

Víctor Ferreres Comella

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

ARBITRAJE, DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE OWEN FISS

INTRODUCCIÓN

En este artículo, voy a explorar algunos temas de la obra de Owen Fiss, con el fin de arrojar luz sobre una institución jurídica de creciente importancia: el arbitraje. Fiss ha escrito abundantemente sobre los tribunales de justicia, la democracia y el Estado de Derecho. A pesar de que ha prestado menos atención al arbitraje, podemos utilizar con provecho sus ideas generales y extenderlas al ámbito arbitral. Lo que propongo hacer aquí, pues, es recorrer el campo del arbitraje bajo su guía.

Antes de entrar en ello, sin embargo, tengo que decir unas palabras introductorias sobre el arbitraje, para contextualizar mejor la discusión posterior.

EL ARBITRAJE Y SUS MODALIDADES

El arbitraje es una institución clave en el mundo jurídico. No es infrecuente que los particulares resuelvan sus controversias recurriendo a árbitros, en lugar de acudir a los tribunales ordinarios. La característica más sobresaliente del arbitraje es que se funda en el acuerdo de las partes. Éstas generalmente prestan su consentimiento a arbitrar antes de que surja la disputa. También es posible, aunque es menos habitual, que las partes convengan arbitrar después de que la controversia haya estallado. Los tribunales, en cambio, ejercen un "poder público" sobre los litigantes. Cuando una persona presenta una demanda ante el tribunal competente, el consentimiento del demandado es irrelevante a los efectos de establecer el fundamento de la autoridad de ese tribunal para emitir una decisión vinculante.

Un segundo rasgo que conviene destacar es que los árbitros son elegidos y pagados por las partes, mientras que los tribunales de justicia son instituciones permanentes, creadas y administradas por el Estado. También los procedimientos son diferentes. Mientras que las partes tienen la facultad de diseñar o de elegir los procedimientos que los árbitros van a emplear, no disfrutan de semejante flexibilidad en el ámbito judicial.

Existen varias razones por las que las partes pueden preferir el arbitraje frente a la jurisdicción. Una primera ventaja está ligada a la

especialización. Cuando las partes optan por el arbitraje, pueden designar para resolver la disputa a personas que son expertas en campos específicos. Cuando acuden a los tribunales, en cambio, los jueces con los que se encuentran tienen normalmente una formación jurídica más generalista. Una segunda ventaja tiene que ver con la celeridad: la opción arbitral permite a las partes evitar las colas ante el tribunal competente. Los árbitros designados por ellas se pueden dedicar pronto a resolver el caso encomendado (a menos que estén muy ocupados). Además, el laudo arbitral suele ser definitivo: los motivos en virtud de los cuales los tribunales de justicia pueden anular un laudo arbitral suelen ser extremadamente limitados.

Estas ventajas son aplicables al arbitraje con carácter general. Ahora bien, cuando el arbitraje es "internacional", se producen ciertas ventajas adicionales.¹ Así, cuando las partes contractuales son ciudadanos de diferentes Estados, es frecuente que sean renuentes a someter las futuras controversias a los tribunales nacionales del país del que proviene la otra parte. El arbitraje entra entonces en escena, pues proporciona un foro neutral para la resolución de las posibles contiendas. (Como veremos más adelante, este elemento plantea cuestiones profundas acerca del significado y las posibilidades de la imparcialidad en nuestro mundo). Otra de las ventajas que incorpora el arbitraje deriva de la existencia de un notable instrumento internacional que ayuda a garantizar que los tribunales de los diferentes países respeten y ejecuten los acuerdos y laudos arbitrales: el Convenio de Nueva York de 1958.

Mención específica merece una modalidad de arbitraje que ha suscitado gran controversia: el arbitraje de inversión. Cuando una empresa (o un particular) de un país extranjero realiza una inversión, existe el riesgo de que las autoridades locales ejerzan sus potestades públicas de manera que se reduzca o elimine indebidamente el valor de esa inversión. El Derecho internacional público ha sido movilizado para dar respuesta a este problema, tanto en el plano sustantivo como en el procesal.²

Desde un punto de vista sustantivo, el Derecho internacional ha desarrollado algunas normas consuetudinarias que amparan a los inversores extranjeros. Así, los Estados deben otorgar a los extranjeros plena protección y seguridad, deben dispensarles un trato justo y equitativo, y no pueden expropiar sus propiedades sin pagar una indemnización adecuada. Con carácter complementario, los Estados han suscrito tratados internacionales de diversa índole, que especifican y a menudo amplían el alcance de estos principios. Dos Estados, por ejemplo, pueden firmar un tratado bilateral de protección de las inversiones (TBI) que otorga a los ciudadanos y empresas que sean nacionales de esos Estados un conjunto de derechos, en su calidad de inversores extranjeros. Los Estados también pueden celebrar un tratado más amplio sobre libre comercio, que incluya un capítulo sobre inversiones. Los instrumentos internacionales también pueden ser de carácter

¹ Uno de los tratamientos más completos de este tipo de arbitraje se encuentra en Gary Born, *International Commercial Arbitration* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009).

² Para una visión general, véase Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2012).

multilateral (como es el caso del TLCAN, el MERCOSUR y la Carta de la Energía, por ejemplo).

Desde un punto de vista procesal, el Derecho internacional público presta apoyo a los inversores a través de la creación de un foro en el que pueden ventilar sus disputas con los Estados: el arbitraje de inversión. Lo que ha motivado este desarrollo, en gran medida, es la desconfianza que los tribunales locales despiertan entre los inversores. En este campo, la desconfianza en el sistema judicial doméstico no sólo proviene del hecho de que una de las partes de la controversia (el inversor) es extranjera. También deriva de la circunstancia de que la otra parte es el gobierno (y no un particular). Surge el temor, en efecto, de que el gobierno llegue a presionar a los tribunales nacionales para que resuelvan los pleitos a su favor. Dado que los intereses privados y públicos que están en juego en estas disputas suelen ser muy elevados, el riesgo de parcialidad por parte de los tribunales es especialmente pronunciado.

Existen en el mundo diferentes foros de arbitraje de inversión. El más importante es el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), que fue creado en virtud del Convenio de Washington de 1966, bajo los auspicios del Banco Mundial.³ Esta institución arbitral está abierta a los Estados que hayan ratificado el Convenio. Un inversor puede así presentar una reclamación contra un Estado, ante los órganos de arbitraje que se establecen en el marco del CIADI. También un Estado puede presentar una reclamación contra un inversor, pero ello es muy poco frecuente en la práctica.

Para que un Estado sea llevado a un tribunal arbitral del CIADI, es necesario, naturalmente, obtener el acuerdo de ambas partes. El inversor puede prestar su consentimiento fácilmente, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje. En cuanto al consentimiento del Estado, éste se expresa normalmente antes de que surja la controversia. A veces, el contrato entre el gobierno y el inversor incluye la pertinente cláusula arbitral. Otras veces, el Derecho nacional (una ley, o la propia Constitución) estipula que el Estado se compromete a arbitrar determinados tipos de controversias que puedan surgir en el futuro con motivo de inversiones extranjeras. Lo más frecuente, sin embargo, es que el consentimiento estatal se encuentre recogido en un tratado internacional que el Estado ha suscrito con el otro Estado (el Estado de origen), del que proviene el inversor.

