

Arbitraje de consciencia

Comentarios al Tema de Investigación

Fernando de Trazegnies

Miembro del Comité Consultivo de la Asociación Civil *ius et veritas*

El Comité Directivo de *ius et veritas* me ha solicitado un comentario al artículo sobre el arbitraje de consciencia publicado en el número 29 de la revista, que es resultado del trabajo del Grupo de Investigación. Y me gustaría dividir este comentario en tres aspectos que considero fundamentales: (1) la importancia de la investigación jurídica; (2) la importancia del arbitraje; y (3) la importancia del arbitraje de consciencia.

1. Importancia de la investigación

Ante todo, quisiera felicitar muy efusivamente a *ius et veritas* por haber creado un Grupo de Investigación como parte de la estructura de la institución, que a su vez tiene un canal de comunicación con el medio jurídico a través de la revista. De esta manera, lo que fue originalmente una revista dirigida por generaciones de entusiastas e inteligentes estudiantes editores, comienza a insinuarse ahora como un Centro de investigación que da su voz propia en los temas jurídicos más polémicos.

No me cansaré de repetir que la investigación es esencial para el Derecho, como es esencial para el conocimiento en general. Las cosas no se encuentran ahí, delante de nosotros, sonrientes y diáfanas. Toda cosa es un misterio, es algo por escrutar, por comprender. Gastón Bachelard decía que la experiencia científica contradice a la experiencia común. No cabe duda de que no hay nada más engañoso que la realidad, porque siempre se nos presenta con una sola cara que pretende ser “la verdad”. Sin embargo, la realidad tiene infinitas perspectivas, todas válidas según las circunstancias. Y tampoco es una existencia inerte sino un campo dinámico donde las cosas van cambiando en el tiempo debido a la interacción de fuerzas que opera en su interior.

Para evitar caer en un realismo ingenuo es necesario investigar. Hay que abandonar la realidad inmediata que se nos ofrece seductoramente como una mujer fácil pero engañosa, y buscar lo complicado, lo difícil, determinar aquello que no se entiende bien, descubrir las fallas de nuestra primera aproximación y hurgar en esa realidad “de primera mano” para encontrar sus diferentes ángulos, su pluralidad de dimensiones, sus complejidades y oscuridades, que esconde coquetamente.

Solo entonces, cuando nos tropezamos con la inseguridad del conocimiento, con la indefinición, con la duda e incluso con la perplejidad, cuando las cosas se vuelven irritantemente complicadas, podemos decir que estamos en camino hacia el verdadero conocimiento. Y es entonces que, superando el desánimo, emprendemos la ruta del saber, que recorre mediante la investigación. Pero es una ruta con senderos que se bifurcan sin cesar, es una ruta que no tiene punto de llegada porque la realidad tiene ángulos infinitos y, por consiguiente, no se pueden completar: así, el camino es infinito. Pero no es la inalcanzable meta sino precisamente el camino lo que cuenta; es andando siempre, como eternos peregrinos del saber, que iremos conociendo diversas comarcas que hubiesen sido totalmente ignoradas si nos quedábamos solamente con ese primer contacto crédulo de la realidad inmediata.

De esta manera, el investigador - paradójicamente- no es el que comprueba sino el que cuestiona, no es el que da cuenta sino el que niega, es el aguafiestas que critica la música del baile y abomina de la comida que le sirven en la reunión, es el que duda de todo, hasta de sí mismo y de su propio trabajo, el que nunca está satisfecho y por eso busca siempre más allá de los límites, más allá del horizonte.

Sin embargo, muchos de los hombres de Derecho, de los juristas, pero más particularmente de los abogados, adolecen de seguridad en sí mismos, de extrema claridad en sus planteamientos, de confianza en lo que dicen. Por eso, lo que plantean dentro de una controversia “tiene” que ser la verdad y, si son profesores, la enseñan sin dudas ni vacilaciones. Este es el espíritu de la pesadez, diría Nietzsche. Parfraseando a Zaratustra, podríamos sostener que decir ciegamente sí a la ley, esto es, convertirla en dogma y hablar de Dogmática Jurídica, es algo que ha aprendido solamente el asno y quienes tienen su mismo espíritu.

