Young Arbitration Magazine

AN ACADEMY MAGAZINE

JUNIO 2021 | IX EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS

TABLA DE CONTENIDOS

Presentación 1

Dominick Delgado Carvajal

¿Regulando lo innecesario? A propósito del fenómeno del *double-hatting* en el arbitraje internacional 4

Gianella Lezama Coaguila y

Giampieer Alarcón Paucar

Arbitraje y nuevas tecnologías: divulgación electrónica en el proceso de arbitraje 22

Alfonso Crespo Molina y Leidy Johana Garzón

Breves comentarios sobre la Inteligencia Artificial en el arbitraje 29

Michelle Sugey Bernier Zavala y

Sebastián Andrés Fattorello Rodríguez

El principio de inevitabilidad arbitral y el derecho a la protección judicial a la luz de las obligaciones internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos 45

Astrid Jasmine Wug Galván,

Fernando José Alonso Pineda y

Javier Urízar Montes de Oca

La influencia política en el futuro del arbitraje de inversión 55

Michelle Sugey Bernier Zavala

Notas sobre la interpretación del acuerdo arbitral: Derecho aplicable, directrices y patologías 64

Alejandro Ramírez Padrón

CONSEJO EDITORIAL

Dominick Delgado Carvajal

- Directora de Young Arbitration Magazine (YAM)
- Fiscal de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Sophia Fiorella Villalta Chong

- Vocal I de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ana Elena Quirós Vásquez

- Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Gabriel Chaves Corrales

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ma. Alexandra Álvarez Arias

- Pro Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Alvarado Andrade

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

La Revista “Young Arbitration Magazine (YAM)” es una publicación académica semestral a cargo de la Federación de Jóvenes Árbitros, cuya visión es generar un espacio de encuentro e intercambio de opiniones sobre temas relacionados con el arbitraje.

Esta es una iniciativa que incluye el trabajo arduo de las asociaciones que conforman dicha Federación, ubicadas en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Guatemala. Este es un esfuerzo de países de la región en aras de promover el arbitraje.

PRESENTACIÓN

El acuerdo, así como su contraparte, el conflicto, han sido elementos fundacionales de las relaciones humanas. Ante tal realidad, desde su surgimiento, el instituto del arbitraje se ha manifestado como la aplicación práctica, célere y eficaz de la justicia para la resolución de controversias, particularmente, en el ámbito de las transacciones comerciales.

La constante evolución de las relaciones sociales y, consecuentemente, de las operaciones comerciales, clama por nuevas formas de resolver los conflictos devenidos de la cada vez más compleja actividad humana. De ello, da cuenta el volumen creciente de la aplicación práctica del arbitraje y su creciente aceptación entre la sociedad.

Con gran entusiasmo, Costa Rican Young Arbitrators presenta la IX Edición de la Revista Young Arbitrators Magazine (YAM), en la cual se han recopilado seis artículos inéditos de autores de la región de Latinoamérica. Como siempre, esta tiene el objetivo de constituirse como un espacio abierto para que los jóvenes estudiantes y profesionales con interés en la materia posicionen sus opiniones fundamentadas.

Teniendo lo anterior como norte, la presente edición ha pretendido la inclusión de una amplísima gama temática que gira en torno al arbitraje, sus complejidades, deficiencias y futuras posibilidades. Lo anterior, a través de la selecta batería académica que en esta ocasión les presentamos:

La discusión, tanto doctrinaria como jurisprudencial, sobre los conflictos de interés en el procedimiento arbitral, se torna inagotable en virtud de su inherente elemento casuístico y de su importancia para asegurar la imparcialidad de las personas juzgadoras; precisamente, es en esta esfera que se enmarca el fenómeno del "doble sombrero" con el que, en ocasiones, intervienen ciertos actores en el procedimiento arbitral. En su artículo ***¿Regulando lo innecesario? A propósito del fenómeno del double-hatting en el arbitraje internacional***, los autores Gianella Lezama Coaguila y Giampieer Alarcón Paucar abordan los intentos llevados a cabo por distintos centros arbitrales y cuerpos normativos *soft law* para incorporar disposiciones que permitan hacer frente a esta situación y, principalmente, buscan esclarecer la disyuntiva con respecto a si existe una verdadera necesidad de regular de forma exhaustiva la doble función arbitral.

La coyuntura actual trae consigo la ineludible virtualización del campo jurídico y, especialmente, de los procedimientos tanto judiciales como arbitrales. Lo anterior, conlleva la necesidad de que los operadores jurídicos se mantengan informados con respecto a las herramientas tecnológicas de las que pueden echar mano durante el desarrollo del procedimiento arbitral; en esta línea, comportan especial relevancia las tendencias tecnológicas para la producción

de medios de prueba veraces. Ante este panorama, los autores de ***Arbitraje y nuevas tecnologías: divulgación electrónica en el proceso de arbitraje***, Alfonso Crespo Molina y Leidy Johana Garzón, exploran algunas de estas herramientas electrónicas, las cuales comprenden, desde la recuperación de datos que han sido eliminados de los dispositivos, hasta el procesamiento de grandes volúmenes de información para discriminar la información más relevante que respalde la respectiva teoría del caso.

El vertiginoso aumento de las transacciones comerciales que se realizan en línea, trae consigo la necesidad de emplear mecanismos novedosos que permitan resolver las eventuales controversias que puedan surgir de ellas de forma eficiente; en este contexto, resultan sumamente llamativas las inconmensurables posibilidades que comporta el creciente rol que desempeña la Inteligencia Artificial dentro de los procedimientos arbitrales. En su artículo, ***Breves comentarios sobre la Inteligencia Artificial en el arbitraje***, los autores Michelle Sugey Bernier Zavala y Sebastián Andrés Fattorello Rodríguez, exploran cuáles son las formas en que esta puede emplearse en un procedimiento arbitral, así como el alcance e implicaciones jurídicas de la adopción de esta herramienta digital en los sistemas arbitrales modernos.

La aplicación del arbitraje como mecanismo para resolver conflictos en materia de Derechos Humanos, en razón de la consustancial naturaleza pública que esta ostenta, es una cuestión que se encuentra plagada de dudas, tanto a nivel procedimental como de fondo, las cuales es preciso resolver para llegar a implantar un verdadero y adecuado arbitraje en derechos humanos. Los autores de ***El principio de inevitabilidad arbitral y el derecho a la protección judicial a la luz de las obligaciones internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos***, Astrid Jasmine Wug Galván, Fernando José Alonso Pineda y Javier Urízar Montes de Oca, abordan algunas de estas interrogantes y analizan, bajo el marco jurídico guatemalteco, en qué supuestos concretos sería posible la aplicación del arbitraje en esta materia.

La relación entre la existencia de mecanismos de resolución de disputas eficaces (como el arbitraje de inversión) y el incremento de la inversión extranjera en determinados países, si bien, ante un análisis *prima facie*, puede resultar intuitiva, responde a una serie de elementos, muchas veces de naturaleza política, susceptibles de ser examinados a profundidad. Lo anterior, resulta de especial importancia al tomar en cuenta la acelerada globalización que experimentamos y sus efectos en el comercio internacional. En su artículo, ***La influencia política en el futuro del arbitraje de inversión***, la autora, Michelle Sugey Bernier Zavala, aborda este tema dando particular importancia al clima político de los países Latinoamericanos, el cual puede constituir un elemento clave para que los Estados propicien el aumento de los volúmenes de inversión extranjera en su territorio.

Es ampliamente reconocido que la voluntad constituye la piedra angular del arbitraje y, dicha voluntad, se plasma en el acuerdo

arbitral suscrito por las partes contratantes. No obstante, no son poco frecuentes las ocasiones en que los abogados enfrentan dificultades en la interpretación de acuerdos arbitrales imprecisos u obscuros. En su artículo, ***Notas sobre la interpretación del acuerdo arbitral: Derecho aplicable, directrices y patologías***, el autor venezolano Alejandro Ramírez Padrón, aborda estas circunstancias y realiza un recuento de los remedios que permiten solventarlas.

La selección de artículos que conforman la presente edición refleja tan solo algunas de las particularidades que surgen tanto a nivel teórico como práctico en el arbitraje. Estos permiten vislumbrar desde las ventajas y oportunidades que comporta el arbitraje, hasta algunos de los retos pendientes por enfrentar y representan valiosos aportes al acervo doctrinario de la materia.

San José, Costa Rica
Dominick Delgado Carvajal

¿Regulando lo innecesario? A propósito del fenómeno del *double-hatting* en el arbitraje internacional

Gianella Lezama Coaguila[1]
Giampieer Alarcón Paucar[2]

Resumen

La intención del presente artículo es detallar las principales implicancias que acarrea el fenómeno de la doble función arbitral (*double-hatting* o traducido al español "doble sombrero") en el arbitraje internacional, para lo cual realizamos un breve recuento de aquellas iniciativas legislativas y precedentes que han colaborado con la formación del concepto, así como la importancia de observarlo con sumo detalle a fin de proteger la integridad de todo procedimiento arbitral.

En primer lugar, definiremos desde nuestra posición, lo que debe entenderse del doble sombrero de los árbitros y expondremos lo que la doctrina ha intentado decir al respecto. Seguidamente, resaltaremos la importancia con la que viene siendo observado el fenómeno en la legislación internacional, y la presencia de este en diferentes casos de talla internacional, lo que ha permitido ahondar en su análisis e impacto en el debido proceso arbitral. Para culminar, brindaremos una opinión acerca de la necesidad de regular la doble función arbitral, intentando formar una comparativa sobre los "pros" y "contras" que conllevaría la exhaustividad de un régimen legal estricto que restringa esta práctica.

Abstract

The purpose of this article is to detail the main implications that of the "double-hatting" phenomenon in the international arbitration realm. With that purpose in mind, we look back on the legislative initiatives and precedents that have cooperated with the formation of the concept and established the importance of observing it meticulously to protect the integrity of all arbitration proceedings.

[1] Estudiante de 5to año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del equipo ganador del Torneo San Marcos de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM y de la XVIII Competencia de Arbitraje Comercial Internacional – Moot México 2020. Practicante preprofesional del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, Perú.

[2] Estudiante de 5to año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del equipo ganador de la XVIII Competencia de Arbitraje Comercial Internacional – Moot México 2020. Practicante preprofesional del Estudio Carlos Soto & Asociados. Lima, Perú.

In the first place, we will define what should be understood by "double-hatting" of arbitrators from our perspective as well as what doctrine has to say about it. Next, we will highlight the importance of said phenomenon in international legislation and its appearance in relevant international case laws, which allowed us to deepen its analysis and impact in the due process of arbitration. Finally, we will provide an opinion about the necessity to regulate double-hatting seeking to lay out a comparative between the "pros" and "cons" of the existence of a strict legal regime that restricts this practice.

Palabras clave

Doble sombrero; integridad; debido proceso; regulación exhaustiva; conflictos de intereses; prohibición; árbitro-parte.

Keywords

Double hatting; integrity; due process; exhaustive regulation; conflicts of interest; prohibition; arbitrator-party.

I. Introducción

El arbitraje como medio ideal de solución de controversias ha ido tomando un posicionamiento importante en los últimos años, junto con este posicionamiento, árbitros y abogados vienen uniendo esfuerzos para aminorar o regular las imperfecciones de esta jurisdicción. Gran cantidad de esfuerzos se han orientado al interminable tema de los conflictos de intereses.

Encontrar conflictos de intereses entre árbitros y partes sucede mucho en la práctica, y tan es así, que los Centros de Arbitraje y algunas directrices de *soft law* han regulado el tema de manera que puedan llevar un procedimiento libre de toda parcialidad; sin embargo, como la realidad siempre supera a la norma, desde hace algunos años ha aparecido un fenómeno bastante curioso que es una clara expresión de lo que tanto se busca evitar, denominado el "*double-hatting"*.

Este fenómeno no es ni más ni menos que el "doble sombrero" de algunos actores en un proceso arbitral, es decir, una especie de doble función porque pueden actuar como árbitros, pero, a la vez, pueden tener cierta vinculación con alguna de las partes, causando de esa manera un conflicto de interés que puede poner en riesgo un adecuado proceso arbitral.

En ese sentido, en el presente artículo nos interesa exponer nuestra postura respecto a la potencial regulación exhaustiva de este fenómeno. Para ello, primero daremos a conocer la regulación existente referente al *double-hatting* en el arbitraje internacional. Posteriormente, aterrizaremos la

jurisprudencia internacional para entender cómo se ha dado este fenómeno en la práctica y, finalmente, expondremos si realmente es necesario hacer una regulación exhaustiva sobre el tema.

Por último, es importante señalar que este trabajo se hace con el objetivo de mostrar lo que sucede actualmente en la práctica respecto a este fenómeno y con ello, analizar qué tan necesaria es su respectiva regulación en tiempos en los que el arbitraje va tomando mayor relevancia a nivel global.

II. Conceptualización del fenómeno de la doble función arbitral

El *double-hatting* en el arbitraje internacional se ha colocado como una de las discusiones más polémicas e interesantes de los últimos tiempos, por supuesto debido a su íntima ligazón con la calidad de los árbitros y los abogados de parte en un arbitraje, independientemente de la materia que se discuta en él.

La doctrina ha esbozado definiciones sobre lo que debemos entender por la doble función en el arbitraje, describiéndola como la multiplicidad de funciones de árbitros, abogados, secretarios y expertos arbitrales dentro de un sistema arbitral único, siendo las actividades antes descritas un ejercicio paralelo de la profesión (Langford, Behn, & Lie, 2017).

En línea de lo anterior, una forma general de concebir el dilema del *double-hatting* es leyendo lo expuesto por Phillipe (Sands, 2015) al respecto: *"¿Puede un abogado que "pasa una mañana redactando un laudo arbitral que aborda una cuestión jurídica" divorciarse de su papel en el tratamiento de la misma cuestión jurídica o similar en la "tarde" como abogado en un caso diferente?".* Lo brindado por Sands es, desde nuestra posición, la manera más didáctica de conocer el supuesto verdadero de lo que debería entenderse por el fenómeno de la doble función en el arbitraje.

Aunado a lo anterior, consideramos que la doctrina debería centrarse en estudiar el *double-hatting* en la relación abogado-árbitro o viceversa, mas no estudiar la doble función en peritos y secretarios arbitrales, ya que, desde nuestra perspectiva, estos últimos no intervienen en la defensa o resolución del arbitraje, porque son los árbitros y abogados quienes se encargaran de considerar la relevancia de los sustentos y medios probatorios alcanzados por las partes para fundamentar sus pretensiones.

Se ha dicho también que el *double-hatting* es una de las causas –sino la principal– del *issue conflict* (Burgos, 2018), entendido como el sesgo o apariencia de este generada por la relación del árbitro con el objeto de la controversia que menoscaba en el abordamiento del caso debido a la existencia de un juicio previo. Sobre esto último, es importante considerar que el sesgo es pasible de generar una suerte de parcialidad en los árbitros, influyendo en sus decisiones dentro del trámite del

arbitraje; a manera de ejemplo podemos señalar el siguiente supuesto: En estos momentos X es árbitro de un caso en donde A y B son partes; sin embargo, hace un par de años, X fue abogado en un litigio donde se discutió una materia que guarda estrecha relación con la que juzga actualmente como árbitro. Esto, sin duda, sería un buen indicio para señalar que este árbitro X no puede juzgar con imparcialidad.

En suma, consideramos que la doble función arbitral relevante a efectos de considerar un posible conflicto de interés durante el trámite del procedimiento arbitral debe estar enfocada en la relación árbitro-abogado, y de cómo el desenvolvimiento paralelo de ambas funciones en cabeza de un mismo individuo afecta la transparencia del arbitraje.

III. El *double-hatting* en la legislación internacional

En cuanto a la adaptación de disposiciones legales que tratan de enfrentar y regular este fenómeno, podemos sostener que, –al día de hoy–, contamos con limitados aportes a nivel internacional, pero relevantes por representar una iniciativa de atención –discutible o no– sobre esta problemática que surge en la práctica arbitral.

A continuación, echaremos un breve vistazo de los aportes legales más innovadores sobre el *double hatting*, recaídos en el Proyecto de Código de Conducta del CIADI y los listados de la International Bar Associattion. Adicionalmente, brindaremos algunos ejemplos sobre referencias a la doble función arbitral en otras regulaciones presentes a nivel internacional.

A. *Código de Conducta para Adjudicadores en la solución de controversias entre Inversionistas y Estados*

Sin temor a equivocarnos, sostenemos que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es la institución arbitral que mejor ha intentado desarrollar una propuesta de regulación sobre la figura del doble sombrero. Ello se debe a que dicho fenómeno es recurrente –hasta cierto punto, podemos inferir que fue en este Centro donde se generó– en los arbitrajes de inversiones debido a la cantidad limitada de especialistas en disputas entre inversionistas y Estados.

El 1 de mayo del 2020, la Secretaría del CIADI, en un trabajo conjunto con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), desarrollaron una suerte de guía a considerar por los participantes del arbitraje para especializar su pericia en la elección de

los árbitros[3]. De ese modo, en dicha fecha se publicó el primer borrador del *Code of Conduct for Adjudicators in Inversor-State Dispute Settlement*[4]. Cabe resaltar que este código tiene la condición de ser un proyecto en búsqueda de enmendar el reglamento del CIADI, aun no tiene fuerza imperativa para las partes de los arbitrajes ventilados bajo este centro.

Debe notarse que el proyecto no incluye supuestos específicos que se configuran como doble función, pero, en forma general, si prohíbe dicha práctica para conducir adecuadamente el proceso. Lo anterior se encuentra reflejado en el artículo sexto del proyecto que presenta la siguiente redacción:

> *Límite de múltiples roles*
> Los jueces se abstendrán de actuar o revelarán que actúan como abogados, peritos, jueces, agentes o en cualquier otra función relevante al mismo tiempo que dentro de los [no se estipula plazo fijo] años de actuar en asuntos que involucren a las mismas partes, los mismos hechos y/o el mismo tratado[5]. [Traducción libre]

Bajo el mismo criterio, encontramos un pronunciamiento similar en el artículo octavo:

> *Disponibilidad, diligencia, civismo y eficiencia*
> 2. Los adjudicadores se abstendrán de participar en más de [no hay número exacto] procedimientos pendientes del Centro al mismo tiempo para así poder emitir decisiones oportunas[6]. [Traducción libre]

Sin embargo, está primera versión sufrió una modificación. De manera célere, el pasado 19 de abril de 2021, el CIADI y la CNUDMI anunciaron la publicación de un segundo borrador del Código de Conducta, esta vez actualizada con los comentarios y recomendaciones recibidos por

[3] Noticia informativa: "CIADI y CNUDMI publican Proyecto de Código de Conducta para árbitros y otras personas que ejercen funciones de adjudicación", mayo de 2020. Disponible en https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados.

[4] Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones (1ra versión). Disponible en: https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

[5] Redacción original: "*Article 6: Limit on Multiple Roles. Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/ or] [the same treaty]*."

[6] Redacción original: "*Article 8: Availability, Diligence, Civility and Efficiency. 2. [Adjudicators shall refrain from serving in more than [X] pending ISDS proceedings at the same time so as to issue timely decisions.]*"

especialistas en la materia y Estados[7]. La principal modificación innovadora se encuentra en el artículo cuarto, que dispone lo siguiente:

> *Límite al desempeño de varias funciones*
> Salvo acuerdo en contrario de las partes contendientes, el decisor en un procedimiento vinculado a una CII[8] no ejercerá en forma concurrente como abogado o perito en otro caso vinculado a una CII [que involucre los mismos antecedentes de hecho y, al menos, a una de las mismas partes o sus empresas subsidiarias, relacionadas o matrices].

Tal como se deja constar en las motivaciones que provocaron los cambios, la nueva versión admite que el *double-hatting* sea permitido si existiese acuerdo entre las partes luego de haber conocido la existencia del potencial conflicto. De esta forma, se contradice lo estipulado en la primera versión, creándose así un razonamiento ambiguo, ya que si se pretende asimilar la doble función al conflicto de interés –el cual está prohibido exhaustivamente–, no se llegaría a explicar satisfactoriamente la naturaleza del perjuicio que acarrea el fenómeno del doble sombrero.

