

GLOBALIDAD, INTEGRACIÓN Y ARBITRAJE (ENTREVISTA A ALEJANDRO M. GARRO)*

Roger Rubio Guerrero**

GLOBALIDAD E INTEGRACION

1. ¿Cuál es la viabilidad y la conveniencia de la unificación de las normas internacionales en un contexto de fragmentación del mundo en bloques económicos?

El proceso de unificación implica tomar una decisión previa en favor de la codificación, punto sobre el cual no puede darse por sentado un consenso universal. En un esfuerzo por ser breve y preciso en un tema tan complejo, me inclino a pensar que la codificación y la unificación son viables, siempre que procedan de manera gradual y discreta, dejando de lado proyectos ambiciosos como lo fue el Código Bustamante. La tortuosa y prolongada historia del proceso de unificación normativa en el campo de la compraventa internacional puede ser una muestra de “viabilidad” del proceso de unificación.

La experiencia en la aplicación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías también ofrece un ejemplo útil para valorar la conveniencia del proceso de unificación normativa. Si convenimos en que ponerse de acuerdo acerca del texto normativo constituye sólo un primer paso en aras de la unificación, entonces estaremos mentalmente preparados para asumir los costos y las dificultades del proceso de unificación. Por algún lado hay que empezar, y creo que a largo plazo, es conveniente contar con un texto uniforme.

La fragmentación del mundo en bloques económicos podría indicar la necesidad de proceder primeramen-

La globalidad sin lugar a dudas ha venido a aportar una nueva dimensión al Derecho, a replantear los contenidos tradicionales de diversas ramas jurídicas, y a propiciar el estudio de nuevos ámbitos. Las tendencias de unificación y armonización de normas internacionales, los procesos de integración regional y hemisférica, el creciente desarrollo de la lex mercatoria y del arbitraje comercial internacional, y la búsqueda constante de un sistema de solución de controversias fuera de los cánones estatales, son los hilos conductores del tránsito hacia un nuevo Derecho que el profesor Alejandro M. Garro, especialista en Derecho Internacional y Comparado, aborda en esta entrevista.

* Alejandro M. Garro, Lecturer in Law, Columbia University; Associate Research Scholar, Parker School of Foreign and Comparative Law.

** Esta entrevista ha sido posible gracias a la intermediación del doctor Franz Kundmüller Caminiti quien tuvo la amabilidad de contactarnos con el Profesor Alejandro M. Garro.

te por regiones en este proceso de creciente unificación. Sin embargo, creo necesario enfocar la disyuntiva entre regionalismo y universalismo en el proceso de unificación sobre la base de criterios más pragmáticos. Depende de qué área del Derecho se intenta unificar y cuáles son los objetivos a los que se aspiran. En principio, en el tema del Comercio Internacional, conviene plantear la unificación para facilitar el intercambio de bienes y servicios entre naciones, independientemente del bloque económico al que pertenezcan, o al que aspiren a pertenecer. En este sentido, mi postura está en favor del universalismo, pero debo admitir que en ciertas áreas más discretas desde un punto de vista jurídico, pero no menos importantes desde un punto de vista comercial, tales como las líneas a trazar entre uniones aduaneras, comunidades económicas o simples zonas de libre comercio, la fragmentación en bloques puede indicar una insoslayable estrategia para emprender un proceso de integración regional.

2. ¿Se incrementan la posibilidades de desarrollo de la *Lex Mercatoria* en un contexto de globalización? Si así fuera, ¿qué ámbitos considera usted que alcanzarán un mayor desarrollo?

Sí, sin duda que la llamada *lex mercatoria* tiene mayores oportunidades de desarrollarse en un contexto de creciente globalización como el que vivimos. Creo que una de las áreas de mayor desarrollo es aquella que tiene que ver con los métodos alternativos de resolución de conflictos. Aunque es un área predominantemente adjetiva y sujeta a minuciosa reglamentación normativa, tampoco se escapa a la creación de prácticas comerciales que forman parte de la llamada *lex mercatoria*.

Otras áreas del Comercio Internacional, como el campo de las obligaciones y contratos, constituyen también un área fértil para el desarrollo de las prácticas comerciales. Por supuesto que este proceso de desarrollo debe ir acompañado de un lento proceso de consolidación y ajuste de las prácticas comerciales con el medio en el cual deben aplicarse.