Una de las características más notables del arbitraje del CIADI es que el laudo emitido por los árbitros sólo puede ser revisado por un comité del propio CIADI. Ningún tribunal nacional está autorizado para fiscalizar la validez del laudo. Los tribunales nacionales, además, no pueden negarse a ejecutar el laudo, pues el Convenio de Nueva York de 1958, que enumera algunos motivos para negar la ejecución de un laudo bajo el Derecho nacional, no resulta aplicable aquí. La razón es que el proceso arbitral del CIADI no está anclado en un determinado sistema jurídico nacional, sino que se desarrolla de

³ Acerca de los orígenes del CIADI, véase Antonio R. Parra, *The History of ICSID* (Oxford: Oxford University Press, 2012). Para un análisis detallado del Convenio del CIADI, puede consultarse Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

manera autónoma en el seno del Derecho internacional público. La decisión que se adopta en el marco del CIADI, por ello, es inmune a los controles nacionales.⁴

El arbitraje del CIADI es un ejemplo relevante del proceso de empoderamiento progresivo de los actores privados a través del Derecho internacional público. En el ámbito de los derechos humanos, hemos asistido a la construcción de regímenes jurídicos que reconocen a los particulares el derecho a demandar a un Estado ante un tribunal internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el ejemplo más destacado de ello. Del mismo modo, el Convenio del CIADI ha abierto un foro en el que los actores privados, en su calidad de inversores extranjeros, pueden presentar una reclamación contra un Estado. El órgano internacional que se ha configurado en este ámbito, sin embargo, es de naturaleza arbitral.

Con el telón de fondo de esta información preliminar, pasemos ahora a la teoría de Owen Fiss sobre la adjudicación judicial.

JURISDICCIÓN, ARBITRAJE Y TRANSACCIÓN, EN LA OBRA DE OWEN FISS

En el paisaje jurídico de cualquier Estado moderno encontramos tres instituciones: la jurisdicción, el arbitraje y la transacción. ¿Cómo debemos entender su naturaleza? ¿Qué distingue a cada una de ellas, y cuáles son sus relaciones recíprocas? Según Owen Fiss, es un error sostener que estas instituciones representan diferentes mecanismos para lograr un mismo objetivo: la solución de controversias. Para Fiss, cada institución realiza una función radicalmente diferente. Existe, además, una cierta jerarquía normativa entre ellas. Fiss hace hincapié en la importancia de la jurisdicción en una comunidad política comprometida con el valor de la justicia. A pesar de que Fiss no está verdaderamente "en contra" del arbitraje o de la transacción, quiere asegurar que la jurisdicción ocupe un lugar central en la sociedad, a fin de que se puedan realizar los valores que el Derecho incorpora.

"La jurisdicción", escribe Fiss, "es el proceso social que permite a los jueces dar sentido a los valores públicos".⁵ Los valores públicos a los que se refiere Fiss se expresan en textos legislativos y constitucionales, así como en la jurisprudencia que desarrollan los jueces a través del *common law*. Aunque los

⁴ Si únicamente el Estado receptor o el Estado de origen, pero no ambos, es parte del CIADI, existe entonces la posibilidad de utilizar las *ICSID Additional Facility Rules*, que son de distinta naturaleza. El proceso arbitral se inscribe entonces en un determinado sistema jurídico doméstico. Los tribunales del país que se ha elegido como sede arbitral asumen la competencia para revisar el laudo que se dicte, en virtud de las leyes nacionales. Además, la ejecución del laudo puede ser denegada por los tribunales locales, sobre la base de alguno de los motivos enumerados en el Convenio de Nueva York.

⁵ Owen Fiss, "The Forms of Justice", en Owen Fiss, *The Law As It Could Be* (New York: New York University Press, 2003), p. 3.

jueces son falibles, están sujetos a unos incentivos institucionales que les empujan a interpretar y desarrollar el Derecho en la dirección correcta. La jurisdicción, en efecto, exhibe ciertos rasgos institucionales que llevan a los jueces a ser "objetivos", a buscar el "verdadero significado" de los valores públicos. Fiss insiste en dos aspectos: la obligación del poder judicial de participar en un determinado tipo de diálogo, y la independencia. En cuanto al diálogo, Fiss escribe:

"Los jueces sólo pueden ejercer su poder después de haber participado en un diálogo sobre el significado de los valores públicos. Se trata de un diálogo con cualidades muy especiales: (1) los jueces no tienen el control de su agenda, sino que se ven obligados a enfrentarse a quejas o reclamaciones que de otra manera preferirían ignorar; (2) los jueces no tienen un control total a la hora de determinar quiénes deben ser escuchados; están sujetos a normas que les obligan a oír a un amplio conjunto de personas o portavoces; (3) los jueces están obligados a contestar, a dar respuesta a la queja o reclamación, y deben asumir su responsabilidad individual por la respuesta dada; y (4) los jueces deben motivar sus decisiones".⁶

Este último punto (la necesidad de justificar las decisiones adoptadas) es particularmente importante. Los jueces han de ofrecer las razones en que apoyan sus juicios, razones que deben trascender sus "creencias transitorias". Los valores que los jueces consagran y desarrollan en sus opiniones, en efecto, deben perdurar el tiempo suficiente para que la moralidad pública adquiriera "coherencia interna".⁷

La segunda propiedad institucional que Fiss pone de relieve es la independencia judicial, que presenta tres formas o aspectos diferentes.⁸ El primer aspecto de la independencia judicial es la "distancia con respecto a las partes", y se refiere a la medida en que los jueces son independientes de las partes de la controversia. La segunda forma de independencia es la "autonomía individual", que alude al grado de poder que un juez tiene sobre otro. El tercer aspecto de la independencia es la "insularidad política", que consiste en la independencia del juez con respecto a las instituciones políticas y al público en general.

Según Fiss, el grado adecuado de independencia judicial varía a lo largo de estas tres dimensiones. La independencia entendida como distancia respecto de las partes es inflexible en sus demandas. "Cuanto más independencia respecto de las partes, mejor", escribe.⁹ La segunda dimensión, en cambio, es más matizada. Así, no supone ninguna amenaza a la independencia judicial el que los jueces inferiores sean controlados por los tribunales superiores de apelación a través de los procedimientos ordinarios, o que estén limitados por precedentes anteriores (como sucede en las jurisdicciones del *common law*, por ejemplo). Las formas burocráticas de control, por el contrario, ejercidas por jueces que actúan como órganos

⁶ Ibid., p. 11.

⁷ Ibid., p. 12.

⁸ "The Right Degree of Independence", en Owen Fiss, *The Dictates of Justice. Essays on law and Human Rights* (Dordrecht, Republic of letters, 201), pp. 13-29.

⁹ Ibid., p. 13.

administrativos o disciplinarios, son más problemáticas. Por último, la independencia entendida como insularidad política plantea mayores desafíos, pues la insularidad política es necesaria, pero no debe ser excesiva. Fiss explica:

"Queremos aislar a la judicatura de las instituciones controladas por el pueblo, pero al mismo tiempo reconocemos que deben subsistir ciertos elementos de control político. Debemos acomodar dos valores, no sólo la legitimidad judicial, sino también la soberanía popular. Ello nos obliga a optimizar, pero no a maximizar, esta forma de independencia. A diferencia de lo que ocurre con la independencia entendida como distancia respecto a las partes, no es cierto que, en una democracia, cuanta más insularidad política tengan los jueces, mejor. Lo que necesitamos es el grado justo de insularidad".¹⁰

Fiss enumera algunos modos en que los jueces están sujetos a control político, en los Estados Unidos: los poderes políticos tienen voz en el proceso de nombramientos judiciales; ejercen poder sobre las finanzas de los tribunales; pueden revertir resoluciones judiciales a través de modificaciones legislativas o constitucionales; y pueden crear obstáculos para la ejecución de dichas resoluciones.