Consideramos que la principal motivación de estos artículos es enfrentar la doble función de los árbitros y/o adjudicadores en diferentes procesos que liguen de alguna u otra manera el aspecto procedimental o material del caso concreto, evitando la formación de un sesgo que prejuzgue una controversia por raciocinios ajenos a la disputa, a pesar de que en la segunda versión sea permitida previo consenso. Sin embargo, especulamos que lo último sería en casos sumamente excepcionales.

La regulación que proyecta el CIADI expone su deseo de no encuadrar la práctica arbitral en un determinado conjunto de expertos, pero busca especificar las funciones a prohibir para mantener la transparencia de sus arbitrajes, aunque de manera singularmente confusa, pero no del todo equivocada[9]. En este sentido, los artículos complementarios del proyecto de Código de Conducta reflejan la *bona fides* con la que deben actuar los árbitros, sobre todo en cuanto a la divulgación cuando existen diversas actividades vinculadas a arbitrajes con las mismas partes, pero diferente

[7] Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones (2da versión). Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_es_final.pdf

[8] Abreviatura que recibe una "controversia internacional relativa a inversiones" entendida como una disputa surgida de conformidad con las disposiciones de promoción y protección de inversiones contenidas en un tratado internacional. Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones, artículo 1 inciso 5. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_es_final.pdf

[9] Es preciso aclarar que al haber sido el Proyecto de Código de Conducta un trabajo en coordinación con la CNUDMI, de aprobarse el mismo, sería de aplicación para los arbitrajes comerciales que sean celebrados bajo el Reglamento de la CNUDMI, no habiendo argumento justificado que contrarié esta idea.

calidad magisterial. Así las cosas, el Código se encuentra a la vanguardia de la regulación sobre el *double-hatting* y sirviendo como inspiración para que los legisladores nacionales actualicen su respectiva regulación del arbitraje.

Asimismo, la flexibilidad de la proyección normativa se presenta cuando en los comentarios sobre los referidos preceptos, se aparta en cierta medida del absolutismo prohibitivo de la doble función que bien podría restringir las oportunidades para el desarrollo de futuros árbitros por temor al intrusismo sobre una determinada controversia, contradiciéndose con su idea inicial sin una escandalosa intención[10]. Lo anterior, es entendible si consideramos que existe una tendencia de regular el arbitraje queriendo resolver problemas que aún no surgen o se encuentran observados de manera general por las disposiciones de leyes arbitrales, doctrina y jurisprudencia.

B. *International Bar Association* (*IBA)*

Sin ocasionar sorpresa, una vez más las directrices de *soft law* siguen reflejando las mejores prácticas internacionales sirviendo como referencias indispensables en la actualidad, aunque sin asimilarse como normas imperativas.

A diferencia de las reglas que puedan formarse en el ámbito del arbitraje de inversiones, las reglas de la IBA podrían aplicarse a los arbitrajes comerciales. En las directrices de la IBA sobre conflictos de intereses podemos encontrar diversas situaciones que indirectamente refieren al problema del doble sombrero en los árbitros[11], como las que mostramos a continuación:

2. Lista roja renunciable

2.1 Relación del árbitro con la controversia

2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.

2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

[10] 10 Extracto de los comentarios al artículo 6°: "*On the other hand, an outright ban may exclude a greater number of persons than necessary to avoid conflicts of interest and would interfere with the freedom of choice of adjudicators and counsel by States and investors. A ban on double-hatting also constrains new entrants to the field, as few counsel are financially able to leave their counsel work upon receiving their first adjudicator nomination. Indeed, many arbitrators receive only one ISDS case in their career and requiring them to abandon their other sources of income to accept a case would be a barrier to entry. This may be especially relevant for younger arbitrators (new entrants) and arbitrators who bring gender and regional diversity. A possible way to address this concern would be to introduce a phased approach so that an adjudicator may overlap in a small number of cases at the start of their adjudicator career. However, even a phased approach is hard to justify if the mere fact of double-hatting is considered as creating a conflict of interest.*"

Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

[11] Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014). Disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados.

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

[…]

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

Sobre este punto, nos apartamos de aquellas opiniones que consideran a los numerales *2.3.3 "Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados" y 2.3.6 "El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas"*, como situaciones propias de doble sombrero, dado que esta últimas no se refieren a la labor personal del árbitro como "aliado legal" de alguna de las partes, sino que exponen relaciones indirectas de carácter laboral o profesional con los abogados, lo que no necesariamente afecta la conducta de juzgamiento del árbitro.

3. Listado naranja

3.1 Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.

3.1.1 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró, pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

3.1.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.

3.2 Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad.

3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

3.2.2 Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.

3.2.3 El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.

3.3 Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado.

3.3.4 Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.
3.4 Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje.
3.4.1 El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.

Sobre el listado naranja, consideramos que deben excluirse los numerales 3.1.4 *"dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro",* el 3.3.2 "*Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales*" y 3.3.3 *"Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje".* Lo anterior, por la misma razón expuesta en lo referente a los separados en la lista roja, ya que en estas igual se percibe la no intervención personal del árbitro.

4. Listado Verde
4.3 Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes.
4.3.1 Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

Todas las situaciones enumeradas muestran con la mayor claridad posible la configuración de una doble función del árbitro pasada o actual que incurra en un conflicto de interés

C. Otras regulaciones

Al día de hoy, como ejemplo preliminar, el actual Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional[12] no ha considerado necesario una positivización para hacerle frente al *double-hatting.* De una lectura precisa de los artículos que estudian la calidad idónea de los árbitros, sólo se exige de manera cotidiana la independencia e imparcialidad que le permitan formar un juicio verdadero y sin afectaciones de carácter abstracto por la relación con alguna de las partes[13]. Lo

[12] Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional vigente desde el 1 de enero del 2021. Consulta realizada el 16 de abril del 2021. Disponible en: https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf

[13] Artículo 11° numeral 2: "*Antes del nombramiento o confirmación, un posible árbitro firmará una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. El árbitro potencial revelará por escrito a la Secretaría cualquier hecho o circunstancia que pueda ser de tal naturaleza como para poner en tela de juicio la independencia del árbitro a los ojos de las partes, así como cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas razonables sobre*

anterior, por supuesto refleja la ya conocida regulación internacional para asegurar la eficacia del arbitraje; sin embargo, resulta genérica y abstracta para su debida aplicación en el arbitraje, ya que la defensa de las partes podría ser capaz de formar argumentos que justifiquen la actuación de los árbitros como abogados o miembros de la estrategia legal de una de las partes en otro procedimiento arbitral.

No obstante, encontramos que existen otros ejemplos de cuerpos legislativos que guardan entre sus líneas referencia a la problemática del doble sombrero.

Como primer ejemplo, la Corte Internacional de Justicia mediante sus directrices practicas a considerar por los Estados que celebran procesos en la Corte, amplía la aparición de la problemática a los aspectos judiciales y no sólo en los arbitrajes; no obstante, no existe perjuicio en caso de querer considerarse como una visión a tomar en cuenta por los árbitros y partes.

Así, las partes, al elegir un juez ad hoc deben abstenerse de designar personas que están actuando como agente, consejero o abogado en un caso ante la Corte o han actuado de tal, en los tres años anteriores a la fecha del nombramiento. Además, las partes también deben abstenerse de designar como agente, consejero o abogado en un caso ante la Corte a una persona que se desempeñe como juez ad hoc en otro caso ante la Corte (Fierro Valle, 2014).

Otro ejemplo es el Acuerdo Económico y Comercial Integral ente Canadá y la Unión Europea (CETA)[14], que establece en su artículo 8° una disposición sobre la doble función de alguno de los miembros del tribunal arbitral: *"(…) en el momento del nombramiento se abstendrán de actuar como asesores, como expertos nombrados por una parte o como testigos en una diferencia pendiente o nueva sobre inversiones con arreglo al presente Acuerdo o a cualquier otro acuerdo internacional".*

El vigente Código de Arbitraje Deportivo impide el ejercicio de la doble función en la parte final de su artículo 18°, indicando que: *"(…) Los árbitros y mediadores/as del TAS no podrán actuar como abogados de una parte ante el TAS"*[15].

De la misma manera, existen otras referencias fuera del arbitraje sobre la doble función de los juzgadores de conflictos y los que participan en la asesoría legal del caso. El Estatuto de la Corte

la imparcialidad del árbitro. La Secretaría facilitará dicha información a las partes por escrito y fijará un plazo para cualquier comentario de las mismas."

[14] El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA). Disponible en: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm

[15] Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport, vigente desde el 1 de julio del 2020. Disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2020__ESP_.pdf

Penal Internacional en su artículo 40 indica*: "Los magistrados no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional"*[16], además, en el Reglamento de Procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo cuatro señala que los jueces del Tribunal no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de su independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo[17].

IV. Jurisprudencia internacional sobre el fenómeno

No podríamos empezar esta sección sin mencionar al que la doctrina ha calificado como uno de los casos más emblemáticos del fenómeno de *double-hatting*, el caso *Telekom Malaysia v. Republica de Ghana*[18].

Este arbitraje, iniciado en el año 2002 bajo las reglas de la CNUDMI ante la Corte Permanente de Arbitraje[19] y que tenía a la Secretaria General como autoridad nominadora[20] (Permanent Court of Arbitration, 2021), se vio envuelto en una primera recusación de los árbitros propuestos por ambas partes. En virtud de ello, posteriormente Telekom nominó a Emmanuel Gaillard y la secretaria general a Robert Layton como árbitros sustitutos.

En la exposición de posiciones, *Telekom Malaysia* basó parte de su defensa en el criterio tomado por los árbitros en el caso *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*. Cuando tomó cuenta de ello el árbitro Gaillard reveló –como tenía que ser– que él había participado como abogado en

[16] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con las enmiendas del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 10 de julio de 2002. Disponible en: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

[17] Reglamento de Procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vigente desde el 1 de agosto del 2018. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf.

[18] En este caso, la Empresa Telekom habia adquirido el 45% y control de la dirección de una compañía estatal de Ghana bajo la condición de que la empresa instalara 40 000 líneas en el país; sin embargo, en el año 2000, Ghana entró en crisis financiera y política, lo cual repercutió en las ganancias de Telekom. El escenario anterior motivo que el inversionista solicitara una recompra de las acciones de la compañía, en vista de que las partes no se pondrían de acuerdo, Telekom demandó al Estado por expropiación directa con base en el TBI firmado entre Malaysia – Ghana. Fuente: Telekom Malaysia v. Republica de Ghana., n.o ARB 2003-03. (CIADI, 2004). Recuperado de: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857_0.pdf.

[19] La Corte Permanente de Arbitraje o Tribunal Permanente de Arbitraje, es un organismo internacional con sede en los Países Bajos, cuya finalidad consiste en la resolución de controversias internacionales mediante una jurisdicción arbitral que facilite a los Estados un recurso de arbitraje.

[20] Puede recurrirse al Secretario General de la CPA para que actúe como autoridad nominadora, o para que designe a otra autoridad nominadora, para el nombramiento de árbitros en virtud de las Reglas de procedimiento de la CPA, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI u otras reglas de procedimiento.

dicho caso y buscaba revertir como tal, el criterio adoptado. Como era de esperarse, Ghana recusó al árbitro; sin embargo, este se rehusó a renunciar. En ese escenario, el tribunal continuó con el arbitraje, pero Ghana continuó con el intento de recusación, esta vez ante la Secretaria General de la Corte quien también denegó el pedido.

Aquellos no fueron los únicos intentos del país para recusar al árbitro, finalmente, el 27 de setiembre del 2004, Ghana interpuso ante la Corte del Distrito de la Haya, una solicitud de medida cautelar para lograr recusar a Gaillard. Entre su defensa se encontraba el argumento de que el hecho que Gaillard hubiera actuado como abogado en el caso de *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco* no garantizaba parcialidad e independencia que el rol del árbitro debiera tener.

Es interesante también traer a colación lo indicado por Gaillard, quien señaló:

> En lo que a mí respecta, sólo quiero señalar que creo ser perfectamente imparcial e independiente para actuar como árbitro en el caso mencionado. El hecho de que he pedido que actúe como abogado de una parte independiente en un asunto no relacionado no afecta, en mi opinión, a dicha imparcialidad e independencia de cualquier manera. (Telekom Malasia v. República de Ghana, 2004) [Traducción libre].

Tras una audiencia oral, el juez de medidas provisionales determinó por decisión de 18 de octubre de 2004 que existía una duda legítima en relación con el árbitro Gaillard, puesto que "él está jugando estos dos roles y es imposible para él no dar la apariencia de ser capaz de mantener estas dos posiciones estrictamente separadas"[21] [Traducción libre]. De este modo, la Corte ordenó al árbitro que en un plazo de 10 días renunciara a su cargo como abogado del caso *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco.*

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) no ha sido ajena a estas situaciones. Hace algunos meses, un artículo de *Investment Treaty News* revelaba el "doble sombrero" de Peter Tomka, juez de la CIJ.

El 17 de agosto de 2020, China designó a Tomka para participar en un tribunal del CIADI que conocía una demanda presentada en su contra por el inversionista japonés Macro Trading Co., Ltd., en virtud del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) que existe entre China y Japón.

Esto resulta sorprendente considerando que, en 2018, el juez Abdulqawi Yusuf, presidente de la CIJ, anunció en un discurso ante la Asamblea General de la Naciones Unidas que los jueces de la institución ya no actuarían como árbitros en procedimientos internacionales de arbitraje comercial o de inversión, lo cual fue reafirmado por otro discurso del mismo Yusuf en 2020.

[21] Ídem.

Es preciso señalar que Tomka no es el único juez de la CIJ que actualmente forma parte de un tribunal arbitral, aunque, cabe mencionar que, los otros jueces miembros de la Corte que forman parte de tribunales arbitrales han iniciado sus labores como árbitros en 2018, esto es, antes del discurso de Yusuf.

Este doble sombrero es preocupante por la "independencia real o percibida" de los jueces de la CIJ, ya que el deseo de ser nombrados en un arbitraje de inversiones podría afectar a los fallos que realicen en la Corte, lo cual, no es para nada deseable considerando su función y el prestigio que viene manteniendo la institución.

Ahora mismo, queda confiar en el criterio y la ética que muestren los jueces de la Corte Internacional de Justicia que hayan sido nombrados en casos anteriores a la disposición de Yusuf en 2018, y si no, consideramos que hay suficientes herramientas para las partes que deberán ser utilizadas en pro de un arbitraje efectivo y justo.

Por su parte, si bien el fenómeno del "doble sombrero" se ha presentado principalmente en casos de inversión, los casos comerciales no han sido ajenos a estas situaciones.Un claro ejemplo es el caso *Anders Jilkén v. Ericsson AB* resuelto por la Corte de Apelaciones de Svea.

En este caso, Anders Jilken solicitó la anulación del laudo y que se suspendiera la ejecución del mismo como medida precautoria. La razón de fondo en este caso no se basó en que pretendiera incumplir un laudo que le era desfavorable, sino más bien, se basó en uno de los supuestos más concurrentes en el *double-hatting*, Jilken entró en conocimiento, una vez que concluyó el arbitraje, que el presidente del Tribunal Arbitral compartía oficina con el Estudio *Mannheimer Advokatbyrå Swartling*, firma que había representado a Ericsson en otros casos.

Es preciso mencionar también que Jilken no solo alegó que el presidente del tribunal compartiera oficina con la firma, sino que también señalo que el árbitro había actuado en servicio de consultoría externa e incluso, que había asesorado al Estudio en algunas ocasiones. En ese sentido, el argumento principal sostenía falta de parcialidad y el hecho de que esta situación no se había revelado en el momento procesal oportuno.

Aunque a muchos podría parecernos que era evidente una situación de falta de imparcialidad, ese no fue el criterio de la Corte de Apelaciones quien señaló que las situaciones que había descrito la demandante no eran suficientes para dudar de la parcialidad del árbitro y que, si bien en su momento no se había revelado ello, aun así, no constituía base suficiente para cuestionar la imparcialidad del presidente.

Este caso llegó hasta la Corte Suprema de Suecia quien revocó la sentencia anterior y dispuso que, efectivamente, existían dudas sobre la imparcialidad del árbitro, ya que este podría estar

influenciado a favor de Ericcson por la relación previa que había mantenido con la firma *Mannheimer Advokatbyrå Swartling*[22].

V. ¿Regulando lo innecesario?

Sin perder el sendero de atender con la mayor exhaustividad posible aquellas controversias que atañen la práctica del arbitraje a nivel internacional, debemos ser conscientes de la importancia que conlleva simplificar el arbitraje, maximizando su instrumentalización y evitando adentrarnos en discusiones innecesarias.

Queremos empezar por señalar que es una realidad el hecho de que existen malas prácticas en el arbitraje, ya sea este bajo el régimen de una institución arbitral o en base a la determinación de árbitros y partes solamente.

Sobre lo anterior, la intención de este artículo es brindar una visión fáctica del problema que puede representar o no la doble función de los árbitros y/o abogados que pueda afectar la integridad de un arbitraje. Es por eso que, desde algunos años, y seguramente durante muchos años más, se intenta desincentivar estas prácticas, argumentando a favor de esta prohibición el mantenimiento de la imparcialidad que debe regir todo método de solución de conflictos, sobre todo el arbitraje, el cual viene siendo el mecanismo al que más frecuentemente se acude cuando se enfrenta a un complejo asunto comercial o de cualquiera otra materia arbitrable en una determinada sede.

Desde nuestra posición, consideramos que no existe una imperiosa necesidad de regular exhaustivamente la doble función de los árbitros, y que, en caso se afecte la función arbitral por esta situación, la sanción que recaerá sobre el árbitro-abogado dependerá del análisis del caso concreto, tal y como se ha señalado en la jurisprudencia señalada en el acápite precedente.

Nuestro razonamiento colinda con un argumento económico: muchos abogados poseen la tendencia de convertirse en árbitros a tiempo completo, ya sea por necesidad o por la inclinación a la práctica arbitral, buscando reconocimiento, tanto como árbitro y abogado de parte, sin que esto sea considerado como un incentivo fraudulento.

[22] "*Al menos cuando, como en el presente caso, la relación entre la práctica de la abogacía y la cliente es de importancia comercial para la práctica de la abogacía, se debe considerar que las bandas de intereses y lealtades entre los socios y abogados empleados en la práctica de la abogacía, en por un lado, y el cliente, por otro, constituyen una circunstancia que puede disminuir confianza en la imparcialidad de un árbitro empleado en la práctica de la abogacía, cuando el cliente es una parte del arbitraje. […] Se debe considerar que existe una relación que menoscaba la confianza incluso si el árbitro mismo no tuvo contacto directo con el cliente con la parte, el arbitraje el trabajo se realizó por separado del trabajo como abogado o la disputa del arbitraje se referían a asuntos distintos a los que normalmente se incluyen en el encargo del client*ek" [Traducción libre]. Fuente: Anders Jilkén v. Ericsson AB, n.o ARB/ T6875-04=1604. (Corte de Apelaciones de Svea, 2004). Recuperado de: http://skiljedomsforeningen.se/wp-content/uploads/2015/09/anders-jilken-ericsson-ab.pdf

Al mismo tiempo, debemos manifestar que no compartimos la posición doctrinaria que olvida prestar demasiada atención a las consecuencias que provocaría inobservar por completo el fenómeno del doble sombrero arbitral, porque sería dar un paso en falso, olvidando que, efectivamente, hay casos donde si podría afectarse un proceso arbitral por las consideraciones personales de un árbitro respecto de una parte con la que comparte posición en otro arbitraje[23]. (Silva Romero & Hranitzjy, 2010)

Al suceder una controversia dentro del arbitraje impulsada por la mala práctica del árbitro que viene ejerciendo una función de abogado en un arbitraje paralelo, prestando servicios a una de las partes, afectando así la estabilidad procesal del arbitraje generando conflictos de intereses o incluso menoscabando un aspecto propio del fondo del litigio que no permita resolverlo con la transparencia pertinente, se puede acudir a las reglas de *soft law*, las cuales pueden ser tomados coma una importante referencia para denunciar estas conductas irregulares en base a supuestos de hecho muy marcados sobre la implicancia de los abogados-árbitros en algún conflicto de interés.

