ("*General Standard*" 3.c), su aportación más específica consiste en incorporar cuatro listas donde aparecen catalogadas, sin ánimo de exhaustividad, distintas circunstancias que pueden darse en la práctica con relación al deber de revelación del árbitro, con el fin de orientar a éste, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los jueces sobre el sentido y alcance de aquel deber²:

- Lista Roja "no renunciable": circunstancias que incapacitan a una persona para actuar como árbitro, aunque sean reveladas a las partes.

- Lista Roja "renunciable": circunstancias que sólo permiten a una persona actuar como árbitro si las partes, conociéndolas, así expresamente lo acuerdan.
- Lista Naranja: circunstancias que el árbitro debe revelar a las partes y que éstas, al conocerlas, pueden aceptar por simple silencio u omisión de objeción.
- Lista Verde: circunstancias que no es necesario que el árbitro revele a las partes.

Sin perjuicio de los puntos para la discusión que susciten, creo que es justo reconocer a estas listas un indudable valor orientativo en el ámbito del arbitraje internacional. No aspiran a la imposible misión de identificar y encerrar en un *numerus clausus* todas las circunstancias concretas que un árbitro deba revelar, sino a la más prudente de servir de guía para abordar más fácilmente el problema de un posible conflicto de intereses del árbitro frente a las partes o a los representantes de éstas en un procedimiento arbitral.

4. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LOS GRANDES DESPACHOS

Un tema que plantea una especial problemática a los grandes despachos es el relativo a los conflictos de intereses que puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes por razón de las actividades del despacho de abogados al que pertenezca el primero.

Pese al tamaño del despacho del que soy miembro y mis actuales responsabilidades en el mismo, no es en absoluto mi intención venir a defender aquí el corporativismo de las grandes firmas de abogados. Lo que sí quiero hacer ahora, porque lo creo importante, es poner de manifiesto una preocupación que, desde hace un tiempo, compartimos cada vez más los despachos de gran tamaño, como es la tendencia de algunos

² Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional. "Practical Application of the General Standards". Puntos 2, 3 y 6:

- "The non-waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, disclosure of such a situation cannot cure the conflict."
- "The waivable Red List encompasses situations that are serious but not as severe. Because of their seriousness, unlike circumstances described in the Orange List, these situations should be considered waivable only if and when the parties, being aware of the conflict of interest situation, nevertheless expressly state their willingness to have such a person act as arbitrator, as set forth in General Standard 4(c)".
- "The Orange List is a non-exhaustive enumeration of specific situations which (depending on the facts of a given case) in the eyes of the parties may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality and independence. The Orange List reflects situations that would fall under General Standard 3(a), so that the arbitrator has a duty to disclose such situations".
- "The Green List contains a non-exhaustive enumeration of specific situations where no appearance of, and no actual, conflict of interest exists from the relevant objective point of view. Thus, the arbitrator has no duty to disclose situations falling within the Green List".

miembros de esos despachos a admitir la existencia de un conflicto de intereses, y la consiguiente “autocensura” *a priori* del miembro que esté llamado a actuar como árbitro, por el mero hecho de que se dé la circunstancia –muy frecuente en las grandes firmas de abogados– de que algún otro miembro del mismo despacho al que pertenezca el árbitro haya prestado o esté prestando a alguna de las partes servicios jurídicos ajenos al asunto que se encuentra sometido a arbitraje, sin que el árbitro intervenga lo más mínimo en la prestación de esos servicios.

Esta “autocensura” *a priori*, de carácter prácticamente automático, creo que hace un flaco favor al arbitraje internacional, toda vez que restringe injustificadamente la disponibilidad de muchos árbitros que cuentan con una contrastada calidad profesional, por causa de una circunstancia (que el despacho al que pertenece el árbitro, a través de otro de sus miembros, preste o haya prestado servicios a alguna de las partes) que, en ocasiones, puede no plantear razonablemente ningún conflicto de intereses. Además, tengo la convicción, por experiencia propia, de que los árbitros que no optan por aquella “autocensura” automática y, en ciertos casos, deciden asumir su función arbitral pese a la circunstancia antes mencionada, suelen posteriormente ejercer dicha función con una imparcialidad auténticamente ejemplar.

A fin de ilustrar esa “autocensura” *a priori* que considero indeseable, piénsese, por ejemplo, en la circunstancia de que un miembro del mismo despacho al que perteneciera el árbitro hubiese asesorado o estuviese asesorando a una de las partes del arbitraje sobre un problema de índole salarial que a dicha parte –una entidad mercantil– le hubiesen planteado algunos de sus empleados, y que dicho problema nada tuviera que ver con la controversia sometida a arbitraje, relativa a la responsabilidad civil derivada de la inexactitud de unos datos contables proporcionados por el vendedor en una compraventa de las acciones de una compañía. Sin perjuicio de que aún pudiese haber otros factores a considerar (verbigracia, la trascendencia económica de aquel asesoramiento para el despacho y, dentro de él, para el propio árbitro), parece claro que dicha circunstancia, en ciertos casos, no supondría la existencia de ningún conflicto de intereses entre el miembro que hubiese de actuar como árbitro y la parte a la que se le estuviese prestando, por otro miembro del mismo despacho, aquel servicio de naturaleza laboral.

Cosa distinta, en relación con esta especial problemática de los despachos de gran tamaño, es que el deber de revelación del árbitro habría de

ser cumplido en estos casos, a mi juicio, con una exquisita amplitud y exhaustividad, para no dejar la más mínima sombra de duda a las partes sobre la voluntad de transparencia del árbitro y de la firma de la cual forma parte.

Del mismo modo que considero adecuado que los árbitros no opten sin más por la “autocensura” automática a la que antes me referí, también entiendo adecuado que aquéllos no escatimen esfuerzos a la hora de explicar a las partes en qué consiste exactamente la relación de servicios profesionales que algún miembro del despacho mantenga con cualquiera de ellas, bien sea por escrito, bien sea poniéndose a disposición de las partes para realizar cualquier aclaración verbal.

Cabe apuntar, finalmente, que el tratamiento que las directrices de la IBA dan a esta problemática parece ser adecuado. Aunque las directrices consideran que, en principio, el árbitro debe ser considerado como un sujeto idéntico al despacho al cual pertenece, el creciente tamaño de las firmas de abogados es una realidad que, a juicio de los redactores de estas directrices, también debe ser tenida en cuenta a la hora de encontrar un equilibrio entre la importancia de mantener la confianza en la imparcialidad e independencia de los árbitros en el arbitraje internacional y el derecho de las partes a nombrar a un árbitro de su elección. De ahí que las directrices establezcan que el hecho de existir actividades del despacho de abogados al que pertenezca el árbitro que impliquen a alguna de las partes no constituye automáticamente un conflicto de intereses ni un motivo de revelación, debiendo el árbitro valorar razonablemente las circunstancias en cada caso concreto, a la vista de la relevancia de aquellas actividades (verbigracia, su naturaleza o alcance, el tiempo en que se realicen o su trascendencia económica).

Respecto al tiempo en que algunas de esas actividades puedan haberse llevado a cabo, la Lista Naranja de las directrices IBA marca inicialmente un límite de los tres años anteriores al momento de análisis del posible conflicto de interés, sin perjuicio de advertirse en las mismas directrices, con buen sentido, que dicho periodo de tiempo puede ser tanto excesivo como insuficiente, según las circunstancias del caso.

5. EL ÁRBITRO NOMBRADO POR UNA PARTE

Decía al comienzo de mi exposición que el principio generalmente aceptado en el ámbito del arbitraje internacional, respecto a las cualidades del árbitro, es que éste debe ser independiente e imparcial. Dicho principio, tal y como está

formulado en la Ley Modelo UNCITRAL, en las directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y en multitud de leyes nacionales y otras normas o directrices de distinto origen que están dirigidas al arbitraje internacional, es un principio aplicable a todos los árbitros, ya hayan sido éstos nombrados por una parte, por todas ellas de común acuerdo o por un tercero imparcial.

Siendo lo anterior cierto, también es cierto que la figura del *"party-appointed arbitrator"* ha sido durante años, y continúa hoy siendo, frecuente objeto de reflexiones en el ámbito del arbitraje internacional. La raíz de muchas de estas reflexiones suele encontrarse en la percepción, a mi juicio sensata, de que las partes que desean un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros independientes e imparciales, pero que al mismo tiempo desean que cada una de ellas nombre a un árbitro y que el presidente del Tribunal sea nombrado por un tercero, es posible que no deseen ni esperen de los árbitros nombrados por ellas la coincidencia en un patrón ontológico de independencia e imparcialidad con el tercer árbitro.

La pregunta que surge naturalmente, ante un Tribunal Arbitral así constituido, y dado el silencio que la mayoría de leyes y reglamentos de arbitraje guardan a este respecto, es la siguiente: ¿cabe admitir alguna diferencia entre la conducta del presidente del Tribunal y la de sus dos coárbitros, sin dejar de exigir a todos ellos los requisitos de independencia e imparcialidad? Y si así fuese, ¿cuál podría ser, concretamente, tal diferencia?

A mi juicio, esa diferencia de conducta puede darse y estar justificada sin que ello implique que los árbitros nombrados por las partes dejen de ser independientes e imparciales. Y en tal caso, dicha diferencia puede consistir en que cada uno de los dos coárbitros trate de asegurar que el caso presentado por la parte que lo nombró sea adecuadamente entendido por todos los miembros del Tribunal Arbitral. Como ha señalado un distinguido conocedor del arbitraje internacional, en

esa diferencia cabe ver tanto un deber del coárbitro hacia la parte que lo nombró como un deber de aquél hacia todas las partes del caso, a las que debe suponerse haber buscado de buena fe, mediante la elección del arbitraje internacional, el asegurar la resolución de sus disputas con arreglo a altos estándares de imparcialidad, justicia y debido proceso que necesariamente requieren, rutinariamente, que el Tribunal Arbitral oiga y comprenda adecuadamente los casos presentados por cada parte del arbitraje, y no menos que eso³.

De lo demás hay que huir; especialmente de pretender que el coárbitro llamado a ser independiente e imparcial sea realmente un abogado disfrazado en el seno del Tribunal Arbitral. Flaco favor el que se hace con ello la parte que piensa así intentar sacar adelante sus pretensiones en el arbitraje; y flaco favor el que se hace en tal caso al arbitraje como institución.

6. APUNTE FINAL

Es difícil reflexionar sobre la figura del árbitro sin reflexionar al mismo tiempo sobre la idea misma que tengamos o deseemos tener del arbitraje en general. El respeto y la confianza que ambos despierten en la comunidad internacional van de la mano.

Conviene que no sólo el árbitro, sino también las partes, los representantes de éstas y las instituciones arbitrales, asuman el papel que a cada uno respectivamente corresponde para tratar de asegurar que la función arbitral responda eficazmente a las expectativas de rigor e independencia que en ella se depositan. En este sentido, es importante que las partes y sus representantes o asesores sean concientes de que la libre selección de un árbitro no es simplemente un derecho que les asiste, sino también un necesario ejercicio de responsabilidad; y también es importante que las instituciones arbitrales se doten y hagan uso de mecanismos que les permitan, en alguna medida, controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros y su eficacia en el desempeño de su labor.

³ GRIGERA NAÓN, Horacio. "Party-appointed arbitrators: a Latin American perspective?". IBA Arbitration Day Presentation. Sao Paulo. Febrero de 2004.

PRIVILEGIOS Y SECRETO PROFESIONAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

Henri C. Alvarez** ***

¿Se ha puesto a pensar en qué podría suceder si es que en un arbitraje la aplicación de la ley del foro ante el vacío de ciertas normas procesales, como las probatorias, coartara derechos adquiridos –incluso fundamentales– que las legislaciones del Estado del que proviene cada parte prevé para las mismas? ¿Qué normas ha de aplicar el Tribunal Arbitral de forma tal que se logre la igualdad de trato a las partes sin perjudicarlas y se reduzca, así, la posibilidad de un cuestionamiento del laudo?

En este artículo se aborda magistralmente un tema de materia probatoria poco desarrollado en nuestro medio: la dispensa por motivo de privilegios o secreto profesional. El autor hace un recorrido que empieza con la presentación de esta figura para concluir desarrollando las posibles soluciones al problema antes planteado, llegando a una solución que tiene en cuenta las diferencias de esta figura tanto en el Derecho Civil como el Common Law y logra compatibilizar la discrecionalidad otorgada al Tribunal Arbitral, propia del arbitraje, y el trato justo e igualitario a las partes.

* El presente artículo nos fue proporcionado muy amablemente por el mismo autor, siendo el título original del mismo: "Evidentiary Privileges in International Arbitration". El artículo fue preparado para el Congreso de International Council for Commercial Arbitration (ICCA) de 2006 en Montreal y será publicado en inglés en ICCA Congress Series 13, International Arbitration 2006: Back to Basics? (Kluwer Law International). La traducción del texto estuvo a cargo de Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a Inti Vidal Felip, miembro de la comisión de Actualidad Jurídica de THEMIS, por su colaboración en la traducción de las citas en francés.

** Abogado. Profesor del curso de Arbitraje Comercial Internacional en la Facultad de Derecho de la British Columbia University. Socio del estudio de abogados Fasken Martineau DuMoulin LLP. Árbitro de la International Chamber of Commerce (ICC), la American Arbitration Association (AAA), el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), The London Court of International Arbitration (LCIA) y la British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC) y árbitro *ad hoc* en arbitrajes de la United Comisión on International Trade Law (UNCITRAL).

*** El autor agradece la ayuda de Tina Cicchetti y Beta Gustafson en la preparación de este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

Es sorprendente que los privilegios probatorios y su naturaleza, alcance y aplicación sólo hayan empezado a atraer un interés significativo recientemente¹. Esto se debe, quizá, al hecho de que éstas han sido generalmente consideradas como reglas probatorias de carácter procesal y, por lo tanto, fueron incluidas dentro de la amplia discrecionalidad de los árbitros sobre asuntos procesales en el arbitraje internacional. Como es generalmente reconocido, dada la ausencia de una elección expresa de la ley procesal aplicable o de reglas elaboradas por las partes, en un arbitraje internacional los árbitros no requieren aplicar sus reglas nacionales del proceso civil o las relacionadas con la prueba, puesto que están sujetos sólo a los limitados requerimientos que establece el orden público del lugar en que se instala el arbitraje². Comúnmente, la dirección de un arbitraje, incluyendo la admisibilidad y peso de la evidencia, se deja a la discreción del Tribunal Arbitral, salvo acuerdo contrario de las partes, el mismo que usualmente está sujeto sólo a los requerimientos generales de trato justo y equitativo de las partes y a las reglas de carácter imperativo previstas en el Estado en que el Arbitraje tiene su sede.

Debido a una serie de razones, incluyendo el número creciente y la complejidad de las disputas internacionales y arbitrajes, y la reciente reconsideración de ciertos aspectos del derecho nacional relacionados con los privilegios y el secreto profesional y áreas conexas³, el tema de los privilegios probatorios está atrayendo cada vez más atención. Esto ha llevado a la grata oportunidad de reconsiderar la naturaleza de los privilegios y su aplicación en el arbitraje internacional. Un escrutinio más cercano revela que la cuestión merece mayor

atención de la que le ha sido brindada en el pasado y que la típica solución general de recurrir simplemente a la discrecionalidad del Tribunal Arbitral cuando surjan asuntos relativos a los privilegios puede resultar no siendo enteramente satisfactoria.

Ya que las dispensas probatorias generalmente reflejan el orden público del sistema legal que las adopta⁴, el no aplicar estas dispensas puede llevar a un cuestionamiento del laudo arbitral o a resistir el reconocimiento y la ejecución del mismo⁵. Así también, dado que las dispensas están destinadas a excluir pruebas relevantes, éstas pueden afectar la tarea fundamental de establecer los hechos de la disputa. Dependiendo de cómo el tribunal arbitral determine el derecho o reglas aplicables a las dispensas probatorias y la aplicación de tal estándar, el resultado podrá ser el trato desigual o injusto a una de las partes del arbitraje. A pesar de este potencial impacto a las dispensas probatorias hay pocos casos y poca orientación para dilucidar cómo es que deben proceder los árbitros internacionales cuando se presenta una solicitud de aplicar un privilegio o el secreto profesional⁶. Es por esto que tanto árbitros como partes por igual deben enfrentarse a preguntas nuevas y complejas cuando se discute la aplicación de las dispensas.

Se han mencionado un buen número de razones para explicar por qué los temas legales relacionados con los privilegios y su aplicación en el arbitraje internacional, son tan variados y complejos. Así, se ha sugerido que la naturaleza y el concepto de las dispensas probatorias difieren en el Derecho Civil y en el *Common Law*; que existen diferencias esenciales en la calificación de las dispensas como sustantivas o procesales en ambos

¹ Algunos trabajos sustanciales recientes sobre el tema: SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: *Arbitration and ADR* 3. Volumen 5. 2000. p. 12; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: *International and Comparative Law Quarterly* 50. 2001. p. 345; RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. "The Attorney-Client Privilege and International Arbitration". *American Journal of International Arbitration* 18. 2001. p. 587; GALLAGHER, Norah. "Legal Privilege in International Arbitration". *International American Law Report*. 2003. p. 45; MEYER-HAUSER, Bernhard F. "Das Amwalt Geheimnis und Schiedsgericht". Zurich. 2004; SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. "Privilege across borders in Arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?". *Asian International Arbitration Journal* 23. 2005. p. 610; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution". En: AKSEN, Gerald et al. "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner". Paris: International Chamber of Commerce. 2005; BERGER, Klaus P. "Evidentiary Privileges – Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion". En: *Materiales de la Conferencia de la Asian International Arbitration Journal*. Zurich. 2006 (será publicado en el boletín de la *Asian International Arbitration Journal*). Se han colocado otras fuentes en la bibliografía selecta.

² POUDRET, Jean-François y Sebastien BESSON. "Droit comparé de l'arbitrage international". Génova. 2002. p. 642; GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE Editores. En: "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration". La Haya. 1999. p. 1266.

³ SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 610-612.

⁴ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 352; ROYER, Jean-Claude. "La Preuve Civil". Tercera edición. Éditions Yvon Blais. 2003. pp. 890-891; SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Butterworths. 1992. pp. 713-714.

⁵ Como se discutió anteriormente, no considerar o no aplicar las reglas de la dispensa en determinadas circunstancias en el arbitraje puede también generar demandas que pueden llegar a interferir con el proceso arbitral durante el curso del mismo.

⁶ Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 2 y las fuentes ahí citadas.

sistemas; y que en el arbitraje internacional no hay reglas de conflicto de leyes establecidas para la determinación del derecho aplicable a las dispensas⁷.

A estas razones debe agregarse el largamente inexplorado aspecto de la aplicación de reglas de carácter ético: muchos privilegios están íntimamente ligadas a los códigos de conducta profesional y ética aplicables a los abogados. Estas reglas son muchas y variadas, y su aplicación, sea realizada por un tribunal arbitral, cuerpos profesionales o por las Cortes, podría tener consecuencias inesperadas y de largo alcance en la conducción del arbitraje por estar relacionado con la producción, admisión y valoración de la prueba y, finalmente, con el laudo y su aplicación.

A pesar de estas complejidades, es ampliamente aceptado que la invocación de la protección proporcionada por los privilegios y el secreto profesional debe ser tomada muy en serio y considerada por el tribunal cuando sea solicitada por una de las partes. El potencial efecto de dejar de lado una regla de carácter de orden público obliga a tomar este acercamiento. Además, la necesidad de predictibilidad y la percepción de que las partes se valen de las dispensas y, por tanto, tienen expectativas legítimas en la aplicación de éstas, hacen que el tribunal arbitral considere las acciones rogatorias y, así, puedan evitarse sorpresas injustas y se logre la igualdad de trato a las partes⁸. Esta necesidad de predictibilidad y la preocupación por las expectativas legítimas de las partes genera el debate que ya nos es familiar sobre si es que deberían existir reglas uniformes, lineamientos o “mejores usos” en contraposición a la toma de decisiones *ad hoc* por el tribunal arbitral en el ejercicio de su amplia discrecionalidad.

II. LA NATURALEZA DE LOS PRIVILEGIOS PROBATORIOS

a. Definición

Los privilegios se fundamentan en un derecho reconocido legalmente y, en algunos casos, en la obligación de retener ciertas pruebas documentarias o testimoniales y excluirlas del proceso o procedimiento legal⁹. A diferencia de otras normas relacionadas con el método adversarial¹⁰ de valorar la prueba que están destinadas a excluir las evidencias debido a su inherente falta de valor probativo o fiabilidad, la regla de exclusión que ostenta el privilegio se cimienta en valores sociales externos al procedimiento¹¹. El privilegio permite –y en algunos casos requiere– que se excluya la prueba, aunque fuera relevante, probativa y fiable, por contrariar intereses sociales¹¹.

A pesar de que el privilegio de exclusión fluye de un concepto diferente y se articula de manera diferente en el *Common Law*, el Derecho Civil reconoce el mismo principio subyacente de exclusión para proteger valores sociales importantes¹². El principio de confidencialidad profesional (“*secret professionnel*”) del Derecho Civil ha sido definido como sigue:

“Le secret professionnel a une double finalité, soit celle de protéger la confidentialité des rapports entre un professionnel et son client à l’égard du public en général, soit celle d’assurer la non-divulgaration en justice des informations confidentielles confiées par un client à un professionnel. Entendu dans le premier sens, ce secret est un devoir de discrétion qui s’impose au professionnel. Celui-ci ne peut généralement pas divulguer à des tiers les confidences de son client.”

⁷ Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 2. Estas razones son discutidas de forma general en la fuente citada en el pie de página 1. Esto es, sin considerar otros sistemas legales que podrían no reconocer la noción de privilegio tal como está articulada en la legislación común o civil.

⁸ Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 2-3 y las fuentes ahí citadas; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 765-767.

⁹ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 346. Ver también: SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. pp. 709-852; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 811-983.

¹⁰ Nota del traductor: El método adversarial al que se refiere el autor deviene del llamado sistema adversarial, que según el Black’s Law Dictionary, Octava Edición, es: “un sistema procesal, como el sistema legal anglo-americano, que involucra a partes con comportamiento activo en el que se da una competencia entre ellas para exponer y fundamentar su caso ante el juzgador”. La traducción es nuestra.

¹¹ SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. p. 713.

¹² Ibid. Ver también: CARTER, James H. “The Attorney-Client Privilege and Arbitration”. ADR Chambers Internacional Currents. 1996-1997. p. 16, donde el autor afirma lo siguiente: “No obstante, los privilegios legales se fundamentan en derechos. Los privilegios que protejan comunicaciones como las de abogado-cliente, doctor-paciente, esposo-esposa, sacerdote-penitente y otros parecidos lo hacen sobre la base del orden público cuya finalidad es estimular y proteger las comunicaciones en situaciones en las que el derecho da la libertad para realizarlas por considerarlas más importantes que el derecho a revelarlas para usarlas en el proceso, sea legal o arbitral. Esta es un área del Derecho muy diferente a las reglas probatorias que protegen a los jurados. No hay razón para decir que el alcance del privilegio debería ser distinto en sede arbitral”.

¹³ ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 11-12: “En droit de la preuve, le privilège et la faculté ou, le cas échéant, l’obligation d’un témoin de ne pas divulguer en justice certaines informations (...) L’existence et l’étendue des communications privilégiées varient en fonction des régimes politiques et des valeurs sur lesquelles ils reposent”.

¹⁴ Nota del traductor: La traducción del texto sería: “En el derecho de prueba, el privilegio y la facultad u obligación de un testigo de no divulgar cierta información ante un tribunal (...) La existencia y extensión de las comunicaciones privilegiadas varían en función del régimen político y de los valores en los que esos regímenes se fundamentan”.

Cette obligation peut découler d'une loi, d'un règlement et même de la seule existence d'un rapport contractuel. Sa violation expose le contrevenant à des sanctions. Entendu dans le deuxième sens, le secret professionnel est le droit ou l'obligation d'une personne de ne pas divulguer devant un tribunal des renseignements confidentiels qui lui ont été révélés dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit d'une immunité ou d'un privilège qui restreint la recevabilité de la preuve et qui est un obstacle à la découverte de la vérité. Le devoir de discrétion du professionnel est plus étendu que son immunité judiciaire. En common law, la confidentialité des communications entre l'avocat et son client a donné naissance à un privilège protégeant la divulgation en justice de certaines, mais non de toutes les communications confidentielles (...).

La reconnaissance ou non du secret professionnel est étroitement liée aux valeurs fondamentales d'une société."¹³ III

La mayoría de autores que comentan la noción de privilegio puntualizan el conflicto subyacente entre las dos normativas en disputa. La primera de ellas se refiere al fomento de la administración de justicia que requiere que toda evidencia relevante y fiable relacionada con los hechos y asuntos a ser determinados sea expuesta ante el Tribunal para que pueda, así, considerar adecuadamente la disputa. La segunda es el interés social existente al preservar e impulsar relaciones particulares cuya viabilidad reposa sobre la base de comunicaciones confidenciales. Por ejemplo, la relación entre un abogado y su cliente es protegida por un privilegio

que sirve a un objetivo propio del orden público: la franca comunicación entre los abogados y sus clientes que es entendida como esencial para el funcionamiento correcto del sistema legal. Dadas las importantes políticas en juego, las reglas que gobiernan el privilegio pueden variar de Estado a Estado así como pueden variar con el tiempo, a la vez que el orden público de su sistema legal evoluciona. Además, las leyes o reglas que establecen el privilegio, están contenidas en estatutos, jurisprudencia o ambos, y se espera que sean detalladas, complejas y sujetas a excepciones.

El rango de áreas en las que los privilegios han sido identificadas es amplio e incluye, entre otras, las siguientes categorías: privilegios profesionales (incluyendo la de abogados-clientes y la gran variedad de confidencias profesionales reconocidas en las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, el privilegio contra la auto-incriminación o las comunicaciones entre esposos, el privilegio del sacerdote-penitente, la solución de controversias y el privilegio de la corona¹⁴. Estas holgadas categorías de privilegio son implementadas en muchos sistemas legales diferentes. El número, la naturaleza, el alcance y el efecto de los privilegios probatorios implementados pueden variar dramáticamente en cada país¹⁵.

b. La naturaleza de la normativa sobre privilegios probatorios

Los privilegios probatorios son usualmente descritos como derechos fundamentales importantes. Por ejemplo, en las jurisdicciones en las que rige el Derecho Civil, la relación cliente-abogado

¹³ Ibid. pp. 889-890.

■ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "El secreto profesional tiene una doble finalidad, dar protección la confidencialidad de las relaciones entre un profesional y su cliente con respecto al público en general y asegurar la no divulgación ante la justicia de la información confidencial que el cliente le reveló al profesional. En el primer sentido, este secreto es un deber de discreción impuesto al profesional. Este, por lo general, no puede divulgar a terceros las confidencias de su cliente. La obligación de no revelar información puede nacer tanto de una ley como de un reglamento o hasta de la propia relación contractual. No cumplir con esta obligación expone al infractor a ser sancionado. En el segundo sentido, el secreto profesional es el derecho o la obligación de una persona de no divulgar, ante un tribunal, información confidencial que le fuera revelada durante su ejercicio profesional. Es una inmunidad o un privilegio que restringe la admisibilidad de la prueba y que se convierte en un obstáculo para descubrir la verdad. El deber de discreción del profesional es más extendido que su inmunidad judicial. En el common law, la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente permitió la formación de un privilegio que protege la divulgación ante la justicia de algunas, pero no todas, las informaciones confidenciales... El reconocimiento o no del secreto profesional está estrechamente ligado a los valores fundamentales de una sociedad".

¹⁴ Ver de forma general: SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit.; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. Ver también: TAPPER, Colin. "Cross and Tapper on Evidence". Novena edición. p. 10; y, MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. Esta lista no es de ninguna forma exhaustiva. Más aún, muchas nuevas categorías de privilegio podrían emerger tal como, por ejemplo, la protección de los empleados que reportan una conducta contraria al derecho del empleador (*whistleblower*) en los Estados Unidos y en cualquier otro lugar.

¹⁵ Ver, por ejemplo: SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 12; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit.; LEX MUNDI. "In-House Council and the Attorney-Client Privilege". 2004 (actualizado el 15 de septiembre de 2005); FISH, John. "Regulated Legal Professionals and Professional Privilege Within the European Union, the European Economic Area and Switzerland and Certain Other European Jurisdictions." 2004. Informe realizado para The Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE).

o de "privilegio legal"¹⁶ ha sido descrita como sigue:

"Solicitor-client privilege is part of and fundamental to the Canadian legal system. While its historical roots are a rule of evidence, it has evolved into a fundamental and substantive rule of law..."

The importance of solicitor-client privilege to both the legal system and society as a whole assists in determining whether and in what circumstances the privilege should yield to an individual's right to make full answer and defence. The law is complex. Lawyers have a unique role. Free and candid communication between the lawyer and the client protects the legal rights of the citizen. It is essential for the lawyer to know all of the facts of the client's position. The existence of a fundamental right to privilege between the two encourages disclosure within the confines of the relationship. The danger in eroding solicitor-client privilege is the potential to stifle communication

*between the lawyer and the client. The need to protect the privilege determines its immunity to attack."*¹⁷ *R. versus McClure, (2001) 1 SCR 445 (Supreme Court of Canada)*¹⁷

*"Legal professional privilege is thus more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests."*¹⁸ *R. versus Derby Magistrates' Court, (1995) 4 All ER 526 (House of Lords)*¹⁸.

*"(The purpose of professional privilege is) to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice... The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer being fully informed by the client."*¹⁹ *Upjohn Co. versus United*

¹⁶ El privilegio que versa sobre las comunicaciones entre el abogado y sus clientes es llamada de diversas formas dependiendo de la jurisdicción en cuestión. Estos términos incluyen los llamados privilegios abogado-cliente (attorney-client), representante-cliente (solicitor-client), *attorney work product privilege* y *solicitor's brief privilege*, entre otros. Por conveniencia adoptamos el término utilizado por VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD, "privilegios legales" ("legal privileges") para hacer referencia a estos, y al privilegio denotado por la noción de *privacidad profesional* en la legislación civil, en la medida que esta se relaciona a las comunicaciones entre un abogado y sus clientes.

¹⁷ Nota del Traductor: La traducción sería la siguiente: "El privilegio cliente-abogado es parte fundamental del sistema legal Canadiense. Mientras que sus raíces históricas la hacen una regla probatoria, ha evolucionado convirtiéndose en una norma fundamental y sustantiva (...) La importancia del privilegio cliente-abogado tanto para el sistema legal y la sociedad en totalidad es que determina si ese privilegio debería ceder ante el derecho individual de tener una defensa y respuestas absolutas, y en qué circunstancias. La ley es compleja. Los abogados tienen un rol especial. La libre y franca comunicación entre el abogado y su cliente protege los derechos legales del ciudadano. Es esencial que el abogado conozca todos los hechos de la posición de su cliente. La existencia de un derecho fundamental al privilegio entre los dos fomenta la comunicación de la información dentro de los confines de la relación. El peligro de erosionar este privilegio hace que exista potencial para reprimir la comunicación entre el abogado y el cliente. La necesidad de proteger este privilegio determina su inmunidad para atacar".

¹⁷ En los puntos 17 y 33. En su fallo, La Corte Suprema de Canadá desarrolla lo siguiente: "*Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute. It is subject to exceptions in certain circumstances. Jones, supra, examined whether the privilege should be displaced in the interest of protecting the safety of the public. Just as no right is absolute so too the privilege, even that between solicitor and client, is subject to clearly defined exceptions. The decision to exclude evidence that would be both relevant and of substantial probative value because it is protected by the solicitor-client privilege represents a policy decision. It is based upon the importance to our legal system in general of the solicitor-client privilege. In certain circumstances, however, other societal values must prevail. However, solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly-defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis.*"

¹⁸ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "A pesar de su importancia, el privilegio abogado-cliente no es absoluto. Está sujeto a excepciones en ciertos casos. Jones, Op. Cit., ha estudiado si el privilegio debería ser dejado de lado en interés de la protección de la seguridad pública. Así como ningún derecho es absoluto tampoco lo es el privilegio, incluso si el abogado y el cliente están sujetos a excepciones definidas. La decisión de excluir pruebas que podrían tener valor probativo relevante y sustancial por estar protegido por el privilegio es una decisión de orden público. Está fundamentada en la importancia de este privilegio en nuestro sistema legal en general. En otras circunstancias, sin embargo, otros valores sociales deben prevalecer. No obstante, el privilegio abogado-cliente debe estar lo más cerca posible al absoluto para asegurar la confianza pública y mantener su importancia. Como tal, sólo cederá ante circunstancias claramente definidas y no involucra una ponderación de intereses caso por caso".

¹⁹ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "El privilegio legal profesional es, así, más que una norma de evidencia ordinaria, limitada en su aplicación a los hechos de un caso en particular. Es una condición fundamental en la que la Administración de justicia se apoya en su totalidad".

¹⁸ Estas razones fueron aprobadas por la Cámara de los Lores en una decisión reciente en *Three Rivers District Council & Ors versus Governor & Company of The Bank of England (Number 10), (2003) 3 WLR 1274 (HL)*. Para nuestros propósitos, la opinión de Lord Scott of Foscote es de interés particular. En los puntos 31-33 de su opinión hace referencia a la importancia fundamental del privilegio legal profesional en otras jurisdicciones del *Common Law*. En el punto 25 de su opinión afirma que si una comunicación o documento califica como dentro del privilegio legal profesional, éste es absoluto y no puede ser omitido por supuesto alguno de interés público mayor. En este sentido, Lord Scott of Foscote está en desacuerdo con la Corte Suprema de Canadá y subraya que es la única jurisdicción del *Common Law* que permite el alejamiento de el privilegio legal profesional en caso pueda ser demostrada la existencia de interés público suficientemente comprometedor como por ejemplo la seguridad nacional. Ver también las fuentes citadas por VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 746-748.

¹⁹ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "(El propósito de el privilegio profesional es) incentivar la comunicación total y completa entre los abogados y sus clientes y por tanto promueven intereses públicos relacionados con el cumplimiento del derecho y la administración de justicia (...). El privilegio reconoce que la asesoría legal o el ejercicio del derecho sirven a fines públicos y que tal asesoría o defensa dependen de que el abogado se encuentre completamente informado por el cliente".

*States (1981), 449 US 383 (US Supreme Court).*¹⁹

En las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, el concepto de *disclosure* obligatorio de documentos no existe, a diferencia del *Common Law*, en el que la noción de privilegio o exención del *disclosure* se ha desarrollado de forma diferente. En muchas jurisdicciones la amplia noción de *secret professionnel* protege las comunicaciones entre profesionales, incluyendo a los abogados y sus clientes, del *disclosure* e impone una obligación de secreto. Generalmente, los abogados están sujetos a obligaciones estrictas para preservar la información confidencial profesional. El incumplimiento puede dar pie a castigos penales y/o procedimientos disciplinarios²⁰. La importancia atribuida a las confidencias profesionales se ve reflejada en la protección explícita que se confiere en las leyes civiles y penales de muchos países regidos por el Derecho Civil²¹. Sin embargo, a pesar de estas similitudes generales, el régimen específico de confidencialidad profesional y la exención del *disclosure* de información protegida en los procesos legales puede variar sustancialmente.

En Québec, el concepto de secreto profesional ha sido reconocido expresamente en la Carta de Derechos Humanos y Libertades:

"Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, ex officio, ensure that professional secrecy is respected."^{VIII 22}

Aunque ha sido articulado de forma diferente en distintos Estados (particularmente en el Reino Unido y sus Estados miembros), el derecho de la Unión Europea reconoce la existencia de un privilegio legal general entre clientes y abogados independientes. En *AM&S Europe Ltd. versus la Comisión de las Comunidades Europeas*, la Corte Europea de Justicia sostuvo que aunque el alcance y el criterio para aplicar variaba, existía un principio común entre los estados miembros respecto de la confidencialidad de comunicaciones escritas entre abogados y clientes, siempre que tales comunicaciones sean hechas en interés del derecho de defensa del cliente y que emanen de abogados independientes²³. En la más reciente decisión de *Akzo Nobel Chemicals Ltd, y Akros Chemicals Ltd. versus la Comisión de las Comunidades Euro-*

¹⁹ Este pasaje fue citado en la decisión de la Cámara de los Lores en *Three Rivers District Council & Ors versus Governor & Company of The Bank of England (Number 10)*, (2003) 3 WLR 1274 (HL). De acuerdo con SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit., el privilegio es absoluto en la medida que protege las comunicaciones abogado-cliente del *disclosure*, sin tomar en cuenta los intereses a compensar con el mismo. Sólo excepciones específicas y limitadas pueden aplicarse. En la legislación de Estados Unidos, el privilegio abogado-cliente sirve a dos políticas: Además de la confidencialidad, estimula a los clientes que revelen información de manera completa y sincera a sus abogados, y, por otro lado, se dice que también sirve al cumplimiento voluntario de la ley al hacer que el abogado pueda brindar consejo sincero sobre lo que la ley exige".

²⁰ Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 751-755, para conocer la situación en Alemania y Francia además de una discusión interesante sobre por qué el privilegio, como es conocido en el *Common Law*, no es lo mismo que el existente en países regidos por el Derecho Civil, como Alemania.

²¹ Por ejemplo, en Alemania y Francia ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 751-755; ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 893-895.

^{VII} Nota de Traductor: La traducción sería la siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se revele información confidencial. Ninguna persona obligada por el secreto profesional sea por el derecho así como ningún sacerdote o ministros de otras religiones pueden revelar información confidencial incluso en procedimientos judiciales que le fueron revelados debido a su posición o profesión a menos que esté autorizada expresamente por la persona que le confió la información. El Tribunal deberá asegurar el respeto del secreto profesional *ex officio*".

²² El texto en francés es el siguiente: "*Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi. Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.*" Esta obligación es cubierta también por una ley distinta, el *Code des Professions*, LRQ, c. C 26, que exige la adopción de códigos de conducta profesionales que contengan previsiones que protejan la información profesional confidencial obtenida al prestar servicios profesionales. Ya que los códigos de conducta profesional son aprobados por orden de un Concejo o de Reglamentos que vienen a ser equivalentes al "derecho" para los propósitos de la Carta de los Derechos Humanos y Libertades, el alcance de la aplicación de la obligación y el privilegio contenidos en el artículo 9 de la Carta es muy amplio. Aunque el alcance de el privilegio o inmunidad para el *disclosure* abarca menos que el deber general de confidencialidad, el alcance potencial se mantiene amplio y es considerado como un derecho fundamental: Ver: ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. pp. 909-911. Ver también: *Descôteaux v. Mierzewski*, [1982] 1 SCR 860, en la que la Corte Suprema de Canadá revisa la naturaleza del secreto profesional y el privilegio en el derecho quebequés y canadiense y concluye que el privilegio de la confidencialidad protege un derecho fundamental que provoca una norma probatoria y otra sustantiva. Las decisiones de las Cortes de Québec, particularmente aquellas que llegan a la Corte Suprema de Canadá, reflejan una combinación interesante de elementos relacionados con el privilegio del *Common Law* y el Derecho Civil.

²³ 1982 E. Comm. Ct. J. Rep, 1575 (Case 115/79); (1983) 1 Q.B. 878. pp. 949-950.

peas²⁴, el Presidente de la Corte de la Primera Instancia de las Comunidades Europeas reconoció nuevamente que el principio del privilegio de confidencialidad de comunicaciones escritas entre abogados y clientes es un principio general común a los estados miembros de la Unión Europea. De esta forma, la Corte reconoció tanto la importancia como las complejidades relacionadas con el privilegio surgido en el caso y las reservó para cuando la Corte decidiera sobre el fondo de la pretensión principal²⁵. Además, los artículos 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos han sido interpretados para la protección de comunicaciones confidenciales entre abogados y sus clientes²⁶.

Ciertas convenciones internacionales e instrumentos reconocen también en términos generales los privilegios y la habilidad de las personas para invocarlas y rehusarse a proveer tal información²⁷.

Una serie de iniciativas trasnacionales han reconocido también la aceptación extendida de ciertos privilegios. Estas incluyen las reglas de la International Bar Association para la toma de evidencia en Arbitraje Comercial Internacional (en

adelante, reglas IBA) y los Principios de Procedimiento Civil Transnacional adoptado por el American Law Institute y el International Institute for the Unification of Private Law (en adelante, UNIDROIT)²⁸. Además, las reglas de otras instituciones particulares hacen también referencia al privilegio²⁹. Muchos autores que comentan el privilegio en el arbitraje internacional han notado la importancia dada al mismo en los sistemas que reconocen estos principios y puntualizan la amplitud de su aceptación general a pesar de las variaciones en su articulación y de su implementación a un nivel detallado³⁰. Esto ha llevado a ciertos autores a sugerir que los privilegios probatorios tienen la naturaleza de orden público internacional y que en realidad podrían constituir un orden público trasnacional³¹.

c. La diversidad de normas nacionales que rigen los privilegios probatorios

Como ha sido indicado anteriormente, el rango de privilegios probatorios reconocidos en sistemas legales diferentes es amplio e incluye muchas categorías distintas que son implementadas con métodos diversos. Estos incluyen previsiones estatutarias³², jurisprudencia y códigos de con-

²⁴ (2003) ECR II-4771. En: <http://curia.eu.int>; *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. versus Commission. Joined Cases T-125/03 R y T-253/03 R* (2003) ECR II-4771; *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. Case C-7/04 P(R)*. Orden del Presidente de la Corte Europea de Justicia. 2004. En: <http://curia.eu.int> <http://www.practicallaw.com> (última visita realizada el 22 de enero de 2006); SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 628-629. La Corte no reconoció la misma protección o privilegios respecto de las comunicaciones con asesorías internas que con abogados no europeos. VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD señalan que esto se dio a pesar de que en procesos realizados en Inglaterra, donde la compañía investigada estaba localizada, las comunicaciones en cuestión hubieran sido muy probablemente privilegiadas. Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 755-756.

²⁵ Ibidem.

²⁶ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 755 y las fuentes citadas ahí.

²⁷ Ver: Ibid. p. 762, donde se refieren a la Convención de la Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia Civil y Comercial cuyo artículo 11 permite que una persona se niegue a mostrar pruebas al mismo tiempo que tiene un privilegio o deber de negarse a revelar pruebas en respuesta a una Carta de Pedido bajo la ley del Estado de ejecución o del Estado de origen. Los autores también se refieren al artículo 12 de la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero de 1975 y el Reglamento de la Corte Europea 1206/2001. Ver también: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit., quien señala que las leyes nacionales relacionadas con el litigio civil internacional y penal usualmente reflejan el mismo enfoque que el de la Convención de la Haya: un testigo de quien se busca evidencia puede invocar un amplio rango de privilegios disponibles en cada Estado relevante. La doctrina señala que el enfoque de las Cortes que tratan los pedidos de obtención de pruebas difiere en que algunas Cortes exigen usar los privilegios aplicables extranjeras mientras que otras no.

²⁸ Las reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas en Arbitrajes Comerciales Internacionales pueden encontrarse en: www.ibanet.org; y los Principios de Procedimiento Transnacional en: www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf. Los párrafos relevantes se señalan abajo.

²⁹ Ver el artículo 20.6 de las reglas sobre Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association (AAA); el artículo 22.6 de las reglas del Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas (CAMCA), la regla 12.2 de las Reglas de Arbitraje no Administrado del International Institute for Conflict Prevention and Resolution; el artículo 38 de las reglas de Arbitraje de Zurich. Volveremos a éstas y a las soluciones trasnacionales señaladas arriba luego.

³⁰ Ver, por ejemplo, las citas del pie de página 1.

³¹ Ver: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 380-381. No obstante, más allá de un reconocimiento general de algunos de los privilegios o confidencialidad respecto de ciertas comunicaciones, particularmente las que se dan entre abogados y clientes, es difícil identificar con precisión a qué regla o principio de orden público nacional pertenece. Mientras que esto no es aún una investigación comprensiva del manejo de los privilegios probatorios en una amplia base comparativa, estos estudios existentes revelan una gran variación en la articulación e implementación de los privilegios probatorios, su aplicación, excepciones y renuncia. Por ejemplo, una revisión de la *Lex Mundi Multi-Jurisdictional Survey*, Op. Cit., revela que la noción de privilegio probatorio no es un principio bien establecido en jurisdicciones como la República Popular China y Taiwan, y un número de Estados en desarrollo, mientras que es altamente desarrollado en buen número de jurisdicciones regidas por el *Common Law* y el Derecho Civil.

³² Estos estatutos pueden diferir en naturaleza y pueden ir de, por ejemplo, la Carta de los Derechos Humanos y Libertades de Québec, citadas arriba, a previsiones incluidas en Códigos Civiles o Códigos Procesal y estatutos específicos sobre prueba que en jurisdicciones del *Common Law* complementan la jurisprudencia relativa a los privilegios.

ducta profesional³³. Asimismo, las categorías de privilegios probatorios no son fijas o cerradas. Por ejemplo, en Canadá la Corte Suprema ha reconocido específicamente que el *Common Law* permite el desarrollo de nuevas categorías de privilegio y la aplicación del mismo en nuevas situaciones en las que la razón, las experiencias y la aplicación de los principios que subyacen los privilegios tradicionalmente reconocidos así lo dicten³⁴. Al margen de las similitudes generales y de la cercanía entre los sistemas *Common Law* y Derecho Civil, el examen detallado de las leyes y normas nacionales revelan diferencias significativas entre las reglas comúnmente complejas y detalladas, y su aplicación. Lo mismo puede decirse de las leyes nacionales que entran dentro del mismo sistema legal³⁵. La situación no debería generar sorpresa debido a los objetivos de orden público importantes que los privilegios probatorios reflejan.

Dada la diversidad de las reglas nacionales relativas a los privilegios, los conflictos entre las reglas potencialmente aplicables en un arbitraje internacional son fáciles de imaginar. Entre los ejemplos recientes usados por autores se encuentran los siguientes:

"In an arbitration based in Switzerland, a US multinational company pursues a claim against a

*German multinational company for breach of an agreement governed by English law. Each requests production of documents. Among the documents requested are communications between management and in-house counsel and reports prepared by an outside consulting firm and taxation advice prepared by the company's accountants. Also included in the requests are notes prepared by employees of the company to external lawyers for advice on the transaction with the other party."*³⁶ IX;

"In an arbitration an English party asks the managing director of the opposing party about the advice he received from his German lawyers concerning the matter in dispute;

*In an arbitration a US party is asked to disclose all communications with its in-house lawyers based in France concerning the matter in dispute."*³⁷ X

"A French company and an English company are involved in an ICC arbitration with its seat in Paris, concerning the English company's shares in the Argentine subsidiary of the French company. The contract in dispute is governed by New York law. The tribunal orders limited document discovery concerning the reasons for which the Argentine company launched a particular product at a particular time. The English company then

³³ Estas pueden ser adoptadas de acuerdo a instrumentos internacionales como la Directiva Europea 98/5/CE del 16 de febrero de 1998 o de acuerdo con leyes nacionales como el *Code Des Professions* LRQ, c. C-26 de Québec, al que nos referimos líneas arriba. Estos códigos de conducta pueden ser también multinacionales por naturaleza como lo es Código de Conducta para Abogados de la Unión Europea (en adelante, Código CCBE). Además, como se discute más adelante, los códigos de conducta profesional o de ética de los Colegios de Abogados pueden ser tenidos en cuenta y aplicados por las cortes en áreas específicas como las privilegios legales.

³⁴ Ver: *M(A) versus Ryan*, (1997) 1 SCR 157, citado en SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT Op. Cit. p. 724. Por ejemplo, en ciertas jurisdicciones se ha desarrollado un tipo de privilegio estatuario para los asesores de víctimas de ataques sexuales incluyendo a California y Canadá. Ver también: MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp.349-367. De otro lado, los intentos gubernamentales de referirse al terrorismo, lavado de activos y corrupción han llevado a algunos países a desarrollar leyes, con mayor o menor éxito, que restringen ciertos aspectos de privilegios.

³⁵ Por ejemplo, el enfoque del *Common Law* refleja un sistema adversarial con exigencias de *disclosure* no voluntario que son temperados con los privilegios, los que incluyen a la asesoría legal y los documentos preparados en el contexto del litigio y los documentos elaborados por el abogado en relación con el mismo. Por otro lado, en las jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, no hay *disclosures* involuntarios en los procesos civiles y, como resultado, los privilegios no surgen de la misma forma que en el *Common Law*. En realidad, el enfoque sobre la confidencialidad o el secreto profesional es más general. Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 745-746. Mientras la inmunidad de revelación de información respecto de ciertos documentos es común a ambos sistemas (por ejemplo, las comunicaciones con abogados externos y los documentos intercambiados con los mismos), lo mismo no se da en otros casos (por ejemplo, las comunicaciones y documentos intercambiados con la asesoría interna están protegidos en el *Common Law*, pero no en todas las jurisdicciones del Derecho Civil). Si bien existe algún grado de similitud entre los dos sistemas legales, los principios y reglas aplicables pueden variar significativamente y su aplicación en casos específicos puede generar reglas muy distintas. Lo mismo puede decirse de las leyes nacionales dentro de los sistemas del *Common Law* y el Derecho Civil. La mayoría de autores dedicados al tema del privilegio ofrecen una variedad de ejemplos de tales diferencias. Ver, por ejemplo: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 746-755; SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN, Op. Cit. pp. 614-618 y las otras fuentes citadas en el pie de página 1.

³⁶ Ver: SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 618.

³⁷ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "En un arbitraje con sede en Suiza, una compañía estadounidense multinacional demanda a otra multinacional alemana por incumplimiento de un acuerdo regido por el Derecho inglés. Cada parte requiere la producción de documentos. Entre los mismos existen comunicaciones entre la administración y la asesoría interna, informes preparados por una empresa de asesoría externa, así como la asesoría en materia tributaria es dada por los contadores de la compañía. También están incluidas en las solicitudes de producción las comunicaciones de los empleados de la compañía en que hacen consultas a abogados externos sobre las transacciones con la otra parte".

³⁸ Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 757.

³⁹ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "En un arbitraje, la parte inglesa pregunta al director administrador de la parte contraria sobre los consejos recibidos de sus abogados alemanes en relación con el caso en disputa; En un arbitraje, se requiere a la parte estadounidense que revele todas las comunicaciones con sus abogados internos con sede en Francia en relación con el asunto en disputa".

demands production of documents reflecting the advice from the French company's general counsel and the French and Argentine company's outside counsel to the president of the Argentine company on the decision to launch the product in dispute. The English company argues that general counsel's advice is not privileged under French law and that advice received from outside counsel is not privileged, as far as a shareholder is concerned, under New York law.

The Argentine company counters that an order applying French law to the question of privilege and requiring it to produce the French general counsel's documents would violate the principle that parties must be treated fairly and equally since the tribunal had already agreed to apply English law to the question of privilege in respect of the English company's general counsel and excluded certain documents on that basis.

In respect of the advice of outside counsel, the French company argues that the notion that shareholders are entitled to disregard privilege in disputes with the companies they hold as shareholders is a procedural rule which could not have been imported with a choice of law in the contract. Rather, French law, the procedural law of the place of arbitration, governs and the documents are privileged.

At the same time, the English company claims privilege over critical documents reflecting the

notes of its own general counsel, a qualified New York lawyer, taken during a meeting with the French company. The French company argues that at English law, notes taken at a meeting between multiple parties are not privileged. The English company argues that the notes, taken in New York by a New York lawyer, are subject to New York law and covered by privilege."³⁸ XI

Estos tipos de escenarios no son inusuales en el arbitraje comercial internacional. Uno puede también considerar otros que surgen con relativa frecuencia en proyectos de gran infraestructura donde una de las dos partes involucrada es un consorcio compuesto de varios miembros procedentes de países distintos. Estos proyectos involucran generalmente el desempeño de ciertas partes del proyecto como es la ingeniería y diseño, en un país, la provisión de materiales y equipos de distintos países y el montaje o construcción en otro distinto. Puede recurrirse a asesoría legal distinta respecto de cada una de las etapas y provista en distintos países por abogados (incluida la consultoría interna) que ejercen en distintas jurisdicciones. Existe, entonces, un potencial aparente para la aplicación de reglas de dispensa distintas en estos y otros escenarios referidos líneas arriba, y así nace el dilema de identificar los criterios apropiados para escoger entre las reglas en disputa.

Estos problemas pueden surgir en todo el rango de dispensas probatorias que fue brevemente descrito arriba. Sin embargo, las dispensas más probables o los aspectos de confidencialidad que

³⁸ Ver: YANOS, Alexander A. "Problems Arising From the Interplay of Common Law and Civil Law in International Arbitration: Defining the Scope of the Attorney-Client Privilege". En: Transnational Dispute Management 3. 2006 (disponible también en: Transnational-Dispute-Management.com). Este escenario sólo ha sido citado en parte y se ha modificado un poco para nuestros propósitos. Uno de los aspectos más interesantes de este ejemplo es que el privilegio respecto de la asesoría interna podría estar determinado por las leyes de Inglaterra, los Estados Unidos, Argentina o Francia; mientras que las comunicaciones mantenidas con la asesoría interna pueden ser privilegiadas en las tres primeras leyes, no siendo así cuando se aplica la ley francesa. Tanto en el derecho inglés como en el de los Estados Unidos existen requisitos amplios y no voluntarios y los privilegios legales relativamente amplios están disponibles para el cliente. En Argentina y Francia el principio de secreto profesional es una obligación ética y profesional del abogado y su incumplimiento puede llevar a sanciones penales. En Francia el privilegio es aplicable sólo a los abogados. En Argentina el privilegio alcanza a las comunicaciones con la asesoría interna.

^{XI} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: "Una compañía francesa y una inglesa están envueltas en un arbitraje en la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, relativo a las acciones de la compañía inglesa en la subsidiaria argentina de la compañía francesa. El contrato en controversia está regido por la Ley de Nueva York. El Tribunal ordena la revelación limitada de los documentos relacionados con las razones por las que la compañía argentina lanzó un producto en particular en un momento específico. La compañía inglesa luego reclama la producción de documentos que reflejen las recomendaciones de la asesoría general de la compañía francesa y el de la asesoría externa de las compañías francesas y argentina sobre la decisión de lanzar el producto en controversia. La compañía inglesa sostiene que las recomendaciones de la asesoría general no caen dentro del privilegio del derecho francés y que las recomendaciones recibidas de su asesoría externa tampoco pueden ser privilegiadas en lo que concierna a los accionistas según las normas de Nueva York. La compañía argentina, por su parte, contra argumenta que una orden que aplique el derecho francés a la cuestión del privilegio y que requiera la producción de los documentos de la consultoría general significaría violar el principio de que las partes deben ser tratadas de forma justa e igualitaria, puesto que el Tribunal aceptó aplicar la ley inglesa al asunto del privilegio respecto de la consultoría general de la compañía inglesa y, sobre tal base, se excluyeron ciertos documentos. Respecto de las recomendaciones hechas por la consultoría externa, la compañía francesa sustenta que la noción de que los accionistas tienen derecho de dejar de lado el privilegio en caso de disputas con las compañías en las que tienen acciones es una regla procesal que no puede importarse con la simple elección en el contrato del derecho aplicable. En cambio, en el derecho francés, que es el derecho procesal de la sede del arbitraje, rigen los documentos y, así, los mismos caen dentro del privilegio. Al mismo tiempo, la compañía inglesa exige el privilegio sobre documentos esenciales que reflejen las notas de su propia asesoría general, un abogado calificado de Nueva York, tomadas durante una reunión con la compañía francesa. Ésta argumenta que en el derecho inglés las notas tomadas en una reunión con muchas partes no caen dentro del privilegio. La compañía inglesa agrega que las notas, tomadas en Nueva York por un abogado de esa ciudad, están sujetas a la ley de Nueva York y cubiertas por el privilegio".

pueden emerger en un arbitraje internacional son: la dispensa legal³⁹, dispensa de transacción (*settlement privilege*)⁴⁰, secretos de negocios o de comercio⁴¹, y la dispensa de la corona o el secreto nacional⁴². Para nuestros propósitos, nos centraremos en la dispensa legal que es la que ha atraído mayor atención hasta el momento y la tomaremos como un ejemplo de los asuntos que pueden nacer al tener muchas clases de dispensas probatorias en el arbitraje internacional.

La gran diversidad de las reglas nacionales (incluyendo la falta de reglas) sobre los privilegios presentan la posibilidad de un trato injusto y desigual a las partes en un arbitraje, esto dependiendo de cómo el Tribunal Arbitral identifica la regla o reglas aplicables. Por ejemplo, una decisión tomada por un Tribunal Arbitral para aplicar las normas del lugar en el que un documento fue creado puede resultar en la aceptación o denegación del privilegio y, por tanto, en la inmunidad o protección de la revelación de documentos sobre la base formal del lugar en que el abogado ha brindado la asesoría legal. Como resultado, el privilegio podría ser concedido y cubriría documentos confidenciales de una parte pero de no de la otra, dependiendo de las reglas aplicables del lugar en que el consejo fue dado.

Alternativamente, aunque algún grado de privilegio podrá estar disponible de acuerdo con las

reglas aplicables del lugar donde cada una de las partes recibió asesoría legal, el alcance de la protección puede ser diferente. Por ejemplo, las reglas de países distintos varían en relación con quién tiene el privilegio (el abogado o el cliente), cómo es que el privilegio ha de ser invocado y cómo puede ser perdido. Las mismas consideraciones son aplicables si el Tribunal decide emplear las normas del país en que el abogado asesor es titulado.

Quizá el ejemplo más saltante es el de la asesoría interna que cae dentro de la dispensa legal en la mayoría de jurisdicciones regidas por el *Common Law* pero no en muchos países pertenecientes al Derecho Civil⁴³. Si el tribunal arbitral escoge una tercera ley o, mejor dicho, una ley "neutral" para regir la cuestión de la dispensa, corre el riesgo de no considerar o aplicar reglas que pueden ser consideradas de orden público por naturaleza. Esto puede dar pie a un cuestionamiento del laudo o a la resistencia a su aplicación dependiendo de la sede del arbitraje o del lugar de la aplicación del laudo. Esto puede fundamentarse alegándose un trato injusto y desigual, y, por consiguiente, una violación del debido proceso, que es generalmente entendido como un elemento de orden público procesal internacional; o, de forma más general, puede fundarse sobre la base de la inaplicación de una norma de orden público. Asimismo, el derecho material y las obligaciones éticas aplicables a la asesoría dentro de sus propias jurisdic-

³⁹ Como ya se definió anteriormente en el pie de página 16. Esto se refiere a las comunicaciones entre el asesor legal y su cliente con el propósito de obtener o dar asesoría legal y en relación con el litigio contemplado o existente. Para nuestros propósitos, esto incluye las comunicaciones con la asesoría interna.

⁴⁰ Esto está relacionado con la información y los documentos preparados para las negociaciones entre las partes y la discusión o las negociaciones incluyendo las ofertas de transacción entre las partes. Ver sobre este tema: FRY, Jason A. "Without Prejudice And Confidential Communications In International Arbitration: When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?". *International American Law Reports*. 1998. p. 209. Se ha sugerido que este tipo de dispensa constituye un principio transnacional de dispensa: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 13-14. Si bien parece haber un reconocimiento bastante amplio del fundamento de política pública detrás del estímulo de los acuerdos y, por tanto, de la protección contra la producción probatoria, la naturaleza y alcance de la exclusión varía de las ofertas realizadas en pro de un acuerdo además de las negociaciones para llegar al mismo. Por ejemplo, algunos materiales pueden ser pasibles de revelación dependiendo de las circunstancias, si es que son relevantes para el caso en disputa, lo que llevará a la revelación de pruebas admisibles, si es que son relevantes para llegar a un acuerdo de los intereses de las partes o si causan un perjuicio, o si es que son relevantes para ser usados como sustento del *impeachment* en algunas jurisdicciones de Estados Unidos. Hay una variedad de teorías que buscan fundamentar la exclusión de los acuerdos que finalizan negociaciones incluyendo el hecho de que son poco fiables o irrelevantes. Ver: SOPINKA, John; L. LEDERMAN, Sidney y Alan W. BRYANT, pp. 808-809, tomando la cita de *Wigmore on Evidence*. Ciertamente, la información o documentos que emanen del acuerdo que finaliza las negociaciones son irrelevantes para los asuntos a ser determinados por el Tribunal Arbitral y son comúnmente ofrecidas para fines colaterales.

⁴¹ Esto es comúnmente llamado "confidencialidad comercial" y es usualmente tratado mediante la imposición de ciertas condiciones de cómo es que la información debe manejarse y quién tiene acceso a la misma. Esto usualmente no tiene el efecto de evitar completamente que la información protegida se convierta en prueba en el proceso.

⁴² Éste es un tipo complejo de dispensa o inmunidad que puede tener muchas fuentes y pueden variar significativamente de Estado a Estado. Ver, por ejemplo, SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney L. y Alan W. BRYANT. Op. Cit. p. 15; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 363-367. Para revisar una decisión interesante sobre un aspecto de la dispensa de la corona en el contexto de un arbitraje entre inversionistas y el Estado Ver la decisión del Tribunal en *Pope & Talbot Inc. and the Government of Canada* de 6 de setiembre de 2000 y la orden procesal 10 en *S.D. Myers Inc. and the Government of Canada*, en ambas dadas en arbitrajes de acuerdo con el capítulo 11 de la NAFTA y disponibles en: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/sdm_archive-en.asp y http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dsp/pope_archive-en.asp Ver también la Orden Procesal 2 del tribunal en *Bivater Gauß (Tanzania) Ltd. v. United Republic in Tanzania*, ICSID, Case ARB/05/22, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca>. El Tribunal en ese caso desarrolla la noción general de "inmunidad de interés público" en el Derecho de Tanzania y la dispensa. En su análisis, el Tribunal subraya la importancia de la igualdad de trato entre las partes.

⁴³ Ver entre otras fuentes: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit.; BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 4-5; PARK, William W. "Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change" (reimpreso de: PARK, William W. "Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice". Oxford University Press. 2006 pp. 59-60. Sobre este tema bastante comentado y difícil pueden revisarse también las fuentes anotadas en la bibliografía selecta.

ciones normalmente continuará aplicándose en los arbitrajes internacionales cualquiera sea el lugar en que se realicen. Estas reglas, que pueden incluir sanciones penales o regulatorias, podrían afectar la forma en que los abogados manejan un caso así como su habilidad para cumplir con órdenes de carácter procesal del Tribunal. Volveremos a estas cuestiones en la Sección IV.

De cualquier forma tratar a las partes desigual e injustamente será visto por lo menos como arbitrario por una de las partes y resultará en el desbaratamiento y la pérdida de la confianza en el proceso.

III. CUESTIONES REFERIDAS A LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

Aun cuando se considera que los árbitros se encuentran privilegiados de aplicar las normas nacionales sobre pruebas o procedimiento civil, parece ampliamente aceptado que las partes no ejercen su derecho a invocar automáticamente las privilegios probatorios cuando deciden ir a un arbitraje⁴⁴. Como se discute líneas abajo, la mayoría de autores están de acuerdo en que por una variedad de razones los pedidos de privilegio deben ser considerados y que, en los casos apropiados, debe ser otorgado cierto grado de protección o inmunidad respecto del *disclosure*. La razón principal para esto parece ser el creciente reconocimiento de que las reglas de privilegio son por naturaleza más que meramente procesales y que de hecho son reglas sustantivas que reflejan las políticas públicas o el orden público. La dificultad está en determinar qué reglas deben utilizarse en arbitrajes internacionales en los que la *lex fori* no es automáticamente aplicable y en los que la naturaleza de las transacciones involucradas usualmente genera un número de normas potencialmente aplicables.

La pregunta de qué derecho es el aplicable en la administración de pruebas es notoriamente compleja y difícil en el Derecho Internacional Privado⁴⁵. La pregunta es incluso mucho más difícil en el arbitraje internacional, en el que existe muy poca información al respecto, si la hay; incluso un cre-

ciente número de fuentes expresan la necesidad de considerar y aplicar las normas legales y éticas que rigen el privilegio. Las principales fuentes que se preocupan de la cuestión del privilegio en el arbitraje internacional sobre esta arista son expuestas más abajo.

a. Leyes nacionales

La mayoría de leyes modernas sobre arbitraje internacional otorgan gran discrecionalidad al Tribunal Arbitral en la obtención y valoración de la prueba, aunque a la vez lo sujetan a un deber general de dar a las partes al menos la oportunidad razonable para exponer su posición y pedir trato justo. Mientras que las leyes nacionales usualmente contienen provisiones generales sobre la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, no se refieren a qué ley procesal es la aplicable o cuál ha de aplicarse a los privilegios. No obstante, algunas leyes le dan poder al Tribunal Arbitral para determinar específicamente la admisibilidad y valoración de la evidencia discrecionalmente. La adopción específica de una regla así sugiere que el Tribunal Arbitral tiene poder suficiente como para ejercitar independientemente su discrecionalidad y para aplicar una ley diferente a la ley aplicable al contrato o al fondo de la controversia⁴⁶. Como resultado, las normas sobre arbitraje nacional proveen muy poca orientación, casi ninguna, sobre la ley aplicable a los privilegios probatorios que puedan presentarse en el curso de un arbitraje internacional.

Además, mejores resultados no se han obtenido en la legislación nacional en relación con la ley aplicable a los privilegios probatorios en los procesos civiles⁴⁷. Ésta es una cuestión compleja, sujeta a incertidumbre y complejidades considerables que han recibido una variedad de soluciones distintas a la hora de realizar el análisis del conflicto de leyes diferentes países⁴⁸. Por ejemplo, en Bélgica las obligaciones de secreto profesional o privilegio se estipula que se aplicará la ley del lugar en el que el profesional que cuenta con el privilegio ejerce su profesión⁴⁹. Esta situación puede ser con-

⁴⁴ SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit.; GALLAGHER, Norah. Op. Cit. p. 45; RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. pp. 593-595.

⁴⁵ POUDRET, Jean-François y Sebastien BESSON. Op. Cit. p. 581 y las citas ahí señaladas.

⁴⁶ Por ejemplo, el artículo 19(2) del Modelo Legal de UNCITRAL y otras leyes como el *Arbitration Act 1996*, s.34(2)(f), que es aún más detallada, le dan poderes específicamente al Tribunal Arbitral al respecto. Esta norma y el poder que confiere parece ser separado e independiente del s. 28 del Modelo Legal que trata el derecho aplicable al fondo de la controversia. Esto genera preguntas muy interesantes, considerando la naturaleza procesal y sustantiva de las reglas del privilegio.

⁴⁷ SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 12.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ver el comentario de P. HOLLANDER en: Ibid. p. 14.

trastada con la de Inglaterra, donde una corte inglesa sostuvo que la *lex fori* rige la cuestión de la admisibilidad de un documento sobre el que se ha solicitado el privilegio. En cambio en los Estados Unidos, parecería que en casos internacionales las cortes generalmente aplican el estándar del “contexto/relación más significativa”, pero que a la vez consideran factores como la costumbre, el interés de estados extranjeros en los Estados Unidos, el contacto que pueda tener la comunicación o documento en cuestión y los propios Estados Unidos, además de otros factores⁵⁰.

b. Reglas arbitrales

Las reglas arbitrales generalmente establecen que ante la ausencia de pacto en contrario, el Tribunal Arbitral tiene amplia discrecionalidad sobre la admisibilidad y valoración de la evidencia y, de forma más general, sobre la conducción del procedimiento. Así, muy pocas reglas lidian específicamente con los privilegios probatorios. Aquellas pocas que tratan los privilegios requieren que el Tribunal Arbitral tome en cuenta, y en algunos casos aplique, los principios de los privilegios legales.

Las reglas sobre arbitraje internacional de la American Arbitration Association establecen:

“Article 20(6) The Tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of

*the evidence offered by any party. The Tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client.”*⁵¹ XII

Las reglas arbitrales del Commercial Arbitration Mediation Center for the Americas establecen:

*“Article 22(6) The admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered by any party shall be determined by the Tribunal, provided that the Tribunal shall consider applicable principles of legal privileges.”*⁵² XIII

Las reglas para el arbitraje no administrado del International Institute for Conflict Prevention and Resolution dictan:

*“Rule 12.2. If either party so requests or the Tribunal so directs, a hearing shall be held for the presentation of evidence and oral argument. Testimony may be presented in written and/or oral form as a Tribunal may determine is appropriate. The Tribunal is not required to apply the rules of evidence used in judicial proceedings. The Tribunal shall determine the applicability of any privilege or immunity and the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”*⁵³ XIV

⁵⁰ SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 24-26. SMIT anota que dos de los más citados *Restatements* del Derecho norteamericano que tratan con la elección de la ley aplicable respecto de los privilegios adoptan enfoques diferentes. Ver la discusión de la página 25 al respecto, así como la discusión de la jurisprudencia estadounidense que indica que las Cortes de Estados Unidos han confirmado que los privilegios son aplicables en el arbitraje. Esto ha llevado, al parecer, a un tratamiento más específico del privilegio en las Reglas de Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association y las reglas para arbitrajes no administrados del International Institute for Conflict Prevention and Resolution. La situación es similarmente compleja en el Derecho canadiense. En las jurisdicciones del *Common Law* de Canadá, la existencia y alcance del privilegio es generalmente regida por la *lex fori*, la ley del lugar en que el proceso tiene su sede. No obstante, esto puede tener excepciones. En Québec, la prueba está regida por la ley aplicable al fondo de la disputa, sujeta a la aplicación de reglas más favorables para el establecimiento o administración de la prueba. Respecto del posible surgimiento de privilegios en los casos internacionales, es muy probable que la corte de Québec aplique la *lex fori* cuando una objeción esté fundamentada en un privilegio existente fuera de Québec y no reconocida en su derecho. Generalmente, la ley de Québec favorece a la aplicación de la ley más favorable a la admisión de pruebas. Sin embargo, el artículo 3079 del Código Civil de Québec permite la aplicación de la previsión obligatoria del derecho extranjero en el que los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes así lo requieren. Esta previsión ha sido interpretada restrictivamente y su efecto es la limitación de la admisibilidad de la prueba. Ver: ROYER, Jean-Claude. Op. Cit. punto 1044; y la interesante decisión tomada *Banque Paribas (Suisse) S.A. c. Wightman, J.E. 97 - 3006 (CA)* en donde se rechazó la aplicación de la ley suiza sobre el secreto bancario.

⁵¹ Enmendada y en efecto desde el 1 de julio de 2003. La misma norma está contenida en las Reglas de Arbitraje Comercial de la American Arbitration Association, enmendada y en efecto desde el 1 de julio de 2003, artículo R-31(c).

⁵² Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: “Artículo 20(6) El Tribunal deberá determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba ofrecida por cualquier parte. El Tribunal deberá tomar en cuenta los principios aplicables al privilegio legal, como aquellos que involucran la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente”.

⁵³ En efecto desde el 15 de Marzo de 1996.

⁵⁴ Nota del traductor: La traducción sería la siguiente: “Artículo 22(6) La admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba ofrecida por una de las partes deberá ser determinada por el Tribunal, siempre que el Tribunal considere aplicables los principios de los privilegios legales”.

⁵⁵ Revisada y en efecto desde el 15 de junio de 2005.

El comentario a la Regla 12 establece, en la parte relevante, lo que sigue:

*“The Tribunal need not apply rules of evidence used in judicial proceedings. Rule 12.2 provides that the Tribunal shall determine the applicability of any privilege or immunity. That protection is intended to apply to pre-hearing disclosure as well as to evidence at the hearings”*⁵⁶.

Las reglas para arbitrajes no-administrados del International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR) (también revisados y en efecto desde el 15 de junio de 2005) dictan como sigue en la parte relevante:

“Rule 12.2 (...) The Tribunal is not required to apply the rules of evidence used in judicial proceedings, provided, however, that the Tribunal shall apply the lawyer-client privilege and the work product immunity. The Tribunal shall determine the applicability of any

Los privilegios probatorios no parecen ser específicamente desarrollados en otras reglas institucionales vigentes⁵⁴.

Dos instrumentos internacionales de naturaleza privada han tocado el tema de los privilegios probatorios. Las reglas IBA establecen que un Tribunal Arbitral podrá excluir de la evidencia o producción o inspección materiales sujetos a privilegio. El artículo 9(2) dicta lo siguiente:

"Article 9 – Admissibility and Assessment of Evidence.

(2) The Arbitral Tribunal shall, at the request of a party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

- (a) lack of sufficient relevance or materiality;
- (b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the arbitral tribunal to be applicable; (...)
- (f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been

classified as secret by a government or public international institution) and that the Arbitral Tribunal determines to be compelling; or (g) considerations of fairness or equality of the parties that the arbitral tribunal determines to be compelling." ^{XVII}

El comentario realizado a las reglas IBA indican que el grupo de trabajo consideró que la potencial aplicación de los privilegios era importante pero que a la vez no había prestado importancia al problema de la ley aplicable⁵⁵. Es interesante notar que el comentario a las reglas IBA relaciona el privilegio con las consideraciones de justicia e igualdad en sus comentarios del Artículo 9(2)(g):

"Documents that might be considered to be privileged within one national legal system may not be considered to be privileged within another. If the situation were to create unfairness, the arbitral tribunal may exclude production of the technically non-privileged documents pursuant to this provision." ^{56 XIX}

privilege or immunity and the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered". (emphasis added).

Rule 1.1 and the General Commentary on these rules indicate that they apply unless the parties specifically agree to the application of the International Rules. As a result, although the rule contained in Rule 12.2 of these rules appears address to internal or domestic arbitrations, it could apply in international arbitrations where the parties choose the CPR Rules for Non-Administered Arbitration but do not specify the International Rules." ^{XVI}

^{XIV} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Regla 12.2. Si cada parte así lo requiere o el Tribunal así lo establece, se llevará a cabo una audiencia para la presentación de evidencia y argumentos orales. Los testimonios podrán ser presentados en escrito y/o en forma oral y como el Tribunal determine que sea apropiado. El Tribunal no requiere que se apliquen las reglas sobre la prueba usadas en los procesos judiciales. El Tribunal deberá determinar la aplicabilidad de cualquier privilegio o inmunidad y la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la evidencia ofrecida".

^{XV} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"El Tribunal no necesita aplicar las reglas probatorias usadas en los procesos judiciales. La Regla 12.2 establece que el Tribunal debe determinar la aplicabilidad de cualquier privilegio o inmunidad. La protección debe aplicarse al *disclosure* previo a la audiencia así como también a la prueba en las audiencias".

^{XVI} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Regla 12.2 (...) El Tribunal no está obligado a aplicar las reglas de la prueba usadas en los procesos judiciales siempre que el Tribunal aplique el privilegio abogado-cliente y la inmunidad sobre los materiales que el abogado elabore para el proceso (*work product immunity*).

La regla 1.1 y el Comentario General a estas reglas indican que se aplicarán a menos que las partes acuerden específicamente a la aplicación de las Reglas Internacionales. Como resultado, aunque la norma contenida en la Regla 12.2 de este cuerpo normativo parece referirse a los arbitrajes internos o domésticos, podría aplicarse en arbitrajes internacionales en los que las partes elijan las Reglas CPR para arbitrajes no administrados y cuando no especifiquen las reglas Internacionales.

⁵⁴ El artículo 38 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich (adoptadas en 1989) establece que un testigo podría negarse a testificar contra sí mismo si su testimonio llega a infringir el secreto oficial o profesional protegido por el Derecho Penal. Sin embargo, esta regla ha sido suplantada por las nuevas Reglas Suizas sobre Arbitraje Internacional. Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 6.

^{XVII} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Artículo 9- Admisibilidad y Valoración de la Prueba

(2) Si lo solicitase una de las partes o de oficio, el Tribunal Arbitral debe excluir de las pruebas o la producción de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las razones siguientes:

- (a) falta de relevancia o materialidad suficiente;
- (b) impedimentos legales o privilegio bajo las reglas legales o éticas determinadas aplicables por el Tribunal Arbitral;
- (...)

(f) por ser causa de sensibilidad especial de tipo política o institucional (incluyendo la prueba que ha sido clasificado como secreta por el Gobierno o institución pública internacional) que el Tribunal entiende como obligatoria; o

(g) consideraciones de justicia e igualdad de las partes que el Tribunal determine como obligatorias".

⁵⁵ Ver el comentario a las Reglas IBA sobre la obtención de evidencia, puntos 14 y 33 y los comentarios de VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 759-760.

⁵⁶ Business Law International 14. 2000. p. 34; y, VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 759-760, quienes concluyen que mientras el grupo de trabajo IBA consideró que los privilegios legales deberían reconocerse en el arbitraje internacional, algunos reajustes eran necesarios para asegurar la "igualdad de poder" o el trato igualitario a las partes. Ver también: RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. "The Production of Documents in International Arbitration - A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence". En: Arbitration International 18. 411. 2002. 428 429, quien usa el ejemplo de la asesoría interna para ilustrar la desigualdad o injusticia que puede surgir de las diferencias en las reglas de los privilegios. Al comparar las reglas estadounidenses y alemanas el autor señala:

"If the Arbitral Tribunal were to issue an order against the German party to produce documents prepared by its in-house counsel,

Los principios del Procedimiento Civil Transnacional preparados por el American Law Institute (en adelante, ALI) y el UNIDROIT tratan el tema de los privilegios probatorios e inmunidades de alguna manera más detallada⁵⁷. Los principios ALI-UNIDROIT establecen lo siguiente:

"16. Access to Information and Evidence

16.1 Generally the court and each party should have access to relevant and non-privileged evidence, including testimony of parties and witnesses, expert testimony, documents, and evidence derived from inspection of things, entry upon land, or, under appropriate circumstances, from physical or mental examination of a person. The parties should have the right to submit statements that are accorded evidentiary effect.

18. Evidentiary Privileges and Immunities

18.1 Effect should be given to privileges, immunities, and similar protections of a party or non-party concerning disclosure of evidence or other information." ^{XX 58}

c. Convenciones e instrumentos internacionales

Al menos dos convenciones internacionales tratan específicamente del privilegio. La Convención de la Haya de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el extranjero en materia Civil y Comercial aborda al privilegio en el contexto de las comisiones rogatorias. El Artículo 11 establece:

"La comisión rogatoria no será ejecutada si la persona a la que se refiere invoca un privilegio o una prohibición de deponer, establecidas:

- a) Sea por la ley del Estado requerido.
- b) Sea por la ley del Estado requirente y especificadas en la comisión rogatoria o, en su caso, certificadas por la autoridad requirente a petición de la autoridad requerida.

Además, todo Estado contratante puede declarar que reconoce tales privilegios y prohibiciones esta-

while refusing a similar order against the American party based on the objection of an existing legal privilege, this would result in a considerable imbalance regarding the rights of each party to request the production of internal documents. It is the sole purpose of Article 9, Section 2(g) to eliminate this imbalance.

One party will only be able to ask for the production of internal documents of the other party as far as itself is required to produce documents of the same type, when referring to Article 9, Section 2(b) for its own protection. Article 9, Section 2(g) suggests especially to parties from a civil law background that they should – for their own protection – be informed about the extent of the legal privilege of the American side well in advance, in order to be able to use the objection in Article 9, Section 2(g) effectively." ^{XXVIII}

^{XXVIII} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Si el Tribunal Arbitral diera una orden de producción de documentos elaborados por la asesoría interna a la parte alemana y al mismo tiempo denegase una orden similar contra la parte estadounidense sobre la base de una privilegio legal existente, se crearía desigualdad en los derechos de cada parte para solicitar la producción de documentos internos. Éste es el solo propósito del artículo 9, sección 2 (g) para eliminar tal desigualdad.

Una parte sólo podrá requerir la producción de documentos internos de la otra parte mientras a ella misma pueda solicitársele la producción del mismo tipo, refiriéndose al artículo 9, sección 2(b) para su propia protección. El artículo 9, sección 2 (g) sugiere especialmente a las partes que provienen de una jurisdicción regida por el Derecho Civil que –por su propia protección– deben ser informadas sobre la extensión del privilegio legal de la parte americana por adelantado, de forma tal que pueda usar efectivamente la objeción estipulada en el artículo 9, sección 2 (g)".

^{XXIX} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"Los documentos que puedan ser considerados como privilegiados dentro de un sistema legal nacional podrán no ser considerados como privilegiados en otro. Si la situación creara injusticia, el Tribunal Arbitral podrá excluir la producción de documentos técnicamente no privilegiados relacionados con esta norma".

⁵⁷ Ver los Principios del Procedimiento Civil Transnacional de ALI-UNIDROIT adoptados por el ALI en mayo del 2001 y por UNIDROIT en abril de 2004. Uniform Law Review p. 758. Aunque ellos se refieren al proceso civil, los principios estipulan que son igualmente aplicables al arbitraje internacional, excepto cuando sean incompatibles con el procedimiento arbitral. Los Principios del Procedimiento Civil Transnacional dan ejemplos de los principios relacionados con la jurisdicción y publicidad de los procedimientos, así como de la apelación.

^{XX} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

"16. Acceso a la información y pruebas

16.1 Generalmente, la corte y cada parte deberían tener acceso a pruebas relevantes y no privilegiada, incluyendo testimonios de las partes y testigos, testimonios de expertos, documentos y evidencia derivada de la inspección de cosas, terrenos o, bajo circunstancias apropiadas, del examen físico o mental de una persona. Las partes deben tener el derecho de presentar declaraciones de acuerdo con el efecto probatorio.

18. Privilegios probatorias e inmunidades

18.1 Deberá darse efecto a las privilegios, inmunidades y protecciones similares de una parte o un tercero en lo relacionado con la revelación de pruebas u otra información".

⁵⁸ Disponible en: www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf.

El comentario de estos artículos dice:

"P-18A All legal systems recognize various privileges and immunities against being compelled to give evidence, such as protection from self-incrimination, confidentiality of professional communication, rights of privacy, and privileges of a spouse or family member. Privileges protect important interests, but they can impair establishment of the facts. The conceptual and technical bases of these protections differ from one system to another, as do the legal consequences of giving them recognition. In applying such rules choice-of-law problems may be presented.

P-18B The weight accorded to various privileges differs from one legal system to another and the significance of the claim of privilege may vary according to the context in specific litigation. These factors are relevant when the court considers drawing adverse inferences from the party's failure to produce evidence.

P-18C Principles 18.2 and 18.3 reflect a distinction between direct and indirect sanctions. Direct sanctions include fines, astreintes, contempt of court, or imprisonment. Indirect sanctions include drawing adverse inferences, judgment by default, and dismissal of claims or defences. A court has discretionary authority to impose indirect sanctions on a party claiming a privilege, but a court

blecidas por la ley de otros Estados además del Estado requirente y el Estado requerido, en la medida especificada en esta declaración”.

La Convención Interamericana sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero contiene normas similares:

“Artículo 12.-

La persona llamada a declarar en el Estado requerido en cumplimiento de exhorto o carta rogatoria podrá negarse a ello cuando invoque impedimento y excepción o el deber de rehusar su testimonio:

1. Conforme a la ley del Estado requerido; o
2. Conforme a la ley del Estado requirente, si el impedimento, la excepción, o el deber de rehusar invocados consten en el exhorto o carta rogatoria o han sido confirmados por la autoridad requirente a petición del tribunal requerido”.

El Reglamento 1206-2001 del Consejo de la Unión Europea contiene, a su vez, una regla afín:

“Artículo 14.- Denegación de la ejecución

1. No se ejecutará la solicitud de tomar declaración a una persona cuando dicha persona alegue el derecho de negarse a declarar o la prohibición de declarar:
 - a) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, o
 - b) previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente e indicados en la solicitud o, si fuera preceptivo, confirmados

por el órgano jurisdiccional requirente a petición del órgano jurisdiccional requerido (...)”.

Se pueden también encontrar referencias a la protección de privilegios en instrumentos internacionales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵⁹.

Estos instrumentos internacionales reconocen privilegios probatorios en ciertas circunstancias y permiten que las personas saquen ventaja de los privilegios que estén más disponibles⁶⁰. Sin embargo, dan muy pocas indicaciones de cómo se debe determinar la ley aplicable en el caso de un conflicto de privilegios, particularmente en el arbitraje internacional.

d. ¿Cómo debería determinar la ley aplicable el Tribunal Arbitral?

Dado que las leyes nacionales, las reglas institucionales e instrumentos internacionales dan al tribunal arbitral amplia discrecionalidad y poca orientación sobre cómo determinar las leyes aplicables a los privilegios, ¿cómo es que el Tribunal Arbitral debe determinar la ley aplicable? En situaciones en las que las partes no tienen un pacto específico relacionado con la ley aplicable y el Tribunal debe determinar qué ley debería aplicar, un Tribunal usualmente comienza el análisis identificando la intención de las partes. Esto puede resultar ser difícil cuando las partes no

ordinarily should not impose direct sanctions on a party or nonparty who refuses to disclose information protected by a privilege. A similar balancing approach may apply when blocking statutes hinder full cooperation by a party or nonparty.

P-18D In some systems, the court cannot recognize the privilege sua sponte but may only respond to the initiative of a party benefited by the privilege. The court should give effect to any procedural requirement of the forum that an evidentiary privilege or immunity be expressly claimed. According to such requirements, a privilege or immunity not properly claimed in a timely manner may be considered waived.”^{xxi}

Ver también los comentarios de VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. pp. 760-761, respecto de los Principios del Procedimiento Civil Transnacional.

^{xxi} Nota del traductor: La traducción sería la siguiente:

“P 18A Todos los sistemas legales reconocen varias privilegios e inmunidades que evitan que se obligue a una persona a prestar declaración. Algunos son: la protección de la auto-incriminación, la confidencialidad de la comunicación profesional, los derechos a la intimidad, y los privilegios de los cónyuges o miembros de la familia. Los privilegios protegen intereses importantes pero ellos pueden evitar el establecimiento de los hechos. Las bases conceptuales y técnicas de estas protecciones difieren de un sistema a otro, como lo hacen las consecuencias legales de darles reconocimiento. Se pueden presentar problemas en la elección de la ley aplicable al usar tales reglas.

P 18B El peso concedido a varios privilegios difiere de un sistema legal a otro y la importancia de la invocación del secreto profesional puede variar según el contexto en la controversia particular. Estos factores son pertinentes cuando el tribunal los considera para realizar inferencias adversas sobre el hecho de que las partes no produjeran la evidencia.

P 18C Los principios 18.2 y 18.3 reflejan una distinción entre sanciones directas e indirectas. Las sanciones directas incluyen multas, *astreintes*, el rechazo del tribunal, o el encarcelamiento. Las sanciones indirectas incluyen esbozar las inferencias adversas, el juicio por omisión, y el despido de reclamos o defensas. El tribunal tiene la autoridad discrecional para imponer sanciones indirectas a una parte que reclama un privilegio; ordinariamente el Tribunal no puede imponer sanciones directas a una parte ni a un tercero que se niegue a revelar información protegida por un privilegio. Un enfoque equilibrante similar puede aplicarse cuando el bloquear los estatutos entorpezca una cooperación total de una de las partes o un tercero.

P 18D En algunos sistemas, el tribunal no puede reconocer el privilegio *sua sponte* pero puede responder solamente a la iniciativa de una parte beneficiada por el privilegio. El tribunal debe dar efecto a cualquier requisito procesal del foro que establezca expresamente que un privilegio o inmunidad probatoria puede ser solicitada. Según tales requisitos, el privilegio o la inmunidad reclamada inapropiadamente puede considerarse como una renuncia a la misma”.

⁵⁹ Ver el artículo 69(5) y la referencia que se hace en MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 379.

⁶⁰ Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 762, quienes se refieren a este enfoque como “el enfoque más favorable del privilegio”.

han previsto nada sobre las reglas aplicables al privilegio y cada una tiene expectativas propias y diferentes sobre la base de sus leyes y costumbres nacionales.

A diferencia de las Cortes Judiciales, que enfrentan la misma pregunta en escenarios de litigio internacional, el Tribunal no tiene la obligación de aplicar automáticamente la *lex fori*. Si bien es aceptado que los privilegios tengan la naturaleza de orden público, el Tribunal no tiene el deber de atenerse o hacer respetar los órdenes públicos de otros estados. El Tribunal, por el contrario, sí tiene el deber de emitir un laudo susceptible de ejecución legal y es este objetivo, junto con el deber de trato justo a las partes, el que lleva al Tribunal a realizar un análisis que considere todos los factores relevantes al enfrentarse a esta cuestión.

Como sucede con otras opciones de la ley aplicable, el análisis comienza con la pregunta de si los privilegios son por naturaleza sustantivos o procedimentales. La respuesta común a esto ha sido afirmar que los privilegios tienen características tanto sustantivas como procesales, lo que hace posible que el Tribunal tenga muchas formas de abordar el privilegio y cada una de las cuales busca determinar el derecho que tenga el "vínculo más directo" con el problema a tratar.

Cuando una ley nacional es aplicable, los asuntos procesales del arbitraje internacional son determinados comúnmente por la ley del lugar del Arbitraje o la *lex arbitri*. Así, determinar que los privilegios son procesales por naturaleza nos lleva a concluir que el Tribunal sólo necesita conceder privilegios si las partes han acordado la competencia de una ley procesal o si la ley procesal del foro requiere ser aplicada en el arbitraje⁶¹. Debido a que los privilegios están muy relacionados con la obtención de pruebas, cuentan con un elemento procesal. En la mayoría de jurisdicciones regidas por el Derecho Civil, la noción de *secret professionnel* se funda en la ética profesional y acarrea sanciones penales por su incumplimiento⁶². Los privilegios, en estos sistemas, son comúnmente considerados como una cuestión procesal⁶³.