Con esa actitud, la investigación tiene muy poco sentido y, por ello, la auténtica investigación no es frecuente en el Derecho. Lo que se denomina muchas veces “investigación jurídica” no es sino un apuntalamiento de lo que ya se sabe, una forma del fortalecer las murallas y bastiones en los que el hombre de Derecho se ha arrinconado intencionalmente. No hay cuestionamiento, hay explicación. No hay duda productiva que nos lleva más adelante, sino defensa de la posición asumida. Las voces de los otros no generan ese desconcierto que tumba las puertas y nos obliga a salir para avanzar por terrenos desconocidos sino que cada cita de un autor se convierte en un cerrojo más que tranca nuestro refugio intelectual.

Puedo comprender que el abogado, en el seno de una controversia, tenga que asumir necesariamente una posición afirmativa. Porque, en esas condiciones, el abogado no es un estudioso, no es un “científico” (cualquier cosa que esta venerable calificación signifique), sino un guerrero: está peleando por algo y por alguien, y tiene que demostrar sus habilidades como batallador ante el juez. Y está bien que así sea.

Lo grave se presenta cuando esta actitud se contagia al jurista, es decir, a quien escribe sobre el Derecho sin ningún propósito de defensa de parte sino para crear y aclarar las reglas de este juego social tan importante que llamamos Derecho.

Esta actitud de ciertos juristas -a mi juicio profundamente equivocada- se apoya en una concepción superficial y simplista del Derecho. Acogiéndose a la doctrina de un positivismo mal entendido, esos juristas asumen las leyes como dogmas monolíticos, que no pueden ser cuestionados ni alterados, que no admiten una pluralidad de interpretaciones relativamente válidas,

por lo que solo requieren de una explicación adecuada. Y entonces, la doctrina jurídica se convierte en una mera exégesis.

La actitud exegética surge, en primer lugar, en Francia debido a la justificada admiración que produjo el Código Napoleón. No cabe duda de que era un Código grandioso, una idea original que contradecía todas las tradiciones, redactado por grandes juristas y alentado por un gobernante de extraordinaria visión, como fue Napoleón. Era un Código admirable, pero no era el fin de la Historia del Derecho. Sin embargo, muchos juristas se rindieron ante ese Código, decidieron que no era necesario ir más allá y que ahí se encontraba la quintaesencia del Derecho. Un profesor de Derecho Civil de La Sorbona, a mediados del S. XIX, declaró que él no conocía lo que era el Derecho Civil y que por eso se limitaba a enseñar el Código Napoleón.

Más tarde, fue el positivismo supuestamente kelseniano -pero entendido de forma bastante ramplona, en términos que el propio Kelsen habría quizá reprobado- que sostuvo que el Derecho es simplemente la Ciencia de la Ley, entendida esta como un dogma que no tiene fisuras ni perspectivas, y que no puede ser entendida de manera distinta salvo que otra ley la modifique. Este positivismo -que he calificado como “pop” en otras ocasiones- se apoya en una teoría de la ley y en una teoría de la interpretación que resultan absolutamente castrantes para el espíritu creativo del Derecho.

En primer lugar, se considera que el único elemento que define el Derecho es la ley y que, por tanto, hay que considerarla como un dogma. Notemos que esto equivale a decir que el juego de ajedrez no son sino sus reglas y que todas las estrategias, análisis y celadas, hay que considerarlas como un derivado silogístico de estas reglas. De esta manera, cualquier persona que estudia bien las reglas del ajedrez (objeto del juego, movimiento de las piezas, etcétera.) tendría todos los elementos para ser un maestro de ajedrez. Cualquiera que ha jugado alguna vez al ajedrez sabe que las reglas no son sino los ladrillos – indispensables e insoslayables, sí, pero no suficientes- con los cuales cada jugador tiene que construir su propio edificio estratégico.