Evidentemente, los Centros de Arbitraje no han dejado desprotegidas a las partes en ese sentido y los han dotado de mecanismos como el de recusación, que se encuentran en sus reglamentos. Sobre este punto, aunado a lo que doctrina autorizada ha expuesto, las reglas de *soft law* vienen siendo instrumentalizadas de manera recurrente, sin asimilarse a una norma imperativa, pero sí como directriz importante basado en la flexibilidad de interpretación que puede dársele. (Toro Huerta, 2006)

Lo anterior no quiere decir, de ninguna manera, que las partes dejen de estar vigilantes o los órganos superiores relajen la postura respecto al tema, ya que no puede –ni debe– negarse que es realmente preocupante que estas situaciones no sean reveladas a quienes eventualmente afecte.
Si bien consideramos que la regulación exhaustiva de la figura seria –de alguna manera– inútil respecto de los mecanismos que ya existen, sí consideramos útil que existan disposiciones generales en los reglamentos que hagan referencia a la figura. Nos explicamos:

No es desconocido que la doctrina ha ampliado la figura, al punto que puede considerarse como *doule-hatting* el hecho de que un abogado sea consultor de una firma que asesora a la parte X en sus litigios y a la vez, sea parte del tribunal arbitral de la misma parte X en un proceso distinto.

[23] Cierta doctrina se posiciona a favor de la separación de la función árbitro-abogado de una parte en un arbitraje de manera concurrente, por temor a que el juicio se resuelva en base a criterios imperfectos de falsa imparcialidad o percepción de *"clubbiness*". Silva Romero, Eduardo & Hranitzjy Dennis. The "Double Hat" debate in Internacional Arbitrarion. New York Law Journal, 2010.

Cada supuesto es ampliamente debatido y seguramente la vida real colocará sobre la mesa muchos más. Colocar situaciones puntuales en reglamentos de Centros de Arbitraje sería una tarea notoriamente poco útil, por ello, aunque no es vaga la referencia, sí lo es la exhaustividad.

Evidentemente, no puede señalarse que esto sea irregular, lo que sí debe señalarse como tal es el hecho de que en situaciones como las anteriormente descritas, por ejemplo, en el no tan hipotético escenario de que un abogado actúe como árbitro de un caso respecto a una parte y en otro, como abogado en contra o defensa de la misma parte. Estas situaciones deben revelarse pues, en nuestro criterio, en ese caso sí sería clara la falta de parcialidad.

VI. Conclusión

La discusión sobre la necesidad de regular la doble función de los árbitros presenta diversas aristas, cada una con argumentos válidos, a favor de restringir esta práctica para evitar prácticas fraudulentas y/o sesgos en los árbitros que son abogados de las partes en otro procedimiento arbitral, o en contra, sustentado en la razón que la restricción de la doble función provocaría la limitación de profesionales del arbitraje que verían reducidas sus posibilidades de desarrollar su experiencia en la materia.

Estamos convencidos que mantener una posición que cautela la total libertad de las partes de un arbitraje de elegir, estudiar y nombrar a sus árbitros es la mejor manera de proteger la integridad del arbitraje, ya que no identificamos suficientes incentivos para restringir esta práctica. Por supuesto, la práctica de la doble función debe ser estudiada en los casos concretos, ya que puede darse el caso de que el *double-hatting* resulte ser realmente perjudicial para el caso en particular y para el arbitraje en general.

VII. Bibliografía

Anders Jilkén v. Ericsson AB, n.o ARB/ T6875-04=1604. (Corte de Apelaciones de Svea, 2004). Recuperado de: http://skiljedomsforeningen.se/wp-content/uploads/2015/09/anders-jilken-ericsson-ab.pdf.

Burgos, M. A. (2018). "Double-Hatting in International Commercial Arbitration. En C. Gonzales-Bueno, *0 under 40 International Arbitration* (pág. 87). Madrid: Dykinson.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (2004). Sentencia del 5 de noviembre del 2004. Expediente HA/RK 2004.778. Recuperado de https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf.

Ciar Global. (2020). *Denuncian "Double Hatting" de Peter Tomka a pesar de recomendaciones de CIJ.*. Recuperado el 22 de abril de 2021, de https://ciarglobal.com/denuncia-double-hatting-del-juez-peter-tomka-a-pesar-de-las-recomendaciones-de-la-cij/#:~:text=Denuncian%20%E2%80%9Cdouble%20hatting%E2%80%9D%20de%20Peter,pesar%20de%20recomendaciones%20de%20CIJ&text=En%20un%20art%C3%ADculo%20public.

Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral du Sport, vigente desde el 1 de julio del 2020. Disponible en: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2020__ESP_.pdf.

Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014). Disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

El Acuerdo Económico y Comercial Global (2017). Disponible en: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con las enmiendas del 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. (2002). Disponible en: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf.

Febles, N. (2019). *La transparencia en el Arbitraje Internacional y en los Tratados Bilaterales de Inversión* (tesis de doctorado). Universidad de Girona, Cataluña, España.

Fierro Valle, E. (2014). Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del double-hatting. *Arbitraje PUCP*, 59-70.

Fierro, E. (2014). Conflicto de Intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del *double-hatting. Revistas PUCP,* 59(4), 59-69.

Langford, M. &., Behn, D., & Lie, R. (2017). "The Revolving Door in International Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law,* 301.

Nota Informativa (2020): ""CIADI y CNUDMI publican Proyecto de Código de Conducta para árbitros y otras personas que ejercen funciones de adjudicación", mayo del 2020. Disponible en https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (2021). Consulta realizada el 16 de abril del 2021. Disponible en: https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf.

Reglamento de Procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2018). Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf.

Sands, P. (2015). *Building InternationalInvestment Law: The First 50 Years of ICSID.* La Haya: Kluwer Law International.

Silva Romero, E., & Hranitzjy, D. (2010). The Double Hat debate in International Arbitration. *New York Journal*.

Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Recuperado el 18 de mayo de 2021, de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257.

Arbitraje y nuevas tecnologías: divulgación electrónica en el proceso de arbitraje

Alfonso Crespo Molina[1]
Leidy Johana Garzón[2]

Resumen

La actividad probatoria es la etapa más extensa dentro de los procesos arbitrales y la que tiene más relevancia en la decisión final de los árbitros. Por ello, cada parte y sus abogados invierten tiempo y dinero sustentando cada pretensión con argumentos fuertes que incluyan medios probatorios veraces e idóneos, como pueden ser la información documental, los testimonios e informes periciales.

Debido a que muchas veces la información o los testigos ya no están disponibles dentro de la compañía al momento en que se lleva a cabo el procedimiento arbitral, toma relevancia el uso de tecnologías que puedan brindarle a las partes y sus abogados otras opciones para recuperar dicha información. Por ejemplo, aquella que se encuentra en dispositivos electrónicos, así como recuperar archivos que han sido eliminados con la garantía de que estos pueden ser presentados. También, opciones para procesar grandes volúmenes de información electrónica e identificar en ellos nuevos medios probatorios para el caso.

Abstract

The evidentiary activity is the most extensive stage within the arbitration proceedings and the most relevant in the final decision of the arbitrators. Therefore, each party and their lawyers invest time and money supporting each claim with strong arguments that include truthful and suitable evidence, such as documentary information, testimonies and expert reports.

Due to the fact that sometimes the information or witnesses are often no longer available within the company at the time the arbitration procedure is carried out, the use of technologies that can provide lawyers and parties with other options for retrieving information, for example, information

[1] Socio de Forensic & Integrity Services en Centroamérica, Panamá y República Dominicana con experiencia como perito forense realizando cálculos de daños y lucro cesante y la prestación de servicios forenses, los cuales incluyen investigaciones, implementación de *corporate compliance* y uso de tecnología forense, contador público titulado de la Universidad Nacional Autónoma de México, ubicado actualmente en Costa Rica.

[2] Gerente de Forensic & Integrity Services en Centroamérica, Panamá y República Dominicana con experiencia como perito forense realizando cálculos de daños y lucro cesante, los cuales incluyen investigaciones, implementación de *corporate compliance* y uso de tecnología forense, contadora pública titulada en la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, ubicada actualmente en Costa Rica.

on electronic devices, as well as retrieving files that have been deleted with the assurance that they can be produced, becomes relevant. Also, options for processing large volumes of electronic information and identifying new evidence for the case.

Palabras Clave

Documentos electrónicos; mega data; documentos eliminados; procesamiento de datos; palabras clave; análisis forense de datos; cadena de custodia; evidencia digital.

Key words

Electronic documents; mega data; deleted documents; data processing; keywords; forensic data analytics; chain of custody; digital evidence.

I. Introducción

La actividad probatoria constituye no solo la etapa más extensa de los procesos arbitrales, sino también aquella que recobra la mayor trascendencia al momento de resolver las controversias planteadas a los árbitros. Por lo que la presentación de medios de prueba veraces que sustenten la posición de los abogados, es fundamental.

Específicamente, en el caso de los medios de prueba testimoniales y periciales –en virtud de los principios de inmediación y oralidad–, estos deben ser presentados en tiempo real ante los árbitros; cuestión que, muchas veces, pone en desventaja a las partes debido a la posible inexistencia o no disponibilidad de los testigos e, incluso, al nerviosismo que suele ser común en este tipo de procedimientos.

Por estas razones, los abogados han comenzado a acoger nuevas tecnologías que les permitan brindar pruebas capaces de apoyar sus argumentos. Lo anterior, sin tener que depender de la presentación de testigos dentro del proceso y respondiendo al aumento en el uso de las comunicaciones electrónicas y la cantidad de datos electrónicos producidos y almacenados en el mundo.

Las nuevas tecnologías en materia de procesos arbitrales han llegado para facilitar la vida de las partes y sus abogados; estas van, desde la adquisición de computadores, celulares y otros dispositivos electrónicos, hasta el manejo de grandes volúmenes de información. Estas tecnologías apoyan a las firmas de abogados a buscar e identificar en menor tiempo pruebas desconocidas hasta ese momento, sustentar mejor las pretensiones realizadas y mantener la cadena de custodia de los archivos electrónicos.

Lo anterior, debido a que esto permite que la información pueda ser presentada sin que sea puesta en tela de juicio la veracidad e idoneidad de los documentos y, de igual forma, permite acreditar la buena fe de la contraparte que presenta la información, ya que, gracias al uso de este tipo de herramientas tecnológicas, las características de los documentos originales no pueden ser modificadas. Además, estas aminoran los dilemas que, muchas veces, suelen tener las partes y los abogados relacionados con la presencia de testigos que por diferentes motivos no están disponibles.

II. Desarrollo

Con el uso de estas tecnologías, pueden ser identificados, recolectados, procesados, almacenados y producidos documentos con las siguientes características: correos electrónicos, mensajes de WhatsApp, documentos creados o enviados en Word, Excel u otros programas de Office, imágenes, PDFs e incluso, documentos que fueron borrados o eliminados por el custodio o usuario del dispositivo electrónico, permitiendo que puedan ser presentados y, eventualmente, admitidos por los árbitros.

La tecnología nos ofrece tres pasos para facilitar la vida de los abogados y de los peritos dentro de los procesos arbitrales, como son: **(i)** adquisición de computadores, celulares y otros dispositivos electrónicos; **(ii)** manejo de grandes volúmenes de información; y **(iii)** fortalecimiento de la estructura tecnológica de las firmas de abogados.

(i) Adquisición de computadores, celulares y otros dispositivos electrónicos

La adquisición de computadores, celulares y otros dispositivos electrónicos es un procedimiento por medio del cual los informáticos forenses, usando tecnología especializada, hacen una réplica exacta del dispositivo que es entregado por una de las partes. Réplica que, posteriormente, es procesada para entender la cantidad de información disponible y el tipo de archivos que están bajo custodia. En esta parte del trabajo, serán identificados los documentos eliminados que podrán recuperarse.

Una vez procesada la información del dispositivo, la parte contratante, los abogados y los forenses comenzarán a crear las palabras claves o las palabras relacionadas con el caso, las cuales tienen como objetivo identificar medios probatorios.

Posteriormente, las palabras claves que fueron creadas en conjunto son procesadas y analizadas por el equipo forense o por los abogados, incluyendo herramientas tecnológicas por medio de las cuales los documentos son leídos y analizados, sin modificarlos o cambiar los metadatos, identificando la información que es irrelevante y extrayendo los medios probatorios que serán presentados ante los árbitros.

Lo anterior, es realizado bajo un proceso de cadena de custodia que comienza desde que el equipo forense recibe los dispositivos electrónicos de la parte contratante y concluye en el momento en que es presentada como parte de los medios probatorios ante los árbitros (OLAF Guidelines, 2016). Este proceso tiene dos finalidades: (i) conservar la información recolectada en las condiciones originales, incluyendo los metadatos, tal como en el dispositivo original; y (ii) garantizar que el proceso está siendo desarrollado por profesionales experimentados que no perderán o alterarán la información en la manipulación de la misma.

Pero, ustedes se preguntarán ¿Por qué son importantes los metadatos dentro de un proceso arbitral?

Los metadatos (*metadata*) son la información que se crea en el transcurso en que un documento se está redactando y editando, pero que no suele aparecer cuando se imprime el documento. Es decir, es la información que todo documento tiene, pero que no es visible en primera mano para el usuario, sin embargo, describe el contenido, calidad, condiciones, historial de creación y edición, disponibilidad y otras características de los datos. Por eso, son comúnmente conocidos como "los datos de los datos" (Senso y Piñero, 2003).

En otras palabras, el correcto análisis de la *metadata* puede ganar casos, debido a que nos va a permitir entender quién creó, modificó o editó un documento, así como la fecha exacta en que lo hizo.

Por ejemplo: En un caso en el que la cuestión central era si el documento del plan de incentivos a largo plazo de una corporación se aplicaba al ex Director Ejecutivo, el documento se mostró en pantalla ante el tribunal, en un formato en el que se podían ver los metadatos. Esto mostró todas las enmiendas que se habían hecho durante el curso de la redacción del documento, identificando quién había realizado los cambios y cuándo.

Estos metadatos demostraron que el Director Ejecutivo había hecho o intentado hacer enmiendas que sólo habrían sido necesarias para hacer frente a su propia situación personal, y que habrían carecido de sentido si el documento no tuviera la intención de aplicarse a sí mismo. Nada de esto se podía ver desde la cara del documento cuando se imprimió.

En ese caso, los metadatos fueron empleados por la parte que tenía posesión del documento electrónico, por lo que no fue necesaria la producción. Pero, si el documento hubiera estado en poder de la otra parte, el ejercicio de equilibrio tal vez habría favorecido ordenar la producción del documento en su forma nativa, con todos los metadatos, dada su importancia y relevancia para la cuestión central del caso.

Otro punto que es clave en este tipo de procedimientos, son los documentos eliminados.

Lo anterior, porque muchos de los casos que atendemos diariamente incluyen largos periodos donde la información contable por lo general es conservada, pero las comunicaciones y otras evidencias pudieron ser eliminadas.

Cuando un documento electrónico ha sido eliminado permanentemente y no existe física o electrónicamente, puede que una copia del mismo exista dentro de las cintas de respaldo que son usadas en algunas compañías, o bien, en las copias de seguridad de los correos electrónicos u otros servidores que muchas herramientas realizan automáticamente, si el documento eliminado no ha sido sobrescrito. Existen varios caminos que pueden ser usados para extraer la información que los dispositivos aún conservan, pese a que no sea visible en primera instancia.

(ii) Manejo de grandes volúmenes de información

El uso de documentos electrónicos es cada vez más común, debido a que el enfoque de la comunidad empresarial para la transmisión y almacenamiento de comunicaciones y documentación ha experimentado un cambio radical con la pandemia y la existencia de un contexto cada vez más internacional. Lo anterior, ha causado un aumento exponencial de las posibles evidencias, que podrían incluir información contable, comunicaciones electrónicas, entre otros documentos, los cuales se almacenan en múltiples formas, versiones y copias repartidas en una amplia gama de plataformas, desde servidores y redes hasta discos duros, dispositivos portátiles y teléfonos móviles ya que, en la actualidad, muchas empresas llevan a cabo sustancialmente todo su negocio en forma electrónica (Schroth y Hody, 2020).

Cada vez más común que los documentos y materiales relevantes para un caso, sean en su mayoría, –y en algunos casos o por completo–, electrónicos. Bajo esta premisa, el procesamiento, manipulación y análisis se vuelve un proceso sencillo, a pesar de que existan grandes volúmenes de información. Ya que va más allá de la búsqueda de palabras clave, pues esta tecnología puede organizar automáticamente documentos electrónicos de acuerdo con la similitud de su contenido, identificando documentos que contienen temas estrechamente relacionados. Cuando la información similar está contenida en varios documentos, esos documentos se agrupan en un clúster o lo que se conoce como un análisis de *clusters*, donde son divididos objetos de datos en grupos, de tal manera que los objetos dentro de un mismo grupo son similares entre sí y diferentes de objetos de otros grupos (Vallejo, 2016).

Los clústeres de documentos o carpetas crean un mapa visual que permite identificar a grandes rasgos los temas que están contenidos en esa colección de documentos, priorizando los temas que son más relevantes en forma escalonada y marcar eficazmente material irrelevante y sensible.

El resultado de estos nuevos recursos tecnológicos es que los datos relevantes a menudo pueden identificarse a partir de los datos disponibles de una empresa con un costo y tiempo relativamente

modestos, especialmente cuando la búsqueda se limita a los servidores de correo electrónico y archivos utilizados por una lista de individuos relevantes identificados y al rango de fechas relevantes, con búsquedas de palabras clave, des duplicación y filtrado de tipo de archivo aplicado contra dichos datos, antes de que se apliquen las técnicas de agrupación en clústeres para acelerar la revisión humana.

(iii) Fortalecimiento de la estructura tecnológica de las firmas de abogados

Teniendo en cuenta las tecnologías explicadas en los numerales anteriores, las firmas de abogados han establecido convenios con profesionistas que cuentan con las herramientas que les permitan resguardar, procesar, analizar y custodiar información, diferenciándola por cada caso y especialidad de sus profesionales. De tal forma, que un mismo documento pueda ser consultado por profesionales con diferente ubicación geográfica y especialización al mismo tiempo. Además de permitirles mantener grandes volúmenes de información y acceder a ella con solo hacer un *click.*

III. Conclusión

En un mundo globalizado es cada vez más común enfrentarse al manejo de grandes volúmenes de información digital, información que debe ser recuperada de dispositivos electrónicos e información que está siendo usada como evidencia digital dentro de los procesos arbitrales. Lo que le da relevancia a profundizar nuestro conocimiento en la vinculación que puede tener la tecnología con los procesos arbitrales y como usar esta tecnología a nuestro favor.

Las herramientas tecnológicas que apoyan los procesos arbitrales llegaron para apoyar a las partes, a los árbitros y a los peritos y colaboran en la identificación de documentos que respaldan el caso en mejor tiempo y costo. Así como abrir la puerta a otros debates, como los que propusimos en este texto relacionado con el análisis de la *metadata* y cómo la correcta interpretación de la misma puede resolver interrogantes que comúnmente son planteadas.

Sin duda, el arbitraje seguirá floreciendo, ofreciendo a los usuarios un proceso justo que resulte en laudos de alta calidad, lo que lo llevará a modificar o soportar muchas de las reglas con las que cuenta en este momento para abrirle espacio a la evidencia digital, las cadenas de custodia y la presencia de forenses dentro de los centros de conciliación y arbitraje, capaces de argumentar los hallazgos o medios probatorios identificados.

Cada vez más los profesionales del mundo del arbitraje estamos siendo retados para incluir estas tecnologías dentro de nuestros procesos y aceptar el desafío de la producción electrónica de documentos, para hacer de la tecnología y sus avances nuestros grandes aliados.

Bibliografía

American College of Trial Lawyers - Alternative Dispute Resolution Committee (2018), *Best Practices regarding evidence in arbitrations*.