3. ¿Es posible sostener que con la globalidad y los mercados de integración asistiremos gradualmente al ocaso del Derecho Internacional Privado, o se trata de encontrarle nuevos contenidos?

Creo que el Derecho Internacional Privado (DIP) ha cobrado un auge mayor con el advenimiento de la globalización y los mercados de integración. Lejos de constituir una disciplina en extinción, el DIP pareciera haber adquirido mayor vitalidad y frescura. Claro que

este “renacimiento” del DIP exige también una nueva orientación, y a esto se refiere la pregunta cuando sugiere los “nuevos contenidos” del DIP.

Ha sido el profesor Friederich Juenger, cuyo reciente fallecimiento, en enero de este año, nos sigue doliendo, quien insistió en numerosas ponencias y escritos en la necesidad de pasar menos tiempo discutiendo métodos para determinar la ley aplicable y dedicarse con mayor atención a la unificación sustantiva del Derecho Mercantil Internacional. Esta nueva orientación no prescinde totalmente de las técnicas de conflicto. Todo texto uniforme, inevitablemente, tendrá lagunas y una de las fuentes supletorias para colmarlas se encuentra en el derecho interno/doméstico aplicable según las normas de conflicto del foro (ver, v.gr., Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional, artículo 7.2). La globalización ha tenido un gran impacto en la orientación de los estudios de DIP, como se puede comprobar al repasar el temario de un curso de DIP dictado en las facultades de derecho que desean brindar información actualizada a sus alumnos.

4. ¿Considera usted que el sistema CAMCA (Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas) del NAFTA, podría ser un modelo adecuado a seguir en un contexto de integración hemisférica como el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas)?

Celebro la iniciativa de diseñar un mecanismo de resolución de conflictos que sirva a las necesidades propias de la región o grupo de países, o bien al tipo de temas sometidos al arbitraje. Claro que el CAMCA ha sido ideado para brindar un mecanismo rápido y justo de resolución de conflictos entre personas y empresas domiciliadas en los países miembros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, y bien puede servir de modelo eficaz para resolver conflictos en el ámbito del ALCA.

Lo que no me resulta claro es identificar aquellos aspectos del CAMCA que ofrecen alguna ventaja particular sobre otros mecanismos de solución de conflictos, como las Reglas de UNCITRAL (“CNUDMI”), de la CCI, o de la AAA. Lo aconsejable es adoptar una actitud prudente, apreciando con cuidado cuáles son las virtudes y los defectos de los diferentes mecanismos de arbitraje, antes de optar por seleccionar alguno en particular.

5. ¿De qué manera podría contribuir la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) en este proceso de integración hemisférica?

La CIAC se ha esforzado en contribuir con este proceso de integración económica mediante la adopción de un nuevo reglamento, la organización de conferencias y eventos de toda índole, y la promoción del arbitraje como medio alternativo eficaz para resolver conflictos. Esto no es suficiente, sin embargo, como puede fácilmente comprobarse, por el poco uso que se ha hecho de la CIAC en estos últimos años.

6. ¿Comparte la idea de que constituye una falencia del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en MERCOSUR, haber renunciado a la posibilidad de regular el tema de la solución de controversias entre particulares?

No me cabe duda que la incorporación al Protocolo de Brasilia de un mecanismo para la resolución de conflictos entre particulares hubiera constituido un paso adelante. Sin embargo, lo que hay que calibrar son las posibilidades de haber introducido dicho mecanismo al momento en que se discutió dicho Protocolo.

Al momento de perfeccionarse el Protocolo de Brasilia, existía un consenso para ponerse de acuerdo sobre temas relacionados con el tratamiento de disputas entre los países miembros del Tratado de Asunción. No así, respecto del método de resolución de conflictos surgidos entre particulares domiciliados en los países miembros. Eso fue dejado para negociaciones ulteriores. Claro que se renunció a la posibilidad de regular el tema en ese momento, y habría que estar más familiarizado con el contexto político de esas negociaciones, para poder determinar si esa falta de regulación podría haber sido salvada.

7. ¿Qué opinión le merece que la Comunidad Andina a través del Protocolo de Cochabamba haya otorgado al Tribunal Andino funciones arbitrales para las controversias entre particulares?