Las cuestiones de derecho sustantivo en el arbitraje internacional son resueltas mediante la aplicación de la ley del contrato que se acuerda usualmente por las partes y en ausencia de tal pacto, es determinado por el Tribunal. Así, la clasificación de los privilegios como sustantivos por naturaleza requiere que el Tribunal escoja la ley aplicable al contrato para determinar las reglas relevantes para la valoración de los privilegios⁶⁴. En las jurisdicciones regidas por el *Common Law*, las cortes han clasificado a los privilegios como sustantivos por naturaleza⁶⁵.

Así, si los privilegios se consideran sustantivos, el resultado usual de la aplicación del Derecho del contrato es la búsqueda del derecho que esté más vinculado con la prueba en concreto. Sin embargo, como ha sido mencionado antes, muchas leyes establecen específicamente que el Tribunal Arbitral tiene discrecionalidad para determinar las cuestiones probatorias, sugiriendo que el Tribunal puede aplicar un derecho distinto o ejercitar su discrecionalidad de manera independiente. En realidad, los privilegios son por naturaleza tanto procesales como sustantivos⁶⁶.

Además de las obvias elecciones de la *lex arbitri* o la ley que rige el acuerdo o el fondo la disputa, algunos autores han sugerido que ciertos privilegios pueden ser vistos como principios generales del Derecho Internacional⁶⁷.

En ausencia de un acuerdo específico entre las partes sobre qué ley aplicar a los privilegios, se cuestiona si la elección de las partes de la sede del arbitraje o la ley que regirá su contrato puede dar a entender que se pretende usar tales reglas a los privilegios⁶⁸. Los privilegios son vistos como poseedores de una naturaleza más personal que otras figuras de procedimiento o derecho sustantivo, por estar relacionadas con las partes y su asesoría. Al señalar esto, los autores han sugerido un número de métodos alternativos para determinar qué ley debería aplicarse a los privilegios, los que están potencialmente disponibles debido a la discrecionalidad con la que cuentan los árbitros en estos temas. Una opción es que el Tribunal elija la ley cuyo vínculo es el más cercano con la

⁶¹ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 376-377.

⁶² SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. pp. 615-616.

⁶³ Ibidem; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 368.

⁶⁴ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 377.

⁶⁵ SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 616; ibid. p. 368.

⁶⁶ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 764.

⁶⁷ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 378-379; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much?". *Schieds VZ*. 2004. p. 19.

⁶⁸ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 770; BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 11.

prueba o privilegio en cuestión; algunos hasta han argüido que es ésta la mejor forma de abordar la situación⁶⁹. Se agrega que esta opción es la que probablemente responda mejor a las legítimas expectativas de las partes⁷⁰. No obstante, este acercamiento tiene también desventajas, una de ellas es el hecho de que pueden haber muchas leyes aplicables a los privilegios dentro de un arbitraje y otra la posibilidad de un trato injusto a las partes en caso la prueba de una de ellas esté más cercanamente conectada con un derecho que es menos protector que la ley más vinculada con la prueba de la otra parte.

Se ha afirmado también que la “conexión más cercana” o el examen del “centro de gravedad” se ha convertido en una regla trasnacional de conflicto de leyes que ha de ser aplicada a los privilegios probatorios en el arbitraje internacional⁷¹. Mientras que a algunos autores les gustaría ver emerger una regla predecible, por ejemplo, la ley del lugar en que la relación abogado-cliente tiene sus efectos predominantes⁷² o la ley del lugar donde el abogado tiene su domicilio profesional⁷³, la mayoría de autores argumentan a favor de un acercamiento acumulativo donde un número de posibles leyes aplicables diferentes son examinadas para determinar si el privilegio reclamado es reconocido en cada uno de los derechos⁷⁴. La solución sería relativamente directa si todos los derechos aplicables reconocieran el privilegio reclamado⁷⁵. La cuestión es entonces determinar si la prueba en particular que se busca proteger cae realmente dentro del privilegio solicitado⁷⁶. La situación es menos clara si el análisis acumulativo da como resultado que el privilegio es reconocido por algunos sistemas y no por otros. Si las potenciales leyes aplicables están en con-

flicto, entonces el Tribunal tendrá que elegir el derecho que ha de aplicar.

Bajo un análisis acumulativo, muchas leyes (además de la ley del lugar de la sede del arbitraje y la ley que se aplica a los méritos de la disputa) podrán ser revisadas para determinar su elección. Estas incluyen la ley del lugar en que el documento o testigo se encuentre; la ley del lugar al que el documento fue enviado; la ley del domicilio de la parte que solicita el privilegio; la ley del domicilio profesional del abogado o las reglas aplicables de la ética profesional. Dependiendo del tipo de prueba en cuestión, por ejemplo, un documento o un testigo, cada una de estas opciones podrá tener un mayor o menor grado de importancia.

En un intento por reconciliar la necesidad de tratar a las partes de forma justa y de mantener las expectativas legítimas de las partes respecto de los privilegios probatorios, se ha sugerido que los árbitros aborden el problema usando el criterio del “privilegio más favorable”⁷⁷. Esta opción recomienda que el Tribunal revise las leyes de la jurisdicción de cada una de las partes y aplique la ley que ofrezca mayor protección⁷⁸. Así, las dos partes tendrán protección de forma igualitaria. Es discutible que este sea el acercamiento más prudente por resultar siempre en un trato igualitario de todas las partes y por lograr evitar cuestionamientos al laudo, cubriendo las expectativas de todas las partes en relación con los privilegios⁷⁹. Una desventaja reconocida de esta solución es que puede promover el *forum shopping*⁸⁰ ^{xxii}. Otro menoscabo que causa mayor preocupación es que aplicar la regla del privilegio más favorable puede favorecer la exclusión de evidencia relevante, yendo así contra el otro

⁶⁹ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 382; VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 768.

⁷⁰ MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. p. 382.

⁷¹ BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 12.

⁷² Ibid. pp. 12-13.

⁷³ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 771.

⁷⁴ Ver, por ejemplo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 19.

⁷⁵ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 769.

⁷⁶ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 20.

⁷⁷ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 773.

⁷⁸ RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. p. 598.

⁷⁹ Ver: VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 773. Sin embargo, como lo reconocen los autores, en realidad no siempre será fácil determinar cuál es la regla sobre el privilegio más favorable. Aun más, el concepto de “expectativas legítimas” de una parte no puede significar que la regla del privilegio que cubre más supuestos siempre habrá de aplicarse. Las partes provenientes de jurisdicciones con una protección del privilegio más limitada no tendrán expectativa alguna de que cierta información o documentos sean protegidos y pueden esperar obtener los mismos tipos de documentos de la parte contraria en caso surja un arbitraje.

⁸⁰ RUBINSTEIN, Javier H. y Britton B. GUERRINA. Op. Cit. p. 599; Ibid. p. 771.

^{xxii} Nota del traductor: Se llama *forum shopping* a la práctica realizada esencialmente por el demandante al escoger entre dos o más cortes que tienen jurisdicción para considerar su demanda, aquella que considera será más favorable al considerar su caso. En algunas instancias una demanda puede ser interpuesta en dos o más Cortes así como también a nivel internacional puede demandarse en las Cortes de diferentes Estados. También puede darse cuando los demandados buscan transferir el caso a Cortes que creen serán más benignas con sus intereses.

aspecto fundamental del deber del Tribunal: el establecimiento de todos los hechos del caso y la necesidad de permitir a las partes la justa oportunidad de exponer su caso. Para compensar esto los árbitros necesitarán adoptar un saludable grado de escepticismo y sentido práctico al valorar las solicitudes de privilegio.

El corolario del privilegio más favorable viene a ser entonces “el criterio del privilegio menos favorable”. Este estándar establece también la igualdad formal entre las partes, pero adopta un estándar de protección más bajo y tiende a obligar a la admisión de pruebas antes que a su exclusión⁸¹. Sin embargo, este criterio corre el claro riesgo de cometer una injusticia con la parte que tiene derecho a una protección más amplia del privilegio bajo la ley más vinculada a las comunicaciones con su abogado, quien a su vez esperaba una protección de acuerdo a ese derecho⁸².

Otra opción es la aplicación de un principio general del derecho internacional o alguna forma de estándar trasnacional de privilegio. Esta alternativa resulta atrayente por ofrecer un estándar neutral que no refleja normas de carácter público de un sistema legal en particular. Las reglas nacionales sobre privilegios son el producto de la naturaleza particular de un sistema legal, de las minuciosas normas procedimentales y el especial acercamiento elegido para balancear los intereses en pugna. Por ejemplo, en un nivel muy general, la producción obligatoria de todos los documentos relevantes en sistema adversarial regido por el *Common Law*, en el que los asesores son vistos como oficiales de la corte, ha resultado en el desarrollo de un sistema complejo de reglas que rigen el privilegio perteneciente al cliente. Sacar este tipo de regla procesal o probatoria de un sistema legal nacional y aplicarlo en un arbitraje internacional, especialmente donde estas reglas serán aplicadas a una parte cuyo sistema legal tiene un enfoque completamente diferente del privilegio, es particularmente difícil de justificar. El problema con el enfoque trasnacional es que no existen principios generales o estándares tras-

nacionales de privilegio que ofrezcan orientación. Lo máximo que puede decirse es que los privilegios son por naturaleza más que meramente procedimentales y que deben ser considerados cuando sean solicitados de buena fe de forma que pueda asegurarse un trato justo e igualitario a las partes, y la factible ejecución del laudo arbitral. Incluso si se llega a aceptar el punto de vista de ciertos autores que expresan que en el área de los privilegios legales han surgido principios generales o trasnacionales⁸³, el hecho de que algunos aspectos muy generales del privilegio sean reconocidos ampliamente no brinda orientación a los Tribunales Arbitrales o a las partes respecto de asuntos específicos que emanan de las diferencias entre las reglas de privilegio aplicables. Aunque puede y debería hacerse más para desarrollar estas nociones básicas, la mayoría de autores aceptan que el desarrollo de las reglas trasnacionales a estas alturas no es muy realista⁸⁴.

IV. CÓMO AFECTA EL PRIVILEGIO LEGAL A UN ARBITRAJE INTERNACIONAL

La preocupación central relativa a los privilegios probatorios en un arbitraje internacional es que se pueda terminar dando un trato desigual e injusto a alguna de las partes si es que el Tribunal Arbitral no aplica los mismos estándares de privilegio para ambas partes. La habilidad de una de las partes para exponer su caso (bien estableciendo un reclamo o defendiéndose del mismo) puede verse afectada y así violarse el debido proceso si diferentes estándares de privilegio son aplicables a la producción de documentos e información o a la admisibilidad de la prueba. Esto puede generar a que se cuestione el laudo o que una de las partes se resista a cumplirlo⁸⁵.

Asimismo, el aspecto sustantivo del privilegio que refleja la normativa del Estado adoptante hace que nos preocupemos sobre la posibilidad de que al no considerar o aplicar las reglas específicas de privilegio pueda llegar a ser un incumplimiento de normativa de orden público. Mientras que las privilegios probatorios caen dentro de lo procesal y la obtención y evaluación de las pruebas sobre

⁸¹ Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 18.

⁸² Ibidem. Da como ejemplos la situación en que se le quita a una de las partes la expectativa legítima de que los documentos que están en posesión de la asesoría interna puedan ser excluidos por esta regla. También menciona que la aplicación de la misma será estricta cuando el efecto sea excluir el uso del principio de secreto profesional, dejando a la asesoría sujeta a sanciones si es que no cumple con sus obligaciones de secreto profesional.

⁸³ Ver: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 8; MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 378-381.

⁸⁴ Ver: BERGER, Klaus P. Op. Cit. p. 13 y las fuentes varias mencionadas ahí.

⁸⁵ Estas pueden entrar dentro de un número de fundamentos aceptados en la Convención de Nueva York y muchas leyes sobre arbitraje: una parte se ve imposibilitada de exponer su caso, el procedimiento arbitral no estaba de acuerdo con el acuerdo de las partes o el laudo va contra el orden público del Estado en que el arbitraje tuvo su sede o en que se busca sea ejecutado.

las que el Tribunal Arbitral tiene amplia discrecionalidad⁸⁶, la preocupación persiste sobre el posible cuestionamiento del laudo o la resistencia a su ejecución debido al aspecto sustantivo de orden público del privilegio. Por ejemplo, las Cortes de Nueva York esperan que el Tribunal Arbitral aplique las reglas de privilegio y que de no hacerlo adecuadamente se entenderá que existen bases como para fundamentar la anulación del un laudo⁸⁷. Como se discute líneas abajo, las reglas éticas (que incluyen el privilegio) y su aplicación en ciertas jurisdicciones pueden también generar la intervención de las Cortes durante el proceso arbitral.

Finalmente, incluso si es que la inaplicación de una privilegio en particular no llega a determinar un incumplimiento de una norma perteneciente al ordenamiento de un Estado o un motivo para el cuestionamiento del laudo, las decisiones *ad hoc* tomadas por un Tribunal Arbitral pueden resultar arbitrarias y dar pie a una incertidumbre e inconsistencia que puede afectar la conducta del arbitraje y la confianza que las partes tienen en el procedimiento⁸⁸.

Es importante también recordar que en muchos países las reglas concernientes al privilegio están contenidas en códigos de conducta profesional y estándares éticos. La aplicación de estas reglas no está restringida normalmente al país en que el abogado se titula profesionalmente, sino que tien-

de a seguir al abogado cuando presta servicios legales fuera de su país. Estas reglas pueden afectar la forma en que el juez abordará el caso, su conducta durante el proceso y su habilidad para llevar a cabo órdenes y mandatos del Tribunal Arbitral. Por ejemplo, las reglas sobre el secreto profesional o el privilegio en los códigos de conducta profesional de los abogados, por las que se rigen, modelarán sus visiones de qué documentos están disponibles como parte de la producción de los mismos, cuáles podrían requerir y producir, y qué obligaciones, de haberlas, se aplican a los documentos privilegiados de la otra parte. Además, generalmente se requiere que los abogados que ejerzan en otros estados se atengan a reglas éticas locales⁸⁹.

Hasta la fecha los estándares éticos para los consultores y su aplicación en el arbitraje internacional han recibido relativamente poca atención⁹⁰. Las reglas éticas pueden afectar una serie de aspectos de la conducta del consultor en un arbitraje y, a su turno, el proceso arbitral. Por ejemplo, las reglas éticas pueden aplicarse y afectar conflictos de interés del consultor, el contacto del consultor de una de las partes con el cliente o los empleados del cliente, y el trato y manejo de los documentos privilegiados. Estos ejemplos de obligaciones éticas han generado disputas en el curso del litigio y, en ciertos casos, respecto de los arbitrajes llevados a cabo en los Estados Unidos y en otros lugares⁹¹.

⁸⁶ Ver: POUURET, Jean-François y Sebastien BESSON. Op. Cit. pp. 582-583, quienes señalan que algunas leyes incluyen específicamente dentro de los amplios poderes del Tribunal Arbitral el poder de conducción del arbitraje como considere apropiado, el poder de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba; BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 14-15.

⁸⁷ CARTER, James H. "The Attorney-Client Privilege and Arbitration". 2 ADR Currents 1. 1996/97. p. 15; BORN, Gary B. "International Commercial Arbitration". En: "Kluwer Law Internacional. Segunda edición. 2001. pp. 489-490. Es interesante lo que BORN señala: los temas relacionados al privilegio son usualmente fácticos por naturaleza y las Cortes, aplicando la Federal Arbitration Act, tienden a ceñirse a ellas al revisar las determinaciones fácticas del árbitro respecto de las solicitudes de privilegio.

⁸⁸ Sobre este punto ver: PARK, William W. Op. Cit. pp. 60-61; PARK, William W. "The 2002 Freshfields Lecture- Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion". En: Arb. Int'l. 19. 2003. p. 279.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, el artículo 6 de la Directiva 98/5/EC; VEEDER, Van V. "The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith: The 2001 Goff Lecture". En: Arb. Int'l 18. 2002. pp. 432-433; el CCBE, especialmente los artículos 2.3, 2.4, 3.2, 4.1, 4.5, 5.3 y 5.5. El artículo 4.5 deja en claro que las reglas que rigen las relaciones de los abogados con las Cortes también han de aplicarse en sus relaciones con los árbitros. El artículo 4.1 estipula que un abogado debe seguir las reglas de conducta aplicables a una Corte o al Tribunal. En Nueva York, las cortes sostienen que las leyes locales sobre la descalificación de la asesoría por razones éticas se aplica en los arbitrajes que tengan su sede en ese Estado ya que Nueva York tiene el interés más fuerte en la conducta de los abogados en los foro de este Estado. Ver: *Tekni-Plex, Inc. versus Meyner and Landis*, 220 A.D. 2d 326, discutido en el pie de página 92.

⁹⁰ Entre los pocos artículos sobre este tema, ver: PAULSSON, Jan. "Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration", American Review of International Arbitration 3. 1992. p. 214; VEEDER, Van V. Op. Cit. Nota 3, *supra*; THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers in Arbitrations: Do the Arbitrators Play any Proper Role?". En: American Review of International Arbitration 1. 1990. p. 562; ROGERS, Catherine A. "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration". En: Michigan Journal of International Law 23. 2002. p. 241; ROGERS, Catherine A. "Context and Institutional Structure in Attorney Regulation: Constructing an Enforcement Regime for International Arbitration". Stanford Journal of International Law 39. 2003.

⁹¹ Por ejemplo, diferentes tribunales arbitrales han llegado a conclusiones contrarias sobre si los estándares éticos son o no aplicables. En un arbitraje ICC, el Tribunal prefirió no aplicar el código de ética del Colegio de Abogados "en el contexto de un proceso arbitral internacional" en el que se pidió la descalificación del abogado de la parte demandada ya que el mismo previamente brindó asesoría a uno de los demandantes sobre la inversión en controversia en ese arbitraje. Una de las defensas presentadas por los demandantes está directamente relacionada con la asesoría previamente ofrecida por su abogado a uno de los demandantes. Ese demandante pidió que se descalificara a tal abogado como representante de los demandantes sobre la base las normas existentes en los códigos civiles y penales, así como también las normas sobre conflictos de interés del código de ética del país del que provenía el demandado y su abogado. El Tribunal decidió que el pedido de descalificación no estaba dentro del alcance de la cláusula arbitral y que esto debía ser visto en un proceso doméstico y separado. Además, el Tribunal, entre otros fundamentos, manifestó tener dudas sobre la aplicación del Código de Ética de un Colegio de Abogados privado en el proceso a su cargo. Por otro lado, en un caso distinto con sede en Nueva York, otro Tribunal Arbitral no dudó en aplicar el código local de ética al rechazar el pedido de exclusión del abogado. Ver: GRIGERA NAÓN, Horacio. "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration". Cursos recopilados de la Academia de Derecho Internacional de la Haya. Volumen 289. 2001. pp. 157-161.

En Nueva York las cortes intervienen para aplazar los procedimientos arbitrales y así lidiar primero con las solicitudes de una de las partes que buscan que los asesores de la parte contraria sean descalificados sobre la base de fundamentos éticos⁹².

Un buen ejemplo de cuándo es que las reglas éticas pueden afectar la integridad y justicia de un procedimiento es el trato y uso de documentos privilegiados de la parte contraria cuando son revelados inadvertidamente u obtenidos fuera del proceso de producción de documentos. Este tema ha recibido atención sustancial en las Cortes de una serie de jurisdicciones regidas por el *Common*

Law. En estos casos, las Cortes han sostenido que no seguir las reglas éticas sobre cómo los documentos privilegiados de la parte contraria deben ser manejados al ser revelados inadvertidamente u obtenidos fuera del procedimiento de descubrimiento puede afectar la integridad y justicia de los procedimientos así como a la administración de justicia. Una serie de decisiones han llevado a la exclusión de documentos privilegiados de las pruebas, la descalificación del abogado y, en casos extremos, a la desestimación de la pretensión de la parte que ha participado en la obtención impropia y uso de documentos e información privilegiados⁹³. La experiencia indica que los mismos tipos de problemas pue-

⁹² Ver: *Bidermann Industries Licensing Inc. versus Avmar N.V.*, N.Y.L.J. 1990, p. 23. (*Sup. Ct. N.Y. Co.* 1990), *aff'd*. 570 N.Y.S. 2d 33 (1st Dept. 1991)). En ese caso, el abogado de los demandantes pidió la descalificación del abogado de los demandados porque éste había representado previamente a uno de los demandantes del arbitraje. Los demandados recurrieron a las Cortes para pedir la interrupción del arbitraje porque consideraban que el Tribunal Arbitral no podía decidir sobre las obligaciones éticas del abogado por ir en contra del orden público de Nueva York. La Corte interrumpió el arbitraje sobre la base de que la cuestión de la descalificación de uno de los abogados involucraba "largamente un interés importante público" y que "(...) la regulación sobre los abogados, y la determinación sobre si los clientes ya no han de contar con el abogado de su elección debido a responsabilidades profesionales y obligaciones éticas, implican intereses públicos fundamentales y políticas que deben ser reservadas a las Cortes y no materia del arbitraje". Esta decisión fue confirmada en la apelación. Ver: THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers in Arbitrations: Do the Arbitrators Play Any Proper Role?". En: *American Review of International Arbitration*. 1991. pp. 562 y 565-566. El autor presenta una crítica muy dura sobre la decisión Bidermann y desarrolla el argumento convincente al sustentar que una solicitud de descalificación de un abogado por conflictos de intereses (u otros incumplimientos de obligaciones éticas) entre las partes de un arbitraje deben ser decididas por el Tribunal Arbitral para poder asegurar la justicia del proceso. Desde el punto de vista de Thomas, los árbitros tienen poderes directos e indirectos para regular la conducta de los abogados. Él considera que el Código de Responsabilidad Profesional que hace que los abogados estén obligados a actuar éticamente en los arbitrajes así como también en los procesos llevados en las Cortes otorga directamente poderes a los árbitros para ver la conducta del abogado (pp. 576-577). Ver además: *Tekni-Plex Inc. versus Meyner and Landis*, 220 A.D. 2d 326 (*Sup. Ct. N.Y. A.D.* 1995), en donde la corte confirma la decisión de una instancia menor en la que se descalifica a un estudio de abogados para ejercer la representación de una de las partes de un arbitraje, apoyados por el American Arbitration Association, por la existencia de un conflicto de interés. En su decisión, la Corte sostuvo que la ley de Nueva York, ley del foro, se aplicaba a la cuestión del conflicto de interés y la descalificación.

⁹³ En los Estados Unidos ver, por ejemplo: *In re Beiny*, 517 N.Y.S.2d 474 (*App. Div. 1st Dept* 1987) (el abogado fue descalificado por el uso y la obtención impropia de documentos privilegiados excluidos de las pruebas); *Fayemi versus Hambrecht & Quist*, 174 F.R.D. 319 (S.D.N.Y. 1997) (información confidencial impropriamente obtenida fue excluida de las pruebas; se dieron mayores sanciones por la mala conducta de la parte); *Sgambellone versus Wheatley*, 630 N.Y.S.2d 835 (*Sup. Ct. Schenectady County* 1995) (el abogado obtuvo indebidamente historiales médicos excluidos de las pruebas. Se impuso al abogado una multa pero no se lo descalificó debido a la naturaleza de la información y el estadio del proceso); *Stephen Slesinger, Inc. versus Walt Disney Co.*, No. BC022365, 2004 WL 612818 (*Cal. Super. Ct. Mar. 29, 2004*) (el demandante contrató a un investigador privado para adquirir secretamente documentos confidenciales privilegiados, muchos de los cuales tenían esa característica. El agente del demandante violó la propiedad del defendido para rebuscar la basura y así obtener los documentos. El demandante y sus abogados circularon los documentos y los revisaron al detalle. La pretensión del demandante fue sobreseída con posibilidad de apelación); *Herrera versus Clipper Group*, Nos. 97-CIV-560, 97-CIV-561, 1998 WL 229499 (S.D.N.Y. May 6, 1998) (el demandante obtuvo indebidamente documentos confidenciales/privilegiados fuera del proceso de *discovery* con conocimiento del abogado. El demandante solicitó pagar los costos pero pidió que no se descalificara al abogado. La información no privilegiada fue admitida); *MMR/Wallace Power & Industrial, Inc. versus Thames Associates*, 764 F. Supp. 712 (D. Conn. 1991) ("(...) si una Corte concluye que la violación de los estándares éticos del abogado amenaza con afectar la integridad del proceso adversarial, debe tomar medidas apropiadas, incluyendo a la descalificación, para eliminar tal problema. El abogado se contactó con un ex empleado de confianza de la parte contraria que dio información privilegiado respecto de la preparación del proceso y la estrategia". El abogado fue descalificado); *Maldonado versus New Jersey*, Civ. A. No. 03-4703, 2004 WL 2904898 (D.N.J. 2004) (el demandante obtiene de forma inexplicable un memorando interno del defendido importante y privilegiado. El abogado no sigue la norma de conducta profesional que indica "dejar, notificar y devolver" y revisa el documento. El abogado fue descalificado). En estos casos, la atención principal de las Cortes está en el efecto de la conducta impugnada sobre la justicia e integridad del procedimiento y el perjuicio a la otra parte antes que el incumplimiento de una norma ética por sí misma. Una serie de Cortes han distinguido entre estos casos y su jurisdicción en procesos disciplinarios promovidos por los Colegios de Abogados por el incumplimiento de reglas éticas. Para casos canadienses similares ver: *National Bank Financial Ltd. versus Daniel Potter*, 2005 NSSC 113 ("La importancia subyacente de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados-clientes no es menos importante en el contexto del Derecho Civil que en el del Derecho Penal. Una vez que el abogado sabe que tiene en su poder comunicaciones del abogado de la otra parte y su cliente o al menos pueda entender razonablemente que está en posesión de tal comunicación, debe dejar de ver los documentos. Debe alertarse a todos los potenciales beneficiados con el privilegio para así darles una oportunidad razonable de ejercitar el privilegio". El abogado fue removido por no cumplir con este requerimiento. Los documentos privilegiados fueron excluidos de las pruebas). *Nova Growth Corp. versus Kapinski*, 2001 O.J. No. 5993; *Celanese Canada Inc. versus Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, en donde la Corte Suprema de Canadá sostuvo en el contexto de la ejecución de una orden *Anton Piller* que la protección de las confidencias entre el abogado y su cliente es un asunto de gran importancia y que la violación del privilegio no necesita ser el resultado de una mala conducta extrema para lograr la descalificación del abogado. Como el abogado que obtuvo los documentos privilegiados de la otra parte no cumplió con demostrar que no se usaría información privilegiada, fueron descalificados. Para revisar casos ingleses, por ejemplo: *Ablitt versus Mills & Reeve*, *The Times*, 25 October 1995; *English and American Insurance Co. Ltd. & Ors versus Herbert Smith & Co.* En: *New Law Journal*. 1987. p. 148; *Ridehalgh versus Horsefield*, (1994) Ch. 205, (1994) 3 All. E.R. 848.

den y han de surgir en el arbitraje internacional⁹⁴.

Cuando estos problemas suceden en un arbitraje, el Tribunal Arbitral debe entenderlos como parte de su jurisdicción sobre el proceso y de su deber de dar un trato igualitario y justo a las partes. La atención de la investigación y determinación del Tribunal Arbitral debe ser la justicia e integridad del proceso. Si bien la aplicación de reglas éticas contenidas en códigos profesionales e instrumentos similares o la sanción de infracciones a los mismos no es parte del deber del Tribunal, esto no significa que estas reglas resulten irrelevantes para la determinación de los asuntos relacionados con los privilegios. Como fue mencionado anteriormente, en muchos países las reglas del privilegio o de secreto profesional están contenidas en reglas de conducta profesional y códigos de ética.

Asimismo, las normas de carácter ético se entienden generalmente destinadas a asegurar los intereses de la justicia y que ciertos estándares de integridad y justicia se cumplan. Como resultado, pueden servir para demostrar el estándar de justicia en el proceso que el Tribunal aplica en el arbitraje internacional. Esto puede ser así particularmente ahí donde el estándar ético es compartido por los abogados de ambas partes y pasará a formar partes de las expectativas comunes de las partes y sus defensores, por ejemplo en el caso del manejo de documentos privilegiados de la parte contraria. Aun así, estas obligaciones éticas también serán relevantes donde haya estándares éticos distintos para los abogados y se necesite que el Tribunal establezca un estándar que trate a las partes justa e igualitariamente.

Es muy probable que el privilegio legal surja en un arbitraje durante el curso de la producción de

documentos o en el proceso de admisión y evaluación de las pruebas. El manejo que realice el Tribunal Arbitral sobre estos asuntos durante estas fases del proceso puede lograr que las Cortes intervengan durante el proceso arbitral o que se cuestione el laudo en desmedro de la aplicación del mismo.

a. Producción de documentos

El privilegio es una razón reconocida para resistirse a la producción de un documento o información en la producción de éstos. Esto se indica así, por ejemplo, en el artículo 9(2)(b) de las Reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas.

Dependiendo de las circunstancias del arbitraje, incluida la identidad de las partes, su abogado y los miembros del Tribunal Arbitral, la cuestión del privilegio o la inmunidad frente a la revelación debido al principio del *secret professionnel* puede nunca surgir. Esto puede deberse a que no existen documentos relevantes que puedan estar sujetos a protección o porque ambas partes y su defensa son de jurisdicciones regidas por el Derecho Civil y no consideran que la producción de documentos sea relevante o necesaria. Por otro lado, en un arbitraje entre partes regidas por el *Common Law* o entre partes representadas por abogados que ejercen dentro del *Common Law*, quizá compartan un enfoque parecido de la producción de documentos e intercambien solicitudes de producción de documentación sustancial y listas de documentos sobre los que solicitan privilegio.

En cualquier situación, las expectativas de las partes y los abogados pueden ser similares y puede que no se susciten disputas respecto de los privilegios o, en caso se suscitasen, los principios aplicables pueden ser iguales o similares y por tanto el Tribunal tendrá muy poca dificultad para deter-

⁹⁴ Pruebas anecdóticas indican que las partes intentan usar documentos o información que la parte contraria considera que es confidencial o privilegiada. El mejor ejemplo bien puede ser el uso de documentos o información intercambiada en el curso de las negociaciones entre las partes. Parece haber un consenso relativamente amplio sobre el hecho que éstas son cubiertas por una "settlement privilege" y que usualmente son excluidas de la prueba. Ver por ejemplo: BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 13-14. Además, estos documentos e información son usualmente vistos como irrelevantes (de marginal importancia) para los asuntos del Tribunal Arbitral. Otro ejemplo es cuando una parte obtiene documentos internos privilegiados y confidenciales de la otra parte a través de una revelación inadvertida de esa parte de forma indebida, incluyendo el hurto, la entrada no autorizada a la propiedad privada o contacto inapropiado con los empleados de la otra parte. En algunos casos la forma en que los documentos privilegiados o confidenciales fueron obtenidos permanecen sin explicar y el Tribunal debe lidiar con la difícil tarea de investigar al respecto. Una serie de escenarios son tocados en los casos citados en el pie de página 93, particularmente en la abundante jurisprudencia de Estados Unidos. Un ejemplo de un arbitraje entre un inversionista y el Estado es la decisión tomada en Methanex Corporation y los Estados Unidos, en donde se pidió al Tribunal que prestara atención a la admisibilidad de documentos que se alegaron fueron obtenidos ilegalmente, incluyendo la entrada a la propiedad privada sin autorización para obtener documentos confidenciales de la basura del agente de una de las partes. Ver la Parte II. c. 1. "The USA's Application for the Exclusion of Certain of Methanex's Evidence". En su fallo, el Tribunal decidió que cierta documentación fue obtenida ilegalmente y que sería inapropiado permitir la introducción de tal evidencia en violación de un deber general de buena fe que incumbía a todos los que participaron en el Arbitraje Internacional: Ver la parte II. c.1. puntos 58-59. El laudo puede encontrarse en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf>.

minar la regla aplicable y, así, emplearla con los hechos en disputa.

No obstante, hay más posibilidades de que se incrementen las dificultades cuando las partes tienen expectativas distintas respecto del privilegio y confían en reglas distintas. El Tribunal puede luego verse obligado a elegir la regla aplicable para determinar la existencia de objeción alguna a la producción de un documento importante. Como ya ha sido discutido, el Tribunal tendrá ante sí una serie de posibilidades y deberá tener en cuenta que puede haber pedidos de producción de documentos que emanen de ambas partes y que las privilegios pueden incluso ser solicitados durante la exposición de prueba documentaria o durante el curso de las audiencias y, por tanto, la consecuencia entre sus decisiones será muy importante. No considerar o aplicar las reglas de privilegio apropiadas en un estadio de la producción de documentos del proceso puede dar pie a que se cuestione el laudo o a que no se ejecute. Si el Tribunal no tiene en cuenta una regla de privilegio o no la aplica, la parte que se resiste a la producción del documento puede negarse a presentar tal documento en cualquier escenario, lo que puede llevar a una inferencia adversa o a pensar que se ha realizado la misma, y generar así un cuestionamiento. Alternativamente, la parte opositora puede sentirse obligada a revelar la información o documentos que alega están privilegiados y que luego cuestione el laudo sobre la base de una revelación coercitiva.

De otro lado, si es que el Tribunal aplica la regla de privilegio y exonera el documento o información de ser revelado, debe considerar que la solicitud fue hecha de buena fe y si es que el privilegio se puede aplicar. En caso contrario, una de las partes podrá usar el privilegio como una excusa para acusar al Tribunal de una impropia ocultación de documentación relevante. Si esto ocurriese, podría dar pie a un cuestionamiento del laudo dependiendo de la naturaleza de los documentos

ocultados y de si tal ocultamiento resultó ser una injusticia sustancial⁹⁵.

Otro aspecto de la dispensa que puede llegarse a tratar en el curso de la producción de documentos es cómo debe tratar el abogado a los documentos privilegiados de la parte contraria que puedan llegar a sus manos durante la etapa de producción y recolección de documentos. En algunas jurisdicciones regidas por el *Common Law*, los códigos de conducta profesional o reglas éticas similares requieren que el abogado a cuyas manos ha llegado un documento que parece estar privilegiado bajo circunstancias en las que es claro que no se ha querido que los reciba, ha de abstenerse de examinar los materiales, notificar al abogado que los envió y atenerse a las instrucciones del mismo. Cualquier disputa sobre el uso de los documentos y su admisibilidad como pruebas debe entonces llevarse a las cortes o en un tribunal competente. Las mismas reglas se aplican a un abogado cuyo cliente produce documentos que aparentan estar legalmente protegidos y el abogado sabe que los documentos no han sido obtenidos en el proceso de descubrimiento⁹⁶. Las Cortes que han lidiado con este deber han descubierto que el incumplimiento de obligaciones éticas como lo es el tratar de cierta forma a los documentos privilegiados puede afectar fundamentalmente la justicia e integridad del procedimiento⁹⁷. En ciertos casos las Cortes han descalificado al abogado o han ido tan lejos como desestimar la demanda o la defensa de una parte por incumplimiento de su deber relativo al trato de documentos privilegiados. Una conducta similar puede darse en el contexto del arbitraje y podría afectar la integridad fundamental y justicia del procedimiento y, de ser descubierto, requiere que el Tribunal tome los pasos necesarios para proteger o reestablecer la justicia en el proceso. Alternativamente, el asunto podrá ser llevado ante las Cortes, bien durante el curso del procedimiento arbitral o como una forma de cuestionar el laudo o resistirse a su ejecución⁹⁸.

⁹⁵ Para este tema ver la decisión de la Corte Comercial de Inglaterra en *Profilati Italia S.r.L. versus Paine Webber Inc.* 2001. Informe de Lloyd. pp. 715-720, en donde un documento importante que debió ser revelado fue escondido deliberadamente y, como resultado, el Tribunal falló a favor de la parte que escondió el documento. La Corte puede considerar que el laudo iba en contra del orden público y era sujeto a anulación. Ver también VEEDER, Van V. Op. Cit. pp. 442-443, en donde el autor se refiere a este caso y sugiere que esconder deliberadamente documentos importantes constituye mala fe y un incumplimiento del deber de buena fe que rige el arbitraje. Veeder menciona que este caso es un ejemplo de la ampliación de la excepción de orden público de la sección 68(2)(g) del *Arbitration Act* de 1996.

⁹⁶ Estas reglas son discutidas en una serie de decisiones citadas en el pie de página 93.

⁹⁷ Este efecto no se limita a la admisión de los documentos probatorios sino que ha sido interpretado como incluyendo la adquisición simple de la información dispensada y su uso en el interrogatorio o al formular una estrategia.

⁹⁸ Sobre esto, ver las decisiones citadas en el pie de página 92. En éstas las Cortes de Nueva York interrumpieron el proceso arbitral para resolver las solicitudes de descalificación de un abogado por incumplimiento de obligaciones éticas relacionadas con conflictos de intereses.

Mientras tanto estos problemas relacionados con el manejo inadecuado de los documentos privilegiados (o posiblemente otros incumplimientos de obligaciones éticas como la de evitar conflictos de interés al incumplir con el deber de lealtad de abogado al cliente) son excepcionales y sirven para ilustrar la relación entre las reglas éticas y la justicia en el proceso, y su posible impacto en el arbitraje internacional. Ellos muestran también que las Cortes nacionales han manejado estos temas en términos de justicia procesal fundamental y de normativa pública, por tanto han tratado incumplimientos de obligaciones éticas que afectan muy seriamente la justicia del procedimiento. En estas circunstancias, los tribunales arbitrales y los abogados deben dar importancia a estos asuntos.

Además, incluso si la desigualdad en la aplicación de las reglas de privilegio o de incumplimiento de obligaciones éticas relacionadas no es de tanta magnitud como para cuestionar la validez del laudo, el entendimiento de las reglas aplicables desde el comienzo del arbitraje contribuirá mucho con la eficiencia del proceso y la satisfacción de las partes. En lo que concierne la producción de documentos esto servirá para permitir que los abogados y el Tribunal identifiquen el alcance de las solicitudes de producción de documentos, objeciones permisibles y cómo solicitar o manejar el privilegio.

b. Admisión y valoración de las pruebas

Los temas discutidos relacionados con el privilegio y la producción de documentos se aplican en general en lo relacionado con la admisión y evaluación de las pruebas. Usualmente, los asuntos concernientes a la producción de documentos no se hacen aparentes hasta el estadio en que las pruebas son ofrecidas por las partes o los testigos son interrogados en la audiencia. Esto suele ser una sorpresa e interrumpen la audiencia.

c. Intervención de las Cortes

El fundamento elemental para que las cortes se inmiscuyan en los asuntos del privilegio en un arbitraje internacional es que se haya dado un in-

cumplimiento del deber del Tribunal de tratar a las partes de forma igualitaria y justa. Esta situación puede generarse si es que el Tribunal no aplica la misma regla sobre el privilegio a ambas partes y, por tanto, resultan siendo tratadas desigualmente. Alternativamente, la aplicación de la misma norma sobre el privilegio puede resultar en una injusticia a una de las partes al evitar que tal parte pueda hacer uso de una regla más amplia y favorable que legítimamente esperaba aplicar, lo que resulta en la negación de la justicia básica procesal, desde el punto de vista de la Corte que revisa el fallo.

La otra posibilidad es que el no aplicar la regla de privilegio específica puede ser visto por las Cortes como un incumplimiento del orden público en el arbitraje o por las Cortes al momento de ejecutar el laudo. Hasta la fecha parece no haberse reportado casos en los que se hayan dado cuestionamientos en este punto en específico.

De cualquier manera la amplia discrecionalidad dada a los árbitros en las legislaciones nacionales y normas internacionales para conducir los procesos arbitrales adecuadamente en la ausencia de un pacto de las partes, incluyendo la admisibilidad y valoración de las pruebas, requiere una prueba clara de que el Tribunal Arbitral erró al no considerar aplicables las reglas de privilegio y que por tanto se cometió una injusticia respecto de una de las partes, de tal forma que afectó el laudo. En la mayoría de los casos éste es un estándar muy difícil de lograr. Sin embargo, la posibilidad de que ocurran cuestionamientos en cualquiera de los dos escenarios no puede ser ignorada.

La intervención de las Cortes respecto de los privilegios surgidos en un arbitraje se da principalmente mediante la apelación del laudo o por la resistencia a su aplicación. Si bien es posible que las Cortes intervengan durante el curso del arbitraje, como se ha demostrado en los casos de Nueva York mencionados previamente⁹⁹, es muy probable que esto no suceda en las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL u otras con provisiones similares a las de ese modelo en lo referente a la intervención de las Cortes. Ba-

⁹⁹ Ver los casos *Bidermann* y *Tekni-Plez* referidos en el pie de página 92. Debido al enfoque favorable al arbitraje adoptado por las Cortes estadounidenses a partir de estos casos, uno se pregunta si es que estos casos se deciden de igual forma hoy en día. Seguramente la conducta del abogado y sus efectos en el proceso arbitral deben ser solucionados en primer lugar por el Tribunal Arbitral, cuyo deber es asegurar la integridad y justicia del proceso. La decisión del Tribunal puede ser revisada después de que el laudo es emitido, mediante una apelación o resistiéndose a su ejecución. La aplicación de reglas éticas como éstas y como la disciplina deben permanecer como un asunto de mucha relevancia para los colegios profesionales o las cortes donde forman parte del régimen para la aplicación de los códigos éticos y de la disciplina del abogado. Sobre un tema más amplio, interesante y desafiante, como lo es el de las reglas éticas para los abogados en el arbitraje internacional, ver: ROGERS, Catherine A. Op. Cit.; y, THOMAS, Peter C. Op. Cit.

jo ese modelo, la intervención de éstas se excluye, con excepción de los casos en que la ley disponga lo contrario específicamente y no haya normas que regulen la intervención durante el proceso. En realidad, el artículo 19(2) establece que en ausencia de acuerdo de las partes sobre el procedimiento a seguir, el Tribunal tiene discrecionalidad para conducir el arbitraje de la forma que considere apropiada, incluyendo el poder de determinar la admisibilidad, relevancia, materialidad y peso de la prueba.

V. ¿ARMONIZAR LAS NORMAS ES LA SOLUCIÓN?

La incertidumbre que rodea cómo tratar la compleja noción de los privilegios en un caso determinado ha dado pie al familiar debate sobre la necesidad de universalizar las reglas o estándares¹⁰⁰. Algunos autores favorecen una mayor armonización de las normas de privilegio¹⁰¹, un mayor desarrollo de las reglas transnacionales¹⁰² o una serie de reglas de privilegio autónomas en el arbitraje internacional¹⁰³. Otros, al ver los lineamientos generales o el consenso que ha sido logrado a la fecha y los peligros de normativa ilimitada, concluyen que no hay necesidad de una mayor armonización¹⁰⁴. A su vez, otros sostienen que los lineamientos no ayudan y que se debe preservar la máxima discrecionalidad y flexibilidad del Tribunal. No es sorprendente entonces que cada una de las posiciones tenga méritos y que el desafío sea encontrar el balance apropiado entre la predictibilidad y la flexibilidad.

A pesar del reconocimiento general de la naturaleza sustantiva del privilegio, su importancia y la de algunos aspectos comunes de la protección otorgada por el privilegio, no puede decirse que existe un grupo armónico de reglas de privilegio o que sea factible su creación en el corto plazo. Si bien han empezado a nacer principios generales, las nociones sobre el privilegio están tan imbuidas

en los sistemas legales nacionales y en el orden público, y son de naturaleza demasiado detallada como para permitir un progreso significativo en el desarrollo de reglas más detalladas en el futuro próximo. Todavía queda mucho por decir sobre un posible conjunto de reglas autónomas que traten el privilegio en el arbitraje internacional, siempre y cuando la flexibilidad y discrecionalidad sean mantenidas, y esto requerirá alejarse de los contextos legales nacionales en los que las nociones existentes del privilegio o del secreto profesional han sido desarrolladas.

Las normas sobre el privilegio como las conocemos han sido desarrolladas dentro de los sistemas legales nacionales y reflejan el orden público de tales sistemas, como por ejemplo, la ley criminal o la ley de competencia. Cuando las partes eligen ir a un arbitraje están optando por una alternativa distinta a los sistemas legales nacionales y a los métodos seguidos en su proceso civil, incluida la materia probatoria. El contexto en que los árbitros internacionales aplican las nociones sobre privilegio en una disputa internacional es muy diferente a las de las Cortes nacionales. Los Tribunales Arbitrales deben centrarse primariamente en las partes y en asegurar que su controversia sea resuelta de forma justa dentro de las circunstancias específicas de cada caso. Las reglas autónomas sobre el privilegio deberán reflejar esta perspectiva y ser lo suficientemente flexibles como para acomodar la diversidad del arbitraje internacional. Asimismo, el desarrollo exitoso de estas reglas requerirá apartarse de la noción de “expectativas legítimas” de una parte fundamentadas sobre la base de sus reglas nacionales de privilegio y moverse hacia expectativas comunes de las partes relacionadas con lo que constituye un trato justo en el arbitraje internacional.

Cualquier grupo de normas armonizado tendrá que ser de naturaleza general, de forma tal que pueda lograr una aceptación suficiente. Esto

¹⁰⁰ Para un buen desarrollo de este debate al nivel más amplio de las Reglas IBA sobre pruebas ver: GUNTER, Pierre-Yves. “Transnational Rules on the Taking of Evidence”. En: GAILLARD, Emmanuel. “Towards a Uniform International Arbitration Law”. 2005. pp. 129-161.

¹⁰¹ VOSER, Nathalie. “Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration”. *Schieds VZ*. 2005. p. 118.

¹⁰² MOSK, Richard M. y Tom GINSBERG. Op. Cit. pp. 380-383; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. Op. Cit. p. 21.

¹⁰³ VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. Op. Cit. p. 774.

¹⁰⁴ BERGER, Klaus P. Op. Cit. pp. 18-19. El autor entiende que se ha logrado un “consenso pragmático” respecto de cuatro puntos esenciales: 1. las cuestiones relacionadas con los privilegios deben ser calificadas como cuestiones de derecho sustantivo; 2. la cláusula estándar de las partes en el contrato sobre elección de la ley aplicable usualmente no se extiende a los temas de privilegios probatorios; 3. al determinar la ley aplicable a ciertas cuestiones de privilegios probatorios, el Tribunal deberá aplicar la ley de la jurisdicción con la que la comunicación relevante tiene la conexión más cercana; por ejemplo, la ley del lugar en que la parte desarrolla sus negocios; y, 4. el Tribunal podrá excluir pruebas de ambas partes que están privilegiadas bajo la ley de una parte y no bajo la ley de la otra, sobre la base de consideraciones de justicia e igualdad.

deberá ser así particularmente en el caso del privilegio, debido a la naturaleza altamente ligada a los hechos y a la especificidad de las circunstancias con que los privilegios surgen. Los escenarios descritos en páginas anteriores demuestran esto ampliamente. Es muy improbable que reglas armonizadas y detalladas tomen en cuenta el crisol de escenarios en que el privilegio puede surgir dentro del marco de una transacción internacional y, por tanto, es también muy difícil que puedan ser puestas en práctica¹⁰⁵. Como resultado, las reglas armonizadas que eventualmente puedan desarrollarse continuarán jugando un papel importante.

Lineamientos generales y flexibles combinados con discrecionalidad arbitral serán suficientes para manejar satisfactoriamente la mayoría de asuntos relacionados con el privilegio. Aunque la cuestión del privilegio puede ser problemática, no siempre surge. Además, el privilegio comúnmente puede ser evitado o reducido tomando un enfoque práctico. Es importante recordar que el privilegio recurre a pruebas relevantes que de otra forma serían admisibles. La documentación o información respecto de las que se han solicitado privilegios son generalmente irrelevantes o inmateriales, y por tanto puede ser excluidas de la prueba por estos fundamentos. Así, un enfoque acumulativo de las reglas sobre el privilegio a aplicarse en cualquier situación puede identificar suficientes áreas comunes como para resolver el privilegio sin tener que aplicar una regla y excluir a las otras. Finalmente, un enfoque saludablemente escéptico de las solicitudes de privilegio puede ayudar a eliminar acciones frívolas, particularmente si este enfoque se realiza en etapas tempranas del proceso y aplicadas de forma consecuente por el Tribunal.

La predictibilidad en el régimen del privilegio a aplicarse dentro del arbitraje puede ser incrementada con la consideración y discusión temprana de la situación desde el principio de proceso. Un análisis anticipado de la naturaleza del caso, las partes involucradas, los antecedentes y la experiencia de los abogados usualmente dará una orientación útil sobre la naturaleza de los privilegios que surjan, si lo hacen. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal o la parte puede cuestionar las reglas sobre el privilegio aplicables a la controversia.

Mientras esto puede no resultar útil o necesario en todos los casos, considerar el tema del privilegio puede llevar a un acuerdo entre las partes, particularmente si ésta surge antes de que comience la etapa de actuación de pruebas o, dependiendo del procedimiento adoptado, si una de las partes interpone la demanda. Esto puede llevar a un acuerdo general sobre las reglas aplicables. Si no es posible, la discusión antelada entre el Tribunal y las partes puede lograr que se llegue a un acuerdo sobre el procedimiento para manejar las solicitudes. Por ejemplo, las partes podrán acordar en cómo y cuándo las invocaciones del secreto profesional se pedirán, la particularidad con que los documentos sobre los que se pide privilegio deben ser identificados y si el Tribunal deberá conducir *in camera* la revisión de los documentos respecto de los cuales se ha pedido el privilegio o si otros procedimientos han de ser adoptados. En caso no se diera acuerdo entre las partes en estos puntos, el Tribunal debería considerar la utilidad de proveer directivas en un estadio temprano. Si los asuntos son identificados y solucionados tempranamente, muchos de los problemas que pueden surgir de un conflicto de reglas de privilegio y culturales pueden evitarse o reducirse.

Dada la gran diversidad del régimen del privilegio y la variedad de las situaciones y disputas que pueden surgir en el arbitraje internacional, los lineamientos generales y las etapas procesales delineadas con antelación pueden quizá no abarcar todos los problemas espinosos que surgen en un arbitraje. Después de todo, casos especiales y difíciles siempre van a existir. Estos serán resueltos de mejor manera con el enfoque flexible que es distintivo del arbitraje internacional: el ejercicio de la discrecionalidad arbitral guiada por el principio de trato justo e igualitario a las partes.

VI. BIBLIOGRAFÍA SELECTA

a. Privilegio probatorio en la conducción del arbitraje internacional

1. BURN, George y Zara SKELTON. "The Problem with Legal Privilege in International Arbitration". *Arbitration* 72. 2006. p. 124.
2. FRY, J.A. "Without Prejudice and Confidential Communications in International Arbitration".

¹⁰⁵ SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. Op. Cit. p. 637. Por ejemplo, cuestiones como la calificación legal de la asesoría interna, la vigencia de la pertenencia al Colegio de Abogados en una o más jurisdicciones y la determinación del lugar en que las recomendaciones fueron brindadas se convertirán muy probablemente en desafíos formidables para el establecimiento de una norma uniforme.

- En: When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?. International American Law Report. 1998. p. 209.
3. GALLAGHER, Norah. "Legal Privilege in International Arbitration". International American Law Report. R. 2003. p. 45.
4. M. HILL, Allison. "A Problem of Privilege: In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege in the United States and the European Community". 27 Case W. Res. J. Int'l L. 1995. p. 145.
5. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "Globalization of Arbitral Procedure". 36 Vand. J. Transnat'l L. 2003. p. 1313.
6. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Philippe BÄRTSCH. "Discovery In International Arbitration: How Much Is Too Much?". Schieds VZ 17. 2004.
7. MOSK, M. Richard y Tom GINSBERG. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". International and Comparative Law Quarterly 50. 2001. p. 345.
8. H. RUBINSTEIN, Javier y Britton B. GUERRINA. "The Attorney-Client Privilege and International Arbitration". American Review of International Arbitration. 2001.
9. SINDLER, Michelle y Tina WÜSTEMANN. "Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?". Swiss Arbitration Association 23. 2005. p. 4.
10. F. VAGTS, Detlev. "Notes and Comments The International Legal Profession: A Need For More Governance". 90 American Journal of International Law 90. 1996. p. 250.
11. VON SCHLABRENDORFF, Fabian y Audley SHEPPARD. "Conflict of Legal Privileges in International Arbitration: An Attempt to Find a Holistic Solution". EN: AKSEN, Gerald et al. "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution". Paris: International Chamber of Commerce, 2005.
12. YANOS, Alexander A.. "Problems Arising from the Interplay of Common Law and Civil Law in International Arbitration: Defining the Scope of the Attorney-Client Privilege". Presentación del 15 y 17 de Noviembre de 2005 publicada en: Transnational Dispute Management. Volumen 3. 2006. Además, disponible en: <http://www.transnational-dispute-management.com>.
14. BAUDOUIN, J.L. "Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve". Paris: L.G.D.J. 1965.
15. D. MANES, Ronald y Michael P. SILVER. "Solicitor-Client Privilege in Canadian Law". Toronto: Butterworths. 2001.
16. BURCKHARDT, Peter. "Legal Professional Secrecy and Privilege in Switzerland". En: International Litigation News 33. Octubre del 2004. International Bar Association, diario del Comité internacional de litigio de la Sección de Derecho Empresarial. Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en enero de 2006).
17. MARZORATI, Osvaldo J. "Privilege and Professional Secrecy: The Civil Law Model". Paper presentado ante el International Bar Association, Sección de Resolución de Disputas. 2005 (paper inédito ubicado en los archivos del autor).
18. McKERRY, M. "Bridging Ethical Borders: International Legal Ethics With an Islamic Perspective". Texas International Law Journal 35. 2000. p. 289.
19. PLC GLOBAL COUNSEL. "Privilege: A World Tour". 2004-2005. En: <http://www.practicallaw.com/aboutglobal> (última visita en enero de 2006).
20. RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. "The Production of Documents in International Arbitration - A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence". Arbitration International 18. 2002. p. 411.
21. SMIT, Robert H. y Audley SHEPPARD. "Evidentiary Privileges in International Arbitration". En: Arbitration and ADR 3. Volumen 5. 2000. (Diario del Comité D, Sección de Derecho Empresarial del International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (International Bar Association) (última visita en enero de 2006).

Canadá

22. SOPINKA, John et al. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Toronto: Butterworths. 1999.
23. SOPINKA, John et al. "The Law of Evidence in Canada". Segunda edición. Toronto: Butterworths. 2004.
24. *Smith versus Jones*. 1 S.C.R. 455. 1999.

Québec

25. ROYER, Jean-Claude. "La preuve civile". Tercera edición. Cowansville: Yvon Blais. 2003.
26. *Banque Paribas (Suisse) S.A. versus Wightman*. 1997. *Montreal* 500-09-002739-969, J.E. 97-306 (C.A.).

b. Privilegio "abogado-cliente"

13. HAZARD C., Geoffrey. Jr. "An Historical Prospective on the Attorney-Client Privilege". California Law Review 66. 1978. p. 1061.

27. *Frenette versus Metropolitan Life Insurance Co.* 1 S.C.R. 647. 1992.
28. *Foster Wheeler Power Co. Societe intermunicipale de gestion et d'elimination des dechets (SIGED) inc.* 1 S.C.R. 456. 2004.

c. Privilegios y asesoría interna

29. PRACTICAL LAW COMPANY. "A Guide to In-House Legal Privilege". 2006. Cross-border Quarterly. Disponible en: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 27 de enero de 2006).
30. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "The Case for In-House Legal Privilege in EC Law". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
31. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "In-House Legal Privilege Needed with Modernization of EC Competition Law: August 2003 Position Paper". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
32. EUROPEAN COMPANY LAWYERS ASSOCIATION. "In-House Legal Privilege Needed with Modernization of EC Competition Law: December 2000 Position Paper". En: <http://www.ecla.org> (última visita el 2 de febrero de 2006).
33. LEX MUNDI. "In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege" (Multi-Jurisdictional Survey). En: www.lexmundi.com, actualizado el 15 de septiembre de 2005.
34. FISH, John. "Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions". 2004. (Informe presentado al Council of the Bars and Law Societies de la Unión Europea). En: http://www.ccbe.org/doc/En/fish_report_en.pdf (última visita el 8 febrero de 2006).
35. GOOD, Diana. et al. "Privilege: The In-House View". 2005. En: <http://www.practicallaw.com> (última visita de 27 de enero de 2006).
36. VAN CAENEGEM, Jettie. "Update on legal privilege for in-house counsel in Europe". 2002. (Ponencia presentada al IBA International Corporate Counsel Conference February). En: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 10 de enero de 2006).

d. Jurisprudencia reciente

37. *AM&S Europe Ltd. versus Commission of the European Communities* (1982), (1983) 1 Q.B. 878. (Excerpt).

38. BRADFORD, Katie. et al. "Legal Advice Privilege: Here To Stay". Comentarios al caso *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England*. (2004). UKHL 48. Disponible en: <http://www.practicallaw.com> (última visita el 27 de enero de 2006).
39. POLONSKY, Michael y Lorraine DESAI. "Recent Developments in the English Law of Legal Professional Privilege". Comentarios del caso *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England* (No 5), (2003) EWCA Civ 474; *Three Rivers District Counsel and others v. Governor and Company of the Bank of England* (No 10), (2004) EWCA Civ 218; *United States of America v. Philip Morris Inc. and others*, (2004) EWCA Civ 330; International Litigation News. Octubre de 2004. (Diario del Comité de Litigio Internacional, Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (International Bar Association) (última visita el 26 de enero de 2006).
40. *Three Rivers District Counsel and others (respondents) versus Governor and Company of the Bank of England (appellants)*. 2004 UKHL 48.
41. *Three Rivers District Counsel and others versus Governor and Company of the Bank of England* (No 5). 2003 EWCA Civ 474.
42. *Three Rivers District Counsel and others versus Governor and Company of the Bank of England* (No 10). 2004 EWCA Civ 218.
43. *United States of America versus Philip Morris Inc. and others*, 2004 EWCA Civ 330.
44. MURPHY, Gavin. "CFI Signals Possible Extension of Professional Privilege to In-House Lawyers", Comentarios al caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. versus Commission*, Joined Cases T-125 T-125/03 R y T-253/03 R. En: [http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/LPP%20and%20Akzo%20edit%201.0%20\(changes%20integrated\)2.pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/LPP%20and%20Akzo%20edit%201.0%20(changes%20integrated)2.pdf) (última visita el 1 de febrero de 2006).
45. "ECJ annuls CFI interim relief order in legal privilege case". Resumen del caso *Commission versus Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd.* Caso C-7/04 P(R). En: <http://www.practicallaw.com>. (última visita el 27 de enero de 2006).
46. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. versus Commission, Joined Cases T 125/03 R and T-253/03 R [2003] ECR II-4771*.
47. *Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd., Case C-7/04 P(R)* Orden del

- Presidente de la Corte Europea de Justicia. 2004. Disponible en: <http://www.curia.eu.int> (<http://curia.eu.int> (última visita el 22 de enero de 2006)).
48. HEALY, Geoff. "Current Developments Australia: Application of Attorney/Client Privilege to Communications with Non-Australian Lawyer" Comentario del caso *Kennedy v. Wallace*, 2004. FCAFC 337 (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). International Litigation News 37. 2004. (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en 2006).
49. *Kennedy versus Wallace*. FCAFC 337. 2004.
50. *Pratt Holdings Pty Ltd. versus Commissioner of Taxation*, (2004) FCAFC 122.
51. *Vance versus Air Marshall McCormack*. ACTSC 78. 2004.
- e. Consideraciones éticas**
52. BLOCK, Sheila. "Ethics in International Proceedings". En: International Litigation News October 15. 2004. (Diario del Comité de Litigio de la Sección de Derecho Empresarial de la International Bar Association). Disponible en: <http://www.ibanet.org> (última visita en enero de 2006).
53. BRAND, Ronald A. "Professional Responsibility in a Transnational Transaction Practice". L. y Com 301. 1997-1998.
54. DALY, Mary C. "The Dichotomy Between Standards y Rules: A New Way of Understanding the Differences in Perceptions of Lawyer Codes of Conduct by US and Foreign Lawyers". V y Journal of Transnational Law & Policy 32. 1999. p. 1117.
55. ROGERS, Catherine A. "Context and Institutional Structure in Attorney Regulation: Constructing an Enforcement Regime for International Arbitration". Standford Journal of International Law 39. 2003.
56. ROGERS, Catherine A. "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration". Michigan Journal of International Law 23. 2002. p. 341.
57. THOMAS, Peter C. "Disqualifying Lawyers In Arbitrations: Do The Arbitrators Play Any Proper Role?". American Review of International Arbitration 4. 1990. p. 562.
58. TOULMIN, John. "A Worldwide Common Code of Professional Ethics?". Fordham International Law Journal 15. 1991-1992. p. 673.
59. PAULSSON, Jan. "Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration". American Review of International Arbitration 3. 1992. p. 214.
60. VEEDER, Van V. "The 2001 Goff Lecture: The Lawyer's Duty to Arbitrate in Good Faith". Arbitration International 18. 2002. p. 431.
61. *National Bank Financial Ltd. versus Daniel Potter*. NSSC 113 (CanLII). 2005.
62. *Nova Growth Corp. versus Kepinski*. O.J. No. 5993 (Ont. S.C.J.) (QL). 2001.
63. *Celanese Canada Inc., et al. versus Murray Demolition Corp., et al.* (2004), 244 D.L.R. (4th) 33, 73 O.R. (3d) 64 (C.A.), 2006 SCC 36.

LÍMITES DE LA REGULACIÓN: COMPETENCIA Y OPORTUNISMO

Paul Phumpiu Chang*

Vivimos en tiempos en los cuales la población parece exigir que se lleven a cabo cambios en la regulación que, respaldados por un “interés público” que ha de regir la actuación de los organismos reguladores, benefician a los usuarios o consumidores.

En las páginas que siguen el lector tendrá acceso a un análisis profundo de dos límites a ser tomados en cuenta al momento de propugnar modificaciones en las reglas de regulación y las funciones de los organismos reguladores: la competencia y el oportunismo.

Ambos factores son piezas claves para determinar el grado de eficiencia de los cambios propuestos y así evaluar su capacidad de generar bienestar social y salvaguardar el interés público, a través de decisiones equilibradas que no afecten significativamente a los consumidores ni a las empresas involucradas.

* Doctor en Economía Aplicada de la Universidad de Minnesota. Profesor de Postgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Postgrado de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico. Actualmente es economista del Instituto Libertad y Democracia (ILD). El autor agradece los comentarios de Eduardo Quintana y el apoyo de Mario Drago, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Las omisiones y errores remanentes son propios.

I. INTRODUCCIÓN

De tiempo en tiempo la voz del consumidor se escucha de forma apasionada a través de algunos legisladores, personas relacionadas a la administración pública y otros representantes de la sociedad civil. Ellos manifiestan, probablemente con legítimo interés, su preocupación sobre algún tema que afecta significativamente a los consumidores e invocan el concepto de interés público con el fin de proponer e implementar cambios en las medidas de regulación¹ y así corregir el problema planteado.

Algunas frases que nos pueden resultar familiares son: “las tarifas que establece el regulador deben de modificarse”, “los organismos reguladores deben reestructurarse y orientarse a resolver los problemas que aquejan a los usuarios”, “el organismo regulador debe tener sensibilidad social, evitar ser capturado por las empresas y privilegiar los derechos de los consumidores”, “el regulador debe controlar las condiciones de competencia en el mercado”, “el regulador debe modificar sus normas para controlar y redistribuir las ganancias de las empresas”, etcétera.

El objetivo del presente artículo es examinar cuándo se justifica realizar cambios en las reglas de regulación. Para ello es necesario reconocer que las normativas de regulación tienen límites que garantizan su efectividad y que fuera de esos límites las reglas de regulación se vuelven no sólo menos eficaces sino también perjudiciales en términos de bienestar social.

En este artículo se argumenta que los cambios en las medidas de regulación tienen dos límites importantes tanto en (i) el oportunismo como en (ii) la competencia. El artículo explica estos conceptos, su interdependencia y plantea algunas consideraciones para evitar que la regulación los extralimite.

En este trabajo no vamos a tratar directamente el tema de la revisión o renegociación de las reglas de regulación del tipo contratos-ley o contratos de concesión². Los cambios en las normas de regulación a examinar son aquellos sobre los cuales el organismo regulador tiene de manera autónoma y de acuerdo a ley la potestad de establecer, plantear, e implementar cambios en las mismas.

El artículo está organizado como sigue: La segunda parte explora la relación entre el interés público y la regulación. La tercera parte viene a ser la sección central del artículo. Aquí se explican los límites de la regulación, a saber, el oportunismo y la competencia. El desarrollo de los conceptos de esta sección se da sobre la base de la teoría de los costos de transacción desarrollada por Williamson³.

Asimismo, sobre la base de esta teoría extendemos los conceptos estudiados para examinar la regulación como un contrato social incompleto. Esto último nos permitirá examinar la existencia de un dilema regulatorio, el cual se presenta cuando el organismo regulador tiene que decidir si es que mantiene la regla de regulación o la cambia. En esos casos se tiene una situación similar al problema de incoherencia temporal planteado por Kydland y Prescott⁴, y que también es conocido como una elección entre mantener la regla o preferir la discrecionalidad de las decisiones. La parte 4 presenta un modelo heurístico sobre los límites de la regulación y sus implicancias mientras que la parte 5 concluye el artículo.

II. INTERÉS PÚBLICO Y REGULACIÓN

Un desarrollo sobre el interés público lo encontramos en el derecho administrativo. Escola (1989) nos manifiesta que la noción del bienestar general que se encuentra en la Constitución nacional tiene su correlato jurídico en la noción de interés público, el cual es identificado como tal, si es coinci-

¹ Por regulación entenderemos, tanto la regulación económica como la regulación social. “Clasificamos a las actividades reguladas en dos categorías: económica y social. Definimos a la regulación económica como el control de tarifas, tasas, y condiciones de entrada en un determinado mercado. La regulación social es definida como aquellas actividades del gobierno federal diseñadas para controlar las externalidades o exposiciones que ponen en peligro la salud y seguridad de las personas. Estos incluyen la regulación de los productos farmacéuticos, la seguridad de los ambientes de trabajo, la seguridad de los productos, y los descargos de polución en el medio ambiente”. WINSTON, CRANDALL, NISKANEN y KLEVORICK (1994). p. 14. (La traducción es nuestra).

² Aunque el organismo regulador puede participar como garante de los mismos o activamente en su diseño, salvo cuando existe disposición expresa, tanto los contratos ley como los contratos de concesión no tienen en general al regulador como firmante titular de los mismos. No obstante ello, el organismo regulador si va a tener muchas facultades decisorias para la elaboración de gran cantidad de normas de regulación que surjan luego de aprobado, entre la empresa concesionaria y el Estado, los contratos-ley o los contratos de concesión. El diseño o revisión de esas normas de regulación no pasan por un proceso de renegociación, sino por un proceso de consulta y discusión pública que terminan con resoluciones del organismo regulador.

³ “Para Williamson, el costo de transacción es más que el costo de encontrar otras personas, inspeccionar productos, buscando llegar a acuerdos adecuados, y escribiendo acuerdos de intercambio; incluye, casi al extremo de ignorar lo anterior, los costos incurridos en realizar contratos supervisables por la ley o por la auto-supervisión, y se extiende a las precauciones contra el potencial de expropiación del valor de las inversiones confiando en los resultados contractuales así como los costos de informar y administrar los términos de las relaciones contractuales. Estos costos están asociados con evitar el oportunismo”. ALCHIAN Y WOODWARD (1988). p. 67.

⁴ Finn Kydland y Edward Prescott compartieron el Premio Nobel de Economía en el año 2004.

dente con los intereses de la mayoría de los individuos en una colectividad⁵.

Por definición, señala el referido autor, si algo es de “interés” es porque tiene un valor, nos da una utilidad que puede ser moral como material, el que se convierte en “público” si representa a la pretensión mayoritaria. El interés público es, entonces, la agregación representativa de los intereses individuales y puede inferirse que es siempre el resultado de un contexto institucional e histórico particular⁶. El interés público deja de ser tal cuando es impuesto a los ciudadanos por el Estado representando los intereses particulares de los gobernantes o tomadores de decisiones que al extender su objetivo particular como general, lo hacen enmascarándolo como si fuese representativo de la mayoría de la población.

La regulación puede afectar el interés público. Entendemos la regulación, similar a Peltzman, Levine, Noll (1989) y Scott (2001) como el resultado de una interacción de intereses de grupos de una sociedad en un espacio regulatorio y de cuya interacción (económica, institucional y política) resultan normas de regulación que afectan el interés público⁷.

Para nuestros propósitos consideramos que una forma de examinar cómo la regulación afecta el interés público puede reflejarse a través de cambios al nivel de bienestar social. Cabe precisar que el bienestar social aquí mencionado será entendido en términos económicos, el cual suele ser definido como la valoración monetaria de una utilidad o rentabilidad que obtienen los agentes económicos, consumidores y productores, en el mercado⁸.

El organismo regulador, al realizar la evaluación de propuestas de la sociedad, puede modificar las propuestas de los grupos de interés y generar un híbrido entre las alternativas o también puede poner en consulta de los grupos de interés una propuesta de regulación. En cualquier caso, para que la regulación sea eficaz, debe de responder al interés público, y el organismo regulador debe buscar a través de sus normas de regulación maximizar el bienestar social⁹. El objetivo de maximización del bienestar social por parte del regulador será la mejor respuesta que justifique las normas de regulación ante el interés público.

III. LOS LÍMITES DE LA REGULACIÓN

Esta sección tiene como objeto explicar el oportunismo y el rol de la competencia como límites de la regulación. Asimismo, para evaluar cuándo es que el cambio en las normas de regulación excede sus límites, planteamos examinar la regulación como un contrato social incompleto. Ello nos permitirá explorar un dilema regulatorio del organismo regulador, a saber, cuándo decidir si conviene para el interés público mantener sus normas de regulación o cambiarlas.

A. Oportunismo

El oportunismo es un concepto utilizado por la teoría de costos de transacción y desarrollado en el trabajo seminal de Williamson (1975, 1985, 1993, 2002). Para éste, el oportunismo es una característica de los agentes económicos y se manifiesta directa o indirectamente en ciertos momentos de las relaciones contractuales, especialmente cuando se negocia un contrato (ex-ante) o durante la ejecución de un contrato (ex-post).

⁵ “El interés público (...) es no sólo la suma de la mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo”. ESCOLA (1989). p. 31.

⁶ “Entre el interés público y el interés individual no se advierte, por ende, una diferencia cualitativa, sino cuantitativa: el primero pertenece a una cantidad preponderante de individuos, que se consideran unidos a través de una valoración y una decisión que entienden común; el segundo, en cambio, pertenece a un individuo, que lo ostenta como tal, o a un grupo minoritario de personas, individualmente consideradas, que pueden llegar a sentirse amalgamadas en su consecución, pero cada una como individuo, sin considerarse actuando en la gestión de un interés comunitario, de todos y cada uno de sus integrantes”. Op. Cit. p. 242.

⁷ LAFFONT Y TIROLE (1991) explican el problema de la regulación como uno que es básicamente de información asimétrica y utiliza el modelo de principal-agente, para elaborar una teoría de captura del regulador. Para los propósitos del presente artículo, en donde el organismo regulador no depende funcionalmente de los intereses de los congresistas o ministros, este marco conceptual de delegación de funciones o dependencia jerárquica no resulta totalmente aplicable. En todo caso, existe más bien una situación de interdependencia entre el regulador y otros entes estatales y no estatales. No obstante, reconocemos que sí podrían darse situaciones particulares en donde, un organismo regulador débil, se encuentra totalmente influenciado por otros organismos y no tiene autonomía real para expresar una posición distinta a la que se le sugiere. De otro lado, la Constitución Política del Perú no tiene una influencia marcada o directa sobre los temas y funciones de las entidades de regulación.

⁸ Usualmente, los economistas usan los términos excedente del consumidor y excedente del productor, para referirse a las utilidades o rentabilidades de los consumidores y productores, respectivamente, luego de haber realizado una transacción comercial en un mercado determinado. La sumatoria ponderada de ambos excedentes, consumidor y productor, suele definirse como el bienestar social de mercado.

⁹ Entendido en esos términos económicos, el bienestar social involucra necesariamente a los consumidores y productores (empresas). Por ello, en este artículo, se considera que usualmente las medidas de regulación tienen efectos directos sobre ambos agentes económicos. Sin embargo, hay que reconocer también que en algunas situaciones de conflicto o controversias sobre reglas de regulación sólo se aplican a empresas, en cuyo caso el regulador debe tomar decisiones que afectan directamente a las empresas e indirectamente a los consumidores.

Oportunismo, nos mencionan Alchian y Woodward (1988) en una revisión del trabajo de Williamson, se entiende como las acciones que resultan en la expropiación de la riqueza de una parte por otra en una relación contractual. El oportunismo no siempre debe tener una connotación negativa pues no sólo se relaciona con una tendencia al engaño o aprovechamiento de los agentes económicos para obtener un mayor beneficio personal a costa del otro. El oportunismo también incluye desacuerdos honestos. Aún cuando exista buena fe o buena voluntad contractual entre las partes, el oportunismo puede surgir cuando honestamente los agentes tienen percepciones distintas de un mismo hecho o situación y que pueden conducir a controversias que son costosas de resolver¹⁰.

En cualquier caso, la importancia de la racionalidad acotada de los agentes, la inversión en activos específicos y la existencia de contratos incompletos establecen el marco conceptual de referencia que utiliza Williamson para explicar cómo surge y afecta el comportamiento oportunista a la elección de la forma contractual que eligen los agentes para sus relaciones contractuales.

La racionalidad acotada de los agentes económicos implica que éstos no pueden prever adecuadamente todas las situaciones o contingencias que pueden darse en el futuro, y que pueden afectar los acuerdos de una relación contractual¹¹. Esto puede suceder porque los agentes tienen información limitada en el tiempo presente o futuro, existe incertidumbre¹² o porque no pueden procesar adecuadamente toda la información (esto es, ocurre un problema de conocimiento y no de acceso a la información). De este modo, la racionalidad acotada lleva a que los contratos se queden incompletos.

De esta manera, Williamson nos menciona que los contratos pueden quedarse incompletos por

que aún teniendo conocimiento de las posibles contingencias éstas son muy complejas para describir, y resulta ser que es muy costoso plasmarlas adecuadamente en un contrato. Entonces, debido a la complejidad de detallar las contingencias y de ponerse de acuerdo sobre las mismas, una transacción económica se realiza con un contrato incompleto por acuerdo de partes (luego de sus respectivos análisis de costo-beneficio), el cual no contendría todo el detalle en el que quizás podrían ser especificadas e interpretadas las contingencias para evitar el conflicto o disputa de ciertos eventos en el futuro.

No obstante, el hecho de que los contratos sean incompletos no es un problema en sí mismo. Después de todo, una vez ocurrido un evento no especificado por el contrato inicialmente, éste podría incluirse en una *addenda* al contrato para aclararlo y evitar así una costosa disputa; o si las partes no llegan a un acuerdo sobre la *addenda*, ellas siempre tienen la opción de no permanecer indefinidamente atadas al contrato y se rompería o no se renegociaría en algún momento esa relación contractual. El principal problema económico de un contrato incompleto se da cuando las partes no resultan ser tan libres para salirse de una relación contractual, dado que han realizado inversiones en activos específicos.

Los activos específicos son inversiones que realizan los agentes económicos en un contrato para la realización de una actividad económica perteneciente a una transacción contractual. Los activos específicos, como nos explica Williamson, pueden tomar la forma de activos físicos, capital humano, de lugar o sitio (por la necesidad de mantener una proximidad geográfica de actividades productivas), y dedicados (inversiones en bloque que se realizan con la expectativa de continuidad de la relación). La especificidad de los activos depende de la facilidad de su traslado hacia otros usos alternativos fuera de la relación contractual que les

¹⁰ "Oportunismo cubre más allá que la tendencia a desorientar, engañar, distorsionar, ofuscar, o de alguna otra manera confundir [...] para expropiar la riqueza de la otra parte. Oportunismo también incluye desacuerdos honestos. Aún cuando ambas partes reconocen la genuina buena voluntad de la otra parte, percepciones distintas pero honestas pueden llevar a disputas que son costosas de resolver. El punto es importante porque muchos acuerdos de negocios se pueden interpretar como respuestas para evitar un potencial oportunismo "deshonesto", y son una forma apropiada de evitar costosas disputas entre personas honestas y éticas que tienen un desacuerdo sobre la ocurrencia de un evento y sobre el ajuste contractual que podría haberse acordado inicialmente si el evento hubiese sido anticipado". ALCHIAN y WOODWARD (1988). p. 66. (La traducción es nuestra).

¹¹ "Por "racionalidad acotada" Williamson quiere decir que las personas tienen información limitada y habilidad limitada para procesarla. Esto implica que tienen información incompleta acerca de las oportunidades del mercado, habilidades limitadas para predecir el futuro y derivar consecuencias de sus predicciones, y habilidad limitada para pre-especificar respuestas a futuros eventos. Las personas no conocen todo y por ello pueden cometer errores; más aún, cada persona tiene conocimientos diferentes sobre las cosas". ALCHIAN y WOODWARD (1988). p. 66. (La traducción es nuestra).

¹² Esta incertidumbre incluye a la probabilística y a no probabilística. Esto último significa que hay eventos que pueden suceder en el futuro de los cuales no podemos de ninguna manera prever hoy en día que vayan a ocurrir; por lo tanto, no les podríamos asignar, ni siquiera, una probabilidad mínima. NORTH (1990) se refiere a esta noción de incertidumbre no probabilística como incertidumbre estructural.

dio origen¹³. Cuanto más especializado es un activo a una relación contractual de negocios, menor es su facilidad de traslado hacia usos comerciales alternativos y, por lo tanto, mayor es su especificidad.

Cuando una de las partes en una relación contractual realiza inversiones en activos específicos, ésta se encuentra más expuesta a lo que se conoce como el “problema del atraco”¹⁴ (*“hold-up problem”*). El problema del atraco surge porque los contratos de un acuerdo de negocios, al quedarse incompletos, contienen vacíos contractuales. Cuando un evento no previsto contractualmente ocurre, entonces las partes en el contrato tienen que establecer la manera de resolver ese vacío o incertidumbre contractual. La parte en el contrato que ha realizado más inversiones en activos específicos es la que se encuentra más vulnerable al comportamiento oportunista de su contraparte.

En la medida que los activos específicos involucrados para el desarrollo de la actividad generen una dependencia contractual entre las partes, se agrava el “problema del atraco”. En efecto, en tanto se acrecienta la especificidad del producto o servicio y el de las inversiones que se han utilizado para su producción, la revelación de que un contrato es incompleto adquiere importancia puesto que ello da lugar a que surja el comportamiento oportunista que pueden tener las partes en una relación contractual¹⁵.

Por definición, el oportunismo va en contra del interés público o de la maximización del bienestar

social. Considerando que la regulación eficaz atiende el interés público cuando busca maximizar el bienestar social se puede argumentar que las normas de regulación tienen como uno de sus límites al oportunismo. En este contexto nos preguntamos si es que cambios en las reglas de regulación pueden surgir en el ámbito de un comportamiento oportunista. Sin embargo, antes de evaluar esta pregunta, examinemos otro de los límites de la regulación, la competencia.

B. Competencia

Siguiendo la teoría de costos de transacción desarrollado por Williamson, la competencia puede entenderse como el contexto donde el oportunismo de los agentes económicos se encuentra más limitado. La competencia lleva a una mayor interacción entre las partes y, por lo tanto, con la repetición de las interacciones contractuales a una auto-regulación del mercado¹⁶. Ello lleva a que los conflictos y las diferencias de intereses entre las partes, se resuelvan con menores costos de transacción.

En un ambiente de competencia existen muchas decisiones y posibilidades contractuales que se van recreando y generando espontáneamente a través del tiempo, y la forma como los agentes económicos solucionan sus diferencias contractuales no suele requerir de la intervención de un organismo regulador (regulación económica). Asimismo, un ambiente de competencia no está atado necesariamente a ciertas estructuras de mercado¹⁷.

¹³ Unos ejemplos nos pueden ilustrar el concepto de activos específicos. Supongamos que se llega a un acuerdo con un sastre para la elaboración de un traje de vestir, con ciertas especificaciones de tela, diseño, y hecho a la medida del cliente. En esa relación contractual, las inversiones del sastre, en tela, diseño, y ajuste de acuerdo a las preferencias y medidas del cliente, hacen que probablemente esa inversión sea bastante específica para esa relación sastre-cliente. Si el cliente decide que ya no quiere realizar la transacción, va a ser probablemente difícil que el sastre pueda encontrar otro cliente que desee comprar ese mismo traje de vestir. Otro ejemplo, es el diseño de un programa de música para una ceremonia de matrimonio. La pareja de novios y el músico, realizan un contrato para que se toque música durante su matrimonio en la iglesia. La actividad que realiza el músico en seleccionar la música, la versión de la pieza musical a tocar, cuándo tocarla, por cuanto tiempo, su sincronización con la misa que desarrolla el párroco de la iglesia, y los instrumentos musicales que van a intervenir, la intensidad de la música, entre otros, conforman una inversión de todo un servicio que no van a ser fácilmente trasladados por el músico a otra ceremonia de matrimonio, si es que los novios que contrataron el servicio finalmente decidan no utilizarlo. En estos ejemplos, si bien el producto o servicio ofrecido no es fácilmente trasladable a otro cliente, el sastre o músico poseen un activo específico humano (sus habilidades) que no se pierden o agotan en la actividad realizada, y esos activos específicos humanos, indispensables para sus actividades, si pueden ser trasladados a otros clientes. En estos casos, no se origina una relación de dependencia a través del tiempo entre el proveedor y sus clientes. Otro ejemplo, son la especificaciones sobre calidad, cantidad, color, tamaño, peso promedio, alimentación específica de proteínas durante el proceso de crianza de los animales, intervención de un veterinario, forma y tiempos de entrega, entre otros, que puede acordar una cadena de supermercados con un proveedor avícola. El productor realiza inversiones específicas a la transacción con la cadena de supermercados que probablemente no sean tan fáciles de trasladar de manera idéntica, a otra relación contractual, si es que el supermercado decide ya no continuar con la relación contractual.

¹⁴ Véase, por ejemplo: GROSSMAN y HART (1986); KLEIN, CRAWFORD y ALCHIAN (1978); KLEIN (1980) y WILLIAMSON (1975 y 2002).

¹⁵ Al respecto, autores como GRANOVETTER (1985) y HILL (1990), argumentan que cuando se toman en cuenta aspectos como la confianza y la reputación, las situaciones contractuales que dan lugar al oportunismo en el “problema del atraco” se encuentran limitadas; por lo que consideran que existe un sobredimensionamiento de aplicación de la teoría de los costos de transacción desarrollada por Williamson. De cualquier manera, lo cierto es que, para nuestros propósitos, existen importantes relaciones contractuales (como veremos más adelante, con un significativo valor de cuasi-rentas) sujetas a regulación que no son compatibles con el esquema de un juego repetido que esos autores argumentan, y en los cuales las partes renegocian continuamente su relación contractual.

¹⁶ KING y LENOX (2000) nos muestran que aún con un esquema de auto-regulación por parte de las empresas en competencia, va a ser necesaria, sin embargo, la presencia de un supervisor que regule e imponga sanciones.

¹⁷ Un oligopolio puede reflejar un ambiente competitivo, con innovación de productos y mejoramiento de servicios, competencia en precios, diferenciación de productos y segmentación de mercados. De forma similar podría suceder con un monopolista en un mercado contestable.

En competencia, el oportunismo que puede surgir de los contratos incompletos, los activos específicos, y la incertidumbre, tiende a ser más limitado cuando las enmiendas a los vacíos contractuales se realizan con frecuencia, con auto-regulación, y sin intervención de un organismo regulador.

En ambientes de competencia, la regulación no va a poder seguir el rápido paso de los cambios o remedios contractuales que implementan los agentes económicos, y dejará que tenga efecto la auto-regulación del mercado. Por supuesto, lo anterior no significa que deja de existir la regulación, lo que significa es que la regulación, por definición, va tender a establecer sólo reglas y pautas generales mas no así soluciones detalladas o particulares. Además, es bastante probable que en un ambiente de competencia, se requiera de una mayor regulación social¹⁸ en vez de una regulación económica.

Ilustremos la diferencia entre competencia y regulación. Tenemos una planta que deseamos hacer crecer. La regulación equivale a establecer en qué sitio del jardín se coloca, cuántas veces se le debe regar, qué vitaminas hay que ponerle a la tierra, cuántas veces debe ir el jardinero a cuidarla y podarla, entre otros. La competencia equivale, en cambio, a casi todo lo demás que no está planificado por la regulación y que le permite a la planta crecer y expandirse. La misma planta se adapta a la tierra, extiende sus raíces de una manera no programada, se adecua a las condiciones del medio ambiente, sol, lluvia, polución, extiende sus ramas de acuerdo al ambiente cambiante que la rodea, utiliza a las aves y naturaleza para crecer en otra parte del jardín, etcétera.

Sin duda aún cuando los planes óptimos establecidos por la regulación no se cumplan adecuadamente, no se abone o riegue adecuadamente, por ejemplo, la naturaleza de la competencia hará su parte y buscará que la planta sobreviva, se adapte a las condiciones cambiantes de su entorno, y quizás extienda sus ramas y semillas más allá de lo imaginado por la regulación. Incluso, en algunos casos, tendrá que luchar por los recursos escasos con otras plantas vecinas.

A diferencia de la regulación, la competencia no sigue necesariamente un programa determinado, y va a buscar en todos los casos de suplir o compensar, en la medida de lo posible, las debilidades, excesos, o incumplimientos de la regulación. La regulación económica esta influenciada por la competencia, la cual puede limitarla y hacerla cambiar de acuerdo a los desarrollos de la competencia. Por ejemplo, siempre se necesita de un orden en el jardín, si es que no queremos que se convierta en una jungla.

Tal como nos menciona Bullard¹⁹ (2003), la competencia no se puede crear, sólo se puede fomentar, pues ella existe y subsiste como consecuencia de muchas decisiones interrelacionadas de los agentes económicos; como hemos ejemplificado, la competencia tiene una naturaleza totalmente distinta a la regulación. Si bien en este sentido la competencia no puede crearse, esta sí convive y limita a la regulación.

C. La regulación como un contrato social incompleto

Para responder a la pregunta de si es que cambios en las reglas de regulación pueden surgir en el ámbito de un comportamiento oportunista, planteamos evaluar a la regulación como un contrato social incompleto.

Las diferentes normas de regulación establecidas por los organismos de regulación para el desarrollo de actividades económicas reguladas, pueden ser vistas como contratos sociales. Estos contratos son sociales porque usualmente podemos identificar que mantienen un interés en su cumplimiento y supervisión las empresas, los consumidores, la sociedad civil (por ejemplo académicos, colegios profesionales, asociaciones de usuarios), el mismo regulador y otras entidades de la Administración Pública.

Además, son contratos incompletos, porque pueden existir eventos o supuestos que las normas de regulación no han previsto. En estos casos, las normas de regulación podrían ser interpretadas o cambiadas y, en consecuencia, el organismo regulador podría actuar oportunistamente. Aquí es im-

¹⁸ Donde la principal preocupación se encuentra en los estándares mínimos para productos y servicios, de seguridad en el consumo a través de requisitos mínimos de información y características de lo ofertado, estándares reglamentarios de calidad y sanidad que protejan la salud de los consumidores.

¹⁹ "(...) La competencia no puede crearse. No puede inventarse. Al igual que el lenguaje, no puede planificarse ni decretarse. La competencia es un fenómeno espontáneo que nace de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. No es posible una competencia planificada, concebida y creada desde un centro, desde el Estado. Ello está condenado al mismo fracaso del Esperanto. Ello es así porque la competencia no es otra cosa que encontrar el camino para satisfacer necesidades humanas orientadas por las preferencias de los consumidores. Y no es posible satisfacer preferencias sin tomar en cuenta esas preferencias (...). La competencia no se crea, se descubre. Y el rol del Estado, como el de una Academia de la Lengua, no es crear la competencia o sustituirla, sino, por el contrario, establecer reglas básicas que permitan su propio desarrollo". BULLARD. 2003. p. 626.

portante resaltar que el incentivo para actuar con un comportamiento oportunista por parte del organismo regulador es la apropiación o, usualmente, redistribución de *cuasi-rentas* a favor de los consumidores o a favor de las empresas.

Siguiendo a Klein (1980), una vez que una de las partes realiza inversiones en activos específicos se genera lo que se llaman *cuasi-rentas*, las cuales surgen de la inversión en activos específicos cuya utilidad codepende de la existencia de otro(s) activos; esta codependencia es lo que le da continuidad a la relación contractual. Las *cuasi-rentas* son excedentes por encima de los retornos requeridos en el corto plazo para mantener un recurso en operación. En este contexto, se puede decir que las *cuasi-rentas* representan el valor económico de mantener y continuar la relación contractual²⁰. Este valor económico de la relación contractual se asocia con la recuperación que buscan las empresas (que han realizado en activos específicos) de sus costos hundidos (Hill, 1990). Klein menciona que el propietario de los activos que son menos específicos en la relación contractual, es el que está en condiciones de apropiarse del flujo de *cuasi-rentas* cuando ocurre el "problema del atraco"²¹.