Dan Topey (2020). Forensic & Integrity Services, *How Forensic accountants are driving change in investigations and claims*, Recuperado de: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_us/topics/forensic-integrity-services/ey-forensics-driving-change-in-investigations-fis.pdf

European Anti-Fraud Office (OLAF) (2016) Guidelines on Digital Forensic Procedures for OLAF Staff. Recuperado de: Schroth, Lori, and Brandon J. Hody. The Business Case for Moving to Electronic.

Jonathan Sutcliffe, Richard Hill (2009), *Arbitration and new technologies: electronic disclosure in international arbitration*. Recuperado de: https://iclg.com.

Revista editada por los alumnos de la Facultad de derecho de la Universidad de Lima, *La Actividad Probatoria en el Arbitraje y la colaboración judicial en la generación de la prueba*.

Schroth, Lori, y Brandon J. Hody. (2020). *The Business Case for Moving to Electronic Documentation*. Revista Professional Safety, Volumen 65. Recuperado de: https://onepetro.org/PS/article-abstract/65/10/39/448777/The-Business-Case-for-Moving-to-Electronic?redirectedFrom=fulltext.

Senso, J. y Piñero, A. (2003). El concepto de metadato. Algo más que descripción de recursos electrónicos. *Ciência Da Informação*, *32*(2). Recuperado de http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1010.

Tallinn University of Tecnology, School of business and governance (2018), Department of Law, *Digital Evidence in International Commercial Arbitration*.

Vallejo, D. (2016). *Clustering de documentos con restricciones de tamaño*. Universitat Politècnica de València. Recuperado de: http://mugi.webs.upv.es/wp-content/uploads/2016/11/TFM-Diego-Vallejo-MUGI.pdf

Breves comentarios sobre la Inteligencia Artificial en el arbitraje

Michelle Sugey Bernier Zavala[1]
Sebastián Andrés Fattorello Rodríguez[2]

Resumen:

El desarrollo de la tecnología y la optimización de la Inteligencia Artificial, ha provocado la implementación paulatina de esta última en el arbitraje como medio de resolución de conflictos, lo cual irremediablemente deriva en la necesidad de precisar el alcance e implicaciones jurídicas de la adopción de semejante herramienta digital en los sistemas arbitrales modernos. Para el análisis de este fenómeno se emplearon normas adjetivas extranjeras e internacionales, así como posturas doctrinales internacionales. Esta investigación tuvo un diseño documental, empleando el método hermenéutico para la interpretación del fenómeno. Se concluyó al avance de la Inteligencia Artificial en la actualidad como suficiente para coadyuvar la tramitación de los procedimientos arbitrales, mas carente de la solidez ameritada para fungir como sustituto pleno de los árbitros como decisores de las controversias.

***Palabras claves*:**

Arbitraje, Inteligencia Artificial, proceso, procedimiento, celeridad, tecnología, economía, conflicto, árbitro.

Abstract:

The development of technology and the optimization of Artificial Intelligence has led to the gradual implementation of the latter in arbitration as a means of dispute resolution, which inevitably leads to the need to clarify the scope and legal implications of the adoption of such a digital tool in modern arbitration systems. For the analysis of this phenomenon, foreign and international adjective norms were used, as well as international doctrinal positions. This research had a documentary design, using the hermeneutic method for the interpretation of the phenomenon. It was concluded that the progress of Artificial Intelligence is currently sufficient to assist in the processing of arbitration procedure, but lacks the merited solidity to act as a full substitute for arbitrators as decision-makers in disputes.

[1] Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Bogotá, Colombia.

[2] Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

***Key words*:**

Arbitration, Artificial Intelligence, process, procedure, speed, technology, economy, conflict, arbitrator.

I. Introducción

En las últimas dos décadas, las tecnologías de la información y comunicación (TIC, en lo sucesivo), han progresado prodigiosamente, lo cual ha significado un aumento significativo en el nivel de innovación de productos y servicios prestados en muchas industrias, incluyendo el sector jurídico. En la era de la globalización y de la absorción tecnológica, no sólo se han introducido mejoras técnicas en el proceso de arbitraje, sino también se asoma la idea de los árbitros como sustituibles por robots, cuya consecuencia más resaltante es el surgimiento de muchas especulaciones. La Inteligencia Artificial está emergiendo en los distintos sistemas de arbitraje, pero ¿Se convertirá el porvenir de la Inteligencia Artificial en una solución realista para las disputas? El futuro es la respuesta.

Sin duda alguna, se pueden encontrar algunos ejemplos claros de la mejora de los servicios prestados por la comunidad del arbitramento mediante la implementación de las TIC: videoconferencias, divulgación electrónica, uso de plataformas en línea, aplicaciones basadas en la nube, *etcétera*. Sin embargo, en la medida de la consolidación de la Inteligencia Artificial, el arbitraje, tal y como lo conocemos hoy, difícilmente existirá en el futuro.

En la actualidad, la mayor limitación de la Inteligencia Artificial sigue siendo su naturaleza indisciplinada, lo cual torna el uso de la tecnología demasiado dispendiosa y complicada. Aunque la Inteligencia Artificial puede automatizar tareas de bajo nivel, es poco probable la suplencia del arbitraje manual de los robots de Inteligencia Artificial. Al final, todo esto se suma al grado de confianza necesario de otorgarse a la alternativa de implementación de la Inteligencia Artificial en los medios de resolución de conflictos.

II. Desarrollo

1. Arbitraje, proceso y procedimiento

El arbitraje o arbitramento como método alternativo de resolución de conflictos implica, conforme a Gabaldón (1987), el otorgamiento de la facultad a quienes están inmersos en un litigio para la designación propia de jueces y el establecimiento de mecanismos de actuación de estos últimos para la consecución de una decisión acorde a derecho, originándose una obligación con respecto a las partes sobre el acatamiento de tal veredicto final. Según Gabuardi (2020), mediante este instrumento, "[…] *las partes ejercen la opción de resolver el conflicto dentro del ámbito de su*

propia esfera privada, sometiendo su conflicto ante un tercero en discordia – el árbitro – para que este lo resuelva a través de un procedimiento […]" (p. 285).

Al mismo tiempo, el arbitramento suele clasificarse en concordancia a una diversidad de criterios; en atenencia al elemento internacional susceptible de presentarse, como nacional o internacional; al vínculo a un centro arbitral, en forma institucional o *ad hoc*; a la naturaleza de la decisión, en derecho o en equidad; *etcétera* (Herrera Bonilla, 2018). Empero, en términos generales, el arbitraje es *per sé* un procedimiento de derecho privado, perfilado como consecuencia de un convenio inter-partes manifestado a través de una cláusula o acuerdo arbitral (Petzold Rodríguez, 2003).

Ahora, si bien el arbitramento ostenta una génesis contractual, este funge como una institución de gran relevancia en el plano procesal, pues ciertamente involucra un proceso. Todo ello, en virtud del debate y la dilucidación de pretensiones; la promoción, evacuación y análisis de medios probatorios; y la solución de conflictos facticos y jurídicos. Asimismo, el arbitraje comprende la sustanciación por juzgadores privados, cuyo desenvolvimiento no puede ser ajeno a la salvaguarda del ejercicio de las garantías procesales esenciales como el principio de contradicción y el derecho a la defensa (Coronel Jones, 2007).

De igual manera, como explanan Botero y Correa (2004), particularmente desde la perspectiva del arbitraje internacional, el proceso arbitral envuelve todos los aspectos elementales involucrados en la cognición y decisión de un litigio; por tanto, aunque el árbitro cuente con potestades plenas concedidas por las partes para desarrollar, impulsar y dirimir el procedimiento, debe hacerlo en continua y observancia de principios como el del debido proceso y la búsqueda de la verdad procesal.

Particularmente, se alude al procedimiento de arbitraje como el continente de las actuaciones llevadas a cabo por las partes ante el tribunal arbitral, para la exposición de sus respectivas posiciones en relación con el conflicto y la provisión del sustento probatorio pertinente para la ejecución del ulterior e inminente análisis en el laudo definitivo (Araque Benzo, 2010). Procedimiento este, cuya tramitación, a grandes rasgos, suele coincidir en los diversos sistemas arbitrales en tres determinadas etapas o fases; la de alegación, donde se presenta una demanda y se materializa una contestación; la de instrucción, en la cual se practican pruebas y se consuman alegatos ante el árbitro; y la de terminación, donde se emite una decisión final por parte del juzgador (Botero y Correa, 2004).

El arbitraje, como todo procedimiento, está conformado por una sucesión de actos procesales, los cuales, son definidos, desde una óptica genérica, como aquellos emanados del Tribunal, de las partes, o de terceros vinculados al proceso, con el objetivo de originar, alterar o extinguir consecuencias jurídicas en el mismo (Couture, 2007). A su vez, la consecución de semejantes actos

promueve el avance del procedimiento para el alcance del fin último de la emisión y ejecución del laudo arbitral.

En la misma línea de ideas, como indica Fernández Rozas (2015), el procedimiento de arbitraje estructurado en diversos instrumentos legales y reglamentos institucionales es cualificado por ser flexible y brindar a las partes la mayor posibilidad de ejercitar sus derechos. En adición a lo anterior, se disponen fundamentalmente principios como la concentración, inmediación, economía procesal y celeridad, para coadyuvar a la concreción de semejantes premisas.

En lo relativo a la celeridad procesal específicamente, esta es definida como aquel principio derivado de la intención de conseguir el máximo resultado con el empleo mínimo de actividad procesal; *ergo*, del fin de propiciar la realización de un proceso más rápido mediante la menor faena judicial (Devis Echandía, 1984). Noción esta que adquiere singular importancia para el arbitraje, pues su esencia evidentemente radica en la resolución de disputas con apremio y prontitud; más aún si se toma como una alternativa a la incoación de pretensiones por ante la jurisdicción estatal, cuya característica recurrente es la prolongación innecesaria y perjudicial de sus procedimientos. Como indica Andrews (2013), las partes del arbitraje poseen la expectativa de un proceso raudo, económico y de seguridad equivalente a la de aquellos tramitados ante tribunales estatales.

Aunado a lo precedente, Haderspock (2015) propugna a la economía procesal como consecuencia de la celeridad, debido a la proporcionalidad existente entre una tardanza inminente y la onerosidad en un procedimiento. Según el criterio de De La Torre (2017), la economía permite la simplificación del fenómeno procesal y la determinación precisa del conflicto, mediante el mínimo empleo de la actividad procedimental; siguiendo a Laguna (2017), con la aplicación de este principio se inquiere la evasión del alargamiento inidóneo del procedimiento como efecto de la ejecución de actos innecesarios.

En suma, el arbitraje como método de heterocompositivo atañe a un proceso, cuyo contenido abarca un procedimiento a tramitarse en conformidad con el cumplimiento íntegro de garantías procesales mínimas como el debido proceso, el derecho a la defensa, la celeridad y la economía procesal; resaltándose estas dos ultimas, pues constituyen, a su vez, cualidades intrínsecas del arbitramento y aspectos altamente persuasivos para quienes aspiren a la escogencia de similar alternativa para la solución de controversias. Como afirma Couture (2007), el valor del tiempo en el procedimiento se traduce en justicia.

Sobre lo precedente, se deduce menester la adopción de toda medida, herramienta o estrategia útil para incrementar la presteza en la consumación de los procedimientos de arbitraje y el dictamen consecuente del laudo arbitral. Por lo tanto, es ostensible la tendencia actual de implementación progresiva de la tecnología en la forma de ejecución de los actos procesales en el arbitramento;

según indica Madrid Parra (2011), apremia el "[…] *empleo de todos los medios electrónicos y telemáticos que contribuyan a facilitar y agilizar su desarrollo*" (p. 4), pues, quienes optan por el arbitraje, se sintonizan en cuanto al designio del uso de nuevas tecnologías para estimular una decisión arbitral de la forma más expedita posible.

2. La tecnología en los medios de resolución de conflictos

La tecnología ha transformado a la sociedad al punto de tornarse casi imposible deslindarla de la vida moderna. El fenómeno tecnológico afecta a la dinámica de interacción interpersonal, incluso en la resolución de litigios, donde se ha dado lugar a desenlaces efectivos técnicamente infactibles en el pasado. De esa manera, antes de evaluar el valor de la influencia de la tecnología en este contexto, es necesario precisar su noción; no obstante, el intento de plasmar una definición general de este elemento en el marco del remedio de controversias podría desembocar en una simplificación excesiva de las funciones comprendidas en sus distintas aplicaciones.

En adelante, se debe mantener una expectativa positiva al momento de evaluar el impacto a gran escala de los cambios tecnológicos en la sociedad y complementar esta visión general analizando las funciones de sus diferentes herramientas en concreto. Al mismo tiempo, se debe mitigar el peligro evidente concerniente a la generalización de las técnicas jurídicas de resolución de conflictos como buenas o malas, pues mediante esta onda de criterios se ignora cómo se utilizan en situaciones determinadas y el propósito de mencionado uso.

A manera de ejemplo, es pertinente aludir a lo indicado por el teórico estadounidense de los medios de comunicación, Neil Postman (1998), en cuanto al sesgamiento intrínseco de la tecnología. De acuerdo a este autor, el cambio tecnológico presenta ventajas y desventajas fijadas como complemento reciproco entre sí, no estando estas últimas distribuidas uniformemente entre los distintos grupos de la sociedad. Posición esta, comparable con la perspectiva de la religión tecnológica, cuya premisa radica en la visión de la tecnología como omnipotente, teniendo ambas la idéntica insidia referente a la simplificación excesiva.

Por ende, es elemental asentar a la tecnología en un contexto de desarrollo social más amplio denominado digitalización. En conformidad con Wachal (1971), el término «digitalización» se utiliza extensamente para describir los diversos cambios vinculados el empleo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; *ergo*, este aspecto se utiliza para explicar mutaciones relativamente mínimas en los métodos laborales y en los modelos de negocio, así como la alteración masiva de industrias enteras y de la colectividad.

Ahora bien, si la sociedad ha ciertamente aceptado a la variación tecnológica, la cuestión clave para dilucidar por quienes se desempeñan en el área de gestión de conflictos se encuentra en: ¿Cómo se puede aprovechar la tecnología para coadyuvar a las partes a solventar sus conflictos?

En primer lugar, este cúmulo de herramientas facilita la veloz transferencia de información técnica entre Estados y agentes transnacionales.

Verbigracia de lo anterior, se destaca la vieja práctica de comunicación entre las partes y el tribunal mediante correo postal, lo cual actualmente se ha ido supliendo progresivamente por la vía electrónica. Asimismo, en el año 2004, las partes raramente se apoyaban en servidores de protocolo de transferencia de archivos para transmitir grandes presentaciones de documentos. A la fecha presente, resulta más habitual la usanza de protocolos FTP [como Dropbox o Google Drive] para el traspaso de datos, por medio de servicios de alojamiento de archivos masivos fácilmente disponibles (CCI, 2017).

En segundo lugar, se ubica el surgimiento de la resolución de litigios *online*. En concordancia con Nadja (2006), desde los procedimientos automáticos de licitación, las plataformas de mediación en línea con facilitadores humanos, hasta la presentación y la gestión de casos en línea en los procedimientos jurisdiccionales, la resolución de controversias virtuales se perfila como multifacética; su continuo desarrollo e integración con sistemas más amplios de manejo de transacciones y conflictos reflejan su creciente aceptación y utilidad en el mundo jurídico.

Por otra parte, si estos mecanismos de resolución de controversias no incluyen a la tecnología, la conexión interpersonal se debilitará paulatinamente, pues el avance digital no solo permite llegar a desenlaces anteriormente implausibles, sino también ofrecen nuevas oportunidades a quienes ejercen el Derecho. Primordialmente, la tecnología potencialmente permite a los profesionales noveles competir con mayor eficacia, incluso recabando beneficios en el manejo de casos y proyectos legales. El uso de herramientas para automatizar procesos escasamente cualificados y cuya consecución requiere una labor ardua; como la articulación probatoria, la *due dilligence* y la revisión de contratos; puede conceder a estos agentes la posibilidad de construcción de estrategias de manera más sistemática (Soriano, 2019).

En conclusión, las técnicas de composición de litigios abarcan múltiples herramientas, cuyo significado sólo puede evaluarse adecuadamente en función de cada contexto. A manera de ilustración, en comparación con las herramientas algorítmicas de toma de decisiones, las videoconferencias y las cámaras de documentos tienen menos secuelas y complejidades. Por lo tanto, la tecnología no es sólo una cuestión de artefactos digitales y conocimientos técnicos, sino también engloba la estructura de diseño, fabricación, venta y uso de estos; en resumen, las prácticas sociales se entrelazan con la tecnología, y el Derecho no es la excepción.

2.1. La revolución de las cuartas partes

La tecnología y sus cualidades particulares inciden gradualmente en el fenómeno procesal y demás métodos de resolución de conflictos. Entre tales características se localiza a la pérdida de la

comunicación no verbal, a la elección de la comunicación sincrónica o asíncrona, la reducción o supresión de viáticos y la reducción de la dilación necesaria para el arreglo de una controversia. Además, el instrumento tecnológico formula nuevas cuestiones de identidad, autenticidad, confidencialidad, privacidad, accesibilidad y aplicabilidad, influyentes en la dinámica compositiva.

Ante todo, al analizar la repercusión tecnológica en los medios de resolución de conflictos, se debe partir de la concepción de la tecnología como soporte a los terceros en el ámbito procesal; bajo una noción de «cuarta parte» (Katsh y Rifkin, 2001). En ese sentido, el término «cuarta parte» se utiliza para describir al instrumento tecnológico como algo más allá de un medio de prestación de servicios a través de las TIC. Esta filosofía propugna un cambio en el funcionamiento de las alternativas de resolución de controversias, cuya consecuencia notoria y directa es la aparición de nuevas oportunidades y riesgos para los usuarios (Koulu, 2019).

En el mismo orden de ideas, el empleo de técnicas automatizadas para el auxilio en la negociación y toma de decisiones se torna un modelo concreto de la «cuarta parte». El sistema de negociación auxiliar puede proporcionar asesoramiento experto y/o propuestas de decisiones para situaciones que requieren Inteligencia Artificial para el procesamiento de la información fáctica hasta el momento.

Sobre la base de lo anterior, se asevera al futuro de la resolución de conflictos *online* como dependiente en gran medida de la capacidad de los mediadores, árbitros y de los usuarios potenciales para acceder y aceptar a la «cuarta parte», la cual modifica plenamente el esquema de desenvolvimiento hasta ahora. Es el instante idóneo para replantearse la resolución de disputas y liberar todo el potencial de las soluciones tecnológicas, especialmente en el paradigma pandémico contemporáneo.

3. La Inteligencia Artificial en el arbitraje moderno

La Inteligencia Artificial es un término acuñado al procedimiento general de unificación de grandes cantidades de datos con potentes sistemas interactivos de procesamiento y algoritmos inteligentes, para poder así impulsar el aprendizaje automático del *software* en lo respectivo a los patrones derivados del mencionado cúmulo de información. La nomenclatura «Inteligencia Artificial» se utiliza a menudo de forma imprecisa, pues abarca diversos temas como el aprendizaje automático, la computación cognitiva y el procesamiento del lenguaje natural (Paisley *et al*, 2018)

De otro modo, en concordancia con Singh (2020), la diferencia entre la Inteligencia Artificial y otras herramientas de automatización y tecnología jurídica involucra a la capacidad de aprender y desarrollarse a lo largo de su recorrido. De igual modo, cabe destacar la existencia de dos tipos principales de mecanismos de Inteligencia Artificial: el aprendizaje basado en reglas; y el

aprendizaje automático. En la actualidad, la mayoría de las herramientas de Inteligencia Artificial utilizan el aprendizaje automático, el cual es ideal para escenarios estáticos y de variación lenta.