En suma, Fiss espera que los jueces hagan un buen trabajo a la hora de interpretar los valores que definen a la comunidad política. Esta expectativa se basa en el tipo de diálogo en que los jueces participan, y en el grado de independencia institucional de la que disfrutan, la cual es compatible con la existencia de controles democráticos sobre el desempeño de los jueces.

Sobre la base de esta teoría, Fiss pasa entonces a argumentar que constituye un error entender que la función judicial consiste en la resolución de contiendas. "La resolución de conflictos puede ser una consecuencia de la decisión judicial", explica, pero el papel del juez es "asignar significado a nuestros valores comunes". El juez hace tal cosa "al aplicar y salvaguardar la integridad de las normas públicas existentes, o al generar nuevas normas".¹¹

En realidad, Fiss sostiene que la resolución de conflictos es un aspecto tan marginal de la tarea jurisdiccional que supone un "uso excesivo de los recursos públicos" que los jueces tengan que conocer de casos en los que no "está amenazado, ni implicado de otro modo, un valor público", como sucede cuando los desacuerdos se limitan a la interpretación de las palabras de un contrato, por ejemplo. En este contexto entra en escena el arbitraje. Fiss sostiene que "parece muy apropiado que tales controversias sean resueltas, no por los tribunales, sino por árbitros."¹² He aquí cómo contrasta arbitraje y jurisdicción:

"El arbitraje es como la jurisdicción en que también busca lo correcto, lo justo, el juicio verdadero. Existe, sin embargo, una diferencia importante entre los dos procesos, una diferencia que surge de la naturaleza del agente que

¹⁰ Ibid., p. 20.

¹¹ "The Forms of Justice", op. cit., p. 25.

¹² Ibid., p. 26.

toma las decisiones: uno es de naturaleza privada, mientras que el otro es de carácter público. Los árbitros son pagados por las partes, elegidos por las partes, y sometidos a un conjunto de prácticas (como la renuencia a escribir opiniones o a generar precedentes) que localizan o privatizan la decisión. La función del árbitro es resolver una contienda. La función del juez, en cambio, debe ser entendida en términos totalmente diferentes: El juez es un funcionario público, pagado con fondos públicos; es elegido, no por las partes, sino por el público o sus representantes; y está facultado para hacer cumplir las normas, y para crear nuevas normas de ámbito general para la sociedad".¹³

En este contexto, Fiss cita un artículo de William Landes y Richard Posner, que distingue dos tipos de servicios que el sistema judicial suministra: la solución de controversias y la formulación de reglas.¹⁴ Landes y Posner argumentan que un mercado privado puede proporcionar el primer servicio, pero no el segundo. La intervención pública, en efecto, es necesaria para producir normas, pues los árbitros privados no tienen los incentivos correctos para hacerlo. El argumento, en pocas palabras, es que los árbitros son pagados por las partes para decidir un determinado caso, y no para pensar profundamente acerca de la norma que debería operar en general. En realidad, los árbitros pueden temer que si formulan una regla clara tendrán menos probabilidades de ser contratados como árbitros en disputas posteriores, pues tal regla puede perjudicar a una clase de personas que son clientes potenciales. Incluso si los árbitros formularan reglas "equilibradas", su efecto sería la reducción de futuros litigios. Y sucede que los árbitros no están particularmente interesados en este efecto, pues quieren más negocio arbitral, no menos. Así que no podemos esperar que los árbitros nos aporten mucho en términos de producción de precedentes, los cuales, técnicamente, son "bienes públicos". (Un precedente crea externalidades positivas para personas que no han contribuido nada al proceso en virtud del cual se ha generado el precedente).

Es interesante observar, en este punto, que Fiss se muestra crítico con la teoría de la jurisdicción de Lon Fuller, que se basa en el axioma de la participación individual: a la parte afectada se le da la oportunidad de presentar pruebas y argumentos razonados ante un tribunal, para lograr una decisión a su favor. Fiss argumenta que una de las consecuencias de la concepción individualista de Fuller, si se toma en serio, es que sería inaceptable que los tribunales crearan normas públicas a través de precedentes vinculantes. Un precedente, a fin de cuentas, vincula a litigantes futuros que no han sido oídos por el tribunal que establece el precedente. Para que fuera legítima, la función jurisdiccional tendría que verse reducida a una especie de arbitraje. Fiss comenta: "No es mera casualidad que Fuller ejerciera como árbitro durante una gran parte de su vida profesional".¹⁵

¹³ Ibid., p. 26.

¹⁴ William M. Landes y Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", 8 *Journal of Legal Studies*, 235 (1979).

¹⁵ "The Forms of Justice", op. cit., p. 36. Naturalmente, Fuller aceptaba que la producción y el desarrollo de normas forman parte de la tarea judicial. Sería incorrecto leer a Fuller en el sentido de que suscribía la tesis de que la única función de los jueces es resolver disputas. Una reconstrucción convincente de la concepción de

El arbitraje, por último, debe distinguirse de la transacción. En su influyente artículo "Against Settlement", Fiss argumenta que la sociedad paga un precio cuando las partes alcanzan un acuerdo extrajudicial. Pues puede muy bien ocurrir que las partes que transigen "dejen la justicia sin realizar".¹⁶ Esta desviación de la justicia es a menudo consecuencia del desigual poder de negociación del que disfrutaban las partes, dada la disparidad de recursos con los que cuentan. Una transacción puede alejarse considerablemente de la decisión que los jueces habrían adoptado.

Así, en el mundo jurídico de Owen Fiss, existe una diferencia notable entre el arbitraje y la transacción: el arbitraje está orientado a la correcta interpretación y aplicación del Derecho, cosa que no ocurre con la transacción. Pero existe un rasgo común que une a estas dos instituciones jurídicas: en ambos casos no se crean normas públicas (jurisprudencia); simplemente se resuelven las controversias específicas.

En lo que sigue, me propongo examinar algunas cuestiones relativas al arbitraje a la luz de la teoría general de Owen Fiss. En particular, quiero centrarme en la conexión entre el arbitraje, la construcción de un sistema de precedentes, y los controles democráticos que los poderes políticos deben poder ejercer. A estos efectos, es fundamental trazar una distinción entre el arbitraje de Derecho privado (nacional o internacional) y el arbitraje de inversión.

ARBITRAJE, PRECEDENTES Y CONTROLES DEMOCRÁTICOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

Resulta bastante incontrovertido que, para que se desarrolle un sistema de precedentes a partir de un conjunto de decisiones, deben cumplirse varias condiciones: a) las decisiones deben estar expresadas en resoluciones escritas y motivadas; b) esas resoluciones deben publicarse; y c) debe existir un órgano central con capacidad para armonizar las interpretaciones discordantes de los diferentes decisores. ¿Satisface el arbitraje estas condiciones?