Tal como menciona Alchian y Woodward (1988), Marshall (1890) desarrolló este concepto de *cuasi-rentas* y lo denominó "*cuasi-rentas compuestas*". El ejemplo de Marshall supone que una fábrica de acero se ubica cerca de las instalaciones de una compañía pública de electricidad y realiza una inversión cuya rentabilidad depende de su capacidad para asegurarse la compra del flujo de energía a un precio determinado. Una vez que la fábrica de acero incurre en costos que se convierten en hundidos, la compañía de energía podría incrementar los precios de la energía²².

Debido a la existencia de *cuasi-rentas*, usualmente los agentes económicos en un contrato prevén un futuro "problema del atraco", esto es, tratan de mitigar la existencia de un comportamiento oportunista que busca apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas* con mecanismos de salvaguardas y compensa-

ciones. En la práctica, ello no suele ser suficiente para prevenir un comportamiento oportunista.

Desde un punto de vista positivo, la existencia de *cuasi-rentas* no es mala en sí misma puesto que ellas ocurren cuando se realizan inversiones en activos específicos lo cual (al permitirse su apropiación) puede servir de manera positiva para generar incentivos de inversión. Las *cuasi-rentas* no son rentas improductivas como sí lo son, por ejemplo, los "costos de influencia"²³ que también pueden asociarse a transferencias monetarias ilegales entre el sector privado y el sector público; esta forma de corrupción puede ser un significativo problema de la política pública²⁴.

¿Pueden los cambios en las reglas de regulación surgir en el contexto de un comportamiento oportunista? La respuesta es sí. El argumento es como sigue: el contrato social de regulación es por naturaleza un contrato social incompleto. El regulador no suele hacer inversiones en activos específicos pero sí es el agente que al interpretar, cambiar o modificar las normas de regulación, puede mostrar un comportamiento oportunista ("problema del atraco"). En particular, puede realizar cambios en las normas de regulación con el fin de redistribuir las *cuasi-rentas* que se generan del contrato social. Esta redistribución es más importante cuantas mayores son las inversiones en activos específicos. El organismo regulador suele justificar su accionar sobre la base de cambios en las condiciones de mercado o competencia. Lo usual es que se redistribuyan *cuasi-rentas* de las empresas a los consumidores, pero también pueden existir casos de apropiación de las mismas por el regulador o el Estado, o casos en los que se permite que las empresas se apropien de mayores *cuasi-rentas*.

Cabe mencionar que el comportamiento oportunista del organismo regulador no necesariamente surge de una intencionalidad propia, sino que puede ser significativamente influenciada o resultar de una interdependencia de intereses que es compartida por otras entidades o agentes que

²⁰ De forma equivalente, MILGROM y ROBERTS (1992) explican la diferencia entre rentas y *cuasi-rentas* como la presencia de costos que deben de ser incurridos para entrar al mercado pero que no pueden ser recuperados cuando a la empresa se le fuerza a salir del mercado.

²¹ "Por ejemplo, uno no construiría una casa en un terreno rentado por un corto período de tiempo. Después que el contrato de arrendamiento concluya, el propietario de la tierra puede incrementar el precio de la renta para reflejar los costos de mover la casa a otro terreno". KLEIN (1980). p. 357. (La traducción es nuestra).

²² La fábrica de acero podría continuar operando si es que los nuevos costos marginales no exceden los ingresos marginales, aún si los costos hundidos ya no pueden ser recuperados. Esta situación puede ser insostenible en el largo plazo. La imposibilidad de recuperar los costos hundidos a futuro puede llevar a una decisión de salida por parte de la empresa que ha realizado más inversiones en activos específicos.

²³ El concepto de "costo de influencia", que en parte consiste en el tiempo que dedican las partes para convencer e influenciar a otros agentes, antes de su toma de decisiones, ha sido examinado por MILGROM (1988).

²⁴ Para un análisis económico de la corrupción, véase SHLEIFER y VISHNY (1993).

también forman parte, en el espacio regulatorio, del contrato social. Esto no significa que las entidades de regulación no tengan autonomía funcional o administrativa en sus decisiones sino que para entender la racionalidad de sus pronunciamientos, éstos se deben contextualizar en el marco de un contrato social.

En el contrato social incompleto de regulación, las empresas que invierten en activos específicos son las más vulnerables al cambio en las reglas de la regulación. Por ello se debe garantizar que el organismo regulador no se vuelva discrecional en sus decisiones, por ejemplo, hay que evitar que actúe de manera oportunista, cambiando inoportunamente o injustificadamente (desde el punto de vista del interés público) el contrato social. No obstante, como veremos en la siguiente sección, no todos los cambios en las reglas de regulación pertenecen a un comportamiento oportunista.

Finalmente, en los contratos sociales incompletos la posibilidad de que un gobierno de turno o un ente regulador influya para que se cambien las reglas de regulación y se redistribuyan las *cuasi*-rentas que surgen del contrato social de regulación es previsible. No obstante, se deben evitar cambios regulatorios que surjan de situaciones en las cuales es rentable políticamente que algunos políticos o agentes ligados a la administración pública o sociedad civil, prefieran ceñirse por las preferencias “populistas” y decidan apoyar que se privilegie, bajo una aparente preocupación por el “interés social”, sólo el bienestar de los consumidores, en desmedro del interés por el incentivo y eficiencia de las inversiones de la empresa; perjudicándose el bienestar social. La otra posibilidad, mostrar preferencias “pro-empresa”, no suele ser políticamente rentable.

D. ¿Manteniendo o cambiando las reglas de regulación?

Como veremos a continuación, utilizando el concepto seminal de “incoherencia temporal” (“*time inconsistency*”) de Kydland y Prescott (1977), se puede argumentar que los cambios en las reglas de regulación pueden resultar en un problema de incoherencia temporal y afectar el interés público. La falta de consistencia en las reglas, debido al cambio injustificado en las mismas, puede tener un alto costo social.

¿Qué es la incoherencia temporal? Kydland y Prescott (1977) la describen en términos de la política óptima, como la posibilidad de que tomando una decisión hoy en día resulte después ser más beneficioso alejarse de la política óptima, la cual fue determinada en un período anterior²⁵. Ese desvío de la política óptima hoy no toma en cuenta que ello va a tener un efecto en los agentes económicos posteriormente y que, por lo tanto, aunque óptimo hoy, ya no lo será después de que ésta sea tomada o implementada. El resultado será que, el desviarnos de la regla inicial, es decir, no ser consistentes con el plan óptimo inicial, nos lleva a una solución que es sub-óptima²⁶.

Kydland y Prescott (1977) mencionan el siguiente ejemplo: supongamos que no es socialmente deseable que construyan casas en una zona que se inunda naturalmente y de tiempo en tiempo. Si la política de gobierno fuera no construir diques para proteger esa zona de inundaciones y los agentes supieran que ése es el caso aun si ellos construyen sus casas entonces los agentes racionales no vivirían allí; pero los agentes racionales también saben que si varios de ellos construyen sus casas allí, el gobierno tomará luego las medidas de control de inundación necesarias. Consecuentemente, ante la ausencia de una ley que prohíba la construcción de casas en esa zona, se construirán casas allí, y los ingenieros tendrán que diseñar diques y muros de protección para proteger a esa población. La incoherencia temporal eleva a que se sigan construyendo casas en lugares inadecuados.

Un ejemplo de regulación puede ser el que sigue: el organismo regulador realiza un estudio que requiere de la actualización de las inversiones de las empresas en los últimos años, y para obtener la actualización oportuna de esos datos establece una escala de multas de acuerdo al tamaño (o ingresos pasados) de la empresa. Llegado el último día de actualización y luego de haber prorrogado la fecha inicial del “último día”, la entidad regulatoria observa que dentro del porcentaje de cumplimiento, las pequeñas empresas son las que menos han cumplido. Sin embargo, dado que probablemente esos montos de inversión son pequeños, el organismo regulador va a poder realizar bastante bien su trabajo de regulación con la información sobre inver-

²⁵ ASHEIM (1997) también trata el tema de incoherencia temporal cuando hay variaciones en las preferencias de los que toman las decisiones. El marco conceptual de referencia es un sub-juego perfecto que se caracteriza por no ser a prueba de renegociación, y que lleva a una solución de segundo o tercero mejor. Ingerir bebidas alcohólicas más de la cuenta, dejar de hacer una tarea, la adición, pueden ser algunos ejemplos de inconsistencia temporal en el comportamiento que Asheim nos menciona.

²⁶ “(...) la política discrecional, esto es, la selección de una decisión que es la mejor, dada la situación actual y con una correcta evaluación de la situación al final del período, no resulta en la maximización de una función social objetivo”. KYDLAND y PRESCOTT. 1977. p. 473. (La traducción es nuestra).

siones que ya ha obtenido. Por lo tanto, exonera del pago de la multa a los que no cumplieron. Esto lleva a un problema de incoherencia temporal pues todas las empresas siendo racionales en su decisión esperarán que próximamente, si incumplen, también a ellas se les exonerará de cualquier penalidad.

Las reglas sí pueden ser y son en la práctica cambiadas continuamente pero el problema del cambio en las reglas de la regulación no radica en el cambio en sí mismo sino en cuándo es que el cambio en las reglas origina o lleva a un comportamiento oportunista. En el caso del contrato social incompleto de regulación, son usualmente las empresas reguladas las que realizan significativas inversiones en activos específicos y son ellas las que están sujetas al comportamiento oportunista de los que cambian las reglas de regulación.

El trabajo seminal de Kydland y Prescott (1977) nos menciona que son preferibles (en política macroeconómica) las decisiones que siguen las reglas establecidas y no las decisiones discrecionales que modifican las reglas iniciales. No obstante ello, tenemos que considerar que cuando existe incertidumbre estructural (no probabilística), sí puede ser posible que ocurran eventos no previstos y que se requieran cambios en las reglas de regulación. Un ejemplo de ello pueden ser los cambios en el ambiente de competencia. El problema con los cambios en las re-

glas ante cambios en la competencia, está en evitar que no siendo necesario cambiar las reglas, se utilice a la nueva situación de competencia como pretexto para cambiar las reglas. El interés del cambio en las reglas responde a que se tiene un comportamiento oportunista, que busca apropiarse o redistribuir las *cuasi-rentas* que se generan en el contrato social de regulación.

Hay situaciones en las que las reglas quieren cambiarse por el solo hecho de que se conforma una nueva administración en el organismo regulador o surgen diferentes formas de pensar en el espacio regulatorio. Sin embargo, por mucho que éstas sean válidas y que personalmente podríamos simpatizar con ellas, ello no significa que necesariamente deban de cambiarse las reglas de regulación anteriormente establecidas. Cualquier cambio debe evitar la incoherencia temporal. En este sentido, los organismos reguladores deben automoderarse.

Una posible solución a los problemas de incoherencia temporal es el pre-compromiso. No obstante, eso puede ser complicado si es que el sector bajo regulación se encuentra en un proceso de cambio tecnológico o de cambio en su organización industrial; ello es así, puesto que las soluciones de equilibrio óptimas también estarían cambiando. Por otro lado, no se pueden tener necesariamente garantías de que las decisiones anteriormente elegidas como

Cambios en las normas de regulación y la existencia de comportamiento oportunista

			Acción del OR:		¿Existe Comportamiento Oportunista de OR?
			(i) Con cambios de NR	(ii) Sin cambios de NR	
Normas de regulación (NR) emitidas por Organismo Regulador (OR)	No hay cambios en los supuestos ni condiciones de las NR iniciales	OR no tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO
		OR tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO
	Existen situaciones no previstas en las condiciones iniciales del establecimiento de las NR.	OR no tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO
		OR tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO
	No se mantienen condiciones iniciales de competencia	OR no tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO
		OR tiene incentivos para apropiarse o redistribuir cuasi-rentas	✓		SI
				✓	NO

reglas de regulación sean óptimas y que, por lo tanto, nos tengamos que adherir a ella con un pre-compromiso.

Vamos a diferenciar dos casos de posibles motivaciones para realizar cambios en las reglas de regulación: (1) cuando el regulador tiene un interés en apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas*, y (2) cuando varían las condiciones iniciales de competencia.

En el cuadro anterior se resumen las combinaciones posibles de cambios en las reglas que hemos planteado. Se puede observar que cuando no hay cambios en los eventos previstos en el contrato social o cuando los hay pero no se afectan las condiciones de competencia, se debe seguir el argumento planteado por Kydland y Prescott para evitar la incoherencia temporal: las reglas de regulación no deben cambiar. En todos estos casos, el organismo regulador debe evitar el cambio en las normas de regulación basado en su interés por la apropiación o redistribución de las *cuasi-rentas* existentes.

Sólo hay una excepción: cuando hayan cambios no previstos en las condiciones de competencia y debido a ello el organismo regulador tenga incentivos para apropiarse o redistribuir las *cuasi-rentas*. En este caso, el regulador debería cambiar las reglas con el fin de adecuarse a las nuevas condiciones de competencia y también para eliminar el incentivo a la apropiación o redistribución de *cuasi-rentas*. En este caso, en el cuadro aparece la respuesta del cambio en las reglas con una interrogante, ello se debe a que la magnitud del cambio importa. Así, en principio el cambio en las reglas de regulación no se debería a un comportamiento oportunista, pero la dirección e intensidad del cambio también importan. Esto es, sí es adecuado que en esta situación descrita se cambien las reglas de regulación pero el cambio en sí mismo no es suficiente, éste debe ser de una magnitud significativa para eliminar el incentivo a apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas*. De la misma manera, sí debiese de realizarse un cambio en las reglas de regulación pero éste no se implementa oportunamente en el tiempo; esto es, el organismo regulador tiene un comportamiento inercial con el fin de apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas*, entonces esta inercia genera un comportamiento oportunista por parte del organismo regulador.

La justificación de nuestros argumentos se sustenta principalmente en los planteamientos de Williamson.

Los cambios en las reglas de regulación no se pueden justificar por la búsqueda de apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas*²⁷. Además, se justifican los cambios en las reglas de regulación para adecuarse a nuevas situaciones de competencia si y sólo si el cambio evita la apropiación o redistribución de *cuasi-rentas* que disminuyen el bienestar social. Por lo general, cambios en las condiciones de competencia generan cambios en las reglas de regulación.

Consecuentemente, se puede observar que el cambio en las reglas de regulación contiene una tensión de intereses. Por un lado, se encuentran los que desean apropiarse o redistribuir *cuasi-rentas* y, por otro lado, los que quieren fomentar y adecuarse a las mejoras en las condiciones de competencia. Nuestra postura es que los cambios en la regulación nunca deben de limitar la competencia y para ello es necesario que el comportamiento oportunista que pudiese tener el regulador sea minimizado. Asimismo, la existencia de *cuasi-rentas* y su apropiación por el que invierte en activos específicos son un mecanismo de incentivos para la inversión sin que su apropiación implique que sólo una de las partes se beneficie de ellos.

De lo anterior podemos remarcar que las nuevas reglas de regulación no deben ser tampoco oportunistas, esto es, no deben dar lugar a un problema de incoherencia temporal. Por ejemplo, si las condiciones de mercado lo tienden a volver más competitivo, la regla de regulación no debería volverse más restrictiva o detallista de lo que ya era antes con el fin de tratar de controlar el nuevo desarrollo de la competencia.

Finalmente, en la regulación, la idea de un pre-compromiso para evitar cambios oportunistas en las reglas de regulación tiende a ser complicado. Ante ello, una posible solución para distinguir las reglas que no son adecuadas de las que sí lo son, puede ser el de establecer objetivos y resultados específicos esperados cada vez que se anuncia una regla de regulación en un contrato social. Así, una forma de monitorear que la regla está cumpliendo sus objetivos es ir monitoreando sus resultados específicos a través del tiempo. Si se encuentran desvíos significativos de los resultados específicos que sustentaban la norma, pueden justificarse cambios en las reglas de regulación²⁸.

²⁷ Se debe preferir, tal como lo menciona KYDLAND y PRESCOTT (1977), el mantener la regla que el favorecer la discrecionalidad del tomador de decisiones.

²⁸ La rendición de cuentas, la transparencia y las posibilidades de supervisión son mecanismos complementarios para que las decisiones sobre las nuevas reglas de regulación se determinen con autonomía.

IV. UN MODELO HEURÍSTICO SOBRE LOS LÍMITES DE LA REGULACIÓN

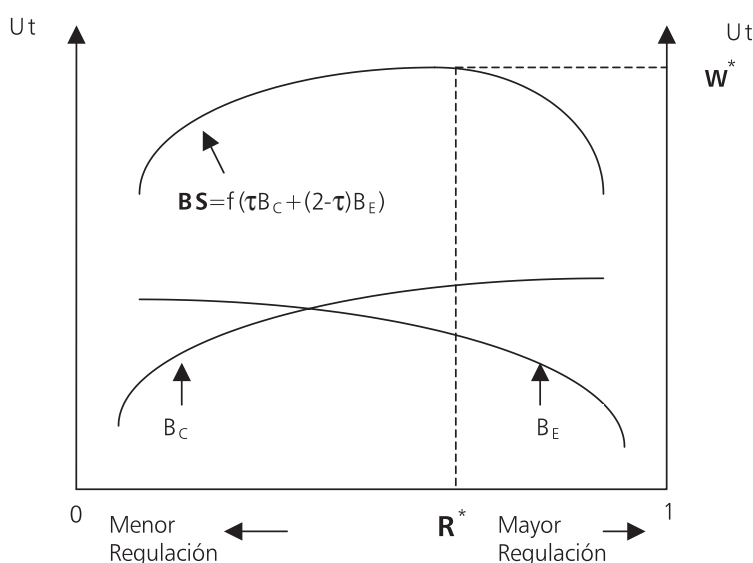
A continuación presentamos un modelo simple que nos permite explorar los límites de la regulación y, además, la importancia que pueden tener sobre el bienestar social los cambios y la magnitud de los cambios de las reglas de regulación. Puede ser que algunos cambios menores en las reglas, aunque no deseados, no generen un impacto social negativo significativo o, por el contrario, cambios deseados en las reglas pueden no generar el impacto esperado si no son lo suficientemente radicales.

El organismo regulador se describe como un agente que maximiza el bienestar de los consumidores y de las empresas²⁹. Para ello asigna ponderaciones a los intereses de regulación propuestos o manifestados por esos dos grupos. La maximización del organismo regulador resulta de un proceso

de interacción e interdependencia no sólo de los consumidores y empresas sino también de otros legisladores, agentes de la administración pública, y sociedad civil. En este sentido, el organismo regulador pondera, propone y toma decisiones³⁰.

Denotamos a la regulación por una variable continua R , tal que $R \in [0,1]$ donde $R \rightarrow 0$ denota reglas de regulación que tienden a ser generales, simples, con pocos detalles, y $R \rightarrow 1$ denota reglas de regulación que tienden a ser más específicas, complejas y de mayor detalle. La función de bienestar de los consumidores es denotada por $B_C \equiv B_C(R)$ y la de las empresas por $B_E \equiv B_E(R; k)$ ³¹. La inversión en activos específicos se denota por k . El organismo regulador pondera estas funciones de forma aditiva y ello es resultado de un proceso de interacción y coordinación (*id est* interdependencia en el espacio regulatorio) con otros agentes que aquí no describimos³². Esto implica que en este proceso de

Figura 1: elección de la regla de regulación.



interdependencia los agentes intentan convencer al organismo regulador de que la función de bienestar social a maximizar es una que replica sus intereses, esto es, en el extremo, los consumidores propondrían que la función de bienestar de las empresas sea igual a su función de bienestar, y viceversa si la propuesta proviene de las empresas.

Por simplicidad asumiremos que τ es un parámetro. La función de bienestar social³³ del organismo regulador es $BS \equiv BS(B_C, B_E; \tau)$. La figura 1 ilustra la elección máxima de la regla de regulación. Debido a que se considera que el organismo regulador puede modificar y plantear propuestas distintas a las propuestas por los consumidores y empresas, OR

²⁹ Se asume que hay una contraposición natural entre las propuestas de los consumidores y las de las empresas. El análisis es igualmente válido si la contraposición se realiza entre dos empresas con intereses contrapuestos.

³⁰ El organismo regulador puede "equivocarse" al no dar una adecuada valoración y ponderación a las propuestas e intereses de los otros agentes; no obstante, esto suele ser una evaluación *ex-post*.

³¹ Se asume que $\partial B_C / \partial R > 0$, $\partial^2 B_C / \partial R^2 < 0$, $\partial B_E / \partial R < 0$, $\partial^2 B_E / \partial R^2 > 0$. Asimismo, a mayor inversión en activos específicos, mayor es el bienestar de la empresa: $\forall k, k \in \mathbb{R}^+, B_E(R; k_1) > B_E(R; k_2) \Leftrightarrow k_1 > k_2$.

³² En estricto sentido, esa ponderación de OR resulta en realidad de una función, no un parámetro, que se denota por $\tau = \tau(\bullet)$, donde $\tau \in [0,2]$.

³³ Asumimos que BS tiene un máximo que corresponde con un nivel de regulación, R^* , y un nivel de bienestar social, W^* .

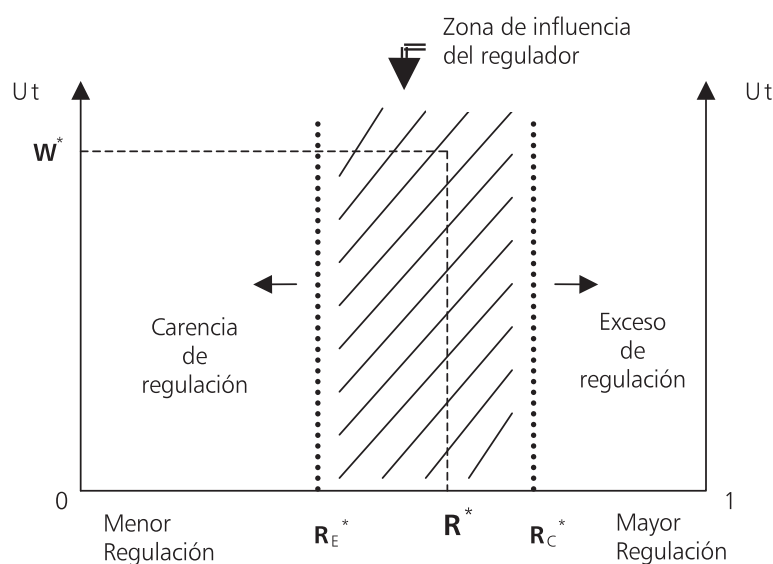
estima la elección de la regla de regulación con una función $f(\bullet)$. El nivel de utilidad, U_t , de la función de bienestar social se representa por W .

Tanto las empresas como los consumidores proponen una regla de regulación. Ninguno de ellos deja todo en manos del organismo regulador o dedica sólo esfuerzos para influenciarlo a través de sus relaciones de interdependencia. Ya sea como parte de un proceso de transparencia en las decisiones de regulación o de una necesidad que ellos tienen de dar a conocer sus posiciones, y sabiendo que el organismo regulador tiene una función $f(\bullet)$,

los consumidores y las empresas dan a conocer su supuesta regla óptima de regulación, la cual denotamos por R_C^* y R_E^* . Debido a la información asimétrica que tienen en general los agentes, incluyendo al organismo regulador, asumimos que estas reglas óptimas ponen los límites a la regla de regulación óptima del organismo regulador³⁴.

La figura 2 describe los límites a la regla de regulación que anuncian los consumidores y las empresas. Esos límites configuran lo que llamamos la zona de influencia del organismo regulador; la regla óptima de regulación a determinar por OR sería

Figura 2: zona de influencia, carencia y exceso de regulación.



R^* , tal $R^* \in [R_E^*, R_C^*]$. Existe una "carencia de regulación" si $R \in [0, R_E^*)$, y un "exceso de regulación" si $R \in (R_C^*, 1]$. Nótese que la zona de influencia del regulador tiende a disminuir cuando existe una mayor competencia en el mercado. La competencia tiende a disminuir las diferencias de posición, sobre todo en lo que a actividad de regulación económica se refiere, entre los consumidores y las

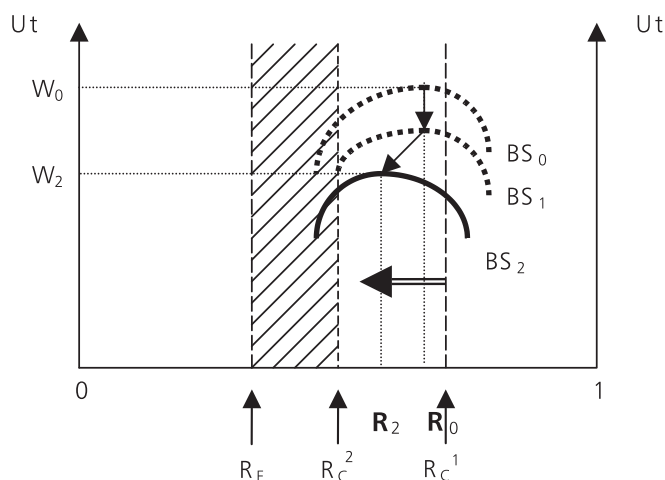
empresas; así, la distancia entre R_C^* y R_E^* disminuye. Asimismo, pequeños cambios relativos en las reglas de regulación, que se mantienen dentro del área de influencia del organismo regulador, son siempre preferibles a magnitudes de cambios mayores pues ello equivale a tener una mayor probabilidad de reglas de regulación que están fuera del área de influencia del organismo

³⁴ Asimismo, consideramos por simplicidad que el organismo regulador no destina recursos ni utiliza mecanismos para obtener una "revelación veraz" (*"truthful revelation"*) de las reglas óptimas de los consumidores ni de las empresas, ambos son libres de anunciar su posición y de hacerla de conocimiento público. No obstante, sí consideramos muy importante, para que el modelo de decisión del organismo regulador funcione, que se tengan los mecanismos (oficiales) de la sociedad civil para que R_C^* y R_E^* sean posiciones debidamente sustentadas, transparentes y públicas. No simples deseos de las empresas o de los consumidores.

por los consumidores. Los límites varían de R_C^1 a R_C^2 . Ello deja la situación inicial de regla de regulación por el organismo regulador fuera de los nue-

vos límites de regulación. Debido a que el contrato social es incompleto, la nueva situación de competencia no pudo ser adecuadamente prevista en el momento inicial.

Figura 4: competencia y comportamiento oportunista del organismo regulador.



El organismo regulador es consciente del cambio en su área de influencia, pero por razones de comportamiento oportunista y con el objetivo de “apropiarse” de las nuevas *cuasi-rentas* generadas por las empresas (busca que sean redistribuidas a los consumidores), decide no flexibilizar la regla de regulación. En este caso, el organismo regulador ocasiona un desincentivo a las empresas lo cual hace que el bienestar social se reduzca a BS_1 . En otro momento posterior, el organismo regulador decide poner una nueva regla de regulación, una más flexible pero aún no lo suficiente como lo requerido para adecuarse a la nueva situación de competencia. La nueva regla de regulación se encuentra aun fuera del rango (R_E , R_C^2). Aquí, la magnitud del cambio es importante. El organismo regulador no realiza los cambios oportunamente ni con la intensidad requerida. El nivel de bienestar social disminuye y el que se alcanzaría en el tiempo es BS_2 .

Si se inicia tímidamente una desregulación, tal cual lo refleja una regla de regulación como R_2 , el nivel de bienestar correspondiente puede implicar inclusive un nivel de bienestar menor a uno anteriormente alcanzado (BS_1 con una regla de regulación de R_0). Ello ocurre porque en el tiempo, se consolida el efecto de la falta de inversión en activos específicos, que disminuye el bienestar de las empresas y no tiene, en contraparte, ningún beneficio para los consumidores.

Así, el organismo regulador puede preferir mantener una imagen de que siempre es mejor sobreproteger a los consumidores, aún con un exceso de regulación. Aunque la nueva regla es menos controlista o excesiva, R_2 , ésta se encuentra aún fuera de la zona de influencia del OR y sigue generando desincentivos para la inversión en activos específicos. Esto implica que el comportamiento oportunista del organismo regulador continúa. Por lo tanto, los efectos negativos que suceden por la inercia o demora en la desregulación, ocasiona mayores desincentivos a la inversión en activos específicos, toda vez que la apropiación de las *cuasi-rentas* continúa. De este modo, en todos estos casos de cambios en las reglas de regulación ocurre el problema de incoherencia temporal.

El probable resultado en el largo plazo es que haya un desincentivo a las empresas puesto que éstas no podrán recuperar sus costos hundidos, resultado de inversiones en activos específicos que mejoran la competitividad en el mercado, lo cual termina por disminuir las inversiones en activos específicos y, por lo tanto, deteriora la dinámica del mercado y afecta la función de bienestar de las empresas y consecuentemente disminuye el nivel de bienestar social.

La incoherencia temporal existe debido a que la pretendida decisión de mantenerse dentro de los límites propuestos por las diferencias entre las em-

presas y los consumidores, no es respetada por el organismo regulador quien no se adecua a las nuevas condiciones de competencia. El querer sobre proteger a los consumidores termina teniendo un impacto aún peor para ellos. Así, lo que aparenta ser rentable en un momento determinado genera en realidad menores niveles de bienestar social, en nuestro ejemplo de la figura 4, pasa primero a BS_1 y luego a BS_2 .

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La regulación deviene de un contrato social y como tal debe satisfacer las necesidades del interés público. La regulación es más eficaz cuando toma en cuenta que la competencia y el oportunismo limitan su accionar, por ello, el organismo regulador debe evitar tener un sesgo pro-consumidor o pro-empresa. Para que la regulación no desincentive la inversión, fomente la competencia y pueda aumentar el bienestar social, es necesario revisar las reglas de regulación de manera oportuna, pero no oportunista.

Para evitar la discrecionalidad oportunista del organismo regulador que, en este caso, busca la apropiación o redistribución de *cuasi*-rentas, se pueden crear mecanismos de auto-supervisión de las reglas de regulación, con el fin que la sociedad pueda ir monitoreando el cumplimiento de objetivos y resultados esperados que justifican la existencia o cambio de las normas de regulación.

VI. REFERENCIAS

- ALCHIAN, Armen A. y Susan WOODWARD. "The Firm is Dead; Long Live the Firm a Review of Oliver E. Williamson's The Economic Institutions of Capitalism". En: Journal of Economic Literature 1. Volumen 26. 1988.
- ASHEIM, Geir B. "Individual and Collective Time-Consistency". The Review of Economic Studies 3. Volumen 64. 1977.
- BESLEY, Timothy y Anne CASE. "Political Institutions and Policy Choices: Evidence from United States". En: Journal of Economic Literature 1. Volumen 41. 2003.
- BULLARD, Alfredo. "Derecho y Economía: El Análisis Económico de las Instituciones Legales". Lima: Palestra. 2003.
- ESCOLA, Héctor. "El interés público, como fundamento del derecho administrativo". Buenos Aires: Depalma. 1989.
- GOLDFELD, Stephen M. "Rules, Discretion, and Reality". En: The American Economic Review 2. Volumen 72. Papers and Proceedings of the Ninety-Fourth Annual Meeting of the American Economic Association. 1982.
- GRANOVETTER, M. "Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness". En: American Journal of Sociology 91. Volumen 3. 1985.
- GREENWOOD, Jeremy y R. PRESTON MCAFEE. "Externalities and Asymmetric Information". En: The Quarterly Journal of Economics. 1991.
- GROSSMAN, Sanford y Oliver HART. "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration". En: Journal of Political Economy 4. Volumen 94. 1986.
- HILL, CHARLES. "Cooperation, Opportunism, and the Invisible Hand: Implications for Transaction Cost Theory". En: The Academy of Management Review 3. Volumen 15. 1990.
- KING, Andrew A. y Michael J. LENOX. "Industry Self-Regulation without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program". En: The Academy of Management Journal 4. Volumen 43. 2000.
- KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert; y Amen ALCHIAN. "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process". Journal of Law and Economics. Volumen 21. 1978.
- KLEIN, Benjamin. "Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements". En: The American Economic Review 2. Volumen 70. Papers and Proceedings of the Ninety-Second Annual Meeting of the American Economic Association. 1980.
- KOENIG, Evan F. "Indirect Methods for Regulating Externalities Under Uncertainty". En: The Quarterly Journal of Economics 2. Volumen 100. 1985.
- KOTLIKOFF, Lawrence J.; TORSTEN, Persson y Lars E. O. SVENSSON. "Social Contracts as Assets: A Possible Solution to the Time-Consistency Problem". En: The American Economic Review 4. Volumen 78. 1988.
- KYDLAND, Finn E. y Edward C. PRESCOTT. "Rules Rather than Discretion: The

- Inconsistency of Optimal Plans". En: *The Journal of Political Economy* 3. Volumen 85. 1977.
- LAFFONT, Jean-Jacques y Jean TIROLE. "The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture". En: *Quarterly Journal of Economics* 106. 1991.
 - LEE, Li Way. "A Theory of Just Regulation". En: *The American Economic Review* 5. Volumen 70. 1980.
 - MILGROM, Paul R. "Employment Contracts, Influence Activities, and Efficient Organization Design". En: *The Journal of Political Economy* 1. Volumen 96. 1988.
 - MILGROM Paul y John ROBERTS. "Economics, Organization & Management". Prentice Hall, Inc. 1992.
 - NORTH, Douglass C. "Institutions, Institutional Change and Economic Performance". Cambridge University Press. 1990.
 - NORTH, Douglass C. "Economic Performance Through Time". *The American Economic Review* 3. Volumen 84. 1994.
 - PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E. y Roger G. NOLL. "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation". En: *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*. 1989.
 - PROVAN, Keith G. y Steven J. SKINNER. "Interorganizational Dependence and Control as Predictors of Opportunism in Dealer-Supplier Relations". En: *The Academy of Management Journal*. 1. Volumen 32. 1989.
 - SCOTT, Colin. "Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design". *Public Law*. 2001.
 - SHLEIFER, Andrei y Robert VISHNY. "Corruption". En: *Quarterly Journal of Economics* 3. Volumen 108. 1993.
 - SPARROW, Malcolm K. "The Regulatory Craft. Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance". Washington D.C.: Brookings Institution Press. 2000.
 - WILLIAMSON, Oliver E. "Markets and Hierarchies". Nueva York: Free Press. 1975.
 - WILLIAMSON, Oliver E. "The Economic Institutions of Capitalism". Nueva York: Free Press. 1985.
 - WILLIAMSON, Oliver E. "Opportunism and its Critics". En: *Managerial and Decision Economics* 2. Volumen 14. Special Issue: Transactions Costs Economics. 1993.
 - WILLIAMSON, Oliver E. "The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract". En: *The Journal of Economic Perspectives* 3. Volumen 16. 2002.
 - WINSTON, Clifford; CRANDALL, Robert W.; NISKANEN, William A. y Alvin KLEVORICK. "Explaining Regulatory Policy". En: *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*. 1994.
 - WITTMAN, Donald. "Why Democracies Produce Efficient Results". En: *The Journal of Political Economy* 6. Volumen 97. 1989.
 - WRIGHT, Donald J. "Incentives, Protection, and Time Consistency". En: *The Canadian Journal of Economics* 4. Volumen 28. 1995.

CONFLICTOS DE INTERESES EN LAS BOLSAS DE VALORES DESMUTUALIZADAS: LA EXPERIENCIA PERUANA*

Jeanette Aliaga Farfán** ***

En el presente artículo, la autora realiza un detallado análisis de los conflictos de intereses que, en la actualidad, se presentan en la Bolsa de Valores de Lima como consecuencia de haber pasado, de ser una asociación sin fines de lucro, a ser una sociedad anónima; por ser una entidad autorregulada; entre otros factores.

Asimismo, la autora, con el fin eliminar los conflictos de intereses y hacer al marco normativo vigente más eficiente, propone una serie de interesantes modificaciones a dicho marco legal.

Definitivamente, el siguiente artículo es importante tanto para aquél que ingresa al mundo de los mercados de valores por primera vez, como para aquél que, siendo ya experimentado en la materia, busca una nueva propuesta de mejora del sistema actual.

* Escrito originalmente bajo el título "Conflict of Interests in a For - Profit Exchange: Peruvian Experience". La traducción estuvo a cargo de Mario Fernando Drago Alfaro, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Asimismo, debido a que esta es la versión en español de un trabajo escrito bajo el formato norteamericano, las citas incluidas sólo consignan la información requerida en dicho sistema. La versión en inglés se terminó de redactar en mayo de 2006. En este sentido, las referencias temporales al presente, la información y las afirmaciones que se consigna tienen ese límite temporal.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard.

*** Las opiniones y conclusiones expresadas en el presente artículo reflejan exclusivamente la opinión de la autora, y no representan la opinión institucional de CONASEV.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, dentro del contexto en el cual la mayoría de las bolsas de valores se están desmutualizando, el debate sobre la viabilidad y eficacia del sistema de autorregulación ha recobrado importancia. El principal aspecto de dicho debate han sido los conflictos de intereses que surgen o que se agudizan por el proceso de desmutualización.

En este escenario, este artículo abordará el proceso de desmutualización de la Bolsa de Valores de Lima (BVL) y su rol como entidad autorregulada.

En efecto, en los últimos años, se ha podido observar que el modelo del sistema de autorregulación en el Perú no ha sido completamente exitoso. En consecuencia, es tiempo de evaluar las causas de ello y la viabilidad de aquel.

En este sentido, el propósito del presente artículo es identificar los principales conflictos de intereses existentes, evaluar las posibles soluciones para removerlos o atenuarlos y, eventualmente, proponer una aproximación alternativa de regulación para el mercado de valores peruano.

Para tales efectos, en primer lugar, se describirán brevemente las características del mercado de valores peruano y su marco institucional, la organización de la BVL y el marco legal de la autorregulación en el Perú. En segundo lugar, se identificarán los principales conflictos de intereses que existen en el mercado de valores peruano. En tercer lugar, se describirán algunas propuestas normativas y sugerencias que tienen como objetivo reducir dichos conflictos de intereses. Finalmente, se esbozarán las principales conclusiones.

II. CONTEXTO

1. El mercado de valores peruano y su marco institucional

De acuerdo con los indicadores de desarrollo del Banco Mundial de fines del 2004, el mercado de valores peruano es el quinto mercado más grande en América Latina, después de México, Brasil, Chile

y Argentina. A fines del 2004, la capitalización de mercado fue de 22,115 millones dólares o 26,5% del Producto Bruto Interno¹ y, a fines del 2005, fue de 36,196 millones de dólares o 49% del Producto Bruto Interno².

El mercado de valores peruano está conformado por un único mercado organizado, cuya conducción está a cargo de la BVL, y el mercado extrabursátil donde se realizan, principalmente, negociaciones privadas.

Durante el 2005, la negociación en el mercado secundario fue de 4,063.2 millones. El 89,4% de dicho monto corresponde a transacciones efectuadas en el mercado bursátil y el resto al mercado extrabursátil.

Adicionalmente, existe otro sistema alternativo de negociación denominado DATATEC, el cual es un sistema anónimo y electrónico donde se negocian, principalmente, divisas y deuda soberana. Este sistema no se encuentra bajo la supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

Respecto a la rentabilidad de las inversiones, durante el 2005, los indicadores del mercado de valores fueron positivos y más altos que los de otros mercados tales como Sao Paulo, Buenos Aires y Santiago. En efecto, el índice general de la BVL (IGBVL) se incrementó en 29,4% en el 2005³.

Los principales inversionistas en el Perú son las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs) y los agentes de intermediación. Ambas clases de inversionistas se encuentran relacionados a los bancos. Las AFPs son cinco, y en cuanto a los agentes de intermediación, existen dieciocho sociedades agentes de bolsa y tres sociedades de intermediación de valores⁴.

Los participantes del mercado son supervisados por la BVL, quien tiene la calidad de entidad autorregulada, y CONASEV. Ambas instituciones son responsables por el cumplimiento de la Ley de Mercados de Valores, Decreto Legislativo 861, y sus normas complementarias.

¹ Fuente: Banco Mundial. Indicadores de Desarrollo del Banco Mundial 2004. En: <http://devdata.worldbank.org/wdi2005/Section5.htm>. Tabla 5.4.

² CONASEV, Gerencia de Investigación y Desarrollo. "Evolución del Mercado de Valores Peruano en el 2005". En: Revista Valores 45. 2006. p. 5. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/Novedades/Revista_Valores_Feb06.pdf.

³ Para mayores detalles, véase el Reporte Mensual del Mercado de Valores de febrero de 2006. p. 27. Cuadro 6. Disponible en: <http://www.CONASEV.gob.pe/Estadistica/Reporte.asp?txtAnio>.

⁴ Información obtenida del Registro Público del Mercado de Valores.

Por otro lado, CONASEV es una entidad pública perteneciente al Sector de Economía y Finanzas, y tiene autonomía funcional, administrativa y económica; siendo sus principales funciones supervisar, regular y promover el mercado de valores⁵. Además, presenta dos órganos sancionadores: el Tribunal Administrativo y el Directorio, los cuales resuelven en primera y en segunda instancia, respectivamente.

Adicionalmente, existen órganos instructores –gerencias de línea– que tienen facultades para realizar investigaciones, requerir información o documentación, así como interrogar testigos. De manera específica, existen dos órganos principales encargados de velar por el cumplimiento de la LMV. Uno está a cargo de supervisar los emisores, la bolsa de valores, y las instituciones de compensación y liquidación de valores. El otro órgano es responsable de la supervisión de los agentes de intermediación, los fondos mutuos y los fondos de inversión.

El sistema legal está basado en el Derecho Civil. Las dos principales normas en materia de mercado de valores son la LMV, la cual regula, principalmente, las ofertas públicas de valores, agentes de intermediación, las bolsas, las instituciones de compensación y valores, los fondos mutuos, y otros partícipes del mercado de valores; y la Ley de Fondos de Inversión (LFI), que regula, básicamente, todos los aspectos relacionados a los fondos de inversión.

2. Bolsa de Valores de Lima

La BVL se constituyó en 1970 como una asociación civil sin fines de lucro y se desmutualizó en enero de 2003. El proceso de desmutualización fue motivado, parcialmente, por la aparición de una posible competencia y por las ventajas provenientes de la nueva forma societaria adoptada: el acceso al capital y el poder contar con una estruc-

tura más flexible para desarrollar las actividades propias de la bolsa⁶. Sin embargo, es importante indicar que el proceso de desmutualización de la BVL no fue parte de la ejecución de ninguna política de gobierno.

Con relación a la potencial competencia –al igual que en otros mercados de valores en desarrollo⁷– la principal preocupación fue la falta de liquidez como consecuencia del incremento de la competencia en el ámbito internacional por el flujo de las órdenes de compra o venta de los valores, y la creciente marginalización del mercado de valores doméstico.

Es así, que la BVL se convirtió en una sociedad anónima, es decir, en una organización con fines de lucro y responsabilidad limitada, por lo que, actualmente, no tiene el privilegio de estar inafecta al pago de tributos. La propiedad y el acceso a la negociación han sido separados. En otras palabras, no es necesario ser socio –accionista– a efectos de poder participar en la negociación bursátil como agente de intermediación. Sin embargo, en el proceso de desmutualización cada asociado –agente de intermediación– de la BVL recibió acciones a cambio de su certificado de participación (membresía en la asociación).

En 2003, la BVL listó sus acciones en su propia rueda de bolsa. Dichas acciones representan una capitalización bursátil de 59, 715, 840 soles (17,061668 de dólares aproximadamente)⁸. Al 31 de diciembre de 2005, su capital social estuvo representado por 47,772.672 acciones (32,843,712 acciones clase A y 14,960 acciones clase B) con un valor nominal de 1.25 soles cada una.

Las acciones clase B, a diferencia de las acciones clase A, son acciones sin derecho a voto, pero cuentan con el derecho a un dividendo preferencial de 5% respecto al dividendo que le corresponde a los titulares de acciones clase A⁹.

Accionistas clase A¹⁰

Propiedad	Número de accionistas	Porcentaje de participación
Menos del 1%	31	1.58%
Desde 1% a 5%	22	98.42%
Desde 5% a 10%	0	0%
Más de 10%	0	0%
Total	53	100%

⁵ Para mayores detalles acerca de CONASEV, véase: http://www.CONASEV.gob.pe/Acercade/Acer_historia.asp.

⁶ Para mayores detalles sobre la historia de la BVL, véase: <http://www.BVL.com.pe/>. Respecto a los motivos del proceso de desmutualización de la BVL, véase: Resolución CONASEV 029-2003-EF/94.1.0.

⁷ Emerging markets committee of the international organization of securities commissions (IOSCO). "Exchange Desmutualization in Emerging Markets". 2005. p. 10.

⁸ BVL.Memoria Anual 2005. p. 22. En: http://www.CONASEV.gob.pe/BVL/BVL_memoria.asp?p_codigo=18088.

⁹ Ibid. p. 23.

¹⁰ Ibid. p. 22.

De las acciones clase A, el 96.93% corresponde a las sociedades agentes de bolsa¹¹. En consecuen-

cia, a diciembre de 2005, las sociedades agentes de bolsa eran aún los accionistas mayoritarias.

Accionistas clase B¹²

Propiedad	Número de accionistas	Porcentaje de participación
Menos del 1%	41	3.61%
Desde 1% a 5%	3	6.01%
Desde 5% a 10%	10	90.38%
Más de 10%	0	0%
Total	54	100%

De acuerdo con la LMV, ninguna persona ni sus vinculados puede ser propietaria, directa o indirectamente, de acciones de la bolsa que representen más del 5% del capital social con derecho a voto¹³.

Durante el 2005-2006, el rango de precios de negociación de las acciones clase A estuvo entre 1,45 y 3,40 nuevos soles y, el de las acciones clase B estuvo entre 1,02 y S/.2,85¹⁴ nuevos soles. Sin embargo, es importante indicar que son acciones no líquidas.

Las actividades de la BVL son reguladas por la LMV y son supervisadas por CONASEV, siendo el principal propósito de la BVL facilitar la negociación de los valores mobiliarios.

La negociación de la BVL es realizada a través del Sistema de Negociación Electrónica denominado ELEX, el cual fue implementado en agosto de 1995. Las propuestas y transacciones con acciones listadas en bolsa pueden ser ingresadas simultáneamente a través de un terminal del ELEX o a través de la Sala de Rueda utilizando papeletas, las cuales son registradas mediante un sistema de lectura óptica por *scanner*.

Este sistema permite a las sociedades agentes de bolsa ingresar propuestas y negociar valores desde

sus terminales ubicados en sus propias oficinas y utilizar los diferentes módulos de negociación de la bolsa¹⁵. La compensación y liquidación de los valores mobiliarios se realiza fuera de la BVL.

Al 31 de diciembre de 2005, la BVL emplea a 49 personas¹⁶.

La estructura de ingresos de BVL comprende la retribución por la inscripción de los emisores y el listado de sus valores (38,16% aproximadamente), por la ampliación de emisión (3,31% aproximadamente), por negociación (28,70% aproximadamente), por servicios de difusión e información (5,27% aproximadamente), por ingresos financieros (20,85% aproximadamente), y otros ingresos (0,95% aproximadamente.). Sin embargo, la BVL no cobra tarifa alguna por regulación¹⁷.

La BVL es una entidad autorregulada y –actualmente– es un monopolio, aunque no un monopolio legal. En consecuencia, en teoría, otras bolsas de valores podrían ser organizadas y operar en el mercado de valores peruano.

A fines del 2005, la cantidad total negociada fue 3,627.6 millones¹⁸ de dólares y el número de compañías con valores listados fue 242, lo que incluye emisores de acciones y valores representativos de deuda. Esta cifra representa un in-

¹¹ BVL. Información Financiera Auditada Anual. Notas a los Estados Financieros al 31 de diciembre del 2005 y 2004. p. 27. Nota 13. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/BVL/BVL_memoria.asp?p_codigo=18088.

¹² BVL. Nota 8, *supra*. p. 22.

¹³ Véase: Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores (LMV) aprobado mediante Decreto Supremo 093-2002-EF, artículo 137.

¹⁴ Fuente: Boletín Diario de la BVL. Disponible en: <http://www.BVL.com.pe/english/index.html>.

¹⁵ La descripción del Sistema de Negociación Electrónico ha sido tomada de la página web de la BVL. Disponible en: <http://www.BVL.com.pe/english/index.html>.

¹⁶ BVL. Nota 11, *supra*. p. 23.

¹⁷ BVL. Información Financiera Auditada Anual. Notas a los Estados Financieros 1, 2 y 3. Estados de Ganancias y Pérdidas al 31 de diciembre del 2004 y 2005. p. 4. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/BVL/BVL_eeff_menu.asp. Los porcentajes han sido calculados sobre la base de los ingresos totales.

¹⁸ BVL. Nota 8, *supra*. p. 9.

cremento de 4.31% respecto del año pasado¹⁹. Sin embargo, es importante mencionar que el listado de valores de un número importante de emisores no es necesariamente voluntario, sino que es, básicamente, consecuencia de un mandato legal. Así tenemos que las cinco AFPs, dieciséis instituciones financieras (bancos y compañías de leasing), doce empresas de seguro, empresas públicas, y veintiún sociedades agrarias azucareras que están obligadas a inscribir o listar sus acciones²⁰.

Adicionalmente, de acuerdo con la LMV (artículo 83) las acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores deben también listar en una rueda de bolsa.

La organización de la BVL básicamente comprende: (i) el Directorio; (ii) la Gerencia General; (iii) el Departamento Legal; (iv) la Gerencia de Administración, Finanzas y Sistemas; (v) la Dirección de Mercados; (vi) la Gerencia de Desarrollo de Proyectos; (vii) Auditoría Interna; (viii) Emisores e Información Bursátil; (ix) Intermediarios; y, (x) el Departamento de Contabilidad²¹.

Actualmente, el Directorio está compuesto de siete miembros, quienes son elegidos por los accionistas. No se exige la presencia de directores que representen el interés público o de directores independientes²². En efecto, la mayoría de los actuales directores²³ están relacionados con el mercado de valores, con agentes de intermediación que fueron miembros de la BVL antes su desmutualización o con agentes de intermediación que mantienen el control de la BVL aun después del proceso de desmutualización²⁴. Asimismo, no existen comités especiales.

De acuerdo con la LMV, existe un Director de Rueda, quien resuelve con fallo inapelable las cuestiones

sobre la validez de las operaciones que se susciten durante la rueda de bolsa. También es competente para suspender la sesión de rueda de bolsa o, en su caso, la negociación de un determinado valor y debe cumplir con sus obligaciones de manera imparcial, sin interferencia alguna de los agentes de intermediación, de los miembros del Directorio o de otros funcionarios de la bolsa²⁵. El Director de Rueda reporta al Directorio de la Bolsa.

Adicionalmente, existen dos divisiones (emisores e información bursátil, intermediarios), las cuales supervisan a los emisores y a los agentes de intermediación²⁶. Es importante indicar que, en el caso de la supervisión de los emisores, cuando la BVL detecta una infracción a la LMV, sólo tiene la obligación de reportarla a CONASEV. Es decir, la BVL no es competente para sancionar directamente a los emisores.

En el caso de los agentes de intermediación, la BVL tiene la facultad de imponer la sanción correspondiente. El procedimiento disciplinario es seguido ante la Cámara Disciplinaria. Ésta actúa como órgano de primera instancia, siendo CONASEV la segunda instancia.

Así mismo, existen otros dos órganos denominados Cámara Arbitral y Cámara de Controversias²⁷, los cuales resuelven controversias entre los agentes de intermediación o entre los agentes de intermediación y sus comitentes. El Directorio de la BVL nombra a los miembros de estos órganos, los cuales están compuestos de cinco miembros (tres titulares y dos suplentes) cada uno²⁸.

Finalmente, es importante indicar que –a la fecha– el proceso formal de desmutualización está casi concluido. Sin embargo, es posible afirmar que la BVL está aún en proceso de convertirse en una verdadera entidad desmutualizada y de adaptarse a una nueva cultura empresarial.

¹⁹ Ibid. p. 10.

²⁰ Ibid. p. 11. Cabe precisar que en el caso de las sociedades agrarias azucareras, así como, en general, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, la obligación legal es que dichas sociedades tengan sus acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Sin embargo, por aplicación del artículo 83 de la LMV, ello implica, además, la obligación de listar sus acciones en rueda de bolsa.

²¹ Para mayores detalles sobre cada una de las divisiones, véase la Sección Funciones y Estructura de la BVL. Disponible en: <http://www.BVL.com.pe/english/index.html>.

²² IOSCO. Nota 7, *supra*. p.10.

²³ Esto puede ser apreciado a partir de los *curriculum vitae* que aparecen en la Memoria Anual de 2005. Nota 8, *supra*. p. 18.

²⁴ La definición de "Director Independiente" fue tomada de: CARSON, Jhon W. "Conflict of Interest in Self-Regulation: Can Demutualized Exchanges Successfully Manage Them?". 2003. p. 19. Disponible en: http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSCContentServer/WDSP/IB/2004/11/05/000160016_20041105142008/Rendered/INDEX/wps3183.txt. "El concepto de "independencia", de acuerdo con las reglas de la NYSE, fue redefinido con respecto a los directores a efectos de excluir, esencialmente, a toda persona con cualquier relación o asociación con la bolsa, con un miembro de la bolsa, o con un emisor" (traducción libre). Securities Exchange Commission. "Concept Release Concerning Self Regulation". Release 34-50700,69. 2004. p 10. En: <http://www.sec.gov/rules/concept/34-50700.htm>.

²⁵ LMV. Artículo 119.

²⁶ Organigrama de la BVL. En: <http://www.BVL.com.pe/index.html>. Adicionalmente, véase: Reglamento de Vigilancia del Mercado de la Bolsa de Valores de Lima, aprobado mediante Resolución CONASEV 86-1998-EF/94.10.

²⁷ Reglamento de Solución de Controversias por parte de la Bolsa de Valores de Lima, aprobado mediante Resolución CONASEV 87-1998-EF/94.10.

²⁸ Resolución CONASEV 87-1998-EF/94.10. Artículos 14, 22 y 41.

3. Mercado legal de la autorregulación en el Perú

De acuerdo con la LMV²⁹, la BVL y CAVALI (Institución de Compensación y Liquidación de Valores) están a cargo de la autorregulación dentro del ámbito de su competencia, mientras que CONASEV es la entidad gubernamental que se encarga de supervisar dicha autorregulación.

En el caso de CAVALI, ésta debe establecer sus reglas internas –con la aprobación de CONASEV– y ser capaz de disciplinar a los partícipes que violen tales normas. La BVL debe regular sus propias actividades y la de sus miembros, así como supervisar el estricto cumplimiento de la LMV³⁰ por parte de los agentes de intermediación.

Entre las principales obligaciones de la BVL como entidad autorregulada están el listado de valores, el establecimiento de normas y estándares de listado así como la determinación de las reglas relacionadas a la suspensión y exclusión de los valores mobiliarios; el establecimiento de derechos y obligaciones de los emisores y de los agentes de intermediación, de los requisitos de admisión para los nuevos miembros y de las normas que regulen la negociación de los valores; la regulación sobre la constitución, aplicación, reposición y funcionamiento del Fondo de Garantía³¹; la supervisión del mercado de valores; la inspección y disciplina de sus miembros; la solución de disputas entre sus miembros y entre éstos y sus comitentes; el arbitraje, la mediación, la imposición de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las normas del mercado de valores, y el garantizar la difusión de información sobre los emisores y sus valores así como sobre los agentes de intermediación y sobre las operaciones bursátiles³².

Sin embargo, es importante precisar que la BVL sólo está facultada para proponer normas. Para la validez y vigencia de la normas propuestas se requiere la aprobación de CONASEV. Asimismo, cualquier decisión sobre el listado o “deslistado” de valores mobiliarios adoptada por la BVL sólo tiene efecto después de la decisión de CONASEV sobre la inscripción o exclusión de los valores mobiliarios del Registro Público del Mercado de Valores.

Finalmente, CONASEV puede delegar en una o más bolsas, las facultades que la LMV le confiere, en relación con las sociedades agentes de bolsa y con emisores con valores inscritos en dicha bolsa³³.

4. Balance

En general, es posible afirmar que la legislación reconoce el rol fundamental de la BVL como entidad autorregulada con la finalidad de asegurar la integridad y transparencia en el mercado de valores.

En el proceso de desmutualización, la opción legal fue mantener –fundamentalmente– a la BVL como entidad autorregulada. Sin embargo, la única medida legal a efectos de abordar los conflictos de interés, que se agudizaron o surgieron, fue el establecimiento de límites respecto de la propiedad –directa o indirecta– sobre las acciones de la bolsa.

En este contexto, el proceso de desmutualización de la BVL sólo conllevó un cambio de su forma legal (de una asociación civil sin fines de lucro a una sociedad anónima) y, en ningún caso, implicó un cambio significativo en su estructura de gobierno. En efecto, el único cambio ha sido el del certificado de participación –membresía– en la bolsa por acciones; sin embargo, los agentes de intermediación aún mantienen el control absoluto de la bolsa. Con relación a la estructura corporativa de la BVL, no existe ningún cambio real con respecto a sus órganos corporativos a efectos de lidiar con cualquier existente o potencial conflicto de intereses.

En consecuencia, el resultado es que tenemos que enfrentar conflictos de intereses propios de su anterior forma legal, que en algunos casos se han intensificado, así como también lidiar con los conflictos de intereses propios de una sociedad con fines de lucro, en un escenario donde la BVL tiene poca o ninguna competencia doméstica y donde su posición monopólica ha sido favorecida por límites impuestos a la propiedad de sus acciones y otras normas legales, especialmente aquéllas relacionadas al listado obligatorio de un número importante de emisores.

²⁹ LMV. Artículos 131, 132.

³⁰ LMV. Artículos 131, 227 y 230.

³¹ LMV. Artículo 146.

³² LMV. Artículo 132.

³³ LMV. Artículo 131.

Finalmente, es importante mencionar que dado que las obligaciones, responsabilidades y funciones de la BVL como entidad autorregulada se encuentran en la LMV, cualquier modificación de aquellas requiere la aprobación del Congreso de la República. Sin embargo, esto no implica que CONASEV no pueda adoptar alguna medida a efectos de reducir o eliminar aquellos conflictos de intereses, siempre que dichas medidas se encuentren dentro del marco legal vigente.

III. LA ACTUACIÓN DE LA BOLSA DE VALORES DE LIMA COMO ENTIDAD AUTORREGULADA: SEÑALES DE ADVERTENCIA Y PRINCIPALES CONFLICTOS DE INTERESES

En esta sección se intentará identificar los principales conflictos de intereses que existen en el Mercado de Valores peruano –tomando en cuenta la extensiva literatura³⁴– sobre conflictos de intereses existentes en una entidad autorregulada con o sin fines de lucro, la actuación de la BVL en los últimos años³⁵, y las particularidades del Mercado de Valores peruano así como el marco normativo vigente.

Para tales efectos, se dividirá esta sección considerando las principales funciones de la BVL como entidad autorregulada. A su vez, se subdividirá cada una de estas funciones sobre la base de los principales actores en el mercado de valores, teniendo en cuenta, de un lado, el interés de los accionistas de la bolsa de valores y, del otro lado, la protección del inversionista como principal objetivo.

Por último, es importante mencionar que no se abordará ningún conflicto de intereses o problema que resulte de la negociación entre diferentes mercados, dado que en el mercado de capitales peruano existe un único mercado organizado.

1. Facultad reguladora

En general, es posible afirmar que la desmutualización de las bolsas de valores genera nuevos conflictos de intereses, los cuales surgen como consecuencia de operar la bolsa como un negocio y, a la vez, brindar un servicio al público y cumplir un rol de protección del interés público. Una parte de esos conflictos de intereses está relacionada al rol de la bolsa como regulador de su propio mercado.

1.1. Emisores

Respecto a los emisores, la literatura señala que el principal conflicto de interés consiste en que la bolsa de valores pueda tender a relajar los requisitos para el listado de los valores o los estándares de gobierno corporativo en razón de que un mayor número de empresas listadas significa mayores ingresos³⁶.

Al respecto, es posible afirmar que aun cuando esta clase de conflictos de intereses está presente, esto no es un asunto de preocupación relevante en el mercado de valores peruano dado que, en primer lugar, la BVL no puede establecer requisitos para el listado de valores por sí misma. En efecto, como se ha mencionado previamente, cualquier propuesta normativa por parte de la BVL requiere necesariamente la aprobación de CONASEV. En consecuencia, la entidad gubernamental reguladora se convierte en la garante de estándares adecuados para el listado de valores.

En segundo lugar, los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas no son de uso obligatorio para las empresas listadas. Las sociedades sólo tienen que revelar si están cumpliendo o no con los referidos principios y de estar haciéndolo, deben –adicionalmente– calificar su grado de cumplimiento. En este sentido, actualmente la BVL no cumple ningún rol en relación con el establecimiento de los mencionados principios, y, de ser el caso, con su aplicación.

³⁴ Sobre conflictos de intereses en las bolsas desmutualizadas, véase:

(i) FLECKNER, Andreas. "Stock Exchanges at the Cross Roads: Competitive Challenges-Reorganization-Regulatory Concerns". Harvard, Jhon M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows. Discussion Paper Series. Octubre de 2005. Discussion paper 6. Disponible en: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/.
(ii) Technical Committee of IOSCO. "Issues Paper On Exchange Demutualization". Junio de 2001.
(iii) CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*.
(iv) Securities Industry Association. "Reinventing Self Regulation: White Paper for the Securities Industry Association". En: http://www.sia.com/market_structure/html/siawhitepaperfinal.htm
(v) Securities Exchange Commission. Nota 24, *supra*.
(vi) HAYAT, Usman. "Conflicting Interests in Demutualization". En: <http://www.dawn.com/2005/02/28/eb5.htm>.

³⁵ Es importante indicar que, en algunos casos, en la medida en que no existe información consolidada disponible sobre las acciones o decisiones de la BVL, algunas de las afirmaciones sobre el desempeño de la BVL como entidad autorregulada no son más que inferencias. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las afirmaciones efectuadas están respaldadas por hechos verificables.

³⁶ HAYAT, Usman. Nota 34, *supra*.

En suma, existe un mecanismo que reduce el conflicto de intereses existente que unido al interés de la BVL de mantener una buena reputación³⁷ contrarresta, de alguna manera, el incentivo de la BVL para relajar la regulación.

Sin embargo, es importante indicar que el principal problema relacionado con la regulación respecto de los emisores es la falta de una voluntad seria por parte de la BVL para proponer una normativa correspondiente debido, fundamentalmente, a su posición monopolística, como se explicará más adelante.

Adicionalmente, en el caso de los emisores, dicha posición monopolística es fortalecida por la existencia de lo que se conoce como “emisores cautivos”. En efecto, como se explicó previamente, un número relativamente importante de emisores deben listar sus valores en la bolsa. En tal sentido, y considerando que existe una única bolsa de valores, dichos emisores deben mantener sus valores listados independientemente de los estándares o requisitos de listado existentes. En otras palabras, la BVL no tiene los incentivos suficientes para proponer requisitos adecuados de listado. En consecuencia, la calidad de los estándares para el listado termina siendo irrelevante.

Otra norma legal que fortifica la posición monopólica de la BVL es el artículo 83 de la LMV, que establece que las acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores deben listar en alguna rueda de bolsa. Nuevamente, dado que existe una única bolsa de valores, tenemos el mismo resultado: la no existencia de suficientes incentivos a efectos de que la BVL proponga estándares adecuados de listado.

1.2. Sociedades agentes de bolsa

Respecto de las sociedades agentes de bolsa, el potencial conflicto de intereses es relajar las normas sobre todos los aspectos que involucran la intermediación de valores.

Esto comprende la regulación sobre los miembros de la bolsa: regulación sobre las calificaciones

financieras mínimas que deben tener los *brokers* y *dealers*, y las reglas de mercado: reglas de conducta sobre los *brokers* y *dealers* a efectos de conservar a sus clientes así como de atraer nuevas órdenes de compra y venta de valores³⁸, lo que, a su vez, garantiza mayor liquidez y, en consecuencia, una ejecución de órdenes más económica y rápida³⁹.

Sobre el particular, es importante mencionar que la U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)⁴⁰ ha evidenciado el conflicto de intereses que el personal de las bolsas de valores tiene que enfrentar dado que son responsables de obligaciones propias de una entidad autorregulada, y, a la vez, son parte de una organización de negocios competitiva.

En el mercado de capitales peruano, el problema no es el establecimiento de estándares de bajo nivel en la regulación sobre agentes de intermediación como consecuencia de la existencia de un mercado competitivo, sino, más bien, como consecuencia de que la bolsa de valores tiene una posición monopólica. En efecto, es esa situación de monopolio la que agrava los conflictos de intereses. Veamos.

Aunque la literatura ha señalado que, actualmente, las bolsas de valores tienen que enfrentar la competencia de mercados de valores extranjeros, y que “en el nuevo entorno, las bolsas no son más monopolios, sino que deben operar como eficientes organizaciones de negocios”⁴¹, es posible afirmar que la BVL es aún un monopolio. En efecto, la BVL tiene poca o ninguna competencia doméstica y la competencia de los mercados extranjeros no es suficientemente relevante.

Como antes se mencionó, la BVL no es un monopolio legal, pero sí un monopolio de hecho⁴² dado que: (i) existen altos costos de entrada (requerimientos legales tales como capital mínimo, la constitución de garantías, número mínimo de sociedades agentes de bolsa, costos de autorregulación, etcétera); (ii) la competencia en la negociación que la BVL tiene que enfrentar es de menor importancia considerando que la BVL

³⁷ La reputación de las bolsas de valores ha sido invocada por las propias bolsas y por la literatura especializada como un elemento que alinea el interés comercial de la bolsa con el interés público. En otras palabras, si las bolsas de valores no son capaces de garantizar la calidad de los emisores que listan en su mercado, en el largo plazo, ello repercutirá desfavorablemente en su negocio.

³⁸ Securities Exchange Commission. Nota 24, *supra*.

³⁹ ELLIOTT, Jennifer. “Demutualization of Securities Exchanges: A Regulatory Perspective”. 2002. p. 9.

⁴⁰ Securities Exchange Commission. Nota 24, *supra*.

⁴¹ Traducción Libre. AGGARWAL, Reena. “Demutualization and Corporate Governance of Stock Exchanges”. 2002. p. 8.

⁴² Algunos de estos argumentos surgieron cuando se discutió si CONASEV debía o no continuar aprobando las tarifas de la BVL.

es propietaria del 50% de las acciones del DATATEC⁴³ y que en este mecanismo se negocia principalmente deuda soberna; y, (iii) debido a la existencia de beneficios tributarios para los inversionistas que optan por negociar a través de la bolsa.

Con relación a la competencia extranjera, aun cuando se ha afirmado que “los servicios –alguna vez ofrecidos exclusivamente por la bolsa de valores local– están actualmente disponibles en cualquier lugar, generando competencia por el flujo de órdenes de compra y venta de valores y por el listado de valores”⁴⁴, es posible sostener que en el caso del mercado de valores peruano la competencia proveniente de mercados extranjeros no es relevante por, al menos, las siguientes razones:

- (i) Sólo pocas compañías peruanas han decidido listar sus valores en otras bolsas de valores extranjeras. Adicionalmente, estas compañías han emitido, por ejemplo, ADRS. De este modo, mantienen el listado de sus valores en ambas bolsas. En este sentido, la BVL no pierde necesariamente esos emisores. Adicionalmente, es importante mencionar que la potencial pérdida de emisores es menor dado que sólo las grandes compañías pueden acceder a bolsas como la *New York Stock Exchange* (NYSE) u otras bolsas de reconocido prestigio.
- (ii) En el caso de las sociedades agentes de bolsa sucede algo similar, ya que éstas, generalmente, no tienen el conocimiento y la experiencia suficiente para ser parte o participar en otras bolsas extranjeras. En algunos casos, no pueden satisfacer los estándares para ser calificados como *brokers* o *dealers* en mercados de valores extranjeros.
- (iii) Los inversionistas no institucionales del mercado de valores peruano no tienen la suficiente cultura bursátil para invertir en mercados sofisticados, y en el caso de los inversionistas institucionales tales como las AFPs, tienen límites para invertir en valores mobiliarios extranjeros.

De lo expuesto, se evidencia la posición monopólica que posee la BVL, la cual es favorecida por

la imposición de límites en la propiedad de sus acciones. En efecto, las restricciones en la propiedad de las acciones de las bolsas impiden⁴⁵ la adquisición de la bolsa de valores local por parte de una bolsa de valores o compañía extranjera⁴⁶, lo cual a su vez –de acuerdo con la literatura sobre gobierno corporativo–, incrementa los costos de agencia respecto de la administración de la bolsa, dado que no existe la amenaza de una potencial adquisición cuando la bolsa opere de manera ineficiente.

En este contexto, la BVL tiene fuertes incentivos para ofrecer productos y servicios de baja calidad. En nuestro caso, esto podría significar mínima o ninguna regulación o, en el mejor escenario, el relajamiento de la regulación sobre las sociedades agentes de bolsa a efectos de reducir costos y maximizar rentabilidad.

De este modo, es probable que la estrategia de la BVL no sea atraer nuevas sociedades agentes de bolsa, dado que el grado de desarrollo del mercado de capitales peruano no lo permite, sino que su principal objetivo sea el incremento del volumen de las transacciones, estableciendo una regulación sobre las sociedades agentes de bolsa más flexible y haciendo que la regulación sobre la negociación no se convierta en un obstáculo para lograr dicho incremento.

Sin embargo, lo importante a efectos de poder afirmar que en el mercado de valores peruano se verifican conflictos de intereses vinculados a la regulación sobre las sociedades agentes de bolsa y sobre la negociación, no es especular sobre cuáles son los motivos o estrategias de la BVL, sino tener en cuenta, al menos, algunos hechos que estarían evidenciando que la BVL no ha cumplido con su rol como regulador.

En efecto, poco tiempo después de que la BVL se convirtiera en una organización con fines de lucro (enero de 2003) se suponía que la BVL tenía como obligación remitir las correspondientes propuestas normativas⁴⁷ sobre las sanciones que podrían ser impuestas a los miembros de su Directorio; los derechos y obligaciones de los emisores y agentes de intermediación y negociación; el registro y

⁴³ BVL. Nota 8, *supra*. p. 23.

⁴⁴ Traducción Libre. ELLIOTT, Jennifer. Nota 39, *supra*. p. 8.

⁴⁵ Sin embargo, los límites a la propiedad pueden servir a varios otros propósitos, incluyendo (...) (i) limitar el potencial conflicto de intereses entre los accionistas y los intereses de los miembros de la bolsa; y, (ii) mantener el control sobre los potenciales conflictos de intereses entre el interés público y las obligaciones de regulación de las bolsas, y los intereses de los accionistas (traducción libre). CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 19.

⁴⁶ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*.

⁴⁷ Resolución CONASEV 030-2003-EF/94.10. Artículo 4. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200300030&p_codseccion=V.

listado de los valores mobiliarios; el procedimiento a seguir en el caso de disputas entre sus miembros y entre tales miembros y sus clientes; así como también remitir la regulación sobre la constitución, reposición, aplicación y funcionamiento del Fondo de Garantía. La fecha límite que CONASEV⁴⁸ estableció para dicha obligación fue diciembre del 2003.

No obstante, hasta la fecha, existe un mínimo cambio normativo en esas materias. La principal razón es que la BVL no ha cumplido con remitir las correspondientes propuestas normativas o, en el mejor de los casos, habiéndolas remitido, éstas estuvieron incompletas, por lo que fueron observadas por CONASEV. Finalmente, dichas observaciones no se subsanaron, o la subsanación no fue completa.

De manera específica, algunos ejemplos de lo descrito fueron:

- (i) El reglamento sobre los agentes de intermediación, el cual regula –entre otros temas– los derechos y obligaciones de los agentes de intermediación y que, en principio, se supone debía ser el resultado, fundamentalmente, de una propuesta normativa a elaborarse por la BVL. Sin embargo, tomando en cuenta el poco avance de la propuesta normativa, el tiempo transcurrido, y las necesidades del mercado, CONASEV decidió elaborar dicha propuesta normativa. Dicho proyecto de reglamento ha sido recientemente puesto a disposición del público (febrero de 2006⁴⁹). Actualmente, su aprobación se encuentra pendiente.
- (ii) La extensión concedida a la BVL (hasta mayo de 2004⁵⁰) a efectos de que presente una propuesta integral sobre la administración de garantías que deben constituir las sociedades agentes de bolsa con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de su participación en el mercado de valores. La extensión fue concedida dado que la BVL había

incumplido con presentar una propuesta integral a efectos de regular dichas garantías. Adicionalmente, es importante mencionar que CONASEV decidió, finalmente, remplazar a la BVL en dicha tarea, y en su rol de supervisor y administrador de dichas garantías⁵¹. Esto último obedeció al surgimiento de un serio conflicto de intereses en una determinada situación que se explicará más adelante.

- (iii) Las observaciones formuladas a la propuesta normativa sobre derechos y obligaciones de los emisores no han sido, a la fecha, subsanadas de manera apropiada.

Adicionalmente, existen dos conflictos de intereses que son comunes a la regulación sobre emisores y agentes de intermediación. El primero es la potencialidad de inadecuados fondos para la regulación en la medida en que si la bolsa de valores reduce gastos⁵², ello incrementa las utilidades⁵³. En este caso, el conflicto de intereses se verifica respecto de los accionistas. En efecto, cuando más fondos son asignados a la regulación, el resultado es menores dividendos para los accionistas⁵⁴.

Con respecto a dicho conflicto de intereses, de acuerdo con la Memoria Anual de la BVL⁵⁵, la bolsa no recibe ingresos por sus servicios de regulación. Es probable que esto suceda porque lo contrario podría implicar que las sociedades agentes de bolsa –quienes tienen el control de la BVL– asuman un costo adicional en el que, probablemente, no están dispuestas a incurrir.

Adicionalmente, nótese que existe un mayor conflicto de intereses cuando los *brokers* o *delares* controlan la bolsa, dado que ellos no sólo favorecen la asignación de menores fondos o la no asignación de fondos para la regulación, sino porque además tienen un interés en limitar el ámbito de dicha regulación⁵⁶.

En efecto, la renuencia de los propietarios de la BVL (las sociedades agentes de bolsa) para

⁴⁸ Véase : Resolución CONASEV 030-2003-EF/94.10. Artículo 4.

⁴⁹ Véase: http://www.CONASEV.gob.pe/acercade/Acer_consultaCiudadana.asp.

⁵⁰ Resolución CONASEV 028-2004-EF/94.10. Artículo 1. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200400028&p_codseccion=V.

⁵¹ Resolución CONASEV 092-2004-EF/94.10. Artículo 1. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200400028&p_codseccion=V.

⁵² FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 51.

⁵³ Ibid. p. 48. CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p.12. ELLIOTT, Jennifer. Nota 39, *supra*. p.16.

⁵⁴ “Una de las principales preocupaciones entre los reguladores es que el intento por maximizar utilidades y valor para los accionistas por parte de las bolsas de valores desmutualizadas sea a expensas de reducir la autorregulación y la supervisión” (traducción Libre). AGGARWAL, Reena. Nota 41, *supra*. p. 12.

⁵⁵ BVL. Nota 11, *supra*. p. 3. Para mayores detalles sobre tarifas, véase: <http://www.BVL.com.pe/english/index.html>.

⁵⁶ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*.

destinar recursos a la regulación no es sólo debido a la potencial reducción de las utilidades a recibir como accionistas, sino también a la potencial reducción de sus utilidades como sociedades agentes de bolsa, dado que la regulación podría incrementar sus costos así como también podría recortar los beneficios provenientes de una regulación flexible.

En suma, esta situación, junto con la posición de monopolio que la BVL ostenta, intensifica los conflictos de intereses dado que la BVL no tiene intención alguna o interés en proponer adecuados niveles de regulación a efectos de lograr ser una entidad más competitiva.

El segundo conflicto de intereses es el incentivo para sobre-regular. En este caso, dado que las bolsas pueden imponer multas que, en muchos casos, incrementan su propio patrimonio, existe una tendencia natural o incentivo a sobre-regular e incrementar tanto el número como el monto de las multas⁵⁷.

Con relación a los incentivos para la sobre-regulación, ese potencial conflicto de intereses no es uno real en razón de que, de acuerdo con el marco legal peruano, las multas impuestas no incrementan el patrimonio de la BVL. Las multas tienen como destino el Fondo de Garantía⁵⁸, el cual no forma parte del patrimonio de la BVL.

Finalmente, es justo mencionar que la BVL ha mostrado cierta actividad a efectos de proponer o, en su caso, emitir normas complementarias sobre la negociación en bolsa. Sin embargo, es probable que dichas normas tiendan a favorecer a las sociedades agentes de bolsa en lugar de proteger los intereses de sus clientes o inversionistas en general, debido a que es posible identificar conflictos de intereses derivados, principalmente, del hecho de que las aquéllas controlan la bolsa.

1.3. Competidores

La literatura ha señalado como principal conflicto de intereses la emisión de reglas en contra de

otras entidades competidoras⁵⁹ –entiéndase mecanismos alternativos de negociación– o la sobre-regulación de los miembros que operan en mercados que compiten con el propio mercado de la entidad autorregulada por el flujo de ordenes de compra y venta de valores mobiliarios⁶⁰.

Sobre el particular, dado que la BVL difícilmente enfrenta competencia doméstica o extranjera, esta clase de conflictos de intereses no ocurre en el mercado de capitales peruano.

2. Facultad de administración de las normas y de supervisión

2.1. Emisores

El conflicto de intereses identificado por la literatura especializada consiste en reducir la supervisión sobre la revelación de información por parte de las compañías listadas así como evitar deslistar los valores mobiliarios, dado que el objetivo de las bolsas es atraer y mantener listadas el mayor número de compañías⁶¹. Además, la bolsa podría evitar algunas acciones de supervisión como la suspensión de la negociación de un valor en razón de que esta medida podría implicar la pérdida de ingresos⁶².

Respecto a la supervisión de revelación de información por parte de los emisores, es justo mencionar que la BVL, específicamente el área de Emisores e Información Bursátil, viene realizando una buena labor. La BVL constantemente supervisa las obligaciones de remisión de información por parte de los emisores, reportando eficientemente a CONASEV el no-cumplimiento de la ley por parte de los éstos.

En este aspecto, parece no existir conflicto de intereses alguno. Esto puede ser explicado porque de acuerdo con las normas vigentes⁶³, la única obligación de la BVL es reportar a CONASEV el incumplimiento de las normas sobre revelación de información por parte de los emisores, sin embargo, no tiene la facultad de sancionarlos. Adicionalmente, es importante indicar que los

⁵⁷ FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 50. HAYAT, Usman. Nota 34. p. 2.

⁵⁸ Véase: LMV, artículos 162 y 163. El Fondo de Garantía está constituido por las contribuciones efectuadas por las sociedades agentes de bolsa y por las multas que la bolsa imponga. Su finalidad es garantizar, hasta el límite de dicho fondo, todas las obligaciones de las sociedades agentes frente a sus comitentes en relación con operaciones y actividades dentro y fuera de la rueda de bolsa, cuando estas han sido inadecuadamente realizadas. Las sociedades agentes de bolsa deben reintegrar al Fondo las cantidades repuestas a los comitentes más los intereses y penalidades correspondientes. El Fondo de Garantía no forma parte del patrimonio de la bolsa.

⁵⁹ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*.

⁶⁰ Securities Exchange Commission. Nota 24, *supra*. p.11.

⁶¹ Ibid. p. 8. CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p.109.

⁶² HAYAT, Usman. Nota 34, *supra*. p. 2.

⁶³ Véase: Resolución CONASEV 86-1998-EF/94.10. Artículos 3 y 7.

reportes que la BVL remite a CONASEV no son de carácter público, en consecuencia, no existe forma de que los emisores puedan percibir que la BVL está actuando en contra de ellos.

Sin embargo, existe al menos un aspecto donde algún conflicto de intereses existe. Esto sucede cuando la BVL tiene que verificar los requisitos legales a efectos de listar valores mobiliarios en la rueda de bolsa a solicitud de nuevos emisores.

De acuerdo con las normas vigentes⁶⁴, dichos requisitos están básicamente relacionados a la revelación de información sobre el emisor y los valores, teniendo CONASEV la decisión final⁶⁵ sobre el listado y la inscripción de los valores mobiliarios en el Registro Público del Mercado de Valores. En consecuencia, CONASEV tiene que revisar el expediente y la decisión de la BVL sobre listado de un nuevo valor mobiliario.

En este contexto, es fácilmente observable⁶⁶ que la BVL no ha cumplido con su obligación de manera satisfactoria. En otras palabras, la bolsa no ha hecho y no está haciendo una adecuada verificación del cumplimiento de los requisitos legales para el listado de nuevos valores mobiliarios. En efecto, la mayoría de veces, CONASEV detecta la falta de información o el no-cumplimiento de los otros requisitos para el listado al momento de revisar los expedientes que la BVL supuestamente ha previamente verificado. En consecuencia, es posible inferir que el objetivo de la BVL es tener un mayor número de compañías listadas, independientemente de si éstas cumplen o no los requisitos legales para el listado.

Con relación al deslistado de valores mobiliarios, dado que la BVL no tiene competencia para decidir sobre el deslistado de un valor como consecuencia de la imposición de alguna sanción a los emisores, no surge un conflicto de intereses de manera relevante e inmediata, a no ser por la baja posibilidad de no reportar oportunamente el cumplimiento de las normas de revelación de información por parte de los emisores.

Respecto de la facultad para suspender la negociación de un valor, aun cuando no existe una base de datos consolidada sobre las suspensiones efectuadas en los últimos años, es posible afirmar que esta facultad ha sido escasamente utilizada por el Director de Rueda de Bolsa. La pregunta que surge es si esta situación se ha dado porque no ha existido la necesidad de hacerlo o porque la BVL no está supervisando adecuadamente el mercado. En este caso, la bolsa es consciente de que suspender la negociación del valor podría implicar una potencial pérdida de una fuente de ingresos: los provenientes de la negociación del valor.

Sin embargo, de un lado, es difícil afirmar lo último de manera categórica. De otro lado, es ingenuo pensar que el mercado de valores peruano ha estado funcionando perfectamente y que, en consecuencia, no ha existido la necesidad de suspender la negociación de ningún valor durante todo este tiempo. En consecuencia, dejaré en este aspecto que el lector saque sus propias conclusiones.

Finalmente, respecto al listado de las acciones de la bolsa en su propio mercado, la literatura señala que el potencial conflicto de intereses consiste en que las bolsas no son lo suficientemente imparciales a efectos de aplicar el marco normativo (requisitos de listado, tarifas de listado, decisión acerca del deslistado, normas sobre la negociación, suspensión de la negociación valor y levantamiento de dicha medida) a sí mismas y en la misma forma que lo harían respecto de otros emisores⁶⁷.

En nuestro caso, no existen mayores problemas con relación a los requisitos de listado y decisión sobre el deslistado de las acciones de la BVL, en razón de que los requisitos para el listado de cualquier valor mobiliario son establecidos mediante reglas generales que se aplican a todos en la misma forma, y porque la BVL, como previamente se mencionó, no establece requisitos de listado por sí misma ni tiene la facultad de sancionar a los emisores. En otras palabras, lo último implica que la decisión sobre el deslistado

⁶⁴ Reglamento de Inscripción y Exclusión de Valores de la Rueda de la Bolsa de Valores de Lima aprobado por Resolución CONASEV 125-1998-EF/94.10. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200300030&p_codseccion=V.

⁶⁵ Véase: Reglamento del Registro Público del Mercado de Valores aprobado por Resolución CONASEV 079-1997-EF/94.10. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200300030&p_codseccion=V.

⁶⁶ En la mayoría de los expedientes de listado de valores mobiliarios, los cuales son de acceso al público, es posible observar que CONASEV, por lo general, ha formulado observaciones al expediente. De otro lado, es importante mencionar que la BVL solía indicar en su Boletín Diario que el expediente de listado había sido objeto de observaciones por CONASEV, razón por la cual el listado de valores se encontraba pendiente de verificarse. Actualmente, en el Boletín Diario de la BVL, en la sección de listados, sólo aparece que el estado del expediente está pendiente, pero no se especifica la razón de ello. Véase: <http://www.BVL.com.pe/>.

⁶⁷ FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 57. CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 16.

de las acciones de la BVL como consecuencia de una sanción es responsabilidad de CONASEV.

El único potencial conflicto de intereses podría estar en la aplicación de las normas sobre la negociación, puesto que existiría un evidente conflicto de intereses en supervisarse a sí misma como emisor. Sin embargo, actualmente este conflicto de intereses no es relevante porque las acciones de la BVL no se negocian de manera frecuente.

2.2. Sociedades agentes de bolsa

En este aspecto, la doctrina ha identificado como principales conflictos de intereses los siguientes: (i) reducir los costos de supervisión del mercado dado que no se generan beneficios directos⁶⁸; y, (ii) establecer un bajo control de riesgos para la administración del riesgo de incumplimiento de la contraparte con el fin de incrementar el volumen de negociación⁶⁹. Adicionalmente, en ambos casos, la literatura especializada ha afirmado que esta clase de conflictos de intereses podría incrementarse cuando el emisor o los agentes de intermediación son al mismo tiempo los accionistas de control de las bolsas. Por ejemplo, podrían conseguir un trato especial que podría reflejarse en la extensión de la fecha límite para el cumplimiento de obligaciones o gozar del beneficio de una favorable supervisión⁷⁰.

Igualmente, la literatura ha señalado que en el caso de monopolio u oligopolio, la bolsa de valores podría abusar de su poder, cobrando en exceso a los *brokers* y *dealers* o emisores⁷¹, u ofreciendo productos y servicios de baja calidad⁷².

Respecto de estos conflictos de intereses, es posible percibir, por ejemplo, al menos dos señales de peligro en la actuación de la BVL que ponen en evidencia que los conflictos de intereses relacionados a la administración de reglas y supervisión podrían ser graves.

La primera de ellas está relacionada al control en la administración del riesgo de incumplimiento de la contraparte. De manera específica, nos referimos al rol de la BVL como supervisor y adminis-

trador de las garantías que las sociedades agentes de bolsa deben constituir a favor de CONASEV con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de su participación en el mercado de valores.

De acuerdo con la LMV⁷³, aquellas garantías tienen carácter intangible y no pueden ser objeto de medida judicial o gravamen. Una de las modalidades de constitución de estas garantías es la prenda sobre determinados valores mobiliarios (valores que cumplen con determinados criterios establecidos por la BVL y CONASEV). En este sentido, las sociedades agentes de bolsa pueden, por ejemplo, constituir una prenda sobre sus acciones emitidas por la propia BVL, las cuales eran valorizadas al 50% de su valor⁷⁴.

En este contexto, y al poco tiempo después de su desmutualización, la BVL fue designada como supervisor y administrador de esa modalidad de constitución de garantías⁷⁵. Asimismo, la mayoría de las sociedades agentes de bolsa (veintinueve de ellas) decidieron preñar sus acciones clase A de la BVL con la finalidad de cumplir con lo dispuesto por la ley.

Sin embargo, al poco tiempo, CONASEV tomó conocimiento de que las acciones emitidas por la BVL y preñadas a favor de CONASEV por un grupo de sociedades agentes de bolsa tenían además una afectación sobre los dividendos a favor de la BVL. Esta última afectación a favor de la BVL se realizó con la finalidad de garantizar un préstamo, el cual había sido otorgado por la BVL a este grupo de sociedades agentes de bolsa⁷⁶.

De lo expuesto, se evidenció que existía un serio conflicto de intereses. De un lado, la BVL tenía la calidad de acreedor, siendo su principal interés asegurarse el pago del préstamo efectuado. De otro lado, la BVL era administrador de las referidas garantías y como tal tenía que vigilar que dichas garantías sean constituidas de acuerdo con lo dispuesto por la ley a efectos de garantizar un adecuado funcionamiento del mercado de valores. Es decir, la BVL tenía que verificar y velar para que

⁶⁸ HAYAT, Usman. Nota 24, *supra*. p. 2.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 53.

⁷¹ *Ibid*. p. 62. HAYAT, Usman. Nota 24, *supra*.

⁷² IOSCO. Nota 7, *supra*. p. 13.

⁷³ LMV. Artículo 136.

⁷⁴ Es importante mencionar que mediante Resolución CONASEV 075-2004-EF/94.10 y Resolución CONASEV 091-2004-EF/94.10 se modificó –incrementándose– el porcentaje de castigo sobre las acciones clase A de la BVL para efectos de su valorización.

⁷⁵ Véase: Resolución CONASEV 030-2003-EF/94.10. Artículo 11.

⁷⁶ Para mayores detalles, véase: Resolución CONASEV 092-2004-EF/94.10.

dichas acciones otorgadas en garantía no tengan ningún gravamen adicional.

Sin embargo, en este contexto, la BVL decidió cautelar sus propios intereses a expensas del interés del público inversionista al permitir que los dividendos de las referidas acciones sean preñados a su favor, aun cuando esto podía ser válidamente calificado como un acto ilegal. En efecto, tal acto podía implicar un incumplimiento con lo dispuesto por la LMV, la cual establece indubitadamente que las garantías otorgadas por las sociedades agentes de bolsa a favor de CONASEV, a efectos de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de su participación en el mercado valores, son intangibles y no pueden ser objeto de medida judicial o gravamen.