En segundo lugar, se parte de una concepción de la interpretación según la cual esta se reduce a extraer lo que ya está en la norma y, por consiguiente, la aplicación de la norma a la

situación controvertida no es sino el resultado de una operación casi matemática, una mera subsunción lógica de los hechos dentro de los presupuestos de la norma, que da origen a la aplicación automática de la parte resolutive.

Ante las dificultades de aplicar “lógicamente” la letra de la ley, porque las matemáticas no funcionan adecuadamente en este campo, se identifica a la ley con la voluntad del legislador y así, cuando hay dificultades de interpretación se pretende recurrir al análisis de la “intención del legislador”. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta posición está profundamente equivocada porque la ley no tiene autor que permita auscultar su intención (intención del legislador), ya que es el resultado de una componenda de intereses y pareceres en el seno de un organismo colegiado que es el Congreso. Ni siquiera puede decirse que la voluntad de la mayoría que toma la decisión de aprobar una ley es el criterio de interpretación, porque en la realidad encontramos que cada uno de los congresistas de esa mayoría que votó a favor, lo hizo por razones muy diferentes que no permiten formar un criterio interpretativo. Además, el texto de la ley –como el de cualquier proposición– se presta siempre a muchas interpretaciones, como señala con gran lucidez Kelsen en su Teoría Pura del Derecho: la ley establece un marco del cual el intérprete no puede salirse, unas fronteras conceptuales; pero el interior es hueco y corresponde a cada intérprete ensayar lo que se va a colocar dentro: por tanto, toda aplicación de la ley es necesariamente creativa.

La palabra dogma (y su derivativo “Dogmática”) debería ser desterrada del lenguaje jurídico donde no hay dogmas -como sí los hay y muy respetables, en la religión- sino razonamientos, inferencias y complementaciones creativas.

2. Importancia del arbitraje

El trabajo de investigación comentado ha puesto el acento en el arbitraje. Y me parece muy acertado porque no hay duda de que el “arbitraje postmoderno” -es decir, aquel que se libera del autocratismo judicial de la Revolución Francesa y devuelve la capacidad de decisión sobre la forma de resolver las controversias al sector privado- es una de las formas alternativas de lograr una justicia más eficiente y más rápida que la justicia tradicional.

El arbitraje presenta grandes ventajas. De un lado, es una solución contractual, es decir, escogida por las propias partes para resolver sus diferencias. En una época de la humanidad en la que, estimulada por el individualismo y el liberalismo modernos, cada individuo toma en sus manos las riendas de su propia vida para intentar la invención de su destino y para participar en la invención común de la vida colectiva, el arbitraje parece mucho más coherente con esa actitud que el sistema nacional de administración judicial. Los árbitros pueden ser escogidos por las partes en función del problema que debe ser resuelto. Si se trata de una cuestión técnica, elegirán personas que conocen del tema; si la cuestión es jurídica, podrán pedir que intervengan para encontrar una solución correcta a los mejores abogados o, cuando menos, a aquellos en los que tengan más confianza. Pero también, si se trata de un asunto vinculado con la idiosincrasia de un determinado grupo social o económico, las partes en conflicto podrán solicitar la participación de personas del mismo medio, que viven al mismo nivel que los litigantes. De esta manera, las empresas generadoras de energía eléctrica pueden ponerse en manos de un especialista y no simplemente de un juez con conocimientos genéricos; pero también, los miembros de una organización vecinal de migrantes de la Sierra, pueden someter sus diferencias a una persona del mismo medio que comparte sus valores, sus sentimientos y su mentalidad, en vez de esperar un fallo por un magistrado distante física y culturalmente, que les inspira más bien desconfianza y temor antes que sentido de justicia y respeto.