Con respecto al primer requisito, es importante observar que las cosas han evolucionado de forma significativa. Durante largo tiempo, muchos laudos arbitrales no estaban motivados: los árbitros no indicaban las razones en que fundaban su decisión. Cabría considerar que ello representaba una ventaja: en los casos en que las razones a favor y en contra de las posiciones jurídicas defendidas por las partes parecían conducir a un empate, los árbitros podían optar fácilmente por los juicios "salomónicos". Jon Elster ha argumentado que forma parte del proceso de madurez de la razón reconocer sus propias limitaciones. Debemos ser conscientes de que tenemos una adicción a la razón que necesita ser mantenida bajo control. Cuando los costes que comporta la

Fuller se encuentra en Robert G. Bone, "Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy between Dispute Resolution and Public Law Models of Adjudication", 75 *Boston University Law Review*, 1273 (1995).

¹⁶ "Against Settlement", en Owen Fiss, *The Law As It Could Be*, op. cit., p. 101.

búsqueda de más razones exceden claramente a los beneficios, el curso de acción más racional es "resistir a las sirenas de la razón."¹⁷ Quizás se consideró que el arbitraje era un espacio propicio para este tipo de racionalidad.

Lo cierto, sin embargo, es que la tendencia que se aprecia en la mayoría de jurisdicciones va en la dirección de que los laudos arbitrales figuren en opiniones escritas que proporcionen razones. (De hecho, las leyes de muchos países lo exigen). Los Estados Unidos se han sumado a esta tendencia general en la esfera del arbitraje comercial internacional, si bien los laudos sin motivar (los "naked awards") son todavía muy comunes en el ámbito puramente doméstico. Alan Rau ha sostenido, de forma interesante, que la preferencia estadounidense por laudos sin motivar se explica por el hecho de que los abogados estadounidenses son bastante escépticos acerca de la capacidad de las razones para constreñir a los jueces. Son más escépticos que sus homólogos europeos, argumenta. La formación jurídica estadounidense "ha perfeccionado con tanto cuidado las habilidades en la deconstrucción de las opiniones judiciales, y con tanto trabajo nos ha entrenado [a los estadounidenses] a desacreditar su poder explicativo, que ya no podemos creer que la presencia de opiniones sea un elemento indispensable de una decisión justa".¹⁸ Esta afirmación, por supuesto, resulta perturbadora para cualquiera que trabaje en la tradición Fissiana.

En cualquier caso, incluso si los árbitros suministran razones en sus laudos, no están en condiciones de contribuir a la construcción de un sistema de precedentes, pues el segundo requisito mencionado antes (la publicidad) no se cumple. En el ámbito del Derecho privado, en efecto, la publicidad es claramente excepcional. Tengamos en cuenta que son a menudo razones de confidencialidad las que llevan a las partes a preferir el arbitraje frente a la adjudicación.¹⁹

Tampoco resulta satisfecha la tercera condición. Los árbitros pueden pertenecer a una red informal, pero no están organizados en una estructura jerárquica. No hay ningún tribunal arbitral en el vértice del sistema que zanje las controversias interpretativas que puedan surgir entre ellos.

Si ello es así, la pregunta entonces es si deberíamos estar preocupados por el "déficit de precedentes" que exhibe el proceso arbitral. En general, la respuesta es negativa. La comunidad política no debe inquietarse ante la escasa producción de reglas jurisprudenciales por parte de los árbitros, pues los tribunales ordinarios están intensamente ocupados con miles de asuntos en

¹⁷ Jon Elster, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), p. 117.

¹⁸ Alan Scott Rau, "On Integrity in Private Judging", 14 *Arbitration International*, 115 (1998), p. 148.

¹⁹ Mark Weidemaier, en "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", 51 *William and Mary Law Review*, 1895 (2010), p. 1921, señala que la publicación de los laudos no es estrictamente necesaria: su accesibilidad puede ser suficiente. Así, en los sistemas en que unos pocos árbitros captan gran parte del negocio arbitral, los laudos pueden ser tenidos en cuenta por los árbitros, aunque no se publiquen. Esta situación, sin embargo, es muy extraordinaria.

los que se plantean todo tipo de cuestiones jurídicas. Los tribunales tienen sobre sus mesas de trabajo un volumen suficiente de controversias para producir precedentes a partir de ellas. En casi todos los campos, el arbitraje no priva a los jueces de la materia prima necesaria.²⁰

En realidad, es potencialmente ventajoso que los árbitros puedan resolver los casos sin la "carga" de contribuir a un sistema de precedentes: pueden sentirse más dispuestos a ensayar nuevas soluciones a los problemas jurídicos, en la medida en que los efectos de sus decisiones están limitados a las controversias específicas y no vinculan, por ello, a otros decisores. Las nuevas soluciones, por otra parte, no pueden ser aniquiladas inmediatamente por los tribunales de justicia, ya que los criterios que estos últimos aplican cuando revisan la validez de los laudos suelen ser bastante relajados. Por consiguiente, se abre un espacio para que los árbitros experimenten con nuevos enfoques. Es posible que los tribunales ordinarios los acaben haciendo suyos. (Además, por supuesto, el Derecho generalmente permite a las partes estipular que los árbitros decidan los casos, no conforme a la ley, sino a la luz de nociones generales de justicia y equidad: *ex aequo et bono*).

Los árbitros, pues, pueden inclinarse a veces por soluciones que difieren de las que habrían adoptado los tribunales. Ello no es criticable en sí mismo. Lo que importa es que el proceso arbitral se estructure en la dirección de la justicia. En palabras de Owen Fiss, los árbitros deben "buscar lo correcto, lo justo, el juicio verdadero".

Pues bien, a la luz de este objetivo, ¿cómo debemos valorar el proceso arbitral, en términos de su independencia? Recordemos que, en lo tocante a los jueces, Fiss distingue entre la distancia con respecto a las partes, que debe ser absoluta, y la insularidad política, que debe ser óptima, pero no máxima. ¿Qué bien o mal parado sale el arbitraje, si aplicamos esta distinción?

La primera forma de independencia (la distancia con respecto a las partes) es estructuralmente más débil en el arbitraje que en la jurisdicción, pues mientras que las partes no designan a los jueces, sí nombran a los árbitros. ¿Debe ser ello motivo de preocupación?