Frente a esta situación, CONASEV ordenó a la BVL levantar la prenda a su favor. La BVL, aun cuando expresó no estar de acuerdo con la posición legal de CONASEV, accedió a cumplir con el requerimiento efectuado. Asimismo, CONASEV decidió sustituir⁷⁷ a la BVL, tomando su lugar como regulador, supervisor y administrador de dichas garantías.

La segunda señal de advertencia está relacionada con la obligación de la BVL de supervisar el mercado de valores. En este caso, de la lectura de las resoluciones de la BVL y de CONASEV mediante las cuales se han impuesto sanciones a las sociedades agentes de bolsa, es posible inferir que la actuación de la BVL⁷⁸ respecto a la supervisión del mercado no ha sido eficiente. En efecto, si se revisan dichas resoluciones, es posible notar que la mayoría de sanciones impuestas a las sociedades agentes de bolsa son el resultado de investigaciones efectuadas ante reclamos de los inversionistas o de investigaciones que CONASEV ha realizado de oficio, pero no necesariamente de los esfuerzos de supervisión por parte de la BVL.

Por otro lado, es importante mencionar que las principales y más graves conductas infractoras a las normas del mercado de valores tales como los

casos de información privilegiada, manipulación de precios, y en general, casos de fraude al mercado han sido detectados en la mayoría de veces por los inversionistas o CONASEV, pero muy raramente por la BVL.

Finalmente, es posible afirmar que no existe posibilidad de que la BVL pueda abusar de su posición de monopolio a efectos de cobrar en exceso a los agentes de intermediación o emisores ya que, de acuerdo con la LMV, CONASEV tiene la obligación de aprobar las tarifas que la BVL⁷⁹ cobra por los servicios que presta.

2.3. Competidores

Con respecto a los conflictos de intereses que surgen respecto de los competidores, las bolsas de valores podrían denegar el listado de un competidor, suspender la negociación de sus valores o decidir injustamente deslistarlos, cobrar tarifas excesivas, o supervisar parcializadamente a un *broker* o *dealer* que brinda servicios de negociación que compiten con los brindados por ellas⁸⁰. Asimismo, las bolsas de valores podrían decidir favorecer a un emisor con el que tienen relaciones de negocios⁸¹.

En el mercado de valores peruano, esta clase de conflictos de intereses no surge dado que los "competidores" de la BVL, tales como el DATATEC, no están sujetos a la regulación o supervisión de la BVL. En efecto, la LMV⁸² no requiere que estos sistemas alternativos de negociación listen sus acciones en la BVL o se sometan a su ámbito de supervisión.

No obstante, es importante indicar que sólo en la medida en que estos sistemas alternativos de negociación califiquen como mecanismos centralizados de negociación de acuerdo a la definición establecida en la LMV y alcancen un significativo nivel de desarrollo, surgiría la obligación de solicitar su autorización de funcionamiento a la CONASEV y quedarían sujetos a su ámbito de supervisión, pero en ningún caso estarían bajo la supervisión de la BVL.

⁷⁷ Véase: Resolución CONASEV 092-2004-EF/94.10. Artículos 1 y 2.

⁷⁸ Para mayor detalle sobre las sanciones impuestas a las sociedades agentes de bolsa por la BVL y CONASEV, véase: <http://www.BVL.com.pe/> y <http://www.CONASEV.gob.pe/normas/Resoluciones.asp?txtAnio=&txtSubtipo=01>

⁷⁹ Véase: LMV, Artículo 145.

⁸⁰ FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. pp. 54-62.

⁸¹ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p.14.

⁸² Véase: LMV. Artículo 110 y siguientes.

3. Facultad sancionadora

3.1. Emisores

Las bolsas de valores podrían ser renuentes a imponer sanciones por el no-cumplimiento de los estándares de listado o las normas sobre gobierno corporativo dado que esto podría reducir sus ganancias derivadas del listado de valores mobiliarios.

En el caso del mercado de valores peruano, los conflictos de intereses de este tipo no se verifican, dado que –como antes se mencionó– la BVL no tiene facultad sancionadora respecto de los emisores y porque la aplicación de los Principios de Buen Gobierno Corporativo no es obligatoria para las sociedades peruanas.

3.2. Sociedades agentes de bolsa

Con relación a los conflictos de intereses respecto de las sociedades agentes de bolsa y emisores, las bolsas de valores podrían ser renuentes a tomar acciones contra ellas, dado que ambos podrían constituir su principal fuente de ingresos. En efecto, en el caso de los *brokers* o *dealers* las bolsas de valores no quieren perder ingresos como consecuencia de un menor volumen negociado, y respecto de los emisores no quieren perder los significativos ingresos provenientes del listado de valores⁸³.

En el mercado de valores peruano sólo resulta relevante analizar dichos conflictos de intereses respecto de las sociedades agentes de bolsa, más no respecto de los emisores, en la medida que la BVL no cuenta con facultades de sanción respecto de ellos.

Respecto de las sociedades agentes de bolsa, los mencionados conflictos de intereses son agravados por el hecho de que dichas sociedades agentes de bolsa permanecen como los accionistas mayoritarios y de control de la BVL. En otras palabras, actualmente no existe un cambio en la propiedad o reforma en la estructura de gobierno de la bolsa a efectos de reducir la influencia de las sociedades agentes de bolsa en la bolsa.

En efecto, las sociedades agentes de bolsa como accionistas de la BVL eligen a los miembros del

Directorio de la BVL y este, a su vez, nombra⁸⁴ a los miembros de los órganos sancionadores de la BVL como la Cámara Disciplinaria, Cámara Arbitral y la Cámara de Controversias. En consecuencia, la facultad de sanción de la BVL equivale casi a requerir que las sociedades agentes de bolsa se impongan sanciones a ellas mismas.

En este escenario, es posible afirmar que es difícil que la BVL decida sancionar severamente a sus propios accionistas (sociedades agentes de bolsa). Dicha afirmación puede ser inferida de algunas de las acciones de la BVL, tales como:

- (i) Los comunes retrasos en resolver los reclamos de los comitentes en contra de las sociedades agentes de bolsa.
- (ii) La noimposición adecuada de sanciones contra las sociedades agentes de bolsa por serias infracciones a la LMV. Esto puede apreciarse de la comparación de las sanciones impuestas por CONASEV actuando como órgano de apelación *versus* las sanciones impuestas por la BVL actuando como órgano de primera instancia.
- (iii) La poca disposición de la BVL para ejecutar el Fondo de Garantía.

De acuerdo con la LMV⁸⁵, el Fondo de Garantía se constituye por las contribuciones efectuadas por las sociedades agentes de bolsa y las multas que la bolsa imponga a estas. Su finalidad es garantizar hasta el límite de dicho fondo la reposición de los fondos o valores a los comitentes de las sociedades agentes de bolsa, cuando una transacción ha sido inadecuadamente realizada por aquéllas. Asimismo, las sociedades agentes de bolsa deben reintegrar al Fondo de Garantía las sumas pagadas por éste a los comitentes, más los intereses y las penalidades correspondientes.

En este aspecto, el conflicto de intereses es obvio. La BVL podría querer evitar ordenar la ejecución del Fondo de Garantía en la medida en que esto conlleva no sólo a requerir la reposición de los fondos utilizados, sino, además, requerir el pago de intereses y penalidades correspondientes a sus miembros.

Esta actitud renuente de la BVL a efectos de ordenar ejecutar el Fondo de Garantía, puede ser válida-

⁸³ FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 49. Securities Exchange Commission. Nota 34, *supra*. p. 8.

⁸⁴ Véase: Resolución CONASEV 87-1998-EF/94.10. Artículos 14, 22 y 41.

⁸⁵ Véase: LMV. Artículos 162 y 163. El Fondo de Garantía no forma parte del patrimonio de la BVL.

mente inferida, por ejemplo, de las interpretaciones sobre las disposiciones del Reglamento del Fondo de Garantía⁸⁶ sostenidas por la BVL, las cuales tenían como objetivo evitar su ejecución o afectarlo en lo mínimo indispensable.

En efecto, por algún tiempo la BVL sostuvo que el Fondo de Garantía no podía ser ejecutado hasta el límite del 30% del patrimonio disponible por sociedad agente de bolsa, sino por un límite menor –3,000 dólares por comitente y 20% del patrimonio disponible del Fondo por sociedad agente de bolsa– a efectos de satisfacer los reclamos en contra de las sociedades agentes de bolsa, si estos reclamos eran resueltos después de que se haya revocado o cancelado la autorización de funcionamiento de dichas sociedades agentes de bolsa, o estas sean declaradas insolventes, o hubiesen adoptado un acuerdo de disolución y liquidación; aun cuando dichos reclamos se hubiesen interpuesto antes que se verificara cualquiera de las situaciones previamente descritas.

Como respuesta a dicha situación, CONASEV, facultada a interpretar administrativamente los alcances de las disposiciones de la LMV y de sus correspondientes normas reglamentarias⁸⁷, interpretó lo opuesto⁸⁸. Sin embargo, la BVL interpuso una demanda a efectos de que el Poder Judicial declare inaplicable la interpretación efectuada por CONASEV. Finalmente, la Corte Suprema resolvió⁸⁹ de manera unánime a favor de CONASEV⁹⁰.

Una situación similar se presentó cuando la BVL sostuvo que sólo era posible ejecutar el Fondo de Garantía cuando exista una resolución administrativa que no sea cuestionada en sede judicial.

En este caso, CONASEV decidió modificar⁹¹ el Reglamento del Fondo de Garantía con el objeto de establecer de modo indubitable la interpretación que era más coherente con el espíritu de la norma. Mediante dicha modificación se estableció expresamente que para ejecutar el Fondo de

Garantía es suficiente una decisión que hubiere agotado la vía administrativa de la Cámara de Controversias de la BVL o de CONASEV actuando como segunda instancia administrativa, independientemente de si ésta es o no objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial.

Por último, a efectos de tener una mejor percepción de la predisposición o no de la BVL para ejecutar el Fondo de Garantía, sería interesante conocer los estados financieros del Fondo de Garantía, los cuales –a la fecha– no están a disposición del público. Sin duda, hubiese sido muy ilustrativo determinar cuántas veces el Fondo de Garantía ha sido ejecutado y cuáles han sido las cantidades involucradas con el fin de comparar dicha información con el número de reclamos interpuestos por los comitentes y los montos de los correspondientes reclamos.

Finalmente, es importante notar que estos particulares conflictos de intereses son agravados por la posición de monopolio de la BVL y por el rol crucial que desempeña en la economía del país. En este sentido, es natural que la BVL pueda tender a considerar esta situación como su mejor escudo protector.

En efecto, aun cuando CONASEV continuamente supervisa y controla la actuación de la BVL y tiene la facultad –en situaciones extremas de infracciones a las normas del mercado de valores– de suspender o revocar la autorización de funcionamiento de la BVL, es poco probable que CONASEV decida adoptar una sanción cuya severidad pueda poner en peligro la viabilidad de la bolsa. Sin duda, la gran limitación para la imposición de sanciones severas a la bolsa es la posición monopólica que ostenta y el rol crucial que la bolsa desempeña en la economía del país⁹². De manera específica, la preocupación reside en las consecuencias políticas y económicas que podrían derivarse si la viabilidad de la única bolsa es puesta en peligro o, en el peor escenario, si la autorización de la bolsa es revocada.

⁸⁶ Véase: Reglamento del Fondo de Garantía de la Bolsa de Valores de Lima aprobado por Resolución CONASEV 060-1998-EF/94.10. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200300030&p_codseccion=V.

⁸⁷ Véase: LMV. Artículo 7.

⁸⁸ Véase: Resolución CONASEV 004-2001-EF/94.10. Disponible en: http://www.CONASEV.gob.pe/sil/Sil_detalle.asp?p_cnorma=RC_0000200300030&p_codseccion=V.

⁸⁹ Véase: Resolución de la Corte Suprema. BVL *versus* CONASEV. Casación 289-2005. Noviembre de 2005.

⁹⁰ Actualmente, CONASEV, con la finalidad de eliminar el referido problema y hacer más expeditiva y equitativa la ejecución del Fondo de Garantía, ha propuesto una modificación integral al Reglamento. El proyecto de Reglamento del Fondo de Garantía está a disposición del público para comentarios en la página web de CONASEV. Véase: http://www.CONASEV.gob.pe/acercade/ConsultaCiudadana/ProyModif_Reglamento_del_Fondo_de_Garantia.pdf.

⁹¹ Véase: Resolución CONASEV 111-2004-EF/94.10.

⁹² Sobre el rol crucial de las bolsas de valores, véase: FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. pp. 8-11.

3.3. Competidores

Las bolsas de valores podrían imponer injustificadas sanciones a los competidores⁹³.

En el mercado de valores peruano, esta clase de conflictos de intereses no se presenta, dado que no existen competidores de la BVL bajo su ámbito de supervisión.

3.4. Balance

En primer lugar y en resumen, es posible afirmar que existen significativos conflictos de intereses que básicamente están relacionados con:

- (i) La falta de disposición de la BVL para regular sobre los emisores y las sociedades agentes de bolsa. En el último caso, el conflicto de intereses se intensifica por el hecho que las sociedades agentes de bolsa controlan la BVL y, en consecuencia, ellas no sólo evitan asignar recursos para la regulación, sino que, además, tratan de limitar el ámbito de la regulación sobre las sociedades agentes de bolsa así como sobre el mercado de valores.
- (ii) La actuación no eficiente de la BVL respecto a la supervisión del mercado y de las sociedades agentes de bolsa, así como respecto a la aplicación de sanciones a las sociedades agentes de bolsa.

En segundo lugar, si tenemos en cuenta que (i) el ámbito de autorregulación concedido a la BVL es amplio, (ii) que las medidas dispuestas por ley o, de ser el caso, adoptadas para reducir o atenuar los conflictos de intereses son mínimas, (iii) que la desmutualización de la BVL no ha implicado un cambio real en su estructura de gobierno, (iv) que la intensidad de la presión competitiva que enfrenta la BVL es casi nula, y (v) que la cultura y trayectoria normativa de la BVL no son algo para sentirse orgulloso⁹⁴, es posible afirmar que el grado o nivel de intensidad de los conflictos de intereses antes descritos es lo suficientemente significativo como para que la situación sea considerada como una preocupación que requiere de una pronta solución.

IV. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE

El escenario descrito nos conduce a reconsiderar la viabilidad del sistema de autorregulación en el mercado de valores peruano. En efecto, si los recursos gubernamentales fuesen ilimitados, algunos podrían sostener como solución práctica la abolición del sistema de autorregulación y la concentración de todas las facultades y atribuciones en el ente supervisor⁹⁵: CONASEV.

Sin embargo, siendo ese un escenario poco realista y, principalmente, porque somos de la opinión que el Estado sólo debe intervenir cuando el mercado funcione de manera peligrosamente ineficiente, a continuación se propone una aproximación alternativa de regulación.

Para tales efectos, trataremos de preservar en la medida de lo posible, los beneficios del sistema de autorregulación tales como: (i) el mejor entendimiento, conocimiento y experiencia que sobre el mercado poseen las bolsas de valores; (ii) la mejor habilidad de las bolsas de valores para identificar conductas ilegales o fraudulentas en el mercado; (iii) la mayor flexibilidad de las bolsas de valores a efectos de adaptar sus reglas ante un ambiente cambiante; (iv) el mayor grado de aceptación por parte de la industria de las normas que emiten las bolsas; y, (v) la estructura de autofinanciamiento de las bolsas⁹⁶.

1. La propuesta

Con un mejor entendimiento de los conflictos de intereses existentes y tomando en cuenta la experiencia de otros países⁹⁷ para abordar dichos conflictos de intereses, así como también las diferentes propuestas formuladas por la SEC⁹⁸ y por la literatura especializada, se proponen algunas modificaciones al régimen vigente, a efectos de eliminar o, al menos, reducir los cruciales conflictos de intereses existentes en el sistema de autorregulación peruano.

⁹³ Ibid. p. 54.

⁹⁴ Los elementos a considerarse para determinar el grado de conflicto de intereses existente han sido tomados de CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 23.

⁹⁵ Esta es una de las soluciones propuestas que aparece en: Securities Exchange Commission. Nota 24, *supra*. p. 46.

⁹⁶ Véase: (i) FLECKNER, Andreas. Nota 34, *supra*. p. 39; (ii) CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 7; (iii) Securities Exchange Commission. Nota 34, *supra*. p. 21; y, (iv) SRO Consultive Committee of IOSCO. "Model for Effective Regulation". pp. 12-13.

⁹⁷ Sobre la experiencia de otros países en manejar conflictos de intereses, véase: (i) AKHTAR, Shamshad. "Demutualization of Stock Exchanges: Problems, Solutions and Cases Studies". En: http://www.adb.org/Documents/Books/Demutualization_Stock_Exchanges/default.asp; (ii) Technical Committee of IOSCO. "Discussion Paper on Stock Exchange". Diciembre de 2000; (iii) IOSCO. Nota 7, *supra*.

⁹⁸ Securities Exchange Commission. Nota 34, *supra*. p. 33.

En términos generales, la propuesta comprende (i) la transferencia –en la medida de lo posible– de algunas funciones de cargo, actualmente, de la BVL a CONASEV; (ii) la modificación de la estructura de gobierno de la BVL o, al menos, el mejoramiento de los controles internos con respecto a la regulación y supervisión del mercado, así como respecto de la aplicación de sanciones; y, (iii) otras medidas complementarias.

De manera específica, la propuesta comprende, al menos, las siguientes medidas:

- a. Transferencia de algunas funciones llevadas a cabo por la BVL a CONASEV

Eliminar la facultad normativa de la BVL respecto de los emisores y sociedades agentes de bolsa y su facultad de supervisar y aplicar sanciones a las sociedades agentes de bolsa. De este modo, dichas funciones pasarían a ser de competencia exclusiva y excluyente de CONASEV.

En el caso de los emisores, CONASEV podría estar a cargo exclusivamente de la regulación y de la aplicación de sanciones. Sin embargo, dado que la actuación de la BVL ha sido eficiente en supervisar a los emisores, dicha atribución debería permanecer su dominio.

Con relación a las sociedades agentes de bolsa, CONASEV podría concentrar las funciones de regulación, supervisión y aplicación de sanciones respecto de todos los aspectos de las sociedades agentes de bolsa distintos a los relacionados a sus actividades en el mercado (especialmente negociación). En otras palabras, la BVL se quedaría con las atribuciones de regular, supervisar y aplicar sanciones respecto de las actividades de negociación de valores mobiliarios que realizan las sociedades agentes de bolsa.

Sin embargo, las atribuciones antes descritas no deberían ser de competencia exclusiva y excluyente de la BVL, sino que por el contrario, CONASEV –como sucede actualmente– debe mantener también aquellas facultades a efectos de reforzar –de ser el caso– el ejercicio de dichas atribuciones por parte de la BVL o de asumir un rol más protagónico en el caso que la bolsa de valores no realice sus funciones de manera eficiente.

De manera comparativa, tenemos que “en la mayoría de países europeos, a las bolsas de valores se les confía la regulación y supervisión del mercado pero no están a cargo de la regulación de los *dealers* en sus aspectos financieros o de negocios”⁹⁹.

Asimismo, la International Organization of Securities Commissions (IOSCO) ha citado como ejemplos los casos del Reino Unido y del Hong Kong. “En el Reino Unido, la *Financial Service Authority* se ha hecho cargo de un gran número de funciones de regulación que eran de cargo de *London Stock Exchange* (LSE), incluyendo el rol de la bolsa como autoridad responsable del listado de valores mobiliarios. En Hong Kong, la bolsa no regula más a los *brokers*, y la regulación sobre las compañías listadas es compartida con el regulador”¹⁰⁰. Otros ejemplos incluyen los casos de México y Francia¹⁰¹.

- b. Modificación de la estructura de gobierno de la bolsa, o al menos, el mejoramiento de los controles internos con respecto –principalmente– a la regulación y supervisión de mercado así como respecto a la aplicación de sanciones por infracciones a las normas de mercado (negociación).

(i) Directorio:

Exigir que la mayoría de los miembros del Directorio de la BVL sean directores independientes con el fin de reducir la influencia de las sociedades agentes de bolsa en el gobierno de la bolsa. Adicionalmente, se debe establecer que el presidente del Directorio sea elegido de entre los directores independientes.

En términos generales, el concepto de “director independiente” debe implicar que el director no tenga relación o asociación alguna con la bolsa, su administración, principales accionistas o con un miembro.

Adicionalmente, es importante mencionar que mientras otros países han considerado conveniente exigir también la designación de directores que representen el interés público por parte del Gobierno, nosotros pensamos que dicha medida no debería adoptarse. En nuestro concepto, existe

⁹⁹ Traducción Libre. ELLIOTT, Jennifer. Nota 39, *supra*. p. 7.

¹⁰⁰ Traducción Libre. IOSCO. Nota 7, *supra*. p. 26.

¹⁰¹ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 22.

un alto riesgo de que se verifique una interferencia gubernamental de carácter negativo que exceda los beneficios de la medida, dado que la mayoría de los gobiernos son muchas veces propensos a interferir políticamente en las bolsas de valores.

Sin embargo, es esencial extraer de la experiencia de otros países la obligación de hacer prevalecer el interés público por parte de la bolsa, estableciendo, como Hong Kong, una regla que establezca indubitadamente que “todo director tiene el deber legal de actuar en beneficio del interés público, y en el caso de cualquier conflicto de intereses debe hacer prevalecer el interés público sobre el interés comercial de la bolsa”¹⁰².

Finalmente, se debe establecer un régimen de responsabilidad civil y administrativa para los directores en caso que antepongan el interés comercial de la bolsa sobre el interés público.

Asimismo, es importante indicar que los directores independientes no constituyen un comité especial. En consecuencia, cualquier asunto que requiera ser aprobado por la mayoría de los directores independientes, deberá ser discutido en sesión de Directorio.

(ii) Órganos relacionados a la supervisión y procesos disciplinarios

Al menos, se podrían adoptar dos medidas con el fin de reducir la influencia de las sociedades agentes de bolsa sobre las funciones de supervisión y aplicación de sanciones de la bolsa.

- Del mismo modo que la división de Emisores e Información Bursátil lo hace, la división de Intermediarios de la bolsa no sólo debería iniciar una acción disciplinaria contra las sociedades agentes de bolsa cuando corresponda, sino también reportar –de manera permanente y no sólo a requerimiento– a CONASEV las investigaciones que se encuentra realizando sobre infracciones a las normas del mercado de valores por parte de las sociedades agentes de bolsa. De este modo, el control sobre la supervisión de las sociedades agentes de bolsa se incrementa en la medida en que CONASEV tiene conocimiento de las acciones de control iniciadas o no por la bolsa, su progreso, su resultado o su archivo.

- El nombramiento de los miembros de los órganos disciplinarios y del Director de Rueda debe ser el resultado del voto mayoritario de los directores independientes.

(iii) Establecer responsabilidad administrativa y civil para los auditores que forman parte del departamento de auditoría interna de la bolsa si no cumplen satisfactoriamente con sus deberes relacionados a identificar y reportar cualquier situación que genere o pueda generar un conflicto de intereses. Sin embargo, la actuación de los auditores y su compensación debe ser evaluada y determinada respectivamente por la mayoría de los directores independientes

De manera particular, el Jefe de los Auditores debe reportar directamente al Directorio. Adicionalmente, se debe establecer el deber del Jefe de los Auditores de reportar a CONASEV el no-cumplimiento del programa de regulación propuesto por la propia bolsa así como cualquier situación de conflicto de intereses que surja, independientemente de las medidas que hubiese adoptado o no el Directorio de la bolsa a efectos de abordar dicha situación.

Finalmente, el nombramiento del Jefe de los Auditores debe requerir la aprobación o ratificación de la mayoría de los directores independientes.

Con relación a la regulación de mercado (normas que regulan la negociación):

- (i) Mejorar la transparencia del proceso de regulación dando debida difusión a las propuestas o modificaciones normativas, así como sometiéndolas al proceso de comentarios por parte del mercado¹⁰³. En otras palabras, se debe exigir que la BVL publique sus propuestas normativas para comentarios del público antes de someterlas a consideración de CONASEV. El objetivo es mejorar la calidad y solidez de dichas propuestas y alentar al mercado a actuar como un mecanismo de control.
- (ii) Separar las funciones de regulación de las operaciones de negocios¹⁰⁴ con la finalidad de aislar el personal encargado de la normativa de las presiones comerciales. En este sentido, el área

¹⁰² Ibid. p. 12.

¹⁰³ Ibid. p. 21.

¹⁰⁴ Ibid. p. 17.

de regulación de la bolsa debería reportar directamente al Presidente del Directorio¹⁰⁵ y su labor y compensación debería ser evaluada y establecida, respectivamente, por la mayoría de directores independientes y no por la Gerencia General de la BVL.

Adicionalmente, se debe establecer que el Presidente del Directorio deba reportar directamente a CONASEV situaciones en las cuales los conflictos de intereses no estén siendo adecuadamente manejados.

(iii) Exigir la aprobación de las propuestas normativas por la mayoría de los directores independientes del Directorio de la BVL.

(iv) Supervisar rigurosamente la función normativa de la BVL¹⁰⁶. Esto implica no sólo verificar lo significativo del contenido de las normas, sino también comprende el requerir que la bolsa prepare y remita su programa normativo, así como supervisar el cumplimiento de dicho programa.

Con relación a la supervisión de mercado y a la aplicación de sanciones como consecuencia del incumplimiento de las normas que regulan la negociación:

(i) Mejorar la transparencia respecto de las decisiones de la BVL exigiendo la difusión de sus acciones y decisiones disciplinarias¹⁰⁷. Nótese que, aunque actualmente existe una norma que demanda ello, falta disponer que la información deba ser publicada de manera resumida y consolidada a efectos de que se puedan fácilmente percibir los antecedentes de infracción por parte de las sociedades agentes de bolsa y hacer una evaluación comparativa de ellas por parte de los inversionistas.

(ii) Realizar un escrutinio más cuidadoso sobre las acciones disciplinarias de la BVL y sus decisiones de supervisión así como respecto a su iniciativa de negocios, con el fin de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con el interés público¹⁰⁸. En tal sentido, la BVL debe estar sujeta de manera progresiva a la imposición de sanciones cada vez más severas si falla en monitorear y

supervisar la negociación. La imposición gradual de sanciones económicas cada vez mayores no sólo tiene como objetivo sancionar a la bolsa, sino principalmente obligarla a cumplir con sus deberes.

(iii) Modificar la estructura organizativa de CONASEV a efectos de que realice sus funciones de manera más eficiente.

De manera específica, se debe crear una división encargada sólo de acciones disciplinarias. En su defecto, se deben reasignar atribuciones entre las divisiones existentes, de modo tal que, por ejemplo, la supervisión de la bolsa de valores y de las sociedades agentes de bolsa sea competencia de una sola división. Como se mencionó anteriormente, en la actualidad dichas funciones son competencia de dos divisiones diferentes.

(iv) Mejorar y automatizar los mecanismos de monitoreo. Especialmente estableciendo un sistema de alarmas que advierta sobre potenciales abusos en la negociación o sobre esquemas de manipulación de precios.

(v) Establecer normas que permitan imponer como sanción adicional daños punitivos a las sociedades agentes de bolsa con el fin de disuadir, de manera eficaz, conductas infractoras de las normas de mercado de valores, en la medida en que pueden existir casos en que los beneficios del incumplimiento podrían ser mayores a la sanción –principalmente multas– a imponerse.

c. Medidas complementarias

(i) Establecer expresamente la obligación de la BVL de financiar sus actividades de regulación y obligarla a cumplir con su función normativa. Del mismo modo, prohibir cualquier subsidio cruzado a efectos de evitar que los ingresos por regulación sean destinados a financiar los servicios comerciales de la bolsa¹⁰⁹.

(ii) Planificar inspecciones a la bolsa a efectos de verificar asuntos de gobierno corporativo que generen situaciones de conflictos de intereses.

¹⁰⁵ "La UK FSA ha fortalecido la responsabilidad del Directorio, demandando que las bolsas de valores otorguen a los ejecutivos a cargo de la regulación acceso directo al Presidente del Directorio y al Directorio, si surge alguna cuestión de regulación que dichos ejecutivos estiman que no está siendo debidamente abordada por la administración". Traducción Libre. CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 19.

¹⁰⁶ IOSCO. Nota 7, *supra*. p. 9.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 20.

¹⁰⁹ IOSCO. Nota 7, *supra*. p. 13.

(iii) Eliminar los límites sobre la propiedad directa o indirecta de las acciones de la bolsa y, en su lugar, exigir la aprobación del ente regulador y supervisor del mercado de valores para la adquisición de acciones que superen un porcentaje determinado del capital social de la bolsa, o concederle un derecho de veto con el objeto de abordar el potencial problema de que la bolsa pueda ser controlada por una o más personas o quede sujeta a la influencia de “inapropiados” accionistas¹¹⁰.

(iv) Incrementar la supervisión sobre la negociación de las acciones de la BVL en su propio mercado cuando estas se conviertan en acciones líquidas.

2. Los argumentos a favor y en contra de la propuesta

A continuación, se describen las principales ventajas y desventajas de la propuesta.

Argumentos a favor:

1. Elimina algunos conflictos de intereses, principalmente, aquellos relacionados a la falta de disposición por parte de la BVL a cumplir su función normativa respecto de los emisores y las sociedades agentes de bolsa.

En efecto, algunas preocupaciones asociadas al sistema de autorregulación, al menos, respecto a la regulación sobre emisores y sociedades agentes de bolsa son eliminadas: “(i) la natural falta de entusiasmo para regular por parte del grupo que será objeto de dicha regulación, (ii) la tentación de usar la fachada de la regulación elaborada por la industria como un escudo para evitar la dación de una más significativa regulación, y (...) (iii) la resistencia a cambios en el patrón de regulación debido a la existencia de intereses creados en su preservación”¹¹¹.

Adicionalmente, como ha sido expresado por la *U.S. Securities Industry Association*, la regulación funcional –regulación sobre la negociación por parte de la bolsa– tiene probablemente como resultado una regulación más beneficiosa, dado

que ésta vincula obligaciones de supervisión a experiencia sobre las actividades que se desarrollan en el mercado y, en particular, deja detalles técnicos de la regulación sobre la negociación a una entidad mejor equipada para entender éstos¹¹², es decir, a la bolsa.

Finalmente, nótese que los emisores, las sociedades agentes de bolsa y la bolsa no pierden la posibilidad de influenciar en la regulación debido a la existencia del proceso de comentarios a las propuestas normativas que suele realizarse.

2. Reduce los costos de la bolsa y promueve que la bolsa concentre sus esfuerzos y recursos en la regulación y supervisión del mercado, y en la aplicación de sanciones a las conductas infractoras de las normas sobre la negociación con el objeto de mejorar la calidad y eficiencia¹¹³ en asuntos que están más cercanamente relacionados al éxito de su negocio.

En efecto, “(...) algunas bolsas de valores han concluido que funciones tales como la regulación sobre los *brokers-dealers* y las normas de listado (...) no están estrechamente relacionadas a sus productos y servicios”¹¹⁴.

3. Reduce la influencia de las sociedades agentes de bolsas en la estructura de gobierno de la bolsa, especialmente en la regulación y supervisión del mercado, así como en el proceso disciplinario por incumplimiento a las normas que rigen la negociación de valores mobiliarios.

4. Respecto a la regulación de mercado, el insu- mo más importante de la industria –su conocimiento y experiencia sobre operaciones complejas realizadas en el mercado– no se pierde.

5. Permite que los beneficios de la estructura de autofinanciamiento del sistema de autorregulación –para la realización de las funciones de regulación y supervisión del mercado, así como para el ejercicio de la facultad sancionadora por incumplimiento de las normas que regulan la negociación– alivie la carga económica sobre los recursos públicos.

¹¹⁰ Ibid. p. 12.

¹¹¹ Las limitaciones inherentes a permitir que las bolsas de valores se regulen a sí mismas son enumeradas por la Securities Industry Association cuando esta aborda las ventajas de tener una única organización reguladora (Single Regulatory Organization: SEC only Model). Securities Industry Association. Nota 34, *supra*.

¹¹² Ibid. p. 12.

¹¹³ CARSON, Jhon W. Nota 24, *supra*. p. 3.

¹¹⁴ Traducción Libre. Ibid. p. 7.

6. Elimina los límites absolutos sobre la propiedad de las acciones de la bolsa, lo que permite, al menos, no eliminar del todo la potencial amenaza de una adquisición de la bolsa. Los potenciales adquirentes conocen que si el ente regulador y supervisor aprueba la adquisición de un significativo porcentaje de acciones, la adquisición es posible. En consecuencia, al menos, existe una potencial amenaza de adquisición en la eventualidad que la bolsa no se desempeñe de manera eficiente, lo cual favorece el interés del público inversionista.

7. Una división de CONASEV concentrada exclusivamente en acciones disciplinarias no sólo estimula a las sociedades agentes de bolsa a tener un mejor comportamiento, sino también a que la BVL desempeñe un mejor papel como entidad autorregulada, dado que, a su vez, el ejercicio de la facultad sancionadora por parte de la Comisión ha mejorado.

Respecto a CONASEV, esta medida elimina: (i) problemas de prioridad que surgen cuando existe la obligación de realizar varias funciones; (ii) la falta de suficiente tiempo para realizar adecuadas investigaciones; y, (iii) la falta de adecuada experiencia para conducir investigaciones y acciones disciplinarias.

En defecto de la adopción de esta medida, es importante mencionar que la fusión de la función de supervisión y de la función de sanción respecto de la bolsa y las sociedades agentes de bolsa en una única división elimina los problemas de coordinación entre ellas y permite un más rápido proceso de adopción de decisiones.

Argumentos en contra:

1. Incrementa los costos administrativos, dado que el ente regulador y supervisor del mercado de valores asume nuevas funciones. Esto implica una mayor estructura burocrática y más gasto público.

2. Existirá un menor grado de experiencia respecto a la regulación sobre los emisores y las sociedades agentes de bolsa, puesto que se perderá el insumo directo sobre la experiencia en estos asuntos de la industria.

3. Como lo ha indicado U.S. Securities Industry Association, podría ser difícil diferenciar de

manera indubitable la regulación y supervisión del mercado, así como las acciones disciplinarias por incumplimiento a las normas que regulan la negociación de la regulación, supervisión y aplicación de sanciones a las sociedades agentes de bolsa¹¹⁵.

4. Adicionalmente, tomará tiempo, un enorme esfuerzo, así como una significativa experiencia a efectos de que los jueces definan el significado y alcance práctico del concepto "interés público", con la finalidad de evaluar o determinar si es posible o no atribuir responsabilidad civil a los directores o auditores.

5. El proceso de regulación a cargo del ente regulador y supervisor tenderá a ser lento y rígido.

3. Fundamentos de la propuesta

El principal objetivo de la propuesta es eliminar o reducir los conflictos de intereses que existen en el sistema de autorregulación en el mercado de valores peruano o aquellos que surgieron o se han intensificado por el proceso de desmutualización en un contexto monopolístico.

Para tales efectos, la propuesta ha sido formulada tomando en cuenta dos principales limitaciones: (i) evitar eliminar en la medida de lo posible los beneficios derivados del sistema de autorregulación; y, (ii) los costos a incurrirse por la bolsa y el impacto de la propuesta en los recursos públicos.

En este sentido, la propuesta sólo implica la transferencia de funciones de la bolsa a CONASEV que representen los menores costos en términos de pérdida de los beneficios derivados de las sinergias propias del sistema de autorregulación. De este modo, las funciones de la bolsa relacionadas con la negociación, donde se verifican mayores beneficios producto de las sinergias existentes, permanecerían en el ámbito de la bolsa.

Adicionalmente, es importante evidenciar que la nueva reasignación de funciones entre la bolsa y CONASEV no representaría un cambio significativo, dado que el producto de dicha reasignación equivaldría al *status* actual considerando el limitado desempeño de la bolsa como entidad autorregulada. Sin embargo, dicha reasignación contribuirá a delimitar claramente la división de responsabilidades entre CONASEV y la BVL, lo cual

—a su vez— permite un mejor desempeño de sus correspondientes funciones, así como justifica y habilita a ambas instituciones a conseguir los fondos necesarios para el desarrollo de dichas funciones.

En relación con la modificación de la estructura de gobierno de la bolsa, la propuesta considera que no es recomendable o factible la creación de comités especiales en razón de que el tamaño del mercado no lo justifica y dado los limitados recursos humanos y económicos con los que cuenta la bolsa. En este sentido, la propuesta sólo implica introducir cambios indispensables a efectos de reducir la influencia de las sociedades agentes de bolsa en la regulación y supervisión de mercado efectuadas por la bolsa, así como en los correspondientes procesos disciplinarios.

En este escenario, la propuesta confía principalmente en los directores independientes como guardianes de que el interés público prevalezca sobre el interés comercial de la bolsa. Sin embargo, considerando que existe una alta probabilidad de que los directores independientes no tengan el conocimiento y experiencia suficiente sobre el negocio, funciones y obligaciones de la bolsa, la propuesta ha considerado conveniente exigir que los directores independientes adopten sus decisiones como producto de las discusiones en las sesiones del Directorio de la bolsa. Esto brinda la oportunidad a los otros directores de expresar sus opiniones, las cuales podrían contribuir a la adopción de decisiones más informadas por parte de los directores independientes.

Adicionalmente, la propuesta ha considerado necesario que el Jefe de los Auditores reporte a CONASEV cualquier potencial situación de conflicto de intereses. Nótese que esta medida equivale a un mecanismo esencial de control interno, por ejemplo, en el caso que el Presidente del Directorio no reporte un determinado conflicto de intereses.

Las ventajas de ese reporte radican en que el Jefe de los Auditores no tiene que hacer una evaluación previa de si el conflicto de intereses está siendo o no adecuadamente abordado por el Directorio de la bolsa. Su deber se limita sólo a comunicar la existencia del conflicto de intereses. Lo que, a su vez, contribuirá a la tarea fiscalizadora a realizarse por parte de CONASEV.

Respecto a la responsabilidad administrativa para los miembros del Directorio y para los auditores Internos de la bolsa, aquélla comprende no sólo

la aplicación de sanciones económicas tales como la imposición de multas, sino también la facultad de CONASEV de inhabilitar a cualquier director o auditor de participar —directa o indirectamente— en el mercado de valores por no cumplir con sus deberes de detectar, reportar, o abordar adecuadamente cualquier situación de conflicto de intereses.

En relación con la responsabilidad civil, ésta debe ser solidaria en el caso del Directorio, pero no en el caso de los auditores, dado que estos últimos no adoptan decisiones como órgano colegiado. Sin embargo, en ambos casos la acción —como derecho a la tutela jurisdiccional— debe ser pública y no privada. Es decir, su ejercicio debe estar reservado exclusiva y excluyentemente a entidades públicas. Esto, debido a la naturaleza ambigua del concepto sobre el que se basaría la potencial demanda. En efecto, “la defensa del interés público” podría conllevar a que los directores y auditores queden sujetos una excesiva exposición como consecuencia de la interposición de un gran número de demandas impropias.

Finalmente, respecto de las medidas adicionales relacionadas con la posición monopolística de la bolsa, es importante tener presente que no es recomendable (i) eliminar el requisito de capital mínimo establecido para operar una bolsa, en la medida en que ello coadyuva a garantizar la solidez financiera de la bolsa y su viabilidad, ni (ii) eliminar la exoneración tributaria a los intereses provenientes de los valores mobiliarios y a la ganancia de capital cuando la transacción se realiza en rueda de bolsa, debido a que tendría como resultado un tratamiento asimétrico respecto a las inversiones en banca que, actualmente, gozan del mismo beneficio tributario.

V. CONCLUSIÓN

El proceso de desmutualización en el Perú implicó sólo un cambio en la forma legal de la BVL (de una organización sin fines lucro se convierte en una corporación) más no un cambio significativo en su estructura de gobierno.

Adicionalmente, las modificaciones al marco legal sólo tuvieron como objetivo hacer viable la nueva forma legal de organización adoptada por la bolsa antes que enfrentar los conflictos de intereses existentes o prevenir el surgimiento de nuevos o la agudización de los conflictos de intereses existentes como consecuencia del proceso de desmutualización. En efecto, la única medida adoptada para enfrentar los conflictos de intereses

fue establecer limitaciones sobre la propiedad de las acciones de la bolsa.

En consecuencia, no sólo nuevos conflictos de intereses surgieron, sino que los existentes se agudizaron. A diferencia de mercado de valores desarrollados, en el Perú los principales conflictos de intereses son producto de la combinación de (i) un sistema de autorregulación; (ii) el control que las sociedades agentes de bolsa ejercen sobre la bolsa; y, (iii) de la posición de monopolio de la bolsa, antes que de las peculiaridades del proceso de demutualización en sí mismo en un escenario de competencia.

De manera específica, los principales conflictos de intereses están relacionados con la función reguladora de la bolsa respecto de los emisores, sociedades agentes de bolsa y, en menor medida, respecto de la negociación; y a su desempeño poco eficiente en supervisar y adoptar acciones disciplinarias contra las sociedades agentes de bolsa.

En consecuencia, la propuesta normativa comprende (i) transferir –en la medida de lo posible– algunas funciones de la BVL a CONASEV,

específicamente funciones de regulación sobre emisores y sociedades agentes de bolsa, mas no así su función normativa respecto de la negociación de los valores mobiliarios; (ii) modificar la estructura de gobierno de la BVL, o al menos, mejorar los mecanismos de controles internos a efectos de reducir la influencia de las sociedades agentes de bolsa en la actuación de la bolsa como entidad autorregulada, principalmente, con relación a sus funciones de regulación y supervisión del mercado valores, así como respecto de su función sancionadora por incumplimiento a las normas que regulan la negociación; y, (iii) otras medidas complementarias.

Para tales efectos, la propuesta ha sido formulada tomando en consideración dos principales limitaciones: (i) evitar –en la medida de lo posible– la eliminación de los beneficios derivados de las sinergias del sistema de autorregulación; y, (ii) los costos a incurrirse por parte de la bolsa, así como el impacto económico de la propuesta en los fondos públicos. Sin embargo, la propuesta requiere modificaciones al régimen normativo vigente a efectuarse, tanto por CONASEV como por el Congreso de la República, a efectos de poder corregir la situación descrita como es apropiado.

LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS DEL LIBERALISMO: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y EL DEBIDO PROCESO LEGAL

Lorenzo Bernaldo de Quirós*

El liberalismo clásico se asienta sobre un pilar básico: la libertad del ser humano. Esta libertad, esta autonomía privada, debe ser mantenida y entendida de manera amplia, quedando únicamente limitada por la afectación de los derechos de las demás personas, supuesto en el que el Estado cuenta con plena legitimidad para incidir en tales conductas y, eventualmente, sancionarlas.

El presente artículo da una visión amplia de los principales postulados del liberalismo clásico, explicando la razón de ser y el surgimiento de los derechos de las personas (tales como la propiedad, el derecho a la vida, a la integridad física), cuáles deben ser sus limitaciones, cuál debe ser el rol del Estado en la vida privada, en el resguardo de los derechos de las personas y en la toma de decisiones a nivel general, entre otras cuestiones relacionadas de gran relevancia.

En gran medida, este artículo intenta ser una orientación en la actuación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales deberán sujetarse a determinadas pautas y consideraciones al momento de ejercer sus respectivas funciones.

* Lorenzo Bernaldo de Quirós es Licenciado en Derecho y Ph.D. en Monetary Theory por la Saint Andrews University. Es asesor económico externo del Instituto de Estudios Económicos, académico adjunto del Cato Institute y Consejero de Autopistas de Galicia, de Bovis Lend Lease, de Séneca Educación y del grupo CEES. Colabora activamente en los medios de comunicación de Madrid como columnista de los diarios La Razón, Gaceta de los Negocios y de la agencia Europa Press. En la actualidad, es Presidente del Freemarket International Consulting S.L. Ha sido asesor económico del Círculo de Empresarios, director de Estudios Económicos de la Cámara de Comercio de Madrid y de la Confederación Española de Empresarios de Metal.

"Pero qué es el gobierno sino la mayor de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana. Si los hombres fuesen ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, ningún control interno o externo sobre el gobierno sería necesario. Al constituir un gobierno que es administrado por hombres, la gran dificultad es la siguiente: se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados pero se le debe también obligar a controlarse asimismo".

James Madison. "The Federalist". Número 51

INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el tema central de este trabajo es fundamental precisar qué se entiende por liberalismo. Este es un ejercicio fundamental, no una prescindible elucubración erudita, ya que del alcance y del significado que se da a ese vocablo dependen de manera directa los dos restantes elementos que componen el título de este artículo: los derechos individuales a proteger y el alcance de las garantías jurisdiccionales que se les ofrece. Por añadidura, la precisión de los contornos del término liberal es también relevante porque, a lo largo del último siglo y medio, el significado tradicional de la palabra ha sufrido múltiples modificaciones (en algunos casos una auténtica lobotomía intelectual), que han llegado a desnaturalizar su contenido y, por tanto, sus consecuencias políticas. En Estados Unidos y en otros lugares, liberal se identifica o se asocia a una extensión de los poderes del Estado, en una manifestación clásica de la célebre perversión del lenguaje descrita por Orwell en 1984.

En sintonía con Hayek, "(p)or liberalismo entenderé aquí la idea de un orden político deseable que se desarrolló inicialmente en Inglaterra desde los tiempos de los Viejos Whigs, a finales del siglo XVII, hasta los de Gladstone, a finales del siglo XIX. David Hume, Adam Smith, Edmund Burke, T.B. Mauculay y Lord Acton pueden ser considerados sus representantes típicos en Inglaterra. Fue su idea de libertad individual sometida a la ley la que inspiró originariamente los movimientos liberales de Europa continental y la que constituyó la base de la tradición política norteamericana. Algunos de los pensadores que vivieron en estos países, como Benjamín Constant y Alexis de Tocqueville en

Francia, Immanuel Kant, Friedrich von Schiller y Wilhem von Humboldt en Alemania, y James Mason, John Marshall o Daniel Webster en los Estados Unidos, pertenecen plenamente a esa tradición"¹.

En esa corriente intelectual se insertan las siguientes páginas. Ello requiere una puntualización previa. Abordar el tema de "Las consecuencias políticas del liberalismo: las declaraciones de derechos y el Debido Proceso Legal" es una tarea ingente porque bajo ese título se sintetiza toda la filosofía política liberal. Si se asume como insuperable esa restricción, teniendo en cuenta las limitaciones de espacio y de tiempo propias de un trabajo de esta naturaleza, se tratará de ofrecer una imagen estilizada de los fundamentos teóricos sobre los que se asienta el armazón institucional del Estado liberal, esto es, de las bases y de los límites de la obediencia política, como diría Hume. Sólo así es posible entender cuáles eran los ideales perseguidos por los liberales y hasta qué punto la evolución de los modernos regímenes democráticos se acerca o se aleja de ellos.

¿QUÉ LIBERALISMO?

El liberalismo clásico no es el resultado de una construcción teórica previa; surgió del deseo de extender y generalizar los efectos benéficos que brotaron imprevisiblemente de las progresivas limitaciones impuestas a los poderes del gobierno por una razón muy simple: la desconfianza de los ciudadanos en ellos, su deseo de salvaguardar su vida, su libertad y su hacienda ante la rapacidad del poder. Esas restricciones a la discrecionalidad estatal se forjaron a lo largo de un dilatado proceso de evolución histórica y, si bien se ensayaron también en algunas partes del continente europeo, nunca lo hicieron o no pudieron hacerlo con la misma intensidad, coherencia y continuidad que en Inglaterra.

En la Europa continental, los intentos de consolidar el esquema de un gobierno limitado, por ejemplo, en las ciudades-estado italianas, no perduraron, se vieron frustrados por el juego de tres factores: por una creciente intervención de los poderes públicos en la vida cultural, social y económica; por la imposición exterior de modelos de corte estatista; y, por el auge de la monarquía absoluta². Por el contrario, la sociedad inglesa era ya individualista en sus tradiciones legales, en su

¹ HAYEK A., Friedrich. "Principios de un orden social liberal". Unión Editorial. 2001. p. 43.

² Ver STARK, Rodney. "The Victory of the Reason, Random House". 2005.

legislación referente a la propiedad y en su cultura social desde hacía siglos, y siguió siéndolo. Sólo después de haber descubierto que la mayor libertad disfrutada por los ingleses en el siglo XVIII se tradujo en un bienestar material sin precedentes, se intentó desarrollar una sistematización de la doctrina liberal. Como sucede siempre, esta iniciativa buscó y encontró precedentes en algunas corrientes del pensamiento político occidental que, aunque no lograron construir una visión sistemática de un orden social de la libertad, sí aportaron ideas interesantes que pueden considerarse precursoras o antecedentes filosóficos del cuerpo central del liberalismo clásico³.

El punto de partida de la teoría liberal es el individualismo, esto es, la visión del individuo como el centro y la justificación del análisis social y, por extensión, del ordenamiento político. La premisa es clara, evidente y lógica. Son los hombres los que existen. Sólo el individuo es capaz de razonar, de elegir y de actuar; en consecuencia, no puede entenderse el funcionamiento de la sociedad salvo que se la contemple como el resultado de la acción humana. En este sentido, la visión de la comunidad como un ente orgánico, provisto de vida propia y con fines distintos y/o superiores a los de las personas que la integran es una falacia que además, en sus versiones más duras, ha tenido consecuencias funestas. El bien común, el interés general y otros conceptos “holísticos” carecen de significado y de existencia real. Sólo son el resultado de la interacción de los individuos. Este axioma es una de las piedras angulares del edificio intelectual del liberalismo clásico.

Por otra parte, la teoría liberal clásica nace del descubrimiento de un orden que se autogenera, de un orden espontáneo de la realidad social, creado por la acción humana pero no por un expreso designio humano. A través de un proceso de ensayo y de error, entre el instinto, la razón y la tradición, los individuos desarrollaron un conjunto de hábitos de conducta, de reglas generales de comportamiento y de instituciones que les permitieron primero sobrevivir y luego alcanzar cuotas crecientes de libertad y de prosperidad. Además, esa dinámica evolutiva los incentivó a realizar un uso de sus conocimientos y de sus capacidades (mediante el paulatino aumento de la cooperación y el intercambio voluntarios), muy superior al que haría posible cualquier sistema centralizado o dirigido. Ese conjunto de hechos llevó a los pensadores liberales clásicos a

explicitar y formalizar esos principios, así como a demostrar las ventajas de su aplicación general.

Sin embargo, la visión liberal clásica del orden espontáneo y su reformulación moderna no concede a cualquier tipo de proceso institucional evolutivo los mismos resultados ni considera todos igualmente deseables. La evolución de las instituciones no garantiza por sí misma el predominio final de aquellas que mejor aseguran la supervivencia, la libertad y la prosperidad de las sociedades y de sus miembros. A lo largo de la historia, numerosas organizaciones ineficientes y/o represivas han pervivido durante siglos y, también, muchas sociedades abiertas o más abiertas que las de su entorno han retrocedido hasta fórmulas sociales cerradas y/o tribales. Si bien el mundo ha tendido a caminar, con distinto ritmo, con regresiones a veces muy prolongadas, hacia las fórmulas de articulación social cada vez más complejas en las que los espacios para la cooperación voluntaria se ampliaron, nada presupone el inexorable curso de esa trayectoria.

Frente a otras corrientes de la filosofía política, el sistema liberal no se sustenta en la perfección utópica de los seres humanos, la leyenda del buen salvaje, sino en su falibilidad e ignorancia. Hume señala la restringida benevolencia y las limitaciones intelectuales de los hombres, así como el conflicto permanente entre sus necesidades infinitas y la escasez de los recursos para satisfacerlas. Sin embargo, de esas fragilidades se derivan los principios básicos de justicia que son, a su vez, las bases de un gobierno limitado asentado en las tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad en las posesiones, su transferencia por consentimiento y el cumplimiento de las promesas. Al mismo tiempo, la falibilidad y limitación del conocimiento humano es otra razón adicional para defender la sociedad libre. La cooperación voluntaria a través del mercado permite acumular, procesar y transmitir la información y los conocimientos dispersos entre millones de personas. Eso no lo lograría ni lo ha logrado jamás ningún planificador. En la práctica, el sistema de libertad bajo la ley implícito en la tríada “humana” y su perfeccionamiento y estilización posteriores ayudaron a crear un marco institucional que aspira a convertir las debilidades del individuo en fortalezas.

Por eso, la idea central del liberalismo clásico era y es muy sencilla. La observancia y la aplicación de reglas universales de justa conducta, que prote-

³ Las corrientes filosóficas de los sofistas, de los estoicos, el individualismo de la ley romana teorizado por Cicerón o los escolásticos españoles del siglo XVI y XVII son, sin duda alguna, precursores intelectuales del liberalismo clásico.

gen una esfera de autonomía dentro de la cual el individuo puede utilizar sus conocimientos y sus recursos para la consecución de los fines que desee; es la base del orden espontáneo. La tarea central del gobierno consiste en constreñirse a observar y hacer observar esas normas sin excluir, como veremos, que pueda y deba desplegar algunas funciones que son necesarias para la preservación del orden social. En la práctica, esta concepción se limita a elevar a categoría intelectual universal los ideales del *rule of law* inglés, del gobierno sometido a la ley, cuyos atributos generales son de sobra conocidos: ser impersonal, prospectiva, conocida, cierta, universal e igual en su aplicación. La ley no busca resultados concretos, sino impone la prohibición de invadir el dominio protegido de cada uno.

¿POR QUÉ UN GOBIERNO LIMITADO?

La respuesta utilitarista sería porque ese entorno institucional funciona y asegura los mejores resultados, según el conocido aforismo de “la máxima felicidad para el mayor número posible”. Sin embargo, este enfoque adolece de una considerable fragilidad. Por un lado, es ilusorio querer medir y comparar satisfacciones individuales que son, por definición, subjetivas. Es más, la subjetividad de las preferencias de los individuos hace que las imposiciones exógenas no logren maximizar el valor total de las acciones coercitivas del gobierno desplegadas con esa finalidad. Por otro lado, el utilitarismo abre el portillo hacia una ampliación ilimitada de las facultades estatales y, por ende, a una reducción del dominio privativo del individuo. Basta apelar a la voluntad, al interés o al bienestar de la mayoría para restringir y/o violar los derechos individuales.

En la práctica, el utilitarismo, con diversos matices y en diferentes versiones, ha sido uno de los vehículos más poderosos para liberar al poder de sus ataduras, para conceder a los gobernantes la justificación para aumentar sus atribuciones, para diseñar y ejecutar programas de ingeniería social, tanto global como fragmentaria. Su paulatina aceptación como cimiento filosófico del ideario liberal y/o su influjo sobre un amplio sector del liberalismo y de la ciencia política contemporánea ha sido una de las causas determinantes de la pérdida y de la alteración de su verdadera fisonomía. Ha constituido un factor clave para la aceptación de muchas medidas anti-liberales y también ha servido para debilitar la filosofía legal sobre la que se sostiene la garantía judicial de las libertades del individuo en la doctrina liberal clásica.

El principio básico para constreñir la coerción estatal al respeto de reglas generales de justa conducta es la expresión de que “ningún hombre o grupo de hombres puede lesionar la vida, la libertad o la propiedad de los demás”. De esa declaración se deriva la libertad del individuo para actuar sin coerción, es decir, para plantear a través del uso de su propiedad o mediante su cooperación voluntaria con otros, cualquier acción no violenta ni fraudulenta respecto a terceros. Este axioma se sostiene en una condición sustantiva, la existencia de derechos naturales, fundamentales o humanos, según el gusto de cada cual, y dos condiciones instrumentales, la separación o división de poderes y el control judicial de la acción gubernamental. Ahora bien, este planteamiento constituiría una tautología si no se pudiese responder a dos preguntas fundamentales, a saber, ¿por qué el individuo tiene derechos y estos han de ser respetados? ¿Esos derechos constituyen restricciones incondicionales o condicionales?

Esas interrogaciones llevan a formular la cuestión fundamental de la filosofía política liberal. Esta no es otra que la existencia del Estado o, mejor, las causas que hacen preferible la opción de un gobierno limitado a la tiranía o a la anarquía como principio de organización social. Como se ha apuntado, el concepto de la ley del liberalismo clásico, la codificación de los principios del Common Law anglosajón y el orden espontáneo basado en ella, presuponen la asunción de una cierta idea del individuo y una justificación de por qué tiene derechos. El liberalismo clásico acometió esa tarea con dos teorías básicas: el iusnaturalismo y el contractualismo. Aunque ambos planteamientos han confluído a veces en una expresión común, por ejemplo en Locke, no siempre ha sucedido así ni tiene por qué suceder. Además, algunos modelos de contrato social –léase el rousoniano– superan las tradicionales restricciones liberales y producen resultados contrarios a los preconizados por el liberalismo. En cualquier caso, es posible afirmar que existen diferentes y complementarias aproximaciones al problema que muestran la enorme riqueza del pensamiento liberal clásico y todas conducen a una misma conclusión: la necesidad de limitar el poder político.

Como escribió Hume: “La razón, la historia y la experiencia nos muestran que las sociedades políticas han tenido un origen mucho menos preciso y regular –entiéndase que el formulado por el contrato social–; y si hubiéramos de elegir el momento en que el consentimiento público es menos tenido en cuenta en la cosa pública, sería precisamente el del esta-

blecimiento de un nuevo gobierno"⁴. La ironía crítica "humiana" es una afirmación fáctica pero no priva de fuerza teórica ni de capacidad explicativa a la hipótesis contractualista, el paso del Estado de Naturaleza al Gobierno Civil, como una forma inteligente de describir el nacimiento del orden estatal y/o los límites de su acción. Los filósofos políticos, como los economistas o los sociólogos, suelen construir modelos que ayudan a entender mejor la realidad, aunque no la reflejen en su totalidad.

De todas formas, la teoría contractualista es de naturaleza procedimental y sus consecuencias político-institucionales dependen de la restricción previa sobre la que se sustente, esto es, sobre la fundamentación y el alcance de los derechos que el contrato ha de garantizar. Por ello, es posible diseñar un contrato social de corte autoritario, corporativista, socialdemócrata o liberal⁵. Tampoco es rechazable *a priori* la afirmación de que los derechos individuales se apoyan en leyes naturales asentadas en principios inmutables y en verdades autoevidentes. El corolario es la obligación del Estado de protegerlas porque, de lo contrario, carece de legitimidad y no puede exigir obediencia. A diferencia de lo sostenido por sus detractores, esa teoría no tiene por qué presuponer el origen divino de los derechos naturales ni cabe descalificarla por su carácter metafísico, sino que puede articularse a partir del simple ejercicio de la razón. La reconstrucción del iusnaturalismo por parte del pensamiento liberal contemporáneo ha mostrado la posibilidad de construir una ética objetiva basada en un análisis racional de la naturaleza humana⁶. De cualquier manera, la fuerza normativa de la teoría iusnaturalista, en cualquiera de sus expresiones, constituye una poderosa salvaguarda de los derechos individuales y un baluarte contra la coerción estatal.

Sin embargo, existe una visión más humilde sobre el nacimiento del Estado, sobre la emergencia de los derechos individuales y sobre la conveniencia de limitar las funciones del gobierno cuyo poder explicativo es considerable y no precisa recurrir a argumentaciones de carácter teleológico. Al mismo tiempo, ese enfoque incorpora los ar-

gumentos más relevantes del iusnaturalismo y del contractualismo en garantía de los derechos individuales. Se trata una vez más de la visión liberal de los derechos, de las instituciones y del Estado como el resultado de un proceso evolutivo, de una dinámica de selección cultural a través de la cual se ha tendido a limitar la coerción y a extender la esfera de autonomía de los individuos. Su formulación no supone ni precisa la remisión a ninguna forma de darwinismo social como a veces declaran sus críticos. Por el contrario, es una descripción bastante sensata de las bases positivas y de las recomendaciones normativas que llevaron a una cristalización de los principios del liberalismo clásico y a su aplicación con distinta intensidad. Además se ajusta con bastante exactitud a la evolución real de buena parte de las sociedades a lo largo de su historia.

Quizá, el instinto primario más fuerte del ser humano es el de su conservación y, por tanto, su principal temor es a la muerte violenta. Así lo vieron buena parte de los grandes pensadores políticos. Si una sociedad no cuenta con una organización que monopolice el uso de la coerción, la guerra civil, el todos contra todos se convertiría en una enfermedad crónica. La ejecución y defensa privada de los derechos llevaría aparejada una dinámica de querellas, de represalias y de venganzas sin fin. No habría medio para arreglar los conflictos, para poner fin a las disputas ni para obligar a las partes a aceptar una solución. La ley del más o de los más fuertes se impondría. La vida no valdría nada y sería corta, brutal y precaria. De acuerdo con Nozick⁷, la emergencia de asociaciones protectoras privadas competitivas entre sí o con acuerdos colusorios dentro de un mismo territorio es una garantía precaria, inestable y poco eficiente para superar esos problemas. Los gobiernos asumen la protección de la vida y de la hacienda de los individuos, y suministran determinados bienes públicos no ofertables por el mercado porque pueden hacerlo a un coste inferior que los grupos privados voluntarios.

Esa demanda de seguridad dio lugar de manera paulatina al nacimiento de los estados, al desarrollo de una agencia dominante que asegura la protección a todas las personas que habitan en su territorio, a cambio de ingresos⁸, y que tiene la

⁴ HUME, David. "Essays, Liberty Fund". 1987. p. 474.

⁵ "The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan". Chicago University Press. 1974. Buchanan resuelve ese obstáculo con el requisito de la aceptación unánime de las reglas del juego y demuestra que eso sólo es posible si se aseguran los derechos individuales descritos por el liberalismo clásico. Los individuos jamás concederían poder absoluto sobre su vida, su hacienda o su libertad a uno, a varios o a muchos.

⁶ Una exposición contundente y sólida de esta postura se encuentra en MURRAY N., Rothbard. "The Ethics of Liberty". Humanities Press. 1982; o en el ensayo de AYN, Rand. "The Objectiv Ethics", incluido en la obra colectiva "The Virtue of Selfishness". Signet. 1970. pp.13-39.

⁷ NOZICK, Robert. "Anarchy, State and Utopia". Basic Books. 1974. Su tesis sobre la inevitabilidad del Estado y la inviabilidad de un sistema anarco-capitalista ha sido impugnada por Rothbard.

⁸ La creación de una autoridad central fue necesaria para resolver el problema del *free rider*.

potestad y la capacidad o la voluntad de castigar a quien recurra al uso de la fuerza sin su consentimiento. Desde esta perspectiva, un proceso evolutivo, similar a la mano invisible smithiana o al orden espontáneo hayekiano, más que un contrato social a lo Hobbes o a lo Locke, condujo a la aparición de los ordenamientos estatales. Entre otras causas, las amenazas exteriores, la anarquía interna, el crecimiento de la población, los descubrimientos tecnológicos y la aparición de economías de escala están en la transición de las primitivas formas de organización política al Estado moderno. Su existencia no necesita ser explicada por una decisión fundacional expresa, consciente y unánime. La búsqueda racional o intuitiva de riqueza y de seguridad impulsó el desencadenamiento de interacciones de suma positiva que hicieron emerger la jerarquía política. En terminología de la teoría de juegos, el papel del Estado ha consistido en transformar la no-cooperación en una opción prohibitiva.

Ahora bien, la supervivencia del individuo no depende sólo ni principalmente de la existencia de un aparato estatal que impida y castigue la agresión de terceros. Cualquier gobierno lo suficientemente fuerte para evitar ese extremo es también lo suficientemente fuerte para convertirse en un peligroso agente agresor. Por eso, el individuo ha de tener los medios adecuados para sobrevivir por sus propios medios. Esto exige que se posea a sí mismo, tenga el absoluto derecho de propiedad sobre su cuerpo, libre de las injerencias coercitivas de otros sujetos y del propio Estado. El hombre tiene capacidad de pensar, aprender, evaluar y elegir los medios necesarios para sobrevivir y prosperar. Ello implica que el derecho de propiedad sobre él mismo se extiende también a la posibilidad de controlar y de apropiarse de los elementos básicos que garantizan su existencia, de los frutos de su trabajo y a intercambiarlos con otras personas sin, en ninguno de los dos casos, recurrir al robo, a la violencia y/o al fraude. Esos son elementos esenciales para salvaguardar su vida y su libertad. Cuando se ponen en entredicho, la vida humana corre riesgo. Ningún sumo legislador ha creado la propiedad ni nadie la ha inventado. Su desarrollo, protección y extensión han sido resultado de un proceso evolutivo y, casi siempre, la sanción de una realidad fáctica.

La propiedad constituye la medula de todos los demás derechos individuales y es la fuente más poderosa para restringir la coerción estatal. El Estado protege al individuo frente a la agresión de terceros pero la propiedad lo protege frente a la potencial agresión del Estado. En pura lógica, el resto de las libertades (religiosa, de expresión, de pensamiento, etcétera) no son otra cosa que manifestaciones y extensiones del derecho de propiedad sobre uno

mismo, limitado tan sólo por la libertad-propiedad de los demás. Es inconsistente conceder o reconocer el derecho de cada individuo a su libertad personal, es decir, a la propiedad de su propio cuerpo y, al mismo tiempo, negar o condicionar el ejercicio de ese derecho cuando se refiere a la posesión de bienes materiales. No hay posibilidad doctrinal ni real alguna de distinguir entre los denominados derechos civiles o políticos, y los derechos económicos. Esa distinción refleja una esquizofrenia intelectual insostenible. En suma, la configuración de una esfera de autonomía o de libertad del individuo supone asumir un campo de dominio o de propiedad absoluta de éste sobre aquella. En este contexto, la única limitación coherente y aceptable, no se olvide, es el principio de igual libertad de los otros, el respeto a su propia esfera de autonomía.

En los párrafos anteriores se ha señalado que, con independencia de argumentos de carácter moral, la razón primigenia para respetar la propiedad y sus manifestaciones concretas es que esa es la única forma que tiene el individuo para asegurar su preservación. Sin embargo, *a priori* esa posición es cuestionada por la postura utilitarista que tolera una violación de los derechos individuales para maximizar el bienestar general y/o para minimizar la violación de los derechos de la mayoría. Este planteamiento goza de una enorme aceptación en una época dominada por lo políticamente correcto y por la venenosa identificación de lo social con lo bueno y lo correcto. Antes se ha avanzado la subjetividad de los valores individuales y, por tanto, la imposibilidad de medir la satisfacción general de las acciones de esa naturaleza. Sin embargo, hay otras dos razones adicionales para considerar inviolables los derechos de los individuos.

En primer lugar, está la vieja y sabia proposición kantiana según la cual las personas son fines en sí mismas y no sólo medios. Esto equivale a decir que no pueden ser sacrificadas o utilizadas para alcanzar otras metas sin su consentimiento. El motivo es la existencia de vidas separadas con proyectos distintos, intransferibles y no comparables. En segundo lugar, no existe ente social alguno con vida propia independiente, al margen o por encima de la de los individuos que lo componen. Conviene recordar que no hay más que individuos diferentes con esquemas vitales distintos. De ahí que utilizarlos para beneficiar a otros contra su voluntad equivalga a tratarlos como recursos explotables, lo que entraña una agresión. Significa que algunos hombres están facultados para perseguir cualquier meta que ellos deseen, a imponérsela a los demás mediante la fuerza, mientras que éstos están éticamente obligados a gastar sus vidas a su servicio, sutil reformulación de la esclavitud. Si se acepta que el

principio de no-agresión ha de regir las relaciones interestatales, resulta inaceptable que no se predique lo mismo de las relaciones existentes entre el individuo y el Estado.

Uno de los pensadores liberales más brillantes y más injustamente olvidado, el gran Herbert Spencer, escribió: "Con la disminución de la guerra y el crecimiento del comercio, la cooperación voluntaria reemplaza cada vez más a la forzosa... esto hace posible la creación de la vasta organización industrial que sostiene una nación"⁹. Esos son los efectos de generalizar el principio de no-agresión, un concepto negativo que es la base de los tres grandes valores de la sociedad liberal: la paz, la libertad y la justicia. El liberalismo clásico desarrolló esos principios bien a través del *Common Law* anglosajón, bien mediante la codificación de una tradición jurídica —el derecho romano— en una norma escrita. Ambos cuerpos legales formaban parte esencial de los contrapesos "constitucionales" a la concentración del poder. La legislación moderna, lo conocido por ley en la mayoría de las sociedades contemporáneas, es algo diferente. Se ha transformado en un mecanismo a través del cual se especifican reglas sobre cómo deben los individuos usar su libertad-propiedad e interactuar con otros. Este abandono progresivo de un esquema legal soportado por normas generales que protegen el derecho de los individuos a perseguir sus propios fines es el principal instrumento para extender los poderes del gobierno¹⁰, pero ésta conclusión es aun prematura y precisa de una explicación algo más detallada.

LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS DEL LIBERALISMO Y LA DECADENCIA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

¿Cuál es la estructura estatal acorde con la filosofía política liberal? Esto lleva a una definición previa y estilizada de cuales han de ser las funciones legítimas del Estado. *A priori*, el único fin por el cual es *justificable* que el gobierno se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es para protegerle frente a la violencia o el fraude. Hacerlo por el propio bien físico o moral del individuo no es una razón suficiente. Esto descalifica como hipótesis general la de un Estado benevolente y paternalista que interfiere en la vida de los ciudadanos con la benéfica intención de protegerles de ellos mismos. Ningún gobierno

está autorizado para decir a las personas que no haga de su vida lo que quiera en vista de su propio beneficio. Desde esta perspectiva, la libertad en todas sus manifestaciones debe ser el principio general y cualquier pretensión de injerencia en la esfera de autonomía individual ha de tener la carga de la prueba. Sentado este criterio, lo que podríamos denominar como liberalismo clásico se agruparía alrededor de dos posiciones distintas, si bien no contradictorias.

Por un lado, los partidarios del Estado Mínimo consideran que, más allá de la protección de los derechos individuales, el poder político carece de legitimidad para actuar y se convierte en una amenaza para la libertad. Su función primordial, de alguna manera, es civilizar o encauzar la anarquía. La protección universal suministrada por el Estado es la diferencia esencial respecto al esquema de varias agencias protectoras en competencia o de una dominante, y ese es también el "único" ingrediente redistributivo permisible, esto es, compatible con los derechos del individuo. El gobierno tiene que proteger a todos los ciudadanos frente a una potencial agresión interna y externa e impartir justicia, esto es, castigar el robo, la violencia y el fraude, así como hacer cumplir los contratos. Esos son los bienes públicos, aquellos en cuya producción el gobierno goza de ventaja competitiva y/o constituyen un monopolio natural. En el esquema minimalista del Estado, los individuos pueden formar las asociaciones o comunidades que deseen y someterse a cualquier tipo de norma aceptada por sus integrantes, siempre y cuando no dañen los derechos ajenos.

Por otro lado están los autores que adoptan la distinción "miliana" entre las *funciones necesarias del Estado*, que son las contenidas en la visión minimalista de la actividad estatal, y las *funciones facultativas*, que sólo han de acometerse si no hay ninguna probabilidad racional de que se realicen por la iniciativa privada o social. En cualquier caso, esas políticas deben articularse de tal manera que estimulen el esfuerzo individual, hagan desaparecer todo aquello que lo obstaculiza y alienten el espíritu de empresa. Su objetivo ha de ser incentivar los esfuerzos privados, no sustituirlos. Para el liberalismo clásico, ese tipo de programas tienen que constituir una educación para el público en el arte de emprender grandes objetivos por medio de la

⁹ SPENCER, Herbert. "The Great Political Superstition in The Man Versus State With Six Essays on Government, Society and Freedom". Liberty Fund. 1982. p. 135.

¹⁰ Esta perniciosa deriva se ha producido en casi todas las sociedades avanzadas (tanto en las de tradición legal anglosajona como en las de tradición continental).

energía individual y de la cooperación voluntaria. Por ello, el Estado debe abstenerse de intervenir y/o retirar su intervención cuando emergen alternativas privadas en esos campos.

Desde esta perspectiva, el liberalismo clásico estableció restricciones muy precisas tanto a cuales eran esas *funciones facultativas* como a su alcance. En este sentido, el gobierno puede imponer a los padres la obligación legal de proporcionar a sus hijos una instrucción elemental e incluso suministrarla de manera directa o facilitarla de modo indirecto –bonos escolares–, y ha de ayudar a aquellas personas que, por falta de recursos, no tienen acceso a una atención médica básica pero, en ningún caso, eso supone la prestación de esos servicios en régimen de monopolio. Tampoco puede dejar que la gente se muera de hambre pero la asistencia estatal ha de ser temporal y no proporcionar a sus destinatarios una situación tan deseable como la de quien la consigue sin ayuda de nadie. También les parecía admisible la intervención estatal para combatir los monopolios¹¹ y/o para financiar determinadas infraestructuras en ausencia de capital privado. Esos son los campos en los que el pensamiento liberal clásico admitía la intervención estatal y también los límites de la misma. De manera premonitoria, J.S. Mill ha señalado que “toda desviación de ese principio, a menos que se precise por algún gran bien, es un mal seguro”¹².

Dentro de esta restricción normativa previa, la respuesta político-institucional del liberalismo clásico al dilema planteado por la elección entre la tiranía y la anarquía fue el constitucionalismo. Escrita o no, la Constitución articula un marco normativo cuyos rasgos centrales son los siguientes: a) un gobierno democrático; b) la separación de poderes¹³; c) una carta de derechos individuales; d) la revisión judicial; y, e) una estricta definición de los poderes de emergencia del Estado. En la práctica, desde hace décadas, las restricciones constitucionales al poder han sufrido un persistente menoscabo, si bien con distinta intensidad según los países. Para que la protección de los derechos individuales sea operativa, al menos, debe funcionar la tripartición clásica del poder y/o la revisión judicial de los actos del Ejecutivo y del Legislativo, bien por una corte especializada (tribunales constitucionales), bien por la justicia ordinaria.

Aunque, esos elementos mantienen una vigencia formal en todas las democracias, han perdido su carácter sustancial en la mayoría de ellas. Guste o no, las normas y la práctica constitucionales no están al margen del cambio intelectual, cultura y moral experimentado por los individuos y por las sociedades. La idea de que el gobierno puede y debe resolver todos los problemas ha sido y es, con distinta intensidad, una corriente dominante o, al menos, muy poderosa. En este *ethos* intelectual, el ideal del gobierno limitado goza de un frágil apoyo que se acentúa por las transformaciones generadas en el entorno constitucional clásico por el funcionamiento del moderno proceso democrático. Cuando la democracia deja de ser un simple procedimiento para cambiar a los gobernantes sin derramamiento de sangre, y pasa a transformarse en un medio para conseguir fines concretos mediante el uso de la fuerza, entonces las restricciones a la acción estatal saltan en pedazos.

La división de poderes entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial sólo tiene sentido en tanto se entienda a la ley como una norma general. Cuando la normativa constitucional considera a ciertos órganos competentes para emitir leyes dentro de un cierto procedimiento, es claro que tenemos un concepto previo de ley. Sería un abuso político invertir la relación y designar como ley (en sentido formal) todo lo que hagan los legisladores. En un Estado de Derecho impera la ley en sentido sustantivo y la actividad de todos los órganos del Estado está sometida a ella. De esta manera, el constitucionalismo liberal pretendía impedir que las instancias con competencia legislativa colocasen su propio imperio en lugar del de la norma general, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes administrativas de las “leyes”. En consecuencia, un simple concepto formal de ley, lo que impone el Legislativo, hace de este un poder absoluto y elimina cualquier distinción entre los tres poderes clásicos. Esto supone, en definitiva, sustituir el absolutismo del monarca por el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que, en cada momento, se alcen con una mayoría.

La perversión del concepto sustantivo de ley afecta también, de modo radical, la posición de los tribunales como garantes de la legalidad. La Constitución propia de la democracia liberal se basa en

¹¹ La moderna teoría económica ha mostrado que las conductas monopolísticas sólo son sostenibles si el gobierno las crea mediante regulaciones que imponen barreras de entrada en el mercado. Una detallada explicación de este enfoque se encuentra en “Chicago Studies in Political Economy”. Edición George Stigler. Chicago University Press. 1988.

¹² J.S., Mill. “Principios de Economía Política”. Fondo de Cultura Económica. 1985. p. 812.

¹³ Aquí se inserta también el federalismo, la gran aportación norteamericana al constitucionalismo liberal.

la distinción entre regulaciones legales de carácter general y la aplicación de esas normas por el juez o por una autoridad administrativa. La invasión de la libertad y de la propiedad tiene lugar, *no por medio de una ley, sino con arreglo a una ley*. Esto significa que la consideración como ley de cualquier norma adoptada por el Legislativo elimina o, al menos, debilita de manera sustancial la capacidad de los tribunales de proteger las libertades individuales. El concepto de ley, propio del constitucionalismo liberal, se ha visto sustituido de facto por un “concepto político” de la ley que es tanto voluntad y mandato concretos como un acto de soberanía. Aplicada a la democracia, la ley es la voluntad ilimitada del pueblo soberano.

Asimismo, la independencia de los jueces, del Poder Judicial, se convierte en una ficción cuando se desvirtúa el carácter general de la ley. La independencia del juez respecto a los mandatos del Ejecutivo y del Legislativo tiene su esencial correlato en su dependencia respecto a la ley. Esto es algo muy diferente a hacerlo de los mandatos y de las órdenes especiales de un superior. Si el Legislativo puede adoptar la forma de la ley para dirigir mandatos al juez, éste deja de ser independiente; es un servidor de los órganos competentes para legislar y, si éstos usan su competencia legislativa para transformar las leyes en órdenes especiales, son los superiores jerárquicos del juez. Sólo en tanto se mantenga el carácter general de la ley puede hablarse de un Poder Judicial independiente.

Por su parte, los derechos individuales han pasado de ser “negativos”, una esfera protegida de acción, a “positivos”, una exigencia de materialización que inevitablemente exige quitar a unos para dar a otros. Las libertades sancionadas por las cartas constitucionales de los siglos XVIII y XIX proporcionaban espacios y garantías para la acción libre del hombre pero no atribuían beneficios sustantivos a nadie. Eran derechos absolutos (incondicionales) porque no tenían “coste”, porque su satisfacción no exigía la cooperación forzosa de los demás. Si tengo derecho a trabajar y nadie quiere contratarme, alguien (el gobierno) debe forzar a otro para que lo haga. Pues bien, los derechos iguales para todos del liberalismo clásico se han transformado en desiguales, en discriminaciones. Los modernos derechos sociales son costosos y además generan expectativas de satisfacción

crecientes que, inexorablemente, se traducen en un deterioro, por no decir, en una creciente lesión de los primeros¹⁴.

La idea de igualdad ante la ley, de ciudadanos iguales en derechos del liberalismo clásico se ha visto también cuarteada por la visión según la cual grupos de individuos concretos han de tener un tratamiento legal diferenciado (discriminación positiva), de acuerdo con determinados criterios de identidad étnica, sexual, cultural, religiosa, etcétera. En su traducción práctica, este planteamiento ha resucitado una estructura social de castas y de privilegios que, a pesar de su aparente modernidad y de su corrección política, nos remite a una oscura era pre-liberal de rasgos pseudo tribales. Esta es otra de las letales derivas de una concepción colectivista del orden social que, en definitiva, niega los derechos individuales y conduce a una guerra civil fría.

En este escenario, es interesante analizar la transformación que se ha producido en el *Due Process of Law* en Estados Unidos. Las cláusulas del Debido Proceso legal de las Enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución establecen que ninguna persona puede ser desprovista de su vida, de su libertad ni de su propiedad sin un Debido Proceso. Al menos desde 1800, el alcance de ese concepto no se limitaba a determinar el procedimiento por el que se hacen las cosas sino a prohibir la sustancia de ciertas acciones gubernamentales. Hasta mediados los años treinta de la pasada centuria, el Debido Proceso sustantivo abarcaba no sólo a los derechos civiles, sino una amplia gama de derechos económicos como la propiedad y la libertad contractual. A partir de entonces, esa protección ha desaparecido. Las decisiones de la Corte Suprema, rechazando pronunciarse sobre el fondo de los asuntos económicos sometidos a su consideración, se han convertido en la regla¹⁵.

Pues bien, en realidad, el Ejecutivo y el Legislativo constituyen hoy un poder fusionado en la mayoría de los regímenes parlamentarios, y esta integración fáctica se ha convertido en un vehículo perfecto para el uso incontrolado del poder a favor de las facciones con mayores incentivos para organizarse y extraer privilegios del gobierno. En este contexto, el Poder Judicial tiene enormes dificultades para ejercer un

¹⁴ Para una profundización en esta tesis, ver SARTORI, Giovanni. “La Democracia después del comunismo”. Alianza Editorial. 1993. pp.118-123.

¹⁵ PILON, Roger. “Madison’s Constitutional Vision: The Legacy of Enumerated Powers”. En: James Madison and the Future of Limited Government. Editorial Jon Samples. Cato Institute. 2002. pp. 25-41.

contrapeso efectivo a la discrecionalidad, ya que como instrumento para interpretar y aplicar la ley, está sometido a lo considerado como tal por el Legislativo. Este esquema institucional ha hecho saltar por los aires el sistema de garantías de los derechos individuales establecido por el Estado liberal. Desde esta perspectiva, la extensión y/o la reducción de la libertad individual reposa, básicamente, en algo tan frágil y tan volátil como el estado de ánimo de la opinión.

En un proceso político competitivo, como lo es la democracia, el debilitamiento y/o la desaparición de las restricciones de las facultades gubernamentales impulsa el crecimiento inexorable del Estado. Las coaliciones políticas que favorecen el aumento de los gastos del Estado y/o la intervención de éste en la vida social y económica son siempre más numerosas y más eficaces que las que podrían intentar oponerse a esos movimientos. Aunque todos los ciudadanos sean a la vez “beneficiarios” y “contribuyentes” de la acción pública, les parecerá más rentable y menos costoso organizarse para que el Estado adopte medidas redistributivas a su favor, que hacerlo a fin de restringir la expansión del gobierno. El cálculo racional de sus intereses les conduce a favorecer el aumento de su bienestar individual mediante el incremento de las aportaciones redistributivas del Estado y/o de las regulaciones. La difusión de los costes de la actividad pública y la concentración de los beneficios que produce constituyen un potente motor para el aumento del papel del Estado en las sociedades modernas. La política actúa así como un mercado competitivo: ejerce una selección natural en beneficio de las coaliciones de intereses más eficaces y elimina las menos eficaces en perjuicio de los intereses generales. Es la *mano invisible* de Adam Smith funcionando al revés.

Lo irónico es que el moderno y todopoderoso Jano Ejecutivo-Legislativo no es un vehículo para que la mayoría imponga sus fines a las minorías, ni siquiera un instrumento para que las elites político-burocráticas, la casta gobernante, haga lo que quiera, sino un mecanismo al servicio de los múltiples grupos de presión y de interés que operan en las sociedades democráticas. La desaparición fáctica de

la división de poderes en las democracias modernas ha creado un nuevo Leviatán que, a través de la legislación y del poder fiscal, gobierna con altos niveles de discrecionalidad, y cuya única restricción efectiva no es la ley o la Constitución, sino la opinión pública. La opinión pública considera que el pueblo no necesita protegerse de sí mismo y estima que un gobierno democrático está legitimado para perseguir fines concretos, aunque ello suponga violar derechos de terceros. El Estado democrático moderno es, pues, una gigantesca máquina en la que, parodiando a Bastiat, “todo el mundo quiere vivir a costa de todo el mundo”.

A estas alturas es posible afirmar que dos tendencias ideológicas han operado en paralelo para erosionar las barreras levantadas por el constitucionalismo liberal al ejercicio de la coerción estatal: la regulación del capitalismo y la desregulación de la democracia. Cuantos menos controles tiene el moderno Estado democrático, más débil se vuelve al transformarse en un juguete de las distintas facciones, de esas singulares agrupaciones de buscadores de rentas a las que les resulta más provechoso obtener privilegios del poder que realizar actividades productivas en el mercado. Sin duda, algunos fenómenos recientes (véase la globalización) son fuerzas que, al poner de relieve las deficiencias y los costes de los sistemas social-corporativos, trabajan en su reforma. Ahora bien, eso no es suficiente para contrarrestar el poder del moderno corporativismo que se ha señoreado de las democracias desarrolladas.

La restauración del gobierno limitado exige desplegar las baterías para iniciar una formidable batalla intelectual para educar a las nuevas generaciones en las ventajas que la democracia liberal ofrece frente a la situación actual. Cabe imaginar y diseñar ingeniosos artilugios constitucionales para restringir la extensión de la coerción estatal, para sacar al zorro del gallinero, pero no se introducirán o su vigencia será precaria si el consenso cultural imperante sigue envenenado por la ponzoña colectivista. Este es el factor determinante que ha erosionado y erosiona las creencias sobre las que se asienta la creación y la conservación de las instituciones libres.

¿LA TIRANÍA DE LAS MINORÍAS? A PROPÓSITO DE LAS SOLICITUDES DE CONVOCATORIA A JUNTA TRAMITADAS ANTE CONASEV

Claudio Lava Cavassa*

La Ley General de Sociedades establece una serie de disposiciones destinadas a tutelar y proteger a los accionistas minoritarios, quienes, por ejemplo, podrán, de verificarse el cumplimiento de determinados requisitos, convocar la realización de juntas generales de accionistas, evitando de esta forma la adopción de acuerdos abusivos y perjudiciales a sus intereses.

En el presente artículo, el autor expone su opinión en torno a la interpretación vertida por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores en la Resolución 111-2003-EF/94.10, donde dicha institución señala, entre otros, que al evaluar el quórum para la realización de una junta general de accionistas en una sociedad anónima abierta, no deberán considerarse las acciones cuyo derecho de voto se encuentre suspendido y, además, que ella no se encuentra facultada para analizar la competencia de la junta general cuya convocatoria ha sido solicitada, debiendo únicamente avocarse al análisis de los aspectos formales.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del estudio Payet, Rey y Cauvi Abogados.

El gobierno corporativo y el rol que desempeña éste de cara a la regulación de los derechos de los accionistas minoritarios constituyen materias de especial importancia para el manejo de las sociedades. Cada vez más, la realidad nos viene demostrando que se hace imprescindible la adopción de parámetros claros y eficientes respecto a los alcances de los derechos de las minorías.

Sólo a modo de ejemplo, quiero referir aquí la experiencia europea, quizá la más interesante en los últimos años, respecto al rol y los derechos de los accionistas minoritarios. El Parlamento Europeo y el Consejo publicaron la Directiva 2004/25/EC del 21 de abril de 2004, que impuso a los estados miembros de la Comunidad Europea, entre otros aspectos, la obligación de reconocer en su derecho nacional, antes del 20 de mayo de 2006, tanto la llamada venta forzosa (*squeeze-out*) como la compra forzosa (*sell-out*), para permitir la toma de control absoluto por parte del controlador luego de una oferta pública de adquisición.

Tanto la experiencia legislativa europea como, por ejemplo, el reciente caso de Tele Norte Leste Participacoes S.A. (en adelante, "Telemar") en Brasil¹, nos llaman la atención sobre la necesidad de echar un vistazo a aquellas disposiciones vinculadas a la interrelación entre minorías y emisores, que puedan tener o tengan en la actualidad algún impacto en la marcha de las sociedades peruanas. Es en este contexto que se inserta la problemática abordada en el presente artículo.

Nuestra Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) contempla el derecho que tienen los accionistas para solicitar al directorio de la sociedad que convoque a junta general o junta especial de accionistas. Como se verá en este artículo, en caso que el directorio de la sociedad rechace o no atienda el pedido, los accionistas pueden solicitar al juez que realice la convocatoria, salvo que se trate del directorio de

una sociedad anónima abierta, en cuyo caso será la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, "CONASEV") la entidad encargada de tramitar estas solicitudes de convocatoria a junta.

En su interés por procurar una célere tramitación de estas solicitudes y por evitar una excesiva intervención de la propia Administración Pública, la CONASEV ha regulado lo concerniente a las solicitudes de convocatoria a junta en las sociedades anónimas abiertas. En el presente artículo se analizará la regulación de carácter administrativo introducida por la CONASEV, su adecuación al marco jurídico, así como los efectos prácticos de su aplicación.

SOLICITUD PARA LA CONVOCATORIA A JUNTA DE ACCIONISTAS POR LA VÍA JUDICIAL

El artículo 117² de la LGS prevé la posibilidad de que los accionistas que representen no menos del 20% de las acciones suscritas con derecho a voto de una sociedad, soliciten al directorio de ésta que convoque a junta general de accionistas.

Asimismo, la referida norma establece que, en caso el directorio de la sociedad no cumpla con convocar a junta de acuerdo a lo solicitado, el accionista cuya solicitud ha sido rechazada o no atendida puede pedir judicialmente la convocatoria a junta. En estos casos, de conformidad con el artículo 117 de la LGS, la solicitud de convocatoria a junta se tramita en la vía del proceso no contencioso.