En el tiempo presente, donde se asoma una creciente preocupación por el gasto de recursos y tiempo al momento de resolver litigios, la Inteligencia Artificial posee el potencial, no sólo de reducir el coste temporal y económico de la resolución de los litigios, sino de crear igualmente incentivos para la consecución de acuerdos tempranos. Empero, en adelante, surge el desasosiego sobre el impacto de esta figura en la toma de decisiones y el acceso a la Justicia; dependiendo de quién tenga acceso a sus beneficios, la transparencia y el control de los datos y algoritmos arbitrales, así como la publicación de los laudos y los riesgos potenciales para la confidencialidad y la protección de datos personales, por nombrar algunos.

Existe una gran variedad de instrumentos normativos a lo largo del mundo en la cual, no solo no se limita el uso de la tecnología en los procedimientos arbitrales, sino más bien se promueve su implementación. Por un lado, se resalta al novísimo Reglamento emitido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (2021), donde se dispuso la posibilidad de llevar a cabo mediante plataformas telemáticas audiencias regulares con el fin de acelerar el trámite del arbitramento, cuando en otrora se reservaba para casos concretos. Asimismo, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) de la Asociación Americana de Arbitraje (2014), en su artículo 20.2, indica la oportunidad para las partes y árbitros de adoptar a la tecnología en el procedimiento arbitral para "*incrementar la eficiencia y economía*" (p. 26).

Aunado a lo precedente, como aseveran Argerich y Jorge (2019), la normativa arbitral usualmente no cohíbe la utilización de la tecnología en el arbitramento, de hecho, indica a las partes como facultadas para poder acordar su uso. De cierto modo, como consecuencia de tal situación se deduce la inexistencia de impedimento alguno del arbitraje para acoger herramientas tecnológicas, entre ellas la enmarcada dentro de la Inteligencia Artificial, para optimizar su tramitación.

Aun cuando se infiera la ocasión de poder ejecutar un procedimiento de arbitraje con intervención de la Inteligencia Artificial, dependiendo de la magnitud y la calificación de semejante intercesión, es factible evaluar la precisión y provecho de su aplicación. Con el propósito fundamental de tornar más célere y transparente el proceso arbitral, puede manifestarse de dos maneras distintas la Inteligencia Artificial: como soporte para la automatización de actos procesales y herramienta interpretativa de consulta; y como ente juzgador de por sí. En lo concerniente a la primera.

3.1. La Inteligencia Artificial en la constitución del Tribunal Arbitral

Una de las primeras actuaciones comprendidas en un proceso arbitral, es la selección y designación de los árbitros, quienes conocerán y decidirán sobre el conflicto. De ese modo, se certifica como, en determinados litigios, las partes emplean una considerable cantidad de tiempo en un trajín

laborioso para elegir a los árbitros, lo cual, mediante el auxilio de la Inteligencia Artificial, puede mitigarse en gran medida; de hecho, en la actualidad, se encuentran desarrolladas algunas plataformas destinadas a coadyuvar esta situación.

Para ilustrar esto, se menciona concretamente al programa *Arbitrator Intelligence*, cuyo fin es fungir como un agregador de información global, recolectando datos cualitativos y cuantitativos sobre profesionales del Derecho y usuarios, en cuanto a elementos clave para la escogencia de árbitros. Mediante esta plataforma, se optimiza la selección de árbitros, al analizar una vasta información comprendida en el historial de los posibles candidatos y su vinculación con la naturaleza de cada caso en cuestión (CIAR Global, 2020).

Al mismo tiempo, este tipo de dinámicas no solo implica un claro ahorro de tiempo en el fenómeno procesal arbitral, sino también una dotación de transparencia a una etapa del arbitramento de crucial importancia como es la del escogimiento de los miembros del tribunal. Sobre todo, para contrarrestar las implicaciones del fenómeno del «*double-hatting*», el cual implica el riesgo de conflicto de intereses dimanado de la concurrencia coetánea de ciertos profesionales del Derecho como representantes de partes en ciertos procedimientos de arbitraje y como árbitros en otros (Fierro Valle, 2014).

3.2. La Inteligencia Artificial como herramienta interpretativa de consulta

Entre las diversas modalidades de aplicación de la Inteligencia Artificial en el arbitraje, se encuentra la del procesamiento de datos y precedentes para la propuesta a los juzgadores de eventuales diseños de decisión. Esta función interpretativa de consulta, no involucra ciertamente la resolución directa por parte de la Inteligencia Artificial, sino la formulación de patrones, cuya función es la de fungir como una sugerencia a los árbitros para elaborar su dictamen.

En adelante, se puede señalar una variada gama de *software* y aplicaciones instauradas para cumplir con la finalidad aludida. Un ejemplo de esto, es la iniciativa «*Arbilex*», la cual emplea la Inteligencia Artificial para emitir un análisis predictivo coherente en cuanto a un posible resultado idóneo de arbitramento (García y Cepeda, 2020). Asimismo, se puede denotar a «*Premonition*», como una de las bases de datos de litigios más vasta del mundo; a «*Context*», como un medio capaz de evaluar millones de piezas de jurisprudencia arbitral para la estructuración de posibles laudos; y a «*Kira*», como un *software* de aprendizaje automatizado e Inteligencia Artificial destinado a la identificación e interpretación de contratos y documentos (Argerich y Jorge, 2019).

En suma, hoy en día se ha instalado la alternativa de la Inteligencia Artificial al servicio del proceso arbitral, como mecanismo aprovechable por los sujetos intervinientes en él. Sin embargo, la participación en este particular medio de resolución de litigios, se ha limitado, al menos, a fungir

como una cuarta parte y no como una clase de juzgador inmediato de las controversias. De otro modo, este paradigma podría mutar en el transcurso del tiempo.

4. El presente y futuro de la Inteligencia Artificial en el arbitraje

Como se ha venido dilucidando, la trascendencia de la tecnología en el arbitraje, particularmente de la Inteligencia Artificial, ha superado la mera expectativa y se ha convertido en una realidad latente. Empero, la posibilidad de suplir a la persona como árbitro en un arbitramento, todavía se concibe como una proyección a futuro, a la espera de la consolidación de nuevos avances en la materia, hábiles de dotar a la Inteligencia Artificial de la escrupulosidad suficiente para otorgarle la fiabilidad ameritada en la ejecución de similar función decisoria.

Sobre la base de lo expuesto, se torna ineludible indicar como el camino se ha ido trazando hacia el rumbo inferido. En la era presente, se disponen protocolos virtuales de resolución de litigios como «*Kleros*», el cual se erige como una plataforma digital mediante la cual se materializan íntegramente procedimientos de resolución de disputas ante jurados, en el marco de contratos inteligentes. Para su empleo, basta el establecimiento de una cláusula en el *smart contract* cuyo contenido señale específicamente a «*Kleros*» como el método para la composición de conflictos, para proseguir en la tramitación de tal protocolo compositivo constante de cinco etapas demarcadas: la contratación; la escogencia del tribunal; el análisis de la controversia; la formulación de la decisión; y el pago al jurado (Catalán, 2019).

Aun cuando la tecnología se encuentra en constante crecimiento, lo cual provoca su inclusión en diversos aspectos de la vida del hombre, formular una alteración tan radical como la atribución de la función decisoria a un sistema de Inteligencia Artificial en el arbitraje, conlleva una serie de incógnitas e hipotéticas pero inminentes desventajas difíciles de solventar. En un primer plano, si la máquina es el árbitro, las partes eventualmente podrían enfrentarse a varias deficiencias. La primera sería con respecto a la aptitud de decisión de un árbitro de Inteligencia Artificial; se plantea si un árbitro robot sería lo suficientemente racional como para llevar a cabo la debida subsunción jurídica, argumentación y emisión de un fallo; tomando en consideración la limitación de la inteligencia de la máquina a los datos introducidos en su sistema (Ashley, 2017).

En la misma forma, se enfatiza en el hecho de la importancia de ostentarse una capacidad de decisión concebida mas allá de las cuestiones técnicas, abarcando el juicio y habilidades individuales de quienes juzgan, tales como: la aptitud para percibir la existencia de la buena fe de las partes; la capacidad de interpretar el lenguaje corporal de un testigo durante se declaración; y el sentido de justicia necesario en todo dictamen resolutivo. Además de un juicio de valor objetivo, se exige la evaluación de los hechos y de los elementos circundantes.

En el mismo sentido, el asunto de la garantía del derecho de audiencia a las partes tampoco queda muy claro, pues actualmente un sistema de Inteligencia Artificial no está lo vastamente adaptado para escuchar a las partes en las mismas condiciones de una persona humana. Esto provoca inexorablemente la ineficacia del árbitro robot en aquellas circunstancias donde los documentos no bastan para cubrir todo el espectro de la disputa (Kumar et al, 2021).

Igualmente, en un arbitraje gestionado por la Inteligencia Artificial, surgen ciertos asuntos vinculados con normas de justicia, equidad y conciencia, englobadas en la figura del debido proceso. Puede surgir la posibilidad para las partes de la impugnación de los laudos arbitrales en los casos donde una de ellas ponga en duda la probidad del uso de los árbitros máquina, o cuando la misma denuncie la disparidad en cuanto a la posibilidad de acceso al sistema de Inteligencia Artificial con respecto a su contra parte.

A todo esto, cabe incluso afirmar la imposibilidad expresamente consagrada en ciertos instrumentos normativos de arbitraje nacionales, de investir a un ente distinto a una persona natural como árbitro de un procedimiento; como serían los sistemas de Inteligencia Artificial. Para ejemplificar esto, se puede mencionar a la Ley 1563 de 2012 colombiana, la cual comprende el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional vigente, cuyo artículo 20 señala como capaces para ser árbitros a "[…] *las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles* […]"; a la Ley Federal 9307 de 1996 brasileña, la cual contiene la Ley de Arbitraje Doméstico de Brasil, cuya disposición 13, señala como potencial arbitro a una persona capaz civilmente y depositaria de la confianza de las partes; y a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 1997, donde se alude, en su artículo 19, a la inaptitud para ser árbitros de aquellas personas carentes de capacidad para comparecer en juicio.

Así las cosas, en la contemporaneidad el árbitro robot no figura como una alternativa apegada a los postulados jurídico-procesales que informan al arbitraje como medio de resolución de conflictos, pues la máquina de Inteligencia Artificial, a pesar de estar dotada de funciones automatizadas útiles para aumentar la celeridad del procedimiento, como sustituto de la persona como juzgador, en el presente no cumple con la necesaria tenencia de aquellos atributos intrínsecos del ser humano, los cuales lo erigen como titular de derechos, deberes y obligaciones.

En atenencia a lo propugnado por Fernández Sessarego (2001), los seres humanos son los únicos entes susceptibles de calificarse como personas, pues a diferencia de cualquier otro ser de la naturaleza, es libre y coexistencial; un ente "[…] *cuya naturaleza es ser una unidad psicosomática sustentada en su libertad* […]" (p. 333). Es decir, la persona humana se distingue de la Inteligencia Artificial, en cuanto a su habilidad de discernir, razonar y tomar decisiones libremente; así como en cuanto a la posesión de una inteligencia emocional que le permite empatizar con los otros y apercibir los sentimientos reflejados en sus conductas.

III. Conclusiones

En cada discusión donde surge la temática referente a la Inteligencia Artificial, se eleva la interrogante recurrente sobre si ésta suplirá a las personas en el ámbito del arbitraje y la respuesta es rotundamente negativa. Al menos, la estructura actual de la Inteligencia Artificial no es lo suficientemente avanzada para ocupar el campo del arbitramento como lo haría un ser humano; inclusive, se afirma que, a pesar de la posibilidad perentoria de una optimización gradual de esta herramienta, esto nunca podrá desembocar en el reemplazo pleno de una persona como árbitro.

La Inteligencia Artificial puede perfectamente ir de la mano con los designios del debido proceso, en su papel como herramienta auxiliar del procedimiento arbitral para la simplificación de los actos procesales y de su tramitación expedita. De igual modo, la utilización de tal sistema en la etapa de constitución del Tribunal Arbitral, en la recolección e interpretación de precedentes jurisprudenciales y en la automatización de las actuaciones de impulso procesal, constituyen opciones sumamente beneficiosas para procurar un desenlace positivo y rápido a las controversias objeto de arbitraje.

En síntesis, la Inteligencia Artificial va a desempeñar un rol crucial en el arbitraje como medio de resolución de conflictos en un futuro próximo. Los beneficios proporcionados por este instrumento tecnológico son demasiado grandes para ser inaprovechados. Empero, esta realidad podrá magnificarse únicamente mediante la materialización de garantías sobre la precisión y alcance de las máquinas para poder afrontar todas aquellas circunstancias imprevisibles pero comunes que abundan en los procedimientos arbitrales, cualidades reservadas, hoy en día, para las personas de carne y hueso.

Bibliografía

Andrews, N. (2013). Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias. Bogotá: Editorial Temis.

Araque Benzo, L. (2010). El ABC del arbitraje comercial. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Recuperado de: https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitra je-comercial.pdf

Argerich, G.; Jorge, J. (2019). Las nuevas tecnologías ¿al servicio de los operadores del arbitraje internacional? Cartas Blogatorias. Recuperado de: https://cartasblogatorias.com/2019/12/10/las-nuevas-tecnolog ias-al-servicio-de-los-operadores-del-arbitraje-internacional/

Ashley, K. (2017). Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age. Cambridge University Press: England.

Botero, A. M. y Correa Henao, N. (2004). Arbitraje internacional. Bogotá: Cámara de Comercio.

Catalán, J. C. (2019). Derecho y Nuevas Tecnologías. El impacto de una nueva era. Perú: Editorial Themis.

CIAR Global (2020). Arbitrator Intelligence Anuncia La Disponibilidad De Sus Informes Sobre Árbitros. Recuperado de: https://ciarglobal.com/arbitrator-intelligence-anuncia-la-disponibilidad-de-sus-informes-sobre-arbitros/

Congreso Nacional del Ecuador (1997). Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial nro. 145 del 4 de septiembre de 1997. Recuperado de: https://ccq.ec/wp-content/uploads/2019/01/Ley-de-Arbitraje-y-Mediacio%CC%81 n.pdf

Coronel Jones, C. (2007). Arbitraje y Procedimiento. Iuris Dictio, 7(11). Recuperado de: https://doi.org /10.1 8272/iu.v7i11.671

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021). Reglamento de Arbitraje. Recuperado de: https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf

Couture, E. (2007). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Caracas: Editorial Atenea.

De La Torre, M. R. (2017). El Principio de la Economía Procesal. Recuperado de: https://es.scribd.com/doc/45931584/EL-PRINCIPIO-DEECONOMIAROCESAL

Devis Echandía, H. (1984). Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos, Volumen I. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Fernández Rozas, J. C. (2015). Premisas en torno al procedimiento arbitral. Revista de la Corte Superior de justicia de Arequipa, Volumen XVII, (1). Recuperado de: https://eprints.ucm.es/id/eprint/33636/1/Premisas%20en%20torno%20al%20procedimiento%20arbitral%20%20Jos%C3%A9%20Carlos%20Fern%C3%A1ndez%20Rozas%20(3).pdf

Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el Derecho? Revista de la Facultad de Derecho PUCP, (54), 289-333. Recuperado de: https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.011

Fierro Valle, E. (2014). Conflicto de Intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del Double Hatting. Revista de Arbitraje PUCP, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, 59-60.

Gabaldón, F. (1987). El Arbitraje. En el Código de Procedimiento Civil. Caracas: Paredes Editores.

Gabuardi, C. (2020). La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, (1), 273-298. Recuperado de: https:// avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A13-pp-273-298.pdf

García, H.; Cepeda, C. (2020). Arbitraje y Smart Contracts ¿Un nuevo reto para el foro arbitral ecuatoriano?

Haderspock, B (2015). Comentarios sobre los principios rectores del arbitraje en la nueva Ley 708. Recuperado de: http://haderspock-grupolegal.com/wp-content/uploads/2015/12/PRINCIPIOS-RESCATADOS-EN-LA-NUEVA-LEY-DE-CONCILIACI%C3%93N-Y-ARBITRAJE-BOLIVIANO.pdf

Herrera Bonilla, K. (2018). Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional. Cuadernos De La Maestría En Derecho, (6), 265-328. Recuperado de: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cua dernos/article/view/1010

International Chamber of Commerce. (2017). Information Technology in International Arbitration: París.

Katsh, E; Rifkin, J. (2001) Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace. Jossey-Bass: San Francisco.

Koulu, R. (2019). Law, Technology and Dispute Resolution: Privatisation of Coercion. Routledge: New York.

Kumar, S; Jaipuriar, A; Ganguly, S. (2021). Artificial Intelligence In Arbitration: Revolutionary Or Impractical. AKS Partners: India.

Laguna, C. J. (2017). La Aplicación del Principio de la Economía Procesal en los Procedimientos Contenciosos, Tributarios y su Vinculación con los Principios de Celeridad y Verdad Material Contenidos en la LPAG. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Tomo III, (56).

Madrid Parra, A. (2011). Electronificación del arbitraje. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, (2). Recuperado de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4403296

Nadja, A. (2006) Mobile mediation: How technology is driving the globalization of ADR. Hamline Journal of Public Law and Policy. 27, (2), 243-262. Research Collection School Of Law. Recuperado de: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1879

Paisley, K.; Sussman, E. (2018). Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration. NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer Vol. 11. No. 1.

Petzold Rodríguez, M. (2003). Algunas Consideraciones Sobre el Arbitraje General. Derecho y Sociedad, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, (4), 27-40. Recuperado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/4/deryso_2003_4_27-40.pdf

Postman N. (1998). Five Things We Need to Know About Technological Change. Conferencia en Denver, Colorado. March 28.

Singh, A. (2020). Future of AI in Arbitration: The Fine Line Between Fiction and Reality. Wolters Kluwer: United States.

Soriano, A. (2019) Technology and dispute resolution: contemporary developments. Australian Disputes Centre Bulletin.

Wachal, R. (1971). Humanities and Computers: A Personal View. The North American Review 30: United States.

El principio de inevitabilidad arbitral y el derecho a la protección judicial a la luz de las obligaciones internacionales de Guatemala en materia de derechos humanos

Astrid Jasmine Wug Galván[1]
Fernando José Alonso Pineda[2]
Javier Urízar Montes de Oca[3]

Resumen:

El arbitraje es un medio de resolución de controversias privado que se rige por una serie de principios, entre ellos, el de inevitabilidad, por cuanto la resolución de disputas mediante arbitraje resulta inevitable cuando las partes así lo hayan pactado. Cuando una de las partes dentro de un proceso arbitral es un Estado, este sigue impuesto de la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos y personas bajo su jurisdicción y control efectivo. Por lo anterior, para que un tribunal arbitral pueda conocer y adjudicarse una materia que verse sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que debe cumplir con los siguientes requisitos para asegurar el derecho al acceso a la justicia: Estar consagrado en ley, ser formalmente admisible y no ser ilusorio; sustanciarse en un proceso que siga las reglas del debido proceso legal; ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos; poder proporcionar una eventual reparación a esta violación; y, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones

Palabras clave:

Arbitraje; derechos humanos; acceso a la justicia; remedio efectivo; garantías judiciales; protección judicial; estándares interamericanos; principio de inevitabilidad; Guatemala.

Abstract:

Arbitration is a private means of dispute resolution that is governed by principles such as inevitability, since the resolution of disputes through arbitration is inevitable when the parties have agreed so. When one of the parties in an arbitration process is a State, it is still imposed with the

[1] Estudiante del onceavo semestre de la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, reside en Guatemala.

[2] Estudiante del onceavo semestre de la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, reside en Guatemala.

[3] Estudiante del onceavo semestre de la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, pasante en la ONG *International Service for Human Rights*, reside en Guatemala.

obligation to respect, protect, and guarantee the human rights of its citizens and people under its jurisdiction and effective control. Therefore, for an arbitral tribunal to hear and adjudicate a Human Rights matter applying the American Convention on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights has established that it must comply with the following requirements to ensure the right of access to justice: Be enshrined in law, be formally admissible and not be illusory; be substantiated in a process that follows the rules of due process of law; be suitable to establish whether there has been a violation of human rights; to be able to provide an eventual redress for this violation; and, guarantee the means to execute the respective decisions.

Key words:

Arbitration; human rights; access to justice; effective remedy; judicial guarantees; access to court; Interamerican standards; inevitability principle; Guatemala.