En este punto, se ha desarrollado un debate en los últimos tiempos, en relación con los tribunales de arbitraje tripartitos. La práctica general es que cada parte designe a un árbitro de manera unilateral, mientras que el tercer árbitro (el árbitro presidente) es nombrado conjuntamente por las partes, o por los dos co-árbitros. Aunque los tres árbitros tienen normalmente el deber jurídico de ser imparciales, los críticos sostienen que los árbitros que se seleccionan de forma unilateral están sesgados a favor de la parte que ha hecho el nombramiento. Sólo el presidente del tribunal puede exhibir una auténtica neutralidad. Es verdad, según reconocen los críticos, que si una de las partes nombra a un árbitro claramente sesgado, sus posibilidades de

²⁰ Un estudio realizado en los Estados Unidos por Christopher Drahozal, por ejemplo, concluyó que "sólo en unas áreas relativamente limitadas parece darse el caso de que el arbitraje pudiera sacar todos los asuntos de los tribunales". Véase Christopher R. Drahozal, "Is Arbitration Lawless?", 40 *Loyola of Los Angeles Law Review*, 187 (2006), p. 210.

victoria se reducen, ya que el presidente se mostrará escéptico sobre la solidez de los argumentos de esa parte. Pero incluso si existen incentivos para que las partes eviten el partidismo extremo en sus nombramientos, el grado de objetividad de los co-árbitros puede ser demasiado bajo. Quienes defienden el sistema actual distinguen a veces entre parcialidad y simpatía: los co-árbitros, según ellos, no deben ser "parciales" con respecto a la parte que los designó, pero sí pueden tener "simpatía" por sus intereses o puntos de vista. Los críticos responden que esta sutil distinción no es sostenible en la práctica.²¹

Jan Paulsson, un destacado árbitro y profesor, se ha sumado a los detractores del sistema en este punto. Propone poner fin a la práctica de los nombramientos unilaterales. Todos los árbitros, sostiene, deberían ser designados por las partes de forma conjunta. Si no logran ponerse de acuerdo, debe entonces intervenir una institución arbitral neutral.²² Si se introdujera esta reforma, la independencia de los árbitros se elevaría. Además, argumenta Paulsson, se enriquecería también la diversidad profesional del tribunal, pues los árbitros podrían ser elegidos en función de sus áreas de especialización complementarias, en lugar de su simpatía hacia la parte que los nombra.²³

De hecho, se puede extender este último argumento y afirmar que sería aconsejable contar con un jurista de formación generalista como árbitro, a fin de que interactuara con los expertos más especializados. Estos últimos, en efecto, pueden ser víctimas de "cognitive loafing", es decir: pueden ser reacios a pensar críticamente sobre sus estrechas concepciones y presupuestos, a la luz de principios más generales. (Se ha sostenido que las agencias administrativas, por ejemplo, padecen de este sesgo).²⁴ Además, en la medida en que la "doctrina de la separabilidad" faculta a los árbitros para pronunciarse sobre la validez del contrato, el tribunal arbitral debería incluir a un jurista con la formación jurídica necesaria en Derecho contractual general.

Por ello, eliminar los nombramientos unilaterales, como sugiere Paulsson, parece una medida adecuada, desde una perspectiva Fissiana: la imparcialidad del tribunal arbitral se vería fortalecida, y su capacidad epistémica para rastrear la verdad jurídica se vería reforzada.

Pasemos ahora a la otra cara de la moneda: la independencia entendida como insularidad política. En sus reflexiones acerca de los tribunales, Fiss insiste en que la independencia con respecto a los poderes políticos debe ser óptima, pero no máxima. En este sentido, resulta que los árbitros son *más independientes* que los jueces, pues algunos de los instrumentos que las instituciones políticas pueden emplear para controlar a los tribunales no son aplicables frente a los árbitros. En particular, dichas instituciones no tienen voz en los procesos de nombramientos de los árbitros, ni pueden controlar las

²¹ Para una crítica de esta distinción, véase Alan Scott Rau, "On Integrity in Private Judging", op. cit., pp. 230-231.

²² Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2013), pp. 153-166, y 276-283.

²³ Ibid., p. 280.

²⁴ Véase Mark Siedenfeld, "Cognitive loafing, social conformity, and judicial review of agency rulemaking", 87 *Cornell Law Review*, 486 (2002).

finanzas arbitrales. Tienen la posibilidad, sin embargo, de intervenir a través del proceso legislativo. ¿Deberían hacerlo?

En la medida en que los árbitros no producen jurisprudencia, no es realmente necesario que se ejerza sobre ellos un control democrático a través de la legislación. Los árbitros generalmente siguen el Derecho promulgado por los poderes políticos, según la interpretación y aplicación realizada por los tribunales comunes. A lo que las instituciones políticas deben prestar atención, por lo tanto, es al cuerpo de precedentes generados por los jueces. Incluso si, como hemos visto anteriormente, los árbitros ensayan a veces nuevas soluciones a problemas jurídicos, las instituciones democráticas no tienen por qué interferir. Deben esperar y ver en qué dirección elaboran los tribunales sus doctrinas, en diálogo con los desarrollos arbitrales. Si los tribunales finalmente abrazan la nueva interpretación jurídica formulada por algunos árbitros, los órganos políticos pueden entonces hablar a través de los mecanismos legislativos habituales.

Por supuesto, si los árbitros se desvían de normas de Derecho imperativo (es decir, de aquellas normas sobre las que las partes no pueden disponer, por razones de orden público), los poderes políticos deben preocuparse. En tales casos, existen buenas razones para que los tribunales puedan anular los laudos. Una pregunta importante, en la que no puedo entrar aquí, es la relativa al grado de deferencia con la que los jueces deberían revisar los laudos. La respuesta, a mi juicio, es contextual. Debemos tener en cuenta que tanto el arbitraje como la jurisdicción son instituciones imperfectas. Los criterios de revisión que deben ser utilizados por los tribunales deben estar basados en un análisis institucional comparado. Qué tipo de procedimiento han seguido los árbitros, por ejemplo, es importante a los efectos de determinar el grado de control judicial sobre la decisión a la que han llegado.²⁵

Conviene poner de relieve que la división del trabajo entre árbitros y jueces que he descrito aquí es básicamente la misma, tanto si las contiendas entre las partes son puramente nacionales, como si están ligadas a una transacción internacional. De hecho, el arbitraje comercial internacional es "internacional" sólo en el sentido de que la transacción o la disputa está conectada a dos o más países. Pero las partes suelen seleccionar el Derecho sustantivo de un determinado país para regir el contrato. Y es que resulta demasiado arriesgado someter el contrato a los principios vagos de la *lex mercatoria* internacional. Es mejor optar por el cuerpo más desarrollado y maduro de leyes que los distintos Estados han producido.²⁶ En consecuencia, los árbitros que se ocupan de las transacciones internacionales normalmente aplican el conjunto de leyes promulgadas por una concreta comunidad política.

²⁵ Daniel Markovits ha sostenido, en este sentido, que si el papel de los árbitros se limita a integrar las lagunas de un contrato, cualquier procedimiento elegido por las partes será aceptable. Si, en cambio, los árbitros han de desempeñar una función jurisdiccional que abarca derechos no disponibles, ciertas garantías procesales deben ser entonces observadas. Véase "Arbitration's Arbitrage: Social Solidarity at the Nexus of Adjudication and Contract", 59 *DePaul Law Review*, 431 (2009-2010), pp. 469-487.

²⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 2236-2237.

En suma, en el ámbito del Derecho privado, no cabe esperar que los árbitros alumbren precedentes. No hay razón para inquietarse ante este déficit, sin embargo. El grado de independencia de los árbitros, en cuanto a su distancia con respecto a las partes, es susceptible de mejora, pero su alto nivel de insularidad política no es objetable.