No estoy lo suficientemente familiarizado con los términos del Protocolo de Cochabamba para poder emitir opinión respecto de la conveniencia de otorgar la facultad de dirimir contiendas entre particulares al Tribunal Andino. En principio, empero, soy de la opinión de que las disputas entre particulares debería ser función de instituciones privadas de arbitraje o bien arbitrajes *ad hoc* diseñados por las mismas partes. Otorgar este tipo de funciones a un Tribunal Superior de Justicia a nivel subregional, como es el Tribunal Andino, no pareciera acomodarse a las funciones específicas de ese tribunal. En todo caso, en la medida que la sumisión de causas a dicho Tribunal quedaría a criterio de las partes interesadas, el tiempo

dirá si esta función que se le habría asignado por el Protocolo de Chochabamba cuenta con la adhesión de los justiciables.

8. ¿De qué manera se puede diversificar la oferta de ADRs (*Alternative Disputes Resolutions*) o no es esto posible?

En la medida en que el derecho aplicable no lo impida u obstaculice, siempre es posible para las partes diseñar los métodos de resolución de conflictos que mejor se adapten a sus necesidades. Otra cosa es que dichos métodos “prendan,” tengan éxito, o sean efectivamente utilizados por las partes y cumplan satisfactoriamente la función que han sido llamados a cumplir. Para esto quizás es necesario algo más que simplemente no crear obstáculos; puede requerirse una política jurídica orientada hacia la resolución extrajudicial de los conflictos, un cuerpo profesional de abogados entrenados en el uso de dichos métodos y una judicatura dispuesta a colaborar con estos mecanismos extrajudiciales, prestando la cooperación judicial necesaria para que los diversos sistemas de ADR cuenten con la confianza de sus usuarios.

ARBITRAJE

9. ¿Considera usted un debate acabado la naturaleza jurídica del arbitraje?

Lo importante de este debate —como lo es todo debate acerca de la naturaleza jurídica de una figura— es que las partes que intervienen en el debate tengan siempre presente cuáles son las políticas jurídicas en conflicto que apoyan una interpretación, digamos, “contractualista” del arbitraje, frente a una concepción “jurisdiccional” o “mixta”. Lamentablemente, en más de una ocasión puede observarse que esta disputa doctrinaria se vuelve abstracta y estéril, precisamente por no poner en claro a qué apunta el desarrollo de cada teoría. Así, por poner un ejemplo, es importante enfatizar los aspectos contractuales del arbitraje para enfatizar la autonomía de la voluntad en el tipo de arbitraje que las partes desean, pero también es importante acentuar las características jurisdiccionales del arbitraje, cada vez que se pretende dotar de fuerza ejecutiva a lo que los árbitros deciden.

10. ¿No es posible abandonar la diferenciación entre el arbitraje de derecho y el arbitraje de conciencia?

Creo que sí es posible abandonarla, quizás simplemente porque muchos otros ordenamientos jurídicos han podido prescindir de la distinción, sin que por ello

haya menguado en absoluto la prestación del servicio de arbitraje. Por iguales motivos podría decirse que el derecho anglosajón podría prescindir de la rama del derecho que ellos identifican como *equity*, y que tiene un significado muy distinto al de la noción aristotélica con el que solemos identificar al concepto de equidad.

Una cuestión muy diferente es la ventaja o desventaja de abandonar una distinción conceptual, que se encuentra muy enraizada en aquellas jurisdicciones donde se ha venido aplicando durante mucho tiempo. Esta es la situación en la que se encuentran los países de América Latina, donde el arbitraje *de jure* y *ex aequo et bono* cuenta con un reconocido linaje. La distinción en el arbitraje de derecho y la amigable composición ha sido utilizada para trazar líneas divisorias en donde era innecesario o poco conveniente trazarlas. Por lo general, la distinción ha sido útil, a efectos de expresar la voluntad de las partes de otorgar a los árbitros (llámense como tales o bien “árbitros arbitradores”) amplias facultades para decidir el conflicto independientemente de las reglas de derecho que le fueren aplicables, para distinguirlo de aquél arbitraje en el cual los árbitros sólo pueden dictar un laudo conforme a las normas de derecho aplicables. Fundamentalmente por este motivo, y no por otro, soy partidario de mantener la distinción, que por lo visto ha contado con la comprensión y aceptación de la mayoría de la doctrina y de los usuarios en América Latina, en donde la amigable composición cuenta con sus fervientes partidarios.

