

DEFENDIENDO EL FUTURO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

ADDRESSING RECENT CRITICISMS AGAINST INTERNATIONAL ARBITRATIONS

Gary Born**

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP

The last 30 years have been a really exceptional time for international arbitration. The author resembles international arbitration with the Seven Kingdoms of "Game of Thrones" where everything went right under the umbrella of the New York Convention.

Gary Born states: "Winter is Coming" for international arbitration. The arbitration community should be prepared to defend itself from a metaphorical "army of undead" who could demand more government control of the arbitration process in the future. In that regard, the author states that instead of being hunted in defending arbitration, we ought to hunt a little bit. The time to stop fending off attacks and start going on the offensive against arbitration's critics have come.

KEY WORDS: *International arbitration; future; commercial arbitration; investment arbitration; Government.*

Los últimos 30 años han sido una época realmente excepcional para el arbitraje internacional. Gary Born lo asemeja a los Siete Reinos de "Juego de Tronos", pues todo ha funcionado bien bajo el marco de la Convención de Nueva York.

Sin embargo, según Gary Born: "se acerca el invierno" para el arbitraje internacional. La comunidad del arbitraje debe estar preparada para defenderse de un metafórico "ejército de muertos vivientes" que podría exigir un mayor control del gobierno sobre el arbitraje en el futuro. En ese sentido, el autor señala que en vez de ser cazados defendiendo el arbitraje, debemos cazar un poco. El momento de dejar de defenderse de los ataques y empezar a ir a la ofensiva contra los críticos del arbitraje ha llegado.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje internacional; futuro; arbitraje comercial; arbitraje de inversiones; Estado.*

* Esta publicación transcribe una parte de la ponencia que realizó Gary Born en el "Inaugural Judith S. Kaye Arbitration Lecture" en el Centro de Arbitraje de Nueva York el día 18 de mayo de 2016 (<http://nyiac.org/>). La traducción al español, la edición y la revisión del artículo ha sido elaborada por Victoria Narancio y Fabio Núñez del Prado, miembros del grupo de arbitraje internacional de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. Fabio Núñez del Prado también es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Jefe de la Práctica de Arbitraje Internacional en Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. Ampliamente considerado como la autoridad más importante del mundo en materia de arbitraje comercial internacional y litigios internacionales. Contacto: Gary.Born@wilmerhale.com.

El próximo año va a ser un año increíble para el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, del que soy Presidente.

He utilizado esta frase antes, pero la voy a volver a utilizar porque ha tenido muy buena acogida: “se acerca el invierno”. Todos hemos visto, o al menos escuchado, esta frase de la serie televisiva de la cadena de HBO “Juego de Tronos”. Y espero estar equivocado, pero lo cierto es que hemos tenido un largo y soleado verano. El arbitraje internacional ha florecido. Esto se comprueba tan solo analizando el número de casos de cualquier institución arbitral, incluyendo el SIAC¹, que pasó de tener 25 casos hace 20 años a tener en la actualidad más de 10 veces ese número. No se trata solo del CIADI² que pasó de 3 casos al año a 100 veces ese número. No se trata solo de que las instituciones regionales han empezado a florecer. No se trata solamente de que el arbitraje esté siendo utilizado para resolver controversias en el campo de los deportes, los tratados tributarios bilaterales y las transacciones de servicios financieros, cuando –históricamente– jamás habría sido utilizado. No se trata solo de que el arbitraje también está siendo utilizado para resolver controversias sobre propiedad intelectual, sea bajo los auspicios de la OMPI³ u otro organismo.

Creo que en muchos sentidos, a pesar de que sabemos todo eso, cuando miramos atrás y contemplamos el cuadro de los últimos 30 años, podemos apreciar que todo ha sido como en los Siete Reinos de “Juego de Tronos”: un largo verano de oro en el que todo ha funcionado bien bajo el paraguas de la Convención de Nueva York en una especie de asociación pública-privada, en la que la fuerza motriz ha sido el comercio y la comunidad legal, habiendo logrado crear en gran medida los más eficientes, sensibles y neutrales mecanismos de solución de controversias. La parte pública de esa ecuación ha sido tan o más importante y las decisiones de los tribunales judiciales, sea que se recuerden fallos de los Estados Unidos como *Alberto Culver v. Scherk o Mitsubishi Motors*, o fallos en otros países como Dalico en Francia o el reciente fallo del Tribunal Supremo de la India en Balco, han logrado que los últimos 30 años sean un tiempo excepcional para el arbitraje internacional.