De conformidad con las disposiciones del Código Procesal Civil (en adelante, "CPC"), el proceso no contencioso garantiza al emplazado el derecho de contradicción y la posibilidad de ofrecer medios probatorios. Así lo establece el artículo 753 del CPC, el cual señala expresamente que "(e)l emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con la resolución admisorio, anexando

¹ Telemar, una de las más grandes compañías de telecomunicaciones en Brasil, adoptó la decisión de modificar su estructura de valores. El plan buscaba eliminar diferentes clases de acciones de Telemar y aumentar en forma sustancial los estándares de gobierno corporativo de la compañía. Como parte de la operación, aquellos inversionistas en poder de acciones sin derecho a voto en varias de las filiales de Telemar ofrecerían sus títulos a cambio de acciones con derecho a voto en una nueva empresa (Oi). Sin embargo, los términos del canje aumentarían considerablemente la participación de los accionistas controladores de Telemar a expensas de los accionistas minoritarios sin derecho a voto, cuya participación se vería diluida. El caso llegó a la Comisión de Valores Mobiliarios de Brasil, quien manifestó –sin hacer alusión directa a Telemar– que en casos de fusión que de manera injustificada beneficien a una clase de accionistas a expensas de otra, los beneficiarios no deberían votar en la operación.

² Artículo 117 de la LGS: "Cuando uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe publicar el aviso de convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar. La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince días de la fecha de publicación de la convocatoria. Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso. Si el juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos".

los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia prevista en el artículo 754”.

Por su parte, el artículo 754 del CPC prevé la realización de una audiencia de actuación y declaración judicial, así como el uso de la palabra del emplazado: “(a) admitida la solicitud, el juez fija fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial, la que debe realizarse dentro de los quince días siguientes, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 758. De haber contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla (...)”.

De acuerdo a las normas citadas, el accionista, cuya solicitud de convocatoria a junta ha sido desestimada o no atendida por el directorio de la sociedad, puede solicitar al juez que éste convoque a junta. Este pedido se tramita judicialmente en la vía del proceso no contencioso, el cual garantiza al emplazado –en estos casos, la sociedad– el derecho de ser notificado con la solicitud del accionista o los accionistas, formular contradicción, ofrecer medios probatorios, participar en la audiencia de actuación y declaración judicial, y hacer uso de la palabra ante el juez.

SOLICITUD PARA LA CONVOCATORIA A JUNTA DE ACCIONISTAS POR LA VÍA ADMINISTRATIVA

Las disposiciones comentadas en el apartado anterior resultan aplicables a todas las sociedades reguladas en la LGS, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. El artículo 255³ de la LGS contiene una norma similar a la contenida en el artículo 117 de la misma LGS, que resulta aplicable a las sociedades anónimas abiertas. En los casos de estas sociedades, la CONASEV es la entidad encargada de tramitar las solicitudes de convocatoria a junta que hayan sido desestimadas previamente por la sociedad o que no hayan sido atendidas por ésta.

A diferencia de lo que sucede con las otras formas societarias, para el caso de sociedades anónimas

abiertas, las solicitudes de convocatoria a junta general o especial de accionistas pueden ser efectuadas por accionistas que representen no menos del 5% de las acciones suscritas con derecho a voto. Así, debido a la gran dispersión del capital que caracteriza a las sociedades anónimas abiertas, la LGS reduce el requisito del porcentaje de acciones que legitima a uno o varios accionistas para solicitar la convocatoria a junta.

Además, en el caso de sociedades anónimas abiertas, la propia LGS le resta competencia al fuero judicial para otorgársela a una entidad administrativa como es la CONASEV, entidad que queda encargada de tramitar las solicitudes de convocatoria a junta en esos casos.

LA RESOLUCIÓN CONASEV 111-2003-EF/94.10

En vía de regulación de la facultad otorgada por el artículo 255 de la LGS, la CONASEV dictó la Resolución CONASEV 111-2003-EF/94.10, que aprueba las normas relativas al acceso a la información vinculada a la marcha societaria y convocatoria a juntas en las sociedades anónimas abiertas (en adelante, “la Resolución”). Mediante esta norma, la propia CONASEV regula el ejercicio de los derechos que tienen los accionistas de las sociedades anónimas abiertas para acceder a la información vinculada a la marcha societaria y para solicitar que se convoque a junta de accionistas.

Como veremos más adelante, a diferencia de lo que sucede con las solicitudes de convocatoria a junta que se tramitan en la vía del proceso no contencioso, el procedimiento administrativo regulado por la CONASEV, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, obvia las garantías y formas mínimas del debido procedimiento.

El artículo 7 de la Resolución establece que CONASEV efectuará la convocatoria a junta de las sociedades anónimas abiertas cuando el directorio de la sociedad no cumpla con hacerlo en las oportunidades establecidas por la LGS o el estatuto, o cuando lo soliciten quienes representen el 5% o más de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad⁴.

³ Artículo 255: “Solicitud de convocatoria por los accionistas. En la sociedad anónima abierta el número de acciones que se requiere de acuerdo al artículo 117 para solicitar la celebración de junta general es de cinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

Cuando la solicitud fuese denegada o transcurriese el plazo indicado en ese artículo sin efectuarse la convocatoria la hará la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. Lo establecido en este artículo se aplica a los pedidos de convocatoria de las juntas especiales”.

⁴ Artículo 7 de la Resolución CONASEV 111-2003-EF/94.10: “CONASEV efectuará la convocatoria a junta general de accionistas de las sociedades anónimas abiertas: a) Cuando el Directorio de la sociedad no cumpla con hacerlo en las oportunidades establecidas por la Ley General de Sociedades o el estatuto. En este caso, CONASEV dispondrá la convocatoria de oficio o a solicitud de parte de quien represente la titularidad de una acción suscrita con derecho a voto; b) Cuando sea solicitada por quienes representen el cinco por ciento o más de las acciones suscritas con derecho a voto”.

En el primero de los supuestos mencionados, vale decir, cuando el directorio de la sociedad no haya cumplido con efectuar la convocatoria en las oportunidades establecidas por la LGS o el estatuto, el solicitante deberá acreditar la titularidad de al menos una (01) acción o del derecho de voto sobre la misma, así como la oportunidad en la que debió convocarse la junta. Recibida la solicitud, CONASEV correrá traslado de la misma al directorio de la sociedad por un plazo de tres (03) días hábiles. La Resolución establece que, con la respuesta de la sociedad o sin ella, la CONASEV determinará si ordena la convocatoria⁵.

En el segundo de los supuestos referidos, es decir, cuando la convocatoria a junta es solicitada por quienes representen el 5% o más de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad, la Resolución no contempla mayor procedimiento, limitándose a señalar que la solicitud deberá contener la documentación que acredite la titularidad de las acciones o la titularidad de los derechos de voto en el porcentaje mínimo exigido. Asimismo, de conformidad con la norma comentada, deberá evidenciarse que se presentó previamente la solicitud de convocatoria ante el directorio de la sociedad y que aquella fue rechazada⁶.

En cualquiera de los dos casos, la CONASEV verificará el cumplimiento de los requisitos señalados y, sin más trámite, procederá a publicar la convocatoria de conformidad con las disposiciones de la LGS, limitándose a evaluar el cumplimiento de los requisitos de forma de la solicitud.

La Resolución ha procurado ofrecer a los accionistas de la sociedad anónima abierta una tramitación ágil y célere de sus solicitudes de convocatoria a junta, pero en mi opinión, en ese intento ha obviado que asiste a la sociedad el derecho al debido procedimiento y que, como tal, corresponde a la sociedad el derecho de participar activamente en dicho procedimiento, con todas las garantías inherentes al debido procedimiento.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO

El derecho al debido proceso es uno de los derechos constitucionales que conforman el eje fundamental del Estado de Derecho y se encuentra recogido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993⁷. Si bien la concepción clásica de la institución del debido proceso concibe a ésta en el marco del proceso judicial, hoy en día se entiende, pacíficamente, que la observancia plena y la real vigencia de dicha garantía en todo Estado de Derecho sólo es posible si la aplicación de la misma se extiende también al procedimiento administrativo.

Así lo ha entendido, por lo demás, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, "LPAG"), reconociendo, dentro de su articulado, el principio del debido procedimiento. De esta forma, el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala que "(l)os administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho de exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

Al respecto, resulta de especial interés lo que señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el expediente 8605-2005-AA: "(...) 12.(...) se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos al libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones ju-

⁵ Artículo 8 de la Resolución CONASEV 111-2003-EF/94.10: "En los casos previstos en el inciso a) del artículo anterior, y sin perjuicio de la atribución de CONASEV para actuar de oficio, se acreditará la titularidad de por lo menos una acción o del derecho de voto sobre la misma, así como la oportunidad en la que debió realizarse la junta de conformidad con el estatuto o la Ley General de Sociedades. Inmediatamente después de recibida la solicitud, CONASEV correrá traslado al Directorio de la sociedad por el plazo perentorio de tres (3) días hábiles y, con la respuesta o sin ella, determinará si ordena la convocatoria (...)"

⁶ Artículo 8 de la Resolución CONASEV 111-2003-EF/94.10: "(...) En los casos previstos en el inciso b) del artículo anterior, la solicitud deberá contener la documentación que acredite la titularidad de las acciones o aquella que acredite la titularidad de los derechos de voto en el porcentaje mínimo establecido. Asimismo, deberá evidenciarse que se efectuó la solicitud de convocatoria ante el Directorio de la sociedad y que ésta fue denegada de modo expreso o tácito. Se entiende que se ha producida la denegatoria tácita luego de transcurridos quince (15) días hábiles sin que se haya efectuado la convocatoria por parte de la administración de la sociedad".

⁷ Artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)"

diciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

13. Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la Administración Pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada (...).”.

Mediante esta sentencia, el Tribunal Constitucional, intérprete máximo de la Constitución, reconoce claramente al debido procedimiento administrativo como una faceta del debido proceso que garantiza a los administrados todos los principios y derechos normalmente protegidos en la jurisdicción común, como son, entre otros, el derecho de contradicción, el derecho a ofrecer pruebas o el derecho a obtener una decisión debidamente motivada.

Tal como se verá más adelante, el procedimiento administrativo de convocatoria a junta y la actuación de la CONASEV dentro del mismo, deben asemejarse a la vía del proceso no contencioso y a la actuación del juez en los procesos judiciales de convocatoria a junta. En esa línea, la CONASEV no puede pretender desconocer en la vía administrativa el debido procedimiento administrativo cuando existe un trámite similar en la vía judicial que lo garantiza plenamente.

LA RESOLUCIÓN INTERPRETATIVA DEL DIRECTORIO DE LA CONASEV

El 15 de febrero de 2006 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Resolución CONASEV 007-2006-EF/94.10 (en adelante, “Resolución Interpretativa”), mediante la cual el Directorio de la CONASEV interpretó el inciso b) del artículo 7 y la última parte del segundo párrafo del artículo 10 de la Resolución.

El inciso b) del artículo 7 de la Resolución no hace sino recoger el requisito del porcentaje del 5%, establecido por el artículo 255 de la LGS⁸. Por su parte, la Resolución Interpretativa, al interpretar

dicho requisito en el literal b) de su artículo 1, señala lo siguiente: “(...) el cálculo del cinco por ciento de las acciones con derecho a voto debe realizarse sólo sobre las acciones con derecho a voto cuyos derechos políticos no se encuentren suspendidos en virtud del artículo 105 de la Ley General de Sociedades”.

En tal sentido, bajo la forma de la interpretación de una norma de carácter administrativo, la CONASEV ha procedido a interpretar no únicamente el artículo 255 de la LGS, sino también el artículo 105 de la LGS. En efecto, al señalar que el cálculo del 5% de las acciones con derecho a voto debe realizarse sólo sobre las acciones con derecho a voto cuyos derechos políticos no se encuentran suspendidos, la CONASEV está añadiendo al requisito exigido por el artículo 255 de la LGS, un requisito adicional: que las acciones con derecho a voto no tengan sus derechos políticos suspendidos de conformidad con el artículo 105 de la LGS.

Por su parte, el artículo 105 de la LGS regula el control indirecto de las acciones y señala que “(l)as acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum (...)”.

De conformidad con lo señalado por la CONASEV en su Resolución Interpretativa, se pretende adicionar una consecuencia más al supuesto de hecho previsto en el artículo 105 de la LGS, y es que las acciones de propiedad de una sociedad controlada por la sociedad emisora de tales acciones no sólo no darán a su titular derecho de voto ni se computarán para el quórum, sino que además serán excluidas para el cálculo del 5% exigido para solicitar convocatorias a junta de accionistas en las sociedades anónimas abiertas⁹.

Más adelante comentaré los alcances de las interpretaciones contenidas en la Resolución Interpretativa. Sin embargo, debe tenerse presente que la CONASEV no se encuentra habilitada legalmente para emitir pronunciamientos vinculantes que supongan una interpretación de la LGS. Al respecto, el último considerando de la Resolución Interpretativa hace referencia al literal a) del artículo 2 de la Ley Orgánica de la CONASEV y al artículo 7 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, “LMV”), como

⁸ Al respecto, ver nota al pie de página 4.

⁹ Nótese, además, que la interpretación efectuada por el Directorio de la CONASEV supone la interpretación extensiva de una norma como el artículo 105 de la LGS, que restringe los derechos que otorgan las acciones de propiedad de una sociedad controlada por la sociedad emisora de tales acciones. De esta manera, el Directorio de la CONASEV ha interpretado extensivamente una norma que restringe derechos.

normas que supuestamente habilitarían a la CONASEV para interpretar la LGS¹⁰.

El literal a) del artículo 2 de la Ley Orgánica de la CONASEV hace referencia a la facultad de dicha entidad para estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores, así como para controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado. Por su parte, el artículo 7 del Decreto Supremo 093-2002-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la LMV, establece que la CONASEV se encuentra facultada para interpretar administrativamente los alcances de las disposiciones legales relativas a las materias que en dicha ley se aborda. Las convocatorias a junta por parte de la CONASEV no son una materia abordada por la LMV, sino por la LGS. Por esa razón, esta atribución interpretativa contenida en la LMV no puede servir de sustento a la CONASEV, ya que está referida exclusivamente a la LMV y no a la LGS.

Como puede verse, ninguna de las normas citadas –así como ninguna otra en nuestro ordenamiento– faculta a la CONASEV para interpretar la LGS. No me refiero aquí a la labor interpretativa que sin duda puede realizar la CONASEV en el cumplimiento y desarrollo de las funciones que le vienen atribuidas legalmente. Lo que queda vedado para la CONASEV es la interpretación de la LGS a través de pronunciamientos de carácter general que vayan a tener fuerza vinculante y que, en tal sentido, constituyan fuente del procedimiento administrativo.

Téngase en cuenta que, de conformidad con el numeral 2 del artículo V del Título Preliminar de la LPAG, son fuentes del procedimiento administrativo, entre otras, “(...) 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus Tribunales o Consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede” y “(...) 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para

absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas (...)”¹¹.

Es decir, la CONASEV no se encuentra habilitada para interpretar la LGS a través de pronunciamientos que constituyan fuente del procedimiento administrativo según la LPAG. En consecuencia, la CONASEV ha emitido y publicado, con carácter general, un pronunciamiento en el cual interpreta la LGS, sin gozar de facultades expresas para ello.

EL CÁLCULO DEL 5% ESTABLECIDO EN LA LGS

Como se ha visto líneas arriba, el artículo 255 de la LGS y el inciso b) del artículo 7 de la Resolución establecen que el pedido de convocatoria a junta debe ser efectuado por accionistas que representen el 5% de la totalidad de acciones suscritas con derecho a voto. Las referidas normas no establecen excepción alguna para el caso en que existan determinadas acciones que, por cualquier motivo, tengan suspendido su derecho a voto.

A criterio de la CONASEV, para el cálculo del porcentaje requerido para solicitar convocatorias a junta, es preciso detraer aquellas acciones cuyos derechos políticos se encuentren suspendidos, de conformidad con el artículo 105 de la LGS, es decir, aquellas acciones que sean de propiedad de una sociedad controlada por la sociedad emisora de tales acciones.

Así, por ejemplo, imaginemos que la sociedad X tiene como accionistas a las empresas A, B y C. La empresa A es titular de quinientas (500) acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad X, la empresa B es titular de cuatrocientas cincuenta y cinco (455) acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad X y, finalmente, la empresa C es titular de cuarenta y cinco (45) acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad X.

Teniendo en cuenta los números de acciones señalados en el párrafo anterior, la empresa C no se

¹⁰ Artículo 2 del Decreto Ley 26126, que aprueba el Texto Único Concordante de la Ley Orgánica de CONASEV: “Funciones.- Son funciones de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores las siguientes: a) Estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen en dicho mercado (...)”. Artículo 7 de la LMV: “La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) es la institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de esta ley. La nombrada institución está facultada para, ciñéndose a las normas del derecho común y a los principios generales del derecho, interpretar administrativamente los alcances de las disposiciones legales relativas a las materias que en esta ley se aborda. Lo está, asimismo para dictar los reglamentos correspondientes.

A menos que haya indicación expresa en contrario, las facultades que otorga esta ley a CONASEV, se ejercen por su Directorio”.

¹¹ Debe tenerse presente también que el mismo numeral 2.9 del punto 2 del artículo V del Título Preliminar de la LPAG hace referencia a la facultad interpretativa de la Administración, siempre que se trate de normas de carácter administrativo.

encontraría habilitada para solicitar convocatorias a junta de la sociedad X, ya que no reúne el 5% de la totalidad de acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad X.

Asumamos ahora que la sociedad X tuviera el control —en los términos del artículo 105 de la LGS— sobre la empresa A, titular a su vez de acciones emitidas por la sociedad X. Siendo esto así, estas acciones de titularidad de la empresa A emitidas por la sociedad X no darían a la empresa A derecho a voto ni se computarían para formar quórum.

Ahora bien, de acuerdo al criterio adoptado por CONASEV, para efectos del cómputo del 5% necesario para solicitar convocatorias a junta, debería recalcularse el capital social de la sociedad X excluyendo las acciones de propiedad de la empresa A y tomando en consideración únicamente las participaciones accionarias de las empresas B y C. En tal sentido, para estos efectos la CONASEV consideraría únicamente un capital social compuesto por las quinientas (500) acciones que reúnen en conjunto B y C. El 5% de este nuevo capital social relevante lo conforma un total de veinticinco (25) acciones, con lo cual, la empresa C sí se encontraría facultada para solicitar convocatorias a junta de la sociedad X.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 105 de la LGS (la suspensión de los derechos políticos) responde a una situación particular del titular de las acciones y no a las características intrínsecas de tales acciones. Me explico: si en aplicación del artículo 105 de la LGS, unas acciones tuvieran suspendido su derecho a voto, ello no las convertiría automáticamente en acciones sin derecho a voto. Muy por el contrario, en tanto dichas acciones fueran transferidas a un tercero no controlado por la sociedad emisora de tales acciones o en tanto la sociedad emisora de las mismas dejara de tener el control sobre su accionista tenedor de dichas acciones, éstas darían a su titular el derecho a voto.

Algo similar ocurre en el caso del artículo 133 de la LGS, el cual comentaré más adelante. De conformidad con dicho artículo, las acciones de aquél accionista que tuviera algún conflicto de interés con la sociedad, respecto de algún asunto en particular, no serán computables para establecer las mayorías en ese asunto. No obstante, eso no convierte a tales acciones, de un momento a otro, en acciones sin derecho a voto. Jurídicamente las acciones siguen siendo con derecho a voto, sólo que, por alguna razón inherente a su titular, ese derecho queda suspendido en determinados casos.

Así, el hecho de que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 105 de la LGS, no sea posible circunstancialmente ejercer el derecho a voto sobre determinadas acciones, no implica que deba considerárseles acciones sin derecho a voto para efectos del cómputo de la tenencia accionaria.

Adicionalmente a lo expuesto en los párrafos anteriores, es preciso también considerar lo siguiente: la interpretación efectuada por la CONASEV respecto del cómputo del 5% para solicitar convocatorias a junta, no ha tenido en cuenta que nuestra LGS es muy clara y precisa en la regulación de los supuestos de suspensión del derecho a voto.

Así, el artículo 79 de la LGS señala que “(e)l accionista moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo a que se refiere el artículo anterior. Dichas acciones no son computables para formar quórum de la junta general ni para establecer la mayoría en las votaciones. Tampoco tendrá derecho, respecto de dichas acciones, a ejercer el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones ni de adquirir obligaciones convertibles en acciones (...)”.

Por su parte, el artículo 133 de la LGS establece que “(e)l derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad. En este caso, las acciones respecto de las cuales no puede ejercitarse el derecho de voto son computables para establecer el quórum de la junta general e incomputables para establecer las mayorías en las votaciones (...)”.

Como puede advertirse, a partir de la regulación sobre suspensión del derecho a voto en la LGS, cada uno de los supuestos previstos por el artículo 79, por el artículo 105 y por el artículo 133 presentan consecuencias jurídicas claramente definidas y delineadas. Así, el artículo 79 de la LGS prevé que las acciones sujetas a su ámbito de aplicación no son computables para formar quórum ni para las mayorías, y que tampoco otorgan el derecho de suscripción preferente. El artículo 105 establece, como consecuencias jurídicas, que las acciones que se enmarcan dentro de su supuesto de hecho no dan a sus titulares derecho a voto ni se computan para el quórum. Finalmente, el artículo 133 contempla únicamente la suspensión del derecho a voto. En tal sentido, no resulta aceptable entender que en alguno de estos casos la LGS ha pretendido regular alguna consecuencia que no ha sido prevista expresamente.

En mi opinión, no puede interpretarse que el requisito de un porcentaje de acciones exigido por

el artículo 255 de la LGS debe ser calculado descontando las acciones que conforme al artículo 105 de la misma ley, tienen el derecho a voto suspendido, ya que este artículo contiene las únicas consecuencias aplicables al control indirecto de acciones.

EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE FORMA POR PARTE DE CONASEV

El artículo 10 de la Resolución establece en su parte final que “CONASEV no evaluará ni modificará los temas de agenda propuestos, limitándose sólo a verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud”.

Asimismo, en el artículo 2 de la Resolución Interpretativa, la CONASEV interpreta esta norma “(...) en el sentido que CONASEV no está facultada para observar aspectos relacionados con la competencia de la junta que se pretende convocar para tratar los temas de agenda propuestos, pues tal verificación supondría una evaluación previa de la propia agenda y esto no es parte de los requisitos formales de la solicitud”.

Según el criterio de la CONASEV, dicha entidad puede únicamente revisar los aspectos formales de las solicitudes de convocatoria, lo cual –en opinión de la CONASEV– excluye el análisis de los temas de agenda propuestos y de la competencia de la junta.

Pues bien, imaginemos que una sociedad ha emitido acciones con derecho a voto y acciones preferentes sin derecho a voto, las cuales sólo gozan del derecho a voto en la respectiva junta especial de accionistas. De conformidad con el artículo 255 de la LGS, la regulación contenida en dicho artículo para las convocatorias a junta es de aplicación también para las convocatorias a juntas especiales.

Ahora bien, un accionista titular de acciones preferentes sin derecho a voto solicita al directorio de la sociedad que se convoque a junta especial para tratar la distribución de utilidades por parte de la sociedad y la remoción del gerente general. La sociedad, a su vez, rechaza esta solicitud por considerar que los temas de agenda propuestos escapan a la competencia de la junta especial de accionistas titulares de acciones sin derecho a voto.

Imaginemos entonces que el accionista recurre a la CONASEV y le solicita que convoque a la junta especial para tratar los temas de agenda indicados. Según el criterio adoptado por la CONASEV, esta entidad no tendría más alternativa que verificar el cumplimiento de los requisitos formales y convocar a la junta especial, ya que no tendría facultad para

pronunciarse respecto a la competencia o incompetencia de dicha junta.

Vemos, pues, que el criterio adoptado por la CONASEV en torno a este punto adolece de serias falencias si se somete a prueba en ciertos casos límite. En el ejemplo, la CONASEV obró como una simple mesa de partes y su actuación se vio limitada a la verificación de aspectos formales tales como el pago de la tasa, el cumplimiento de los plazos o la acreditación del número de acciones, obviando el aspecto de forma quizá más importante de la solicitud, como desarrollaré a continuación.

Como se sabe, las juntas especiales tienen como propósito que los titulares de acciones de una clase especial se reúnan como órgano social y se pronuncien respecto a algún futuro acuerdo de junta general que esté destinado a eliminar a la respectiva clase de acciones o a modificar los derechos u obligaciones que sean inherentes a aquéllas. Ello es así porque al carecer dichas acciones del derecho a voto y al no poder participar en la toma de decisiones de la sociedad, la LGS les concede la posibilidad de votar antes de la realización de la junta general, exclusivamente en aquellos casos en que la clase pueda verse eliminada o en que los derechos u obligaciones que son inherentes a la clase pudieran verse modificados.

En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 132 de la LGS, “(c)uando existan diversas clases de acciones, los acuerdos de la junta general que afecten los derechos particulares de cualquiera de ellas deben ser aprobados en sesión separada por la junta especial de accionistas de la clase afectada (...)”.

El artículo 88 de la LGS complementa la disposición citada cuando señala que “(...) (l)a eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por junta especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen (...)”.

De acuerdo con las disposiciones citadas, una junta especial sólo es procedente ante un acuerdo de junta general de accionistas que afecte los derechos u obligaciones propios de la clase. Concretamente, tratándose de acuerdos de junta general que supongan la eliminación de la clase, la modificación de sus derechos o la modificación de sus obligaciones, la junta especial necesariamente debe llevarse a cabo antes de la junta general de accionistas que adopte el respectivo acuerdo.

Esta opción legislativa es conocida en la doctrina como “la técnica del doble acuerdo”. Según esta técnica, los titulares de las acciones de una clase especial, cuyos derechos inherentes se pretenden eliminar o modificar, gozan de una especie de derecho de veto para que la junta general de accionistas pueda o no adoptar el pretendido acuerdo.

Pues bien, volviendo al ejemplo planteado, considero que la CONASEV no puede evadir su obligación de evaluar el cumplimiento de aspectos de forma tan importantes en los casos de juntas especiales, como son la competencia de la junta y la ocurrencia del supuesto habilitante para que se reúna válidamente toda junta especial. Así, en mi opinión, si el accionista solicita la convocatoria a junta especial para que ésta trate temas de agenda que escapan a su competencia o si no se ha producido al menos la convocatoria a una junta general en la que se discutirá la afectación de los derechos u obligaciones propios de la clase especial, la CONASEV no podría convocar a la junta especial. Lo contrario supondría una abierta vulneración del orden legal, pues se estaría convocando a una junta especial que pudiera resultar manifiestamente incompetente o que se estaría reuniendo cuando no se ha producido el supuesto habilitante previsto en los artículos 88 y 132 de la LGS.

En este punto es importante traer a colación el rol que desempeña el juez en el proceso no contencioso cuando se trata de un pedido de convocatoria a junta de accionistas de una sociedad distinta a la sociedad anónima abierta. Hemos visto ya, en esos casos, que la regulación del proceso no contencioso garantiza al emplazado (la sociedad) el derecho de contradicción y la posibilidad de ofrecer medios probatorios. Igualmente, prevé la realización de una audiencia de actuación y declaración judicial, así como el uso de la palabra por parte del emplazado.

Dentro de ese marco respetuoso del debido proceso, el juez evalúa todos los aspectos de forma que deben rodear a la convocatoria que se solicita. Al respecto, Javier Juste refiere, con respecto a la actuación del juez en los procesos de convocatoria a junta, lo siguiente:

“De lo anterior se deduce la necesidad de que el juez no se limite a comprobar únicamente, antes de tomar postura, si los solicitantes reúnen el cinco por ciento del capital social, han requerido notarialmente a los administradores indicando los asuntos a tratar y han acompañado la solicitud del texto de modificación estatutaria e informe justificativo, en su caso. Ciertamente, la ausencia de estos requisitos puede (y debe) fundamentar su negativa. Pero, además, debe desarrollar un control que se extienda, al menos, hasta el mismo grado que el realizado por los administradores: examen de la competencia de la Junta o del poder de impulso de la minoría, indicios reveladores de abuso de derecho, y demás circunstancias que presentan como dañoso al interés social el propósito de la minoría”¹².

Coincido con la opinión del citado autor cuando comenta la actuación del juez en los procesos judiciales de convocatoria a junta y considero que dicha actuación debe ser exigible también a la CONASEV cuando se trate de convocatorias a junta en sociedades anónimas abiertas. Por lo demás, sólo de esa forma se puede garantizar real y eficazmente el Derecho al Debido Procedimiento de los administrados.

Debe tenerse presente, además, que en la propia exposición de motivos de la Resolución se menciona que la labor de la CONASEV debe asimilarse a la del juez en el proceso no contencioso¹³.

LA TIRANÍA DE LAS MINORÍAS

La facultad de solicitar convocatorias a junta constituye un derecho que se reconoce a favor de los accionistas minoritarios como contrapeso a cualquier posible abuso de la mayoría. De esta forma, los minoritarios tienen la facultad de someter a consideración de la junta determinados asuntos que a su criterio ameriten ser tratados por ella.

Sin embargo, se debe tener presente que la finalidad de las facultades y derechos otorgados a los accionistas minoritarios pasa por evitar el abuso de las mayorías, pero de ninguna manera permitir el efecto contrario, vale decir, el abuso de

¹² JUSTE MENCÍA, Javier. “Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima”. Navarra: Aranzadi. 1995. pp. 259-260.

¹³ Artículo 7 de la Exposición de Motivos de la Resolución 111-2003-EF/94.45: “(...) Por su parte, el supuesto del inciso b) resulta similar a la convocatoria que puede realizar el juez al amparo del artículo 117 de la Ley General de Sociedades, cuando la solicitud a junta de accionistas que representen por lo menos veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto hubiese sido denegada o hubiese transcurrido más de quince (15) días de presentada sin efectuar la convocatoria (...)”. Artículo 9 de la Exposición de Motivos de la Resolución 111-2003-EF/94.45: “(...) Asimismo, dicho artículo establece las atribuciones de CONASEV, en concordancia con las que tiene el juez de acuerdo a los artículos 117 y 119 de la Ley General de Sociedades (...)”.

estos derechos por parte de las minorías. No resulta eficiente que, a través de un abuso de las facultades y derechos concedidos a la minoría, se admita el entorpecimiento de la correcta marcha y el normal desenvolvimiento de las sociedades.

En efecto, el objetivo de consignar porcentajes y requisitos mínimos para ejercer el derecho de solicitar convocatorias a junta es, precisamente, evitar la tiranía de las minorías. Evidentemente, las diferentes legislaciones establecen estas exigencias para impedir la hostilización de las sociedades por cuenta de sus accionistas minoritarios.

Sin embargo, la regulación contenida en la Resolución respecto de los procedimientos de convocatoria a junta, así como los criterios adoptados por la CONASEV en la Resolución Interpretativa, no hacen sino limitar considerablemente la actuación de dicha entidad y abrir, innecesariamente, la puerta para que se produzca precisamente el efecto contrario al buscado por las normas que establecen requisitos para las solicitudes de convocatoria a junta.

Considero que al limitarse innecesariamente la capacidad de decisión de la CONASEV en estos casos, el mensaje que se está enviando a los accionistas minoritarios es que tienen plena libertad para solicitar periódica y sistemáticamente convocatorias a juntas –principalmente, juntas especiales–, aun cuando éstas resulten manifiestamente incompetentes para tratar los asuntos de agenda que se propongan y sin importar que ello pueda causar una interrupción en la correcta marcha de la sociedad.

En la introducción de este artículo adelanté la importancia de adoptar parámetros claros y eficientes respecto a los alcances de los derechos de las minorías. Lo que está ocurriendo es precisamente lo contrario, pues, en su afán por procurar una ágil tramitación de los asuntos sociales, la CONASEV está permitiendo que existan casos en los que las minorías abusen del derecho que les concede la ley. Cabe anotar finalmente que, de esta manera, la CONASEV ha trastocado su razón de ser última, como es promover el mercado de valores y velar por el adecuado manejo de las empresas.

POBREZA LEGAL Y POBREZA LEGAL EXTREMA: ¿QUIÉNES SON LOS RESPONSABLES?*

Fernando Del Mastro** ***

¿Alguna vez nos hemos detenido a pensar cuál es el sentido de nuestras vidas? ¿Nos hemos realmente cuestionado si el camino que seguimos responde a una elección libre o si, por el contrario, es un efecto de la presión que ejerce la sociedad sobre nosotros? ¿Son los modelos que seguimos verdaderos ejemplos de vida? ¿Son los únicos?

En el presente artículo, el autor nos invita a reflexionar acerca de la pobreza legal en el país, las causas y las consecuencias de que perdure en el tiempo. Asimismo, identifica a los responsables de aquella, planteando interesantes líneas de acción para combatirla, pero, sobre todo, nos hace ver que está en nosotros mismos la posibilidad de ser los verdaderos agentes del cambio.

* Dedico este trabajo a mi familia. A mi papá y a mi mamá por sus críticas, su cariño y su preocupación. A Cesare y a María Verónica por todas las discusiones que hemos tenido y por las que vendrán, y a Olga por ser ejemplo de cómo enfrentar toda adversidad sin perder la alegría.

** Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Comisión de Desarrollo Social de THEMIS.

*** Las opiniones e ideas que expongo en este artículo son estrictamente personales. No obstante, responden en gran medida al enriquecimiento que, a través de discusiones y acciones, he obtenido en THEMIS. Particularmente, agradezco a los miembros de la Comisión de Desarrollo Social (Carlos Glave, Daniel Gonzáles y Aarón Verona) por el esfuerzo puesto en demostrar que "La fe, al igual que la esperanza, no es predecir el futuro, sino la visión del presente en un estado de gestación". FROMM, Erich. "La Revolución de la Esperanza". México: Fondo de Cultura Económica. 1970. p. 25.

"La decisión de no volver a soslayar al otro, ahogándolo otra vez en la intrascendencia, es expresión del sufrimiento, es decir, del dolor del otro asumido como propio, con responsabilidad (...) Se trata (...) de ser; y ser es siempre con el otro, abierto al otro, en relación a él".

Santiago Kovadloff. Meditaciones del profeta

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca reflexionar sobre la temática de la pobreza legal, así como sobre el modo en que la indiferencia de muchas personas vinculadas con el Derecho favorece al mantenimiento de esta situación de pobreza en nuestro país. Sobre esto último, argumentaré que dichas personas son en gran medida responsables de que el contexto de pobreza legal perdure en el tiempo sin encontrar solución.

No obstante, no me limitaré a describir el problema e identificar a sus responsables, sino que intentaré plantear algunas líneas de acción que podrían ayudar a que la responsabilidad sea asumida.

Para cumplir con los referidos objetivos, comenzaré por tratar el tema de los responsables de la pobreza en general, para luego centrarme en el caso específico de la pobreza legal.

Advierto, finalmente, que muchos de los argumentos que serán utilizados son de corte psicológico. En ese sentido, sobre todo al principio del artículo, ellos se sustentarán en la lectura de obras de Erich Fromm (1900-1980) y de Víctor E. Frankl (1905-1998), dos importantes psicólogos del siglo XX.

II. LOS RESPONSABLES DE LA POBREZA

La pobreza en nuestro país, entendida como la imposibilidad de ser agente del propio futuro¹, agobia a la mayoría de los peruanos y constituye, necesariamente, un escenario en el que la violación de los derechos humanos es constante. Por mencionar sólo algunos ejemplos reveladores: i) el 74.1% de la población de Huancavelica se encuentra en una situación de pobreza extrema y en seis otros departamentos del Perú la cifra supera el 40%; ii)

sólo el 6.05% de la población del Perú cuenta con estudios universitarios completos, mientras que el 21.31% tiene primaria incompleta y el 11.81% no cuenta con ningún nivel de educación; y, iii) el 24.1% de los niños se encuentra en una situación de desnutrición crónica, siendo que en las zonas rurales cuatro de cada diez niños la padecen².

La responsabilidad por la existencia de esos problemas suele ser atribuida de modo exclusivo al Estado. Sin embargo, existen también otros responsables que son más difíciles de combatir que cualquier mal gobernante: los indiferentes.

Los que no sienten ni atracción ni rechazo por la desgracia del prójimo, son responsables porque, pudiendo cambiar la situación de quienes sufren las consecuencias de la pobreza, permiten que esta se mantenga. El razonamiento es, entonces, bastante simple: quien puede cambiar algo y no lo hace es responsable de que perdure en el tiempo. De modo que compartimos el pensamiento de Pogge según el cual "(...) la distinción entre causar la pobreza y no reducirla tiene poca o ninguna importancia. Permitir que personas a quienes uno podría haber salvado fácilmente mueran de hambre (...), es equivalente a matarlas (...)"³. En ese mismo sentido, Javier Neves señala que en la "(...) doctrina social de la iglesia existe el siguiente dicho: da de comer al que muere de hambre porque si no le diste de comer, lo mataste. En esa lógica, creo que sí hay una responsabilidad por omisión: todos los que por la posición que ocupamos en la sociedad podemos hacer algo por influir en el cambio, tenemos el deber de hacerlo, y el no hacerlo nos hace cómplices de una situación determinada"⁴.

La dualidad entre "Estado responsable socialmente" y "privado no responsable socialmente" es, por tanto, inexistente. El ser humano, sea funcionario público o gerente legal de una empresa, es responsable de lo que hace y de lo que deja de hacer.

Se podría intentar refutar lo señalado argumentando que no existe responsabilidad en tanto el indiferente opta libremente por no ayudar, de modo que la indiferencia no es más que el ejercicio del derecho a la libertad. Sobre el particular, es preciso advertir que la responsabilidad a que nos referimos es objetiva. Refugiarnos en la libertad es por ende

¹ SEN, Amartya. "Desarrollo y libertad". España: Planeta. 2000.

² En cuanto a las cifras de pobreza extrema, véase: Instituto Nacional de Estadística e Información, Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) (Mayo 2003-Abril 2004). Asimismo, en cuanto a la cifra referida a educación, véase: Instituto Nacional de Estadística e Información, Censo Nacional 2005. Finalmente, en cuanto a las cifras y al problema de desnutrición infantil, véase: <http://www.care.org.pe/campana.htm>.

³ POGGE, Thomas. "La Pobreza en el Mundo y los Derechos Humanos". Barcelona: Paidós. 2002. p. 27

⁴ NEVES, Javier. "El Interés Social en el Derecho Actual". En: Enfoque Derecho 50. Sección Enfocados. Agosto de 2006.

equivocado. En definitiva, si yo puedo hacer "A" o "B" y opto por esta última, soy objetivamente responsable no sólo de "B", sino también de no haber hecho "A".

Dicha argumentación sería, no obstante, tan ilógica como peligrosa. Ello en razón de que muchos indiferentes no perciben su responsabilidad, justamente, porque entienden que el derecho a la libertad la suprime. No cabe duda, sin embargo, de que el indiferente es objetivamente responsable por lo que deja de hacer.

Lo difícil para lograr combatir la indiferencia, tal como ha sido descrita, es que dicha responsabilidad sea asumida. Y es que la gran mayoría de indiferentes son tales no porque lo hayan decidido sino porque han sido condicionados. Veamos⁵:

Como advierte Rousseau: "El conocimiento o la idea de lo que es la muerte y sus terrores ha sido una de las primeras adquisiciones que el hombre ha hecho al alejarse de la condición animal"⁶. Esta conciencia de la muerte, inherente al ser humano, hace que este se encuentre ante un dilema existencial: vive, pero morirá. En un escenario como el descrito, buscar un sentido a la vida es imprescindible para evitar sucumbir ante la inminencia de la muerte⁷. El ser humano es entonces, en términos de Frankl, un ser orientado al sentido.

Ahora bien, la sola posibilidad de equivocarse al decidir qué sentido dar a la vida o de simplemente no encontrarlo hace que el ser humano se halle en una situación compleja. Nos encontramos, en definitiva, ante lo que Erich Fromm denomina el miedo a la libertad o lo que Frankl denomina la confrontación con el sentido. En muy resumidas cuentas, se trata de una fuerte tensión y angustia natural configurada por la necesidad de encontrar un sentido específico a la vida frente a la muerte, sentido que, por lo demás, muchas veces debe ser encontrado en escenarios de sufrimiento y dolor.

Este miedo a la libertad o esta confrontación con el sentido hace que los seres humanos sean propensos a sucumbir ante cualquier autoridad que diga qué

hacer⁸. En definitiva, es más fácil que le digan cómo y por qué actuar que decidirlo autónomamente. Como dice Sartre, el desamparo y el desconsuelo radica en "que elijamos nosotros mismos nuestro ser"⁹.

La Edad Media fue un claro ejemplo de aquello. La Iglesia, máxima autoridad, dictaba qué debía creer el hombre y qué no. Esta época histórica se asemeja, en cuanto a la vida del ser humano, a la niñez en tanto los padres dicen qué se debe y qué no se debe hacer. Ambos ejemplos tienen, a su vez, etapas de ruptura: la niñez acaba con la adolescencia y la Edad Media con la Edad Moderna, siendo que en ambos escenarios existen niveles considerables de inseguridad y temor en tanto las cosas dejan de depender, en su totalidad, de algo externo al ser humano.

Por lo demás, esta aproximación permite intentar explicar sucesos tan nefastos como el de Hitler. Como advierte Fromm, "El nazismo constituye un problema psicológico (...) es un problema económico y político, pero su aceptación por parte de todo un pueblo ha de ser entendida sobre una base psicológica"¹⁰. En concreto, Fromm argumenta que la baja clase media alemana fue, tanto desde el punto de vista económico como social, una clase abatida luego de la primera guerra mundial, siendo que ello significó que existiera en dicha clase desconcierto respecto de qué hacer con sus vidas o a qué dedicarse. Por tanto, dichas clases se adhirieron fuertemente al nazismo en tanto este imponía un sentido de vida y permitía ser partícipe de una fuerza mayor a la que tan sólo se debía obedecer.

Hoy no existe una Iglesia como la medieval y los padres tienen cada vez menos poder sobre los hijos. ¿Podemos decir, por ende, que somos más libres? No del todo. Lo que ha ocurrido, en gran medida, es que la autoridad ya no es visible en tanto quien dicta ahora lo que se debe y no se debe hacer es el entorno mismo. Se trata de la primacía del denominado carácter mercantil, según el cual las conductas no valen por lo que en sí mismas significan para quien las efectúa, sino por la aprobación o desaprobación que el resto de personas le otorgan. En otras palabras, está bien lo que es aprobado por todos y

⁵ Advierto que lo que señalaré en los párrafos siguientes podría formar parte de un análisis más detallado. No obstante, he considerado que las líneas generales planteadas a continuación son suficientes para cumplir con los fines de este artículo.

⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. "El Origen de la Desigualdad de los Hombres". Buenos Aires: Leviatán. 2004. p. 39.

⁷ Véase: FROMM, Erich. "Ética y Psicoanálisis". México: Fondo de Cultura Económica. 1973. Asimismo, FRANKL, E. Viktor. "Psicoanálisis y Existencialismo". México: Fondo de Cultura Económica. 1950.

⁸ FROMM, Erich. "El Miedo a la Libertad". Buenos Aires: Paidós. 1986. p. 203.

⁹ SARTRE, Jean Paul. "El Existencialismo es un humanismo". En: Material de lecturas del curso de Filosofía Contemporánea. Estudios Generales Letras. Lima: PUCP. 1997. p. 470.

¹⁰ FROMM, Erich. Op. Cit. p. 203.

mal (o menos bien) lo desaprobado (o menos aprobado) por todos. Al sucumbir por completo la valoración ética ante la opinión de un inasible resto, estamos más tranquilos porque el camino a seguir no depende de nosotros.

Es en ese sentido que Frankl concluye que “en la actualidad, los instintos no dicen al hombre lo que tiene que hacer ni le dirigen las tradiciones hacia lo que él debería hacer; pronto ni tan sólo va a saber el hombre qué es lo que realmente quiere hacer y se dejará llevar por lo que los demás quieren que haga, sucumbiendo así por completo al conformismo”¹¹. Fromm advierte, a su vez, que el miedo a la libertad del hombre actual “se lo oculta la rutina diaria de sus actividades, la seguridad y aprobación que haya en las relaciones privadas y sociales, el éxito en los negocios, cualquier forma de distracción (divertirse, trabar relaciones, ir a lugares)”¹².

Podemos concluir válidamente, entonces, que en una sociedad que propone tanto la persecución de fines que recaen exclusivamente en uno mismo (como el dinero o la fama) muchos indiferentes son tales porque nunca han tenido otra opción seria que los interpele. El entorno, en conjunto con el miedo natural a la libertad, los ha encarrilado en un camino de una sola vía que les brinda seguridad. Carecen de conciencia en tanto no se conocen a sí mismos. Green, en suma, ser libres siendo esclavos.

Nótese que la libertad y responsabilidad se encuentran estrechamente vinculadas. En efecto, el acto libre es tal en la medida en que quien lo realiza se siente responsable por lo que ha hecho, pero también por lo que ha dejado de hacer. Esto es explicable con ejemplos tan sencillos como optar por ir a una fiesta y no acompañar a un pariente enfermo, o tan complejos como decidir ser abogado o médico. En ambos ejemplos, uno es responsable por lo que deja de hacer o ser y habrá optado libremente siempre que esa responsabilidad sea asumida. ¿Se sienten responsables los indiferentes por la pobreza que podrían disminuir? ¿Despiertan cada día sabiendo que pueden evitar que gente muera y decidir deliberadamente no hacerlo? Ciertamente la gran mayoría no. Ello, por tanto, refuerza la tesis de que muchos indiferentes no actúan libremente.

Otro factor que hace a la indiferencia un mal difícil de combatir son las coberturas. El ejemplo por excelencia es la responsabilidad social empresarial, esto es, al menos en muchos de los casos, el egoísmo encubierto. Grandes empresas que dedican algún mínimo porcentaje de sus ganancias a ayudar a personas para que de ese modo luego puedan aumentar su rentabilidad. Lo grave de esto es que: i) las empresas podrían hacer mucho más de lo que hacen, es decir, de diez hacen uno. Por tanto, son responsables de no hacer los nueve restantes. Sin embargo, ese uno permite que esas personas sientan que asumen una responsabilidad social cuya verdadera magnitud desconocen y, por ende, que sea muy difícil que se sientan responsables por los nueve que no hacen; ii) la población y el Estado suelen percibir estas coberturas como algo bueno por sus efectos, cuando en realidad, aun cuando se ayuda algo, se deja de hacer muchísimo. Se opta, de tal manera, por lo menos malo arribando a un conformismo inadvertido; y, iii) como enseña Fromm, las conductas no deben ser valoradas éticamente, sino el carácter de quien las realiza. Por ende, la conducta “ayuda” sumada al carácter “egoísta” no da otra cosa que la indiferencia. Esto tiene muchas repercusiones. La ayuda será eventual, efímera y limitada en tanto no parte de convicciones respecto del valor de sus consecuencias, sino más bien del ánimo de lucrar.

Vemos, entonces, que la llamada responsabilidad social empresarial dirigida a satisfacer fines egoístas es un arma que lejos de ayudar nos mantiene en un *status quo* realmente preocupante. En muchos casos, no supone asumir responsabilidad alguna. Por el contrario, impide que ello se logre.

No hay duda, por tanto, de que la indiferencia tiene causas psicológicas complejas y que, en nuestro entorno, encuentra además instrumentos para anular cualquier atisbo de responsabilidad.

Podría refutarse lo dicho hasta este punto señalando que si afirmamos que existen indiferentes no libres no pueden ser responsables. A esto deberíamos responder reiterando que la responsabilidad a que hemos hecho alusión es objetiva. Esto es importante para identificar las causas de un determinado mal y la potencialidad de su solución. Ahora bien, cosa distinta es determinar cómo hacer para que

¹¹ FRANKL, E. Viktor. “Psicoterapia y Existencialismo”. Barcelona: Herder. 2003. pp. 35-36.

¹² FROMM, Erich. Op. Cit. p. 140. Es importante decir que ya en el siglo XVIII Rousseau llegó a atribuir este problema (sucumbir ante la opinión del resto) el ser algo inherente a la sociedad cuando señaló “(...) el hombre sociable, siempre fuera de sí, no sabe vivir más que en la opinión de los otros, de cuyo juicio, por decirlo así, extrae el sentimiento de su propia existencia (...) preguntando siempre a los demás lo que somos, y no atreviéndose jamás a interrogarnos a nosotros mismos (...) no tenemos sino un exterior engañoso y frívolo”. ROUSSEAU, Jean Jacques. Op. Cit. p. 89.

dicha responsabilidad sea asumida o, en todo caso, para que pueda pesar en la conciencia del indiferente.

Sobre el particular, psicólogos de la talla de Erich Fromm son muy escépticos respecto de la posibilidad que tiene alguien de cambiar el carácter formado en la primera infancia y reforzado luego por el entorno. Señala Fromm lo siguiente:

“Parecería que el psicólogo está obligado a pronunciarse a favor del determinismo. Al estudiar el desarrollo del carácter, reconoce que el niño comienza su vida en un estado moral indiferente y que modelan su carácter influencias externas que son más poderosas en los primeros años de su vida, cuando no posee ni el conocimiento ni el poder para cambiar las circunstancias que determinan su carácter. Cuando llega a la edad en que podría intentar cambiar las condiciones bajo las cuales vive, su carácter ya está formado (...)”¹³.

En este aspecto, sin embargo, me inclino por la argumentación de Frankl desarrollada para rescatar la posibilidad de revertir los condicionantes de la libertad. Advierto que voy a tocar sólo superficialmente la teoría de Frankl. En definitiva, al ser fundador de la logoterapia (terapia del sentido) su pensamiento es bastante complejo y desborda los fines de este artículo. Me limito pues a rescatar una de las condiciones que, desde el punto de vista de dicho autor, es natural al ser humano. Señala Frank lo siguiente:

“El hombre no está libre de condicionamientos, sean biológicos, psicológicos o de naturaleza sociológica. Pero el hombre es y sigue siendo libre de tomar posiciones con respecto a estos condicionantes; siempre conserva la libertad de decidir su actitud para con ellos. El hombre es libre de elevarse por encima del nivel de los determinantes somáticos y psíquicos de su existencia. Por esto mismo se abre una nueva dimensión. El hombre entra en la dimensión de lo noético, en contraposición a lo somático y lo psíquico (...) El hombre es un ser capaz de reflexionar sobre sí mismo y hasta de rechazarse. Puede ser su propio juez, el juez de sus propios actos (...) Esta dimensión específicamente humana, que he denominado noológica, no es accesible al puro animal. Un perro, por ejemplo, tras haber mojado la alfombra, puede ocultarse a hurtadillas bajo el sofá, pero esto no sería todavía un signo de mala

conciencia; es un cierto tipo de angustia de expectación, esto es, temerosa anticipación del castigo”¹⁴.

Ahora bien, reflexionar sobre el sí mismo no es sencillo. Sin embargo, considero que la objetividad del impacto del sufrimiento ajeno en la vida propia contiene un importante poder de cambio. Como dice Pogge: “No conocemos a personas marcadas por la experiencia de haber perdido un hijo por desnutrición, diarrea, o sarampión; no conocemos a nadie que gane menos de 10 dólares por una semana de 72 horas de duro y monótono trabajo. Si esas personas fueran amigos nuestros o vecinos, seríamos muchos más los que creeríamos que la pobreza mundial exige una reflexión moral seria y muchos más los que sostendríamos que todos deberíamos ayudar a erradicar este problema”¹⁵.

Por lo demás, la rutina hace que el ser humano no se evalúe a sí mismo. En el caso de muchos indiferentes, la competencia y el vértigo del día a día de los negocios constituyen una rutina que impide que se evalúen. Mostrar otras realidades de manera cercana y plantear capacidades de acción puede, al menos por un momento, interrumpir esa rutina y dejar un atisbo que permita una reevaluación en distintos niveles.

Lo señalado tiene lugar en cuanto a los indiferentes adultos. Tenemos, por otro lado, a los niños y jóvenes. En estos casos, la necesidad de mostrar la opción por los pobres, desde temprana edad y luego fundamentalmente en los colegios y universidades, como un posible sentido de vida es notoria. En efecto, el joven aun cuando puede tener condicionantes, se encuentra en una etapa propicia para distanciarse de sí mismo y dar sentido a su vida frente a su conciencia y enfrentándose a su natural miedo a la libertad. La diferencia entre el joven y el adulto radica en que este último no sólo tiene miedo a la libertad respecto de lo que será, sino también miedo a pensar que pudo ser diferente de lo que es.

Algo central: quienes conocen la referida opción por los pobres son, en gran medida, responsables de enseñarla a los indiferentes a fin de que cambien o, en todo caso, de mostrarla desde temprana edad en las casas, colegios y universidades a fin de evitar que cada vez existan más indiferentes.

¹³ FROMM, Erich. Op. Cit. p. 248.

¹⁴ FRANKL, E. Viktor. Op. Cit. p. 19.

¹⁵ POGGE, Thomas. Op. Cit. p. 28.

Sólo en tanto conozcamos la situación que padecen otras personas y veamos que es posible cambiarla seremos capaces de optar por ello y asumir nuestra responsabilidad. La decisión, que duda cabe, no será fácil. En ello, sin embargo, reside la naturaleza misma del ser humano.

Debo señalar, finalmente, que el sentido de vida orientado hacia el más necesitado es propiamente tal en tanto encuentra trascendencia en la objetividad de sí mismo (la mejora de la situación de pobreza). Ello se debe a que es un fin que sobrevive a la muerte de quien lo busca. Por el contrario, es discutible que el egoísta¹⁶ pueda encontrar un sentido de vida pleno en tanto todo muere con su muerte.

III. LOS RESPONSABLES DE LA POBREZA LEGAL

Hasta este punto he señalado algunas consideraciones generales sobre los responsables de la pobreza. Pretendo ahora tocar un caso muy concreto: el de los responsables de la pobreza legal, esto es, el de los "hombres de derecho" indiferentes.

El primer paso será el de dar una descripción del problema, es decir, intentaré explicar qué es la pobreza legal y la pobreza legal extrema. Luego, sobre esa base, hablaré de los responsables y de cómo se podría proponer la asimilación de la responsabilidad.

La tarea será complicada puesto que la identificación será clara y precisa. No obstante, considero que la indiferencia ha pasado ya mucho tiempo encubierta en la libertad, algo inaceptable por irracional e intolerable por sus efectos.

3.1. Pobreza legal y pobreza legal extrema

La pobreza legal puede ser definida como la incapacidad de una persona para poder utilizar las normas, las instituciones del Estado y otros mecanismos alternativos como medio idóneo para poder ejercer derechos y solucionar conflictos. Evidentemente, muchos factores contribuyen a que exista pobreza legal: limitaciones geográficas, principalmente en las zonas rurales; limitaciones por razón del idioma, toda vez que las leyes son publicadas sólo en español y no llegan a todo el país; limitaciones económicas, como los altos costos que supone seguir un inter-

minable proceso en el Poder Judicial y la falta de asistencia letrada; limitaciones en cuanto a la información en tanto únicamente unos pocos conocen sus derechos y las leyes que regulan sus actividades; entre muchas otras.

A su vez, califico como pobreza legal extrema a aquella situación de desconocimiento total de derechos y/o de mecanismos básicos previstos en el Estado para solucionar conflictos o ejercer derechos. Así, será pobre legal quien, conociendo sus derechos, se enfrenta a barreras de tipo económico-geográfico o, en general, a barreras externas e independientes de la persona. Por el contrario, será pobre legal extremo quien no conozca cuáles son sus derechos o cómo ejercerlos. Debo advertir que la distinción no es superflua. En efecto, la pobreza legal extrema requiere de medidas específicas para ser combatida, tales como cursos en colegios, talleres de capacitación y difusión, democratización en la toma de decisiones, entre otros. De igual manera, la pobreza legal requiere medidas tales como buscar la descongestión procesal o el desarrollo de planes de crecimiento de los órganos de justicia. Ello no quiere decir, desde luego, que las medidas no puedan ser implementadas de manera concurrente.

Nótese, por lo demás, que la pobreza legal extrema genera una consecuencia muy negativa: el no conocer el Derecho formal significa que no pueda existir un debate entre la población y el Estado respecto de la idoneidad del mismo, siendo por ende posible que existan leyes totalmente desvinculadas de la realidad.

Ahora, en el Perú, lamentablemente la pobreza legal es una realidad. En Huancavelica, el departamento más pobre del Perú, no existe siquiera un consultorio jurídico gratuito; en todo el Perú hay alrededor de 304 defensores de oficio, es decir, uno por cada 108, 000 peruanos; el tiempo que demora una simple rectificación de partida puede llegar a un año; el desconocimiento de los derechos y mecanismos para hacerlos valer es manifiesto, entre muchos otros ejemplos que dan cuenta de la gravedad de la situación. No pretendo, sin embargo, hacer un análisis detallado del tema ya que ello desbordaría ampliamente los fines de este artículo. Bastará con contar brevemente un caso que conozco de cerca: la experiencia en José de Botterín en el Callao.

¹⁶ Algunos dirán que el que ayuda es egoísta porque al final quiere alcanzar la homeostasis, es decir, la tranquilidad consigo mismo. No es lugar para cuestionar este argumento por lo que tan sólo me remito a FRANKL E. Viktor. "Más allá de la Autoactualización y de la Autoexpresión". Comunicación leída en la Conferencia sobre Psicoterapia Existencial, Chicago 13 de diciembre de 1959. En esta exposición se diferencia la tranquilidad o el placer como fin (egoísmo), de la tranquilidad o el placer como efecto (no fin) de la consecución del sentido.

Desde hace un año, THEMIS ha implementado un consultorio jurídico gratuito en José de Botterín. La finalidad es brindar asesoría legal gratuita en la parroquia “El Buen Pastor” a cargo del padre Felipe Zegarra, jefe del departamento de Teología de la Pontificia Universidad Católica. Durante el período de tiempo señalado, se absolvieron cerca de 70 consultas.

El desconocimiento de los derechos fundamentales y de los mecanismos legales es manifiesto. Veamos algunos ejemplos:

- i) Una de las consultas fue hecha por un padre que había sido demandado en un juicio de alimentos, fue notificado con la demanda y se acercó a la parroquia. Pensaba que en cinco días, plazo para contestar la demanda, debía pagar la suma del petitorio, es decir, no tenía noción del derecho a la defensa. Casos como este se agravaban cuando quien acudía era una persona de provincia.
- ii) Además del desconocimiento de los derechos fundamentales, así como de nociones elementales del Derecho, la falta de dinero y los altos costos de los trámites se constituían como barrera infranqueable para tener acceso a la justicia. Una señora, por ejemplo, quería añadir el apellido del padre a su hijo. Esto se tramita en un proceso no contencioso siendo la tasa a pagar de 60 nuevos soles, suma demasiado elevada para el caso concreto.
- iii) La situación más grave tenía lugar en los conflictos relacionados con el Derecho de Sucesiones: los costos de hacer una declaratoria de herederos (de 350 a 700 nuevos soles) eran simplemente imposibles de asumir. En estos casos, además, no se tienen claros los derechos. Es constante, por ejemplo, creer que el cónyuge sobreviviente es el único que hereda luego de la muerte del otro cónyuge y que los hijos no tienen derechos.
- iv) Finalmente, a propósito de un concurso organizado por la Municipalidad de Lima (Manos Solidarias) elaboramos el proyecto “Defensorías Urbanas: una solución democrática frente a la violencia familiar” que busca promover la denuncia y solución de los casos de violencia familiar, principalmente, a través de dos mecanismos. El primero de ellos es la creación de una Defensoría Urbana, la cual estará conformada por mujeres debidamente capacitadas en toda la temática de violencia familiar (aspectos conceptuales, marco nor-

mativo, aspectos psicológicos de importancia y, finalmente, temas respecto de la organización y funcionamiento de la Defensoría). Las funciones de la Defensoría Urbana serán, entre otras: i) al conocer los casos de violencia que ocurren dentro de la comunidad, deberán conversar con las personas que la sufren a fin de incentivarlas a solucionarlo; ii) acompañar a las personas que sufren violencia durante el proceso de solución del problema, tanto en las entidades estatales como dentro de la comunidad; iii) dictar periódicamente talleres de difusión en el Asentamiento Humano; y, iv) realizar diagnósticos anuales de la situación planteando nuevas metas en términos de cantidad de casos solucionados.

El segundo mecanismo es el dictado de talleres de difusión al resto de la población del Asentamiento Humano, los cuales buscan transmitir los conocimientos básicos sobre los tipos de violencia familiar, las causas y consecuencias. Con ello se incentivará la utilización de la Defensoría Urbana.

Durante la etapa de diagnóstico pudimos constatar que existían cuando menos cuatrocientos casos de violencia familiar al año y que sólo se denunciaban veinticinco. Asimismo, determinamos que las causas por las que no se denunciaban los casos eran el desconocimiento de la población de sus derechos y de los mecanismos estatales para hacerlos valer y la falta de apoyo organizado dentro de la misma comunidad.

Esto demuestra, nuevamente, la pobreza legal de las personas que sufren de violencia. En efecto, no pueden utilizar el Derecho para solucionar su problema bien porque no lo conocen o porque no pueden crear mecanismos alternativos dentro de la misma comunidad.

En suma, se trata de un lugar donde la pobreza legal es extrema. Sin duda, en lugares más pobres los problemas deben ser mucho mayores.

3.2. Los responsables de la pobreza legal: facultades de Derecho y abogados

No pretendo, en este punto, argumentar que el Estado no tiene responsabilidad por la existencia de una situación como la descrita. No obstante, la magnitud del problema y las capacidades con que cuentan las facultades de Derecho y muchos abogados derivan en que no sea el único responsable.

Las principales responsables de la pobreza legal, en el ámbito de la sociedad civil, son las facultades de Derecho. La responsabilidad se da en distintos niveles: uno directo y otro indirecto.

Por el primero de los niveles entendemos que la facultad misma sea la que enfrente la pobreza legal. No voy a intentar desarrollar una propuesta detallada sobre las formas en que se podría asumir esta responsabilidad. Me limitaré tan sólo a recomendar algunos mecanismos que, por lo demás, han sido implementados en universidades de otros países con éxito.

Una de las recomendaciones sería implementar mecanismos de asistencia legal en los cursos. Por ejemplo, en los seminarios de Derecho de familia, de sucesiones o de laboral, así como los cursos básicos sobre esas materias es posible que una de las evaluaciones de los alumnos consista en seguir, con la asesoría del profesor y de los adjuntos, algún caso real. En ese mismo sentido, las evaluaciones podrían consistir en exposiciones o desarrollo de talleres en lugares de bajos recursos sobre temas vinculados con la temática del curso.

La experiencia obtenida en THEMIS a través de la Comisión de Desarrollo Social me permite señalar que es una experiencia enriquecedora que no sólo muestra otras realidades, sino que permite el desarrollo de habilidades expositivas en los alumnos. El principal aporte es, no obstante, la reducción de la pobreza legal extrema al brindar información valiosa sobre derechos y el modo de ejercerlos a las personas. Las posibilidades en este punto son infinitas, pueden ir desde cómo constituir una sociedad en cursos de corte mercantil, hasta enseñar quiénes tienen derecho a heredar en cursos vinculados con el Derecho de Sucesiones.

Otro método podría ser implementar un curso de proyectos de desarrollo social del Derecho en el que se formen grupos y cada uno deba elaborar un proyecto que sería calificado según sus diversas etapas: diagnóstico, árboles de problemas y objetivos, marco lógico, presupuesto, cronograma, etcétera. Los primeros puestos podrían exponer su proyecto en alguna feria a la que asistan, previa gestión de la universidad o entidades financiadoras.

Un tercer modo podría ser el implementado por alumnos y profesores de la universidad de Georgetown, en Washington, denominado Street Law. Sobre el par-

ticular, Richard Roe, responsable del curso, cuenta que el "Street Law surgió en el Centro Legal de Georgetown, alrededor de 1972, como parte de un programa en el que los estudiantes de Derecho trabajaban con grupos comunitarios y alguien tuvo la idea de trabajar no sólo con grupos de la comunidad, sino también enseñar en escuelas de secundaria. Cuatro estudiantes de Derecho impartieron el curso en dos escuelas secundarias en el distrito de Columbia, con tal éxito que pronto llegó a convertirse en un programa nacional"¹⁷. El curso tiene como contenido una introducción al Derecho y capítulos sobre temas específicos, como Derecho Penal, cuestiones relacionadas con el consumidor y vivienda, Derecho de Familia, responsabilidad civil y Derechos Fundamentales. El desarrollo se hace sobre la base de clases teóricas y casos prácticos.

En la actualidad, el curso se dicta en todas las escuelas públicas de secundaria de la capital de Estados Unidos. Además, el material didáctico del mismo pasó de ser una carpeta de hojas sueltas con lecciones, a un libro de texto único que actualmente se usa en distritos escolares de todos los estados del país.

Este mecanismo podría tener lugar como un curso independiente dedicado a preparar a los alumnos para que sean buenos jefes de prácticas o para que luego sean buenos profesores.

Otro aspecto central a tomar en cuenta es el de las prácticas pre-profesionales y la posibilidad de reducirlas o eliminarlas a favor de la implementación de clínicas jurídicas obligatorias (que podrían ir en concurrencia con los mecanismos antes descritos). Me permito contar que en Estados Unidos las universidades tienen un gran desarrollo en este aspecto. La American Bar Association (ABA), a través de su "Directory of Law School Public Interest and Pro Bono Programs" y la Association of American Law Schools, han logrado que veintisiete Facultades de Derecho adopten programas obligatorios de trabajo social de algún tipo y muchos más programas opcionales muy bien manejados. Las universidades de Columbia y Harvard, por ejemplo, exigen horas de trabajo a fin de poder graduarse.

El trabajo social obligatorio, de acuerdo con Deborah L. Rhode, Presidenta de Association of American Law Schools, tiene muchos beneficios. Señala como los principales: i) proveer a personas que no tienen recursos de servicios legales; ii) per-

mite que los alumnos tengan otra visión de la realidad y que dicha visión permita un mayor aprovechamiento de los cursos; iii) aprender a través de la experiencia la riqueza y los límites del Derecho, así como las posibilidades de ayudar a personas pobres; iv) llegar a los estudiantes que, por sí mismos, no se acercan a trabajos opcionales; v) fomentar luego una mayor preocupación por los abogados ya graduados; vi) aprender a llevar un caso y a manejar los tiempos con el apoyo de un profesor especializado en enseñar este tipo de cosas; vii) permitir a la universidad tener una relación armónica con la comunidad; entre otros¹⁸.

Estos beneficios no siempre son conseguidos en nuestras prácticas pre-profesionales. De hecho, los dos años de exigencia favorecen a los estudios de abogados que consiguen mano de obra barata, pero, sin duda, en una clínica jurídica con especialistas en enseñar cómo llevar casos y cómo utilizar el tiempo en la universidad asegura un aprendizaje práctico de mucha mayor calidad, algo imposible de asegurar en las prácticas pre-profesionales. Por lo demás, los dos años de exigencia impiden a los alumnos dedicarse debidamente a la investigación. No pretendo ensayar una propuesta detallada, sin embargo, la reducción del tiempo de prácticas y la implementación de una clínica jurídica obligatoria parece ser una opción interesante desde el punto de vista educacional y social.

Ahora, aun cuando la clínica no fuera obligatoria, es posible hacer un sistema atractivo de clínicas opcionales. La universidad Diego Portales de Chile, por ejemplo, cuenta con ocho clínicas en diversas ramas del Derecho, tales como Civil, Laboral, derechos humanos, etcétera. Todas ellas cuentan tanto con especialistas como profesores, quienes tienen por labor enseñar la práctica —preparar informes, entrevistas con las personas involucradas, seguimiento de casos— y también la importancia de la defensa gratuita a personas de bajos recursos.

La principal responsabilidad de las facultades de Derecho es, sin embargo, indirecta. Y es que no se muestra la opción por combatir la pobreza legal. Peor aún: si comparamos la opción por el éxito, entendido como ser socio de un estudio de abogados o gerente de una empresa por cuanto ello es prestigioso y brinda dinero, frente a la opción por combatir la pobreza legal, en el día a día en cada clase y frente a cada discurso de cada profesor, no cabe duda de que la primera es simplemente aplastante.

Lo dicho, por todas las razones brindadas anteriormente, hace que muchos alumnos no opten libremente, ya sea porque el entorno opera como condicionante o porque, teniendo ya condicionantes, no existe una propuesta de cuestionamiento respecto de la opción de vida a seguir desde el Derecho.

El hecho de que existan abogados comprometidos con la erradicación de la referida pobreza no destruye el argumento. ¿Acaso uno sabe cuántos asesinatos se han cometido por la cantidad de presos en prisión? Es evidente que muchas personas han definido su sentido de vida enfocado hacia el otro y, frente a eso, el entorno no logra hacer nada. Sin embargo, no todos los alumnos han encontrado un sentido de vida y gran parte llega sin haber cuestionado sus condicionantes. En ese contexto, el entorno rápidamente dice qué se debe hacer, promoviendo el escapismo frente al miedo a la libertad o simplemente dejando que los condicionantes actúen sin proponer su cuestionamiento.

Ejemplifico lo dicho en el párrafo precedente: un alumno entra a la facultad de Derecho. Al comenzar la carrera, muchos de sus profesores, socios de estudios y admirados por todos, se muestran, en definitiva, como verdaderos modelos. Pero, modelos ¿de qué? ¿por qué? No importa, simplemente son modelos. Y así seguirá en gran parte de sus cursos. Luego la competencia en salas de practicantes por algo que ni siquiera se han preguntado en toda su magnitud ¿ser abogado de estudio? La pregunta encierra otra que nadie se formula con el rigor suficiente: ¿por qué no ser defensor de oficio o juez? Falta de prestigio dirán, pero ¿por qué ansió tanto el prestigio? ¿me lo he preguntado? Jamás. Y es que son esos los fines mostrados como ciertos; no se muestra otro fin con igual intensidad.

Quiero incidir en la rutina y el miedo a la libertad. Para una gran cantidad de alumnos el camino está mostrado: buenas notas, practicante de un buen estudio, contratado del mismo, maestría, asociado y socio. Entonces, el camino está claro y ello permite que sea seguido en tanto brinda seguridad. Ahora, el seguir este camino supone una rutina y esta rutina impide la reflexión sobre el sí mismo.

Finalmente, recordemos que una decisión libre siempre supone el sentimiento de responsabilidad tanto por lo que se hace como por lo que se deja de hacer. ¿Se sienten los alumnos responsables de

¹⁸ RHODE, Deborah L. "Learning to Serve". En: <http://www.aals.org/probono/report.html>.

lo que han dejado de ser? ¿Saben que pueden ayudar a combatir la pobreza legal y deliberadamente deciden no hacerlo? ¿Conocen la opción y la rechazan? No lo creo.

Algún profesor determinista podría decir que los alumnos aprenden a definir sus fines en su casa o en el colegio y, por ende, no compete o es imposible para la universidad ser un lugar de cuestionamiento. Falso. En la casa uno recibe condicionantes y eso es inevitable. El ser humano, sin embargo, puede tomar una decisión respecto de dichos condicionantes no necesariamente a través de un psicoanálisis sino mediante la razón y la experiencia vital. La universidad es el lugar perfecto para mostrar experiencias vitales distintas a la propia y buscar razonar sobre el sentido de la vida misma. Por lo demás, el cuestionamiento siempre enriquece, más aún, cuando se tiene ya cierta madurez. En ese sentido, sin perjuicio de que en un colegio se pueden proponer cuestionamientos, las universidades juegan un rol central. La facultad de Derecho no es una psiquiatría, pero tiene la capacidad de mostrar otras opciones frontalmente y promover una discusión y un debate interno en los alumnos respecto de qué camino tomar y por qué tomarlo. No hacerlo significa ser responsable de producir o reproducir autómatas. En nuestro caso, lamentablemente, autómatas indiferentes en su mayoría.

Las facultades de Derecho, por tanto, son responsables de mostrar un camino predeterminado y de no cuestionar la rutina a través de la reflexión, la razón y el conocimiento de otras experiencias vitales. Son ellas las que forman y, en gran medida, muestran las opciones a quienes luego serán los abogados. Sepan, pues, que existen personas que viven en pobreza legal y que pueden ayudar a cambiar la situación: si no lo hacen son, en consecuencia, responsables de que se mantenga.

¿Qué se puede hacer para asumir la responsabilidad indirecta? En gran medida ya ha sido dicho al ver la responsabilidad directa. Dichos mecanismos permitirían un mayor acercamiento a la opción por los pobres y podrían mostrarse en cursos algo avanzados. No obstante, lo imprescindible es modificar el curso de ética o crear un nuevo curso en el que se plantee frontalmente: i) el dilema del ser frente a la muerte y del sentido de la vida desde el punto de vista del abogado; ii) la opción por los más necesitados como un modo de utilizar el Derecho desde diversos ámbitos; iii) el debate respecto de todas las opciones laborales y el sentido que en sí misma contiene cada una de ellas; entre otros temas que busquen el cuestionamiento del alumno.

Con un curso de estas características que sea, por cierto, obligatorio, los otros mecanismos tales como cursos de proyectos sociales, de Street Law, etcétera, tendrían mucho más cantidad y variedad de alumnos. A fin de cuentas, la universidad adoptaría una política seria frente a la pobreza legal y, por lo demás, permitirá a sus alumnos ser más libres en su opción dentro del Derecho. Así, un alumno podría cuestionar el modo en que seguirá su vida con el Derecho como medio y tendrá, además, caminos paralelos: podría decidir ser socio de un estudio pero también juez o dedicarse a la elaboración de proyectos sociales; de hecho, existiría un curso destinado a profundizar en ello. Y, aun habiendo elegido ser socio de un estudio, conocería qué dejó de ser y asumiría dicha responsabilidad, siendo muy probable una actitud más solidaria hacia aquello en lo que no se comprometió del todo.

Advierto un último beneficio: la duda y el debate lleva siempre a algo mejor y nuevo. Así, planteando dilemas y controversias respecto del Derecho y su relación como medio de un determinado sentido de vida permitirá a las facultades de Derecho como tales no quedar en un quietismo, sino, a través de sus alumnos, crear nuevos rumbos. No olvidemos que fue Galileo Galilei quien dijo que “la duda es la madre de la invención”.

Los otros grandes responsables de la pobreza legal son los estudios de abogados, abogados de empresa, abogados de notarias, etcétera. Aun cuando algunos desarrollan trabajo pro bono, son la gran minoría y, por lo demás, no se trata de un trabajo pro bono significativo cuantitativa y cualitativamente.

La primera responsabilidad está en reproducir su ser al resto. Decía Sartre:

“Cuando decimos que el hombre se elige, entendemos que cada uno de nosotros se elige, pero también queremos decir con esto que, al elegirse, elige a todos los hombres. En efecto, no hay ninguno de nuestros actos que, al crear al hombre que queremos ser, no cree al mismo tiempo una imagen del hombre tal como consideramos que debe ser. Elegir ser esto o aquello es afirmar al mismo tiempo el valor de lo que elegimos, porque nunca podemos elegir mal; lo que elegimos es siempre el bien, y nada puede ser bueno para nosotros sin serlo para todos. Si, por otra parte, la existencia precede a la esencia y nosotros quisiéramos existir al mismo tiempo que modelamos nuestra imagen, esta imagen es valedera para todos y para nuestra época entera. Así, nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a la

humanidad entera. Si soy obrero, y elijo adherirme a un sindicato cristiano en lugar de ser comunista; si por esta adhesión quiero indicar que la resignación es en el fondo la solución que conviene al hombre, que el reino del hombre no está en la tierra, no comprometo solamente mi caso: quiero ser un resignado para todos; en consecuencia, mi proceder ha comprometido a la humanidad entera. Y si quiero –hecho más individual– casarme, tener hijos, aun si mi casamiento depende únicamente de mi situación, o de mi pasión, o de mi deseo, con esto no me encamino yo solamente, sino que encamino a la humanidad entera en la vía de la monogamia. Así soy responsable para mí mismo y para todos, y creo cierta imagen del hombre que yo elijo; eligiéndome, elijo al hombre”¹⁹.

La segunda responsabilidad está en no desarrollar al máximo de sus potencialidades. Estamos hablando, en definitiva, de abogados que podrían desarrollar importantes tareas pro bono. Debo señalar que pro bono viene del latín *pro bono publico* que quiere decir “por el bien público”, sobre esa base el trabajo pro bono se ha centrado en gran medida en la atención gratuita de casos de interés público, tales como casos de discapacitados, inmigrantes, acceso a la salud, discriminación, etcétera. Sin embargo, es necesario ampliar la visión para entender el trabajo pro bono como el medio en el que la sociedad civil enfrente la pobreza legal y la pobreza legal extrema, tanto llevando casos de interés público como aquellos de individuales, realizando proyectos de difusión y enseñanza del Derecho a fin de combatir también la pobreza legal extrema e, incluso, promoviendo el debate sobre el Derecho formal y su idoneidad.

Por lo demás, se podrían brindar charlas sobre diversos temas como Derechos Fundamentales, métodos de inversión para micro empresarios, sucesiones, trámites en registros públicos, etcétera. Estas podrían ser dictadas los sábados por practicantes o abogados jóvenes con la asesoría de los abogados mayores. El beneficio no sólo es para las personas que serán capacitadas o para quienes dictarán las charlas, ya que es el país mismo el que se beneficia al crear lazos directos de solidaridad entre las clases más favorecidas y las menos favorecidas.

En un sentido similar al señalado en el párrafo anterior, se podrían dictar asesorías gratuitas a funcionarios públicos, tales como los defensores de

oficio. El beneficio sería inconmensurable teniendo presente que son, justamente, los defensores de oficio quienes están en contacto constante con la pobreza legal. Podrían, asimismo, crearse proyectos de desarrollo social del Derecho.

Nótese también que las notarías estarían en capacidad de establecer mecanismos para que sean gratuitos ciertos trámites para personas de muy bajos recursos: la declaratoria de herederos, por ejemplo, tiene un precio prohibitivo para una persona que gana el sueldo mínimo o menos.

En fin, como señalé al tratar la responsabilidad de las facultades de Derecho, no pretendo hacer una propuesta detallada de líneas de acción para estudios, notarías o áreas legales de empresas. Lo interesante es determinar si es posible la conciencia de responsabilidad en el promedio de abogados de este tipo. Considero que el tema es más complejo que el de los estudiantes: estamos ante personas que ya han “decidido” qué hacer con sus vidas.

Por ello, hacer que pasen a enfrentar por convicción ciertos aspectos de la pobreza legal es bastante difícil. El adulto, al haber decidido lo que es, no sólo teme enfrentarse a lo que podría ser en adelante, sino también a lo que pudo ser en el pasado.

Por lo demás, la rutina juega un factor determinante: las horas son valiosas porque tienen un precio y el precio acumulado distingue al que gana más (el mejor) del que gana menos (el peor).

“Este mundo reglamentado por el reloj, dividido en trabajos absorbentes o que corren vacíos y que cada vez llenan menos al hombre en cuanto hombre, llega al extremo de que el hombre se siente parte de una máquina, que es llevada o traída alternativamente de aquí para allá, y que cuando queda en libertad no es nada ni sabe qué hacer de sí misma. Y cuando empieza justamente a volver en sí, el coloso de este mundo le hundirá de nuevo en la omnidevoradora maquinaria del trabajo vacío y de un vacío goce de tiempo libre. Pero la inclinación a olvidarse de sí mismo reside ya en el hombre en cuanto tal. Es menester tirar de sí mismo para no perderse en el mundo, en los hábitos, en las trivialidades sin sentido, en los carriles fijos”²⁰.

Estos factores (el miedo a la libertad y la rutina con el consecuente olvido de uno mismo) me

¹⁹ SARTRE, Jean Paul. Op. Cit. pp. 466-467.

²⁰ JASPERS, Kart. “La Filosofía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1996. p. 100.

hacen concluir que en la mayoría de los casos no se conozca realmente cuál es el costo de oportunidad de alguna hora de facturación a la semana. Dice Roldan y Vidal:

“El hombre humilde de nuestro país está quebrado en muchos aspectos de su persona, económica, psicológica, humana, familiar y socialmente (...) Ha perdido la dignidad de ser humano. El que pueda defender sus derechos o hacerlos valer ante un Juez, o bien el poder ser atendido por un letrado como cualquier hombre se merece –sin engaños y sin presiones– hace indudablemente más digno a ese hombre. Si existe una posibilidad de no dejarlo excluido también de la Justicia, un gran avance hemos hecho”²¹.

El costo de oportunidad es, de ese modo, nada menos que la dignidad misma de muchas personas que viven en la pobreza legal. Si eso se hace saber con real intensidad, interrumpiendo siquiera por un momento la rutina, creo que muchos de los indiferentes podrían salir del carril fijo del que habla Jaspers para asumir, al menos, una cuota de responsabilidad al aceptar que pueden hacer, en parte, algo que nunca divisaron como sentido de vida. Así, el distanciamiento de uno mismo se puede dar en distintos niveles, siendo posible que la responsabilidad se asuma en parte y que se acepten seguir algunas líneas de acción.

La dificultad de cambiar a quienes se encuentran ya inmersos en el coloso de este mundo, tal como está planteada, nos hace tener presente que el principal cambio debe tener lugar en las universidades mediante los mecanismos de los que he hablado a lo largo del texto y de muchos otros que podrían nacer del debate entre alumnos, profesores y autori-

dades de las universidades. En definitiva, reitero que es una etapa propicia para el distanciamiento de uno mismo que no puede ser desaprovechada. Esto permitiría que existan, por lo demás, más abogados directamente comprometidos con la erradicación de la pobreza legal o, en todo caso, más abogados que, aun trabajando para fines privados, reconozcan la importancia que, en sí misma, representa la tarea de dedicar a quienes menos tienen parte importante y comprometida de su tiempo.

IV. CONCLUSIÓN

El distanciamiento de uno mismo no es una actitud que se agota en un momento. La interpelación debe ser constante y no sólo en los indiferentes. Quienes luchan contra la pobreza legal y, en general, contra cualquier pobreza que, como tal, frustre la libertad de la gente, tienen una doble responsabilidad que debe ser asumida: actuar y promover la acción.

En el Perú existen muchos que deben ampliar su visión. Tenemos que dejar de ver al Estado como único responsable de nuestras desgracias. Ampliar la mirada hacia el otro gran sector responsable: los indiferentes, es un imperativo. No podemos seguir pensando con Hamlet que “esto no está bien ni va por buen camino pero, entre tanto, corazón estalla que es preciso refrenar la lengua”. Tenemos que dejar el “entre tanto”.

Pero el promover la acción es tan importante como el actuar. Nuestra responsabilidad no se limita al ser, sino apunta al deber ser y debemos sentirnos responsables por la brecha entre uno y otro. Aun cuando acortarla sea una labor ardua, tenemos, como dijo Marx, las cadenas por perder y todo el mundo por ganar.

DEMOCRACIA Y CAPITALISMO: LOS PEORES SISTEMAS A EXCEPCIÓN DE LOS OTROS CREADOS HASTA EL MOMENTO*

Entrevista a Richard Rorty**

THEMIS-Revista de Derecho se enorgullece en presentarle a uno de los intelectuales más influyentes de los Estados Unidos, al filósofo contemporáneo más importante del referido país y, qué duda cabe, uno de los más significativos del mundo.

Es un notable representante de la escuela filosófica del pragmatismo y controvertido poseedor de un estilo irónico, incisivo y de cuestionamiento constante. Sus polémicas ideas filosóficas y políticas se encuentran bajo un ataque constante, tanto así que en su país es catalogado por la derecha como "relativista" e "irresponsable", mientras que la izquierda considera que sus planteamientos no establecen los fundamentos suficientes para la justicia social (situación que, por sí sola, denota su enorme importancia).

*Los invitamos a disfrutar de una entrevista que se aleja de debates filosóficos complejos y que, más bien, logra un acercamiento a las ideas de este "incorregible"*** intelectual sobre cuestiones ligadas al Derecho y a la política internacional contemporánea.*

* Las preguntas de la presente entrevista fueron elaboradas por la Comisión de Contenido de THEMIS, con la colaboración de José Carlos Loyola, Bachiller de la Facultad de Humanidades, con mención en filosofía, de la PUCP. La traducción de la entrevista estuvo a cargo de Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a Pablo Quintanilla, Ph. D. en Filosofía por la Universidad de Virginia y profesor del Departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú quien nos facilitó la presente entrevista. El nombre de la entrevista fue inspirado por una de las frases más celebres de Winston Churchill, ex Primer Ministro británico, incluida en su discurso pronunciado en la Cámara de los Comunes el 11 de Noviembre de 1947: "La democracia es la peor forma de Gobierno a excepción de las otras formas que se han intentado hasta el momento".

** Fue profesor de Filosofía de la Universidad de Princeton hasta 1983 y luego profesor de Humanidades de la Universidad de Virginia. Actualmente es profesor emérito de Literatura Comparativa y Filosofía de la Universidad de Stanford. Dentro de sus abundantes trabajos pueden resaltarse: "La filosofía y el espejo de la naturaleza" (1979), "Objetividad, Relatividad y Verdad", "Contingencia, Ironía y Solidaridad" (1989), entre otros.

*** En el humorístico Diccionario de Filosofía (*Philosophical Lexicon*) creado por el filósofo estadounidense Daniel Dennett's, Rorty es definido como "incorregible".

1. De lo que entendemos de sus obras, para un pragmático algo puede ser considerado "mejor" en tanto cumpla de mejor forma su objetivo o propósito. De esta forma, podríamos argumentar que el liberalismo es mejor que otros sistemas ya que evita las tiranías y, además, la crueldad. Sin embargo, no podemos evitar pensar que estos propósitos o fines están ligados a los intereses de cada cultura, muchas de las que no comparten los mismos sistemas de valores que nosotros. De ser este el caso, es difícil imaginar entonces que, por ejemplo, un sistema de gobierno es "mejor" que otro, a menos que se establezca un criterio de comparación "objetivo". Por ejemplo, bien podemos explicar que la democracia es "mejor" porque nuestra evolución histórica nos ha permitido darnos cuenta que ciertos valores como la libertad, igualdad y otros, convertidos en Derechos Humanos luego, son importantes para vivir en paz. No obstante, generalizar estos valores no deja de parecernos una imposición.

Esto nos lleva a preguntarle si es que existe alguna forma de comparar "objetivamente" (y no nos referimos necesariamente a si la democracia tiene un valor inherente que pueda ser explicado a través de un concepto fundamentalista) los diversos sistemas, lo cual nos lleve al convencimiento de que la democracia es en verdad mejor y, por tanto, el que más nos conviene a todos.

Si es que no se está interesado en evitar la crueldad y la tiranía, lógicamente tampoco se va a tener interés en incentivar instituciones liberales. Si bien es cierto que algunas personas carecen de estos intereses, ¿por qué la existencia de las mismas debe dificultar para nosotros la argumentación de que estas instituciones son mejores que las alternativas? Occidente ha tenido bastante experiencia y, por lo tanto, ha visto muchos tipos de tiranías, a la vez que ha realizado muchos experimentos con la democracia. ¿Por qué llamar "imposición" a la experiencia ganada y a las lecciones aprendidas?

No creo que sea importante ni interesante discutir si la democracia es "objetivamente" mejor. Se la usa como un mecanismo para lograr ciertos fines –por ejemplo, evitar tiranías crueles–. La única pregunta interesante que pudiéramos formularnos es si existen mejores herramientas que la democracia para lograr tales fines. Yo dudo mucho que existan.

2. En "Trotsky y las Orquídeas Salvajes", su ensayo autobiográfico, usted expresa que siente que los Estados Unidos "a pesar de sus atrocidades pasadas y presentes y errores, y a pesar de su continua voluntad de elegir idiotas y truhanes al poder, es un buen ejemplo del mejor tipo sociedad inventada hasta ahora". En el escenario actual, en el que la democracia parece haberse convertido en un dogma para el Gobierno de Bush, tanto que es impuesta para el "bienestar" de otros Estados –lo que podría calificarse como su más reciente atrocidad, irónicamente dejando de lado el derecho democrático a la libre determinación de los pueblos (es un Derecho Humano, después de todo) y contradiciendo a la par sus propias creencias–, ¿mantiene hasta ahora sus creencias?

Sospecho que la guerra en Irak será el último gran intento de un gobierno estadounidense de manejar y redireccionar el curso de la historia mundial. Incluso si es que el partido Republicano logra hacer elegir presidentes tan ignorantes y tontos como George W. Bush, los recuerdos de la debacle de Irak evitarán que esos presidentes decidan aventurarse a tomar decisiones semejantes. Estos no compartirán la decisión de Bush de prestarse cientos de miles de millones de dólares de China para pagar una guerra que los impuestos de los estadounidenses simplemente no pueden costear.

Sin embargo, muchos de los intentos de redireccionar la historia que mi país realizó durante mi vida parecerán a los historiadores futuros no sólo dignos de elogio sino que también valientes. Por ejemplo: la decisión de Roosevelt de unirse a la guerra en contra de Hitler, el compromiso de Truman con la reconstrucción de Europa, con la contención del imperialismo soviético y con las Naciones Unidas. Otras parecerán estúpidas: la decisión de Eisenhower de derrocar el gobierno izquierdista de Guatemala, la negativa de Johnson de retirar las tropas de Vietnam, el derrocamiento de Allende por Kissinger, y la marcha de George Bush hacia el atoladero de Irak. No obstante, dudo que los historiadores puedan formular generalización instructiva alguna para identificar las lecciones a ser aprendidas de la historia de su auge y caída.