ARBITRAJE, PRECEDENTES Y CONTROLES DEMOCRÁTICOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE INVERSIONES

El panorama cambia significativamente, sin embargo, en el campo del arbitraje de inversión. Aquí no nos encontramos con un parlamento u organismo regulador encargado de la producción de normas específicas. El Derecho en el ámbito de las inversiones está integrado por tratados internacionales y normas consuetudinarias que generalmente encarnan principios muy abiertos (como el que obliga a los Estados a dispensar a los extranjeros un "trato justo y equitativo"). Los miles de tratados que han visto la luz en este sector incorporan, en general, los mismos principios. Ello tiene la ventaja de generar "efectos de red". Como ha explicado Santiago Montt, los Estados se benefician de las economías de escala derivadas de la existencia de un régimen global basado en tratados que emplean los mismos términos sustantivos. El primer tratado que se firma es un documento esotérico que nadie sabe cómo va a funcionar. Según va aumentando el número de tratados, la práctica que se desarrolla bajo uno de ellos tiene repercusiones sobre la práctica general.²⁷

Ahora bien, no contamos con un poder judicial permanente que pueda generar la jurisprudencia necesaria para especificar el significado de los principios abstractos que amparan a los inversores extranjeros. La Corte Internacional de Justicia, en particular, no es relevante para estos fines, dado su papel muy marginal en este ámbito.

El arbitraje, por ello, se ha convertido en el centro de gravedad del sistema. Existen presiones para que los árbitros entiendan que su papel incluye la elaboración de doctrinas jurídicas, pues existe un vacío jurídico que debe ser llenado. De hecho, la mayoría de los laudos arbitrales en materia de inversiones se publican. Los laudos están siempre motivados. Y los árbitros los toman regularmente en cuenta en casos sucesivos. Ha surgido así, gradualmente, un sistema de precedentes, pero se trata de un sistema débil, ya que no se ha instaurado un tribunal arbitral central con capacidad para unificar la interpretación del Derecho.²⁸

Parecería, pues, que debe ser bienvenida cualquier iniciativa para fortalecer la capacidad del proceso arbitral para producir precedentes en este terreno. Ahora bien, nos enfrentamos aquí con un problema. El régimen arbitral

²⁷ Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration* (Oxford: Hart Publishing, 2009), p. 109.

²⁸ Véase Gabrielle Kaufman-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", 23 *Arbitration International*, 357 (2007), pp. 368-373.

vigente ha sido criticado por su supuesta parcialidad a favor de los inversores. Se ha objetado, concretamente, que los árbitros designados en el marco del CIADI están interpretando y aplicando los principios abstractos que protegen a los inversores de manera excesivamente favorable a estos últimos. En consecuencia, los gobiernos democráticos ven injustificadamente reducida su capacidad para regular materias de interés público (para proteger el medio ambiente, por ejemplo). En apoyo de su objeción, algunos estudiosos han argumentado que las doctrinas elaboradas por los árbitros son el fruto inevitable de una estructura institucional que está sesgada a favor de los inversores. Los árbitros, afirman los detractores, están interesados en hacer del CIADI un foro atractivo para el arbitraje. Cuantos más casos sean llevados al CIADI, más negocio y dinero van a recibir los árbitros. Dado que, en la práctica, los inversores son los únicos demandantes, deben ser bien tratados por los árbitros. Los jueces, en cambio, tienen más probabilidades de ser equilibrados en su interpretación de la ley, pues sus futuros salarios no dependen de quién gane los casos.²⁹

Desde una perspectiva Fissiana (firmemente comprometida con la independencia judicial, entendida como distancia respecto de las partes), esta objeción, de ser correcta, sería fatal para la legitimidad del régimen arbitral vigente. Existen razones, sin embargo, para proyectar algunas dudas sobre la objeción. En primer lugar, es cierto que los árbitros tienen un incentivo para que el arbitraje resulte atractivo para los inversores. Pero también tienen un contra-incentivo para que los Estados no se sientan frustrados con el sistema, que no deja de ser relativamente frágil. Los Estados siguen siendo los actores más poderosos en el régimen internacional. En segundo lugar, la práctica general es que sólo uno de los árbitros sea designado por el inversor. El otro es elegido por el Estado que es parte en la controversia, mientras que la designación del tercer árbitro es objeto de acuerdo. Los árbitros no pueden mostrarse muy hostiles a los intereses del Estado, si quieren mantener o aumentar las oportunidades de ser contratados en el futuro. (Un equilibrio similar se produce si todos los árbitros son nombrados conjuntamente por el Estado y el inversor). En tercer lugar, la evidencia disponible indica que los inversores no tienen éxito en un gran porcentaje de asuntos, y que el importe de la indemnización que obtienen, cuando ganan, suele ser mucho menor de lo reclamado.³⁰

Ciertamente, hay margen para la crítica, y para introducir mejoras en los enfoques doctrinales que siguen los árbitros. Así, puede ser necesaria una articulación más sofisticada de los criterios a aplicar por parte de los árbitros, cuando se trata de determinar la validez de diferentes medidas

²⁹ Una objeción de este tipo la desarrolla Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 172-175. Este autor, sin embargo, parece sugerir que existe un problema de “apariencia de sesgo” (p. 173), pero no necesariamente un sesgo real. Concede que la mayoría de los laudos son equitativos y equilibrados (p. 174).

³⁰ Un estudio, por ejemplo, halló que el 57,7% de los laudos emitidos fueron favorables a los gobiernos, y no a los inversores. Véase Susan Franck, “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration”, 86 *North Carolina Law Review*, 1 (2007), p. 49.

gubernamentales.³¹ Y es imperativa una mayor sensibilidad de los árbitros hacia el Derecho constitucional y administrativo de los sistemas jurídicos más avanzados.³² Pero las críticas basadas en la teoría del sesgo estructural son más bien débiles.

Pasemos ahora al otro aspecto de la independencia, la insularidad política. A la luz de la teoría de Owen Fiss, la independencia arbitral debe ser compatible con la existencia de mecanismos que permitan a los poderes políticos influir o reorientar el cuerpo de jurisprudencia que los árbitros elaboren (aunque sea imperfectamente). ¿Qué medios están a disposición de las instituciones democráticas para formular sus aportaciones al proceso interpretativo? Existen dos posibilidades que debemos explorar aquí.

a) El arbitraje entre Estados

Una primera posibilidad, que está muy poco desarrollada en la práctica, consiste en que los gobiernos democráticos expresen sus puntos de vista en el marco de procedimientos de arbitraje entre Estados, procedimientos que están desligados de las controversias específicas que puedan surgir entre los inversores y esos gobiernos.³³ Así, dos Estados que suscriben un tratado de inversión pueden incluir una cláusula que remite a arbitraje cualquier diferencia de interpretación que pueda aflorar entre ellos en relación con el tratado. Si se solicita la intervención de un tribunal arbitral, éste emitirá un dictamen abstracto acerca de las disposiciones que han desencadenado el desacuerdo entre los Estados. La resolución dictada en este proceso es vinculante para los árbitros que tengan que adjudicar los conflictos específicos entre los inversores y los gobiernos.

El arbitraje entre Estados es potencialmente útil, no sólo para aclarar la interpretación del tratado, en respuesta a las opiniones contradictorias de los diferentes árbitros en casos específicos, sino también con el fin de canalizar o reorientar las doctrinas más coherentes que estos últimos pueden haber elaborado. Presumiblemente, el tribunal que juzga la disputa interpretativa entre los Estados fijará una interpretación del tratado que *se moverá dentro del espectro de lecturas defendidas por esos Estados*.

Una característica importante que merece ser destacada es que el arbitraje entre Estados es un procedimiento “abstracto” que no está ligado a casos particulares. La abstracción aporta aquí varias ventajas.³⁴ La primera de

³¹ Sobre ello, véase Stephan W. Schill, “Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review”, 3 *Journal of International Dispute Settlement*, 577 (2012).