I. Introducción

El arbitraje, como medio privado de solución de controversias, ha sido uno cuya utilización ha incrementado con el pasar de los años. Este se rige por principios como el de la autonomía de la voluntad y el de separabilidad, los cuales esencialmente determinan que, si las partes han optado por resolver sus disputas mediante arbitraje, se debe respetar su voluntad. Otro principio rector de este sistema es el de inevitabilidad, el cual, como su nombre lo indica, hace referencia a que la resolución de disputas mediante arbitraje es inevitable si las partes así lo acordaron. En otras palabras, si una de las partes acude a un juez para discutir una disputa que debe ser resuelta mediante arbitraje, este se debe declarar incompetente, pues el tribunal arbitral es el competente para conocerla.

Lo anterior, no presenta una dificultad sustancial en los casos en que la disputa sea entre actores privados. Sin embargo, en los casos donde una de las partes es el Estado, pueden surgir nuevos problemas relacionados con las obligaciones internacionales de ese Estado en materia de Derechos Humanos (DDHH). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), impone al Estado obligaciones para con sus ciudadanos o con las personas bajo su jurisdicción y control efectivo, de manera que este debe respetar, proteger y garantizar sus derechos. Según la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), estas obligaciones son exclusivas del Estado, de manera que el único que puede incumplirlas es este (Art.2). Esto implica que, en los casos en los que el Estado incumple con una obligación contractual, es posible que resulte vulnerando el derecho humano de su contraparte a la propiedad, derecho consignado en el artículo 21 de la CADH y en el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Esto implica que si se cumplen ciertos supuestos (que una de las partes sea el Estado y que la disputa verse sobre el derecho a la propiedad), un tribunal arbitral podría conocer y judicar sobre

una disputa en materia de DDHH. La CIDH reconoció en el caso *Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, que los Estados se encuentran obligados a proporcionar a sus ciudadanos recursos judiciales efectivos para reparar las violaciones a sus derechos humanos (CIDH, 2014, párrs. 199 y 200). Esto, pareciera implicar que las cuestiones de DDHH siempre deben ser resueltas por la jurisdicción estatal ordinaria; sin embargo, atendiendo al principio de inevitabilidad, la jurisdicción ordinaria no podría conocer una posible violación a DDHH que ocurriera dentro del supuesto antes enunciado: cuando tanto el Estado como su contraparte decidieron someter la disputa a arbitraje.

En estas situaciones, se presenta un dilema: ¿puede un tribunal arbitral considerarse un remedio efectivo a la luz de la CADH? o ¿debe existir una exclusión al principio de inevitabilidad en los casos donde hay violaciones a DDHH? El presente artículo pretende analizar esta situación y determinar si la ley nacional e internacional aplicable contienen criterios que puedan permitir resolver esta disyuntiva.

II. Desarrollo

A. Consideraciones generales sobre el acceso a la justicia

El primer paso que se debe tomar para resolver este dilema, es determinar cuáles son las obligaciones internacionales de Guatemala en lo que respecta a garantizar el acceso a la justicia de sus ciudadanos. La CIDH ha reconocido que el derecho al acceso a la justicia se deriva de dos artículos distintos de la CADH, el 8.1[4] y el 25.1[5] (2011, párr. 203). El artículo 8 se refiere a las reglas del debido proceso legal, las cuales deben regir todo "remedio efectivo" que obliga el artículo 25 de la Convención.

Desde esta definición, se evidencia un obstáculo a la posibilidad de considerar el procedimiento arbitral como un recurso efectivo a la luz de la CADH, pues esta utiliza el término "protección judicial" lo cual da a entender que debería ser un juez quien dirima la controversia. Sin embargo, la CIDH (2014, párr. 232), ha desarrollado sobre el contenido de los artículos antes citados, estableciendo una lista de requisitos que permiten determinar si un recurso es efectivo y, por ende, si sirve para garantizar el derecho al acceso a la justicia. Estos requisitos son:

[4] El artículo 8.1 de la CADH reza: "*Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*."

[5] El artículo 25.1 de la CADH indica: "*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*."

- Estar consagrado en ley, ser formalmente admisible y no ser ilusorio.
- Sustanciarse en un proceso que siga las reglas del debido proceso legal.
- Ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos.
- Poder proporcionar una eventual reparación a esta violación.
- Garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones.

Estos elementos fueron adecuadamente concentrados por la Corte IDH en la sentencia del caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador (2015) donde indica:

> [...] La obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que es preciso que los recursos tengan efectividad en los términos del mismo, es decir, que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. […] Un recurso judicial efectivo es, por consiguiente, aquel capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación (párr. 136).

Si bien es cierto que la Corte continúa usando la palabra "judicial", esta definición es de particular relevancia, pues define el recurso judicial efectivo como aquel que conlleve el análisis de un tribunal competente. Es importante resaltar que la Corte no utiliza el término "juez" ni hace referencia al poder judicial específico del Estado, sino que, por el contrario, utiliza un término mucho más amplio: "tribunal". La utilización de este término puede parecer irrelevante a simple vista, pero no lo es. Al no restringir los recursos efectivos a aquellos que ofrece el poder Judicial de un Estado, la Corte tácitamente está abriendo la puerta a que otros medios de solución de controversias también puedan ser recursos efectivos, siempre y cuando cumplan los demás requisitos que consigna la Corte. Entonces, es necesario verificar si los demás requisitos los cumplen los tribunales arbitrales.

1. Estar consagrado en ley, ser formalmente admisible y no ser ilusorio

No es necesario realizar un análisis muy profundo para determinar el cumplimiento de este requisito. La Ley de Arbitraje de Guatemala ("LdA") de 1995, reconoce la existencia de los tribunales arbitrales y sus facultades para resolver disputas que las partes lleven a estos. Por su parte, el arbitraje es un procedimiento que es formalmente admisible. Si las partes cumplen con los requisitos que establece la ley (principalmente acordar voluntariamente que acudirán al arbitraje), las mismas pueden acudir a este. El arbitraje no es un recurso ilusorio, las disputas arbitrales entre el Estado guatemalteco y personas privadas es una situación común y que con frecuencia se ve en la práctica.

2. Sustanciarse en un proceso que siga las reglas del debido proceso legal

Como lo ha indicado la Corte IDH, las reglas del debido proceso legal se encuentran consagradas en el artículo 8.1 de la CADH (1969), que regula lo relativo a las garantías del debido proceso que debe contar todo proceso de naturaleza jurisdiccional. Vale la pena verificar entonces si tales requisitos los satisfacen los tribunales arbitrales.

a) Competencia del Tribunal Arbitral para conocer disputas en materia de Derechos Humanos

Como fue mencionado anteriormente, el arbitraje está contemplado por la legislación guatemalteca, de manera que si se puede considerar al Tribunal Arbitral como un órgano establecido con anterioridad por la ley. En lo que respecta a la competencia, lo que se debe analizar es este Tribunal es competente para resolver disputas en materia de DDHH. La LdA (1995) reconoce en su artículo 3 la materia que puede ser objeto de arbitraje. Para el efecto, indica que podrá versar sobre cualquier materia en la que las partes tengan "libre disposición".

El Diccionario de la lengua española (Real Academia Española [RAE], 2014, pág. 3308) define el término "disponer" como "Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo como propio", y como: "Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute." Se entiende entonces que en Guatemala el arbitraje solo puede versar sobre materias las cuales las partes pueden manejar cual propiedad, esto es, que exista la posibilidad de ponerles un precio para entregárselas a alguien más o incluso renunciar a las mismas. Procede entonces analizar sobre qué derechos humanos las partes tienen libre disposición.

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece en el primer párrafo de su preámbulo que "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e **inalienables** de todos los miembros de la familia humana" (el énfasis es propio).

El Diccionario de la lengua española (RAE, 2014, pág. 4932) define el término "inalienable" como un adjetivo que significa que algo "no se puede enajenar". Por su parte, define el verbo "enajenar" como: "Desposeerse, privarse de algo" (RAE, 2014, pág. 3521).

De las anteriores definiciones, se colige que los derechos humanos no pueden ser algo sobre lo cual los humanos tengan "libre disposición", en tanto estos no pueden ser vendidos ni renunciados. Esto se complementa al atender a la consideración de que los derechos humanos son inherentes al ser humano (CPRG, 1985, art. 44), y, siendo inherente algo "que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello" (RAE, 2014, pág. 5014), queda claro

entonces que los ciudadanos guatemaltecos no pueden disponer con toda libertad de sus derechos humanos, por lo que los mismos no podrían ser materia de arbitraje.

Analizando esto desde una perspectiva lógica y realista, es razonable: no tendría ningún sentido ni se podría considerar justo que una persona pueda "renunciar" a su derecho a la vida o a la salud, permitiendo que otra persona se lo quite sin que este segundo reciba castigo alguno.

Ahora, ¿qué ocurre con el derecho a la propiedad privada? Por un lado, es cierto que este derecho goza de la misma protección que todos los anteriores (en el sentido que una persona no puede "regalarle" a alguien más su derecho a la propiedad privada); por el otro, también lo es que la propia naturaleza del derecho a la propiedad privada implica la libre disposición de las cosas. Evidencia de esto es el artículo 464 del Código Civil (1963), el cual indica que el derecho de propiedad implica un derecho a disponer de los bienes propios.

Se debe hacer entonces una diferenciación sutil pero importante: Si bien las personas no tienen libre disposición sobre el derecho a la propiedad en general, si lo tienen en casos concretos. Esto significa que las personas no pueden disponer sobre su derecho, en abstracto, a poder apropiarse de bienes. Esta es una posibilidad que no pueden perder ni entregarle a nadie más, porque es inherente al ser humano. Sin embargo, sí pueden disponer libremente sobre su derecho a la propiedad en bienes específicos, todos sus bienes si así lo quisieren, pues esto es el pleno ejercicio del derecho a la propiedad.

Entonces, mientras lo que se dispute entre las partes sea el derecho de propiedad sobre un bien o unos bienes específicos, esta disputa si podrá ser materia del arbitraje. Ahora, ¿cómo podría ser este derecho violado? El artículo 21.2 de la CADH indica que: "*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*" Atendiendo a esto, si el Estado priva injustificadamente a un individuo de su derecho a la propiedad, estará violando su derecho humano a la misma, de manera que esta es una disputa que sí se podría discutir dentro de un arbitraje.

De conformidad con lo anterior y con un análisis integral de las disposiciones de la CADH, los autores consideran que el derecho a la propiedad es el único derecho humano que se podría dilucidar en un arbitraje. Esto, atendiendo a que para la efectividad de este derecho se requiere la libre disposición del mismo en casos específicos, cuestión que no pasa con ningún otro derecho humano (no se necesita vender la integridad personal o la libertad para disfrutarlas, por ejemplo). De tal cuenta, el Tribunal Arbitral será competente para conocer disputas en materia de derechos humanos solamente cuando estas disputas se refieran al derecho humano a la propiedad.

b) Que el tribunal arbitral resuelva el proceso dentro de un plazo razonable

En lo que respecta al plazo razonable, el primer considerando de la LdA (1995) reconoce que el arbitraje es un medio que pretende resolver conflictos con celeridad y eficacia, de manera que se reconoce que el sistema arbitral busca resolver disputas en un plazo razonable. Por su parte, el artículo 14 de esta ley excluye de la posibilidad de ser árbitros a quienes encajen en los causales de abstención, excusa y recusación de los jueces, salvo dispensa en contrario. Este artículo reconoce que el procedimiento arbitral también busca garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal. Finalmente, el artículo 23 de la LdA (1995) menciona el trato equitativo a las partes, siguiendo una serie de principios que son equivalentes a las debidas garantías del artículo 8 de la CADH (1969).

Lo anterior demuestra que la LdA (1995) guatemalteca si contempla, al menos en papel, todos los requisitos necesarios para sustanciar el arbitraje conforme el debido proceso legal. En tal sentido, si el tribunal arbitral cumple con estos requisitos a cabalidad durante el proceso arbitral, estará siendo un recurso efectivo.

3. Ser idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos

Revisitando los términos que consagra la CADH, pareciera ser que el único recurso idóneo podría ser uno que ofreciera el poder judicial del país. Sin embargo, la Corte IDH ya ha reconocido la idoneidad de recursos no judiciales, lo cual es de suma relevancia para el caso concreto. En el caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, la Corte verificó la idoneidad de un compromiso de conciliación, un recurso que no era judicial. Consideró que tal compromiso sería idóneo en tanto constituya "una vía adecuada y expedita para proteger la situación jurídica infringida [siendo] accesible, simple, posiblemente rápido y sencillo [...] con la potencialidad de producir el resultado para el que fue concebido" (2015b, párrs. 241, 242).

La Corte consideró que tal recurso no judicial era idóneo para el caso concreto, esencialmente abriendo la puerta para que recursos no judiciales que cumplan con estas características puedan considerarse idóneos. El arbitraje es un mecanismo para dirimir controversias y reparar situaciones jurídicas infringidas adecuado, simple, sencillo y expedito. Como lo contempla el capítulo VI de la LdA (1995), el tribunal arbitral se pronunciará sobre el derecho aplicable, dando una resolución motivada sobre los puntos en discusión. En lo que respecta a la accesibilidad, si las partes del caso concreto pactaron la vía arbitral como exclusiva, es porque lo consideran accesible. En tal sentido, se estima que el arbitraje cumple con todos los elementos para considerarse un recurso no judicial idóneo.

4. Poder proporcionar una eventual reparación a esta violación y garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones

La capacidad de proporcionar una eventual reparación y garantizar su ejecución son requisitos que se unen, pues ambos hacen referencia a la plena efectividad del recurso. En el caso ya citado de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, la Corte IDH reconoció que "la efectividad de las providencias judiciales o de cualquier otra decisión conforme al artículo 25.2.c depende de su ejecución" (2015b, párr. 244). Los artículos 12 y 22 de la LdA (1995) hacen referencia a la posibilidad de que en el proceso arbitral se otorguen medidas cautelares con apoyo de los órganos jurisdiccionales. Por su parte, el artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil (1963b) reconoce el carácter ejecutivo del laudo arbitral. Estas disposiciones normativas denotan que existen mecanismos legales previstos para asegurar las resultas del proceso arbitral, los cuales son prácticamente análogos a los que contienen los procesos judiciales guatemaltecos. En tal sentido, también se ha de tener por cumplido este requisito.

B. Relación del principio de inevitabilidad con el derecho al acceso a la justicia

Lo analizado con anterioridad ha demostrado que existen algunos casos calificados donde los tribunales arbitrales pueden considerarse como garantes de la protección judicial, y por ende del acceso a la justicia, que requiere la CADH. Se deben de cumplir tres requisitos para que esto ocurra: Que en el proceso arbitral una de las partes sea el Estado y la otra alguien sujeta a su jurisdicción; que la disputa verse sobre una posible violación a un derecho humano y que el tribunal arbitral siga el proceso conforme la ley aplicable, en este caso, la LdA (1995), garantizando a las partes un debido proceso, independencia e imparcialidad.

Siendo esta la situación, los presentes autores consideran que no hay una contradicción entre el principio de inevitabilidad y el derecho humano al acceso a la justicia. Si en el proceso arbitral se cumplen todos los requisitos anteriores, el hecho de que el individuo no pueda acceder a la justicia ordinaria para reclamar una vulneración a sus derechos no se ha de considerar una violación a su derecho al acceso a la justicia. Como lo reconoció la propia Corte IDH en el caso de Castañeda Gutman vs. México (2008, párr. 92), no es contrario a la CADH que se limite el acceso a ciertos recursos judiciales siempre y cuando haya otros de similar naturaleza e igual alcance. Aplicando esa lógica al presente caso, no es contrario a la CADH que una disputa en materia del derecho humano a la propiedad sea excluida del sistema judicial guatemalteco cuando existe otro recurso (el arbitraje) que es de similar naturaleza y tiene el mismo alcance para dilucidar la controversia y reparar potenciales violaciones al mismo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a una conclusión similar en el caso de Lithgow y otros vs. el Reino Unido, donde las presuntas víctimas alegaron que el Tribunal Arbitral establecido por el Estado no era corte competente para resolver las disputas relacionadas con el

derecho de propiedad que tenían con el Estado. El Tribunal concluyó que el término "tribunal" establecido en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo análogo al 8 de la CADH) no necesariamente se refiere a juzgado dentro del sistema nacional, pues puede también ser un cuerpo establecido para resolver asuntos específicos, siempre y cuando provea las garantías adecuadas. El Tribunal tomó nota de la similitud entre el proceso arbitral y un proceso judicial normal, considerando que el primero constituía un remedio efectivo, pues, sí satisfacía los requisitos para ser un tribunal competente que garantizara el debido proceso, no había razón para considerar que no satisfacía los requisitos para ser un remedio efectivo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1986, párrs. 200, 201, 207).

Entonces, el principio de inevitabilidad, que esencialmente otorga al tribunal arbitral jurisdicción exclusiva para conocer ciertos casos, no es contrario al DIDH incluso cuando el tema a discutirse es uno de DDHH. Esto atendiendo a que el tribunal arbitral es uno que puede constituir un mecanismo que garantice el acceso a la justicia, siempre y cuando satisfaga requisitos estrictos y específicos que ordena el DIDH.

III. Conclusión

El derecho a un recurso efectivo que consagra la CADH nace de la necesidad de los individuos de poder denunciar ante un tercero imparcial una posible violación de Derechos Humanos y que este asigne la responsabilidad correspondiente en caso se determine que ha habido una violación. La celeridad, eficacia y efectividad de este sistema derivan de que una de las principales intenciones del DIDH es que las violaciones a DDHH sean sancionadas con prontitud y se restaure el derecho conculcado.

Aunque a primera vista no lo pareciera, el arbitraje sí puede cumplir con esta función. Los remedios efectivos no necesariamente deben ser judiciales, pues existen otros mecanismos de solución de disputas que pueden cumplir la misma función. Como ha sido enunciado con anterioridad, en caso cumpla con todos los requisitos, el arbitraje se puede considerar un remedio efectivo para aquellas disputas entre Estado e individuo.

Sin embargo, también es importante recalcar que el arbitraje no podría ser el único recurso que ofrezca un país, pues el proceso arbitral implica costos financieros para las partes, cuestión que no ocurre con el sistema judicial. La garantía del acceso a la justicia implica un cierto tipo de gratuidad en el servicio de la resolución de disputas, cuestión que no ocurre con el arbitraje. En tal sentido, el arbitraje puede ser una opción para aquel individuo que prefiera resolver su disputa con el Estado en un foro más simple, rápido y eficaz, con la salvedad que está reconociendo de antemano que hay costos que probablemente tenga que pagar por utilizar en este servicio. Como una alternativa, el arbitraje puede ser parte del acceso a la justicia, pero no puede ser el único elemento constitutivo de ella.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Resolución 217 A (III). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (16 de noviembre de 1995). Decreto 67-95 Ley de Arbitraje.

Corte IDH. (13 de octubre de 2011). Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 234.

Corte IDH. (28 de agosto de 2014). Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 283.

Corte IDH. (5 de octubre) (2015a). Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 303.

Corte IDH. (6 de agosto de 2008). Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

Corte IDH. (8 de octubre) (2015b) Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 304.

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre derechos humanos [B-32].

Peralta Azurdia. (14 de septiembre) (1963a) Decreto 106. Código Civil.

Peralta Azurdia. (14 de septiembre) (1963b) Decreto 107. Código Procesal Civil y Mercantil.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (8 de julio de 1986). Caso Lithgow y otros vs. el Reino Unido. Sentencia 9006/80.