El carácter moral del imperio estadounidense, como el del imperio ateniense, romano y británico (y a diferencia del imperio soviético), permanecerá siendo ambiguo. Algunas de sus intervenciones militares podrán ser vistas como razonables y otras imprudentes. Algunas de las cosas que la CIA hizo

fueron claramente escandalosas, pero otras serán recordadas como sabias y prudentes. La admiración por los muchos actos de generosidad de los gobiernos americanos será sopesada con el desprecio que causan los muchos ejemplos de arrogancia cínica y de crueldad despiadada. Cada marca negativa que se le atribuya a los Estados Unidos irá al costado de un elogio.

Existe una diferencia entre la sociedad y el gobierno. La sociedad de los Estados Unidos es una sociedad buena que está siendo gobernada por gente mala. Exhorto a no confundir los Estados Unidos-nación –que cuenta con una historia larga y, a mi parecer, gloriosa– con las políticas particulares adoptadas por sus presidentes.

3. **Usted se considera un intelectual izquierdista, un social-demócrata para ser exactos, que no promueve el fin del capitalismo pero que cree que las desigualdades deben desaparecer. También ha mencionado en “Los intelectuales y el fin del socialismo” que la sociedad capitalista no es injusta a pesar de las desigualdades existentes. ¿Cómo es posible afirmar que una sociedad es justa y, al mismo tiempo, que ella tenga grandes desigualdades? ¿Considera que la falta de una mejor alternativa es lo que hace al capitalismo deseable?**

Churchill dijo célebremente que la democracia era el peor sistema político a excepción de todos aquellos que se han intentado hasta el momento. Lo mismo puede decirse del capitalismo: las formas alternativas de organizar las economías que se han intentado hasta ahora han resultado siendo peores que ésta. A su vez, el capitalismo no es tan injusto ahora como solía serlo: los partidos izquierdistas han impuesto límites a la actuación de los capitalistas y están en proceso de estipular más. Mi razonada es que establecer impuestos a las economías capitalistas para pagar por el bienestar de los estados es lo mejor que podemos hacer en el camino a la justicia social.

La persistente tendencia de la izquierda de usar al “capitalismo” como el nombre que recibe la raíz de todos los males es desafortunado siempre que nadie pueda explicar cómo construir una dinámica económica no relacionada al mercado, una que aproveche absolutamente la innovación tecnológica.

4. **Como reacción al sistema liberal emulado por los Estados Unidos, muchos gobiernos latinoamericanos han decidido elegir pre-**

sidentes izquierdistas. Algunos de ellos, como Chávez, han dado opiniones muy fuertes sobre el gobierno de Estados Unidos, extendiéndolas a dicho país en general. Este sentimiento negativo es compartido por buena parte de Latinoamérica y es reforzado por la guerra en Irak y Afganistán. ¿A qué atribuye dicho sentimiento?

La animadversión hacia los Estados Unidos, que es todavía común dentro de los intelectuales de Latinoamérica, se debe en parte al resentimiento surgido de su imposibilidad de usar su poder más sabiamente y, además, es reforzado por el hábito de buscar explicaciones profundas para cualquier evento. Ellos no están dispuestos a explicar lo que ocurre valiéndose de las idiosincrasias de políticos particulares o entendiendo los sucesos como consecuencia de ataques impredecibles (Sarajevo, junio de 1914; Nueva York, setiembre del 2001). En sus ojos, el curso de la historia no es un asunto de quién ganó ciertas elecciones o cuándo fue que se lanzó tal bomba, sino que es resultado de las inevitables maquinaciones detrás de procesos que sólo la investigación teórica abstracta puede identificar. Esta preferencia por lo abstracto tienta a los intelectuales a “diabolizar” a los Estados Unidos, a verlos como la encarnación de uno u otro espíritu maligno (por ejemplo: el Capitalismo Tardío, la Racionalidad Instrumental, el Individualismo Occidental). Crean que pueden entender mejor las acciones de Roosevelt o Bush viéndolos a través de lentes marxistas, Heideggerianos o Lacanianos.

Desconfío de tales intentos de relacionar la filosofía con la historia y ver a los Estados Unidos como la personificación de algo más grande que lo que es. Ni las cosas malas o las buenas que los Estados Unidos hizo durante su período de hegemonía serán descifradas por una mayor teorización abstracta. Debemos entender tales acciones mediante la descripción de cómo es que ciertas causas particulares han dado como resultado ciertos efectos particulares.

De aquí a cien años, después de que muchas narrativas hayan sido compuestas y comparadas las unas con las otras, sospecho que tanto los historiadores latinoamericanos como los chinos retratarán a los Estados Unidos como una nación que, a mediados del siglo veinte, estuvo motivada por un idealismo moral y no sólo por intereses propios. Franklin Delano Roosevelt fue notoriamente un político cínico y ladino, pero estaba realmente convencido de lo que decía cuando anunció que los Estados Unidos trataría de establecer “las cuatro libertades” (libertad de expresión, libertad de culto,

libertad de la pobreza y libertad del miedo) a una escala global. La vasta mayoría de sus conciudadanos compartieron sus aspiraciones de todo corazón.

Pero esos fueron los mejores tiempos de los Estados Unidos. Incluso en ese tiempo hubo gente influyente a la que sólo le importó incrementar su poder y riqueza, gente que quiso usar la política exterior estadounidense como un medio para tales fines. Estas personas no tuvieron escrúpulos al pintar a sus oponentes idealistas como partidarios del comunismo. Usaron la Guerra Fría para aumentar su propio poder. Lo que Eisenhower llamó "el complejo militar industrial" tuvo éxito al prevenir que el desarme nuclear sea tomado como una opción política seria, inclusive después de que el colapso de la Unión Soviética lo hiciera posible. Los niños crecieron sin el idealismo moral que la Gran Depresión y la guerra contra Hitler habían engendrado en sus padres. Gradualmente, en el curso de siete décadas, los chicos malos tomaron el poder hasta lograr que Roosevelt parezca un soñador poco práctico.

No tenía que ser de esta forma. Los chicos buenos pudieron haber ganado. No había nada en la naturaleza de la sociedad o cultura estadounidense que hiciera que su victoria fuera imposible. Los sueños que Roosevelt y Truman compartieron podrían haberse hecho realidad. Cuando los historiadores escriban sobre el siglo estadounidense expresarán, por supuesto, desilusión, ya que mi país perdió su oportunidad de salvar el mundo. No obstante, espero que reconozcan también que trató de hacerlo.

5. Somos concientes de la importancia que China tiene hoy en día en la economía mundial y, por ello, hemos escuchado que reemplazará a los Estados Unidos en su actual papel hegemónico en su mucho tiempo. ¿Qué opina al respecto?

Al haber repudiado el control estatal de la economía a favor del capitalismo salvaje, China pronto será lo suficientemente rica como para asumir el rol que los Estados Unidos jugaron durante mi vida. Así, en unas décadas más, las grandes decisiones serán tomadas en Beijing antes que en Washington. Cuando exista una crisis internacional (un inter-

cambio nuclear en el Medio Oriente, un colapso fiscal en Latinoamérica, genocidios en África) los gobiernos del mundo tratarán de predecir la reacción de China antes de preocuparse por la de Estados Unidos.

Si Naciones Unidas logra desplegar una fuerza de protección de la paz efectiva, será porque China decidió que la existencia de tal fuerza servía a sus propósitos. Si el desarme nuclear se logra y la civilización se preserva, será porque los futuros líderes de China resultaron tener mayor visión que los pasados líderes de los Estados Unidos. Y, si el ambiente se salva del calentamiento global y otras amenazas, será precisamente por la misma razón.

6. ¿Por qué considera usted que la literatura y las ciencias humanas son ramas del conocimiento con "mayor capacidad" que la filosofía misma para describir la realidad del hombre?

La llamada "realidad del hombre" no existe. Los seres humanos no tienen una naturaleza misteriosa intrínseca. El problema no es entender mejor la naturaleza humana sino hacer que los seres humanos sean más felices. La literatura es más útil para lograr este último objetivo que la filosofía, porque hay formas de sufrimiento humano que la literatura puede hacer vívidas de una forma que la filosofía no puede. Leer literatura que, vívidamente, describe la crueldad y el sufrimiento experimentado en partes remotas del mundo ayuda a la gente a apreciar la necesidad de la existencia de instituciones globales que promuevan el cumplimiento de las esperanzas puestas en la Declaración de Helsinki. Si es que nos limitamos a saber quién sufre y en qué formas, y a experimentar con las instituciones con que puede aliviarse el sufrimiento, podemos entonces ignorar la pregunta: ¿Qué es el hombre?

7. ¿Considera que las personas más educadas tenderán a recurrir menos a su léxico último¹ en tanto la educación significa una menor posibilidad de adoctrinamiento? En ese orden de ideas, ¿es el fundamentalismo una respuesta irracional frente a la imposibilidad de argumentar más allá del léxico último?

¹ Nota del Traductor: Richard Rorty entiende por léxico último el conjunto de palabras que los seres humanos emplean para justificar sus acciones, sus creencias y sus vidas. Y se entiende que es último en el sentido de que, si se proyecta una duda acerca de la importancia de esas palabras, el usuario de éstas no dispone de recursos argumentativos que no sean sino circulares. El conjunto de palabras que permiten justificar nuestras creencias, acciones y vida, es lo que entiende por léxico último. Sobre el tema, ver su obra titulada: "Contingencia, Ironía y Solidaridad". Asimismo, para un desarrollo del mismo libro puede verse: VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo. "R. Rorty: Pragmatismo, Ironismo Liberal y Solidaridad". En: A parte Rei, Revista de Filosofía. Disponible también en la siguiente dirección electrónica: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/vasquez39.pdf>.

Mientras más educada sea la gente más imaginativa se volverá, y mientras mejor pueda ponerse en la situación de otras personas logrará tomar decisiones más serias sobre las alternativas sociopolíticas que puedan proponerse. Estas personas son más fáciles de persuadir para que cambien sus lenguajes finales y, por tanto, de convertir a nuevas formas de pensamiento.

El fundamentalismo no es exactamente “irracional” pero es una forma de detener el diálogo. Es una excusa para no ser imaginativo, para negarse a ver más allá de nuestras convicciones y categorías presentes y a tomar en serio las alternativas propuestas.

8. A nosotros, estudiantes de Derecho, se nos ha venido repitiendo que la justicia es el fin principal del Derecho. Al leer su ensayo “La justicia como una lealtad ampliada” se nos presentó un nuevo concepto de justicia, uno relacionado con una lealtad ampliada, que incluye no sólo a aquellos que, por ser como nosotros, sentimos que debemos proteger, sino que también acepta la diferencia; al mismo tiempo, dicha lealtad ampliada no tiene como base obligaciones morales resultantes de la “razón”, como exponen los kantianos, o un mandato divino, sino que se fundamenta en un lazo sentimental.

Si la Justicia no está definida entonces por nociones fundamentalistas como la “razón” o la “racionalidad” que puedan “objetivamente” ayudarnos a distinguir lo justo de lo injusto, entonces el supuesto objetivo último del Derecho ha cambiado también. Si éste es el caso, ¿cuál considera que es el fin fundamental del Derecho y cuál es su relación con la justicia?

El objetivo principal del Derecho es el orden social. Algunos sistemas legales son menos crueles y más justos que otros. Podemos descubrir qué sistemas son innecesariamente crueles no sólo usando la razón sino imaginando y experimentando con sistemas alternativos en los que el sufrimiento pueda ser menos extendido o menos intenso. La pregunta de si el llamado a sociedades más justas – sociedades en que existe menos sufrimiento innecesario– proviene de la “razón” o de los sentimientos es una que no necesitamos responder

puesto que la respuesta a esa pregunta meramente filosófica no estará relacionada con la pregunta práctica de qué instituciones sociales y legales se debe preservar, cuáles modificar y cuáles abolir.

9. El Pluralismo es uno de los conceptos más importantes en el pragmatismo, su utilidad consiste en que cuestiona aquella posición que considera que la realidad es una y absoluta, y donde la tarea del filósofo consiste en describir esa realidad correctamente. Sin embargo, muchas veces se ha criticado que al tratar de superar ese esencialismo filosófico, el Pluralismo se ha convertido, más bien, en una forma sutil de esconder una oposición relativista. Es decir, afirmar que la realidad puede adoptar diferentes manifestaciones es afirmar que no existen verdades objetivas sobre las cuales basar nuestras creencias, valores y costumbres. Quisiéramos saber cuál sería la respuesta a esta crítica desde el Pragmatismo. ¿Cuál es el límite entre el relativismo y el pluralismo?

No creo en la idea de que existen “verdades objetivas sobre las cuales basar nuestras creencias, valores y costumbres”¹¹. Nosotros adoptamos y llamamos verdaderas a las creencias que consideramos justificadas. La pregunta de si éstas son objetivamente ciertas es una que no sabemos cómo responder. Añadir “objetivamente” a la “verdad” no nos lleva a nada concreto.

No existe una “posición relativista”. Nadie sustenta que todas las creencias son igualmente buenas o que debemos dejar de discutir sobre qué creencias debemos mantener. Continuaremos teniendo discusiones sobre lo que debe hacerse, así creamos que la verdad es una cuestión de correspondencia con la forma en que las cosas son “objetivamente” o se crea, como nosotros los pragmatistas, que esta noción de correspondencia es inútil.

10. En el Derecho existen muchos conceptos que pueden considerarse “lastres esencialistas”; uno de los más importantes es aquel que consagra: “Derechos Humanos Inalienables o fundamentales”. La importancia de este concepto es tal que es el soporte mismo de nuestros sistemas jurídicos, y son muy pocos los que han advertido la fragilidad de tener un sistema jurí-

Richard Rorty

¹¹ Nota del traductor: El pragmatismo tiene entre sus ideas más resaltantes el rechazo a la verdad entendida como objetiva, por tanto al fundamentalismo y esencialismo, proponiendo un concepto de verdad circunstancial no del todo relativa, sino que sujeta a convenciones.

dico que dé por absoluto un concepto así, por lo que no se han hecho los esfuerzos por tratar de mejora dicho concepto, ni siquiera cuestionándolo. ¿Cree usted que la mejor forma tratar de fundamentar nuestro sistema jurídico es desde un concepto que pretende ser absoluto e incuestionable, o existe una mejor manera de hacerlo?

La cuestión sobre si una noción es “absoluta” tiene tan poca importancia como la de saber si la verdad es objetiva. Todo lo que sabemos hacer es debatir alternativas esperanzados en encontrar creencias que puedan ayudar a darnos cuenta de nuestros objetivos. La Declaración de Helsinki nos da buenos candidatos para adoptar creencias, candidatos cuyos méritos pueden discutirse sin la preocupación de si es que los derechos enumerados son “fundamentales e inalienables”. Estas expresiones son sólo adornos retóricos.

11. Aquello que llamamos “moral” en las diversas culturas humanas, se presenta muchas veces a modo de imperativos para la conducta individual. Usted señala en su libro “Esperanza o conocimiento” que este ámbito moral no es necesariamente distinto del ámbito de la prudencia, a saber, el de nuestras disposiciones de conducta cotidianas, socialmente condicionadas. Este ámbito de la prudencia supone siempre un cálculo sobre las consecuencias de nuestros actos, en una palabra, sobre su utilidad. ¿Podría entenderse a partir de ello que, según su opinión, no es posible excluir del discurso sobre la moral un discurso sobre la utilidad de nuestras acciones a nivel individual?

La única forma de tachar la moral –de forma opuesta a lo meramente prudencial o a lo

meramente útil– es en términos de la importancia que tiene en nuestra vida. Desde mi punto de vista, una cuestión moral es una que tomamos tan seriamente que preferiríamos morir antes que estar en el lado equivocado. Es desafortunado que la tradición platónica-kantiana haya tratado de hacer una distinción de clase entre la moralidad y la prudencia en vez de trazar simplemente una distinción en el grado de importancia. Platón y Kant inventaron una facultad llamada “razón”, que viene a ser la fuente de las obligaciones morales, porque pensaron que al hacerlo podrían incentivarlos a ver tales obligaciones como “absolutas” e “incondicionales”. No obstante, estos términos resultan siendo mera retórica vacía. De ahí que no crea que su invención haya cumplido propósito útil alguno.

12. ¿Cuál es su opinión respecto de la política norteamericana que está guiando el rumbo de Occidente en este momento? ¿Considera usted que más que un avance es un retroceso en la comunicación con otros pueblos? ¿Qué impacto a futuro ve en esta ideología?

La mayoría de las políticas adoptadas por el Gobierno de Bush me parecen malas y peligrosas, particularmente su decisión de convertirse en un unilateralista. Lamento muchísimo su negativa para procurar un consenso multilateral sobre cómo manejar la proliferación nuclear y para organizar fuerzas de protección de la paz supranacionales. Creo que lo que importa no es la comunicación entre las culturas, sino la comunicación entre los gobiernos respecto de iniciativas prácticas. Los gobiernos de China, India, Perú, Brasil, Francia, los Estados Unidos y Sudáfrica no están separados por diferencias culturales, todos ellos tienen los mismos intereses.

**“EL NUEVO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO PENAL,
HOY POR HOY, ES LA LIBRE Y LEAL COMPETENCIA”**

**“LA CULTURA DE LA CORRUPCIÓN ES LA CULTURA DE NO ASUMIR
LAS PROPIAS RESPONSABILIDADES”***

Entrevista a Carlos A. Manfroni**

La corrupción es un mal que se ha insertado en la cultura de América Latina, a tal punto que los propios ciudadanos la aprecian como un factor común de la vida diaria. Ello, no sólo por el peculiar desarrollo histórico de la región, sino también debido a situaciones políticas y económicas actuales.

En las siguientes páginas y, principalmente, en relación con lo señalado por la Convención Interamericana contra la Corrupción, el entrevistado analiza distintos aspectos relacionados a la corrupción, tales como su conexión con el Derecho Internacional, el desarrollo cultural que debe verificarse para combatirla (cambio), entre otros, poniendo especial énfasis en la idea de que la corrupción no debe verse o sancionarse únicamente cuando se presenta en el sector público, pues no existen argumentos válidos para prohibir su extensión al sector privado.

* La entrevista fue realizada por Luis Miguel Velarde Saffer, director de la comisión de Contenido de THEMIS, sobre la base de las preguntas elaboradas por los miembros de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Abogado, graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Investigador de Fraudes Certificado por la Association of Certified Fraud Examiners de Texas. Ex-miembro del Grupo de Expertos que redactó la Convención Interamericana Contra la Corrupción en la Organización de los Estados Americanos. Miembro Honorario de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado de Lima.

1. Cuéntenos un poco acerca del ejercicio de su profesión. ¿Cuáles son las principales labores que ha desarrollado? ¿Cuáles son las principales enseñanzas que ha obtenido?

Soy abogado de profesión y comencé a trabajar en el tema de la lucha contra la corrupción, en lo práctico, desde hace varias décadas. Concretamente, a partir de 1994, tomé el tema de la lucha contra la corrupción como una especialización, como un centro de casi todas mis actividades. Precisamente en ese año, se empieza a ver el problema de la corrupción como un tema de la agenda internacional.

La lucha contra la corrupción es una materia que corta transversalmente el Derecho Administrativo, el Derecho Penal y el Derecho Internacional Público. En este sentido, trabajé, dicté conferencias y cursos en casi todos los países de América; fui negociador y co-relator de la Convención Interamericana contra la Corrupción; después escribí y publiqué libros sobre la Convención Interamericana contra la Corrupción en la que también participó Richard Werksman, que fue, hasta hace poco tiempo, el asesor principal del Departamento de Estado de Estados Unidos para temas de anticorrupción. Entre los libros que publiqué se encuentran "Soborno Transnacional" y "Control Político en el Capitalismo Global". Tengo varios artículos en revistas especializadas y también un certificado como Investigador de Fraudes de la Association of Certified Fraud Examiners de Texas, que es una asociación que tiene alrededor de treinta mil miembros en el mundo y que se dedica, precisamente, a mejorar las técnicas de investigación del fraude, tanto en el sector público como en el sector privado. Luego, también acá en el Perú, me hicieron el honor de nombrarme, especialmente gracias a la iniciativa de la doctora Elsa Roca Moraira, miembro honorario de la Academia de Derecho Internacional y Comparado de Lima.

2. Se ha demostrado que la corrupción es un medio empleado por las "mafias organizadas" para la consecución de sus fines. De esta manera, tenemos en Latinoamérica distintos casos que ejemplifican ello: en Perú, la cúpula formada por el ex presidente Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos; en Panamá, el caso del general Antonio Noriega, que terminó por originar la invasión de dicho país por las Fuerzas Armadas de Estado Unidos; y, en Colombia, el caso del presidente Ernesto Samper, a quien se le imputó haber recibido cinco millones de dólares del "Cártel de Cali" para financiar su campaña.

Tomando en consideración los ejemplos mencionados, así como otras circunstancias que se han verificado con el transcurso de los años, ¿considera usted que se debería de controlar ex ante a quienes postulan a altos cargos públicos? ¿Cuál debería ser el control posterior que debería mantenerse para evitar malos manejos en los más altos cargos del gobierno?

Sí, efectivamente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción prevé, específicamente en su Preámbulo, que la corrupción es el instrumento normalmente utilizado por las organizaciones del crimen organizado. Esto no significa que la corrupción esté limitada exclusivamente a su utilización por estas organizaciones, porque hay corrupción en distintos estratos sociales: está la corrupción política, pero también está la corrupción de los funcionarios de línea administrativa y la corrupción del ciudadano común frente al agente de policía que lo quiere sancionar por una infracción.

Hay que tener en cuenta que, tanto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción como en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, se señala el deber de los funcionarios públicos de declarar sus bienes antes y después de dejar el cargo, pero también durante el ejercicio del mismo, lo que regularmente o normalmente se pide con una periodicidad anual. El gran problema que siempre se presenta en el control de la corrupción es que generamos leyes y generamos compromisos, y luego, quienes tienen que cumplir esos compromisos, son los propios interesados en que no se hagan efectivos, por lo que terminamos haciendo un mero cumplimiento que, como dice un sacerdote de mi parroquia, se compone de "cumple" y "miento". Es un cumplimiento formal. ¿Cómo podemos superar esto?

Yo creo que el control de la corrupción del más alto nivel, es decir, la corrupción de las mafias y de las organizaciones del crimen organizado, demanda la instalación de una instancia supranacional que realice ciertos monitoreos, algo parecido a lo que existe en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica. En definitiva, una instancia internacional que tenga poderes activos, que pueda reabsorber capitales, que pueda incautarlos y que pueda repatriarlos. Hasta que no lleguemos a esta instancia no vamos tocar el fondo del asunto. Ello no significa que no debamos hacer avances, porque es innegable que se han logrado avances en estos últimos diez años.

3. Una de las razones por las cuales se ha señalado que la corrupción ha avanzado en países latinoamericanos es que los funcionarios públicos perciben ínfimas remuneraciones en comparación con el desempeño laboral que mantienen. ¿Cree usted que verdaderamente existe una relación entre el dinero percibido y la corrupción? ¿Debería darse, como en Francia, un sistema de carrera administrativa que asegure la estabilidad en el cargo de los funcionarios o servidores públicos?

Bueno, son dos preguntas. Con relación a la primera, le digo que me parece que sí hay relación, pero es una verdad a medias. En los más bajos rangos de la carrera administrativa puede haber una relación, pero esa relación no es automática, porque de considerarla automática estaríamos insultando a las personas que perciben remuneraciones muy bajas y se conservan decentes. Si nosotros decimos que es automático que los funcionarios que perciben baja remuneración se unan a la corrupción, estamos dejando como tontos a los funcionarios decentes que se mantienen incólumes y han conservado su honorabilidad. Hay de todos modos una relación, pero esta última no se aplica a los más altos rangos. Fíjese en aquellos gobernantes o funcionarios que se han enriquecido con la corrupción y que, sin embargo, siguen robándole al Estado. Ahí ya no hay una cuestión de necesidad y, a pesar de ello, vuelven al Gobierno una y otra vez y son reelegidos, de tal forma que la corrupción continúa. En el caso de aquellos funcionarios que están comprometidos con la corrupción sistemática, que no la pueden abandonar, tampoco tiene que ver el nivel bajo de su remuneración; en consecuencia, sí tiene alguna incidencia, pero sólo en algunos sectores y en alguna medida.

En cuanto a la segunda pregunta, definitivamente creo que la carrera administrativa es útil para disminuir la corrupción. No es una solución definitiva porque las líneas administrativas también se corrompen, pero cuanto más arriba lleguemos con la carrera administrativa y con la estabilidad del funcionario administrativo de carrera, y menos margen de acción le quede a los políticos, menos probabilidades tendremos de que haya corrupción. Fíjese que en los lugares donde existe carrera administrativa, como podría ser el servicio exterior, no hay tantos problemas de corrupción. Por supuesto que cada cierto tiempo salta algún escándalo, pero no hay tantos problemas de corrup-

ción porque el funcionario cuida más su carrera, sabe que tiene su pasar asegurado. En cambio, el político es un "ave de paso", trata de tomar lo más posible porque mañana no va a estar allí.

Si hay una carrera administrativa jerarquizada y bien pagada –allí está la relación con la primera pregunta–, se combina la buena paga con la estabilidad y la posibilidad de ascenso. Claro que esto tiene que estar bien hecho y tiene que haber una verdadera meritocracia para los ascensos, porque de lo contrario lo que estamos logrando es estabilizar y tapar la corrupción.

4. Cierta sector de la doctrina ha tratado de identificar la tipificación y sanciones de la corrupción pública con la privada, cuando, para muchos, esta última no es otra cosa que deshonestidad. De esta manera, como señala Virgolini¹, cuando el funcionario de una corporación acepta ser sobornado para, por ejemplo, comprar insumos o productos a mayor valor, ha elegido entre la lealtad a los deberes y los objetivos que nacen de su vinculación con su empleador y sus propias apetencias privadas que no coinciden con esos deberes. Así, se explica que ello no constituye más que una especie de quebrantamiento de la ética o de las obligaciones profesionales, tal como lo hace el boletero del cine al cobrar una gratificación para entregar una mejor ubicación en un evento.

Tomando en consideración lo antes mencionado, ¿cuáles cree usted que son las justificaciones que ameritan la extensión del delito de corrupción, propio de la Administración Pública, con las conductas cometidas por particulares al interior de una relación privada?

La corrupción existe siempre que alguien administre algo común. Cada vez que una persona ejerce autoridad en nombre de un patrimonio común o en nombre de una pequeña comunidad, sea esta privada o pública, existe siempre la posibilidad de corrupción. Existe corrupción en el gobernante de más alto cargo y existe corrupción en el administrador del consorcio del condominio de un edificio cuando cambia una cerradura y pasa un costo mayor del que pagó por esa cerradura para que sea pagada por la totalidad del consorcio internamente.

Carlos A. Manfroni

¹ VIRGOLINI, Julio E. S. "Crímenes Excelentes. Delitos de Cuello Blanco, Crimen Organizado y Corrupción". Buenos Aires: Editorial del Puerto. 2004.

¿Cuál es la justificación? La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que se firmó en Monterrey, México, en el 2003, contiene, específicamente, una cláusula por la cual los países signatarios se comprometen a penalizar el soborno si se lleva a cabo, exclusivamente, en el sector privado; es decir, desde un funcionario de una empresa a un funcionario de otra empresa, sin que tenga intervención el sector público. Esto, creo que, desde el punto del *statu quo* existente en el Derecho, está plenamente justificado, porque si estamos penalizando el fraude en la administración de cualquier administrador de una empresa, no veo por qué no podría ingresar también en el campo del Derecho Penal el soborno.

Nótese que, actualmente, en la mayoría de los países se penaliza con una sanción penal el fraude, es decir, la administración fraudulenta del gerente de una empresa cuando causa perjuicio a los intereses de la misma mediante alguna maniobra de ocultamiento, de tergiversación de los balances, compra de bienes inadecuados, etcétera; maniobras llevadas a cabo con dolo para beneficiarse a sí mismo. No obstante, en todos estos casos hay que probar que ha existido un perjuicio a la empresa, lo cual no siempre es fácil. En cambio, al introducir la posibilidad de penalizar el soborno, tal cual como existe en el sector público, estamos aliviando a la empresa de esa carga de tener que probar el perjuicio, que no siempre es material. Imagine usted que hay empresas que llaman a concursos para captar proveedores y hay un proveedor que pagó un soborno al gerente de compras para que se le compre a él y no a los demás. Quizás ese proveedor le vendía a buen precio a la empresa y en buena calidad, y no le causó un perjuicio real y medible, pero sí causó perjuicio a los demás proveedores y ello hay que penalizarlo. Luego, si se penaliza el soborno en el sector público, no veo por qué no pueda penalizarse el soborno en el sector privado.

Por otro lado, en muchas ocasiones una empresa del sector privado no tiene sólo un dueño o un grupo pequeño de dueños, sino que tiene múltiples accionistas y estos accionistas están tan desguarnecidos en este aspecto como estamos los contribuyentes respecto al Estado. Es decir, estos accionistas serían el equivalente de los contribuyentes respecto de la corrupción pública. Creo que sí hay que penalizar el soborno en el sector privado.

5. En la misma línea de la pregunta anterior, ¿cómo superar el obstáculo del principio de última ratio que rige en el Derecho Penal, más aun considerando que las tendencias modernas en política legislativa han

ido por la descriminalización de muchas conductas, invocando sanciones de tipo administrativo e incluso político? ¿No se corre el riesgo de atentar contra Derechos Fundamentales de la persona?

Yo estoy de acuerdo con que el Derecho Penal es un derecho *in extremis*, es decir, que no todas las conductas que merezcan sanción deben de estar sancionadas por el Derecho Penal. Pero también creo que hay tendencias que son extremadamente exageradas en la descriminalización y despenalización de determinadas conductas, lo que a veces ocurre por razones ideológicas, por cuestiones sociológicas o psicológicas que sería muy largo analizar. Esa es toda una discusión aparte.

El origen de estas tendencias son distintas en diversos países del mundo, especialmente la facilidad con la que los países latinoamericanos adoptamos algunas escuelas que nos vienen de Alemania. Pero creo que en países que tienen un alto grado de corrupción, como los países de América Latina, la tendencia no debería ser la despenalización, sino lo contrario. Y no veo que se afecten Derechos Fundamentales por el hecho de penalizar la corrupción en el sector privado. No estamos hablando de una conducta que tiene que ver con el fuero íntimo de las personas ni estamos hablando de materias que han suscitado más discusión, como podría ser el consumo de drogas. No es que yo esté de acuerdo con la despenalización del consumo de drogas, pero ni siquiera podemos alegar acá los argumentos de quienes dicen que se trata de derechos personales, que se está invadiendo el campo privado.

Si nosotros estamos penalizando hoy la administración fraudulenta, el fraude, principalmente, en perjuicio de una empresa, no veo qué es lo que cambia si penalizamos el soborno recibido por el gerente de compras de una empresa. Podría decirse que el Estado se está metiendo en una relación en la que no se ha producido perjuicio, pero aquellos no ven que el perjuicio consiste en que se distorsiona el libre mercado, que se distorsionan las pautas con las que funciona el mercado libre. La libre competencia, la libre y leal competencia, es el nuevo bien jurídico protegido por el Derecho Penal.

Cuando se penaliza el soborno transnacional, ¿cuál es el bien jurídico protegido? Por ejemplo, una empresa va y otorga un soborno a un funcionario público de otro país. Ahora estamos hablando de corrupción pública. ¿Acaso el bien jurídico que se protege con la penalización del soborno transnacional es la Administración Pública del otro país? Yo no lo creo, porque ningún país

puede proteger la Administración Pública de otro y, sin embargo, el país está obligado a penalizar a su empresa. Lo que está protegiendo en ese caso, con la penalización del soborno transnacional, es la libre y leal competencia entre países.

Fíjese usted que cuando Estados Unidos genera el primer antecedente de penalización del soborno transnacional a través de la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior de los Estados Unidos en 1977, esta ley se coloca dentro del Código de los Estados Unidos, en el capítulo correspondiente al Comercio Internacional y a la Libertad de Comercio Internacional. Ha sido muy claro que lo que se busca proteger es la libertad de comercio. Es decir, la globalización y el incremento de intercambio comercial han hecho surgir nuevos bienes jurídicos a proteger, los cuales no son los mismos bienes que existían antes en el Derecho Penal. Ello se explica porque, ante nuevas necesidades, tenemos que generar nuevas figuras jurídicas, y el nuevo bien jurídico protegido por el Derecho Penal, hoy por hoy, es la libre y leal competencia, tanto en el comercio nacional privado, como en el internacional.

6. Se ha señalado que el crimen organizado ha descubierto en las fronteras una herramienta poderosa para eludir la justicia. Así, no sólo les provee de refugio legal, sino también pueden ofrecer un valor diferencial para las mercaderías ilegales, paraísos fiscales, etcétera. Este hecho ha demostrado que las organizaciones criminales tienen como característica esencial el comportarse como verdaderas “multi-nacionales” que han organizado su propia división de trabajo. En este sentido, ¿cuál debe ser el lineamiento que debe de tenerse a nivel nacional para combatir este fenómeno? ¿Cuán viable sería la creación de organismos que gocen de legitimidad para perseguir estos crímenes, teniendo en cuenta que el caso de las fronteras y el de los paraísos fiscales supone un gran problema de coordinación internacional?

Sí, efectivamente, algunos organismos existen, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). No sé si esté dando todo el resultado que se espera. Lo que ha hecho aquel organismo es emitir cuarenta recomendaciones para prevenir el lavado de dinero, que ha ampliado, después del atentado contra las Torres Gemelas en el 2001. Ese es un trabajo, pero, en este momento, el lavado de dinero continúa, y continúa muy fuerte. Las medidas que han adoptado los países para prevenir el lavado de dinero –aun las recomendadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional– no son suficien-

tes. Los organismos que se han creado a consecuencia de estas recomendaciones no tienen suficiente poder y la mayoría de ellos no tiene poder de policía, sino que son simplemente recolectores de informes de otros organismos que, muchas veces, son los propios interesados en que no haya ningún descubrimiento, como, por ejemplo, los bancos.

Por otro lado, es muy cierto que el narcotráfico es poderosísimo, más poderoso incluso que muchos estados. Puede comprar medios de comunicación, armamento, mercenarios –como está ocurriendo en muchos países– y puede comprar funcionarios y todo aquello que acepte ser vendido. Yo soy partidario, como dije en otra respuesta, de que haya organismos internacionales que detecten patrimonios mal habidos, los incauten y puedan repatriarlos. También soy partidario de alguna legislación internacional, parecida a lo que existe en Estados Unidos, que tiene una ley que le otorga a aquel que denuncia el acto de corrupción, despilfarro o fraude al Estado, una parte de lo que hizo ahorrar con su denuncia. Si esto existiese a nivel internacional, se estaría poniendo a competir a los servicios de inteligencia de buena parte del mundo para descubrir el crimen organizado y para descubrir actos de corrupción y patrimonios mal habidos. Por supuesto, siempre van a estar compitiendo estos descubrimientos con los sobornos del crimen organizado para no ser descubiertos, pero bueno, es una dificultad más que le estamos introduciendo al crimen organizado.

Por otro lado, no debemos de descuidar la acción preventiva. Sabemos que existe la droga porque existe un mercado que la consume, y existe un mercado que la consume porque hay mucha gente que está sola, que está triste y que no tiene el apoyo de la familia. Si no hay una acción enérgica para apuntalar la familia, es hipócrita decir que se va a luchar contra la droga. Si todo lo que se hace, desde distintos ángulos, es para desarticular la familia, por allí se está generando el mercado de la droga. El mercado de la droga no son los hijos que viven en familias felices. No estoy hablando de capas económicas, estoy hablando, simplemente, de la felicidad y de la infelicidad en términos de apoyo familiar. Creo que el mejor antídoto contra la droga es una familia fuerte y unida. Y si no se lleva a cabo una acción, por lo menos para evitar que se continúe desestabilizando a la familia, olvidémonos de combatir la droga.

7. En ciertos casos, el Derecho Internacional es un impedimento legítimo para perseguir y sancionar determinadas conductas penales. En el tema de los delitos de

corrupción, donde el principal afectado es el Estado mismo, esto se hace más evidente. La experiencia de Perú en estos temas no ha sido muy eficiente, debido a la poca colaboración entre los estados vecinos y organizaciones internacionales para combatir este tipo de delitos ¿Qué se podría hacer en el ámbito internacional para asegurar que aquellas conductas criminales no queden impunes con solamente salir del Estado donde se cometió el delito para ingresar a otro? ¿Cuál es el rol de los organismos internacionales, por un lado, y de los estados, por el otro?

Bueno, el Derecho Internacional no tiene la culpa. La Convención Interamericana Contra la Corrupción ha dotado a los estados del instrumento para que esto no ocurra. Precisamente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción comenzó por una propuesta de Rafael Caldera, el entonces Presidente Democrático de Venezuela, para que no se le diera asilo político a los gobernantes acusados de corrupción y ex funcionarios. Este fue un compromiso muy fuerte en la Convención y, precisamente, la Convención Interamericana dice que el hecho de que se alegue que se trata de un delito político o que el acto de corrupción tenía fines políticos, no bastará por sí solo para impedir la cooperación penal internacional. De manera que, en teoría, están dados los elementos para que no se pueda politizar el crimen de corrupción.

El resto es voluntad de los estados. Si no hay voluntad del Estado requerido para extraditar a una persona, se está incumpliendo con los compromisos internacionales, pero eso no es culpa del Derecho Internacional, es la culpa de un Estado que no cumple aquella rama del Derecho. Insisto, una vez más, en que vamos a tener que llegar en algún momento, más temprano que tarde, a una instancia internacional que pueda tener, por lo menos, parte de la aplicación de los compromisos que se han celebrado en materia de anticorrupción.

- 8. En sus distintas publicaciones, usted remarca la importancia de la existencia de una moral común, de principios éticos y valores similares, lo cual puede lograrse mediante el establecimiento de convenios a los cuales los países deberían adscribirse. Un ejemplo de ello, lo constituye la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde se establecen parámetros uniformes para prevenir la corrupción tanto en el sector público como privado. En nuestro país se encuentra vigente, desde hace bastante tiempo, un Código de Ética,**

aprobado por los distintos Colegios de Abogados aquí existentes, donde se establecen los principios y valores que los juristas deben observar en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, las sanciones al incumplimiento de las disposiciones allí establecidas, muchas veces, carecen de aplicación práctica, pues, en nuestra realidad, apreciamos que muchos abogados actúan inobservando tales disposiciones y, sin embargo, no sufren sanción alguna. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿De qué otra manera podría lograrse el objetivo de mantener una misma moral, una misma ética y unos mismos valores?

Como antes decíamos, el principal problema que tenemos en nuestros países es el cumplimiento formal, es decir, se cumple con la letra del compromiso, pero no se cumple con el espíritu. Se redactan códigos y no se aplican; se crean organismos y no funcionan; y así nos encontramos con una pluralidad de organismos que se crean y sólo sirven para acomodar allí nuevos amigos.

Desgraciadamente, uno de los grandes problemas por los cuales América Latina tiene tal grado de corrupción, en mi opinión, es que desde un comienzo los ciudadanos de los países que la conforman han esperado demasiado del Estado. Todos nuestros países se formaron esperándolo todo del Estado, debido a que fue él quien llevó a cabo la conquista, el que ganó tierra, el que repartía esa tierra, el que repartía prebendas y el que, en general, repartía beneficios. Ello provocó que nos acostumbremos, desde un comienzo, a ser recipiendarios de lo que el Estado quisiera darnos, a diferencia de otros países donde el individuo y la familia –los particulares– tuvieron más participación y el Estado lo organizaban mínimamente como una estructura para servir a ciertas filas, pero no fue el motor del desarrollo.

Esta es una realidad que debemos de asumir. El Estado ha tenido un papel demasiado fuerte en América Latina, pero eso no significa que nosotros no podamos hacer algo para revertir esta realidad, porque, de lo contrario, estaríamos condenados a la corrupción. Una de las cosas que debemos hacer para revertir esa realidad es generar organizaciones de la sociedad civil, organizaciones que sean “perros guardianes”, que monitoreen lo que hace el funcionario público y, allí donde encuentran que hay una falta, hacen una denuncia. Por supuesto, a eso puede responderse que también los jueces son corruptos, pero hay que hacerle el seguimiento también a los jueces y si la prensa no responde para poner en vergüenza a los jueces, que no han cumplido con sus funciones, hay que generar otros medios alternativos de comunicación

como el Internet, que es una herramienta extraordinaria, *web sites*, cadenas de *e-mails*, cadenas internacionales que descubran quiénes son los funcionarios corruptos y cuáles son los principales actos de corrupción de nuestros países.

En ese contexto, los centros de estudiantes de Derecho podrían tener un gran papel; revistas como las que ustedes impulsan y el periodismo de investigación, podrían tener un papel extraordinario para hacer lo que los funcionarios no hacen. Por ejemplo, hacer un análisis, un seguimiento de las sentencias de determinados jueces para ver si son coherentes con sus propias sentencias anteriores o si a veces, ante la misma situación, dictan fallos en sentido contrario. ¿Qué es lo que ha ocurrido allí? Quizás alguien les pagó para que fallaran una vez en un sentido y otra vez en un sentido contrario. Tal vez hay amigos de por medio. Impulsar que exista en nuestros países una mayor valoración de la jurisprudencia.

Uno de los grandes dramas que tenemos en América Latina es haber heredado el Derecho francés, el “derecho del código” en el que el juez no juzga de acuerdo al precedente, sino que juzga según una ley abstracta que él interpreta como quiere: a veces la puede interpretar en un sentido y a veces la puede interpretar en otro, porque es demasiado genérica. En cambio, en los países del *Common Law*, como Inglaterra y Estados Unidos, el juez está obligado a seguir el precedente, y esto asegura más la equidad. Tal vez tenemos que emprender una lucha para que se revalorice la jurisprudencia y para que haya un mayor grado de obligatoriedad respecto a los precedentes.

9. Usted menciona que los delitos de corrupción deben ser atacados por todos los flancos, incluyendo, entre ellos, lineamientos culturales. En tanto la sociedad aprecia como normales algunos actos de corrupción sancionados por el Código Penal, derivando en que se inapliquen las normas en la práctica, ¿qué podría hacerse en países como Perú, donde la corrupción no sólo es un problema legal, sino que se ha adherido a la cultura?

La cultura de la corrupción es la cultura de no asumir las propias responsabilidades. Existe corrupción porque suponemos que todo lo debemos de recibir, que cuando no lo recibimos es culpa de otros y que cuando no tenemos lo que queremos lo podemos tomar por vía de un atajo, lo podemos tomar por nosotros mismos. Esto, aunque parezca muy exagerado, es una cultura que empieza desde muy temprana edad, comienza desde que la madre

le dice a su hijo pequeño que no tiene la culpa de sus propios errores, que si se golpea él no tiene la culpa de haberse golpeado, que ni siquiera cometió un error. También, algunas corrientes psicológicas han hecho algo por esto de librar a las personas de sus propias culpas, y asumir la culpa es una cosa muy sana en la sociedad porque ayuda a corregirse.

Todos nuestros gobiernos han sido muy hábiles en echar la culpa a agentes exteriores: al imperialismo, al capitalismo, a los Estados Unidos, etcétera. En ello se parecen al carterista, al ladrón que mientras huye va gritando: ¡atrapen al ladrón!, porque de ese modo desvía la atención respecto de sí mismo. Eso también hacen los funcionarios, es decir, convencen a los pueblos de que la culpa siempre está afuera, que la tiene el Fondo Monetario Internacional, que la tienen los grandes capitales, y el peor enemigo que tiene el interés internacional son los funcionarios corruptos de adentro. Nadie ha robado más a nuestros pueblos que los propios funcionarios corruptos. Si nosotros observamos las cifras de la globalización, veremos que, en la última década del siglo que acaba de terminar, los países de media y baja renta, los países en vía de desarrollo, tuvieron más flujo de capital, más inversiones extranjeras directas y realizaron más exportaciones que el promedio del mundo.

En teoría, deberíamos haber sido los grandes beneficiarios de la globalización; sin embargo, eso no ocurrió y la pobreza continúa. ¿Quién se quedó con el vuelto? ¿Quién se quedó con el cambio? La corrupción se quedó con la plusvalía en el camino. Si queremos comenzar una cultura de combate a la corrupción, tenemos que comenzar también a generar una cultura de asumir las propias responsabilidades y de hacer las cosas por nosotros mismos, olvidándonos de que “el Estado tendría que hacer esto o el Estado tendría que hacer lo otro”. Por supuesto, esto siempre tenemos que tenerlo presente, pero más que decir lo que el Estado tiene que hacer, hay que exigir que se haga y, por otro lado, lo que no se hace, hacerlo por nosotros mismos. Si el Estado no tiene la estructura de investigación, bueno, desde el periodismo, desde las organizaciones no gubernamentales, hay que generar también nosotros estructuras de investigación.

10. Finalmente, ¿cuál es la relación entre el proceso de globalización que se ha verificado a nivel internacional y la corrupción? ¿Es que acaso el primero constituye, aunque sea indirectamente, un mecanismo de presión para los gobiernos corruptos, quienes deberán encubrir o, en todo caso, reducir sus niveles de corrupción a fin de ser

**vistos internacionalmente como “buenos”
y, de esa forma, poder desarrollarse y
relacionarse activamente a nivel inter-
nacional?**

Sí, eso es lo que yo creo. La globalización constituye, en alguna medida, un freno a la corrupción, porque nunca los gobiernos hubieran decidido sentarse en una mesa y discutir los compromisos internacionales que surgieron de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, si no hubiera existido la globalización. Ellos se sientan a la mesa internacional porque saben que si no firman esos compromisos tampoco van a tener inversiones, van a ser mal mirados por la Comunidad Internacional de Negocios.

Mientras nosotros votamos cada dos años, cada cuatro años, hay gente que está votando por las medidas de Gobierno y por nuestros gobernantes todos los días y a todas las horas en las bolsas de valores del mundo, en New York, Tokio, Francia, etcétera; hay gente que está comprando y vendiendo bonos del Estado peruano, comprando y vendiendo acciones de empresas coreanas; hay gente que, en este mismo momento, está haciendo consultas a grandes consultoras sobre el riesgo país, sobre el riesgo político, sobre inversiones y está

preguntando si es conveniente que ponga trescientos millones de dólares en un desarrollo en el Perú; y alguien puede decirle sí o no al otro lado de la línea, y eso tiene que ver con la seguridad jurídica. En ese sentido, la globalización constituye un verdadero freno a la corrupción, que no ha sido suficiente, como ninguna herramienta resulta absolutamente suficiente.

¿Por qué en algunos países no ha sido suficiente? Hay algunos países como Argentina, donde se tiene una burguesía nacional fuerte y desarrollada de empresas locales, y allí lo que está ocurriendo, en este momento, es que el Gobierno actúa en sentido contrario, es decir, ahuyenta las inversiones internacionales para quedarse haciendo negocios exclusivamente con esa burguesía nacional de empresarios corruptos con los que puede negociar fácilmente. Entonces, mientras menos competencia internacional haya, es mejor. Eso ocurre en los países donde hay un empresariado más o menos fuerte ya preexistente. En los países donde no existe el empresariado local fuerte son imprescindibles las inversiones internacionales, y ahí sí la globalización sirve. Creo que, en todos los casos sirve porque, de cualquier modo, cuando existe el empresariado local fuerte, los sobre costos que termina pagando el Estado lo llevan finalmente a la quiebra, como ocurrió una y mil veces en mi país y va a seguir ocurriendo.

EN BUSCA DEL BALANCE ADECUADO. RELIGIÓN, CIENCIA Y EDUCACIÓN: TÓPICOS A TOMAR EN CUENTA PARA EL DESARROLLO Y SOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL MUNDO*

Entrevista a Aaron Ciechanover**

La educación es la clave para solucionar los problemas del mundo. Sólo a través de una enseñanza de calidad la gente superará los tradicionalismos y posturas religiosas arraigadas que no permiten el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Las cuestiones personales, deben dejarse en casa.

En la siguiente entrevista, el Premio Nóbel relata cómo la religión y la tradición muchas veces constituyen un freno para el progreso científico; no obstante, considera que jamás deben dejarse de lado los principios éticos y la conciencia de que el hombre es persona antes que nada, y que, por ende, no es deseable llegar al extremo de deshumanizar al ser humano y convertirlo en un objeto de la ciencia.

* La entrevista fue realizada por Carmen María Accinelli, directora de la Comisión de Gestión de THEMIS, y Mario Drago, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. La traducción estuvo a cargo de Mario Drago. Agradecemos al señor Roberto Accinelli, quien tuvo la amabilidad de facilitarnos la realización de la entrevista.

** Premio Nóbel en Química en el año 2004 por su descubrimiento de la degradación de las proteínas por mediación de las ubiquitinas, junto con Avram Hershko e Irwin Rose. Profesor en la Unidad de Bioquímica y Director del Instituto para la Investigación Médica de la Familia Rappaport en Technion, Haifa, Israel.

1. ¿Cuáles son las mayores satisfacciones que le ha proporcionado su vida profesional? ¿Cuál considera usted que ha sido la clave para obtenerlas?

No creo tener un secreto en el bolsillo que pueda darte como instrucciones a seguir para lograr el éxito. Creo que se debe a una serie de factores compuestos. En primer lugar la educación. No hay duda que es fundamental, pero no sólo ella, sino cómo la aprovechas. Yo crecí sumergido en libros. Mis padres se preocuparon mucho por mi educación, mis capacidades lingüísticas, todo; ellos formaron lo que soy ahora. Nunca me forzaron a estudiar Biología, pues mi madre era profesora de inglés y mi padre abogado. Yo quise Biología, Medicina, por lo que ellos no me forzaron, sino que estimularon mi curiosidad. Pero mi educación fue más allá de eso. Fui a un muy buen colegio y luego a una muy buena universidad, con excelentes profesores.

Siempre fui extremadamente curioso. Nunca pensé en ganar un premio Nobel; uno no piensa en ganar premios como principal objetivo, uno busca ayudar a las personas. Existe un gran dicho que dice que "nadie en el mundo viene a éste y luego se va sin haber dejado algún impacto, aunque sea muy pequeño". Uno no viene al mundo para dejar un poco de polvo; uno viene a cambiar el ambiente que lo rodea; cada uno con su propio talento: pintores, carpinteros, arquitectos, trabajadores, agricultores, granjeros. Todos buscamos mejorar ante las circunstancias de nuestra vida, nadie puede dar todo por hecho. Un agricultor, que toma una semilla del maíz y continúa sembrando el mismo maíz, al final de su vida no hizo nada. Uno tiene que mejorar el maíz, fertilizar la tierra, cosechar mayor cantidad de maíz en el mismo espacio de tierra. Tenemos una obligación en el mundo, y yo siempre creí que debía hacer un cambio. Siempre quise explorar las cosas, descubrir. Así que se trata básicamente de educación, la atmósfera en casa, la cultura.

Yo crecí en una cultura judía muy preocupada por la enseñanza. Pero ello no significa nada por sí solo. Los estadounidenses son personas muy capaces también, por ejemplo. Así, se trata de una combinación, no hay una llave que te permita abrir una puerta que diga "entre, el éxito está acá dentro".

2. "La ciencia que se aparta de la justicia más que ciencia debe llamarse astucia". Esta frase es de Marco Tulio Cicerón. La Ética tradicional se basa en la diferencia entre lo bueno y lo malo, pero la Bioética parece estar más relacionada con la búsqueda de principios (consensualmente alcanzados) antes que con criterios "objetivos".

En ese sentido, es admitido que principios de la Bioética tales como la autonomía (descendiente de la moral kantiana) y la beneficencia (con raíz utilitarista) pueden entrar en conflicto en casos concretos, donde tendría que ser "regateada" una solución. En ese sentido, ¿considera usted que la Bioética es realmente una Ética?

Este es realmente un tema crítico de la ética, especialmente ahora que la ciencia puede hacer mucho daño; podemos hacer, como sabes, una bomba atómica. No puedo decir que fue un error o no, pero es imposible obviar el factor de las muertes. Los científicos pueden usar sus habilidades para desarrollar herramientas extremadamente poderosas que pueden ser usadas para el bien o el mal.

No creo que podamos imponer un cesamiento, una limitación a la investigación porque alguien está utilizándola para fines malévolos, porque todo puede ser utilizado en ese sentido. Piensa, por ejemplo, en un vaso; éste no está diseñado para cortar cuellos, sino para servir y beber líquidos. Otro ejemplo, el cuchillo, sirve también para apuñalar. Estas son cosas simples en la vida. Hablemos de radioactividad. La radioactividad está curando gente que sufre cáncer; yo uso radioactividad en mis experimentos con toxinas, pues son como banderas rojas y permiten ubicar y describir el movimiento de los componentes. Pero si se limita la utilización de materiales radioactivos entonces no habrá ciencia, no habrá cura para el cáncer.

Por otro lado, siempre tendremos la posibilidad de que se fabriquen bombas radioactivas. Por tanto, debemos hacer una distinción entre lo que son decisiones políticas y decisiones científicas, y lo que la ciencia quiere lograr. Tenemos que comenzar a negociar, y no creo que la negociación que se lleva a cabo sea la correcta. Uno no dice: "Ok, déjame construir cinco bombas atómicas". "No, no te permito más de una". Ya no es tiempo de negociación de este tipo. Es tiempo para llegar a un acuerdo sobre qué es ético y qué no. Pero no existe una solución mágica porque vivimos en países con intereses y tenemos que comprender eso.

Por ejemplo, no sé si en Perú existe el servicio militar obligatorio, pero en Israel sí lo hay, por lo que tenemos que acudir al ejército por un tiempo. Y las fuerzas armadas quieren saber qué vas a ser: paracaidista, comando o sólo personal administrativo. Entonces, lo que hacen es revisarte. "Ok, yo quiero ser piloto", por lo que toman tu presión sanguínea y concluyen "ok, estás en buena forma, puedes ser piloto; o, no estás en buena forma, mejor trabaja en una oficina". Por tanto, el conocimiento

progresar constantemente. Y en diez años no sólo existirá información para ello, sino que con sólo un poco de sangre podrán hacerse miles de exámenes. En diez años podremos hacer miles de exámenes por el mismo precio. Por consiguiente, habrá muchísima información sobre mí.

Luego, otro uso para la información puede ser la predicción del futuro, por lo que el gobierno puede seguirte a todos lados (por ejemplo, mi gobierno me sigue a todos lados, saben exactamente donde estoy). Esta es mi tarjeta, sirve para que cuando salga de Israel pase por el control de pasaportes. En tal sentido, ellos sabrán exactamente a donde iré en una hora, y de esta forma los países están acumulando una gran cantidad de información de la gente, por lo que la pregunta es: ¿qué tan peligrosa es esa información? Esta es sólo información de viajes, pero pronto sabrán todo. Ellos saben tus ingresos. Por tanto, sabrán todo acerca de mi salud y sabrán que mis probabilidades en el futuro de tener una enfermedad renal son altas, que me volveré retardado mental, tendré Alzheimer, o tal vez que tendré paro cardíaco. El problema es lo que hacemos con la información; la información puede ser obtenida de una computadora y puede ir quizá directo a mi compañía de seguros. Piénsalo en estos días, sería un caos.

Pongámonos en el supuesto de los seguros de autos, donde es similar la situación. Uno comienza, a la edad de veinte, siendo un conductor peligroso, por lo que el precio del seguro es mayor, pero a medida que los años pasen y no se tengan accidentes, comienzan a cobrarte menos. Por tanto, se estipula de acuerdo a comportamientos comunes. Pero imaginemos un mejor ejemplo: el caso de los seguros de vida. Las compañías de seguros trabajan para obtener beneficios; ellas quieren obtener beneficios monetarios. En ese sentido, nos dicen: “tienes 45, estás en buena forma, te vamos a asegurar por, no sé, mil dólares al año” y, sin embargo, a otro sujeto que no está en tan buen estado físico lo aseguran por dos mil al año.

Pero si tuviesen información más precisa, pues el estado físico es algo bastante general, es como: “ok, tomamos tu presión sanguínea”. El día de mañana ellos sabrán dos mil enfermedades sobre mí, por lo que serán capaces de brindarme una póliza por diez dólares ya que mi proyección de vida es de noventa años, mientras que a otro sujeto le darán una póliza por 10,000 dólares. Pero la compañía de seguros es sólo un lado de la moneda; la otra cara es el consumidor. Uno no quiere compartir sus riesgos, pues ahora están distribuidos entre toda la población. Más o menos las compañías pueden decir que uno es joven y sano. Si yo me aseguro a la edad de treinta o cuarenta,

todos los de mi edad son muy similares; tenemos buena salud, trabajamos, salimos a correr. Así que básicamente lo que estamos haciendo es compartir el riesgo. Quizá yo no quiero compartir mi riesgo, pues a la edad de 68 es probable que desarrolle cáncer o tenga un paro cardíaco. ¿Y qué hay del matrimonio, el amor, las relaciones de pareja? Yo quiero saber de ti; si te vas a casar conmigo. Cuando te casas no sabes si tu pareja puede tener hijos; quizás también quiero saber si van a ser inteligentes, o su color de pelo; tal vez esa información pueda estar al alcance de todos en el futuro. Piensa en ello.

Cuando llegas a un acuerdo no puedes captar todas las posibilidades porque son infinitas. Te quiero, no te quiero; ¿cuál va a ser el color de pelo de nuestros hijos? ¿van a ser o no inteligentes?; tu estado de salud, ¿cómo va a ser tu estado de salud a la edad de cuarenta? Puede que tengas cáncer de mama y yo no quiero eso. Estamos entrando a un sector de nuestras vidas que debería dejarse a los sentimientos, emociones, imaginación; y la información no puede detenerse.

Entonces, volvamos al otro extremo. Con todos estos problemas las compañías de seguros tratarán de obtener dicha información. Nótese que no estoy hablando de una bomba atómica, ni de un gran régimen; solamente estoy hablando de mi persona, en un proceso de enamoramiento, hecho simple que le ocurre a todos, todos los días.

Así pues, ¿qué es lo que vamos a hacer con dicha información? Creo que a fin de cuentas lo que tenemos que hacer es llegar a un acuerdo en el que digamos que algunas cosas deben ser dejadas a las personas; tenemos sentimientos, corazones, por lo que tenemos que hallar un balance. No obstante, otros querrán corromper ese balance por lo cual el gobierno debe proteger legislativamente dicha información.

Mi gobierno tiene mayor información sobre mí que hace cien, cincuenta o veinte años antes de la invención de la computadora. Por tanto, estamos entrando a una era en la que no podemos imaginar la vida sin computadoras. ¿Puedes imaginarlo? Yo viví en un mundo sin computadoras y fue terrible. Escribía mis ensayos a mano, había máquinas de escribir, por lo que cada error debía ser borrado. Ustedes son jóvenes, crecieron en la era de la computadora, pero ello evoluciona muy rápido. Al final, mi estado de salud estará en una computadora, por lo que puedes terminar convenciéndote de que las computadoras no son buenas. Ante ello sólo cabe advertir una cosa: no es la información y el conocimiento lo que debe ser

regulado, sino su uso indebido. Tenemos que llegar a un arreglo que nos permita estar seguros y, al mismo tiempo, continuar como personas libres. Debemos ser conscientes de que estas cosas son dinámicas. No son estáticas, pues están cambiando constantemente frente a nuestros ojos, como, por ejemplo, la evolución de la computadora. Así pues, tenemos frente a nosotros al gobierno y a los religiosos, los filósofos, los parlamentarios, a los cuales tenemos que convencer de que, antes que nada, somos seres humanos. Al final habrá un balance proveído a partir de la idea de que vivimos en sociedad y tenemos la capacidad de decidir por nosotros mismos.

Si viviéramos en un régimen militar o en una dictadura ello no sería posible, pero en tanto vivimos en democracia, donde la gente puede intercambiar y concertar, creo que, como el péndulo de un reloj, siempre estará balanceado. Es muy difícil, lo sé, pero no podemos dejar de intentarlo.

3. “Los científicos se esfuerzan por hacer posible lo imposible. Los políticos por hacer lo posible, imposible”. Esta frase es de Bertrand Russell. Muchas veces se ha afirmado que la legislación acerca de Bioética presenta dificultades, en la medida que las leyes son hechas por “políticos profesionales” (en palabras de Max Weber) y no por técnicos (científicos e investigadores). ¿Qué comentarios le merece esta situación?

Básicamente, esta pregunta está relacionada con que tenemos que conseguir una mezcla entre profesionales técnicos y profesionales políticos, pues sin diálogo no podremos llegar a ningún lado. Supongamos que necesito mayor presupuesto para experimentación científica; necesito hablar con los políticos pues el dinero proviene de la sociedad. Por tanto, siempre debe existir diálogo. Con ello quiero decir que no puedes dejar todo a los políticos ni todo a los científicos. Las sociedades balanceadas logran ello a través del diálogo, cuestión que también debe importarle al Tercer Mundo.

4. ¿Considera usted que los estados (en general) tienen legitimidad para regular aspectos tan trascendentales (e íntimos) para una persona como la disposición de su propia vida (eutanasia, suicidio u homicidio consentido) o de su propio cuerpo (lesiones consentidas)? ¿Cree usted que estos aspectos deberían permanecer en el ámbito de la vida privada?

Este tipo de preguntas me agradan porque no tratan de cuestiones materiales como las proteínas, sino

de cuestiones por las cuales debemos preocuparnos cuidadosamente. Sabes, la posibilidad de clonar y la eutanasia son distintas cuestiones. Es muy difícil dar una opinión aquí porque entramos a un campo minado llamado religión. Y las religiones (en mi caso judía y en la tuya católica) son muy claras y fuertes en torno a la vida, su significado y su prioridad.

Supongamos el caso de una madre que está dando a luz y se presenta una situación que pone en riesgo su vida. ¿Cuál es la prioridad, el niño o la madre? Diferentes religiones tienen distintas respuestas para ello. Algunos dirán el niño, porque tiene un futuro; otros dirán que la madre, y que debe abortar. Pero, ¿estás en control de tu vida? ¿Es realmente tu vida o le pertenece a Dios? Son preguntas extremadamente difíciles de responder. Yo soy Judío, pero las distintas religiones poseen diferentes pensamientos sobre ello. Es una creación de vida y tú dirás que tienes el control porque es de tu propiedad y todo debe quedar entre tú y tu pareja. Los religiosos dirán siempre que no, que es una creación de Dios, tú sólo generas al niño, pero no lo creas. Tu capacidad de tener hijos proviene de Dios, por lo que no estás en control de elegir sobre ello. Porque los religiosos dirán: “¿cuál es la diferencia entre un bebé dentro o fuera del vientre? Que el de afuera posee una identidad; pero el bebé que aún se encuentra dentro tiene un futuro”.

Entonces, por ello se prefiere matarlo dentro. Los rabinos judíos cuando hablan del aborto dicen: “¿por qué mejor no lo das a luz y lo matas luego? Quisiera verlo”. Uno sabe que cuando aborta no se ve al niño, por lo que muchos están dispuestos a hacerlo, pero cuando ya ha nacido, la cuestión se torna más difícil de decidir. ¿Y qué hay de los retardados mentales? Los judíos no permiten su aborto tampoco. Uno lo puede saber desde el útero, conocer que tendrá síndrome de *down* u otra enfermedad o anomalía. Supuestamente uno no tiene derecho a deshacerse del niño porque es vida. ¿Entonces qué es lo que eres capaz de decidir? Supongamos que el día de mañana seré capaz de extraerte un poco de líquido amniótico e informarte qué tan inteligente será tu hijo. Ok, hoy diremos que por un gran defecto debería ser permisible abortar, pero mañana vamos a querer controlar su *intelligence quoting*, su color, no sé. Todos decidirán por sí mismos qué está bien o mal, por lo que no tengo una respuesta, a que todos tienen consideraciones económicas. Algunos no quieren un niño que concibieron por error y que no pueden mantener. Ese niño puede ser saludable, inteligente, simpático, pero aún así no lo quieren. ¿Es esta una razón válida para matar a alguien? No lo sé, yo me inclino por considerar que es una persona. Hablo del aborto porque hay muchas cuestiones no consen-

suadas aún. Creo que debería ser una cuestión bastante personal. Yo no sé acerca de Dios o la creación; yo creo básicamente en la evolución, por lo que para mí es un procedimiento de la naturaleza. Lo cierto es que las vacas pueden tener crías, las serpientes pueden tener crías, y todo ser vivo; por tanto, es una cuestión de evolución biológica.

Sobre la eutanasia, creo que es aplicable exactamente lo que comenté antes. Es algo social, no legible. No creo que los físicos deban decidir ellos solos. Pero podría haber un comité que decida si el paciente quiere morir y lo dice conscientemente y la situación es incurable. Pero, nuevamente, nos encontramos frente a la religión. No estarán de acuerdo, al igual que cuando hablamos de la pareja que decide sobre el niño. Debe existir aquí un comité que decida cuándo es el fin de la vida de un paciente.

La clonación de seres humanos es un asunto completamente distinto. Como ves, estamos saltando de un escalón a otro, desde lo personal a lo más social, y luego a algo mucho más social, como una escalera. La clonación humana no puede ser permitida. Pero ese conocimiento sí debe ser utilizado para clonar, por ejemplo, vacas para los granjeros peruanos de la sierra, que sean mejor alimentadas, más resistentes, etcétera. Por tanto, esto debe ser permitido y también la tecnología que permite realizarlo. Pero ¿por qué la clonación de humanos debe ser prohibida? El conocimiento siempre debe estar ahí, pero no para clonar personas. ¿Por qué? Porque debe dejarse algo para que sigamos siendo seres humanos, dejar que la naturaleza haga algo con nosotros. En caso contrario estaríamos cruzando un borde que supuestamente no debería ser cruzado. Así que, desde lo personal, a lo social, a lo prohibido, el conocimiento debe estar ahí, para el propósito, no de clonar humanos, sino, por ejemplo, tejidos humanos para salvar personas (cuando un páncreas no funciona, o un corazón, o un cerebro). En ese sentido, los conocimientos sobre clonación humana tienen que estar presentes si queremos clonar tejidos y órganos. El conocimiento debe estar ahí, pero la generación de personas, en laboratorios, debe ser completamente prohibida.

Como ves, la ciencia es graduada, nada puede ser tratado como blanco y negro y decir "no a la clonación humana así que olvidémonos de todo lo aprendido". Hay muchos pasos en el medio que no pueden ser desperdiciados. Debemos ser cuidadosos con todos esos conocimientos. Como habíamos antes, uno no debe dejar de producir vasos porque pueden cortar y matar a alguien. No puede desecharse todo por una visión en blanco y negro.

5. En Latinoamérica, últimamente, se ha comenzado a hablar de un probable estallido de guerras étnicas. La guerra entre Israel y Palestina, si bien tiene sus orígenes en un conflicto territorial, en nuestros días, se ha convertido también en un problema totalmente ligado a la etnia de los pueblos, e incluso a la defensa de una religión. De igual manera, la mayor parte de guerras que se dieron luego de la caída del Muro de Berlín han tenido un trasfondo étnico y una finalidad de conquista territorial. ¿Cree que, al igual que el resto del mundo, América Latina está destinada a sufrir una ola de guerras étnicas que separarán al continente? ¿Considera que existen diferencias tan grandes, imposibles de tolerar, que hagan inevitable el derramamiento de sangre? En todo caso, ¿cuál considera usted que es la vía o medio adecuado para lograr la paz o evitar esta clase de conflictos?

Yo soy una persona bastante simplista en esto, pero ello es porque soy anti-político.

El problema no es sólo étnico, sino también territorial. No entiendo los asesinatos en Yugoslavia cuando se dividió en Serbia y Croacia. No entiendo el asunto palestino. El problema es que quieren la tierra donde yo vivo. Como ves, tenemos muchos problemas por solucionar alrededor del mundo. Más de la mitad del mundo vive con menos de dos dólares diarios. Ahora estuve en la sierra peruana, era terrible. Para mí, esta visita al Perú fue una de las mejores de mi vida, y créeme, he viajado mucho y he visto mucho en mi vida. Me gusta más que París, Londres o Nueva York porque encuentro una mixtura entre los antiguos Incas y la religión católica traída de España. La gente siempre está bailando y cantando feliz, con ropas coloridas, y la comida es espectacular, sin precedentes, mucho mejor que la francesa.

Pero por otro lado vi también a esta gente peruana cuando fui a la villa llamada Ollanta, donde entré a una casa y observé (yo estaba muy emocionado) que no tenían desagües, no tenían nada. Vivían con los cuyes. Todo dentro de la casa. Los padres, tres hijos, uno de los abuelos, todo. Hasta ahora no entiendo cómo pueden vivir en esas condiciones. Si yo no me aseara por lo menos un par de veces al día me volvería loco.

Esta gente vende una bolsa de hojas de coca y así vive, con máximo quince dólares para toda la familia. Entonces, ¿por qué fue tan emocionante para mí? Porque era como un teatro. Entré en algo fenomenal, y luego cuando salí es que me di cuenta de la realidad. No puede ser así, uno no puede vivir

con cuyes en su casa. Era tan distante para mí que no lo podía creer. Pero la mitad del mundo vive en esas condiciones y no obstante ello la gente se pelea por un poco de tierra. Cuando uno vuela sobre Perú ve que este está descampado en su mayoría. Sería absurdo pelearse por tierra.

Así que démosle a los palestinos su porción de territorio, dejemos que vivan en su propia tierra y dejémoslos en paz para que desarrollen hospitales y universidades. Ahí está lo valioso de la vida para mí, en la salud, la educación, la seguridad personal, la prosperidad. Nada más; por ello no entiendo la situación.

No podría ser político porque le hubiese dado parte del territorio que quieren, porque no sólo es étnico, sino también religioso. Y todos los territorios son parecidos. Conoces de lo sucedido el once de septiembre, y conoces también las condiciones en las que viven los talibanes en Afganistán. Esto es extremo. En mi opinión, la religiosidad extrema es muy peligrosa; la religión debería ser algo que se deje para el hogar, algo muy personal. Es algo entre tú y tu Dios. Pero una vez más, cuando alguien interviene para institucionalizar la religión y se crean órdenes que matan en nombre de la religión, entonces estamos fuera de control. Yo tengo mi Dios, tú tienes tu Dios, recemos por Él, cantémosle, hagamos algo bonito. Celebremos las fiestas juntos. Yo como judío celebro mis fiestas y tú como cristiano las tuyas, pero una vez que se abusa con la institucionalización, nos equivocamos. Y eso es lo que está sucediendo.

Mientras uno es más pobre, es también más religioso. Cuando uno se siente bien consigo mismo deja de ser tan religioso. Estoy seguro que ustedes son católicos pero no creen y realizan todo al pie de la letra. Ustedes son católicos porque nacieron aquí, pero bien podrían ser budistas o maoístas. Nosotros somos más religiosos culturalmente. Pero mientras más pobre se es, uno se apega más a la religión. Uno lo puede ver en la sierra (esa es mi última experiencia, pero tengo varias alrededor del mundo). La gente es extremadamente religiosa. La iglesia para ellos es su vida, porque cuando uno es mejor educado toma las cosas con mayor mesura. Todo en la vida debe ser tomado con mesura, tienes que darte tiempo para todo en la vida; la religión, la educación, tu familia, tus amigos. Dividimos nuestras vidas, pero una vez que se vuelven proporcionales, comienzas a perder nuevamente esa proporción. En ese sentido, mientras más educado eres, menos religioso eres, pero sí más saludable, porque tienes mayores ingresos. Te vuelves más sofisticado, más industrializado. Si la gente fuese mejor educada, los problemas del mundo se so-

lucionarían. Quizá puede sonar un poco simplista, pero no es así, porque al final, todo gira en torno a la educación.

Se trata de un pedazo de tierra. Qué importan los límites sentados por reyes bíblicos; démosle su porción de territorio, cuál es el problema, sólo es una porción de desierto. Si ellos pueden irrigarlo y tener vidas civilizadas y vivir como seres humanos, dejémoslos. Y así debería ser en todo el mundo.

Creo que todo se trata del desbalance entre educación y religión. Todas las religiones son iguales; sólo se trata del sombrero que tengas puesto. Vimos durante años persecuciones horribles a los judíos en Europa, piensa en los millones de litros de sangre que son derramados en guerras religiosas. Desde las cruzadas hasta la conquista española, porque, como sabrás, el catolicismo llegó con los españoles en el siglo XV. Piensa en cuánta sangre se derramó para nada, por algo que ni siquiera sabemos si realmente existe. Piensa en toda la energía y dinero que pudo ser utilizado en educar a la gente. Viviríamos en un mundo completamente distinto, pero continuamos disparándonos unos a otros. Lo que para mí es increíble es ver a esta gente de la sierra viviendo con cuyes en sus casas y al mismo tiempo ver que las personas se matan unas a otras. No me cabe en la cabeza una idea como esa. La ciencia no puede solucionar esto, es algo mucho más político, moral y religioso; está en el límite de la ciencia. Si me preguntas si entiendo a esta gente, mi respuesta es no.

6. El Perú ha suscrito, como ya lo han hecho varios países de Latinoamérica, un tratado de libre comercio con los Estados Unidos. Una de las repercusiones del tratado será la extensión del tiempo de las patentes para medicinas. Muchos opinan que si bien es cierto que, por un lado, ello implicará un incentivo para la investigación, a fin de cuentas lo que generará será un incremento de precios y una barrera al acceso de los medicamentos de mayor necesidad social. Teniendo en cuenta que la primera industria mundial es la farmacéutica, parecería que la finalidad principal de los estudios farmacológicos es el lucro y no la cura de las enfermedades, puesto que gastan millones de dólares para crear un nuevo fármaco y ganan miles de veces más que la inversión inicial en estudios. ¿Hasta qué punto es cierto que la extensión del tiempo de las patentes generará beneficios económicos a la empresa productora, de tal manera que sus repercusiones sociales sean más beneficiosas que el perjuicio que causan con

las muertes de otras personas? ¿Considera usted que las patentes de fármacos deberían tener un tiempo menor de duración para que los países más pobres puedan fabricar en un menor plazo medicamentos genéricos?

Bueno, en realidad este es un gran problema, pero la verdadera dificultad es con las industrias farmacéuticas. Tienes razón, las compañías de este tipo invierten mucho dinero en el desarrollo de medicamentos, pero una vez conseguidos, estos son introducidos en el mercado, transformándose en un éxito de ventas: el SIDA, por ejemplo, o los medicamentos contra el colesterol.

Por otro lado, tiene que recordarse que estas compañías se encuentran en gran riesgo. No sé si estás consciente de la realidad del mercado, pues las grandes empresas están también perdiendo millones de dólares. Ellos crean una medicina para la inflamación y resulta que el medicamento también causa ataques cardíacos, por lo que los pacientes ahora están demandando a la compañía por millones de dólares. Ello sucede en muchas empresas, por lo que no es que la gente rica haga peor el mundo. Creo que el gobierno (estadounidense) debe asegurarse de que otros países se beneficien con los avances de la ciencia y la tecnología.

Las compañías tienen el temor de que la medicina vuelva a su país de origen, en tanto los países pobres son por lo general corruptos, por lo que uno debe asegurarse de que la medicina, por ejemplo, vaya a un enfermo de SIDA en Sudáfrica. Debe asegurarse de que la persona usará la medicina y esta no va a ser vendida por un dólar y regresará a los Estados Unidos donde debe ser vendida por cien dólares. Por lo tanto, uno debe asegurarle a la compañía esos beneficios. No todos los beneficios deben ir al Tercer Mundo, no hay duda sobre ello.

Toda nuestra conversación está encaminada hacia lo mismo: la Teoría del Sistema Balanceado. No existe el blanco y negro. Así se trate de una empresa privada, que no le debe nada a nadie, es un negocio. Es como decir que quieres una casa grande, tienes dinero, entonces te compras una casa grande. Estas son compañías privadas que quieren desarrollar medicamentos y venderlos como ellos quieran. Si quieres comprar, compra; si no quieres comprar, no lo hagas. Entonces, por un lado ello es cierto, pero también es cierto que estas compañías son parte del mundo y de la sociedad, y tenemos una obligación para con nuestros vecinos.

El problema es bastante práctico porque si se analiza bien se verá que si no se atiende al pobre y enfermo, entonces nosotros seremos los que

vamos a sufrir. El mundo terminará estallando. No podemos vivir en un mundo donde el 50% de la población vive con menos de dos dólares diarios. No podemos vivir con un Sudeste Asiático sumergido en la miseria y una América Latina empobrecida, porque sabemos que los inmigrantes alzarán voces y presionarán políticamente, lo que derivará en países inestables. Venezuela, el gran exportador de petróleo, terminará siendo socialmente inestable y ello nos afectará a nosotros de una u otra manera. No nos es posible aislarnos y decir: "somos ricos, ustedes son pobres, cuidense por sus propios medios"; ello es imposible. Por tanto, los privados ricos tienen que considerar el tomar el riesgo de su propio futuro pues pueden colapsar. Y, por otro lado, debes asegurarte que los regímenes corruptos entreguen las medicinas a sus enfermos, que los pacientes de Sudáfrica sean atendidos, que los pacientes de Malasia sean curados.

Otro gran problema es uno antes mencionado: El SIDA, por ejemplo, es el mayor problema en África (también es un problema en los Estados Unidos), por lo que las compañías están obligadas a desarrollar un medicamento. La malaria, por ejemplo, la cual es la enfermedad que más gente mata en el mundo, no es interesante para las compañías, pues saben que donde la malaria está presente ellos no recibirán ganancias, pues no existe gente rica con ese problema. Por tanto, para el SIDA la gente tuvo suerte, hay medicinas para África.

El problema es el *marketing*, el llegar a un acuerdo con los gobiernos corruptos y entregarles las medicinas, porque estas existen en los Estados Unidos. Hay enfermedades que se desarrollan en algunas zonas del mundo que a las compañías no les interesa pues no va a ser un "éxito de ventas".

Por ello, lo que tienes que hacer es convencerlas de que sí produzcan esos medicamentos, y eso es tarea de los gobiernos. En tal sentido, los gobiernos deben buscar investigaciones en universidades y compañías productoras de medicinas, con el fin de incentivar y colaborar con las compañías para el desarrollo de medicinas que no consideran rentables.

7. Varios defensores de los Derechos Humanos han levantado sus voces para denunciar la experimentación de nuevos fármacos en poblaciones de países pobres por parte de grandes laboratorios (como es el caso de los medicamentos para el VIH en el África o de las vacunas en países del Tercer Mundo) a cambio de favores para los gobiernos de dichas poblaciones (ya sea la entrega de otros medicamentos, asigna-

ción de personal médico o favores personales hacia los burócratas, verbigracia corrupción). ¿Qué tan extendidas o reales cree usted que son estas prácticas? En general, ¿se encuentra a favor de estas experimentaciones, teniendo en cuenta que pueden implicar beneficios hacia estas poblaciones necesitadas?

La experimentación en humanos es básica en la medicina. Hablemos primero del tema principal y luego abordemos el problema de cómo hacerlo. Uno no puede desarrollar medicamentos para humanos a través de la experimentación con conejos; el mismo error sucede al experimentar con ratones. Bueno, la pregunta es cómo encontrar voluntarios. Nosotros hacemos experimentos clínicos en mi país de origen, el cual es un país moderno. Estos voluntarios firman un contrato, entienden el riesgo y reciben dinero a cambio; esa es la manera como debería hacerse. Tú no puedes intercambiar, forzar a las personas a someterse a experimentos en base a beneficios económicos para su país. Todo debe serles explicado. La idea es que todos somos personas libres.

En primer lugar, debe quedar claro que la experimentación en humanos es indispensable, no hay duda sobre ello, y la gente muere en dichos experimentos. Hace poco tiempo hubo un gran desastre en Londres, la gente estaba muriendo durante experimentaciones clínicas, gente sana y no sabemos por qué –las investigaciones siguen abiertas–. Hubo experimentos genéticos en los Estados Unidos con resultados similares. La gente murió, pero al fin y al cabo murió porque estuvieron dispuestas a tomar el riesgo y se ofrecieron voluntariamente.

Cuando uno viaja en avión toma el riesgo de que éste se estrelle; cuando uno viaja en carro puede chocar pues en la carretera hay riesgos. Lo que quiero decir con ello es que no debemos forzar a las personas a hacer cosas cuando existen alternativas mejores.

Podemos entrar en discusión sobre el servicio militar: ¿puede un país forzarte a cumplir con el servicio obligatorio? En Israel eso es parte del servicio a la nación: tú me defiendes, yo te defiendo. En otro país se contratan soldados, se les paga; la armada es asalariada. Una vez que te conviertes en oficial no puedes tener una armada compuesta únicamente por voluntarios. Pero tres años son completamente voluntarios.

Así pues, para la experimentación en humanos encontrarás siempre voluntarios, y el gobierno no

puede forzarlos a no hacerlo. Uno acepta el riesgo y debe cumplir con su contrato. Las personas se convierten en boxeadores, en paracaidistas, pero el gobierno no puede decirles qué hacer con su cuerpo si existen alternativas.

8. Los legisladores de cada país deben optar por regular tanto el inicio como el fin de la vida de la persona por las grandes implicancias que estos momentos tienen para la vida social. En el Perú, por ejemplo, se señala que la vida comienza con la concepción y que la muerte se da con el cese definitivo de la actividad cerebral de la persona. ¿Cree usted que existe algún criterio científico que sea más acertado para determinar estos aspectos o es posible dejar la determinación de estos momentos al legislador? En todo caso, ¿qué papel deben jugar los avances médicos en las normas?

El fin de la vida siempre ha sido un gran problema y el inicio de la vida lo ha sido también desde los avances en la investigación con embriones. Hemos hablado de eutanasia y del transplante de órganos. Uno sabe que puede extirpar un riñón, pero aquí estamos pisando un punto muy sensible, una cuestión religiosa. Sabes, la gente judía no permite extirpar un riñón del paciente que está aún vivo si éste no se ofrece voluntariamente. Por ejemplo, yo llevo en mi bolsillo un certificado de la Asociación Israelí que dice que si algo me pasa y me deja en una situación insalvable, ellos pueden extirparme cualquier órgano, pero sólo porque ese fue mi deseo. Sin embargo, es bastante interesante que, a pesar de ello, mi esposa pueda rehusarse a que me extirpen los órganos.

Creo en el aborto y que los embriones pueden ser usados para investigación. Nuevamente, si una mujer no es forzada (y no como sucede en Corea donde las mujeres eran forzadas a donar óvulos, lo cual era horrendo), no tengo ningún problema.

Para el fin de la vida la medicina es acertada al decir que cuando el cerebro está muerto uno puede tomar el riñón, el corazón, y salvar una vida. Pero aún así, no existe una respuesta porque subyace la tradición. Algunas personas consideran que todo debe mantenerse dentro del cuerpo.

En la Medicina se realizan operaciones *post-mortem*, con las cuales les enseñamos a los alumnos acerca de enfermedades, por lo que abrimos el cuerpo. Los judíos tradicionales rechazan eso, lo objetan. Algunas culturas creen en la coronación, para lo cual el cuerpo debe mantenerse intacto.

Por su parte, si el aborto se justifica de acuerdo a ese criterio, entonces tomemos los embriones y démoselos a la ciencia. Este chico o chica que supuestamente iba a nacer no tiene un nombre, no tiene una identidad, no es aún nada, olvidémonos de él o ella. Y sobre la muerte, si los médicos dicen que tu padre está muerto y que su riñón puede salvarle la vida a alguien, dáselo a esa persona.

Yo soy bastante práctico en ese sentido, soy una persona pro-vida. Si podemos salvar una vida, salvémosla; si podemos salvarla con un embrión, utilicemos el embrión; si podemos salvarla con un cuerpo muerto cerebralmente, hagámoslo. Pero debo también recordar que tengo un poco de religioso y de tradicionalista y que soy práctico en mi trabajo. Me doy cuenta que el mundo es diverso y la gente es profundamente religiosa y tradicionalista, y cree que el cuerpo debe estar completo al morir y al ser enterrado. Ellos no creen en la muerte cerebral, ellos creen en la muerte del cuerpo completo, no la muerte de un órgano. Para ellos es una cuestión totalmente distinta y no puedes forzarlos a nada.

Existen acuerdos entre países, pues naciones como Israel, muy religiosas, tienen dificultad para realizar trasplantes pues los órganos de la gente, cuando muere completamente, no pueden ser utilizados más. Y otros países dicen: “no queremos entregarte nuestros órganos, por qué tú no utilizas los tuyos. Nuestros ciudadanos son primero”. Si uno es muy rico puede comprar y presionar al pobre para que se lo venda. Digamos que vas a China y compras un riñón por quince mil dólares, y los chinos deberían obtenerlo antes que tú por su calidad de nacionales, pero la pobreza no se los permite. Pero ello no sucede porque la gente rica viene y compra los órganos; en realidad, muere suficiente gente como para utilizar suficiente cantidad de riñones y corazones para quien los necesite, por lo que la verdadera razón de que no suceda es la tradición y la religión.

En ese orden de ideas, el gobierno debe tratar de combatir ello, pero nuevamente nos enfrentamos al problema de la libertad del individuo. Si alguien está muriendo y su religión y su familia no permiten extirparle un órgano, no puedes hacerlo. Entonces, regresamos a lo primero de lo que hablamos, la educación. Si se educa a la gente religiosa diciéndoles que se necesita el riñón, quizá entiendan porque comprenderán que ellos también van a necesitar un riñón en algún momento y es injusto que reciban ese beneficio y, no obstante, no estén dispuestos a otorgarlo. Por tanto, es como vivir en una sociedad socialista donde todos son iguales. Si quieres compartir, comparte, pero si no deseas hacerlo entonces no recibas el beneficio.

Por ende, es un método de educación. El gobierno no puede forzarlos, pero sí puede educarlos de tal manera que los haga superar los tradicionalismos.

La religión, por su parte, siempre está en el camino. Yo acudo a la Sinagoga, uso las instituciones religiosas, pero no comparto su mensaje sobre qué hacer con mi vida porque soy un hombre libre, un pensador libre, alguien que puede decidir sobre su fe. Pero debo considerar también que, en tanto vivo dentro de una sociedad, necesito ayuda por parte de esta para vivir, tal como lo es la legislación. Por tanto, como puedes ver, creo que cada pregunta que tocamos habla sobre la colisión que existe entre la religión tradicional, la ciencia y tecnología modernas.

Navegamos en un océano de oportunidades para la ciencia, la tecnología, los trasplantes de órganos y la experimentación. Nuestro único límite es el presupuesto, pero éste puede provenir de diversos países, por lo que la verdadera limitación somos nosotros mismos.

Creo que la peor cosa de la que podríamos hablar es la guerra. Si te pones a pensar un poco verás que somos nosotros mismos nuestros peores enemigos en todos los aspectos de la vida. Los animales de la jungla no se matan entre ellos, sino que cazan otras especies. Somos la única especie que se mata, hiere y daña; lo cual es único. Piénsalo filosóficamente. Los leones no se comen entre sí, los cóndores no se comen entre sí, cazan a otras especies. Nosotros nos manejamos de tal forma que nos atacamos entre nosotros, lo cual es intolerable. Pero piensa bien, todas las preguntas terminan dejándonos parados en el puente que separa la ciencia y la tecnología de la religión y la tradición; la interrogante es cómo encontramos un balance para ello.

9. Se dice que en un futuro no muy lejano el objetivo de la farmacología molecular será la medicación personalizada y no poblacional. Esto quiere decir que la finalidad principal va a ser investigar las diferencias genéticas asociadas a razas y, más específicamente, a personas. ¿Considera usted que los países más pobres serán también objeto de esas pesquisas y, mejor aún, de esos tratamientos modernos, o las diferencias económicas generarán una diferenciación en el avance de la medicina (aumento del promedio de vida para algunos mientras que para otros no)?

El genoma humano está ahí, y pronto será capaz de comunicar exactamente tu destino; si vas a tener

alguna enfermedad o desarrollar cáncer. Ahora uno va al oncólogo y éste le brinda el mismo tratamiento a todos, pero sólo funciona con la mitad de la gente que acude. ¿Por qué sólo la mitad? Parece parte del azar, significa que de cada dos personas que acuden a la clínica sólo una queda viva. Pronto seremos capaces de predecir cuál de las medicinas nos serán útiles y cuáles no, para así utilizar la más beneficiosa. Ello, por supuesto, significará una gran revolución. Para ello lo que yo voy a necesitar es información sobre ti, y esta información también constituye un riesgo. La medicina personalizada va a ser el futuro de la medicina, no cabe duda. No podemos ni debemos detener este avance porque con ello mejoraremos la salud de la gente.

Pero hay que tener en cuenta que la mutación molecular del cáncer es distinta en ti que en mí. Piensa en la fiebre, uno puede tener fiebre porque está resfriado y otro porque tiene cáncer; por tanto, ¿qué es la fiebre? No es nada más que un síntoma. El cáncer es muy parecido a ello. Podemos tener el mismo tipo de cáncer pero la realidad es que la mutación de las células cancerígenas es distinta en ti y en mí, por lo que debemos ser precavidos para con ello. Pero ahora tenemos una puerta abierta gracias al genoma humano, capaz de darte suficiente información sobre cada uno, por lo que no podemos darnos el lujo de desperdiciarla.