³² Así lo argumenta Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 373.

³³ Para una defensa interesante de este tipo de procedimiento, véase Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority” (5 de noviembre de 2013, no publicado).

³⁴ Los argumentos desarrollados aquí son similares a los que se pueden esgrimir en el plano interno para justificar el establecimiento de procedimientos de control abstracto de las leyes bajo la Constitución. Me he ocupado de ellos en mi libro,

ellas es la uniformidad en la aplicación de la ley. Al tribunal que se pronuncia en el procedimiento abstracto se le pide que establezca una regla general que vinculará a los árbitros que decidan casos futuros. Se asegura así la igualdad de trato entre los inversores (con independencia de su nacionalidad).

Además de esta igualdad, la abstracción genera un mayor nivel de objetividad. El tribunal que resuelve en abstracto no sabe exactamente cómo favorecerá o perjudicará la regla que finalmente sienta, a los concretos inversores o Estados en las controversias específicas que estallen en el futuro (en el marco de un tratado relativamente estable). Al interpretar el tratado, el tribunal puede ser más o menos favorable a los Estados como clase, o a los inversores como clase, pero no a un concreto Estado en un caso, o a una específica empresa en otro. La abstracción funciona técnicamente como un velo de la ignorancia. Es cierto que el tribunal se puede tener que pronunciar sobre una cuestión que es relevante para un caso pendiente. A fin de reforzar la objetividad, el pronunciamiento debería tener entonces efectos prospectivos únicamente.³⁵

La abstracción también está relacionada con una aproximación sistemática a los problemas jurídicos. Como ha sostenido Owen Fiss en el contexto constitucional, los tribunales deben tener en cuenta los intereses de las muchas personas que se ven afectadas por una decisión, y no sólo los intereses de los litigantes. Con referencia a las prestaciones sociales del Estado de bienestar, Fiss ha escrito:

"Debido a que establece una norma para toda la nación e invoca la autoridad de la Constitución, el Tribunal necesariamente debe ocuparse de la suerte de millones de personas, que impactan en el sistema de prestaciones sociales de múltiples maneras: algunos están en el sistema, otros quieren estar en él, a algunos se les niegan prestaciones, otros se encargan de dispensarlas, algunos crean y administran el sistema, otros lo pagan. Por consiguiente, la perspectiva del Tribunal debe ser sistemática, no anecdótica. El Tribunal no debe centrarse en la difícil situación en la que se hallan cuatro o cinco familias, o incluso veinte familias, sino que debe tener en cuenta el sistema de bienestar social en su globalidad, que es una compleja red que abarca a millones de personas y a un conjunto de instituciones burocráticas y políticas." ³⁶

Problemas parecidos pueden manifestarse en el ámbito de las inversiones. Supongamos que un inversor alega que la restricción impuesta por el gobierno sobre sus derechos de propiedad, con el fin de proteger el medio ambiente, no estaba justificada, ya que el Estado podría haber actuado de otra manera para lograr sus objetivos. Otros inversores formulan el mismo argumento. Supongamos, sin embargo, que el Estado podría haber actuado de otra manera en un puñado de casos solamente, pero no en todos los casos de modo conjunto, ya que carece de los recursos necesarios. Es deseable, pues, una mirada sistemática al problema, a través de un procedimiento abstracto. La

Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective (New Haven: Yale University Press, 2009), pp. 66-70.

³⁵ Anthea Roberts, "State-to-State Investment Treaty Arbitration", op. cit., p. 52.

³⁶ Owen Fiss, "Reason v. Passion", en *The Law As It Could Be*, op. cit., pp. 218-219.

acumulación de laudos inconexos, dictados en los distintos casos específicos, puede llevar a un resultado que no es óptimo.³⁷

Otra ventaja que presenta un sistema que incluye un procedimiento abstracto como el que estamos examinando es la siguiente: los expertos designados para abordar la cuestión interpretativa abstracta pueden ser diferentes de los expertos encargados de la tarea de decidir los litigios particulares entre inversores y gobiernos. Una contienda sobre la construcción de un puente, por ejemplo, puede requerir el nombramiento de especialistas que estén familiarizados con ciertas complejidades fácticas, las cuales no están presentes cuando se suscita en abstracto un problema interpretativo. O, como afirma Anthea Roberts, el tipo de problemas interpretativos que plantean los tratados pueden ser fácilmente resueltos por expertos en Derecho internacional público, mientras que las cuestiones de interpretación que brotan en una controversia concreta pueden ser abordadas de manera más adecuada por juristas con una sólida formación en Derecho mercantil.³⁸

b) Modificaciones de los tratados, notas interpretativas, y nuevos tratados

Los Estados pueden intervenir en el proceso interpretativo de un modo más directo: modificando el tratado, a fin de especificar el significado de las disposiciones textuales que habían suscrito originariamente. Como “dueños de los tratados”, los Estados pueden introducir las modificaciones necesarias para aclarar su voluntad, si están en desacuerdo con el contenido que los árbitros han atribuido a los términos originales.

Una posibilidad alternativa, menos engorrosa, es la siguiente: algunos tratados prevén la creación de una comisión, integrada por representantes de los Estados parte, que tiene atribuida la facultad de emitir notas interpretativas acerca del correspondiente tratado. Dichas notas son vinculantes para los árbitros.³⁹

Estas dos posibilidades, por supuesto, requieren el consentimiento de los Estados parte. En los tratados multilaterales, no es fácil que todos los Estados se pongan de acuerdo en cuanto a la forma en que deben leerse y aplicarse los principios abstractos que incluyeron en el tratado.

Lo que resulta más fácil es que los Estados expresen su opinión en nuevos tratados, cuando los anteriores llegan a su fin, con lo que ayudan a definir nuevas tendencias jurídicas en el sector de las inversiones. En este sentido, conviene apuntar que se ha producido un desarrollo interesante en esta materia: En el pasado, las poderosas naciones exportadoras de capital tendían a presionar a los países importadores de capital, más débiles, para que

³⁷ Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration”, op. cit, p. 56, nota 308.

³⁸ Ibid., pp. 51-54.

³⁹ La *Free Trade Commission* del TLCAN es un ejemplo destacado. Véase el artículo 1131 del TLCAN. Así, el 31 de julio de 2001, la Comisión emitió una nota interpretativa “en respuesta” a la interpretación efectuada por los árbitros en el asunto *Metalclad v. Mexico*.

ratificaran tratados internacionales que eran muy protectores de los intereses de los inversores. En la actualidad, sin embargo, el contraste entre los dos grupos de Estados es menos acusado. Los Estados se encuentran hoy, más a menudo que en el pasado, en una posición dual: son tanto exportadores como importadores de capital. Están interesados en la protección de sus nacionales cuando éstos invierten en el extranjero, pero también están interesados en la salvaguardia de su capacidad gubernamental para regular materias de interés público, cuando reciben inversiones extranjeras. Ello ha desembocado en una regulación más equilibrada de las garantías de los inversores recogidas en los nuevos tratados. (La evolución en los Estados Unidos, en cuanto a su modelo de TBI, es muy reveladora. Los modelos de 2004 y de 2012 son más matizados que el anterior modelo de 1987).⁴⁰ Así pues, aunque los Estados no pueden modificar fácilmente los tratados existentes, pueden adoptar otros nuevos, y reemplazar gradualmente los tratados anteriores conforme éstos van expirando.