Cabe destacar, que la reciente ola de reformas a la legislación de arbitraje en América Latina ha preservado la distinción entre arbitraje de derecho y de equidad. Algunas legislaciones modernas han llegado a mantener el principio que establece que el arbitraje debe ser considerado de equidad, a menos que las partes se hayan pronunciado expresamente en favor del arbitraje de derecho. Esta presunción *juris tantum* en favor de la amigable composición no cuenta con el apoyo de la Ley Modelo de UNCITRAL, ni de las corrientes más modernas de legislación en materia de arbitraje en el continente europeo. El mantenimiento de la distinción en América Latina sugiere la inconveniencia de abandonarla, a menos que se pueda demostrar un perjuicio patente.

11. ¿Qué ventajas y riesgos puede conllevar la masificación del arbitraje?

No concibo un sistema arbitral que pueda operar en el vacío, sin el apoyo del aparato judicial. Por esa razón es que no me asusta la “masificación” del

arbitraje. Se trata simplemente de la difusión y aceptación de un sistema de resolución de conflictos, en el cual las partes designan a sus propios jueces y diseñan su propio procedimiento, y me parece difícil imaginar un sistema mejor que éste.

Por supuesto que el arbitraje también es susceptible de abuso, o bien de mal uso, en cuyo caso habrá que contar con el respaldo de un sistema judicial serio que ponga límites cuando corresponde (y solamente cuando corresponde). De allí que percibo más ventajas que desventajas en una supuesta masificación del arbitraje. Esto me permitiría vislumbrar, por ejemplo, un sistema de resolución de conflictos donde los consumidores puedan llevar a un tribunal arbitral cualquier tipo de conflicto como los que surgen con inusitada frecuencia en la vida diaria (v.gr., accidentes de automotores en donde los daños y perjuicios no exceden determinada suma; problemas de familia que puedan ser derivados a mediadores y árbitros con amplia experiencia en el tema; reclamos administrativos por servicios que el Estado no presta o que presta mal; reclamos derivados de defectos en los productos elaborados; etc.). En la medida en que se pueda contar con un sistema ágil, poco costoso y que merezca la confianza por su imparcialidad y justicia, no se me ocurre vislumbrar ningún inconveniente a este tipo de “masificación” del arbitraje.

12. ¿El arbitraje obligatorio puede justificarse para materias sumamente especializadas?

Si la esencia del arbitraje radica en su consensualidad, la noción de arbitraje obligatorio suena a *contradictio in terminis*. En realidad, se trata de visualizar algún sistema de resolución de conflictos que evite a las partes recurrir a una vía lenta y costosa como el litigio judicial. En ese caso, la mejor política jurídica es la de diseñar un procedimiento expedito para ese tipo de conflictos, con un procedimiento y unos términos procesales ágiles y poco costosos, en lugar de “inventar” la idea del arbitraje forzoso. Dejar el arbitraje en el campo consensual y ser más creativos con el diseño de métodos de resolución de conflictos me parece más adecuado que seguir ampliando la lista de causas susceptibles de arbitraje forzoso.

13. ¿Los conflictos de carácter administrativo entre los particulares y el Estado pueden ser un campo de desarrollo para el arbitraje?

En la medida en que el procedimiento administrativo, contrariamente al principio de simplicidad en el procedimiento que lo inspira, se ha vuelto más y más engorroso, no ha faltado la propuesta en favor de la

implementación del arbitraje en causas que enfrentan al administrado con la Administración Pública. Y no encuentro razón alguna para eximir al Estado o a sus entidades autárquicas de someter sus conflictos al arbitraje, cuando así lo deseen. Algunas de las reformas a la legislación de arbitraje en América Latina contemplan de manera expresa la facultad del Estado y las entidades descentralizadas para someterse al arbitraje. La iniciativa me parece digna de ser emulada. En la medida en que el arbitraje se encuentre bien calibrado, encuentro ventajas en que los particulares y el Estado puedan someter sus diferencias al arbitraje.

14. ¿Considera necesario que los Reglamentos de las instituciones arbitrales estén sujetos a una aprobación administrativa?

Mi respuesta es no; no estoy de acuerdo con exigir autorización administrativa a los reglamentos que diseñe una institución arbitral. Son los particulares, y no el Estado, los que deciden el tipo de procedimiento que desean adoptar para resolver sus conflictos.