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y EL DESTINO QUE LE DEPARA: APUNTES SOBRE SU CONVENIENCIA Y APORTES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Entrevista a Luca Mezzetti* y Francisco Díaz Revorio *****

Desde inicios del nuevo siglo, en Europa se ha dado una gran evolución –a partir de la búsqueda de la integración económica de los pueblos, es decir, de una integración de mercados– hacia una integración de los diversos sistemas constitucionales y de personas, esto es, una integración política. Así, actualmente, 25 países de Europa Occidental son miembros de la Comunidad Europea, los cuales han adoptado un texto unificado común a todos ellos: la Constitución europea.

De esta manera, se trata de consolidar progresivamente la unión de 450 millones de habitantes a través de un texto que sustituye los diversos tratados internacionales que han sido adoptados por los países miembros.

La soberanía estatal, el proceso de toma de decisiones de forma individual en cada Estado y los mecanismos de control político para los órganos integrantes de la Unión Europea son algunos de los temas que se abordan en la presente entrevista, teniendo esta un claro corte constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine y Derecho Público Comparado en la Universidad de Bologna.

** Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla - La Mancha.

*** La entrevista al doctor Luca Mezzetti fue realizada por Lucía Luna y Julián Li, ex-miembros de THEMIS, y la entrevista al doctor Díaz Revorio fue realizada por Oscar Súmar, ex-director de la comisión de Contenido de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Gorki Gonzáles por facilitarnos la presente entrevista. Finalmente, debemos destacar que las preguntas 2, 8, 9 y 12 fueron formuladas sólo a uno de los entrevistados.

1. Si Europa Occidental ha venido funcionando relativamente bien y con estándares de vida más o menos altos, ¿por qué es necesaria una Constitución europea? ¿En qué sentido mejorarán los países miembros?

MEZZETTI: La Constitución europea ha sido necesaria desde principios del nuevo milenio porque estamos convencidos de que es fundamental hacer un salto de calidad, es decir, de una integración económica a una integración de las personas o de los sistemas constitucionales y, por lo tanto, una integración política. Una Constitución es un instrumento jurídico que está dirigido a proteger los derechos, que como eje fundamental descansa sobre la persona y no sobre los mercados. Es esto último el aporte fundamental de la cultura europea al desarrollo constitucional.

DÍAZ REVORIO: Hay que tener en cuenta que en Europa Occidental lo que ha venido funcionando bien es un proceso dinámico de integración que está todavía lejos de terminarse. En el seno de este proceso, la Constitución europea es un paso más. Es seguramente el paso más importante de los que se han dado. Es un paso más para profundizar en aquello que ha venido funcionando bien. Esta integración europea todavía requiere de pasos adicionales. En este caso, es un paso muy trascendente desde el punto de vista jurídico y político, puesto que implica la cesión de una parte de la soberanía de los estados miembros.

Esta expresión puede resultar un tanto extraña, como si la soberanía se pudiera parcelar. En la concepción clásica esto no era posible. La soberanía era única y estaba unificada. Sin embargo, en la práctica la soberanía se puede compartir en alguna medida y aunque la Constitución todavía reconoce la soberanía de los estados miembros, es un paso muy importante en este proceso de integración. Por lo tanto, son de esperar resultados muy positivos de esta Constitución europea, si es que finalmente somos capaces de lograr hacerla entrar en vigor en los veinticinco estados miembros.

2. En base a esa lógica de integración, ¿cómo se explica el caso de Suiza, Inglaterra o determinados países que todavía tienen reticencia (sobre todo los más desarrollados) a asumir la carga económica que implica incorporar a países que son cuantitativamente más pobres, como efectivamente son los de Europa del Este? ¿Hasta qué punto esto afecta la "identidad" europea que pretende la Constitución? ¿Si la

lógica es de integración, por qué pareciera que no todos están de acuerdo?

MEZZETTI: Sí es cierto, en parte. En la misma temporada en la cual en Europa se conocían los fracasos debido a los referendos negativos en el caso francés y holandés, paradójicamente Suiza estaba votando a favor del inicio de las negociaciones con la Unión Europea. Por lo tanto, creo que en este sentido estamos experimentando cambios ya que los suizos se están dando cuenta que no pueden quedar fuera del contexto cultural y constitucional europeo.

Hasta ahora, creo que los países que rechazan la Constitución europea al propio interior de la Unión –como Inglaterra, que lo hace por razones de naturaleza geopolítica y de sus intereses extracomunitarios, a pesar de sus fuertes relaciones con Estados Unidos– les conviene más estar dentro de la Constitución europea. El caso de Suiza, quien rechaza la Constitución por razones de autarquía económica, si bien cuenta con una banca y sociedades muy fuertes, también es cierto que cuenta con recursos naturales muy pobres, que configuran una economía muy particular y por ello reparos a la incorporación. Es un panorama que va a cambiar.

3. ¿Cómo se está planteando el respeto a las minorías nacionales en la Constitución europea, mas aún considerando los recelos que tienen algunos países con los inmigrantes y con determinados grupos religiosos? ¿Cuál es el papel de la tolerancia y qué instrumentos procesales se les otorga?

MEZZETTI: Hay que distinguir dos problemas diferentes: en primer lugar, la protección de las minorías, según la Constitución europea y según las constituciones nacionales, significa protección de grupos étnicos, lingüísticos, idiomáticos, religiosos ya presentes en la Unión Europea que caracterizan la estructura y las tradiciones de los estados miembros. La Constitución europea dedica muchas normas tajantes a la protección de estas minorías, es decir, respeta la estructura interna y también dicta varias normas de protección a las minorías.

En segundo lugar, está el problema de la inmigración, es decir, la Constitución europea como toda Constitución enuncia principios y valores que deben ser respetados por los estados o ciudadanos, tanto ya integrantes, bajo responsabilidad, como aquellos que deseen ingresar a la Unión.

DÍAZ REVORIO: La Constitución europea contiene una declaración de derechos que ya estaba en la

Carta de Derechos del año 2000, que era previa a la propia Constitución, pero ahora se incorpora al texto constitucional dándole el máximo rango jurídico dentro de la normativa de la Unión; y esa declaración de derechos, principalmente con ciertas peculiaridades en los derechos de participación política, pero en fin con carácter general, son derechos de la persona que se predicen y, por lo tanto, la titularidad de los mismos puede ser ejecutable ante las instituciones de la Unión por cualquier persona, con independencia de su origen nacional o de su condición o no de nacional de un Estado miembro de la Unión.

Naturalmente, los derechos esenciales vinculados de manera inmediata a la identidad de la persona, como pueden ser la vida, la integridad física, la integridad moral y un largo etcétera, son derechos de toda persona con independencia de cuál sea su origen nacional. Dicho esto, es cierto que lo que existen son problemas importantes con la inmigración que cada vez es más numerosa y tiende a ser descontrolada, de tal manera que se producen en las fronteras externas de la Unión, entre otros casos por supuesto en España, pero también en Francia, en Alemania, en Austria y en el Reino Unido.

Se da una recepción de inmigrantes que va más allá, en muchos casos, de lo que resultaría adecuado desde un criterio de planificación y de racionalidad en el funcionamiento de la propia Unión. Esto naturalmente conlleva, porque no hay ningún Estado del mundo ni ninguna organización supranacional que pueda admitir sin límite el ingreso en sus fronteras, a no pocos problemas y conlleva al establecimiento de ciertos requisitos para el ingreso a la Unión Europea. Es decir, no hay un derecho absoluto de los ciudadanos externos a la Unión para ingresar a ella.

Una vez que han ingresado a la Unión sea de una forma o de otra, naturalmente como personas, como seres humanos, son titulares de los derechos fundamentales. Por lo tanto, desde el punto de vista de los derechos de la persona hay por supuesto unas ciertas trabas o dificultades para el ingreso a la Unión porque es necesaria esa regulación; pero una vez que una persona está en condición de reclamar el ejercicio de sus derechos frente a las instituciones de la Unión Europea, ahí no hay discriminación ni diferencia alguna por la condición nacional.

Otra cuestión es la regulación específica de colectivos de ámbito nacional. En este caso, la Constitución europea no contiene esa regulación de tipo específico porque la Unión Europea, no hay que olvidar, es una integración de estados y, por lo tanto,

el protagonista de la integración es el Estado. Es verdad que se tienen en cuenta las regiones que en algunos casos pueden tener una entidad casi nacional dentro del ámbito de la Unión, sin embargo la pregunta hacía referencia a entidades nacionales externas a la propia Unión.

Dentro del ámbito de la Unión, si se tienen en cuenta las regiones, existe un Comité de las Regiones, que tiene un cierto protagonismo, aunque subsidiario y menor que el que tienen los estados. En cuanto a las entidades nacionales externas a la Unión, naturalmente cuando un ciudadano que procede de otra nación ingresa a la Unión Europea tendrá los mismos derechos por su condición de persona, pero lógicamente no como tal colectivo nacional, no ocupa una situación especial.

No sé si logro responder a la pregunta porque parece que hacía alusión a todo un conjunto de problemas, a una serie de dimensiones que son variadas y son diferentes entre sí. Por un lado, una dimensión individual de cada persona con independencia de su pertenencia a un colectivo nacional y, por otro lado, una dimensión colectiva de las naciones, pero que esa dimensión colectiva a su vez admite un doble enfoque: si son naciones o entidades nacionales que puedan estar dentro de la Unión o si son externas. Trato de dar un panorama, aunque sea muy sucinto, de todos esos problemas.

4. Una de las razones por las que Francia dijo “no” a la Constitución europea fue la fuerte oposición de los sindicatos de trabajadores. ¿Cuál es la realidad del tratamiento de los derechos laborales individuales y colectivos?

MEZZETTI: Efectivamente, la situación en general del mercado laboral en Francia (pero no sólo allí) juega un papel importante a la hora de evaluar los juegos europeos internos en la nueva Constitución europea.

Esto es un problema porque, inevitablemente, se produce una competencia bastante fuerte entre la fuerza de trabajo nacional y la extranjera. En ese sentido, tengamos presente que vienen los ciudadanos de los países miembros recién entrados en la Unión, hay libre circulación en la Unión, sin pasaporte; así, un trabajador polaco se podrá trasladar fácilmente hacia Francia o España, por ejemplo, para trabajar allí y el empresario francés o español encuentra más cómodo contratar al obrero polaco porque le cuesta la tercera parte. Aún con todas las garantías laborales que el ordenamiento nacional ofrece, esto se considera como una de las peores

consecuencias de la integración comunitaria, lo que en realidad no es cierto.

Bajo muchos perfiles, la integración comunitaria significa también la integración de los nuevos mercados; así habrá que considerar, sin duda, por un lado, el costo de la mano de obra y los costos sociales que implica y, por otro, la apertura de los mercados. Estos fenómenos se consideran como potencialmente nocivos de la soberanía nacional. Creo, en todo caso, que el éxito del referendo francés y holandés se ha determinado negativamente por otras razones.

DÍAZ REVORIO: Dentro de la Carta de los Derechos de la Unión que está incorporada a la Constitución europea, los derechos del ámbito social y laboral están naturalmente incluidos y, por lo tanto, ahí no hay grandes diferencias con la mayoría de los textos constitucionales de los estados miembros de la Unión, de los estados europeos. Eso no plantearía mayores conflictos.

La pregunta que hace mención expresa a Francia, más bien creo que tiene un trasfondo relacionado con la pregunta anterior y con el fenómeno de la inmigración. Quizás el recelo que pueda estar detrás de la negativa de Francia a ratificar el tratado de la Constitución europea vaya a tener que ver, no tanto con que la Constitución europea no reconozca derechos del ámbito laboral, social o económico, que sí los incorpora y también los de las constituciones de los estados miembros, sino con el recelo de cierta población a sufrir una competencia de la población inmigrante en ese terreno, en concreto el ámbito social, laboral y en todos los demás.

Hay un temor que yo creo, en muchos casos, es infundado, es decir que no responde a una realidad: que la inmigración masiva pueda terminar por privar a los ciudadanos de la Unión de sus condiciones o de sus circunstancias sociales o laborales de las cuales vienen disfrutando en el momento actual. Creo que en muchos casos es infundado, porque la inmigración en Europa, muy por el contrario, lo que está realizando es un servicio importantísimo en ese ámbito social y laboral, porque la inmigración ocupa puestos de trabajo que son rechazados por muchos ciudadanos europeos. Asume labores, funciones laborales y profesionales que de otro lado quedarían vacantes. Si no existiese una inmigración —eso sí, controlada y regulada—, lo que quedarían son determinadas labores, sobre todo en la agricultura y en el sector de servicios, que quedarían vacantes. Es decir, habría ofertas de trabajo que no quedarían cubiertas.

Por lo tanto, yo no creo que esa sea la realidad, pero sí me da la sensación de que en la base de la

negativa francesa y también holandesa a ratificar el tratado de la Constitución europea hay recelos importantes en amplios sectores de la población hacia la amenaza que pudiera suponer el ingreso de nuevas personas en la Unión. No sólo de personas externas a la Unión, sino de personas de los países de reciente ampliación que ya se pueden mover con libertad en el ámbito de la Unión Europea y que pueden, por lo tanto, trasladarse y ocupar una serie de puestos de trabajo en países clásicos, que son países fundadores de la Unión. Por lo tanto, esto debería movernos a la reflexión del por qué países que fundaron la Unión, como Francia y Holanda, hayan dicho que no a la Constitución europea.

Yo sí veo aquí que puede haber un temor de ciertos sectores de la población a ver amenazada una situación de bienestar y de satisfacción básica de sus derechos sociales y laborales, y la pregunta hacía referencia expresa a esos derechos y que pueden verla amenazada por la ampliación de la Unión y también por la ampliación ya producida que nos ha llevado a veinticinco estados, y por posibles ampliaciones futuras como pueden ser otros estados de la Europa del Este, como puede ser la propia Turquía.

También quiero destacar una cuestión que es muy preocupante y que debe dar motivos para la reflexión y es que en Francia, cuyo voto negativo ha hecho temblar por momentos los propios cimientos de la Unión, quienes pedían el voto negativo a la Constitución europea eran la extrema derecha y la extrema izquierda. O sea es muy curioso que sean los sectores políticos más radicales, pero opuestos entre sí, es decir la extrema derecha con su idea de ver temblar la unidad de la nación y las esencias patrias, y la extrema izquierda porque piensa que la Constitución de la Unión Europea no garantiza suficientemente esos derechos sociales o esos derechos laborales.

Yo creo que no hay motivos para ese temor, pero reconozco que ese temor existe y naturalmente no podemos ignorar que se ha producido ese voto negativo que nos debe hacer reflexionar sobre cómo y de qué manera y en qué fases temporales queremos constituir esa Unión Europea.

5. ¿Es la Constitución europea sólo del tipo formal o además garantiza una eficacia en el ámbito material de aquellos principios y derechos que consagra?

MEZZETTI: Los parámetros para evaluar si estamos ante una Constitución no sólo formal sino también material son varios. Por ejemplo, en el

caso del principio de pluripartidismo, éste implica no sólo que hayan varios partidos sino también que éstos puedan ejercer su función en un sistema de libre competencia política, si hay elecciones regulares y periódicas; otro ejemplo: cuando la Constitución formal afirma el principio de oposición parlamentaria, debemos verificar si esta oposición efectivamente puede ejercer sus derechos, si hay una dinámica y eventualmente un conflicto parlamentario entre la mayoría y aquella.

El dato formal de la Constitución afirma determinados principios y se expresa a través de diversas disposiciones de garantía, luego hay que averiguar si el sistema político verdaderamente brinda dichos mecanismos para su efectividad. Un ejemplo a contrario son las constituciones de Asia Central que son muy buenas obras jurídicas y políticas. En ellas se reconocen todos los principios básicos y derechos fundamentales que se encuentran en las constituciones de carácter liberal. No obstante, si observamos el plano real, no verificamos que esos derechos puedan gozarlos y ejercerlos los ciudadanos, así como tampoco verificamos que aquellos derechos sean protegidos. Siendo así, nos percatamos inmediatamente de la situación: hay un abismo entre lo que se proclama formalmente y lo que acontece en la práctica.

DÍAZ REVORIO: En la historia vamos a encontrar un conjunto de factores muy amplio que explique este fenómeno.

La pregunta inmediatamente me trae a la mente una clasificación clásica del profesor Karl Lowenstein. En su Teoría de la Constitución, distingue constituciones normativas, nominales y semánticas. Las normativas, que es el objetivo último, son aquellas en las cuales la realidad institucional y la realidad política viven de una manera adecuada a lo que dice el texto de la Constitución. Las nominales, en cambio, tienen un texto constitucional idóneo, adaptado a los principios democráticos, a la separación de poderes, a la garantía de derechos, pero todavía una realidad social y política que no se consigue adaptar a ese texto constitucional. En las semánticas el texto, dice Lowenstein, es un simple disfraz para ocultar una realidad que ni siquiera se pretende cambiar, que ni siquiera se pretende adecuar a esos parámetros. Entonces, claro que es necesario un esfuerzo importante para esa adecuación.

En ese sentido, sí me parecen peligrosos textos constitucionales que en su visión, en su literalidad, pecan de expresiva ambición rayana en la retórica o a veces no rayana si no totalmente inmersa en lo que es la retórica. Es muy fácil poner hermosas

expresiones y palabras bonitas en los textos constitucionales a sabiendas de que eso jamás se corresponderá con la realidad. Y eso es una crítica muy peligrosa porque derechos que requieren esfuerzos materiales, impuestos económicos, impuestos financieros importantes, como pueden ser aquellos relativos a la salud, educación, seguridad social y medio ambiente y tantos nuevos valores y nuevos derechos, no se garantizan por el mero hecho de reconocerlos en un texto, no se garantizan por el mero hecho de escribirlos.

Entonces, ahí las constituciones tienen que hacer un esfuerzo de ser conscientes de esa realidad, que en algunos casos, aunque esto pueda ser criticable por otros motivos, lo que han hecho es reconocer una serie de principios que en realidad se pusieron como objetivos a conseguir y no como derechos ya realizados. Una educación de calidad, por ejemplo, no se consigue porque la Constitución diga que todos los ciudadanos tienen derecho a una educación de calidad. Hay que poner muchos medios detrás de eso.

La técnica puede ser poca e incurrir en la ingenuidad o tal vez, visto desde otra perspectiva, en la hipocresía al pensar que por tener un magnífico texto constitucional la realidad social y política cambiará como por arte de magia. Hay que poner también los medios y esos pues, son medios materiales, económicos, financieros y por supuesto también mecanismos efectivos de garantía de los derechos. Porque la mera proclamación no sirve para nada. Cuando el Poder Constituyente incurre en el error de tratar de proclamar sin límite, alguno o todos los derechos y los principios y valores que son deseables, pero que describen una realidad casi paradisíaca, y sin embargo luego no existen los medios para hacerla realidad, entonces incurrimos en ese constitucionalismo de esas constituciones nominales de las que hablaba Lowenstein y entramos en una situación que luego será muy difícil de corregir.

6. ¿Existen casos en donde pueden colisionar dos principios o derechos fundamentales? Quisiéramos saber cómo se están tomando valores, como libertad o dignidad; ¿simplemente como principios rectores o se les está dando efectiva tutela?

MEZZETTI: La Constitución europea adopta una "clasificación" distinta de los derechos, porque rechaza la clásica articulación de los derechos fundamentales, sociales, económicos y políticos. Así, los clasifica en base a criterios básicos como ciudadanía, justicia, libertad, solidaridad, igualdad.

Desde el punto de vista del contenido y de la regulación de su clasificación, la Constitución europea rechaza totalmente las tradicionales clasificaciones y diferenciaciones de contenido que encontramos en diversas constituciones del continente europeo.

Es cierto que cada derecho, prescindiendo de su clasificación formal, siempre puede presentar una doble cara: una de derecho fundamental y otra como derecho social. Por ejemplo, la Constitución peruana consagra sin lugar a dudas, como derecho fundamental, el “derecho a la educación” pero no entiendo como se ejerce ese derecho de manera efectiva si el Estado no crea una infraestructura para ello.

Por ello, podemos concluir que hay derechos fundamentales inmediatamente exigibles y otros que no tienen esa característica, como en este caso, donde el derecho a la educación es un derecho fundamental pero a la espera de ser implementado por la legislación ordinaria.

DÍAZ REVORIO: Al final la Constitución europea materialmente es una Constitución como su nombre lo dice. Formalmente, se discute si es un Tratado o si es una Constitución, o si es las dos cosas.

Fuera de esa discusión, la pregunta venía por el lado material y la Constitución en su sentido material o en sus contenidos tiene valores y tiene principios que pueden entrar en contradicción, por lo que no veo nada nuevo por ese lado. Le pasa a la Constitución española, a la francesa, a la alemana, a la italiana y a cualquier otra.

Cuando existen valores que pueden entrar en contradicción, hay que resolver esa contradicción mediante la ponderación de los valores en juego de cara a resolver un caso en concreto. Lo que me parecería peligroso es tratar de jerarquizar los valores de la Constitución europea, pero porque me parecería peligroso en cualquier Constitución. Si primero es la libertad y la dignidad queda por debajo o a la inversa, entonces el problema de la eutanasia lo resuelves de antemano.

Ninguna de las constituciones de los países europeos, que yo sepa, resuelve de antemano el tema de la eutanasia, por poner un ejemplo, o tantos otros problemas en el ámbito del derecho constitucional y la Constitución europea tampoco lo hace ni cabía esperar que lo hiciera. Será en la aplicación de la misma cuando los operadores y el poder judicial, por encima de todos, tenga que resolver y ponderar los valores en juego cuando entren en con-

tradición atendiendo a las circunstancias del caso concreto y ver cuál debe prevalecer.

Pero yo no soy partidario, y lo he manifestado reiteradamente, de jerarquizaciones entre los valores y si no lo soy en las constituciones nacionales no veo motivo para serlo en el ámbito de la Constitución europea. Por lo tanto, el problema que ahí se plantea no me parece más que un problema de Derecho constitucional, en el que ahora nuestro objeto de estudio ya no sólo son las constituciones nacionales sino también la Constitución europea. Pero los elementos, los parámetros, los principios para resolver ese tipo de problemas existen ya en el Derecho constitucional y no hay nada novedoso ahí.

7. ¿Cuál sería la explicación por la que ciertos países no son admitidos en la Unión Europea? ¿Cuáles son los parámetros que se utilizan? ¿Son objetivos o subjetivos?

MEZZETTI: En la Constitución europea hay parámetros que sirven para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de requisitos. Primero, para los estados candidatos, que son los mismos parámetros que enunciamos antes (el respeto a los principios proclamados en la Constitución europea). Si un Estado quiere entrar en la Unión tiene que demostrar que sus leyes y su ordenamiento jurídico son conformes a estos principios. Si no demuestra total conformidad con estos principios, tanto en lo formal como en lo sustancial, no puede entrar. Es decir, las autoridades comunitarias deben averiguar lo que contemplan las normas y cómo éstas se aplican.

Por otro lado, estos parámetros sirven también para los estados miembros. Así, un político que tiene la tendencia de no respetar estos principios puede ser sancionado de acuerdo a lo que regula la propia Constitución europea: los órganos comunitarios pueden convocar a ese Estado y pueden llegar como sanción a impedir que vote y participe en los trabajos de los órganos comunitarios. Por ejemplo, esta sanción ocurrió en el caso de Austria, cuando subió al poder un partido liberal de extrema derecha con tendencias xenófobas y la Unión Europea lo obligó a cambiar la coalición de gobierno, amenazándolo con la suspensión en la participación de los órganos comunitarios, y se logró con éxito.

DÍAZ REVORIO: Yo creo que son objetivos. Los parámetros fundamentales para el ingreso en la Unión Europea son parámetros de tipo políticos. Por lo tanto, es una equiparación en los sistemas políticos, en lo que es principios democráticos, separación de poderes y garantía de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, hay requisitos económicos porque la Unión Europea surge como una comunidad económica europea en sus inicios y requiere una cierta similitud en parámetros económicos fundamentales, como pueden ser el desempleo, la inflación y la deuda pública, pues de lo contrario la cohesión se resentiría. Desde este punto de vista, la Unión Europea comenzó con seis estados y ahora está en veinticinco, por lo tanto no hay, yo creo, ningún tipo de exclusión basada en circunstancias subjetivas.

Acaso la pregunta sin mencionarlo tiende a apuntar a un supuesto que en el futuro se plantea como problemático o conflictivo como es el de Turquía. El problema de Turquía está en que, todavía al día de hoy, estos parámetros tanto en lo económico como incluso en lo político deben de adaptarse para poder ingresar a la Unión.

Hay que tener en cuenta que muy recientemente la Unión se ha ampliado con diez nuevos estados, sobre todo en la Europa del Este, que hace tan sólo unos años respondían a parámetros políticos bien diversos, pero que han sabido hacer las adaptaciones necesarias para cumplir esos requisitos básicos de identidad, requisitos que son previos y que son imprescindibles para el ingreso en la Unión, pues de lo contrario la cohesión dentro la Unión Europea se resentiría. Estos estados han conseguido entrar, aunque todavía dentro de la Unión tendrán que hacer un esfuerzo de equiparación para aumentar la profundidad con esos parámetros identitarios europeos.

Es verdad que ha habido también una previsión de otros dos. Inicialmente se preveía ese ingreso de hasta veintisiete estados y han quedado momentáneamente fuera Bulgaria y Rumania. Pero, Bulgaria y Rumania tienen previsto un ingreso muy próximo en la Unión. En cambio, Turquía tan sólo tiene una fecha de inicio de negociaciones para pensar en un eventual ingreso porque tiene un largo camino que recorrer.

Pero yo no creo que realmente haya unos criterios subjetivos por los cuales algún Estado pudiera tener vetado su ingreso a la Unión Europea en modo alguno. Lo que sí es verdad, es que ciertos estados que tienen interés en integrarse en la Unión Europea todavía tienen que hacer un esfuerzo muy importante para cumplir previamente unos parámetros mínimos que permitan su ingreso.

8. ¿Cómo trata la Constitución europea el tema de la eutanasia?

MEZZETTI: Al existir regulaciones distintas y en algunos casos opuestas (como el caso de Holanda

que permite la eutanasia frente a España que la proscribire, pasando por legislaciones como la austríaca que la permite bajo ciertas condiciones), puede verse que cada país miembro le da un tratamiento diferente. Esta última es la principal razón por la cual la Constitución europea no se pronuncia sobre el tema dejando al arbitrio de sus estados suscriptores la regulación de esta materia a través de sus ordenamientos nacionales, sin perjuicio de que surja una posición común europea conforme la jurisprudencia del Tribunal de Justicia logre sus objetivos armonizadores y homogenizadores.

9. ¿Qué relevancia le da la Constitución europea al principio de subsidiariedad? ¿Cómo es el proceso en la toma de decisiones de cada Estado? ¿Cada uno toma decisiones o existe un filtro mayor para los ciudadanos que permite una mayor participación directa?

DÍAZ REVORIO: Bueno hay que tener en cuenta que el proceso de integración europea que coincide por lo menos en muchos estados, debe hacerse compatible con un proceso de descentralización, que en algunos casos viene muy atrás y en otros, como el caso España, viene mas reciente un proceso de descentralización política interna, de tal manera que la toma de decisiones que tradicionalmente estaba absolutamente centralizada en el nivel estatal se ha ido descentralizando, hacia arriba en un nivel vertical, hacia arriba para la Unión Europea; pero también hacia abajo para el caso español, las comunidades autónomas, los estados federales, para los estados miembros de la federación y también para las entidades locales, de tal manera que encontramos una trayectoria vertical con una gran cantidad de instancias que tienen capacidad de decisión política y también capacidad de gestión administrativa. Es en este contexto en el cual se entiende el principio de subsidiariedad.

Ahora ya nuestros destinos no están íntegramente en manos del estado como antes, que era el único soberano y que centralizaba todo el poder político, sino que están repartidas en diversas instancias. Algunas muy próximas como nuestro ayuntamiento, la entidad local más próxima a nosotros; otras intermedias como pueden ser las regiones, otras también intermedias, pero todavía con un peso político muy importante como son los estados y la última de todas es la Unión Europea.

El principio de subsidiariedad significa, en esencia, que la instancia más alejada del ciudadano sólo intervendrá cuando no puedan hacerlo otras instancias más próximas por razones de necesidad de homogenización en el ámbito europeo o por

razones que hagan necesaria la adopción de unos principios comunes que no puedan adoptarse por las instancias más descentralizadas. Ese es el significado último del principio de subsidiariedad.

Por lo tanto, el principio en definitiva lo que viene a suponer es que la Unión Europea no pretende centralizar toda la toma de decisiones, sino, al contrario, aparecer en último lugar, como última instancia en la toma de decisiones, que sólo intervendrá en aquello en lo cual sea necesario mantener un criterio homogéneo, un criterio común para todos los estados de la Unión.

En los demás casos, se considera preferible que sea la instancia más próxima al ciudadano, la cual tiene, para empezar, una legitimidad democrática más inmediata, más próxima, más directa y, para seguir, conoce mejor los problemas, las peculiaridades de cada una de las entidades y debe ser la que con carácter habitual adopte las decisiones que afecten a los ciudadanos. Porque naturalmente la Unión Europea se basa en unos principios comunes, pero no puede ignorar las enormes peculiaridades y las diferencias significativas que existen entre cada uno de los estados miembros y luego, en cada Estado, entre sus diversas regiones y sus entidades territoriales. Y para resolver los problemas específicos de cada una de estas entidades territoriales están los órganos de gobierno propios de esas propias entidades territoriales.

De ahí que el principio de subsidiariedad, en definitiva, deja a la Unión Europea como última instancia para garantizar una homogeneidad mínima, pero no una identidad total que no se pretende porque las culturas son diferentes, las tradiciones históricas y políticas también lo son y, por lo tanto, no se puede pretender una identidad total, sino sólo una homogeneidad como base.

10. ¿Qué mecanismos de control político existen para los órganos integrantes de la Unión Europea? ¿Cuál es su vinculación con el principio de subsidiariedad?

MEZZETTI: Debemos distinguir dos perfiles dentro del principio de subsidiariedad ya que básicamente funciona en las relaciones entre la Unión Europea y los estados.

Se da concretamente cuando la Unión puede decidir que una acción comunitaria es preferible a una acción de algún Estado. El mecanismo para dichas tomas de decisiones las establece la Constitución europea pues los órganos comunitarios obligan a que los parlamentos nacionales se involucren en el procedimiento de toma de decisión,

concediendo la invocación del principio de subsidiariedad, por lo que efectivamente hay un mecanismo de control de los parlamentos nacionales sobre los órganos comunitarios a la hora de invocarse dicho principio.

Por otro lado, existe un control del parlamento europeo y éste se da mediante la votación por el presidente de la comisión de cada país, siendo una manifestación de confianza y, asimismo, se dan controles como la moción de censura, interrogaciones, comisiones de investigación y los demás métodos de control conocidos.

DÍAZ REVORIO: Hay que pensar que la Unión Europea nace como una organización bastante atípica y original en su estructura y que originariamente no responde a los parámetros habituales de la división de poderes en los estados occidentales.

A diferencia de lo que es tradicional, que es un Ejecutivo, Legislativo y un Poder Judicial, la Unión Europea nace con una comisión que pretendía ser el Poder Ejecutivo pero que no es equiparable en absoluto a dicho poder, a la capacidad de decisión de los poderes ejecutivos de los estados; con un consejo en el cual están representados todos los gobiernos de los estados miembros y que verdaderamente surge como un Poder Legislativo, pero está lejos de ser una Cámara Parlamentaria; y, con un Parlamento que por su nombre sí sería esa Cámara Legislativa, pero que no legisla, sino que tiene en sus orígenes unas funciones puramente consultivas, fundamentalmente carentes de esa capacidad de decisión política y de creación normativa.

Esto se ha ido corrigiendo en las sucesivas reformas de los tratados y en la Constitución europea se corrige, si no totalmente, en buena medida, de tal manera que en la Constitución europea sí encontramos una comisión que tiende a aproximarse a los ejecutivos de los sistemas parlamentarios, por lo tanto con un origen parlamentario y con un verdadero control parlamentario de esa actividad de la comisión. Y tenemos un legislativo que tiende a apuntarse como legislativo bicameral. El Parlamento como Cámara de Representación de los pueblos de Europa y el Consejo como Cámara de Representación territorial porque en definitiva es un representante de cada uno de los estados. Y finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Poder Judicial.

Por lo tanto, el sistema que nace como un sistema absolutamente heterodoxo tiende a homogeneizarse con los sistemas parlamentarios. En el seno de la Constitución europea, empezamos a encontrar mecanismos de control político, en los cuales naturalmente el Parlamento, como procede en los

sistemas parlamentarios, es el eje, es núcleo del órgano de control del Ejecutivo. Por tanto, el Ejecutivo pasará a tener un origen parlamentario y estar sometido a ese control parlamentario.

Luego, la propia Unión ha reconocido una variedad de organismos que ha ido creando con una finalidad, principalmente, de control. Aparece un defensor del pueblo europeo, así como una serie de órganos que tienen esa finalidad. En el ámbito financiero también existen organismos específicos de control. Por lo tanto, se prevén estos organismos de control político que tienden a aproximarse a los que son propios de los estados democráticos. Luego están, naturalmente, los de control jurídico. El control jurídico recaerá naturalmente en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal de primera instancia que también ha venido creándose en las últimas reformas de los tratados y que realizará un control judicial, un control jurídico de toda la actividad de los órganos de la Unión. Por lo tanto, los controles existen. Otra cuestión es que funcionen con absoluta corrección.

En algunos casos en el pasado se han puesto de relieve algunas deficiencias en ese control. En ese sentido, parece que la Constitución europea también supone o supondrá por lo menos, si decidiera entrar en vigor, un paso adicional importante en el control de los organismos de la Unión porque ha generado ya una administración muy voluminosa y una burocracia nada despreciable, que por supuesto hay que tener en cuenta y que debe ser objeto de control en el terreno jurídico, por un lado, y en el político, por otro.

11. ¿Cuándo existe un conflicto entre una norma de la Constitución de un Estado miembro y una de la Constitución europea, ¿cómo se trata dicho conflicto (más aún si uno de los principios de la Constitución europea es que tenga rango de tratado)? En el supuesto de que prevalezca la Constitución europea, ¿hasta qué nivel los Estados miembros están dispuestos a someter su soberanía?

MEZZETTI: Es un problema que ya se ha solucionado hace algún tiempo. La Constitución europea afirma en su artículo sexto que la Constitución y el Derecho comunitario primarán sobre el Derecho de los estados miembros. Y ya hace décadas hemos llegado al éxito final según el cual efectivamente el Derecho europeo, contenido en los vigentes tratados, y el derecho derivado, contenido en reglamentos y directivas, tienen prevalencia sobre el Derecho de los estados miembros.

Así, si el juez se encuentra ante un conflicto entre una norma de Derecho europeo y una de Derecho nacional y tiene dudas sobre cuál aplicar, debe inaplicar la norma interna y aplicar la norma comunitaria. Es un éxito final que las cortes constitucionales nacionales ya han aceptado: el Derecho comunitario tiene preferencia y preeminencia total sobre el Derecho de los estados miembros, incluidas las normas constitucionales, con la sola excepción de la relación entre normas constitucionales europeas y principios fundamentales constitucionales nacionales, la llamada "Teoría de los contralímites".

Dicha teoría se basa en la premisa de que si las normas constitucionales de un Estado no pueden vulnerar principios fundamentales estatales, con mayor razón una norma de Derecho europeo tampoco podrá hacerlo. Esto también es extensivo para toda norma de Derecho Internacional.

DÍAZ REVORIO: Ése es un problema fundamental y difícil de resolver, y al cual cada Estado ha tratado de hacer frente a su manera. Yo mencionaría dos ejemplos bien diferentes: el alemán y el español.

La Ley Fundamental de Bohn fue reformada, no ahora para la Constitución europea, sino mucho antes, al inicio de los años noventa para el tratado de Maastricht porque se veía venir este problema. Si estamos en un proceso de integración y éste conlleva una serie de normas que se dicen prevalecer sobre los ordenamientos internos y, sin embargo, desde el punto de vista del ordenamiento interno la Constitución se dice a sí misma suprema, tenemos un conflicto servido. Tenemos dos tipos de normas que se consideran superiores a las demás y tenemos que incardinarlas una sobre otra.

Hay varias formas de hacer frente a esto. La Ley Fundamental de Bohn, por ejemplo, se reformó para dar cabida expresa en el ámbito constitucional alemán a la reforma de los tratados de Unión, diciendo que cuando estas reformas afectasen o pudieran afectar a las competencias de la Ley Fundamental de Bohn debería aprobarse con un procedimiento específico que, en síntesis, sería el mismo que para reformar la Constitución.

Esto es muy significativo porque se viene a admitir que la Constitución alemana puede reformarse por los tratados o puede modificarse por los tratados de la Unión Europea y por sus sucesivas reformas, pero cuando se produzca esa alteración o modificación ese tratado, para ser ratificado en Alemania, se va a seguir un procedimiento que sería el mismo que se seguiría para reformar directamente la Constitución.

Por lo tanto, es una fórmula que puede parecer un tanto compleja pero que, en síntesis, lo que viene a hacer es dar entrada, en el ordenamiento alemán, al ordenamiento de la Unión Europea reconociendo su superioridad, su primacía; pero eso sí, impidiendo que se produzca una reforma implícita de la Ley Fundamental de Bohn, sino previendo un procedimiento para que cuando esto venga a darse, sean las mismas mayorías que se necesitarían para reformar la Constitución alemana las que den el visto bueno a ese tratado de la Unión Europea o, en este caso, el tratado de la Constitución europea.

En España el problema no se previó en su momento. La Constitución española no menciona la realidad europea. Ahora se está hablando de que se reformará para darle solución porque el problema no ha recibido esa solución en el sistema español. Tan sólo hay un artículo que permite transferir a organizaciones supranacionales competencias derivadas de la Constitución. Este artículo que es el 93 de la Constitución española, que ha sido objeto de muy diferentes interpretaciones y el propio Tribunal Constitucional lo ha interpretado de forma distinta en el año 1992, de cara a la ratificación del tratado de la Unión Europea, y en el año 2004, de cara a la ratificación al tratado de la Constitución europea.

En síntesis, el Tribunal Constitucional español, de manera que algunos entendemos un tanto sorprendente, extraña y difícil de entender, ha venido a decir que la Constitución Europa no contradice la Constitución española y ello porque ésta sigue siendo norma suprema, pero el derecho de la Unión Europea también, como dice su Constitución, tiene primacía. Cuando muchos pensábamos que esto era más o menos lo mismo y que no podía darse a la vez la supremacía de ambas, el Tribunal Constitucional español ha venido a decirnos que sí puede producirse porque supremacía y primacía no son lo mismo. Ha venido a decir que la Constitución española sigue siendo superior en rango al Derecho europeo y, sin embargo, que la Constitución permite, a través del artículo 93, que el Derecho de la Unión Europea prevalezca sobre la propia Constitución española en el ámbito limitado de las competencias de la Unión.

Yo me pregunto cómo una norma puede ser suprema y, sin embargo, permitir que otra prevalezca sobre sí misma y cómo la norma que prevalece esté, sin embargo, sometida a la que es suprema porque de hecho la Constitución europea, como acabo de mencionar, está sometida al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional español; y esto se viene a producir en la mayoría de los estados de la Unión. En definitiva, yo creo que el problema que se apunta en la cues-

tion es de enorme trascendencia y requiere otro tipo de soluciones que no sean la mera imaginación u originalidad de un tribunal para matizar sutiles diferencias entre conceptos que en principio parecían incompatibles. Yo creo que el destino último de un proceso de integración es reconocer, sin ambages y sin matices, que la Constitución europea tiene que prevalecer sobre la de los estados miembros. Al final tampoco estamos inventando aquí algo que no se haya producido nunca.

Con todas las peculiaridades que queramos imaginar, el proceso de integración europea nos recuerda, en lo remoto, al proceso de integración de los Estados Unidos de América, al proceso de integración alemana o de creación de la Confederación Suiza. Es decir, son procesos de integración de entidades que son soberanas hasta que en un momento dado ceden esa soberanía y crean una entidad a la que reconocen como superior y cuya norma básica es reconocida como superior a sus propias constituciones.

Eso no me parece escandaloso ni me parece problemático, pero lo que sí me parece es que las constituciones de los estados miembros deben articular los mecanismos para reconocer eso de manera abierta y sin ambages, no para de una manera sutil seguir recociéndose suprema, pero sin embargo admitir la primacía de algo sobre lo que es supremo. ¿Cómo puede algo primar sobre lo que es supremo? Si ello se admite eso ya no sería supremo.

En fin, estas son reflexiones que yo hago, que algunos autores comparten, pero naturalmente otros no. La solución que se ha dado en España ha sido objeto de críticas pero también encendidas defensas y lo único que se pone en relieve es que es una cuestión compleja, difícil de resolver y nuclear, razón por la cual me parece muy oportuna esa última pregunta.

12. ¿Se ve con optimismo la aprobación de la Constitución europea?

DÍAZ REVORIO: Yo creo que es difícil ser profeta en estas cuestiones, por eso no quisiera aventurarme demasiado. Pero yo tengo la sensación de que si no se producen más negativas, es decir, si finalmente terminado un proceso de ratificaciones entre 25 estados tan sólo encontramos dos que la han rechazado –como son Francia y Holanda, los dos que han votado en contra hasta ahora– se buscarán mecanismos al final de la Constitución de manera muy enigmática.

Lo que viene a decir es que si no se producen las veinticinco ratificaciones, pero sí se supera un

número determinado de ellas, los estados se volverán a reunir y decidirán lo oportuno buscando algún mecanismo. Creo que eso es lo que harán. Buscarán algún mecanismo para que Francia y Holanda por supuesto no queden fuera de esa Constitución y para que se incorporen a la misma.

Un posible mecanismo es simplemente dar una segunda oportunidad a Francia y Holanda y ampliar lapsos temporales. Lo que sí creo es que no se van a cumplir los plazos que está previendo la Constitución europea. Pero seguramente si son sólo Francia y Holanda los que quedan fuera de la Constitución, no me imagino un escenario de una Constitución en la cual no participen Francia y Holanda y tampoco me imagino un escenario en el cual la Constitución no entre en vigor sólo por Francia y Holanda. Por lo tanto, yo creo que habría una reconsideración y una búsqueda de algún mecanismo que permita, aunque fuera al final del proceso, incorporar a Francia y Holanda.

Hay que tener en cuenta que la Constitución, a diferencia de otros ámbitos muy significativos de cooperación reforzada, no admite término medio, es decir, o entra en vigor para todos o no entra para ninguno, o entra en vigor sólo para algunos, pero para los que no entra en vigor quedarían fuera de la Unión Europea. No sé si soy capaz de explicar bien esta cuestión. Por ejemplo, el euro era un ámbito de cooperación reforzada en el cual voluntariamente los estados asumían si querían incorporarse al euro o no. De hecho, estados como Suecia y el Reino Unido no quisieron incorporarse al euro

y hoy están fuera y, sin embargo, permanecen en la Unión.

En el caso de la Constitución europea eso no cabe. El que quede fuera de la Constitución europea –si la Constitución entra en vigor– queda fuera de la Unión porque la Constitución establece el funcionamiento del Parlamento, de las instituciones de la Unión, del Consejo. No cabe imaginar que para todos los estados el Parlamento tenga una composición determinada y para Francia otra, que fuera la del sistema anterior, o para Holanda otra. No cabe imaginar un Parlamento que para una parte tenga una estructura nueva y para otra una estructura antigua. O estás en la Unión y, por lo tanto, estás en el Parlamento Europeo y en el Consejo de la Unión Europea, o te quedas fuera y quedarías fuera a todos los efectos. Eso sería traumático e impensable. Soy relativamente optimista y tiendo a pensar que se recuperarán Francia y Holanda.

Otra cosa que no me quisiera imaginar, porque sería realmente problemática, es que lo de Francia y Holanda arrastre, como si fueran un conjunto de fichas de dominó, la negativa en otros países. Me preocupa mucho lo que pueda decir el Reino Unido y algunos otros. Entonces, si el número de votos negativos a la Constitución fuera tan significativo que hiciera difícil pensar en recuperar ésta, pues tendríamos que asumir que hay que abandonar este proyecto y plantearnos una nueva Constitución que responda a otros parámetros o que permita solucionar los problemas que hubieran impedido la aprobación de aquella. En fin, ese es el escenario más negativo que en este momento no quiero siquiera imaginar.

**ACERCA DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES:
MATRIMONIO Y ADOPCIÓN**

José Miguel Sánchez Tomás

Miembro del Tribunal Constitucional español. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia (España).

Marisol Fernández Revoredo

Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Armando Nieto Vélez

Licenciado en Teología (Frankfurt). Profesor de cursos de Historia en Estudios Generales Letras - Pontificia Universidad Católica del Perú.

Patrick McCarthy

Ex profesor de las Universidad Cambridge (Inglaterra), Universidades Vassar, Cornell, Haverford y Escuela de Estudios Internacionales Avanzados de Johns Hopkins (Estados Unidos). Profesor de Investigaciones en la Universidad de Bologna (Italia).

Hace algunas semanas se realizó el primer matrimonio entre homosexuales en nuestro país. Si bien dicho acontecimiento se realizó en la embajada de Inglaterra en el Perú, ello generó tanto críticas y cuestionamientos de las distintas instituciones del sector tradicional, entre ellas la Iglesia Católica, como argumentos favorables por parte de grupos minoritarios que ven en esta celebración el primer paso para un cambio en la concepción de la homosexualidad, el matrimonio y la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo.

THEMIS, en vista de la importancia e implicancias que trae consigo este fenómeno, el cual ya ha sido legalizado en distintos ordenamientos europeos, ha considerado de vital relevancia compartir la opinión de distintos especialistas en la materia, quienes, a través de distintas argumentaciones, muestran lo heterogénea que puede ser la concepción de esta trascendental manifestación social.

1. **La legislación vigente parece moverse en un doble discurso. Primero, la Constitución reconoce expresamente la igualdad ante la ley y la consecuente prohibición de discriminación (artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política), el derecho a la libertad (en todas sus variantes), así como proscribire “proteger a la familia y promover el matrimonio por ser institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4). No obstante ello, reduce la concepción de lo que es el matrimonio a la unión legal de un hombre y una mujer (artículo 234 del Código Civil), así como, al mismo tiempo, señala que será unión de hecho con repercusiones legales¹ sólo aquella que se produzca entre personas de distinto sexo.**

En este marco, hay quienes alegan la existencia de un contrasentido al restringirse el derecho a la igualdad al no ser reconocidas jurídicamente las uniones homosexuales. Por otro lado, están quienes se oponen a dichas uniones aduciendo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene como fundamento la imposibilidad de aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en situaciones semejantes, y que, en el caso

de las uniones homosexuales, estamos hablando de una situación distinta (al ser parejas del mismo sexo), razón por la que la ley no podría ser aplicada igualmente. ¿Cuál es su opinión al respecto?

SÁNCHEZ TOMÁS: Un juicio de igualdad no es ajeno a los prejuicios del contexto social en que se realiza. Los actuales contrasentidos en el tratamiento jurídico de la homosexualidad son producto del momento de transición que vive su percepción social, pero se verán paulatinamente superados según se avance en su normalización. En el ámbito internacional, mientras se ha consolidado la prohibición de la discriminación basada en la condición de homosexual (Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de fecha 31 de marzo de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia), no se ha concluido todavía que la prohibición del matrimonio homosexual resulte un trato discriminatorio (Dictamen de 17 de julio de 2002, comunicación 902/1999, caso Juliet Joslin y otras contra Nueva Zelanda). Es sólo una cuestión de tiempo. No más de una generación en los países occidentales. En la conciencia internacional se asentará la idea de que es discriminatoria la prohibición de acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo e, incluso, arraigará un profundo sentido de vergüenza hacia un pasado en que existió dicha prohibición. El mismo sentimiento de perplejidad y desprecio que despiertan hoy en nosotros las sociedades y las legislaciones que prohibían los matrimonios interraciales o interreligiosos, será el que mañana se profese hacia nuestro tiempo por prohibir los matrimonios homosexuales.

FERNÁNDEZ REVOREDO: En mi opinión, éste tema debe verse no tanto desde la perspectiva de la igualdad de trato, sino del mandato de no discriminación.

Los motivos prohibidos para discriminar que se encuentran enumerados en nuestra Constitución, así como en las cláusulas antidiscriminatorias de los tratados en materia de Derechos Humanos, aluden a factores históricos de exclusión de grupos de personas por contar con determinadas características, por ejemplo, ser mujeres, tener determinado color de piel, religión, etcétera. Nuestra lista de razones vedadas, contemplada en el artículo 2 inciso 2 de la Carta del año 1993, culmina con una frase “y de cualquier otra índole”, que si bien no la convierte en ilimitada, sí permite

incorporar otros motivos que también responden a la existencia de grupos excluidos por poseer ciertas características. No cabe duda que la “orientación sexual” es una razón vedada –implícita– para discriminar, que además se conecta con el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de la personalidad.

Así pues, tomando en cuenta lo anterior, si encontramos diferenciaciones de trato por razón de orientación sexual estamos en un escenario discriminatorio, a no ser que se demuestre que en el caso en concreto dicha diferenciación es razonable.

En lo que respecta al matrimonio, éste no es definido por la Constitución como heterosexual, en consecuencia, la norma prevista en el artículo 234 del Código Civil que define al matrimonio como heterosexual podría ser materia de alguna acción de inconstitucionalidad o, en todo caso, de control difuso, pues en mi opinión la limitación que contiene es irrazonable.

En lo que respecta al concubinato, creo que, si vamos a la literalidad, efectivamente vamos a encontrar un contrasentido en la Constitución. ¿Cómo se puede proteger a la familia desconociendo el concubinato homosexual? Creo que una interpretación sistemática, y en favor de la libertad, salvaría esa contradicción.

NIETO: Para la doctrina católica (que asumo plenamente en estas repuestas), el matrimonio es la alianza o unión por la cual el hombre y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida. Dicha unión es un sacramento, ordenado tanto al bien de los cónyuges como a la procreación y educación de los hijos.

La iglesia, naturalmente, acepta que la legislación civil no sólo reconozca sino también proteja a la familia y al matrimonio “por ser institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Dentro de este presupuesto no veo cómo –de modo paralelo– se busque reconocer jurídicamente, con el mismo *status* del matrimonio, las uniones homosexuales. “La vocación al matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer según salieron de la mano del Creador”².

A mi juicio, no es un contrasentido ni una violación del derecho a la igualdad el no aceptar jurídicamente las uniones homosexuales. La diversidad

y complementariedad de sexos explican que el matrimonio sea una unión natural (reconocida universalmente y en todas las épocas). El hecho de que algunas legislaciones (España, Dinamarca, etcétera) admitan las uniones homosexuales no cambia la valoración negativa que formula la Iglesia acerca de dichas uniones. Incluso nuestra misma Constitución, en el artículo 2 inciso 2, se refiere a la familia y al matrimonio. Por lo demás, no comparto la opinión de que el Código Civil “reduce” el matrimonio a la unión legal de un hombre y una mujer. Creo que en la mayor parte de los diccionarios jurídicos se da al matrimonio una definición real la cual no es “reductiva”.

MCCARTHY: Mi opinión es que el derecho a la igualdad debería ser aplicado generalizadamente en la sociedad. El término “en la misma situación” no tiene mayor sentido. Al mismo tiempo, los legisladores deberían considerar que para muchos peruanos, y otros occidentales, la heterosexualidad es norma y no es posible aceptar otra opción. De esta forma, los cambios en las normas deben hacerse cuidadosamente y considerando cuidadosamente las posiciones tradicionales.

2. En los últimos años, en el país han surgido diversos movimientos que buscan reivindicar a los homosexuales y, así, lograr que se los respete socialmente y se les reconozcan legalmente ciertos derechos que, actualmente, en nuestro país son exclusivos de parejas heterosexuales. ¿Por qué cree usted que estas reivindicaciones tienen más acogida entre los políticos de izquierda o socialistas?

SÁNCHEZ TOMÁS: El respeto hacia los derechos de los homosexuales no responde a profundas razones que enfrente a sistemas o partidos políticos. Actualmente, igual que históricamente, hay experiencias de persecución institucional contra los homosexuales tanto en países democráticos como dictatoriales, con gobiernos izquierdistas o de derechas, laicos o religiosos. Creo que en los países occidentales las reticencias a aceptar un avance significativo en el respeto a los derechos de los homosexuales se vinculan principalmente con aspectos coyunturales, como son las creencias religiosas y convicciones morales de los dirigentes políticos y líderes sociales, o la eventual rentabilidad electoral dependiente de la presión mediática de los movimientos igualitarios

² Catecismo de la Iglesia Católica, 1603.

y el nivel de contestación de los sectores sociales más tradicionalistas. Razones, en cualquier caso, alejadas de un serio planteamiento y reflexión de ética social por parte de los actores sociales sobre la justificación del mantenimiento de un régimen jurídico discriminatorio de esta minoría. Sin embargo, toda vez que los partidos democráticos de izquierdas están alejados estatutariamente de cualquier connotación religiosa y sus miembros mantienen una concepción laica de la política, les resulta más fácil que a los partidos y políticos democristianos o socialcristianos la apertura a unos planteamientos que todavía hoy, desgraciadamente, están anatemizados por las jerarquías religiosas.

FERNÁNDEZ REVOREDO: No creo que exista una identificación entre ser de izquierda y reivindicar los derechos de los homosexuales. Yo haría más bien una división entre conservadores y progresistas, identificando a éstos últimos como quienes suscriben tales reivindicaciones por ser manifestaciones de la autonomía individual, la libertad y la igualdad.

Yo no coincido con el diagnóstico de que han surgido en el país, en los últimos años, diversos movimientos de reivindicación a los homosexuales. Mi impresión es que son el propio movimiento homosexual, y luego el movimiento feminista, los únicos que exigen en serio políticas de reconocimiento para homosexuales y lesbianas. Tampoco creo que exista una identificación entre ser de izquierda y reivindicar los derechos de los homosexuales. Sin embargo, existen, en efecto, más políticos de izquierda que de otras canteras que acogen tales reivindicaciones, lo cual considero que tiene que ver con el propio discurso de la izquierda en el sentido de que los derechos deben ser extendidos a todos.

La resistencia a la identidad homosexual y la homofobia no son sólo características de los católicos ortodoxos. Yo diría que están presentes en otros movimientos, generando señales de incoherencia en los discursos. Me refiero, por ejemplo, a cómo quienes se dicen liberales se olvidan de la libertad y la autonomía individual frente a las reivindicaciones del movimiento homosexual. Con esto quiero decir que el prejuicio frente al homosexual está tan arraigado que atraviesa muchas instancias e ideologías.

NIETO: Las reivindicaciones a las que se refiere esta pregunta gozan de más acogida “entre los políticos de izquierda o socialistas” por la tesitura más bien permisiva o liberal en materia de sexualidad que es característica de esos sectores.

MCCARTHY: Las políticas de izquierda tienen menos lazos con estas posiciones y lazos más cercanos al pensamiento moderno innovador. Consideran que hay menos necesidad de defender la heterosexualidad. Hay una contradicción entre el individualismo y la voluntad de excluir a las parejas homosexuales. Sería más honesto exponer esto pero los políticos están determinados, en el mejor de los casos, a unir grupos sociales diferentes. Empiezan desde sus constituciones nacionales y siguen delante, de tal forma que la izquierda le presta menos atención a los grupos que apoyan posiciones conservadoras que son mucho más lejanas.

3. Según Charles Taylor “(...) la tesis es que nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o la falta de éste; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodea le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido. (...) El reconocimiento debido no es sólo una cortesía que debamos a los demás: es una necesidad humana vital”³.

¿Tiene este deber de reconocimiento, como expresión de la tolerancia, alguna relación con el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales? ¿Es exagerado decir que su no reconocimiento por parte del Estado es una forma de opresión?

SÁNCHEZ TOMÁS: Sólo con una estrecha visión de la democracia desde la atalaya de la mayoría se puede afirmar que el horizonte último del deber de reconocimiento de las minorías radica en su

derecho de resistencia frente a la exclusión social y en una correlativa obligación de la mayoría de tolerancia hacia ellas. Eso pudo ser así en los orígenes de la democracia liberal como un primer paso para garantizar el principio de no exclusión de las minorías. Hoy en día, lo consustancial a este deber de reconocimiento trasciende el viejo derecho de resistencia, convirtiéndose en una obligación promocional de la inclusión del ajeno y en la exigencia de llegar a un consenso entre quienes son incluso moralmente extraños. El problema es que, en materia de reconocimiento de los derechos de los homosexuales, apenas se ha traspasado siquiera ese primer estadio del deber de respeto, siendo todavía numerosas las legislaciones en los países occidentales que incluso persiguen penalmente las conductas homosexuales. En este contexto, sin duda, el no reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual implica un trato discriminatorio, aunque tampoco puede afirmarse que sea la más grave de las opresiones que sufre esta minoría.

FERNÁNDEZ REVOREDO: El derecho al reconocimiento en el caso de los homosexuales implica que la identidad de éstos sea valorada, respetada y afirmada. Ello implica un cambio en la cultura y, sin duda alguna, también en el Derecho. Cuando las normas le dicen a los gays y lesbianas: “ustedes no pueden casarse, ustedes no pueden adoptar, etcétera”, lo que hacen es reforzar un patrón cultural de desvalorización de la identidad homosexual. Por el contrario, si las normas reconocen el derecho a la diferencia, a la autodeterminación, van a coadyuvar a cambios en los patrones culturales.

En otras palabras, el reconocimiento para los homosexuales pasa por dos planos distintos, el respeto por parte de la sociedad y la afirmación de ellos como sujetos de derechos, y a éste nivel, definitivamente ubicamos al matrimonio.

En lo que respecta a la pregunta de si es exagerado decir que el no reconocimiento del matrimonio

homosexual constituye una forma de opresión, creo que no se trata de una exageración y podríamos agregar que tal falta de reconocimiento por parte del Derecho es una manifestación más de cómo la moral de un grupo dominante es impuesta a toda una comunidad.

NIETO: El hecho de no admitir (como ocurre en la doctrina católica) el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales no significa un rechazo a las personas. Teólogos y moralistas de la Iglesia postulan las actitudes de comprensión y acogida. Creo que en esto se ha avanzado bastante respecto de antiguas actitudes de intolerancia y de exclusión. No creo que sea una forma de opresión el no reconocimiento estatal de las uniones homosexuales.

MCCARTHY: La opinión de Charles Taylor sobre las identidades heridas (no es el primer o el único pensador que guste de este tema) es verdadera. Esta idea, junto con el matrimonio gay, de la forma en que las costumbres y hábitos de los gays pueden ser vistas por la sociedad, es una expresión de la generosidad que llamamos “Taylorismo”.

4. La Corte Suprema de Estados Unidos, en un caso⁴, manifestó lo siguiente: “Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad (...) En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado”⁵.

La prohibición del matrimonio entre homosexuales en países como el Perú nos genera una duda acerca de cuál debe ser el papel del Estado

⁴ Planned Parenthood of Southeastern versus Casey, 505 US 833 (1992).

⁵ Esta cita de la Corte Suprema de EE.UU. tiene cimiento en la concepción moral liberal, fuertemente arraigada en el pensamiento de Immanuel Kant y Dworkin, quienes establecieron una distinción entre dos tipos de compromiso moral. Según esta concepción, todos tenemos una opinión acerca de los fines de la vida y acerca de aquello en lo que consiste una “vida buena”, pero también reconocemos el compromiso de tratarnos de manera equitativa e igualitaria. Este segundo compromiso es de tipo “procesal”, mientras que el primero es “sustantivo”. Dworkin afirma que una sociedad liberal es la que no asume ninguna posición “sustantiva”, sino que se limita a unirse en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a todos con igual respeto. “La razón de que la entidad política como tal no pueda abrazar ninguna opinión sustantiva, por ejemplo, que no pueda reconocer que uno de los objetivos de la legislación deba consistir en hacer virtuoso al pueblo en uno u otro sentido, es que esto implicaría una violación de su norma procesal, pues, dada la diversidad de las sociedades modernas, infaliblemente ocurriría que algunas personas se comprometerían con la concepción favorecida de virtud en tanto que otras no lo harían así. Las primeras podrían estar en la mayoría; en realidad, es muy probable que lo estuvieran, pues de otra manera no sería verosímil que una sociedad democrática adoptara su opinión. No obstante, esta idea no sería la de todos, y al adherirse a esta visión sustantiva, la sociedad no estaría tratando a la minoría disidente con igual respeto. En realidad, estaría diciéndole: “vuestra opinión no es tan válida, a los ojos de esta entidad, como la de vuestros más numerosos compatriotas”.

en la sociedad actual. ¿Qué asuntos deben permanecer en la “esfera privada” y cuáles pueden ser regulados, teniendo en cuenta el objeto con el que fue “creado” el Estado?

SÁNCHEZ TOMÁS: No puede caerse en la trampa de reconducir las reivindicaciones del colectivo homosexual al derecho a la vida privada para alejarlas del lugar natural en el que deben ser juzgadas: el derecho a la no discriminación. Esa fue la perspectiva que se impuso en el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Lawrence versus Texas*, de fecha 23 de junio de 2003, frente a la que, por ejemplo, posteriormente primó en la sentencia del Tribunal Supremo de Massachussets *Goodridge & others versus Department of Public Health*, de fecha 18 de noviembre de 2003. Determinados sectores sociales, que observan lo irremediable del advenimiento del fin de las políticas discriminatorias contra los homosexuales, están intentando frenar, o al menos moderar ese avance, con determinadas concesiones a puntuales reivindicaciones basadas exclusivamente en el derecho a la vida privada. Su fin primordial, sin embargo, es que, relegando la homosexualidad a la intimidad de la alcoba y limitando los derechos del homosexual, como mucho, a la no injerencia del Estado en su conducta sexual en el ámbito privado, pueda evitarse que invadan los espacios públicos y alcancen una plena normalización. La homosexualidad podrá ser una cuestión privada, pero no lo es la abolición de cualquier tipo de trato discriminatorio basado en ella, entre el que está la prohibición de acceder al matrimonio.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Yo no respondería a esta pregunta a partir de la clásica oposición público/privado, sino más bien en relación a dos concepciones contrapuestas como lo son la autonomía individual y el perfeccionismo ético. Los individuos deben tener la libertad de elegir sus planes de vida, por más absurdos que parezcan a los demás y, en ese sentido, al Estado le deben corresponder dos cosas: intervenir sólo para proteger a terceros y crear las condiciones para que los individuos puedan elegir sus proyectos de vida.

Cuando en el Perú se prohíbe por ley el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que el Estado está haciendo es imponer modelos de vida supuestamente virtuosos; se nos está diciendo que la mejor familia es la fundada en el matrimonio entre varón y mujer. Ello, a mi juicio, es inaceptable

La prohibición del matrimonio entre homosexuales en el Perú se apoya en un entramado de

argumentos en los que la tradición, la costumbre, la naturaleza y la religión aportan cuotas muy importantes. Lamentablemente, en el país varias instituciones y dimensiones del derecho de familia como el matrimonio, el concubinato, la filiación, entre otras, al ser regulados sobre la base de una moral particular y con el propósito de controlar el ejercicio de la sexualidad, han producido y alimentado marginalidades. Una de estas son los homosexuales y lesbianas.

No sé si la orientación sexual se elige o viene determinada genéticamente. Si estuviéramos ante lo primero, el Estado debería generar las condiciones para que las personas pudieran ejercer su derecho a la opción sexual y vivir esta elección como quieran; si, por el contrario, se tratase de una condición biológica, el Estado debería generar las condiciones para que homosexuales y lesbianas puedan ejercer sus derechos plenamente. Así pues, cualquiera que sea la explicación de la condición homosexual, al Estado no le corresponde otra cosa que garantizar los derechos de esos grupos imponiendo límites, sólo para proteger de daño a terceros.

NIETO: Es obvio que el Estado puede regular las actividades de los seres humanos de acuerdo a las pautas de la ética social. El Estado no puede permitir un ejercicio irrestricto de la libertad ni del “yo hago lo que me da la gana”. En un país como el nuestro donde la permisividad ha crecido, desgraciadamente, en proporciones alarmantes, no podría calificarse de abusivo el proceder del Estado cuando interviene para proteger a la niñez, a la familia rectamente constituida y a los más desamparados.

El hecho social y jurídico de la familia no puede ser considerado simplemente como un asunto que sólo atañe a la esfera íntima de las personas (como las preferencias en los gustos musicales o gastronómicos), sino que tiene siempre una connotación social de gran importancia, mucho mayor que la de una simple asociación deportiva o teatral. Que yo sepa, el Estado regula las asociaciones, no las deja al libre albedrío de cada particular.

MCCARTHY: Pier-Polo Pasolini sostiene, por ejemplo, que la tolerancia casi siempre crea una nueva forma de opresión. También agrega que los roles del Poder Legislativo están determinados por la mayoría.

5. ¿Cuáles considera que serían las repercusiones sociales del reconocimiento del matrimonio de parejas homosexuales? ¿Afectaría dicho reconocimiento la

convivencia en sociedad? ¿Cuáles serían los riesgos?⁶

SÁNCHEZ TOMÁS: Institucionalmente, el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo tendría un efecto muy positivo: siempre hay que dar la bienvenida a la abolición de un trato discriminatorio. La mayoría social heterosexual, simplemente, ni lo notaría en sus vidas. Los homosexuales verían, por fin, una senda de normalización. Los augures de la Apocalipsis se irían quedando relegados. En cuanto la ciudadanía comprobara que nada cambia y que la posibilidad legal de que personas del mismo sexo accedan a contraer matrimonio no impone obligaciones ni resta derechos a nadie, se olvidará que algún día existió una polémica sobre esta cuestión y seguirán preocupándose de sus problemas cotidianos. El fenómeno será muy parecido al que ya se vivió con la regulación del divorcio. Al principio, movilizaciones sociales patrocinadas por los sectores conservadores a favor del modelo de matrimonio tradicional: heterosexual e indisoluble; después, al igual que cayó el mito de la indisolubilidad y quien quiso divorciarse se divorció y quien no, pues no, caerá el mito de la heterosexualidad, y quien quiera contraer matrimonio con persona del mismo sexo lo hará y quien no, pues no. Todo tan sencillo, todo tan normal, todo sin traumas y sin alteración de la normal convivencia.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Esta pregunta me hace recordar el conocido debate Devlin - Hart que se dio a propósito de una propuesta en el Reino Unido de despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Devlin sostenía que las convicciones morales de los miembros de una comunidad son elementos constitutivos de ésta, de tal manera que si se va en contra de tales convicciones, la sociedad se quiebra. Las leyes, en esta línea de pensamiento, juegan un papel fundamental en el mantenimiento del orden moral que, a la larga, es el que garantiza el sostenimiento de la sociedad.

La posición de Hart en esta polémica fue la de cuestionar la idea de que una comunidad se define por cuestiones de orden moral; así entonces, las sociedades son vistas como colectivos plurales que

van evolucionando conforme la mentalidad va cambiando. La sociedad no se destruye cuando se dejan de lado determinados rasgos morales; más bien avanza.

Respondiendo, entonces, a la pregunta en concreto, creo que la repercusión sería que nos convertiríamos en una sociedad un poco más democrática, basada en una moral crítica.

MCCARTHY: El Estado es, en sí mismo, un ejemplo de una institución que puede liberar y oprimir. A menos que el Ejecutivo y el Legislativo sean áreas independientes del proceso electoral, en cuyo caso será muy probable que no haya democracia, los roles de la creación de leyes que tiene el Estado son dependientes de las mayorías parlamentarias. Esto significa que siempre habrá gente que será excluida.

6. ¿La posición de la Iglesia Católica es clara respecto del matrimonio gay: las relaciones homosexuales son una anormalidad al haber creado Dios al hombre y a la mujer para complementarse y cumplir con la misión de perpetuar la raza humana, por lo que el matrimonio homosexual no puede permitirse pues violentaría el bien de la familia fundada sobre el matrimonio⁷. No obstante, España, uno de los países con tradiciones católicas más arraigadas en el mundo, aceptó hace poco el matrimonio civil entre homosexuales. ¿Considera ésta una muestra de los cambios en los consensos sociales que se están dando dentro de los estados en el mundo?

SÁNCHEZ TOMÁS: La posición de la Iglesia Católica respecto de esta y cualquier otra cuestión es algo que sólo compete a los miembros de esa religión. Si la Iglesia Católica mantiene una determinada concepción del matrimonio es lógico que en su ordenamiento jurídico interno sea consecuente con ello. No creo que nadie espere a medio plazo una modificación del Código Canónico que sacramentalice las uniones homosexuales. Tampoco tiene por qué resultar extraño que el catolicismo, en tanto que ideología totalizadora, intente influir y presionar, como un mo-

⁶ Esta pregunta no fue absuelta por el profesor Nieto.

⁷ El Papa Benedicto XVI, en su primera encíclica *Deus caritas est*, afirma que la palabra amor está actualmente “desgastada, consumida y abusada”, y que al ser el amor parte de la humanidad o corporeidad de la fe, la aceptación de la misma “encuentra en el matrimonio indivisible entre un hombre y una mujer su forma radicada en la creación”.

vimiento social más, en la regulación estatal del contrato matrimonial. Ahora bien, a la Iglesia Católica no le queda otro remedio que asumir el carácter laico del Estado con todo lo que ello implica, que no es sólo la división entre Iglesia y Estado, sino también la división que el propio católico hace entre su condición de miembro de la Iglesia y su condición de ciudadano. Eso explicaría lo que ha sucedido en España. Mientras la mayoría de los católicos españoles no permitiría que el Estado dispusiera cómo se debe regular el matrimonio en el Código Canónico, tampoco la mayoría de los ciudadanos españoles permitiría que la Iglesia Católica dispusiera cómo se debe regular el matrimonio en el Código Civil.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Pienso que en los países en los que la Iglesia Católica goza de poder político, no podemos hablar de consensos sociales, pues particularmente en los últimos años la jerarquía eclesiástica ha puesto muchos esfuerzos para que, precisamente, no se extiendan derechos a los homosexuales, fundamentalmente los vinculados a la esfera familiar. Recordemos que, recientemente, en junio del 2003, en el Vaticano se generó un documento que contenía las consideraciones de la Iglesia Católica acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, en el que se instaba a los legisladores católicos a mantener una oposición frente a este tipo de propuestas. En este orden, creo yo que es muy difícil hablar de la generación de consensos sociales, entendiendo por estos a aquellos acuerdos compartidos por los sectores relevantes.

En mi opinión, España no ha sido una excepción. Creo que a partir del triunfo del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en las elecciones, el país se polarizó mucho más entre la izquierda y la derecha (Partido Popular y la Iglesia). Una vez que el nuevo gobierno implementó sus promesas electorales, las diferencias se han agudizado. En este contexto, la extensión de derechos para homosexuales y lesbianas ha sido una medida de la mayoría y no el resultado de una amplia deliberación.

En términos generales, pienso pues que en donde la Iglesia tenga poder, el reconocimiento de derechos para los homosexuales será el resultado

de batallas judiciales y de lucha social, más que de acuerdos entre los diversos sectores.

NIETO: El caso actual de España no significa sino lo siguiente: El gobierno español –perteneciente al PSOE– ha reconocido el matrimonio entre homosexuales. Pero bien sabemos que ello no refleja una corriente mayoritaria del país, y aun en el supuesto de que lo fuera, tal ley no obliga en conciencia. Es curioso que un Estado que permite tantas objeciones de conciencia no las consienta cuando un alcalde o juez rehúsa casar una pareja de homosexuales.

MCCARTHY: La Iglesia Católica es una institución muy diversa que tiene órdenes religiosas que tienden hacia la izquierda extrema y otras de liderazgo muy conservador. La posición española sobre el matrimonio gay no es una sola, por lo que el cambio en España no significa un cambio realmente global.

7. El matrimonio como institución ha sufrido un cierto descrédito en los últimos tiempos. Al parecer, la idea de que la familia se funda en el matrimonio ha sido dejada de lado hace mucho tiempo, y prueba de ello es que las uniones de hecho proliferan en estos tiempos. Además, las cifras de divorcios y separaciones son cada vez más grandes, lo que ha hecho pensar a más de un intelectual que el matrimonio gay lo que hará es darle nuevos bríos a esta institución bastante desgastada⁸. ¿Qué opinión le genera tal presagio?

SÁNCHEZ TOMÁS: Los matrimonios formados por parejas del mismo sexo no considero que vayan a diferir en nada de los matrimonios heterosexuales. Tampoco, por supuesto, en cuanto a su estabilidad y duración. Es más, desde una perspectiva estrictamente jurídica, ningún interés despierta la cuestión de la estabilidad, ya que ni es inherente al contrato civil matrimonial, ni tampoco puede afirmarse siquiera que tenga que ser un *desideratum*. Jurídicamente, el divorcio no es el fracaso del matrimonio civil, sino una forma más de disolución de dicho contrato, del mismo modo que la rescisión de un contrato de arrendamiento tampoco es el fracaso de éste, sino una forma más de extinción. Va llegando el momento

⁸ Vargas Llosa comenta que “dentro de veinte o treinta años, las familias más estables descubrirán las estadísticas entre los matrimonios gays”. En: El matrimonio gay. Diario El País. Madrid, España. Publicación del 26 de julio del 2005.

de que el Derecho Civil deje de concebir el matrimonio en clave o a partir de extrapolaciones canónicas y asuma que no es sino un contrato más.

FERNÁNDEZ REVOREDO: Yo creo que lo que la crisis del matrimonio revela es que se han dado importantes cambios sociales, tecnológicos y culturales que han repercutido en los modelos de las familias tradicionales, basadas en el matrimonio. Treinta o cuarenta años atrás, las mujeres tenían como único destino el matrimonio, además de que éste iba de la mano de la reproducción. Estos paradigmas han caído y, por eso, cada vez se eligen más otros modelos de convivencia diferentes al matrimonial. Coincido en que el matrimonio homosexual puede contribuir a una re-conceptualización de la propia institución matrimonial.

El discurso y la realidad en torno a la familia y al matrimonio han ido variando en el tiempo. Sin embargo, creo que hay que diferenciar dos niveles: el del Derecho y el de los hechos. En el plano jurídico hay que recordar que hasta el año 1979, en el Perú, el concubinato no era reconocido como una unión equivalente a la matrimonial, lo cual inclusive tenía un importante impacto en el tratamiento de los hijos, a quienes se les diferenciaba entre legítimos e ilegítimos, a lo cual se sumaba el hecho que el matrimonio tenía como fin la reproducción. Este modelo, productor de marginalidades, se encaminó hacia el reconocimiento del concubinato como otra forma de fundar una familia, así como a impregnar el ordenamiento jurídico familiar de principios como el de igualdad y no discriminación. No obstante esta evolución, lamentablemente, en el plano jurídico aun se mantiene al concubinato en un estatus inferior en relación con el matrimonio, y ello obedece a la estrategia implementada por el Estado para cumplir con el mandato constitucional de promover el matrimonio.

Este marco normativo nos revela el abismo existente entre el Derecho y la realidad; esta última más bien muestra que el matrimonio es una institución en crisis, lo cual creemos que obedece a factores culturales, sociales, económicos y tecnológicos. En el marco de esta crisis surgen otras formas de uniones que nos llevan a una re-conceptualización de la familia. Ahora bien, en relación al presagio que se formula en la pregunta planteada, yo pensaría que el reconocimiento del

matrimonio gay sería más bien el resultado de un cambio de concepción del matrimonio y la familia concebidos tradicionalmente. Recordemos que es muy arraigado el discurso que sostiene que el matrimonio y la familia son institutos naturales, por lo que reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo sería poner en cuestión tal concepción.

NIETO: Vuelvo a señalar que el matrimonio y la familia son “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Las investigaciones hechas por psicólogos infantiles (a las que hace alusión la pregunta) revelan, más bien, que los niños valoran y necesitan de la educación y el cariño dado por “la madre” y “el padre”.

MCCARTHY: Me parece que es a la inversa: los matrimonios tradicionales están peleando por otras formas de unión como lo es el matrimonio gay.

8. Se ha señalado que permitir que las parejas homosexuales puedan adoptar resultaría siendo muy beneficioso para niños desamparados, sin hogar ni alimentación. Por otro lado, hay quienes sostienen que la ayuda a dichos niños podría darse por la implementación de ciertos programas a cargo del Estado, y no necesariamente permitiendo la adopción de niños por parejas homosexuales, pues ha de tenerse presente que el niño requiere de un padre y una madre, dado que, al estar en contacto con dos roles de género distintos, el niño afianza el suyo propio diferenciando conductas femeninas de masculinas. Sin embargo, existen numerosas investigaciones hechas por psicólogos infantiles en las que se ha concluido que los niños necesitan amor y dedicación, y no un determinado rol de género en sus padres. ¿Por qué las meras inclinaciones sexuales hacen a las personas capaces o incapaces de criar a sus hijos? ¿No es esto algo que acaso escapa a lo biológico?⁹

SÁNCHEZ TOMÁS: Desconozco si existen razones científicas para avalar que la homosexualidad sea una circunstancia relevante en la educación de los menores o para avalar qué tipo de familia, si matrimonial o monoparental, heterosexual u homosexual, resulta más beneficiosa para los

⁹ Esta pregunta no fue absuelta por el profesor Nieto.

menores. El propio planteamiento me resulta intrínsecamente perverso. No se cómo reaccionaría cualquier persona ante un estudio cuya pretensión fuera analizar la influencia que tiene la raza o la religión sobre la capacidad de educación de los hijos, para, a partir de ello, poder extraer conclusiones de política legislativa respecto de la eventual prohibición de que los blancos o los católicos pudieran adoptar o incluso educar a sus hijos biológicos por demostrarse, por ejemplo, una inferior capacidad para transmitir los principios de no discriminación racial o de tolerancia religiosa. Supongo que la mayoría miraría estupefacto a quien lo planteara. Esa misma reacción es la única que, en buena lógica, cabe esperar cuando se pretende poner en duda la capacidad de los homosexuales para educar a un menor como argumento y coartada para justificar que el Estado les imposibilite adoptar e, incluso, les prive del derecho de educar a sus propios hijos biológicos.

FERNÁNDEZ REVOREDO: La satisfacción de las necesidades materiales y el amor son los aspectos indispensables para la crianza de un niño o niña, y para poder garantizarlas se requiere tener cualidades que nada tienen que ver con la orientación sexual. ¿Quién es mejor padre, el heterosexual que le niega a un hijo alimentos o el homosexual que satisface de la mejor manera posible las necesidades de su hijo? ¿Cuál es el mejor ambiente para un niño, aquél en el que existe abuso de poder por parte de sus padres biológicos o, más bien, aquél en el que la pareja

del mismo sexo le garantiza una vida libre de violencia? Con esto quiero decir que la orientación sexual no puede ser vista como un demérito para la crianza de un hijo.

Por otra parte, hay que tomar con cuidado esa idea de que el niño requiere de la presencia de padre y madre, pues ello le permitiría estar en contacto con los dos “roles de género” distintos. Creo que en esa afirmación hay una trampa, pues los roles de género son construcciones culturales que operan como camisas de fuerza para hombres y mujeres. En nuestro sistema de género, por ejemplo, lo masculino está asociado a la fortaleza y lo femenino a la debilidad, y ello se traduce en el conocido y frecuente mandato: “los niños no lloran”. Entonces, ¿se quieren parejas heterosexuales para enseñar eso?

De otro lado, niños y niñas cuentan con muchos espacios de socialización, los cuales les permiten ver la diversidad de la condición humana. Así que si sólo pudieran hacerlo a partir de la imagen de padre y madre, ello significaría que el abandono paterno –muy común en sociedades tan machistas como la nuestra– generaría homosexualidad en los hijos varones, cosa que es insostenible.

MCCARTHY: La noción de que la inclinación sexual de una persona decida, por sí sola, si es que una pareja debe adoptar, es tonta. La calidad y la vida emocional de la familia es lo que cuenta. El género hace que un policía joven pueda estar en una posición pero no determina cuál será ésta.

¿SE DEBE DAR EN CONCESIÓN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS?

HÉCTOR BELLIDO* *versus* JACOBO DÓPICO**

Nadie es ajeno a la realidad penitenciaria de nuestro país; así, entre otros aspectos, se ha criticado el hacinamiento, las pésimas condiciones de salud bajo la cual se encuentran los reclusos en las cárceles, la deficiente infraestructura y condiciones de seguridad al interior de las mismas. Por estas razones, desde hace algunos años se viene discutiendo sobre los posibles beneficios que podría traer consigo la privatización de los centros penitenciarios.

En el presente debate, el profesor Héctor Bellido sostiene los beneficios que puede traer consigo la privatización de los centros penitenciarios, desde un enfoque sociológico y económico, mientras que el profesor español Jacobo Dópico, sobre la base de una posición totalmente contrapuesta, sostiene que esa opción no es la más adecuada, siguiendo un lineamiento jurídico que puede ser aplicado a la realidad latinoamericana.

* Ex director del Banco Financiero. Miembro especializado para el proceso de promoción de establecimientos penitenciarios. Miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el proyecto del Plan Nacional de Tratamiento Penitenciario. Presidente de la Comisión Multisectorial encargada de proponer medidas que permitan viabilizar la construcción de establecimientos penitenciarios.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal y Penitenciario de la Universidad Carlos III de Madrid - España.

Me han solicitado escribir un artículo donde exponga mi opinión a favor de la conveniencia de concesionar los penales en el Perú, con el fin de confrontarla con una posición contraria por parte de aquellos que no entienden que el proceso de concesión por privatización es beneficioso desde todos los enfoques, sobre todo desde una perspectiva social.

Como todos sabemos, el Estado se reserva para sí una serie de actividades porque considera que es el único que las puede llevar a cabo. Sin embargo, debemos empezar a desmitificar que existen actividades que deban ser brindadas exclusivamente por lo que llamamos Estado.

Pretendo argumentar a través de este artículo que los paradigmas que sobre el particular existen son eso, simples tabúes o actitudes de conveniencia de los que manejan la *cosa pública* para permitir un *status quo* que facilite el que ellos sigan medrando y entorpeciendo el desarrollo nacional, y señalo entorpeciendo porque al querer o al persistir en que sea el Estado el que administre las actividades mal llamadas públicas se genera un proteccionismo improductivo y contraproducente. Debemos empezar a nombrar a las actividades denominadas públicas como de servicio a la comunidad y encomendárselas a aquellos que puedan gestionarlas con mayor eficiencia. Con frecuencia el mal llamado sector privado es satanizado porque lo acusan de perseguir un afán de lucro sin entender que el lucro es algo que no es perjudicial ni dañino, siempre que se realice de una manera justa y equitativa en función de los intereses nacionales. Porque es ahí donde el Estado debe encargarse de construir convenios y contratos que sean realmente equitativos para ambas partes, y ejercer con honestidad una función de control y ser justo a la hora de otorgar los recursos o las actividades que son de beneficio para toda la ciudadanía.

En el tema específico de las prisiones hay que tomar en cuenta qué pasa en el Perú con el manejo de las mismas, sin soslayar quién es el que está más capacitado para ocuparse de administrar esta actividad.

El Estado debe cumplir el papel de supervisor ya que las condiciones que reúne resultan más favorables para ejercer una labor de observación y control que ayude a mejorar el desempeño, en vez de una labor de ejecución. En el caso de los penales, la experiencia peruana, como muchas

otras, ha demostrado la incompetencia del Estado para ejercer la administración y solucionar los problemas de hacinamiento, delincuencia, corrupción, reinserción y envejecimiento de la familia en el proceso de reforma y administración carcelaria.

Está demostrado estadísticamente en el Perú que el manejo de la situación carcelaria no es solo por falta de recursos sino por falta de gerencia y esta falta de gerencia se da en todos los niveles de la administración carcelaria. Cuando no hay capacidad de gestión no hay eficiencia en el manejo administrativo, y las consecuencias saltan a la vista, las estamos viviendo día a día con el incremento de la delincuencia y la inseguridad, porque las prisiones, en su gran mayoría, se han convertido en universidades del delito. La realidad al interior de las mismas es crítica: celdas atestadas, organizaciones delictivas constituidas en el interior de los penales, complicidad y cobertura en muchos casos del personal de vigilancia y, por sobre todo, la cruda situación con la que se enfrentará el interno al terminar su condena: sin dinero, sin trabajo ni posibilidad de conseguirlo, en muchos casos abandonado por su familia, sin vivienda, etcétera.

Imagínese que el colegio San Agustín o la Universidad Católica, hoy en manos privadas, caigan en administración del Estado: ¿cuántos meses de vida le echa para que la infraestructura, su mantenimiento y su *staff* de profesores, entre otros, se deteriore? Ustedes pueden recordar otros ejemplos del caos de la Administración Pública.

En el tema específico de los penales, las estadísticas nos demuestran un nivel de reincidencia muy alto, fruto, casualmente, de las condiciones bajo las cuales se administran los penales en el Perú. Es por todos conocido que el Estado ha colapsado en todos los aspectos para solucionar esta problemática.

El centro penitenciario de Piedras Gordas es el claro ejemplo de que no es cuestión de capacidad de albergue o infraestructura nueva, ya que vemos hoy día horrorizados cómo se planean secuestros en los penales de máxima seguridad, permitiendo el ingreso de cámaras de televisión, celulares, etcétera. Todo ello no hace sino evidenciar la realidad de nuestro argumento: que se requiere entregar con urgencia al sector privado calificado la administración de los penales. El caso de Piedras Gordas demuestra lo patético de la situación, puesto que tiene capacidad para 1000 presos y hoy tiene aproximadamente 400 y, aún así, adolece de los problemas referidos de inseguridad y

anarquía, donde se pretende controlar el uso de celulares poniendo bloqueadores para celulares, lo que demuestra que en la puerta principal no hay ningún control. Si esto sucede

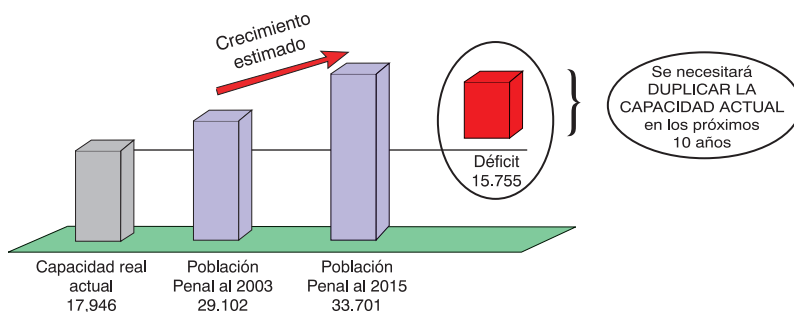
en un penal subutilizado y nuevo como Piedras Gordas, imagínense lo que está pasando en penales como Lurigancho, Sarita Colonia, Castro Castro y otros.

Situación de los Penales

(Proyectada al 2015)

A NIVEL NACIONAL

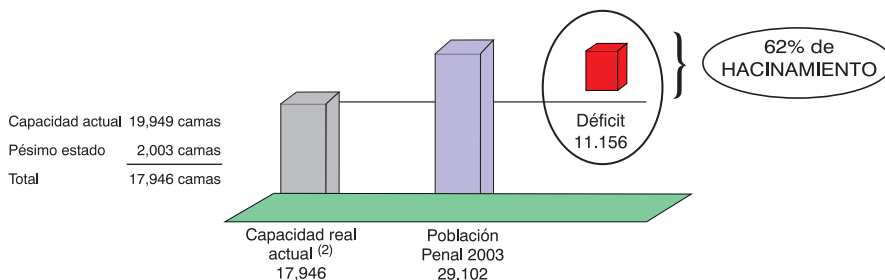
Población penal proyectada al 2015: 33,701 internos



Situación de los Penales

Infraestructura

- Estado de conservación ⁽¹⁾: 45% en pésimo estado.
- Más del 75% tiene antigüedad mayor a 20 años.**
- Necesidad de economía de escala: Más del 55% tiene una capacidad inferior a 100 internos y localizados en lugares remotos.
- Déficit a nivel nacional:



Fuente INPE

⁽¹⁾ Incluye el cierre de los 37 penales en pésimo estado según recomendación de Carter Goble Associates

Lamentablemente, en esta publicación no puedo mostrar el material gráfico que permitiría visualizar el caos en el que se encuentra la administración penitenciaria en el Perú. Sin embargo, esta tribuna sí me permite presentar los argumentos que muestran la urgencia y la importancia en encarar la problemática carcelaria de una ma-

nera distinta, y esta única manera es la concesión y privatización de los penales en el Perú.

A continuación, adjunto un artículo aparecido en el diario El Comercio del 19 de mayo de 1853, que se explica por sí solo:

El Comercio

Jueves 19 de mayo de 1853
Sucedió hace 150 años

Lima necesita una buena cárcel

Aprovechando el viaje del doctor Mariano Felipe Paz Soldán a Estados Unidos, el Gobierno le ha encomendado que inspeccione las cárceles más modernas y seguras de ese país y que recoja todos los datos pertinentes, con el objeto de utilizar ese material en el momento en que se decida construir una cárcel verdaderamente ejemplar en la capital de nuestro país. También debe informarse sobre los diversos regímenes carcelarios.