De otro lado, el arbitraje supone una corriente de aire fresco dentro del sistema de solución de conflictos de una sociedad. Frente a un Poder Judicial anquilosado, el arbitraje ofrece un procedimiento relativamente informal, hecho a la medida de las partes, en donde prima la flexibilidad racional y la ausencia de ceremonial. Es verdad que recientemente el arbitraje corre el peligro de “judicializarse” debido a que su pronta difusión ha llevado a que sean llamados como árbitros muchas personas no necesariamente formadas dentro de la nueva mentalidad del arbitraje, sino que más bien han sido formadas (¿o deformadas?) por la mentalidad procesal. Esto origina que ciertos arbitrajes se desarrollen dentro de un clima de Juzgado, totalmente inadecuado. Pero, ello no

obstante, en general el arbitraje es un medio privado bastante práctico y eficiente de solución de conflictos.

Si a lo dicho agregamos el desprestigio del Poder Judicial en el Perú, podremos comprender mejor la importancia del arbitraje. Ese desprestigio no necesariamente se encuentra fundado. Hay jueces con profunda vocación por la justicia y con una corrección a toda prueba; pero sabemos también que hay otros elementos dentro del Poder Judicial que no hacen honor a su institución y cuya conducta torcida tiñe negativamente la administración de justicia.

Todo ello explica el cambio radical que se produjo en muy poco tiempo en el Perú con relación al arbitraje. Alrededor de 1990, un alumno me solicitó asesoramiento para hacer una tesis sobre arbitraje. Le contesté que lo asesoraría con gusto pero que tuviera en cuenta que prácticamente no existían arbitrajes en el Perú. La tesis fue excelente y, entre otras cosas, demostró mi afirmación intuitiva: el arbitraje era algo insólito en nuestro medio y casi no se había utilizado en los últimos veinte años.

Pero apenas tres o cuatro años más tarde, me encontré con que mi práctica profesional había variado por completo y que tenía a mi cargo un enorme número de arbitrajes. Materias como seguros, asuntos de Derecho Marítimo, contratos de perforación petrolera, contratos de locación de obra, problemas societarios o incluso discrepancias entre empresas públicas, acudían masivamente al arbitraje antes que al Poder Judicial. Y no es que el arbitraje fuera menos costoso. Quizá puede ser considerado más bien como más oneroso para las partes desde una primera aproximación. Pero la mayor celeridad -y, sobre todo, la mayor confiabilidad del arbitraje- representaba una ventaja que, evaluada económicamente, hacía que el costo real del proceso arbitral fuera bastante menor que el del proceso judicial.

Sin embargo, debemos tener mucho cuidado al realizar afirmaciones sobre el arbitraje. Es indudable que este tipo de solución de conflictos ofrece enormes ventajas con relación a la administración de justicia estatal en múltiples circunstancias. Pero también hay que tener en cuenta que el arbitraje no puede sustituir nunca al Poder Judicial y que los esfuerzos por mejorar la acción de este poder del Estado no deben

desfallecer porque son indispensables para un correcto funcionamiento de la praxis social.

De un lado, todos los procesos de carácter penal, así como los procesos civiles referidos a los derechos de familia, no pueden ser resueltos por arbitraje. Y no cabe duda de que son dos áreas cruciales en la vida social de una comunidad nacional.

Pero incluso en el área comercial, hay relaciones que difícilmente pueden ser sometidas al arbitraje. Es así como la relación entre comprador y vendedor de bienes de consumo, que no supone necesariamente la existencia de un contrato escrito ni de una cláusula compromisoria, cae de lleno dentro de la jurisdicción del Poder Judicial. Por otra parte, para la inmensa cantidad de operaciones comerciales que se materializan a través de letras de cambio u otros títulos valores, el Poder Judicial es más eficiente porque no requieren una discusión y elucidación de derechos sino que, fundamentalmente, suponen una aplicación casi inmediata del poder coercitivo, capacidad que no tiene el arbitraje: el poseedor de una letra de cambio no quiere -ni está normalmente obligado- a entrar en una discusión sobre la naturaleza de la obligación subyacente sino simplemente persigue que le paguen el importe del título; y para eso se dirige directamente al Poder Judicial, que es el único medio de solución de conflictos que ejerce el poder de coerción.