Si el reglamento de la institución arbitral, por cualquier razón, no llega a ajustarse a ciertos parámetros constitucionales o de orden público, siempre están los tribunales de justicia para hacer prevalecer el orden público por encima de la ley común, y por encima de la autonomía de la voluntad, que es lo que le otorga fuerza vinculante a los reglamentos de las instituciones de arbitraje. Así como no participo de la idea de que cada contrato celebrado por los particulares deba contar con el aval de una autorización o sello estatal para adquirir validez, tampoco estoy de acuerdo con que los reglamentos de las instituciones de arbitraje tengan que contar con algún *imprimatur* oficial para que las partes puedan optar por adoptar tal reglamento. Lamento que algunas reformas legislativas en la región requieran este tipo de autorización administrativa para permitir el funcionamiento de una institución arbitral.

15. ¿Qué herramientas pueden usar los árbitros ante los vacíos procesales de los Reglamentos de las instituciones arbitrales? ¿Pueden libremente acudir a la norma que regula los procesos civiles?

No me parece conveniente inculcar la idea de que las lagunas de los reglamentos deban ser colmadas con las normas aplicables al procedimiento civil. Este tipo de remisión al proceso civil, aun bajo la salvedad de que debe ser hecha *mutatis mutandi*, no deja de ser una fuente de incertidumbre en el mejor de los casos. En el peor de los casos, implica someter el arbitraje a las normas del procedimiento judicial, que probable-

mente no sean del todo ajustadas al tipo de procedimiento flexible y expedito que las partes han deseado al optar por el arbitraje.

En lugar de recurrir a esta simplista remisión a las normas del procedimiento civil, se me ocurre más atinado otorgarle a los árbitros, que cuentan con el aval de haber sido designados por las partes (de manera directa como el árbitro de parte, o indirecta, como el árbitro neutral), la facultad de suplir toda omisión en el reglamento de la institución arbitral o en la *lex arbitri* a la cual las partes se sometieron. Al fin y al cabo, cualquier arbitrariedad írrita cometida por los árbitros puede contenerse mediante alguna de las cláusulas-válvula incorporadas a la legislación arbitral.

16. ¿Conoce usted de sistemas legales en los que es el juez quien tiene la potestad de decidir que las partes en un litigio acudan a un arbitraje para resolverlo? ¿Bajo qué parámetros?

Es común que, bajo la ley federal de los Estados Unidos en materia de arbitraje, las partes puedan ser obligadas a someter una cuestión al arbitraje. Es importante destacar, sin embargo, que este mandato judicial sólo puede encontrar apovo en una cláusula de arbitraje que las partes hayan firmado, cuyo acatamiento es negado por alguna de las partes. Bajo estas circunstancias, el juez norteamericano se encuentra facultado a “referir a las partes el arbitraje.” En otras palabras, lo que la ley federal de arbitraje de los EE.UU. consagra es el cumplimiento específico de la promesa de someter un diferendo al arbitraje. El poder del tribunal para ordenar a una persona que cumpla lo que prometió, se encuentra en la historia del *common law* y el desarrollo de la doctrina de “*equity*” en el viejo derecho inglés. Conforme a esta doctrina, elaborada originariamente por el Canciller de Inglaterra, un tribunal de “*equity*” tiene la facultad de compeler a una persona a hacer, o dejar de hacer, conforme a lo prometido. La orden judicial se expide in personam, y desacatarla hace al contumaz pasible de severas sanciones que pueden llegar a la multa o hasta la prisión por desacato al tribunal (*contempt of court*).

17. ¿Existen sistemas legales que reconocen en los árbitros amplias facultades para ejecutar sus propios laudos? ¿Cuáles son los riesgos que puede conllevar una decisión legislativa de esa naturaleza?

La primera vez que me topé con la propuesta de otorgar al tribunal arbitral el *imperium* necesario para ordenar la ejecución de sus propios laudos fue en el transcurso de la discusión de un anteproyecto de Ley de Arbitraje para el Perú, presentado por el Instituto

Libertad y Democracia a comienzos de los años '90. Colaboré con mucho entusiasmo en la redacción de aquél anteproyecto, redactado antes que el Perú adoptara importantes reformas en su legislación procesal y arbitral. El desencanto de la justicia, y la imposibilidad de confiar la misión de ejecutar un laudo a los tribunales ordinarios, había llevado a algunos de los integrantes de la comisión redactora del anteproyecto a postular la necesidad de que sean los propios árbitros quienes ejecuten sus órdenes.