.....y seguimos esperando

Los establecimientos penitenciarios, como lugares donde retener o custodiar a personas culpables de algún delito, siempre han existido. Lo que ha ido cambiando a través del tiempo es el concepto que se ha tenido de estos lugares. Así, el concepto ha ido pasando de una estancia, que era el paso previo para la pena capital, al concepto de prisiones modernas. Lo que ha permanecido constante es la necesidad de la sociedad de resguardarse de personas que violan las normas de convivencia, recurriendo a la retención de las mismas.

En la Edad Antigua, la prisión tenía el concepto de "lugar de custodia y tormento"; esta definición la encontramos en los pueblos y civilizaciones más antiguas: China, Egipto, Israel, Persia y Babilonia. Es decir, un mero lugar de almacenaje de sujetos a la espera de su juicio pero que era acompañado de torturas, las cuales eran aprovechadas para averiguar, en la mayor parte de las ocasiones, los sucesos criminales.

En la Edad Media, la prisión tiene todavía un eminente "carácter asegurativo", al objeto de que los reos fueran sometidos con posterioridad a los

más terribles tormentos demandados por un pueblo ávido de distracciones (penas mutilantes): amputaciones de brazos, piernas, ojos, lengua, quema de carne, entre otros; y la muerte constituye la distracción favorita de las multitudes. La noción de libertad y respeto a la individualidad humana no existían y las gentes quedaban al arbitrio y merced de los detenedores del poder, quienes, a su vez, se debatían en la inestabilidad reinante.

En la Edad Moderna aparecieron las casas de corrección ("*House of Correction*"), que eran edificios dedicados a albergar mendigos, vagos, prostitutas y jóvenes rebeldes con el fin de procurar en ellos su corrección.

En esta época el trabajo productivo apareció como núcleo central de la ejecución y el medio idóneo de alcanzar las finalidades pretendidas, que en este caso no fueron tan sólo la explotación de la mano de obra de los penados, sino también su reforma o corrección. Se puede decir que nace el antecesor de la cárcel moderna.

Resumiendo, Elías Neuman¹ divide la evolución de las cárceles en cuatro períodos:

¹ NEUMAN, Elías. "Prisión abierta, una nueva experiencia penológica". México: De Palma. 1984.* Trabajo realizado en el marco de Proyecto de Investigación BJU 2003-04461, concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

a) Período anterior a la sanción privativa de libertad: En el que el encierro era un medio para asegurar la presencia de la persona (reo) al acto del juicio.

b) Período de explotación: El Estado advierte que el condenado constituye un apreciable valor económico en trabajos forzados, la privación de libertad es un medio de asegurar su utilización en trabajos penosos.

c) Período correccionalista y moralizador: Encarnado por las instituciones del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

d) Período de readaptación o resocialización: Sobre la base de la individualización penal, el tratamiento penitenciario y pospenitenciario.

Con lo anterior he querido ilustrar el proceso evolutivo de la razón de ser de las prisiones y la importancia que hoy en día tiene en la comunidad la reinserción, rehabilitación y renovación de los internos.

Desde el punto de vista de la propiedad de la empresa, existen tres tipos: empresa privada, empresa pública y empresa mixta.

a) La propiedad de la empresa privada está en manos de particulares, ya sean personas naturales o también otras empresas, igualmente privadas.

b) Las empresas públicas son aquellas en las que la propiedad pertenece al Estado. También se puede dar el caso de que puede ser de régimen privado, es decir, que se regula por la Ley General de Sociedades. Esto se hace con el fin de dar autonomía económica y de gestión a dichas empresas.

c) Finalmente, las empresas mixtas son aquellas en las que la propiedad está compartida entre el Estado y los particulares, teniendo ambos representación en el Directorio.

La tendencia mundial, en lo referente a la participación del Estado en la vida empresarial, es que cumpla el papel de regulador más no de gestor y/o administrador. En ese sentido, el Estado se desprende de la función de administrador a través de dos opciones: la privatización y la concesión.

La privatización consiste en vender la propiedad de una empresa pública al sector privado y se utiliza para las actividades económicas que se consideran propias de la actividad privada. En cambio, existen otras actividades que son propias

de los servicios que debe dar el Estado a la sociedad. En estos casos y con el fin de mejorar la calidad de los mismos, el Estado concede su administración al sector privado, asumiendo un rol regulador. A esta modalidad se le denomina concesión.

Entonces, la concesión es un acto administrativo por medio del cual la Administración Pública concede una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos. La concesión administrativa se considera un procedimiento en donde se hace entrega a los particulares de ciertas actividades de la explotación de bienes o servicios que el Estado no está en condiciones de desarrollar, ya sea por su incapacidad económica y/o técnica, o porque su misma organización no le permite desarrollarla, o porque simplemente así lo estima útil o conveniente para optimizar los servicios que debe prestar a la sociedad.

La doctrina jurídica contemporánea considera la concesión como un acto mixto, compuesto de varios elementos, consistentes en un acto sistematizado, un acto condición y un contrato. De los elementos anteriores el más importante es el contractual, ya que es el que contiene la protección de los intereses y la garantía de la inversión del particular al que se le otorga la concesión, sin olvidar también que el gobierno establece las condiciones de dicha concesión.

Cada caso concreto regula en forma especial la concesión que se pretende otorgar de manera que el elemento regulatorio de las concesiones fija las normas a las que deberá sujetarse el concesionario y establece la organización y funcionamiento de la misma.

Por lo anterior, el régimen legal garantizará al poder público ejercer sin tropiezos el control que le corresponde sobre la concesión y al particular le garantiza la explotación de la misma. Por lo tanto, el concesionario viene a ser un colaborador del poder público con relación al servicio concesionado. El particular, estimulado por el espíritu de lucro, da una eficaz atención a los servicios públicos concesionados y el Estado, a su vez, estimula el fomento a la riqueza, crea nuevos empleos y recibe importantes cantidades por concepto de impuestos.

La concesión de un servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. El concesionario actúa por su

propia cuenta y riesgo, la labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios, con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas, ya que la asignación de atribuciones se efectúa a una persona determinada, que actuará bajo el severo y constante control de la autoridad concedente, y únicamente por el plazo que se haya convenido. En consecuencia, la concesión no acarrea la delegación de facultades de un poder público, sino que se transfieren, temporalmente, ciertas atribuciones para la prestación de un servicio público.

El legislador ha considerado necesario a lo largo de la historia jurídica de la concesión que la autoridad respectiva se cerciore previamente de la honorabilidad y sólida posición financiera de los solicitantes de las concesiones que requieren fuertes inversiones de capital. Por regla general las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudican mediante el procedimiento de licitación pública; este tipo de licitación permite verificar que las personas interesadas en obtener la explotación de un servicio público cumplan con los requerimientos que las autoridades solicitan de los particulares.

El contrato correspondiente contendrá como mínimo lo siguiente:

- La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato.
- La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato.
- El precio unitario y el importe a pagar por los bienes y servicios.
- La fecha, lugar y hora de entrega.
- Porcentaje, número y fechas de las exhibiciones y amortizaciones de los anticipos que se otorguen.
- Forma y términos para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato.
- Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes y servicios.
- Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste.
- Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes y servicios, por causas imputables a los proveedores.
- La descripción pormenorizada de los bienes o servicios objeto del contrato, incluyendo, en su caso, la marca y el modelo de los bienes.
- Salvo que exista impedimento, la estipulación de que los derechos de autor u otros derechos

exclusivos que se deriven de los servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones contratados, invariablemente se constituirán a favor del Estado o de la entidad, según corresponda.

- Las garantías que se generan de los contratos se constituyen a favor del Estado.

Las dependencias y entidades que intervengan en los contratos pueden rescindirlos por incumplimiento del proveedor, con la debida notificación fundada y motivada. Además que podrán dar por terminado el contrato anticipadamente cuando se pueda ocasionar algún daño o perjuicio al Estado.

Por su parte, los particulares, en caso de que sean las dependencias o entidades las que incurran en incumplimiento, recibirán la indemnización correspondiente pactada en los contratos, dándoles seguridad jurídica a los concesionarios con relación a sus inversores. El derecho del concesionario sobre los bienes afectados a la concesión no tiene una duración indefinida, sino que, por virtud del llamado derecho de reversión, pasan al Estado al término del contrato.

El concesionario está obligado a mantener en buen estado los bienes durante el plazo de la concesión, llegándose a autorizar al Gobierno para intervenir a la empresa si durante la última parte de la vigencia de la concesión el concesionario no mantiene los bienes en buen estado. De todo lo anterior se desprende que las concesiones que otorga el Estado a los particulares se encuentran protegidas por leyes específicas, que no permiten a los concesionarios salirse de los esquemas de los contratos que celebran y lo que la propia ley estipula al respecto para la explotación de la concesión.

Las licitaciones no son sencillas y son muchos los requisitos que hay que cumplir. Por lo tanto, el esquema de la concesión podría ser más explotado por el Estado permitiendo a los particulares la injerencia en actividades donde el Estado estime necesaria su participación, y que permita atender otras áreas y aplicar en beneficio de otros programas sociales los recursos no utilizados en los servicios concesionados a los particulares.

Los tres tipos de concesión que existen son:

- a) Concesión total: Es el desarrollo "llave en mano" completo a través del sector privado. En este enfoque la única responsabilidad del Gobierno es de supervisar el contrato con el inversor privado. Además, el Gobierno provee

el terreno y le infraestructura, y el consorcio privado diseña, financia, invierte y maneja todos los servicios concesionados.

- b) Semi-concesión: Tiene el mismo enfoque que el modelo de concesión a excepción que el Gobierno guarda para sí la ejecución de algunos servicios. Este enfoque requiere una interacción diaria continua entre inversor-promotor y el Gobierno para coordinar servicios y responsabilidades.
- c) Arrendamiento con opción de compra: El sector privado sirve de agente del Gobierno para diseñar, construir y financiar el servicio según especificaciones establecidas en la petición de licitación pública. El Gobierno paga un arrendamiento anual por el servicio, pero asume todas las responsabilidades operativas y de mantenimiento.

El tema del tratamiento penitenciario no puede verse al margen de la sociedad puesto que la administración penitenciaria hace frente a un problema que, en esencia, representa la fase final de la problemática criminal. El número de internos recluidos en las cárceles del país responde a

decisiones del Poder Judicial; sin embargo, los factores criminógenos no emergen del Poder Judicial; el comportamiento criminal se da en una realidad social concreta, por ello es que el problema penitenciario requiere de una tratamiento integral, teniendo en cuenta el entorno social donde se genera la delincuencia.

Tampoco la problemática penitenciaria en el Perú debe ser vista únicamente como un problema de sobrepoblación y hacinamiento, aunque éste sea el aspecto más relevante del problema, puesto que ello nos llevaría a una inmediata respuesta: construcción de más establecimientos penales.

Dentro de este contexto, se puede afirmar que el Estado, como ente protector de la sociedad, no está cumpliendo a cabalidad sus funciones, entre otras razones por:

- Malas políticas de Estado para el tema carcelario.
- Incapacidad y falta de preparación de los encargados del sistema carcelario.
- Las prisiones no son prioritarias para el Gobierno.
- Presupuestos insuficientes.



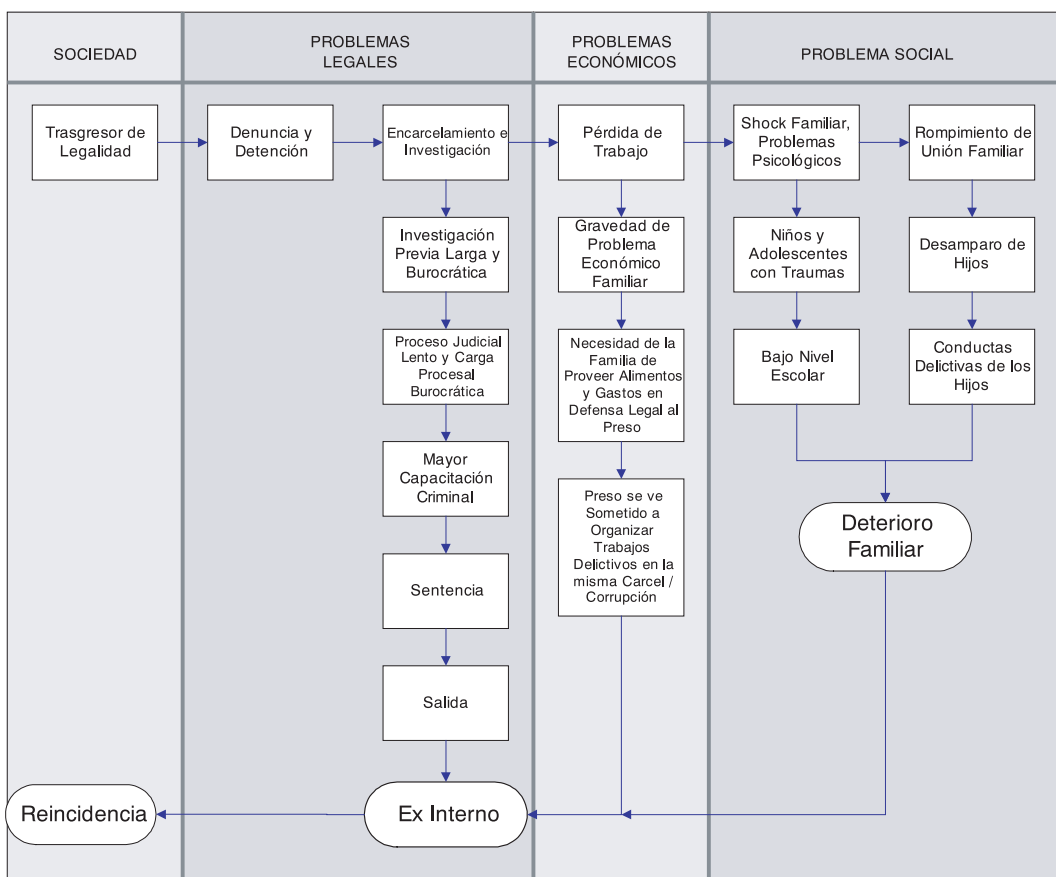
Se considera que el sistema carcelario vigente no logra reinsertar adecuadamente a los presos en la sociedad. Éste es un sistema coercitivo que se limita a aislar al interno de la sociedad cuando su tarea debiera ser la de educar, rehabilitar y preparar al preso para una vuelta digna. Las condiciones carcelarias son infrahumanas y violentas causando un deterioro moral; el hacinamiento y las condiciones insalubres atentan contra la salud física y mental yendo en contra de los derechos humanos más elementales.

Al incrementar el nivel de corrupción hay mayor predisposición al dinero fácil y un incremento en los negocios ilícitos dentro del penal, contribuyendo al mayor índice de criminalidad. El mayor nivel de corruptibilidad en los carcelarios hace que se disminuya el nivel de control carcelario. La baja asignación presupuestal impide contar con una adecuada capacidad de infraestructura carcelaria, que se acentúa con el incremento de la delincuencia, ya que no puede crecer con la demanda de espacio en los centros penales. Resultado de esto es la tugurización en los penales, que reduce el espacio vital, lo que hace que el individuo trate de mantener un espacio de dominio de supervivencia y ello se manifiesta a los demás con una presión por sobrevivir. La consecuencia es la formación de bandas o grupo dentro de los

penales. Si a esto se le agrega lo anteriormente manifestado, el menor nivel de control carcelario, tendremos que el dominio dentro de las prisiones estará en manos de las bandas, aumentando la jerarquización criminal, lo que, a su vez, producirá un aumento en las luchas por el dominio territorial y el incremento de “zonas libres”, es decir, donde no llega el control carcelario. Esto incidirá en el aumento del índice de criminalidad. Otro problema es que el menor nivel de asignación presupuestal produce un menor nivel de atención a la regeneración de los reos, incrementado por el hecho de que hay un menor nivel de preparación en los carcelarios, los cuales no estarían contribuyendo a que se logre la adecuada reinsertión de los reos en la sociedad. Con esto se llega a que el nivel de reincidencia sea alto y, por lo tanto, los niveles de criminalidad se vean aumentados.

Si, por otro lado, se toma en cuenta que las limitaciones económicas del país producen mayores tasas de desempleo, el problema de la adecuada reinsertión de los reos se agrava pues esto hace que la reincidencia criminal sea más alta y, por ende, los índices de criminalidad aumenten.

Como verán en el siguiente gráfico, el tema de la reincidencia es recurrente.



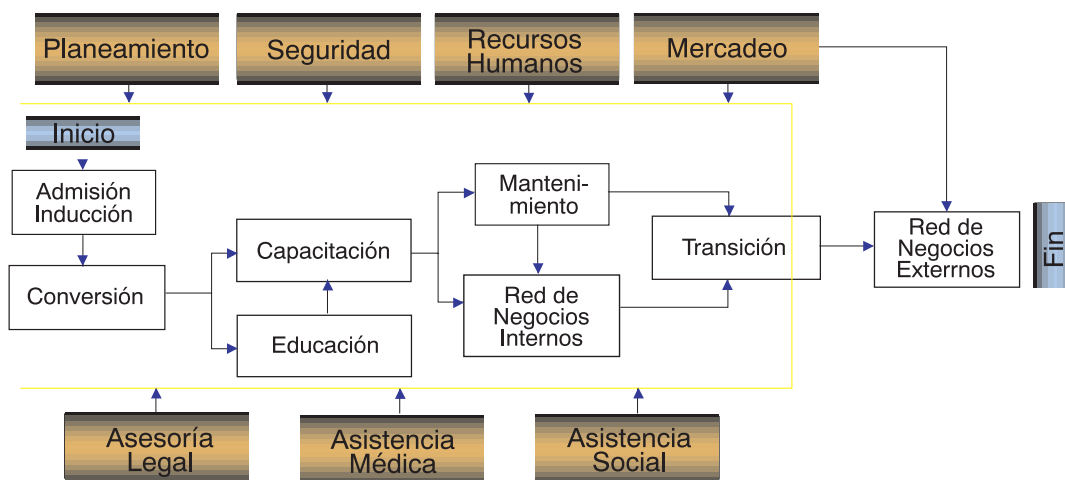
Ahora bien las preguntas que debemos hacernos son:

- ¿Es posible dar en concesión centros penitenciarios en el Perú?
- ¿Qué tipo de prisión debe ser el modelo que se plantea?
- ¿Es posible rehabilitar al reo mediante sistemas de reeducación y trabajo?
- ¿Es viable el auto sostenimiento carcelario?
- ¿Cuál es el costo escondido que hoy asumen los internos y sus familias?
- ¿Estarán interesados los reclusos en colaborar con su auto rehabilitación?
- ¿Estarán interesados en sufragar parte de sus gastos de rehabilitación?
- ¿Qué impacto social se espera lograr con este modelo?
- ¿Cómo lograr que la sociedad acepte este nuevo sistema?

Como vemos, la concesión de prisiones daría solución a los problemas de fondo:

- En lo económico, aliviaría el problema carcelario, sirviendo como modelo para mejorar la situación existente.
- En lo social, estaría cumpliendo con el objetivo de resocializar al preso, contribuyendo a la tranquilidad y seguridad ciudadana, generando una rentabilidad social.
- En lo administrativo, al entregar el manejo de una prisión a la empresa privada, se estaría abriendo un nivel de competencia en la cual la sociedad compararía la Administración Estatal *versus* la privada. El Estado resulta, por lo general, mejor supervisor que administrador.
- Con un manejo empresarial se piensa que la concesión de cárceles podría ser rentable.
- En lo moral, se estaría contribuyendo a recuperar un grupo social que por distintas razones se ha desviado de la ley y en las condiciones actuales no es posible su recuperación.

Modelo Prisión Empresa Procesos



Como vemos, estigmatizar la concesión de penales al sector privado por razones egoístas e ideológicas no hace sino postergar la verdadera solución a un problema que, en el caso peruano, es endémico. Lo único que hay que buscar en la concesión es un equilibrio preciso entre los intereses de la sociedad, el Estado y el sector privado, y no pretender disfrazar los costos en la comparación entre el sector privado y el sector estatal con el fin

de seguir marginando al sector privado, puesto que si éste no cumple los compromisos asumidos, será sancionado económica y legalmente, en cambio, en el Estado la forma de medir los resultados de la mala gestión es generalmente ocultada y, en el mejor de los casos, sanciones menores a funcionarios que serán reemplazados por otros funcionarios siguiendo esta letanía de frustración para las familias dentro y fuera del penal.

Y lo más importante es no engañar a la población:

- ¿Quién construye los penales? La empresa privada.
- ¿Quién diseña los penales? La empresa privada.
- ¿Quién pone los equipos? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica la ropa? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los sanitarios? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los utensilios de cocina? La empresa privada.
- ¿Quién diseña y provee los equipos de seguridad? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica las armas? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los equipos de iluminación? La empresa privada.
- ¿Quién fabrica los equipos de vigilancia electrónica? La empresa privada.
- ¿Quién adquiere los bonos que emite el Estado para financiarse? La empresa privada.
- ¿Quién provee al Estado de los impuestos? La empresa privada y los contribuyentes personas naturales.
- ¿Qué es lo único que falta en este proyecto para solucionar el problema penitenciario? Que la administración pase al sector privado.

Espero que reflexionemos todos y rompamos de una vez por todas con el paradigma y mitos del manejo por parte del sector privado de los centros de reclusión.

PRIMERA PARTE DE JACOBO DÓPICO: ***EJECUCIÓN PENITENCIARIA y LUCRO EMPRESARIAL***^{***}

I. INTRODUCCIÓN

Sería un error tomar posición a favor o en contra de la intervención privada en la gestión penitenciaria sin más. La heterogeneidad de los extremos implicados hace que una respuesta no matizada sea, necesariamente, una respuesta equivocada. Los problemas no son los mismos si

hablamos de la intervención del sector privado *empresarial* o del *non-profit*; o de la privatización de la *construcción* de centros penitenciarios, de su *gestión integral* o de la gestión de concretas tareas (y, aún, si son tareas modestas –alimentación, mantenimiento–, o más ambiciosas, como dirigir el tratamiento penitenciario). Debe subrayarse esta heterogeneidad porque no es infrecuente en análisis poco rigurosos un sofisma por error de extensión: basarse en lo menos (la admisibilidad de ciertas formas de intervención privada) para concluir lo más (admisibilidad de la gestión integral lucrativa de instituciones penitenciarias)².

Por la extensión que los editores dan a estos artículos, me limitaré a introducir los principales problemas asociados a la *gestión de centros penitenciarios por entidades con fines de lucro*.

II. ¿SON LAS PRISIONES PRIVADAS MÁS EFICIENTES?

Las prisiones privadas son cualquier cosa menos una novedad. Desde el siglo XVIII ha habido multitud de experiencias de gestión penitenciaria privada³. “La historia de la implicación del sector privado en el ámbito correccional es monótonamente brutal, una historia bien documentada de abusos a los internos y corrupción política”⁴. Su histórico y reiterado fracaso traslada a sus defensores el *onus probandi* de la oportunidad de un nuevo intento.

El soporte principal de estas políticas se reduce a un argumento⁵: la *mayor eficiencia*. El argumento compara la calidad y el costo del servicio prestado en las prisiones *públicas* y en las *privadas*; y afirma que las segundas consiguen un servicio de calidad igual o mejor, pero por menos dinero, debido a una mejor capacidad de gestión de los recursos. En la medida en que se trata de una afirmación sobre la realidad, podemos falsarla. Si no fuese cierta, la posición a favor de la privatización quedaría sin su soporte fundamental⁶.

^{***} Trabajo realizado en el marco de Proyecto de Investigación BJU 2003-04461, concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología.

² Advierte de esta tendencia SANZ DELGADO, Enrique. “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1999. p. 385.

³ Ver tan sólo SANZ DELGADO, Enrique. “Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria”. Madrid. 2000. p. 21 y siguientes. Incluso mucho antes, ya en las Partidas se prohibían las cárceles particulares, por los abusos y arbitrariedades que se podían cometer en ellas. Ibid. p. 35.

⁴ DIJULIO, John. Citado por DONAHUE, John. “Prisons for Profit: Public Justice, Private Interests”. Washington. 1988. p. 19.

⁵ LOGAN, Charles. “Private Prisons: Cons and Pros”. New York: Oxford, 1990. pp. 41 y siguientes; hacía un artificioso esquema de diez clases de argumentos favorables y contrarios (argumentos relativos a la adecuación de la intervención privada; a su coste; a su calidad; etcétera). Varias de esas clases parecen, en realidad, reiteración de otras; otras sólo se corresponden con argumentos de una de las posiciones.

En las últimas décadas se ha reunido un cierto *corpus* de estudios sobre eficacia penitenciaria y costes de las prisiones privadas que, sin embargo, es epistemológicamente un caso curioso. Cuando se cuenta con un cierto *corpus* de estudios empíricos, lo habitual es que una hipótesis se valide y las demás se desechen. Pero en este caso no es así. Un grupo de estudios apelan a la evidencia de que las prisiones privadas son más eficientes que las públicas, y otro grupo apela a la evidencia de lo contrario⁷. Lo cierto es que los estudios que apoyan la privatización en los Estados Unidos son puestos en duda por los estudiosos desde un punto de vista metodológico; duda plenamente comprensible cuando se trata de estudios *financiados por Corporaciones penitenciarias* concesionarias de cárceles privadas⁸.

Los estudios más recientes y fiables⁹ apuntan a que la gestión privada no produce un ahorro relevante. El primer referente fue el informe de la *U.S. General Accounting Office*¹⁰ que concluía que no había evidencia de la superioridad de la gestión

privada y que, incluso, muchos de los centros privados no alcanzaban el debido 7% de ahorro¹¹. Es más: hay pruebas de que la principal compañía privada (CCA) perdía dinero los primeros años, a modo de curioso *dumping* –para, conseguidas las concesiones, subir después sus tarifas–¹². Que unas corporaciones con presupuestos multimillonarios no consigan pruebas de ese mayor ahorro (pruebas que le serían *muy* lucrativas) es significativo. Los estudios independientes más serios concluyen la *irrelevancia de la titularidad del centro* desde el punto de vista del coste¹³.

La *calidad* del servicio tampoco se ha demostrado superior en los centros privados. Para estudiarla se ha atendido a extremos como las *fugas*¹⁴, a la *recidiva* de los presos liberados (que no se revela menor en los centros privados)¹⁵, etcétera; además, los datos sobre abusos y lesiones de los derechos de los presos tampoco sugieren la superioridad de las prisiones privadas¹⁶. También se ha señalado que, a veces, se ha caído en la tentación de reducir costes eliminando

⁶ Otros argumentos deben considerarse derivados del anterior, como el de la competitividad (la gestión privada introduciría competitividad entre las propias empresas penitenciarias y con los servicios estatales). Este argumento es contradicho por la realidad: las empresas han tendido en Estados Unidos a prácticas eliminadoras de la competencia, como el reparto del mercado: SHICHOR, David. "Punishment for profit. Private prisons/public concerns". Londres. 1995. pp. 17-18. SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 273. Ello se explica por la estructura de este "mercado", en él no se da la relación bilateral oferente – demandante. SHICHOR, David. Op. Cit. pp. 71-72. Aquí quien recibe el servicio (el preso) no puede optar entre un centro y otro; como señala DONAHUE, John. Op. Cit. p. 21; donde ocurre esto (por ejemplo: guarderías, asilos para ancianos) no se da competencia en relación con la calidad (o sólo a la baja, para reducir costes). Por su parte, argumentos como el de la subsidiariedad de la actividad estatal no son aplicables a este caso, pues aquí no se trata de que el Estado se retire del mercado para dejar espacio a la iniciativa privada, sino de que el Estado pague a ciertas empresas por desempeñar tareas que no podrían ser mercancía lícita en el mercado entre particulares.

⁷ PERRONE, Dina y Travis PRATT. "Comparing the Quality of Confinement and Cost-Effectiveness of Public versus Private Prisons. What We Know, Why We Do Not Know More, and Where To Go From Here". En: The Prison Journal 83, 3. 2003. p. 317.

⁸ MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. "Corrections Corporation of America. A Critical Look At Its First Twenty Years". Mayo de 2003. p. 44. En: www.nicic.org/Library/019353. Palmario es el caso de Th. Charles, académico pro-privatización y miembro de la comisión de privatizaciones, sancionado porque su actuación en esta institución planteaba un conflicto de intereses, ya que también se sentaba en el Consejo de una sociedad instrumental de la principal corporación penitenciaria (CCA). Los estudios de quien cobra más de 3 millones de dólares de uno de los implicados en la materia estudiada deben ser tomados con cautela. Concretando la cuestión, GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. "Private Prisons, Criminological Research, and Conflict of Interest: A Case Study". En: Crime & Delinquency 45, 3. Julio. 1999. p. 372 y siguientes. Señalan el sesgo de uno de sus estudios que se plasma en afirmaciones metodológicamente cuestionables.

⁹ De entrada, se excluyen los financiados por las propias Corporaciones Penitenciarias y los dirigidos o co-firmados por personas que comparten con ellas intereses económicos (como el ya citado caso de Charles).

¹⁰ U.S. G.A.O. "Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service". Agosto de 1996.

¹¹ GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. Op. Cit. p. 383.

¹² DONAHUE, John. Op. Cit. p. 12; SHICHOR, David. Op. Cit. p. 160. SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 340.

¹³ Ver además, por muchos: PERRONE, Dina y Travis PRATT. En: "The Prison Journal 83, 3. Setiembre del 2003. p. 305; CAPLAN. "Policy for Profit. The Private-Prison Industry's Influence Over Criminal Justice Legislation". En ACJS Today XXVI. Enero - febrero del 2003. Iss. 1. p. 16; AUSTIN, James y Garry COVENTRY. "Emerging Issues on Privatized Prisons, Bureau of Justice Assistance". Febrero de 2001. PRATT, Travis y Jeff MAAHS. "Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies". En: Crime & Delinquency 45, 3. Julio. 1999. pp. 358 siguientes; y referencias en SHICHOR, David. Op. Cit. p. 163; SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 327; DEL ROSAL, Bernardo. "Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal". p. 579. De hecho, incluso un estudio solicitado por el Attorney General a Abt Associates, confirmado entre otros por el ya citado Charles y por Crane (un ex directivo de la CCA, la principal corporación penitenciaria) consideró que no había prueba concluyente de esa ventaja.

¹⁴ Los datos sobre fugas pueden ser considerados indicativos de mala gestión de la seguridad del centro. Al ser proporcionados por las propias empresas, y difícilmente contrastables, no resultan fiables: es plausible que las cifras sean "maquilladas". PERRONE, Dina y Travis PRATT. Op. Cit. p. 318.

¹⁵ BALES, William; BEDARD, Laura; QUINN, Susan; ENSLEY, David; HOLLEY, Glen; DUFFEE, Alan y Stephanie SANFORD. "Recidivism: An Analysis of Public and Private State Prison Releases in Florida". Diciembre del 2003. pp. 34-35; sí observan, empero, una pequeña variación en el caso de las presas adultas a favor de los centros privados, pero que debe tomarse con cautela, por las características de la medición. Un estudio de Lonn Lanza-Kaduce, Karen F. Parker y Charles W. Thomas (1999) afirmaba que la reincidencia era menor en los presos de centros privados; sin embargo, la sombra de duda que arroja el citado *conflicto de intereses* de Charles, junto con los defectos metodológicos señalados por GEIS, Gilbert; MOBLEY, Alan y David SHICHOR. Op. Cit. pp. 372 y siguientes; y la mayor apariencia de fiabilidad de estudios posteriores con resultados divergentes, aconsejan ponerlo en cuarentena.

¹⁶ GREENE, Judith. "Prison Privatization: Recent Developments in the U.S.", *paper* presentado al ICOPA (Toronto, 12-5-2000); DEL ROSAL Bernardo. Op. Cit. p. 578 (en relación con casos de hacinamiento en centros privados).

servicios importantes, como ciertas *atenciones médicas*¹⁷.

III. EXCURSO. UN REPASO REALISTA A LAS VERDADERAS CAUSAS DE LA NUEVA OLEADA PRIVATIZADORA EN ESTADOS UNIDOS. PARALELISMOS

En realidad, de entre todos los condicionantes de la nueva oleada privatizadora en los Estados Unidos, hay dos que merecen especial atención.

El primero de ellos fue *el fin de la política hands-off*¹⁸. Hasta la década de 1960, los tribunales no conocían de las condiciones de internamiento de los presos. Esto terminó por generar una *zona exenta de protección* de los derechos humanos. Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema Federal de 1963 rompió con esa política y desencadenó una masiva revisión judicial de las condiciones de las prisiones norteamericanas, que se revelaron terribles e inhumanas. La situación fue tan grave que, en 1969 y 1974, los sistemas penitenciarios de Arkansas y Oklahoma fueron objeto de censura constitucional por contravenir la octava enmienda, que prohíbe las penas crueles y extraordinarias. En 1985, sólo los sistemas penitenciarios de ocho estados *no* habían sido objeto de intervención judicial. La responsabilidad que amenazaba a la administración penitenciaria era, pues, extraordinaria, ya que prácticamente debía renovar casi todo su sistema. La privatización apareció como la respuesta más sencilla a la tentación de *pasar el problema* (y, sobre todo, *la responsabilidad*) a otro¹⁹.

Compárese con la privatización de los centros de menores españoles. En el reparto de competencias administrativas, estos centros corresponden a las *Comunidades Autónomas* (en adelante, CCAA) y no a la administración central. Con la nueva Ley

Penal del Menor de 2000, las CCAA se quejaban de no tener medios suficientes para poner en pie un sistema autonómico de centros de menores. Por ello, esta nueva ley permitió delegar la gestión de los centros a entidades privadas (supuestamente) sin ánimo de lucro²⁰, lo que ha sido contemplado como un modo de *pasar el problema hacia delante* (y también como una auténtica *avanzadilla* para ulteriores avances privatizadores²¹).

El segundo es *el disparatado incremento de la población penitenciaria*. Este incremento halla entre sus causas fundamentales:

- El *abandono del ideal rehabilitador*. La progresiva restricción de medidas como la *probation*, la *parole* y otras *diversion measures* redundan en un gran incremento de la población penitenciaria (entre 1970 y 1988 prácticamente se *triplica*²²). Además, si para la rehabilitación *"nada funciona"*²³, las prisiones deben convertirse en meros *depósitos de gente*, por lo que su privatización es una tarea aún más sencilla (ya que sólo se espera de la prisión que *los presos no salgan*, y no otros objetivos rehabilitadores más complejos).
- Su sustitución por el punitivismo de las políticas de *law and order* y de *inocuidad y seguridad ciudadana*, que redundan en penas de mayor duración. Este factor es de gran importancia en nuestra situación actual. La última década ha traído una *deriva securitaria* que concibe al Derecho Penal como un instrumento al servicio de la seguridad ciudadana y el orden público, como una extensión del Derecho policial²⁴. Pretender que la prisión cumpla estos fines exigirá modificar su estructura y, sobre todo, su *tamaño*.

¹⁷ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 19.

¹⁸ Sobre este punto, por todos, ver: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Op. Cit. pp. 567 y siguientes; pp. 571 y siguientes.

¹⁹ Señala SHICHOR, David. Op. Cit. p. 61, cómo la privatización sirve a la Administración para desentenderse del problema de los presos.

²⁰ Lo cierto es que los ingresos por menor y día que pueden recibir estos centros son altísimos (hasta 300 euros por menor y día en el convenio marco de la Comunidad Autónoma de Madrid); compárese: cifras entre 4 y 10 veces menores para centros de adultos en Estados Unidos. MCFARLAND, S; MCGOWAN, C y T. O'TOOLE. "Prisons, Privatizations and Public Values". p. 4.

²¹ SANZ DELGADO, Enrique. Op. Cit. pp. 387-388.

²² Ibid. pp. 151 y siguientes.

²³ "Nothing works" es el tópico por el que se hace famoso el trabajo de MARTINSON, Robert. "What works? Questions and Answers About Prison Reform". Public Interest 35. 1974. pp. 22 y siguientes. Curiosamente, mucho más famoso que su autorrefutación, publicada un lustro después ("New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform". En: Hofstra Law Review 7/2. 1979. pp. 243 y siguientes); sobre su evolución, ORTIZ DE URBINA, Íñigo. "Economic Analysis of Crime: What's Wrong?". En: www.isnie.org/ISNIE05/Papers05/ortizdeurbina. PDF. pp. 22-23.

²⁴ Díez RIPOLLÉS, José Luis. "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; en: criminet.ugr.es/recpc, del 06 de marzo de 2004. Ver también la crítica de GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel. "Crítica a la política penal de orden público". En: Cuadernos de Política Criminal 16. 1982. pp. 68 y siguientes; de renovada actualidad.

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PRIVATIZACIÓN

1. Consolidación de una opción político-criminal equivocada

La actual oleada privatizadora, pues, se explica más como *hija de su tiempo político* que como fruto de una reflexión económica. El brutal incremento de la población penitenciaria en Estados Unidos hasta los casi 600 presos por 100.000 habitantes (unas 5 veces la media europea) disparó las necesidades penitenciarias, y hubo que satisfacerlas de algún modo. Quizá no se trate del punto más importante, pero sí el más urgente, pues se basa en un hecho presente en muchos otros sistemas penales.

Así, la población penitenciaria española se ha duplicado entre 1992 y 2006²⁵, como consecuencia de factores similares: incremento de las penas y eliminación de la redención de penas por el trabajo (Código Penal de 1995), políticas de “cumplimiento íntegro” que restringen la libertad condicional y las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad (reforma de 2003), consideración del Derecho penal como instrumento de orden público policial y no como *ultima ratio* punitiva, etcétera.

Por ello, antes de adoptar decisiones *difícilmente reversibles* como la privatización penitenciaria²⁶, procede replantearse si la política criminal que conduce a estas cifras es adecuada.

Y no lo es. El Derecho Penal *no debe ser* una prolongación del Derecho Policial para mantener el orden público callejero y controlar la peligrosidad subjetiva, tanto por lo intrínsecamente inadecuado de la pena para tales funciones (corroborada por su ineffectividad en esos terrenos),

como por el alto grado de afectación de derechos fundamentales.

Además, la evidencia científica muestra los problemas provenientes del abandono de las necesidades de rehabilitación. El *desencanto* de los 80 no estaba menos *ideologizado* que la desaforada fe en la resocialización en los años 50-60. Los estudios más modernos indican no sólo que *sí hay cosas que funcionan*²⁷ en materia de rehabilitación, sino, además, lo irrenunciable de una planificación de la *prisoner reentry*²⁸. Hoy sería irrazonable ceder la prisión desprovista de la fundamental función resocializadora²⁹, como un *depósito de personas* para arrojarlas a la sociedad libre tras el último día de encierro.

En resumen: antes que privatizar un exceso de plazas penitenciarias, debemos estudiar si debe replantearse este modelo inflacionario. Todos los indicios apuntan a que sí.

2. Los peligros de una gestión privada

a) Legitimidad para adoptar decisiones fundamentales sobre la pena

En la fase de ejecución (sobre todo en sistemas progresivos), el centro penitenciario ha de adoptar decisiones que afectan de modo fundamental a la duración e intensidad de la pena. Esto supone un *ineludible* problema de legitimación para la privatización³⁰. Igual que no cabría privatizar la función judicial penal, no cabe delegar en manos de un particular la decisión sobre si una persona alcanza el régimen abierto, la libertad condicional, etcétera. Sería humillar a un ciudadano sometiendo su libertad al arbitrio de un particular o una empresa³¹. Esto es aún más grave en relación con el *régimen*

²⁵ Ver los datos en: www.mir.es/INSTPEN.

²⁶ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 9.

²⁷ Ver tan sólo el Informe del Home Office británico. “The impact of corrections on re-offending: a review of ‘what works’”. Tercera edición. Londres: G. Harper y Ch. Chitty. 2005; y ORTIZ DE URBINA, “Economic Analysis...”. Punto II.c (titulado “The rehabilitative ideal and the not-so-dismal news of the dismal science”).

²⁸ ORTIZ DE URBINA, Iñigo. Op. Cit. p. 24; señala cómo bajo el tópico de la *prisoner reentry* han vuelto a entrar en el debate académico y político las cuestiones de prevención especial positiva.

²⁹ En efecto, en ocasiones se han reducido costes para maximizar el beneficio mediante eliminación de programas de rehabilitación. BENDER, Edwin. “Private Prisons, Politics & Profits”. En: www.followthemoney.org. Julio 2000. p. 11.

³⁰ La pena estatal “debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida por el sistema legal contra el que se cometió la infracción”. HART, H. L. A. “Punishment and responsibility”. Oxford. 1968. p. 5.

³¹ Señala LIPPKE, Richard. “Thinking About Private Prisons”. En: Criminal Justice Ethics de 1997. Volumen 16. Texto a la nota 2, que la punición es monopolio estatal precisamente para excluir la influencia de los intereses privados; o, más sencillamente: para asegurar que todos son tratados con igualdad ante la ley penal. Para REISIG, Michael y Travis PRATT. “The Ethics of Correctional Privatization: A Critical Examination of the Delegation of Coercive Authority”. En: The Prison Journal 80, 2. 2000. p. 219, no existe una reflexión filosófico-moral que sostenga el movimiento privatizador.

sancionador penitenciario. Nuestras constituciones no permiten que a un preso se le imponga, por ejemplo, una sanción de aislamiento *por la decisión de una empresa*³².

b) Riesgos del lucro como factor influyente en la ejecución penitenciaria

Además, *el lucro empresarial introduce una distorsión insalvable*³³. Las corporaciones penitenciarias suelen cobrar por preso y día³⁴. Por ello, si la ocupación disminuye y no cubren sus plazas, se verán perdiendo dinero con plazas que han costado dinero y no son amortizables³⁵. No obstante, la empresa penitenciaria *tiene en sus manos la posibilidad de prolongar las estancias en prisión*. En un régimen progresivo, puede decidir si otorga el tránsito a un centro abierto o la libertad condicional; también decide sobre los permisos de salida, redención de penas por trabajo³⁶, sanciones disciplinarias que pueden bloquear el acceso a estos beneficios³⁷, etcétera.

Estas empresas pueden decidir sobre el enduramiento y prolongación del internamiento; y tienen incentivos para optar por ello aun cuando objetivamente no proceda, porque puede suponerles beneficio económico³⁸.

En la administración de los asuntos públicos no se permiten estos conflictos de intereses: los funcionarios no deben decidir sobre cuestiones donde se vea implicado su interés. Ello es aún más grave aquí, pues lo que se ve implicado es la

libertad de seres humanos: debe existir una garantía objetiva de *no contaminación*. Las normas de garantía obligan a grandes gastos, pues previenen eventos considerados *muy indeseables*, y pretenden minimizar el riesgo de que acaezcan³⁹. Nuestros sistemas constitucionales no admiten tal vulneración de las garantías de los derechos de las personas presas, que somete su libertad al arbitrio de quien puede atentar contra ella por lucro⁴⁰.

Asimismo, las corporaciones también tienen incentivos para *ocultar posibles abusos de su personal o de los propios internos*, generando así ámbitos de impunidad, porque si se conociesen, revelarían una mala gestión e influirían en la no renovación de la concesión (y, consecuentemente, en su cotización en bolsa: por ejemplo, por ciertos escándalos, las acciones de una empresa participada por CCA cayeron en picada, en 30 meses, de 45 dólares a 3 dólares por acción⁴¹). Lo mismo puede predicarse de los propios empleados: ¿quién se arriesga a denunciar un evento que dañará económicamente a su empleador?

En relación con los trabajadores, debe señalarse que la reducción de costes en las prisiones privadas necesariamente debe pasar por el *recorte de los costes laborales*, que constituyen, con mucho, la partida más importante de esta clase de actividad. Sin embargo, como se ha señalado, esto difícilmente puede hacerse sin deteriorar la calidad de la mano de obra⁴². Las demás partidas no alcanzan el 40% del presupuesto, y el margen de

³² A veces se señala un problemático factor simbólico en la privatización penitenciaria, que se deriva de que el personal penitenciario no está revestido de la autoridad del funcionariado. Por todos: DIILIO, John. "The Duty to Govern: A Critical Perspective on The Private Management of Prisons and Jails". En AA.VV. *Private Prisons and the Public Interest*. Londres. 1990. p. 173; SANZ, Enrique. "Las prisiones privadas". pp. 256 y siguientes; CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen XXVI. Issue 1. pp. 16-17. En mi opinión, estos problemas son sólo consecuencias del problema central: la falta de legitimidad.

³³ DEL ROSAL, Bernardo. *ADPCP* 1990. p. 579; SICHOR, David. "Punishment for Profit". p. 73.

³⁴ También es el caso de los centros de menores privados en España.

³⁵ DONAHUE, John. "Prisons for Profit". p. 22.

³⁶ En España fueron eliminadas con el Código Penal 1995, debido a una absurda corrupción del sistema. La ausencia de plazas de trabajo para todos los presos hizo que la Administración, en vez de generar más plazas, diese por válido cualquier trabajo (incluso limpiar la celda) como base para la redención de un día de pena por dos de trabajo. Como se daba por probado, por así decirlo, que todo preso limpia su celda, toda pena quedaba en principio reducida a 2/3, lo que generaba un sistema hipócrita. El Código Penal de 1995 eliminó ese sistema, pero no retocó las penas, con lo que operó un enorme incremento de su duración. El legislador, en vez de resolver el problema, eliminó la institución, privando al sistema penitenciario de lo que podría ser un instrumento fundamental (incluso desde el punto de vista de la gestión interna penitenciaria: ¿cómo gestionar una prisión sin disponer de incentivos?; similar: DEL ROSAL, Bernardo. *ADPCP* 1990. p. 573).

³⁷ DONAHUE, John. "Prisons for profit". p. 23. Se ha señalado que otros sistemas de tarificación también podrían tener efectos perversos. CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen. XXVI. punto 1. p. 18.

³⁸ CAPLAN, J. *ACJS Today*. Volumen XXVI. punto 1. p. 17.

³⁹ Por ejemplo: el riesgo de pruebas obtenidas con mala fe policial obliga a unos carísimos cauces probatorios; el riesgo de fallo condenatorio erróneo obliga a observar unos *standards* procesales auténticamente dispendiosos; etcétera.

⁴⁰ "Es incluso imaginable que un empresario penitenciario sin escrúpulos manipule las recomendaciones de libertad bajo palabra para deshacerse de presos problemáticos, peligrosos, enfermizos o de otro modo caros de detener, mientras mantiene los internos más lucrativos. Al menos, los funcionarios de prisiones públicas están libres de tentaciones financieras directas de manipular la población penitenciaria". DONAHUE, John. "Prisons for Profit". p. 23).

⁴¹ GREENE, Judith. Op. Cit. p. 7.

⁴² DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24; WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: AA.VV. "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. pp. 26 y siguientes; p 33; SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 162; MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. p. 25; en las páginas 26-27 citan casos reales de contratación de menos personal del debido con preparación insuficiente.

mejora técnica que permita abaratar el encarcelamiento sin rebajar las condiciones de vida de los presos es mínimo⁴³.

- c) El control *ex post* llega demasiado tarde. Margen de control

Pero las normas garantísticas aportan algo más: no buscan evitar los eventos indeseados mediante la sanción *ex post facto*, sino fijando *ex ante* protocolos costosos y rigidísimos que buscan no ya evitar la decisión dañina, sino garantizar la asepsia del proceso decisor. Las garantías de los derechos de las personas presas en un centro privado no se satisfacen, pues, con mero control *ex post* estatal⁴⁴. Máxime cuando, a lo sumo, ese control sólo podría intentar comprobar si se cumplen ciertos *standards* en concretos extremos (si se pretendiese la supervisión estatal de toda la actividad de la prisión privada, la delegación sería económicamente inviable, pues habría que pagar la gestión privada y un alto número de funcionarios dedicados a la costosa tarea de la inspección⁴⁵). Si la privatización se basa en reducir costes; y si es técnicamente posible hacerlo rebajando los *standards* de la prestación⁴⁶, entonces la cuestión del control se revela esencial (y la imposibilidad de un control suficiente, como uno de los obstáculos fundamentales a la gestión integral privada).

El problema del control se extiende a otros muchos extremos. Por ejemplo: el Estado no puede otorgar licencias de gran duración, pues blindarían la posición de la concesionaria, por lo que las otorga de corto plazo⁴⁷. Pues bien: en el corto plazo *no todo es evaluable*. Si el Estado otorga concesiones a corto plazo para gestionar una materia tan delicada, a sabiendas de la *imposibilidad de evaluar ciertos extremos*, está disponiendo de caudales públicos basándose quizá en *un acto de fe*, pero sin las garantías necesarias. La posibilidad de

evaluación y control a corto o medio plazo es una de las claves que permite distinguir qué privatizaciones son problemáticas desde el punto de vista constitucional y cuáles –*catering*, mantenimiento, etcétera–⁴⁸ no⁴⁹.

- d) La peligrosa relación empresa privada - dinero de los contribuyentes. Influjos indebidos de las corporaciones privadas sobre las decisiones públicas. De la relación con el cliente a las relaciones clientelares

He aquí quizá uno de los principales núcleos del problema. Ya se ha señalado que no nos encontramos con un sector del mercado que el operador público abandone para ceder al operador privado, sino de una función pública que unas empresas esperan desempeñar para recibir el dinero que el Estado gastaría en ella. No se trata de satisfacer una demanda de los consumidores, sino de satisfacer una demanda de *un solo demandante*, extraordinariamente rico. Esto tiende a generar relaciones de tipo simbiótico (¿parasitario?), como las que se han señalado en no pocas ocasiones respecto de la industria militar, con la agravante de que los servicios penitenciarios *rara vez se prestan a otros países* (como sí es el caso en la industria militar).

Desde la lógica empresarial, debe constatarse que “las prisiones de seguridad para adultos requieren estructuras especiales con unos usos alternativos muy limitados”. Si una empresa adquiere o construye dichas instalaciones y deja de contratar plazas con el Estado, se queda con unas celdas libres sin amortizar⁵⁰. “Los empresarios penitenciarios (a menos que sean incompetentes) aceptarán ese riesgo sólo a cambio de un precio y, si no, se asegurarán de que las autoridades estén efectivamente obligadas a renovar”⁵¹. ¿Y cómo asegurárselo? Centrémonos en el caso norteamericano.

⁴³ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

⁴⁴ Como sugiere LOGAN, Charles. Op. Cit. pp. 60-61.

⁴⁵ Para LIPPKE, Richard. “Criminal Justice Ethics Winter/Spring”. 1997. Volumen 16. Texto a la nota 32, la inspección sólo prevendría las infracciones más toscas, a menos que fuese de una meticulosidad imposible. Apunta SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 332, cómo el coste de la supervisión con frecuencia no se incluye en el cómputo de costes de la prisión privada.

⁴⁶ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 20.

⁴⁷ Por mucho que los contratos a corto plazo se concatenen sin interrupción. DONAHUE, John. Op. Cit. p. 22.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, los extremos que, para el caso español, considera razonables SANZ, Enrique. Op. Cit. pp. 389 y siguientes (construcción, alimentación, asistencia a la resocialización, etcétera).

⁴⁹ Lo cual no significa, necesariamente, que sean aconsejables: aquí ya entran en juego multitud de factores, entre ellos, el problema de la descapitalización de la administración penitenciaria.

⁵⁰ Esto pone de manifiesto, por cierto, que la supuesta flexibilidad de la iniciativa privada en este punto no es tal. La inversión penitenciaria es enormemente rígida, ya que, entre otras cosas, la inversión es muy poco versátil (o se presta el servicio al Estado o se pierde el dinero), por lo que los costes de retirada son altísimos.

⁵¹ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 22.

- Las aportaciones a las campañas de los partidos políticos son altísimas. Sólo en el ciclo electoral 1998 las donaciones registradas de estas corporaciones fueron un 160% de las de grupos tan importantes como la National Raffle Association (cantidades que palidecen si lo comparamos con lo distribuido a través de *lobbistas*)⁵². Cabe preguntar: *¿cuánto del dinero que reciben las corporaciones penitenciarias va a las arcas de los partidos políticos?*⁵³
- Por otra parte, las propias corporaciones penitenciarias han reconocido que las disminuciones en las cifras de criminalidad y condena afectarían a sus beneficios⁵⁴. Probablemente ello explique su activa presencia en *lobbies* (APTCO) y “*think tanks*” (ALEC) que se dedican a endosar al legislador de los estados federados –cuyas campañas financian– proyectos de ley para que se impongan condenas más largas (incluso cadena perpetua a partir de la tercera infracción grave: *three strikes, you’re out*), eliminación o restricción de medidas de evitación de la prisión (*probation, parole*, etcétera)⁵⁵, y a presionar para bloquear, con gran éxito, los proyectos penales menos punitivistas, que podrían perjudicar sus intereses económicos⁵⁶. De hecho, se ha señalado cómo los candidatos financiados y/o premiados por ALEC han aprobado medidas contempladas en los proyectos de ley de esta organización⁵⁷.
- El atractivo de este enorme *pastel* ha llevado a las corporaciones penitenciarias a influir espuriamente sobre políticas tan sensibles como ésta⁵⁸. Así, los estados con más concesiones de prisiones privadas en 1996, un año después tenían tasas de encarcelamiento más altas que los estados con menos concesiones⁵⁹. El citado análisis de Bender sobre los

desembolsos de las corporaciones y la reacción de las decisiones políticas resulta convincente: la acumulación indiciaria deja más allá de la duda razonable el efectivo y contaminador influjo de estas empresas en las políticas penales de los Estados Unidos. Deben reiterarse las premonitorias palabras de Donahue: “La perspectiva de grupos que, en busca de lucro, instan a la comunidad a privar de libertad más duramente a sus miembros delincuentes es suficientemente repulsiva para hacer objetable incluso la más mínima posibilidad”⁶⁰.

V. CONCLUSIÓN

La privatización integral en la gestión penitenciaria es una operación que promete beneficios escasos y muy inciertos que se ven reducidos a *cantidades despreciables* en comparación con los altísimos riesgos a los que habrían que exponer intereses fundamentales, y atendiendo a lo difícil de revertir la decisión en el caso de revelarse errónea. Para los ciudadanos, nada que ganar y mucho que perder.

RESPUESTA DE HÉCTOR BELLIDO A LA PRIMERA PARTE DE JACOBO DÓPICO: MITOS Y PARADIGMAS DE LA PRISIÓN EMPRESA

Hace bien en mencionar el doctor Dópico, al inicio de su artículo, que sería un error tomar posición a favor o en contra de la intervención privada en la gestión penitenciaria; y digo hace bien porque, lamentablemente, las innumerables citas de textos que hace en su artículo sólo reflejan las posiciones de lo autores a los que alude.

En el punto dos pregunta: ¿Son las prisiones privadas más eficientes? Y la única respuesta posible es: sí, son más eficientes. Y, ¿por qué lo son? Primero, porque existen factores de cumplimiento

⁵² Un interesante seguimiento de las donaciones a los partidos políticos en: BENDER, Edwin. “Private Prisons, Politics & Profits”. Ver también: MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. pp. 19-46; CAPLAN, J. ACJS Today XXVI. Op. Cit. p. 18.

⁵³ La conexión entre las corporaciones penitenciarias y los políticos es antigua. Uno de los fundadores de la CCA fue el ex-presidente del Partido Republicano en Tennessee, Th. Beasley (y el mayor apoyo le llegó de su sucesor en dicha presidencia, a cuya campaña contribuyó la empresa generosamente).

⁵⁴ BENDER, Edwin. Op. Cit.

⁵⁵ Es otra de las profecías cumplidas de DONAHUE, John. Op. Cit. p. 23. Ver también: MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. p. 21; BENDER, Edwin. “Private Prisons, Politics & Profits”. p. 7. Señala Bender la coincidencia de que el año de la fundación de la primera *prison* privada se aprueba la federal Sentencing Reform Act de 1984 –emblema de la era Reagan–, que imponía prisión ineludible para delitos para los que antes era posible la *probation*, eliminó posibilidades de libertad condicional e impuso condenas más largas, así como una reducción de la redención de penas por trabajo.

⁵⁶ CAPLAN, J. ACJS Today. Volumen XXVI. Punto 1. p. 18.

⁵⁷ CAPLAN, J. Op. Cit. p. 9.

⁵⁸ En Pennsylvania, de 1980 a 1995 (ya con un gobernador miembro de ALEC), el presupuesto penitenciario aumentó de 90 millones a 600 millones de dólares. El presupuesto de 2000 era de 1200 millones. ¿Había aumentado tanto la criminalidad? La sección penal de ALEC estaba dirigida por un directivo de CCA. BENDER, Edwin. Op. Cit. p. 7.

⁵⁹ CAPLAN, J. ACJS Today. Volumen XXVI. Punto 1. p. 17.

⁶⁰ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

medibles y, segundo, porque las empresas serías se preocupan por mantener un prestigio que les permita consolidarse en el mercado de estas características.

En los libros que menciona el doctor Dópico se hace evidente un sesgo en contra de la actividad privada en los penales. La mayoría de autores a los que hace referencia, a mi entender, no son concientes de lo que significa administrar un penal porque hay que entender con rigor que la administración penitenciaria, por las características y la patología de los inquilinos de las mismas, requiere de un nivel de eficiencia que la empresa privada, por su *modus operandi*, puede lograr con mejores resultados que la actividad del Estado. Esta última debe estar circunscrita a un proceso de supervisión, que es donde el Estado sí puede cumplir un mejor papel, y la única razón por la cual podría “fracasar” el sector privado es si la supervisión es inadecuada.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que el menor o mayor éxito de la actividad privada se debe, en gran parte, al tipo de convocatoria que hace el Estado cuando asigna la concesión de los penales, porque éste regula la actividad a desarrollarse en el penal y puede distorsionar el manejo que se requiere para este tipo de instituciones. Es por eso fundamental y trascendental que los contratos que se implementen sean diseñados con mentalidad privada y no con mentalidad estatal. Por cierto, siempre cautelando el interés de la sociedad, que no es lo mismo que los intereses del Estado, puesto que es a la sociedad a donde el individuo regenerado o degenerado se reinserta.

En el punto tres, el doctor Dópico hace un repaso realista de las verdaderas causas de la nueva oleada privatizadora en Estados Unidos y ratifica la razón más valedera del por qué la necesidad de que el sector privado participe en la concesión de centros penitenciarios, puesto que los problemas en los sistemas penitenciarios manejados por el Estado, el aumento de la criminalidad, la turgurización, el abandono moral, los maltratos, etcétera que se realizaban en la mayoría de centros penitenciarios que maneja el Estado, es lo que sensibiliza a los políticos y a la opinión pública a tomar la decisión trascendental de permitir el acceso de la inversión privada directa en el diseño, financiamiento y manejo de los centros penitenciarios.

Luego, en el punto cuatro trata de los argumentos contrarios a la privatización, en donde detalla un sinnúmero de argumentos, para lo cual cita innumerables partes de textos que, indudablemente, parecen estar influidos por esos conceptos

de irracionalidad en la búsqueda de la solución a problemas como el que tratamos. Menciona temas que son responsabilidad casualmente del manejo del Estado y de los políticos, ya que la administración privada de centros penitenciarios no es la responsable de la criminalidad ni de administrar justicia, sino simplemente la de hospedar y, dentro de sus habilidades, dar lo mejor de sí para rehabilitar, reinsertar y renovar a individuos con una patología complicada que ha sido envilecida en el proceso social manejado casualmente por el Estado.

Mencionan estos tipos de argumentos como el de lucro empresarial, el cual se utiliza para denigrar y entorpecer el desarrollo de una actividad que debería fomentarse con mayor ahínco, puesto que desde que se han establecido la concesiones de penales al sector privado, la sociedad puede comparar la eficiencia del manejo de centros penitenciarios por parte del Estado y la empresa privada, y debe ser la sociedad quien deba juzgar la eficiencia o deficiencia de cada uno de estos tipos de administración. Lo que sucede es que, evidentemente, al ir a inspeccionar a una empresa privada o emitir un informe, en la mayoría de casos, esta es sesgada para justificar, ocultar y disfrazar la incompetencia de las prisiones administradas por el Estado, y es este contrapunteo de resistirse a mostrar las competencias entre un sistema y el otro, el que confunde y perturba un análisis objetivo de las bondades evidentes del sistema de administración privado de prisiones.

Volviendo al tema del lucro, cuando menciona la palabra lucro empresarial lo hace sin tomar en cuenta, y de una manera despectiva, el rendimiento normal que debe tener toda inversión y, casualmente, en esta absurda discusión de las ganancias que debe de tener cualquier inversionista privado sobre el capital tanto intelectual como económico, por lo que se pretende denigrar dicha actividad. Casualmente, el error en el Estado se produce porque el dinero no es de nadie, la inversión no es de nadie, no hay nadie que me haga responsable; “entre nosotros” nos protegemos de nuestras ineficiencias y nosotros nos reclamamos entres nosotros. Por lo tanto, es fácil ver hacia donde van ir todas las críticas en la concesión privada de establecimientos penales.

Respecto al desprecio de la palabra “lucro”, esta se malentiende y se manipula porque, casualmente y felizmente, la empresa privada sí tiene y maneja costos y presupuestos bien estructurados que incluyen mantenimiento de la infraestructura, por lo que, entonces, los resultados de los costos reflejan lo que ciertamente se ha invertido en cada

uno de los centros concesionados. En cambio, en el Estado el verdadero costo está disfrazado y en el análisis comparativo siempre se alude a que el Estado cobra menos que el sector privado, lo que distorsiona la realidad de la inversión social que hacemos los contribuyentes y, ¿quiénes son los contribuyentes? Somos los que generamos riqueza y pagamos impuestos para entregárselos al Estado y para que este haga mal uso de los mismos al fomentar prisiones en donde, en vez de rehabilitar a los internos, estos son devueltos a la sociedad en condiciones de una mayor patología criminal, con más profesionalismo y, por supuesto, con un mayor resentimiento social, haciéndolos criminales más avezados, graduados de estas escuelas del crimen. No olvidar, además, que aparte de nuestros impuestos mal utilizados se emiten bonos para financiar todos los proyectos estatales, por lo que es mejor que sea el sector privado el que maneje la solución a este drama de ineficiencia carcelaria y penitenciaria.

Y hay una cita de Donahue que realmente me parece perversa puesto que da a entender que es la empresa privada la que insta a privar de libertad más duramente a los delincuentes con fines de lucro; esto demuestra el desconocimiento o la irracionalidad que ciega la lógica de la realidad penitenciaria.

De los dos millones de presos, aproximadamente, en cárceles estadounidenses, no más de ciento sesenta mil están bajo el régimen privado, lo cual demuestra, fehacientemente, que todas las citas de textos y análisis que ha presentado el doctor Dópico en su artículo no hacen sino reflejar una predisposición equivocada para distorsionar la situación carcelaria y los beneficios evidentes que podrían producirse en la rehabilitación, reinserción y renovación de los individuos encarcelados si la administración fuera otorgada a las empresas privadas.

RESPUESTA DE JACOBO DÓPICO A LA PRIMERA PARTE DE HÉCTOR BELLIDO: DESMITIFICAR LA PRIVATIZACIÓN

Intentaré, a continuación, referirme a los puntos más relevantes de la posición del señor Bellido,

en la medida en que no los haya tratado anteriormente.

1. INTRODUCCIÓN. LA PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN PENITENCIARIA COMO MAL MENOR

Ningún país civilizado ha cedido su sistema penitenciario por completo a compañías mercantiles. Ha habido privatizaciones totales de servicios postales, ferroviarios, aeronáuticos, suministros de gas y electricidad, etcétera, pero no una entrega total de la gestión penitenciaria a empresas. Es temerario sostener que tal coincidencia se debe a casualidad, torpeza o incompetencia.

La privatización de las prisiones nunca ha sido considerada como un objetivo a lograr, sino como una *solución parcial de urgencia*, como *mal menor* para atender problemas que exigen solución inmediata (superpoblación penitenciaria ante una administración sin recursos), o, a lo sumo, como un modo de *quitarse de encima* una responsabilidad para cuya asunción la Administración, torpemente, no se ha preparado⁶¹. Sólo ignorando esto cabe formular opciones radicales a favor de la privatización total de las prisiones.

2. UNA DEDUCCIÓN ERRÓNEA

La exposición del señor Bellido incurre en un vicio que ya apunté líneas arriba: *basarse en lo menos para deducir lo más*. Así, constata que se necesitan más prisiones⁶² y que la empresa privada puede construirlas. Lo primero es un hecho cierto, y lo segundo una consideración razonable. Pero deducir de ello que la empresa privada es quien debe gestionar las cárceles es tan infundado como, por ejemplo, afirmar que la constructora que edificó el colegio es la que ha de educar a los niños. *La empresa privada puede prestar servicios a la Administración Penitenciaria, pero de ello no cabe deducir que pueda sustituir a la Administración Penitenciaria*. Este sofisma se reitera al final del artículo, cuando enumera los servicios que la empresa presta a la prisión y deduce que la prisión debe ser administrada por empresas. La empresa también presta servicios a la Administración de Justicia, al Ejército, ¡incluso al Parlamento!, sin

⁶¹ Como hemos visto, fue el caso de la crisis de los años 70 del sistema penitenciario norteamericano (fin de la política de *hands off*) y, probablemente, el caso español de la entrega de la gestión de los centros de menores a entidades privadas supuestamente "sin ánimo de lucro".

⁶² La posición del señor Bellido respecto del hacinamiento de la población penitenciaria no es clara. En algunos pasajes lo considera el problema fundamental, y el que mejor puede ayudar a tratar la iniciativa privada; pero, en otros, entiende que no es lo esencial, pues existen centros penitenciarios medio vacíos pero mal gestionados.

que a nadie en sus cabales se le ocurra que sea la empresa privada la que deba dictar sentencias, dirigir fuerzas mercenarias⁶³ o promulgar leyes. Baste lo expuesto para refutar tan temeraria conclusión.

3. AUMENTO DE LA COMPETITIVIDAD

Los estudios más solventes realizados en los Estados Unidos demuestran cómo las prisiones privadas *rehuyen* la competencia entre ellas mediante pactos ilícitos, repartos de mercado, etcétera⁶⁴.

Esto se explica atendiendo a la estructura de este sector del mercado en Estados Unidos, donde concurren unos pocos oferentes y *un solo demandante*—el Estado— que, según los *supporters* de la privatización, es un “mal gestor”. Pues bien: *los concesionarios tienden a no competir mejorando su eficiencia en la prestación del servicio porque ni lo necesitan, ni les es útil*. Y ello, porque ese *mal gestor* que, al parecer es la Administración, *renueva sistemáticamente las concesiones a sus titulares*. Es aquí donde la realidad sorprende al defensor de *mitos de la prisión empresa*: si la Administración conoce la gestión realizada por las diversas concesionarias, ¿por qué no retira la concesión a las *peores* para dársela a las que mejor *compiten* por ello? La respuesta es de nuevo una pregunta: si la Administración es tan *mala gestora de prisiones* que hay que retirárselas de las manos, ¿por qué iba a ser mejor gestora de concesiones?

Pero sí hay ámbitos donde las concesionarias norteamericanas compiten. Uno de ellos es el de las *aportaciones a las campañas electorales*. He citado ya estudios que señalan la relación entre esas aportaciones, los candidatos ganadores y las

políticas privatizadoras finalmente adoptadas. Si las grandes concesionarias —que conocen su sector— deciden invertir tanto en estas donaciones políticas, pero tan poco en la competencia técnica, probablemente quepa extraer de ello *sencillas conclusiones sobre el comportamiento del demandante y sus criterios para la selección de los concesionarios*.

4. NO HAY MEJORAS EN LA EFICIENCIA

Como apuntan los estudios más recientes y fiables, *la gestión penitenciaria privada no es menos costosa que la pública*. La auditoría estatal estadounidense incluso ha constatado cómo no pocas prisiones ni siquiera llegaban al debido 7% de *reducción de costes*⁶⁵. Cierta pereza intelectual a veces lleva a creer, sin matizar ni atender al caso concreto, que la gestión privada es *ontológicamente* más eficiente que la pública. Pero la realidad es tozudamente resistente a nuestras precomprensiones.

Además, con frecuencia el cálculo de costes se realiza incorrectamente. Así, rara vez incluyen gastos como los *costes de la inspección estatal*, que siguen corriendo por cuenta de la Administración pese a la privatización. Y, como hemos apuntado, para que la inspección de una prisión totalmente privada fuese mínimamente satisfactoria, debería infiltrar un alto número de inspectores. Como este alto coste no es abonado por la empresa, suele ser *ignorado* por estudios excesivamente complacientes con la gestión privada⁶⁶.

Se ha señalado que el margen de reducción de costes es aquí muy escaso. *Encerrar personas* es una actividad sencilla, que admite poco margen de mejora técnica⁶⁷. Las posibilidades de recorte

⁶³ Los soldados de empresas privadas tienen el tratamiento de mercenarios. El *ius belli* los excluye del tratamiento general, otorgándoles un *status* claramente inferior (por ejemplo, el artículo 47 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales).

⁶⁴ Además de las obras citadas en mi exposición, ver: “The Evidence is Clear: Crime Shouldn’t Pay”. En: www.afscme.org/publications/1238.cfm (con extensa referencia a las demandas de las corporaciones contra la Administración cuando propone procesos de licitación competitivos). La estructura oligopolística de estos mercados es también fácil de comprender, atendiendo a los costes de acceso a la concesión; tanto los explícitos (al requerirse una inversión tan grande y tan poco flexible, que además no garantiza la obtención de la concesión) como los ocultos (la necesidad de conexiones informales con la Administración, que se evidencia en la experiencia norteamericana por el automatismo con el que el Estado renueva las concesiones a las beneficiarias actuales).

⁶⁵ U.S. General accounting office. Op. Cit. Debe añadirse, además, que no suelen computarse a estos efectos otros costes como las bonificaciones y devoluciones fiscales, ciertas cláusulas limitativas de la responsabilidad que incorporan algunas concesiones (de modo que si son condenadas patrimonialmente sólo asumirían parte de la responsabilidad hasta cierto punto, y a partir de ahí pagaría el Estado), ni el hecho de que quien sigue respondiendo por ciertos eventos dañinos sigue siendo la Administración (ver: “The Evidence is clear...”. Apartado 4). Es posible, sin duda, que las mayores corporaciones penitenciarias norteamericanas no deban emplearse como término de comparación y que hubiera debido usar *standards* de gestión más altos en mi estudio. Sin embargo, teniendo en cuenta su larga trayectoria y conocimiento del sector, no es descabellado suponer que sus niveles de gestión no serán inferiores a los de las eventuales primerizas empresas penitenciarias peruanas.

⁶⁶ SANZ, Enrique. Op. Cit. p. 332.

⁶⁷ DONAHUE, John. Op. Cit. p. 24.

son, en esencia: 1. economía de escala, mediante creación de *ciudades penitenciarias*, algo que puede hacer tanto el Estado como la empresa privada (y que ha sido cuestionado desde la perspectiva de los derechos de los presos); y, 2. reducción salarial para empleados medios y bajos (que, en buena lógica de mercado, redundaría en un peor servicio⁶⁸). Aumentar la eficiencia por otros medios es difícil (rentabilizar *aún más* las celdas, introduciendo más presos, no sólo es inviable sino, sobre todo, inhumano). En relación con la reinserción, aterra pensar en ahorrar costes en ese punto (¿dedicando *aún menos* a labores de reinserción?)⁶⁹.

5. LA FE EN UNA PANACEA PRIVATIZADORA⁷⁰

El señor Bellido afirma que la gestión privada acabará con males de la prisión peruana como son: a) el hacinamiento; b) la falta de recursos; c) la corrupción; d) la criminalidad de presos y vigilantes; y, e) el incumplimiento de la función rehabilitadora por una prisión que devuelve a los presos sin trabajo, sin ingresos y sin apoyo familiar a su entorno social. Analicemos esos puntos con algo más de detenimiento.

a) El *hacinamiento* no se resuelve mediante *gestión* privada, sino conjugando dos factores: *reducción de población penitenciaria* y *aumento del número de plazas*. Lo primero queda fuera del alcance de la empresa privada. Lo segundo *no es efecto de la gestión privada*. A lo sumo, las constructoras privadas podrían *colaborar* con la administración penitenciaria para edificar nuevos centros, pero ya hemos señalado lo absurdo de confundir la *colaboración* con la administración penitenciaria con la *sustitución* de dicha administración.

b) Tampoco la falta de recursos puede resolver la gestión privada, que *depende* de la asignación estatal. Con la paupérrima asignación actual por preso y día, no hay margen para que ninguna gestión (ni privada, ni pública) cumpla los fines señalados para la pena de prisión⁷¹. Si la empresa privada puede hacerlo bajo la condición de que el Estado aumente el presupuesto penitenciario, entonces podemos concluir sin miedo a error que la solución no está en manos de la empresa privada sino que depende de una mayor asignación presupuestaria.

⁶⁸ WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". pp. 26 y siguientes; MATTERA, Philip; KAHN, Mafruz y Stephen NATHAN. Op. Cit. pp. 25 y siguientes.

⁶⁹ En otros puntos hace el señor Bellido un análisis cuestionable. Así, tachar la gestión pública de las prisiones (*total o mayoritaria* en todos los países del mundo civilizado) de "proteccionista" es inadecuado. El proteccionismo restringe el libre comercio internacional para proteger a los agentes económicos nacionales en detrimento de los extranjeros. ¿A qué agente económico protegen los Estados cuando no transfieren la gestión del sistema penitenciario a sociedades mercantiles? ¿Al propio Estado? Piénsese en lo absurdo que sonaría afirmar, por ejemplo, que optar por un ejército nacional en vez de por mercenarios es "proteccionista". Pero, más allá, cabría preguntar: ¿no será proteccionista en este sentido, precisamente, la promoción de empresas penitenciarias que tienen como único cliente posible a la Administración? Atendiendo a la experiencia en Estados Unidos, cabe afirmar que la privatización es beneficiosa para las concesionarias, pero también para altos y medios funcionarios de los ámbitos penitenciario, policial y de la justicia, que son quienes han terminado dirigiendo prisiones privadas con salarios muy superiores a los estatales (WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: MATTHEWS (editor). "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. p. 33). Ello se debe a dos factores centrales: a) la específica experiencia y formación requerida para la gestión penitenciaria no está disponible en el mercado privado, pues la gestión penitenciaria sólo la prestan funcionarios. Por ello, las concesionarias deben afrontar una disyuntiva: asumir una costosa formación de sus directivos o contratar funcionarios altos y medios que ya la tengan; y, b) a que los ex-altos funcionarios pueden garantizar a la empresa privada un acceso fácil a la administración penitenciaria y sus funcionarios (la privatización no es beneficiosa, por el contrario, para trabajadores de niveles bajos de los que el Estado pudiera prescindir). Por ello, cabe contar con que los candidatos a gestionar concesiones y quienes, estando o habiendo estado al servicio del Estado en relación con la justicia o la prisión, aspiren a trabajar para las concesionarias en puestos directivos, tienen incentivos para pronunciarse a favor de la privatización por propio interés.

⁷⁰ El señor Bellido afirma que el rechazo a la privatización integral se debe a "razones egoístas e ideológicas". Sin embargo, cabe analizar seriamente el factor de los incentivos particulares en los procesos de privatización, como hace la *rational choice theory*. Así, partiendo de una sencilla premisa (los sujetos actuarán tendiendo a maximizar su propio interés; ver: BECKER. "The Economic Way of Looking at Life". En: Accounting for Tastes. Cambridge. 1996. p. 139), cabe un análisis económico de los incentivos que tienen ciertos grupos para mostrarse a favor o en contra de la privatización. Atendiendo a la experiencia en Estados Unidos, cabe afirmar que la privatización es beneficiosa para las concesionarias, pero también para altos y medios funcionarios de los ámbitos penitenciario, policial y de la justicia, que son quienes han terminado dirigiendo prisiones privadas con salarios muy superiores a los estatales (WEISS, Robert. "Private Prisons and the State". En: MATTHEWS (editor). "Privatizing Criminal Justice". Londres. 1989. p. 33). Ello se debe a dos factores centrales: a) la específica experiencia y formación requerida para la gestión penitenciaria no está disponible en el mercado privado, pues la gestión penitenciaria sólo la prestan funcionarios. Por ello, las concesionarias deben afrontar una disyuntiva: asumir una costosa formación de sus directivos o contratar funcionarios altos y medios que ya la tengan; y, b) a que los ex-altos funcionarios pueden garantizar a la empresa privada un acceso fácil a la administración penitenciaria y sus funcionarios (la privatización no es beneficiosa, por el contrario, para trabajadores de niveles bajos de los que el Estado pudiera prescindir). Por ello, cabe contar con que los candidatos a gestionar concesiones y quienes, estando o habiendo estado al servicio del Estado en relación con la justicia o la prisión, aspiren a trabajar para las concesionarias en puestos directivos, tienen incentivos para pronunciarse a favor de la privatización por propio interés.

⁷¹ Se calculaba, hace unos pocos años, que la asignación alimentaria por preso y día era de 2.70 soles: www.pucp.edu.pe/fac/comunic/Periodismo_Digital/Sissi/privat.htm

- c) En relación con la *corrupción*, sabemos desde los fundamentales estudios de Tiedemann⁷² que la transferencia de dinero público a empresas privadas es *criminógena*. Ese factor criminógeno cabe hallarlo en la subvención, en la concesión administrativa, etcétera, hasta el punto que una de las principales partidas que una Administración responsable debe gastar en los programas de subvención o concesión es la inspección en evitación del *fraude*.

La afirmación de que un sistema de empresas parasitarias del erario público que tienen como *cliente único* a la Administración terminará con la corrupción es llamativa, pues pretende refutar sin pruebas una amplia experiencia criminológica que apunta a la subvención y la concesión como nichos de fraude y corrupción necesitados de un *intenso y carísimo control*⁷³.

- d) Acerca de la criminalidad de los *vigilantes*, he de disentir del señor Bellido. Los estudios más fiables (y las experiencias privatizadoras más antiguas) nos hablan, sin excepción, de abusos de los vigilantes de las prisiones privadas.

Es llamativamente *naïve* pensar que si un trabajador penitenciario cobra su sueldo de la Administración puede delinquir, pero que si lo cobra de una empresa privada, no lo hará. Máxime, cuando *la empresa privada con frecuencia tendrá incentivos para ocultar la criminalidad de sus vigilantes, evitando que el Estado los enjuicie y condene*. Y ello, porque escándalos de este tipo pueden afectar enormemente a la fama de la empresa y, así, determinar que no se renueve su concesión. ¿Colaborará una empresa privada en el enjuiciamiento de los delitos de sus trabajadores o los ocultará, si en esta opción se puede jugar la concesión? ¿Cuál es la *rational choice*?

Por otra parte, el pensamiento garantístico se alerta al oír que una empresa se dispone a reducir la criminalidad de los presos. Si la empresa tiene grandes incentivos para reducir la delincuencia de los presos, también los tiene para no comedirse en el uso de la violencia para lograr tal fin⁷⁴. Es esencial que el uso de la fuerza en prisión esté libre de esa clase de tentaciones.

- e) Finalmente, es curioso imaginar que las prisiones lucrativas vayan a resolver el problema del retorno de un preso a su entorno social *sin ingresos* (¿harán donaciones a los excarcelados?) ni *apoyo familiar* (¿terapias familiares?). Si abandonamos mundos ideales y atendemos a las experiencias privatizadoras realmente existentes, pronto se concluye lo ilusorio de este planteamiento⁷⁵.

6. UNA APROXIMACIÓN REALISTA

La iniciativa privada colabora en la actualidad con la administración penitenciaria en diversos aspectos y con diversos grados de implicación. Tradicionalmente, ha sido el sector *non-profit* el que ha intervenido más, aunque también la empresa privada tiene un importante juego.

Existe un grupo de casos de intervención privada *que no plantean problemas desde la perspectiva garantística*, y que sólo serán rechazados por quienes no sean partidarios, en general, de la privatización de servicios prestados por el sector público (por ejemplo: son casos que *no muestran la delicada especificidad que, como hemos visto, muestra la gestión integral penitenciaria*). Esto ocurre con la *alimentación, cocina y mantenimiento de instalaciones*, así como con la mayoría de las cuestiones relativas al *trabajo penitenciario*⁷⁶. Estos aspectos tienen en común un rasgo fundamental: las posibilidades de desviación de

⁷² TIEDEMANN, Klaus. "Subventionskriminalität in der Bundesrepublik". 1974. Ver también la posición de Transparency International (Latinoamérica y Caribe). En: http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

⁷³ Hasta donde conozco, las pruebas que pretenden sostener esta refutación han sido financiadas (de modo explícito o vergonzante) por corporaciones penitenciarias u organizaciones interesadas como APTCO, Reason Foundation o ALEC. Su número escaso y carácter interesado, frente a la abrumadora evidencia en contra, revela su escasa fiabilidad.

⁷⁴ A fin de cuentas, el uso de la fuerza puede ser para la empresa penitenciaria un modo de *externalizar costes*, ya que se asegura un objetivo (pacífica convivencia en prisión) trasladando el coste a otra persona (al preso que sufre la violencia con fines coactivos o, lo que es peor, ejemplarizantes). La tentación de maximizar el beneficio externalizando *más y más costes* es un incentivo perverso que no debe tener quien se encargue de la coacción dentro de la prisión.

⁷⁵ Estudios como el de Judith Greene apuntan a un detrimento notable en las prestaciones de rehabilitación en los centros privados norteamericanos. GREENE, Judith. "Comparing Private and Public Prison Services and Programs in Minnesota: Findings from Prisoner Interviews". En: *Current Issues in Criminal Justice* 2. Volumen II.

⁷⁶ No cabe extenderse demasiado en las garantías que debe reunir la intervención privada en el trabajo penitenciario. Si ya la inspección laboral para proteger los derechos de los trabajadores libres es una labor fundamental, cuanto más importante resultará cuando hablamos de trabajadores que no son libres. Baste señalar la importancia de una dirección pública que permita controlar posibles excesos de los empleados (tentación siempre presente, como muestra la historia del trabajo penitenciario. Ver: BURILLO, Fernando. "El nacimiento de la pena privativa de libertad". Madrid. 1999. p. 203.

poder que afecten a los presos son marginales. *Las tentaciones de reducción de costes mediante afectación de los derechos de los presos son en estos casos controlables a corto plazo de modo sencillo y barato*⁷⁷.

Estas características deben servir para marcar el *límite máximo* de la privatización, que no puede ser superado sin merma de garantías fundamentales. Los servicios que se mantengan dentro de esos límites serán o no entregados a mano privada dependiendo de la oportunidad y las concretas necesidades del sistema. Estoy de acuerdo en que no pueden ser *mitos* ideológicos los que determinen si se debe o no emprender una aventura tan compleja (y tan *difícilmente reversible*) como la privatización de centros penitenciarios. A ello puede ayudar un análisis económico serio, que trascienda los tópicos y *slogans* más genéricos, y que estudie con detalle los pros

y contras de la privatización de cada concreto servicio.

Si hay argumentos sólidos para cuestionar la privatización integral de centros penitenciarios, aún más existen para rechazar un programa privatizador que “comenzase la casa por el tejado”, iniciando concesiones integrales sin haber explorado la viabilidad de soluciones intermedias (como las “prisiones mixtas” francesas: la administración penitenciaria mantiene la dirección y las competencias de seguridad, disciplina y custodia, pero se privatizan alimentación y alojamiento, mantenimiento, transportes, trabajo, educación, etcétera). Una opción radical, que lanzase el sistema penitenciario a ciegas a una aventura desconocida, pudiendo obrar de modo más sensato, reflexivo y gradual, no se explicaría desde los criterios de una Administración prudente.

⁷⁷ En relación con el tratamiento penitenciario (muy difícil de evaluar atendiendo a sus resultados), surge el debate sobre si debe permitirse la colaboración de la iniciativa privada mediante empresas de servicios penitenciarios, los cuales proporcionarían a la Administración los profesionales (psicólogos, educadores) para la realización de terapias psicológicas, ocupacionales, etcétera. La aportación específica de estas empresas de servicios penitenciarios no resulta clara. Por el contrario, obligaría a introducir un intermediario más en la cadena (con el correspondiente incremento de costes). Además, en la concesión lo determinante no sería la cualificación de los concretos profesionales (pues éstos son fungibles como trabajadores de la empresa), sino otras cuestiones ajenas a la calidad del servicio.

RECONOCIMIENTO POR SUS 90 AÑOS - PUCP

THEMIS felicita a la Pontificia Universidad Católica del Perú por el cumplimiento de sus 90 años, en todos los cuales lideró al grupo de instituciones que se encargan de difundir la cultura, en nuestro caso jurídica, así como permitió que instituciones como THEMIS puedan salir adelante y publicar, con mucho esfuerzo y con la colaboración de los principales profesores de dicha institución, una edición como la que ahora les presentamos.

Sabemos que la PUCP mantendrá el liderazgo que siempre la ha caracterizado, así como seguirá innovando en todo lo relacionado con el ámbito académico, contribuyendo a la formación de profesionales cada día más capacitados y dispuestos a contribuir en el desarrollo económico y social, desde distintos espacios, de nuestro país.

DISCOS COMPACTOS DE THEMIS-REVISTA DE DERECHO: EDICIONES 49, 50 Y 51

El ciclo que pasó, THEMIS lanzó al mercado un nuevo producto: discos compactos con las ediciones 49 (Contratos), 50 (Responsabilidad Civil) y 51 (Teoría General del Derecho), llamadas a “llenar” el espacio ocasionado por la rápida venta (desaparición) de sus ejemplares impresos.

Los archivos de las revistas están colgados tanto en un formato de “revistas completas” (tal como fueron impresas), como “artículo por artículo”, de modo que se facilite su acceso.

Con esta iniciativa (que esperamos sea el primer paso en una carrera por la “digitalización” de los productos de THEMIS) queremos rendirle un homenaje a todos los autores, colaboradores e involucrados en la edición de las revistas impresas, esperando que su trabajo sea aun más conocido y apreciado por nuestros lectores.

Los discos compactos están a la venta en el local de THEMIS en la PUCP.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Luis Miguel Velarde Saffer (Director), Jimena Aliaga, Mario Fernando Drago, Ricardo Elías, Ernesto Soto y Juan Manuel Pazos.

AGRADECIMIENTOS

THEMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros, y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Roger Rubio Guerrero, César Landa Arroyo, Fernando Cantuarias Salaverry, Fernando de Trazegnies Granda, Alfredo Bullard Gonzáles, Ana María Arrarte Arisnabarreta, Shoschana Zusman Tinman, Franz Kundmüller Caminiti, Roberto Dañino Zapata, Carlos Ignacio Suarez Anzorena, José María Alonso Puig, Henri C. Alvarez, Paul Phumpiu Chang, Jeanette Aliaga Farfán, Lorenzo Bernaldo de Quirós, Fernando del Mastro Puccio, Richard Rorty, Carlos A. Manfroni, Aaron Ciechanover, Luca Mezzetti, Francisco Díaz Revorio, José Miguel Sánchez Tomás, Marisol Fernández Revoredo, Armando Nieto Vélez, Patrick McCarthy, Héctor Bellido, Jacobo Dópico, Claudio Lava Cavassa, Luis Moisset de Espanés, Javier de Belaunde de C., José Delmar, Enrique Felices, José Luis Diez Canseco, Jerónimo Castillo, Enrique Gherzi, Ricardo Morales S.J., Roberto Accinelli, Guillermo Frías, Beatriz Boza, César Costa, Willy Pedreschi, José Goyburu, Alejandro Manayalle, Jean Paul Chabaneix, Eloy Espinoza-Saldaña, Diego Zegarra, Eduardo Quintanilla, Guillermo Lohmann, Hugo Forno, Huáscar Ezcurra, Carlos Patrón, Domingo Rivarola, Christian Chávez, Felipe Zegarra, Lourdes Flores, Martha Hildebrandt, Gaspar Ariño, Juan Miguel de la Cuétara, César García Novoa, Carlos Cárdenas, Janfer Crovetto, Jerónimo Castillo, Alejandro Garro, Fernando Mantilla Serrano, Oscar Súmar.

Tramarsa; Aceros Arequipa; Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP; Ingenieros Civiles Contratistas Generales S.A.; Cementos Lima; Notaría Ricardo Ortiz de Cevallos; Torres & Gayol Abogados; Notaría Murguía; Notaría Paino; Delmar - Ugarte Abogados; Cámara de Comercio de Lima; Notaría Laos de Lama; Barrios, Fuentes; Gallo Abogados; Estudio Roger Yon Abogados; Duany & Kresalja Abogados; Mayo FBC; Lowe Perú; Hugo Boss; Valor Presente; Valico S.A.; Estudio Linares; Estudio Gherzi; Estudio Silva; Estudio Olaechea; Estudio Grimaldo Lazo; Estudio Jorge Avendaño Abogados; British Academy; Notaría Pinedo; Pizarro, Botto & Escobar Abogados; Benites, Forno & Ugaz Abogados; Estudio Echeconpar; Estudio Carbonell; Ingemedios; Inmprecom, Grupo Apoyo, Fundación para la Innovación y el Desarrollo, Computextos, Mastercard, Latina de Comunicaciones.

THEMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron gran parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor de la vida.

Luis Miguel Velarde Saffer, Ricardo Elías Puelles, Jimena Aliaga Gamarra, André Robilliard Escobal, Patricia Brocos Duda, Daniel Gonzales La Rosa, Brenda Sparrow Alcázar, Inti Vidal Felip, Isabel Lira Miró Quesada, Fernando del Mastro Puccio, Rosa Isabel Luna Victoria y Laura Francia.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a nuestra oficina en el Segundo Piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a: **editor@revistathemis.com**

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