La influencia política en el futuro del arbitraje de inversión

Michelle Sugey Bernier Zavala[1]

Resumen

Existe una premisa aceptada en el arbitraje de inversiones: a mayores riesgos políticos, menos inversión. Aunque el riesgo es una situación a la cual las personas se enfrentan diariamente, es necesario analizar cuáles factores políticos pueden adaptarse o mejorarse para que no representen una amenaza para el inversionista extranjero, porque para poder fomentar la inversión, es necesario protegerla primero. Muchas veces dicha protección no se alcanza con ratificar tratados, sino que la seguridad jurídica se traduce en la creación de políticas de cooperación nacional adecuadas de las entidades estatales en la implementación de los compromisos internacionales, lo cual, podría reducir considerablemente las demandas en arbitraje de inversión, teniendo en cuenta que, según el Transnational Institute de Amsterdam, en el 2019 los gobiernos de América Latina fueron condenados a pagar a inversores treinta y un mil ciento siete millones de dólares, dinero que ayudaría, tan solo con un tercio de ese monto, a superar la pobreza extrema en al menos 16 países latinoamericanos.

Palabras claves

Arbitraje, riesgos políticos, inversión extranjera, Latinoamérica, arbitraje de inversión.

Abstract

There is an accepted premise in investment arbitration: the greater the political risks, the less the investment. Although risk is a situation that people face on a daily basis, it is necessary to analyze which political factors can be adapted or improved so that they do not represent a threat to the foreign investor, because in order to encourage investment, it is necessary to protect it first. Often such protection is not achieved by ratifying treaties, but legal certainty translates into the creation of adequate national cooperation policies of state entities in the implementation of international commitments, which could considerably reduce investment arbitration claims, taking into account that according to Transnational Institute Amsterdam, in 2019 Latin American governments were ordered to pay investors thirty-one billion one hundred and seven million dollars, money that would help, with only one third of that amount, to overcome extreme poverty in at least 16 Latin American countries.

[1] Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Bogotá, Colombia.

Key words

Arbitration, political risk, foreign investment, Latin America, investment arbitration.

Introducción

Dada la inseguridad política actual en América Latina, es fácil entender cómo la política nacional afecta el entorno empresarial. A pesar de la tendencia a la expropiación de empresas multinacionales o la ocurrencia de eventos catastróficos como guerras y revoluciones, el hecho que más afecta las fuentes de ingresos de los inversionistas es el proteccionismo comercial, que incluye impuestos o regulaciones discriminatorias, protección laboral extensa, corrupción a gran escala o burocracia.

Los inversionistas deciden sumarse a un proyecto cuando tienen la oportunidad de realizar una inversión rentable. Sin embargo, dado que la mayoría de los beneficios generados por el proyecto se realizarán en el futuro, los inversionistas nunca pueden estar seguros de que los beneficios realmente se desarrollarán según lo planeado. Por ello, es fácil observar que la política nacional ha establecido un marco básico para las actividades comerciales de los inversores.

El sistema político, así como su proyección a futuro, pueden afectar gravemente los beneficios previstos por los inversionistas y a su motivación para invertir en los mercados extranjeros, ya que puede ser que la recesión económica general haya hecho que la inversión sea desfavorable, o que el avance tecnológico haya cambiado la competitividad de los productos, o que los gustos de los consumidores hayan experimentado cambios importantes, que tengan un impacto negativo en la rentabilidad del proyecto. En fin, no se puede garantizar la no intervención del riesgo político en los procesos de inversión extranjera.

Dicho riesgo político, también se manifiesta en la legislación excesiva de tratados de inversión extranjera, que, aunque se hacen con la finalidad de garantizar seguridad jurídica, es necesario analizar detalladamente los impactos (negativos o positivos) que estos tratados han acarreado. Un ejemplo de ello es el número de casos de litigios entre inversionistas-Estados en las últimas dos décadas. A pesar de que América Latina solo representa el 28,7% de todas las demandas en arbitraje de inversiones a nivel mundial, es necesario preguntarnos si la disminución de estos casos se traduce en un síntoma de una enfermedad mucho más grande.

1. Inversión en América Latina

La inversión involucra utilizar a largo plazo un determinado capital para determinados fines lucrativos en el extranjero. Según Aguilar y Botero (2016), sus características son: a) Es un

aporte, o una mercancía en el territorio de otro país, b) La duración requiere que la operación no sea instantánea, c) Riesgo de salario incierto.
La legitimidad de la protección de la inversión se basa en el supuesto de que aumentará la voluntad de invertir en un país y reducirá el riesgo del gobierno de enfrentarse a un país que carece de un sistema judicial adecuado. Las empresas que operan en América Latina podrían enfrentar innumerables riesgos políticos, regulatorios y de seguridad, entre ellas, los movimientos de protesta, malestar político y amenazas a largo plazo, relacionadas con el tráfico ilegal de drogas y la corrupción. Aunque estos problemas no son desconocidos en América Latina, deberán volverse más ágiles a medida que las empresas avancen en un panorama de riesgo en evolución.

1.1.Una mirada hacia el pasado del arbitraje de inversión

El arbitraje es una de las formas más antiguas de resolución de conflictos, principalmente en la Edad Media, donde tuvo mayor auge gracias al comercio y la existencia de asociaciones gremiales. Según Feldstein (1998):

> […] La burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes. (p. 37-28)

El arbitraje internacional de inversiones es una clase distinta del arbitraje. Según Burgos y Lozada (2009), fue creado, debido a la existencia de muchas guerras entre los países desarrollados y las economías en vía de desarrollo. En efecto, hasta hace más de un siglo, el inversionista, en caso de conflicto, buscaba la intervención de su gobierno, el cual dedicaba navíos de guerra en las fronteras del Estado receptor de la inversión hasta que la obligación contractual fuera ejecutada, provocando un ambiente sumamente tenso. Sin embargo, con el tiempo estas prácticas fueron abandonadas y el tratamiento a favor del inversionista extranjero fue cada vez mayor. Por ello, la posición desventajosa de los países con economía en vía de desarrollo trajo como consecuencia que se propusieran soluciones para el reequilibrio de fuerzas.

En América Latina, hasta principios de la década de 1990, esta institución fue aceptada con muchas restricciones y hostilidad, principalmente porque la gente creía que estos mecanismos estaban dominados por intereses extranjeros. Esto, sumado a la mala experiencia en arbitrajes de derecho internacional público y la ubicuidad de los países. Por tanto, no es sorprendente que países como Brasil se unieran más tarde a la Convención de Nueva York de 1958, ya que se consideraba que ese tratado iba en contra de los intereses nacionales.

Con la apertura del comercio internacional, la adaptación de las transacciones privadas a la globalización y al comercio internacional ha llevado a la revisión y simplificación de cientos de leyes para eliminar obstáculos al desarrollo comercial. El desarrollo de la inversión extranjera va acompañado del nacimiento de un nuevo campo del derecho internacional, que define los derechos y obligaciones entre el país receptor y los inversores extranjeros y crea procedimientos para la resolución de controversias relacionadas con esta área. Por lo tanto, el desarrollo del derecho internacional de las inversiones y el arbitraje internacional, ha generado la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y los diferentes tratados de inversión celebrados para la fecha, la mayoría de los cuales tienen su origen en los últimos veinte años.

Durante mucho tiempo, especialmente en países desarrollados, los acuerdos de inversión y la protección de la inversión extranjera han estado en la agenda internacional, y sus problemas son más obvios para los países receptores. Al final, el rol del arbitraje de inversiones ha ido en aumento y se convirtió, paulatinamente, en un medio útil y eficiente en la resolución de disputas comerciales.

1.2.Futuro del arbitraje de inversión en Latinoamérica

En los últimos años se ha cuestionado el sistema de arbitraje de inversiones (Tondapu, 2010), principalmente en países con economías en vía en desarrollo. Por ejemplo, Bolivia anunció su retiro de la Convención de Washington en 2007, Ecuador se retiró en 2010 y Venezuela en 2012. Por tanto, América Latina atraviesa un momento crucial, ya que varios países se oponen al CIADI y se retiran de tratados de inversión, mientras que otros países están haciendo todo lo posible para atraer inversiones a través de negociaciones y conclusiones de tratados.

Según Vincentelli (2009), se estima que, en 2007, el 15% de los casos ante el CIADI estaban relacionados con reclamaciones contra países de América Latina. Para el 2009, esta cifra había aumentado al 52%.

Por ello, es necesario reconsiderar el arbitraje de inversiones para brindar una mayor protección a sus dos principales usuarios: el Estado y los inversores, ya que existen muchos desafíos para alcanzar el equilibrio entre los diferentes actores y aumentar la confianza de los países para participar en estos procesos. Según Gómez (2010), los casos de Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela muestran que algunos países de América Latina tienden a volver a la Doctrina Calvo, buscando algún tipo de independencia y fortaleciendo la soberanía de la región.

La Doctrina Calvo puede resumirse en dos postulados. El primero consiste en establecer el trato nacional como el trato mínimo que un Estado debe otorgar a extranjeros. El segundo

determina que cualquier disputa que se genere con un extranjero debe ser resuelta por las cortes locales del país anfitrión, promulgando nuevamente la igualdad entre nacionales y extranjeros (Pérez, 2003). Sin embargo, la solución no es erradicar el arbitraje como método de resolución de controversias internacionales, ni promover la eliminación de los centros internacionales de solución de controversias sobre inversiones.

El arbitraje de inversiones debe desarrollarse con más firmeza en el escenario internacional. También deben adoptarse algunas prácticas de prevención de disputas, por ejemplo, si el inversionista está convencido de que existe una entidad a la cual puede acudir en busca de ayuda y pueda discutir las diferencias con interlocutores calificados antes de arbitrar, entonces las reglas del juego a nivel nacional deben ser claras para evitar futuras condenas o procedimientos innecesarios. En este nuevo período de aprendizaje, los países deben comunicarse más estrechamente entre diferentes instituciones para evitar que se tomen medidas que puedan violar los compromisos internacionales y perjudicar a los inversores extranjeros.

Por ejemplo, Colombia se ha convertido en una buena referencia para Latinoamérica en la coordinación de entidades nacionales de arbitraje transparentes y eficientes, de modo que una sola institución pueda recolectar y establecer evidencia relevante de interés nacional, a su vez, será responsable de recibir notificaciones sobre controversias, coordinar sus respectivas consultas y representar al país en el proceso arbitral final (Disputes Settlement, 2003).

2. Factores que afectan la inversión extranjera

La creencia de que el gobierno y la política influyen en el desempeño económico de la economía nacional no es nueva. En la Europa medieval, el surgimiento de ciudades o estados independientes exitosos, especialmente en el norte de Italia, demostró la importancia de la buena gobernanza para el bienestar económico y la prosperidad. A pesar de este sentido común, la economía ortodoxa oriental ha ignorado durante mucho tiempo los procesos inherentes al sistema político nacional, que son los determinantes del desempeño económico.

2.1.Riesgo político

Para Hoffman (2008), el riesgo político o el riesgo país es considerado como "*cualquier tipo de evento relacionado con la estabilidad política de un país*" (p.27). Sin embargo, también es un aspecto clave dentro del razonamiento del inversor, que puede transferirse a otra parte a través de un contrato específico negociado en el marco de la actividad empresarial del país anfitrión.

Cuando la estructura institucional del potencial país anfitrión es insuficiente, traerá riesgos políticos para los inversionistas, porque el sistema social y de derecho constituye el marco

para la toma de decisiones de inversión privada. Sin la capacidad de implementar acuerdos entre diferentes grupos sociales, la especialización no puede tener lugar en una forma que conduzca a la producción y al desarrollo económico.

Por lo tanto, las políticas deficientes y los marcos institucionales débiles han causado grandes pérdidas en términos de inversión extranjera directa. Es decir, principalmente los países en desarrollo, que en muchas ocasiones necesitan de inversión extranjera, deben establecer la prevención y gestión de los riesgos políticos como una de las prioridades de sus políticas económicas nacionales.

Los riesgos políticos son un hecho, siempre van a existir, y no solo en Latinoamérica, pero pueden mitigarse a través de derivados financieros y pólizas de seguros, es decir, que, para todas las partes el costo de operación es menor y más eficiente. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el seguro por riesgo político no cubre todo lo que se entiende como tal. Trakman (2013), afirma que, incluso en algunos casos, "los inversores suelen tener que asumir ellos mismos el 15% del valor del seguro" (p. 655). Por lo tanto, se denota una vital importancia de las instituciones de arbitraje de inversiones para reducir los riesgos en este aspecto.

Prácticamente, el riesgo político se puede reducir debido a las garantías de trato justo y equitativo. Ante esto, Brower y Schill (2009) establecen:

> […] El arbitraje de inversión per se permita al Estado receptor adquirir compromisos más creíbles en los TBI de los que asumiría si supiera que las disputas se resuelven ante Cortes nacionales. Como consecuencia, se reducen las primas de los seguros de riesgo político, e invertir se torna considerablemente más eficiente y rentable en cuanto a reducción de costos marginales (p.477).

Existen grandes virtudes derivadas del hecho de otorgarles a los inversionistas el derecho a iniciar el arbitraje de inversión, ya que esto protege los conceptos que tienen los inversionistas y considera sus posiciones, brinda mayor seguridad jurídica para la toma de decisiones de inversión, porque el inversor sabe que aunque tome decisiones basadas en el estado actual de las cosas y aunque sea irreal poder predecir todos los riesgos políticos, hay un mecanismo al cual puede recurrir, en calidad de partes iguales con el Estado.

Aun así, existen declaraciones sobre el rechazo al arbitraje de inversión a través de medidas legislativas internas nacionales (Olivet, 2013). Por ejemplo, Ecuador se negó a resolver disputas contractuales mediante arbitraje internacional, según el artículo 422 de la Constitución Nacional de Ecuador, cancelando los tratados bilaterales de inversión (TBI) que han estado vigentes hasta el momento. Además, como se mencionó anteriormente, Bolivia, Venezuela y Ecuador también se han retirado del acuerdo del CIADI. Otro ejemplo de cómo

la política nacional, a través de sus ideologías, afectan la región latinoamericana al tomar decisiones jurídicas o políticas, pero con efectos económicos.

Conclusiones

Aun cuando, algunos Estados pueden ejercer su influencia sobre otros Estados para que cumplan sus obligaciones con respecto al derecho económico internacional, por ejemplo, presionándolos a través de sus poderes políticos, esto no funciona en todos los casos. Lo anterior, lo demuestran muchos casos de expropiación a inversionistas a gran escala, sin una compensación adecuada, como Cuba, Irán y Zimbabue. Esto se debe a que, en circunstancias típicas, una vez que el inversor ha completado la inversión inicial, el país anfitrión puede beneficiarse liberándose unilateralmente sus obligaciones, imponer obligaciones adicionales a los inversionistas o incluso confiscar inversiones cuando no tienen fondos suficientes para compensar. Es decir, generalmente la única posibilidad para que el país anfitrión asuma compromisos creíbles e inmunice la cooperación entre inversionistas y Estados contra el comportamiento oportunista posterior, es a través de los mecanismos alternativos de resolución de disputas, como lo es en este caso, el arbitraje de inversiones.

Aunque el riesgo es una situación a la cual las personas se enfrentan diariamente, en la vida, la economía y la política, es necesario analizar cuáles factores políticos pueden adaptarse o mejorarse para que no representen una amenaza para el inversionista extranjero, porque para poder fomentar la inversión, es necesario protegerla primero.

El futuro de las inversiones en América Latina no depende del arbitraje, sin embargo, la existencia de un mecanismo funcional y justo como el arbitraje de inversiones cumple un rol fundamental dentro de la motivación institucional que podría tener un inversor para invertir. Realmente, el futuro del arbitraje de inversión en Latinoamérica va a depender de las personas: politólogos, economistas, abogados, todo junto dentro de una misma institución. Los Estados pueden tomar acciones responsables durante las negociaciones de los tratados para aumentar la confianza en el arbitraje de inversiones y evitar una interpretación extensa de los estándares de protección otorgados a los inversores. Esto, sumado a las políticas de cooperación nacional adecuadas de las entidades estatales en la implementación de los compromisos internacionales, puede evitar litigios internacionales en muchos casos.

Por último, se destaca la importancia de una gobernanza transparente en América Latina, lo cual es un requisito previo para atraer a más inversión extranjera directa. Además, los resultados de este análisis enfatizan la importancia de las reformas institucionales para mejorar la gobernabilidad y la gestión pública en América Latina, lo cual permitirá a las personas aprovechar al máximo los beneficios de un mercado plenamente funcional.

Bibliografía

Aguilar, M. y Botero, A. (2016). *El arbitraje de inversiones y su influencia en el desarrollo sostenible*. Journal of International Law. No. 7,01. Colombia. p. 95-113.

Brower, C. y Schill, S. (2009). *Is arbitration a threat or a boom to the legitimacy of international investment law*. Chicago Journal of International Law, No. 9 (2), p. 471-498.

Burgos, M.y Lozada, N. 2009. *La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, No. 15, p. 246.

Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. 2003. United Nations Conference on Trade and Development: New York y Ginebra.

Fach, K. (2010). *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Universidad de Zaragoza. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325

Feldstein, S. y Hebe, L. (1998). *El arbitraje*. Abeledo Perrot: Buenos Aires. p. 37-38.

Ghiotto, L., Müller, B. y Olivet, C. (2020). *Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América latina y el Caribe*. Transnational Institute Amsterdam.

Hoffman, S. (2008). *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Olivet, C. (2013). *Estados en la cuerda floja cuestionan los tratados de inversión*. América Latina en movimiento, No. 485, p. 1-4.

Pérez, J. (2003). *La doctrina y cláusula Calvo en el derecho internacional, su evolución y práctica*. Derecho Internacional de los Negocios: alcances, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. p. 232.

Tondapu, G. (2010). *International Institutions and Dispute Settlement: The Case of ICSID*. En Bond Law Review, V. 22, I.1. p. 13.

Trakman, L. (2013). *The ICSID under siege*. Cornell International Law Journal, No. 45, p. 603- 666.

Trew, S. (2013). *Latin American countries pushing back against investor 'rights' in trade deals*. Rabble.

Vincentelli, I. (2009). *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*. Selected Works, p.11. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016

Notas sobre la interpretación del acuerdo arbitral: derecho aplicable, directrices y patologías

Alejandro Ramírez Padrón[1]

Resumen:

En la modernidad resulta indudable la importancia del acuerdo arbitral dentro de la construcción del arbitraje comercial, incluso se ha señalado múltiples veces como este constituye la piedra fundamental del arbitraje. Por ello, el presente artículo se dispone a abordar las principales dificultades que afronta la interpretación del acuerdo arbitral, así como sus principales métodos y directrices que arrojan luz ante los casos difíciles, teniendo siempre presente que una correcta interpretación del acuerdo arbitral compone la llave que abre o cierra la puerta al arbitraje.

Palabras claves:

Acuerdo arbitral; interpretación; directrices; patologías; derecho aplicable.

Abstract:

In modern times, the importance of the arbitration agreement in the development of commercial arbitration is undoubted, it has even been affirmed multiple times that it constitutes the fundamental stone of arbitration. Therefore, this article seeks to address the main difficulties faced by the interpretation of the arbitration agreement, as well as its main methods and guidelines that shed light on difficult cases, always bearing in mind that a correct interpretation of the arbitration agreement constitutes the key that opens or closes the door to arbitration.

Keywords:

Arbitration agreement; interpretation; guidelines; pathologies; applicable law.

[1] Estudiante del pregrado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Auxiliar de investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UCAB; Asistente del Consejo Editorial de la Revista Principia – Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila; Asistente editorial de la Revista de la Facultad de Derecho-UCAB. Venezuela.

Introducción

Es incuestionable que el arbitraje en la actualidad ocupa un rol sin igual dentro de la moderna teoría de la resolución de conflictos, pasando de aquel método "excepcional", como se le caracterizaba anteriormente, a ser el método por excelencia al momento de solucionar controversias patrimoniales alrededor del mundo.

Ha sido un método que ha inspirado confianza, al mismo tiempo que se ha ido refinando gracias a diversos factores como lo son la proliferación de centros de arbitraje –que incentiva la competitividad–, el auge de programas y cursos en temas de arbitraje, la conformación de organizaciones civiles cuyo fin sea brindar estímulo y reconocimiento al arbitraje y el creciente desarrollo de normativas especializadas de derecho suave que pretenden optimizar los procesos y reafirmar los beneficios del mismo.