Hoy me opongo a este tipo de legislación con los mismos fundamentos que me llevaron a oponerme en aquél entonces. Por razones obvias, el uso de la fuerza ha sido monopolizado por el Estado, y es bueno que continúe de esta forma, a pesar de la poca confianza que nos merece la manera en que el Estado ejerce esta facultad. Los árbitros son jueces privados elegidos por las partes, designados sin las complicaciones (y las salvaguardas) que revisten la designación y nombramiento de los jueces del Estado. A ellos les conferimos el poder de "decir el derecho" (*juris dictio*), por lo menos todo aquello que se refiere a los derechos involucrados en la controversia en particular que hemos sometido a su decisión. Lo que las partes no podemos hacer, por lo menos sin pasar por encima de un esquema constitucional de ejercicio del poder, es otorgarles a esos árbitros el poder de recurrir a la fuerza pública para llevar a cabo sus decisiones. Para esto está la policía, y los jueces facultados para ordenar a la policía hacer o dejar de hacer.

Así como no es posible concebir un sistema arbitral sin un mecanismo judicial que lo apoye y le brinde asistencia, tampoco puedo concebir un sistema jurídico en el cual los árbitros tengan exactamente los mismos poderes que tienen los jueces. Si así fuera estaríamos en presencia de otro tipo de mecanismo, que deberíamos juzgar por sus propios méritos, lejos del sistema de arbitraje como lo conocemos hoy en día.

18. ¿Cuál es el reto de las megainstituciones arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y American Arbitration Association (AAA) en un contexto de globalidad?

El mayor desafío que enfrentan, a mi juicio, es el de mantener bajos los costos, conservar flexibilidad y rapidez en el procedimiento, y asegurarse que los árbitros designados y el procedimiento seguido sea conforme a nociones básicas de justicia. Esto se hace cada vez más difícil debido al incremento exponencial del arbitraje en ciertos países y en ciertas áreas del Derecho. En la medida en que instituciones como la CCI, AAA y otras, renueven sus cuadros, y dispongan

de las instalaciones y recursos necesarios para administrar este número creciente de causas, habrán cumplido con su misión, y estimularán la creación de otras instituciones que vayan especializándose en cierto tipo de arbitrajes.

19. ¿Cuáles son los vacíos significativos que encuentra usted en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial?

Vacíos hay muchos, pero hay más de una explicación a cada una de estas omisiones. Así, hay ciertos temas sobre los cuales la Ley Modelo no se pronunció, debido a que su creciente importancia se reveló en toda su magnitud años después de comenzar a gestarse esta ley. Este es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de celebrar un convenio arbitral mediante el intercambio de mensajes electrónicos. En otros supuestos la omisión se debió a la falta de consenso, o bien a la aprehensión por parte de algunos delegados a la idea de que cierto tipo de cuestiones, por rozar de manera tan sensible al orden público de cada país, debían dejarse de lado los esfuerzos de unificación. Esta parece haber sido, por ejemplo, la cuestión relacionada con los honorarios de los árbitros y las costas del arbitraje.

También se encuentran otras lagunas en la Ley Modelo que pueden responder al hecho de que, al momento en que fue redactada y adoptada, no existían opiniones lo suficientemente maduras al respecto. Este es el caso, a mi juicio, del papel que debe jugar la conciliación como método alternativo y hasta complementario del arbitraje. Recién ahora la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se está ocupando de adoptar una serie de reglas que engargen a la conciliación como sistema precedente, paralelo o alternativo al arbitraje.

20. ¿Comparte la idea de que es una grave imperfección que la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial haya sido estructurada en función de los arbitrajes *ad-hoc* en perjuicio de una mayor regulación del arbitraje institucional?

No; no creo que haya sido un error el haber estructurado la Ley Modelo alrededor del arbitraje *ad hoc*. Fundamento mi respuesta en por lo menos dos razones, cada una de las cuales estimo persuasiva en sí misma. En primer lugar, porque si las partes deciden recurrir al arbitraje institucional, probablemente encuentren en las reglas de dicha institución y en su capacidad de administración todo lo que necesitan para desarrollar un arbitraje satisfactorio. A lo sumo, la Ley Modelo puede actuar como *lex arbitri* supletoria

de lo que las reglas de la institución o la discreción de los árbitros no puedan completar.