Por consiguiente, el arbitraje es fundamental en el mundo moderno y más aún en un país que tiene las dificultades del nuestro con relación a su Poder Judicial. Pero no es el remedio para todos los problemas y de manera alguna puede derivar en un menosprecio o en un descuido de la labor judicial.

3. Importancia del arbitraje de conciencia

La investigación realizada por el Grupo de *ius et veritas* se refiere, en particular, a un tipo de arbitraje: el llamado arbitraje de conciencia, como distinto del arbitraje de derecho, es decir, aquel arbitraje que es resuelto por árbitros arbitradores o amigables componedores en vez de árbitros de derecho.

El arbitraje de conciencia presenta dos diferencias fundamentales respecto del arbitraje de derecho. En primer lugar, los árbitros resuelven "conforme a sus conocimientos y leal saber y

entender” (artículo 3 de la Ley General de Arbitraje), mientras que un arbitraje de derecho tiene que ser resuelto “con arreglo al derecho aplicable” (véase norma citada). En segundo lugar, el nombramiento de árbitros en el caso de arbitrajes de derecho debe, obviamente, recaer en abogados; en cambio, cuando se trata de árbitros de consciencia (o equidad, como también los llama la ley), pueden ser cualquier persona natural, mayor de edad, nacional o extranjera, que no tenga incompatibilidad y que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 25 de la Ley General de Arbitraje).

Un aspecto muy importante -que no lo encuentro resaltado en el trabajo de investigación que comento- es que, según la Ley General de Arbitraje vigente, si las partes no han pactado en contrario, el arbitraje se considera de consciencia.

Esta es una innovación frente a toda la tradición arbitral peruana, ya que el arbitraje se consideraba siempre, “por naturaleza”, de derecho; en cambio, el arbitraje de equidad era una excepción que debía ser pactada. La ley actual invierte el orden de importancia y considera que “lo normal” es el arbitraje de consciencia, mientras que el arbitraje de derecho requiere ser expresamente pactado. En este sentido, se ha seguido la pauta marcada por el Código Procesal de Argentina y la Ley de Arbitraje de España de 1988. Sin embargo, todavía hay muchas leyes que otorgan la prioridad al arbitraje de derecho, como la de Venezuela y otras.

El cambio producido en la legislación peruana de ninguna manera debe entenderse como que el arbitraje de consciencia es más propiamente un arbitraje que el de derecho; ni tampoco significa que el arbitraje de consciencia sea opuesto al de derecho. Son formas diferentes de aproximarse a la materia controvertida, pero que guardan una estrecha relación y utilizan instrumentos en muchos casos similares.

Es muy importante destacar, como lo hace el Grupo de Investigación, que el arbitraje de consciencia o de equidad no es un cheque en blanco otorgado a los árbitros para que estos resuelvan como mejor les parezca, al margen del derecho y sin tener que dar explicaciones a nadie. Esa es la forma como en los países islámicos resuelve el juez *cadí*, como muy bien lo ha explicado Max Weber; y esta forma de solución de conflictos funciona adecuadamente dentro de ese medio para los pleitos cotidianos, dada la

predominancia homogenizadora de la religión y la marcada comunidad de cultura. El juez *cadí* emite un fallo aceptable por las partes sin tener necesidad de justificarlo, solo porque la decisión responde al espíritu cultural común en ambos litigantes que es expresado por un anciano o sabio. Pero en las naciones de Occidente estamos acostumbrados más bien a la idea de la racionalidad, es decir, a exigir la intervención de la razón en todas las decisiones en las cuales estamos involucrados. Por eso, la justicia salomónica resulta ajena a nuestra manera de pensar e incluso puede ser vista como arbitrariedad.