Pero, como mencioné: “se acerca el invierno”. En el otro lado del muro hay un ejército de muertos vivientes que buscan derribarlo y destruir todo lo

que se ha logrado construir de forma armoniosa. Y las críticas hacia el arbitraje de inversión, creo, son también aplicables al arbitraje comercial internacional. Uno encuentra los primeros indicios de ello bajo el argumento de que, al final del día, la única forma adecuada de resolver conflictos es a través del Estado. Yo creo que vamos a volver a escuchar este argumento.

No es, por supuesto, algo nuevo. Si se atiende a las críticas de Joseph Story al arbitraje en el siglo XIX, podrá apreciarse que se trataba de una irregular forma de justicia administrada por hombres en quienes no se podía confiar de la manera en que se confiaba en un juez. Esa misma crítica se encuentra en el corazón de las críticas hacia el arbitraje de inversión. De la misma manera en que las críticas son aplicadas al arbitraje de inversión, pueden ser también aplicadas al arbitraje comercial internacional.

Entonces, ¿qué debemos hacer si nos estamos enfrentando al lema: “se acerca el invierno”? No sabemos la respuesta, ¿cierto? La séptima temporada aún está por llegar, así que no tenemos una idea clara de la respuesta que nos dará “Juego de Tronos”. Y entonces, si “Juego de Tronos” no tiene la respuesta para nosotros, ¿dónde más podemos mirar? En “House of Cards”. Cuando miramos “House of Cards”, ¿qué es lo que encontramos? Creo que la persona que nos puede hablar desde ahí es Frank Underwood, que nos dice que en la vida solo hay una regla: “cazar o ser cazado”. Y yo creo que debemos dejar de ser cazados.

Creo que debemos dejar de defender siempre al arbitraje internacional. Lo defendemos cuando se le acusa de falta de transparencia; lo defendemos cuando se le acusa de ser pro-inversionista; lo defendemos cuando se le acusa de ser inconsistente. Creo que tenemos que mirar el mundo al revés. Debemos entender de dónde vienen las críticas al arbitraje de inversión y al arbitraje comercial internacional, y cuáles son los fundamentos de estas críticas, para poder empezar a cazar.

Las críticas al arbitraje encuentran su lugar en el Código de Napoleón y los acontecimientos posteriores. Una de las eras de oro del arbitraje sucedió en la Constitución del año 1 de la República Francesa, cuando uno de los derechos constitucionales que estaba garantizado era el derecho de acudir a arbitraje; es decir, el derecho de los particulares a resolver sus controversias por árbitros que pu-

¹ Singapore International Arbitration Centre.

² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

diesen ser designados por ellos mismos. Y no creo que deba sorprendernos que se tratara de una Constitución que fue clave para el reconocimiento de los Derechos Humanos. Pienso que se trató de un reconocimiento de la importancia fundamental que tiene la elección de las partes de la forma en que resolverán sus conflictos.

Hoy en día reconocemos la libertad que tienen las partes de elegir cómo van a contratar, con quién van a contratar, a quién le rinden culto, cómo se casan, con quién se casan, cómo van a resolver sus controversias, y cómo van a resolver las controversias que se derivan de relaciones que ellos mismos han creado.

Napoleón no tendría ningún mérito en esto, por supuesto. Él tenía una visión distinta del mundo. No era un mundo en el que los individuos con libertad –ejerciendo sus derechos civiles– elegían la forma en que resolverían sus controversias. Napoleón vio un mundo en el que los jueces estatales (“el Estado”) resolvían todo, lo que al final no es muy distinto a la forma en que piensan los críticos del arbitraje internacional hoy en día.

Tampoco es muy diferente al conjunto de directrices que en Alemania los nacional-socialistas

adoptaron en la década de 1930. En esta década, enfrentados a una cultura sólida del arbitraje, los nazis adoptaron las denominadas “directrices sobre los tribunales de arbitraje”. Estas directrices expresaban que el arbitraje **“no debía ser promovido”**. En otras palabras, establecían que el arbitraje no debía ser utilizado ni por el Estado ni por los particulares, porque los tribunales arbitrales socavaban la visión del Estado que tenía en su base únicamente a los nacional-socialistas. Pensaban que las tendencias liberales de los tribunales arbitrales minaban al Estado. La misma visión del Estado dominando aspectos jurídicos de la vida humana es lo que en el fondo, creo, sustenta muchas de las críticas al arbitraje comercial internacional y al arbitraje de inversiones. No creo que deberíamos sentirnos avergonzados de hacer esta comparación. Creo más bien que debemos sentirnos orgullosos de afirmar que el arbitraje salvaguarda el Estado de Derecho y el imperio de la ley.

Creo que la visión de un mundo en el que el Estado es responsable de todo es antitético con lo que el Derecho Internacional nos ha enseñado a lo largo de los últimos 40 años. Y creo que en lugar de ser cazados defendiendo el arbitraje internacional, tenemos que empezar a cazar un poco. “Feliz cacería”. 🏹