En segundo lugar, porque la propia Ley Modelo habilita a las partes para pactar el arbitraje institucional y, una vez pactado, viabiliza la aplicabilidad de las reglas en preeminencia a las de la propia Ley Modelo. En cambio, la Ley Modelo (a través de su eventual adopción por los Estados) entra a jugar un papel importante para cubrir todos aquellos aspectos del arbitraje que la cláusula arbitral no se haya ocupado de reglamentar. Estas son las razones que me llevan a pensar que ha sido un acierto de la Ley Modelo el contemplar al arbitraje *ad hoc* y no al arbitraje institucional.

21. ¿Cuáles son las principales dificultades que frecuentemente se ha identificado en la aplicación de la Convención de New York de 1958?

Una de las mayores dificultades ha sido la de flexibilizar (por no decir “estirar”) la interpretación del requisito que establece, que la cláusula de arbitraje debe ser celebrada por escrito. Por un lado, algunos tribunales nacionales se han esforzado por admitir la validez de las cláusulas de arbitraje bajo una interpretación sumamente liberal de lo que debe considerarse “por escrito”. Estos esfuerzos interpretativos han causado un grado de incertidumbre respecto de la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje que requiere un esfuerzo extra de unificación. Por otro lado, es necesario convalidar de manera expresa el pacto de arbitraje concluido mediante comunicaciones electrónicas, adoptando un criterio que sea compatible con el adoptado por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que también ha elaborado UNCITRAL.

Otro punto que merece especial atención, y que el texto de la Convención de Nueva York no contempla de manera expresa, es el que se refiere a la ejecución de medidas cautelares en un arbitraje sujeto a dicha Convención. No solamente es importante aclarar las facultades y requisitos para expedir dichas medidas dentro del Estado en el que se desarrolla el arbitraje, sino que también es importante armonizar este criterio con la ejecución de medidas cautelares en países diferentes a aquél en el cual se ha de ejecutar el laudo.

Otra de las dificultades dignas de ser mencionada es aquella que se refiere a la posibilidad de ejecutar un laudo arbitral que ha sido declarado nulo en el Estado en el que ha sido dictado.

22. ¿Cómo evalúa la experiencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en los últimos años?

En mi opinión dicha experiencia ha sido positiva. Ello, en primer lugar, porque ofrece un foro para resolver conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros que, de no ser por el esquema de la CIADI, deberían ser canalizados por la vía del litigio, que siempre resulta más embarazosa y costosa para el Estado. En segundo lugar, porque el CIADI ofrece su propio esquema procesal, y los laudos dictados bajo su auspicio no pueden ser revisados por tribunal alguno. En otras palabras, se trata de un mecanismo genuino de arbitraje internacional. Hay que tener en cuenta que desde 1978 los Estados que no se han adherido al CIADI pueden recurrir al llamado “establecimiento adicional” (*Additional Facility*), que permite someter al arbitraje disputas que de otra manera deberían terminar en los tribunales del Estado receptor de la inversión o en los tribunales del país del inversionista. Ninguna de estas dos perspectivas ofrece, al menos para las percepciones de las partes, un foro neutral como lo es el CIADI.

23. ¿Qué opina de la reciente tendencia de UNCITRAL de considerar al arbitraje como un método vinculante ajeno a los ADRs?

Siempre he pensado que el arbitraje es un método vinculante de resolución de conflictos, porque tanto el acuerdo de arbitraje como el laudo dictado obligan a las partes. Pero también he aceptado la categorización del arbitraje como uno de tantos otros métodos alternativos de resolución de conflictos (“ADR”), por lo que no estoy de acuerdo con excluir al arbitraje de la categoría de los ADR simplemente porque sea vinculante.

CONCILIACIÓN

24. ¿La obligatoriedad de la conciliación o la mediación en un plazo determinado puede ser un mecanismo eficiente para su desarrollo en sociedades como las latinoamericanas? ¿La experiencia argentina en tal sentido ha sido positiva?

Nunca me gustó la idea de imponer la mediación de manera forzosa, y mucho menos la de imponer al mediador, porque siempre me pareció que los mejores resultados se obtienen cuando las partes optan libremente por recurrir a la mediación y cuando ellas mismas seleccionan al mediador. Empero, ante la ausencia de una “cultura de la mediación,” y como un medio para amortiguar la inclinación tradicional hacia el litigio y los métodos confrontacionales de resolución de conflictos, se me ocurre pensar que el legislador argentino optó por imponer la mediación a la fuerza a fin de que, con el tiempo, se enraizara en

el ámbito forense argentino la noción de que una buena mediación vale más que el mejor de los pleitos (en términos de costos y tiempo, o también en términos de justicia).