Por consiguiente, el arbitraje de consciencia no es el pronunciamiento al estilo de un oráculo emitido por uno o varios “sabios”. Ese leal saber y entender no puede ser una opinión con fundamentos ocultos o esotéricos, sino una decisión basada en la aplicación de la razón, utilizando esta dentro de un marco bastante más amplio que la mera razón jurídica. Ahora bien, ¿qué relación tiene esa decisión con el Derecho? Ciertamente, ese laudo no es la aplicación directa de una norma, como en el caso del arbitraje de derecho. Pero el Derecho no es otra cosa que una codificación de la racionalidad imperante. Por consiguiente, un laudo arbitral de consciencia no puede desvincularse de manera absoluta y total de esa consciencia colectiva del sentido común expresada en reglas jurídicas.

La equidad no es una mera emoción de justicia, no es un concepto vago e impreciso, una intuición que escapa al desarrollo racional. La equidad no puede por principio dejar de lado la ley porque ello significaría que la ley es por naturaleza inequitativa, lo que equivaldría a decir que es injusta. La facultad de los árbitros de consciencia de resolver según su buen leal saber y entender no puede ser comprendida, entonces, como una renuncia al uso de la ley y menos del Derecho. La equidad puede ir más allá de la ley si en el caso *sub litis*, dadas sus características particulares y no generalizables, se comprueba que su aplicación estricta daría lugar a una injusticia. En otras palabras, equidad y Derecho no son términos opuestos sino complementarios: la equidad corrige los errores que pueden producirse al pasar la generalidad al plano de lo concreto. Como decía Matthieu de Boissésou, la equidad es una tentativa de superación del Derecho a nombre del Derecho mismo. Por consiguiente, el Derecho no está

ausente de los arbitrajes de equidad: la equidad no es el rechazo del Derecho sino su ampliación hasta comprender perspectivas que no estaban estrictamente dentro del ámbito de la ley positiva.

Resulta muy significativo que, aun cuando el arbitraje de consciencia se impone “por *default*” (para utilizar el lenguaje de la computación), la mayor parte de los arbitrajes en la práctica siguen siendo de derecho. Casi no hay cláusula compromisoria que no pacte arbitraje de derecho. Esto significa que las partes se dan el trabajo de escoger entre uno y otro tipo y optan por el arbitraje de derecho. Si el arbitraje de consciencia fuera la panacea de la solución de todo conflicto, debería suceder lo inverso; máxime si para ello no es necesario pactar nada sino que, a falta de acuerdo, el arbitraje es de consciencia. Pero, dado que la mayor parte de los arbitrajes son de naturaleza comercial, el hombre de negocios teme más, como Kant, a la falta de orden que a un mal orden. Por eso, aun cuando el Derecho positivo pueda no ser dar un resultado perfectamente justo, la solución legal generalmente será mejor -en el sentido de más segura o más ordenada- que la contingencia imprevisible del sentido de equidad de los árbitros. Por otra parte, una razón adicional para escoger el arbitraje de derecho radica en que el Derecho

positivo peruano remite la interpretación de los contratos a la voluntad o intención de las partes. Y aquellos que someten sus controversias a arbitraje quieren que se respete esa voluntad que los llevó a celebrar ese contrato que ahora da lugar a discrepancias. Ese respeto será obligatorio en un arbitraje de derecho; en cambio, en un arbitraje al buen saber y entender, hay el riesgo de que se impongan más bien las ideas que tienen los árbitros sobre el caso. Es por todo ello que, atendiendo a razones de seguridad jurídica, los hombres de negocio prefieren el arbitraje de derecho al arbitraje de consciencia: antes de permitir que se imponga sobre ellos la voluntad de los árbitros prefieren que estos impongan la voluntad de los contratantes y la de la ley.

4. Cautela

Todos estos son temas extremadamente sutiles y resbaladizos. Por eso, el Grupo de Investigación de *ius et veritas* hace bien en exigir cautela a este respecto y advertir a los árbitros de consciencia que no deben alejarse irreflexivamente o imprudentemente de los parámetros que establece el Derecho positivo, para imponer una justicia subjetiva y arbitraria. ¹⁵