Es así, como podemos afirmar que nos encontramos en un momento álgido en donde el arbitraje se ha visto permeado por el fenómeno de la globalización, logrando la formación de un auténtico sistema transnacional que cada vez trae más partidarios (Enmanuel Gaillard, 2011, p. 10).También es de considerar, que el progreso descrito anteriormente no ha alterado la esencia misma del arbitraje, sus preceptos más básicos, la libre contratación y la autonomía de la voluntad de las partes, aun cuando la lucha continúe y se sigan evidenciando en múltiples jurisdicciones ataques a los pilares del arbitraje[2].

Esta evolución, si bien ha sido preponderante en la esfera internacional, no se ha restringido a ella exclusivamente. Pudiendo observar cómo en el arbitraje doméstico también se ha apuntalado un progreso que tiende al reconocimiento y a un mejor tratamiento jurídico, incluso dentro de algunas naciones se ha presentado un reforzamiento al arbitraje dentro de su normativa constitucional. Esto puede deberse a los numerosos beneficios que acoge la selección del arbitraje como mecanismo para dirimir controversias, entre los que encontramos: la rapidez, la especialidad, la flexibilidad, la confidencialidad, la disminución de costos, la favorabilidad al momento del reconocimiento de decisiones en el extranjero, entre otros.

Por ello, cobra especial relevancia el estudio del acuerdo arbitral, debido a que es este el que permitirá a las partes interesadas adentrarse en un arbitraje junto a todos los beneficios que este reporta. Además, el acuerdo de arbitraje es el lugar por excelencia donde se asientan las bases que regirán el resto del proceso hasta su terminación acompañada del laudo definitivo.

[2] Un ejemplo de ataque al arbitraje lo encontramos en el caso Alimentos Polar Comercial, C.A (Tribunal Supremo de Justicia-Sala Constitucional, sentencia N°42, Venezuela). En dicho caso, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano ordenó al Centro de Arbitraje que conducía el procedimiento arbitral, la remisión del expediente para decidir la solicitud de avocamiento que se presentó en jurisdicción ordinaria, así como también ordenó la suspensión del procedimiento arbitral en violación del principio kompetenz kompetenz y del acuerdo arbitral.

Es así, como una correcta interpretación resulta elemental para el sano desarrollo del arbitraje. De tal forma, en el presente artículo se buscará recabar algunos fundamentos esenciales para la interpretación del acuerdo arbitral. Iniciando con un acercamiento a la noción de interpretación, para luego sumergirnos en diversos métodos o directrices de los que disponen los operadores jurídicos para orientarse y, finalmente, abordar el problema de los acuerdos enfermos o patológicos, para analizar las posibles conclusiones según el tipo de patología que adolezcan.

I. El derecho aplicable a la interpretación del acuerdo arbitral

Al abordarse el problema de determinar el derecho aplicable a la interpretación del acuerdo arbitral, lo primero que todo operador del arbitraje debe plantearse es si se encuentra ante un arbitraje doméstico o ante un arbitraje internacional.

Para conocer si nos ubicamos ante un arbitraje internacional, se ha de seguir criterios como: a) el establecimiento de las partes al momento de celebrar el acuerdo arbitral, b) el lugar del arbitraje, c) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones objeto del litigio, o que d) las partes hayan convenido expresamente en que el objeto del acuerdo arbitral esté relacionado con más de un Estado (Estos criterios ampliamente aceptados en el arbitraje internacional han sido recogidos en la Ley Modelo de la CNDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional).

Si nos encontramos ante un arbitraje doméstico, el derecho aplicable al acuerdo arbitral posiblemente será el mismo derecho interno. En cambio, cuando el acuerdo arbitral se encuentre vinculado a múltiples ordenamientos jurídicos, se torna importante el proceso de determinación del derecho aplicable al acuerdo, requiriendo un mayor esfuerzo por parte de los operadores. Como señala el profesor Ramón Escovar Alvarado (2011):

> El acuerdo de arbitraje comercial internacional involucra las normativas de los sistemas jurídicos siguientes: (i) del lugar que regula la capacidad de las partes de celebrar un acuerdo arbitral; (ii) del lugar que rige el acuerdo de arbitraje y el cumplimiento del mismo; (iii) del lugar que rige la existencia y el procedimiento del tribunal arbitral; (iv) del lugar que rige el contrato de fondo; y (v) del lugar que regula el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (p. 248).

Para la determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral, se han de considerar dos principios claves, por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes; por el otro, el principio de separabilidad. El derecho aplicable al acuerdo será el que las partes determinen que deba ser, teniendo presente que no necesariamente debe ser el mismo derecho aplicable al contrato principal donde puede estar inmersa la cláusula arbitral. Esto a su vez reafirma la tesis de que el arbitraje se construye bajo la idea de la libertad de las partes en determinar cómo resolver sus controversias.

Dicha autonomía de la voluntad de las partes permite el diseño del arbitraje según sus necesidades, incluso permite que se establezca como derecho aplicable un derecho supra nacional, siempre y cuando así lo acuerden. Incluso, este tipo de normativa puede usarse para suplementar o acompañar normas nacionales que sean elegidas por las partes como derecho aplicable, sin representar alguna exclusión de una respecto a la otra.

Teniendo presente que los árbitros deben atarse al designio de las partes, respetando así su voluntad en aplicar un derecho u otro. Como afirman Tatiana Maekelt y Claudia Madrid (2003), "*El arbitraje no existe sino en la medida que las partes lo han creado y determinado por medio de la expresión libre de su voluntad*" (p. 9).

Ahora, no siempre las partes eligen cuál será el derecho aplicable al acuerdo arbitral. Entonces, encontramos solución siguiendo lo consagrado tanto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en su artículo V y 5, respectivamente, el derecho aplicable al acuerdo arbitral internacional será aquel del lugar donde sea dictado el laudo arbitral. Esto obedece a la motivación del legislador en guardar congruencia respecto a la posibilidad final de materialización del laudo.

Sin embargo, existe aún la posibilidad de que las partes no determinen ni el derecho aplicable al acuerdo arbitral ni el lugar donde será dictado el laudo arbitral, ha optado por considerar como derecho aplicable a aquel del lugar donde haya ocurrido el proceso arbitral.

Cuando nos referimos a la interpretación del acuerdo arbitral, hacemos alusión al proceso de esclarecer y dilucidar cuál fue específicamente la voluntad de las partes al suscribir el acuerdo. Solo cuando no se es capaz de revisar cuál fue la voluntad de las partes, es que se da lugar a los distintos mecanismos subsidiarios que vienen a suplir dicha voluntad, siendo finalmente el arbitraje un traje a la medida de las partes.

II. Directrices interpretativas aplicables al acuerdo arbitral

La interpretación del acuerdo arbitral internacional se rige en función de las normas aplicables al acuerdo arbitral. Sin embargo, es ampliamente aceptado alrededor del mundo la aplicación de métodos o directrices interpretativas que materialicen el principio proarbitraje y que, al final, terminan siendo reflejo de la naturaleza contractual que reviste al acuerdo.

Dentro de estos métodos o directrices interpretativas encontramos: el uso de la buena fe interpretativa, la interpretación restrictiva, la interpretación gramatical y la interpretación efectiva.

a) La buena fe y el arbitraje

Este criterio interpretativo constituye el más aceptado a nivel internacional y al mismo tiempo por un sector de la doctrina se le ha considerado como un "principio supremo y absoluto" (José Luis De Los Mozos, 1965, p.7). La buena fe propugna que, al diferir la intención declarada de la intención verdadera, esta última debe prevalecer. Al respecto, Diego Baudrit (1990), asevera que:

> Es uno de los elementos que califica positivamente el correcto ejercicio de los derechos – y la correcta ejecución de las obligaciones- de manera que, si la conducta es de mala fe, el ejercicio de los derechos sería abusivo y la ejecución de las obligaciones sería incorrecta (p. 68).

Con frecuencia, la buena fe es el medio generalmente implementado por los legisladores para dar lugar al sistema de interpretación real. Este principio a su vez aguarda dos nociones: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

La primera noción prescribe normas de comportamiento dotadas de honestidad y lealtad, mientras que la segunda representa un juicio interno del sujeto que conlleva a la convicción de que su actuar está acorde a derecho. Con esto no se pretende decir que existan dos tipos de buena fe distinta, sino que al enfocarla desde estas dos ópticas nos permite detallar los efectos que se despliegan de la buena fe de manera más clara.

La buena fe constituye un instrumento esencial para determinar cuál fue la auténtica intención de las partes al acordar acceder a arbitraje. Igualmente, este principio surge como garante de la palabra otorgada concatenándolo a la lealtad y a la reciprocidad que deben guardarse las partes.

Para aplicar la buena fe en la determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral, es necesario que el árbitro analice el acuerdo íntegramente, en función de los conocimientos que cada parte guardaba para el momento en que lo suscribieron.

También, existen algunas reglas contractuales que suelen aplicarse y cuya sustancia se encuentra en la buena fe, por ejemplo, i) deben interpretarse todos los términos de forma tal que produzcan efectos y no de forma restrictiva, o ii) al presentarse algún término confuso, oscuro o ambiguo, este debe interpretarse a favor de la parte que no lo redactó (Maduro Luyando y Pittier Sucre, 2010, p. 804 y 805).

b) La interpretación restrictiva

Como afirma el profesor Escovar Alvarado (2011):

> Este método de interpretación se fundamenta en la idea que el arbitraje comercial internacional constituye una excepción al poder jurisdiccional de los tribunales nacionales, lo cual podría significar una amenaza al derecho de los justiciables a una tutela judicial efectiva. Por ende, todo acuerdo de arbitraje debe ser interpretado restrictivamente (p. 257).

Sin embargo, este criterio interpretativo ha sido superado bajo la moderna teoría del arbitraje ya que se ha abandonado la idea de que el arbitraje constituye una excepción frente a la jurisdicción ordinaria, sino que ambos se encuentran en el mismo plano y corresponde a las partes ante tales alternativas decidir cuál elegir para dirimir sus controversias.

Además, con el pasar del tiempo se ha entendido que la tutela judicial efectiva constituye un derecho, y no un deber, a acceder a los órganos que integran el sistema de administración de justicia en donde se ubica también el arbitraje en los sistemas de vanguardia.

De tal forma que hoy en día se concibe que el acuerdo arbitral no debe interpretarse de manera restrictiva, sino de forma tal que se consiga determinar la verdadera intención de las partes.

c) La interpretación gramatical

La idea sobre la que se sostiene este criterio es que la verdadera intención de las partes se encuentra en el texto del acuerdo arbitral, ignorando con ello criterios de tipo interno-subjetivos. Por el contrario, persigue encontrar la voluntad de las partes a través del significado preciso de las palabras.

El problema se encuentra en que dicho criterio resulta insuficiente por sí solo, ya que las palabras no suelen tener un único significado, pudiendo estas guardar variedad de significados. Este criterio de la interpretación literal se sigue aplicando en la actualidad, pero ya no de forma excluyente respecto a otras formas interpretativas. Por ejemplo, al presentarse un acuerdo arbitral, es correcto analizarlo desde la interpretación gramatical, sin embargo, es recomendable no quedarse solo en ese medio interpretativo sino además compaginarlo con la interpretación efectiva y la buena fe.

d) La interpretación efectiva

Esta directriz es implementada en el supuesto de que el acuerdo arbitral, objeto de análisis, posee dos interpretaciones posibles y distintas. En estos casos se debe seguir aquella interpretación que resulte favorable a la validez del acuerdo arbitral.

Históricamente, este criterio deviene del Código Napoleónico y estaba enfocado en la interpretación de cláusulas contractuales, influenciado por el principio de conservación (José Mélich-Orsini, 2017, p. 409 y 410). Sin embargo, poco a poco ha tomado fuerza incorporándose

en las legislaciones modernas, así como en diversas normativas internacionales de derecho suave o no vinculante.

III. El problema de los acuerdos arbitrales patológicos

Como venimos mencionando, el acuerdo arbitral es el eje central sobre el que aparece el arbitraje comercial, sea doméstico o internacional. Sin embargo, a veces las dificultades que plantea, anteceden al arbitraje mismo y se ubican al momento en que las partes comienzan a redactar el acuerdo arbitral.

Así, surge el famoso término "acuerdos arbitrales patológicos" o "cláusulas patológicas"[3] para dar alusión a aquellos acuerdos arbitrales que se encuentran "enfermos"; es decir, defectuosos y por tanto pueden generar consecuencias para las partes que llegarían, en algunos casos, a un eventual desconocimiento de la voluntad de acceder a arbitraje.

Sin embargo, dichas patologías resultan subsanables a través de la misma autonomía de la voluntad. De plantearse las partes continuar con el arbitraje, aun cuando en el acuerdo arbitral se encuentran patologías, las partes pueden enmendarlo y continuar en la ruta del arbitraje. También, se presenta el caso que aun con la existencia de un acuerdo patológico, las partes continúan con el arbitraje sin oponerse al acuerdo por enfermo que esté, ahí la doctrina ha mencionado que nos encontramos ante un consentimiento tácito del arbitraje que niega la posibilidad de que posteriormente se aleguen defensas alusivas a la patología del acuerdo (Ana Egas, 2010).

Los orígenes de esta expresión se encuentran en los textos de Frédéric Eismann, Secretario de la Corte de Arbitraje de la CCI, específicamente del año 1974 según se ha registrado por la doctrina (Emmanuel Gaillard y John Savage, 1999, p. 262), pero la tesis de los acuerdos patológicos ha continuado hasta la modernidad alcanzando cierto grado importante de sistematicidad que favorece su comprensión al mismo tiempo que facilita su aplicación.

Las tres principales categorías son: el acuerdo arbitral optativo o híbrido, el acuerdo arbitral inoperante o inejecutable, y el acuerdo arbitral desprovisto de certeza.

a) El acuerdo arbitral optativo o híbrido

Cuando nos encontramos ante un acuerdo arbitral optativo o híbrido, nos referimos al acuerdo que no excluye la jurisdicción ordinaria, sino que presenta como opciones a las partes acceder al arbitraje, o bien, a la jurisdicción ordinaria. No obstante, la patología híbrida no se produce solamente dentro de la cláusula arbitral, sino que también sería optativo cuando dentro de un

[3] Este último en los casos que el acuerdo arbitral se encuentre bajo la forma de cláusula dentro de un contrato distinto.

contrato principal tenemos una cláusula que remita a la jurisdicción ordinaria y otra, la cláusula arbitral, que remita a la jurisdicción arbitral (Víctor López, 2014).
Al toparnos con este tipo de patología, las posibilidades son dos y esto se debe a que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas. Una sección, cada vez más minoritaria y donde encontramos países como Venezuela, niega la validez de estos acuerdos en razón de que no materializan la voluntad clara e inequívoca de acceder a arbitraje. Por otro lado, la doctrina mayoritaria, y en aumento, tiende a fallar en beneficio de la validez del acuerdo arbitral al interpretar el acuerdo junto al principio proarbitraje, estructurando una línea argumentativa que favorezca al arbitraje.

b) El acuerdo arbitral inoperante o inejecutable

Un acuerdo arbitral inoperante o inejecutable es un acuerdo que no puede materializarse en la práctica a causa de sus defectos de diseño. Un ejemplo reiterado es cuando las partes diseñan de manera excesiva y pormenorizada el acuerdo arbitral de forma tal que se convierta en no ejecutable, o al menos que se vuelva casi imposible de cumplir.

Ejemplo 1, una cláusula arbitral que establezca que los árbitros que se designen deben cumplir con múltiples requisitos que, si bien son posibles, resulta sumamente difícil encontrar árbitros con esas características, estableciéndose así una traba al arbitraje. Ejemplo 2, un acuerdo arbitral que establezca que el tribunal arbitral estará compuesto por "X", "Y" y "Z", pero resulta que al momento en que se produce la disputa y se invoca dicho acuerdo arbitral ya fallecieron "X", "Y" y "Z".

Para evitar este tipo de errores en la redacción del acuerdo, se suele recomendar mantener su redacción en los términos más esenciales para la viabilidad del acuerdo, incluso una herramienta altamente efectiva es el uso de las cláusulas modelo que disponen los distintos centros y reglamentos de arbitraje, ya que estas se encuentran probadas a la luz de casos anteriores de forma tal que se pueda tener un mayor grado de certeza.

c) El acuerdo arbitral desprovisto de certeza

Esta patología se produce cuando el acuerdo arbitral no evoca precisión, sino al contrario sus términos resultan vagos. Por ejemplo, que el acuerdo arbitral remita a un centro arbitral que no existe para resolver sus controversias.

Sobre este tipo de acuerdos se debe precisar que la falta de certeza no debe significar necesariamente la falta de validez, sino que debe analizarse desde una óptica gradual y según el caso en concreto. Aunque se debe dejar igualmente claro que no existe un método específico y

general para resolver este tipo de patologías. Esto se debe a que la conclusión se encuentra marcada por el casuismo.

Conclusiones

1. En relación a los argumentos anteriormente expuestos, es posible alcanzar las siguientes conclusiones:

2. Al abordar el problema del derecho aplicable a la interpretación del acuerdo arbitral, debemos diferenciar si nos encontramos ante un arbitraje doméstico o uno internacional.

3. En un arbitraje internacional, el orden propuesto para determinar el derecho aplicable al acuerdo arbitral será: a) la autonomía de la voluntad de las partes (principio base); de no determinarse entonces se pasará al b) lugar donde sea dictado el laudo arbitral; de no poder determinarse ni uno ni el otro, entonces pasará al c) el lugar donde transcurre el proceso arbitral.

4. Concomitantemente a la autonomía de la voluntad de las partes como criterio de determinación del derecho aplicable al acuerdo arbitral, es ampliamente aceptado el uso de ciertos métodos o directrices de interpretación donde entraría la buena fe interpretativa, la interpretación gramatical y la interpretación efectiva. Mientras que la interpretación restrictiva ha sido superada paulatinamente alrededor del mundo.

5. Los problemas asociados al acuerdo arbitral pueden presentarse incluso al momento de su redacción, originando el término comúnmente usado de “acuerdo arbitral patológico”. A grandes rasgos, estas patologías pueden sistematizarse en tres grupos: a) el acuerdo arbitral híbrido u optativo, b) el acuerdo arbitral inoperante o inejecutable, y c) el acuerdo arbitral desprovisto de certeza.

6. Las soluciones jurídicas aplicables a las patologías no son todas iguales, incluso algunas dependerán del caso en concreto. Tampoco se debe pretender que todo acuerdo patológico conduzca a la invalidez o ineficacia del mismo, existen deficiencias corregibles bajo la interpretación jurídica.

7. Las partes, en su deseo de acceder al arbitraje y bajo el gobierno de su voluntad conjunta, pueden subsanar las deficiencias del acuerdo arbitral y así continuar con el arbitraje. Algunas veces, incluso, esto ocurre de forma tácita.

Bibliografía

Baudrit, Diego. (1990). *Derecho Civil IV. Teoría general del contrato*. Vol. I. San José: Juricentro.

De Los Mozos, José Luis. (1965). *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch.

Díaz-Candia, Hernando. (2020). *Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N°15, pp. 45-70. Caracas: RVLJ.

Egas, Ana. (2010). *Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral insuficiente: interpretación y alternativas*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Escovar, Alvarado. (2011). *Interpretación del Acuerdo de Arbitraje Comercial*. En: Memoria arbitral, p. 245-272. Caracas: CEDCA.

Gaillard, Emmanuel y Savage, John. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.

Gaillard, Enmanuel. (2011). *El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia*. Lima: Revista de Derecho Forseti, p. 9-18.

López, Victor. (2014). *Cláusulas patológicas en el arbitraje comercial internacional*. Quetzaltenango: Universidad Rafael Landívar.

Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio. (2010). *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*. Caracas: UCAB.

Maekelt, Tatiana y Madrid, Claudia. (2003). *Al rescate del arbitraje en Venezuela*. En: El Derecho Privado y Procesal en Venezuela, Homenaje a Gustavo Planchart Manrique, pp. 719-747. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez.

Mélich-Orsini, José. (2017). *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Vidal, Fernando. (2003). *El convenio arbitral*. Lima: Revistas PUCP.

Consulte las bases para publicar en cyacr.com