No puedo decir que la experiencia argentina con la mediación obligatoria, comenzada años atrás y limitada al ámbito de la Capital Federal, haya dado los frutos que se esperaban de esa reforma. Alguien me habló de un porcentaje alto de causas que terminaban con el proceso de mediación, mientras que otros colegas me han expresado su desencanto con la mediación por una razón o por otra. Aún en ausencia de estadísticas serias y categóricas sobre el tema, no se puede negar que el proceso de mediación ha derivado, forzosamente, muchas causas del curso ordinario del litigio; que muchas de esas causas han fenecido con una exitosa mediación, al cabo de la cual probablemente ninguna de las partes haya sido totalmente satisfecha en sus pretensiones, pero que en términos de tiempo y dinero ha de haber existido un ahorro considerable para el Estado y para las partes.

Una de las maneras de hacerse cargo de las críticas que justificadamente se le ha hecho al sistema de mediación obligatoria es observar, cómo a través de los años la idea de llegar a una solución a través de la mediación no es tan inconcebible. Claro que en muchos, muchísimos casos, la mediación puede ser una pérdida de tiempo, pero es importante darse cuenta que puede ser “el mediador” quien ha fracasado, y no “la mediación” o “el proceso de mediación”. Aquí deseo enfatizar la importancia que reviste contar con un cuerpo de mediadores bien entrenados, capaces no solamente de escuchar a las partes con paciencia, sino también de lanzar fórmulas creativas de posible conciliación, sobre las cuales las partes puedan prenderse y reacomodar sus esperanzas de “ganar” o “perder”, que son los únicos términos en los cuales las partes esperan que vaya a terminar su disputa. Estoy convencido de que, si se le presta una oportunidad a la mediación para que florezca de la mano de mediadores hábiles y bien entrenados, la popularidad de la mediación para resolver disputas de manera rápida y poco costosa estaría asegurada.

25. ¿Existen planteamientos que sugieren que un conciliador puede perder perspectiva integral del conflicto si es que no conoce de leyes, dado que los

conflictos se involucran necesariamente con aspectos legales, esto puede justificar el monopolio de la conciliación por los abogados?

Es muy cierto que todo tipo de conflicto suele involucrar la exigencia de dar a cada uno lo suyo, y que el criterio más confiable para decidirlo suele ser un texto normativo cuya interpretación, idealmente, debería estar en manos de un jurista. Empero, esta verdad de perogrullo no me permite saltar a la conclusión de que la ley debería exigir que todo mediador, conciliador o árbitro tenga el título de abogado, como lo requieren muchas legislaciones.

No estoy de acuerdo con este requisito, aun cuando probablemente sería el primero en seleccionar a un árbitro que tenga la experiencia de un abogado para un caso en que se encuentren en juego mis propios intereses. Esta aparente contradicción la salvo agregando que la justificación más importante para la existencia del arbitraje se encuentra en la amplia autonomía que se le otorga a las partes para decidir cómo desean resolver el conflicto, y quién es la persona encargada de tomar dicha decisión. Por eso me rebelo ante la imposición de que los árbitros tengan ciertas calificaciones, que no sean las de saber leer y escribir. Me parece sabia una disposición que señale, que el árbitro tendrá el título de abogado a menos que las partes decidan lo contrario, pero me opongo a que las partes vean limitada su selección de potenciales árbitros a los profesionales que tengan un título en derecho.

¿Acaso los jurados legos en el sistema anglosajón, o los escabinos en algunos países europeos, no toman decisiones que involucran cuestiones de derecho? Hasta la figura legendaria del juez de paz en algunos países es una persona lega a quien se le confían cuestiones de menor cuantía, en las cuales entra a jugar un papel importante la interpretación de la ley. Pues bien, en el arbitraje, son las partes las que tienen la facultad para decidir entre un abogado o un ingeniero industrial, por ejemplo, cuando lo que está en juego es el conocimiento de ciertas técnicas con las cuales es probable que se encuentre más familiarizado un ingeniero que un jurista. Por todo esto es que prefiero una legislación que no exija título profesional alguno a la persona que ha de fungir de mediador, conciliador, o árbitro.