En definitiva, los Estados tienen diferentes posibilidades para frenar los poderes interpretativos de los árbitros, y para desarrollar el Derecho en nuevas direcciones.

El principal problema al que nos enfrentamos, sin embargo, es que los gobiernos entran en este escenario internacional con un doble gorro. A veces llevan el gorro de litigante, cuando se ven involucrados en una disputa con un inversor. Otras veces, llevan el gorro democrático, cuando expresan la voluntad de los ciudadanos a nivel nacional y llevan esta voluntad a una conversación colectiva más amplia en el plano internacional. Esta doble función desencadena una profunda tensión en el sistema.

Por un lado, en la medida en que los gobiernos son parte en un litigio, el sistema quiere proteger la independencia de los árbitros. Una de las ventajas del arbitraje de inversión en su configuración actual es que las controversias entre los inversores y el Estado receptor no tienen por qué dañar las relaciones políticas entre este último y el Estado de origen. Con tal fin, el Estado de origen se abstiene de participar en el procedimiento arbitral en apoyo del inversor.⁴¹ En general, cuanto menos politizada esté la atmósfera arbitral, tanto mejor.

Por otra parte, es deseable someter a los árbitros a algunas restricciones democráticas. Como sostiene Owen Fiss en relación con los tribunales, no es deseable que su insularidad política sea máxima. Ahora bien, una de las características más destacadas de nuestro mundo es que no hay una comunidad política que pueda controlar a los tribunales internacionales. No existe ningún "demos" global. En el contexto de la discusión acerca de los tribunales internacionales que se ocupan de violaciones de derechos humanos,

⁴⁰ Acerca de esta tendencia, véase José E. Alvarez, *The Public International Law Regime Governing International Investment* (Hague Academy of International Law, 2011), pp. 143-176.

⁴¹ De acuerdo con el Convenio del CIADI, el inversor que acude al arbitraje renuncia a la protección diplomática de su Estado. Sólo si el laudo no es respetado por el Estado receptor puede el Estado de origen ejercer entonces dicha protección. Véase el artículo 27 del Convenio del CIADI.

Fiss ha observado que no hay instituciones democráticas a las que dichos tribunales deban responder.⁴² "Puede haber mecanismos para hacerlos responsables, pero no a un demos".⁴³ En ausencia de una auténtica comunidad política en el plano internacional, *son básicamente los gobiernos de los diferentes Estados quienes pueden expresar puntos de vista democráticos*.

De modo que el carácter dual de los gobiernos (como litigantes y como voces democráticas) genera una fricción sistémica que no puede ser eliminada fácilmente. Los diversos mecanismos que existan para controlar la actuación de los árbitros siempre operarán en un terreno inestable, hasta que las condiciones que caracterizan la estructura política de nuestro mundo experimenten una profunda transformación en una dirección supranacional.

UNA COMUNIDAD DE IGUALES Y EL ARGUMENTO DEL FORO NEUTRAL

Un último tema de la obra de Owen Fiss que quiero explorar en relación con el arbitraje se refiere al papel de los tribunales a la hora de garantizar los derechos de los ciudadanos extranjeros. En su ensayo "The Immigrant as Pariah", Fiss se centra en los inmigrantes, pero lo que dice es de relevancia más general.⁴⁴

Fiss argumenta que los extranjeros están amparados por la Constitución de los Estados Unidos, ya que el principio de igualdad que la Decimocuarta Enmienda anuncia se extiende a todas las personas, y no sólo a los ciudadanos.⁴⁵ En virtud de este principio igualitario, que Fiss lee a la luz de su teoría sobre la subordinación de grupos, el gobierno no puede imponer privaciones sociales a los inmigrantes, aunque hayan entrado ilegalmente en el país. La facultad de excluir a los extranjeros en las fronteras no implica la facultad de subordinar a quienes han logrado cruzarlas. Fiss acepta que están justificadas algunas diferencias entre los ciudadanos y los extranjeros (a los extranjeros se les puede negar el derecho de voto, por ejemplo). Pero las personas no pueden ser privadas de los derechos sociales y económicos que resultan necesarios para que no se conviertan en parias.

Dada su vulnerabilidad política, Fiss mantiene que los inmigrantes necesitan la ayuda de los tribunales. De hecho, el poder judicial debe "examinar con un grado saludable de escepticismo la obra de los órganos representativos, en la medida en que afecte a los inmigrantes".⁴⁶ Fiss admite que no hay ninguna garantía de que los tribunales vayan a llevar a cabo correctamente esta tarea. Pueden fallar de múltiples maneras. Pero cree que tenemos razones para esperar que algo harán en la buena dirección.

⁴² "The Autonomy of Law", en *The Dictates of Justice*, op. cit., pp. 31-41.

⁴³ Ibid., p. 39.

⁴⁴ Este ensayo se incluye en Owen Fiss, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans* (Boston: Beacon Press, 1999), pp. 3-21.

⁴⁵ Ibid., p. 7.

⁴⁶ Ibid., p. 20.

Pues bien, es interesante indicar que una de las justificaciones más habituales de la preferencia por el arbitraje internacional es el argumento del "foro neutral". De acuerdo con este argumento, cuando dos personas de distinta nacionalidad celebran un contrato, tienen buenas razones para incluir en él una cláusula arbitral, a fin de huir de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Es razonable que teman que dichos tribunales se inclinarán a favor de la parte local. Gary Born, por ejemplo, escribe en su influyente tratado: "Uno de los objetivos centrales de los convenios de arbitraje internacional es proporcionar un foro neutral para la resolución de conflictos". Los tribunales domésticos no son de fiar: "Una desconfianza instintiva ante la posibilidad de un sesgo local incita generalmente a las partes a negarse a litigar en los tribunales del país de la contra-parte".⁴⁷ Del mismo modo, Jan Paulsson explica que "es infrecuente que las partes de distinta nacionalidad se pongan de acuerdo en litigar en la jurisdicción de un tribunal nacional". "Ninguna de las partes está dispuesta a aceptar los tribunales de la otra."⁴⁸ En coherencia con ello, se suele entender que la arbitrabilidad (es decir, el ámbito de materias que la ley permite a las partes someter a arbitraje) es especialmente amplia en relación con las transacciones comerciales internacionales, "donde es importante evitar guerras nacionalistas".⁴⁹ De hecho, Jan Paulsson llega a sugerir que los convenios arbitrales deberían incluir el requisito de que ningún árbitro pueda tener la nacionalidad de una de las partes.⁵⁰

El arbitraje, por supuesto, no puede prescindir completamente de los tribunales de justicia. El peligro de favoritismo, por ello, no se puede eliminar del todo. Así, cuando un laudo extranjero tiene que ser aplicado por los tribunales nacionales, el Convenio de Nueva York permite negar su ejecución por motivos de "orden público". Existe entonces el riesgo de que los jueces apliquen esta norma vaga de manera arbitraria, a favor de la parte local. Las excepciones de orden público pueden servir, así, como cobertura para "prejuicios xenófobos".⁵¹

Tengamos en cuenta que el argumento del foro neutral no afirma que los tribunales de algunos países son corruptos. (En realidad, la corrupción puede ayudar a los extranjeros, si son más ricos que los ciudadanos del país, y están dispuestos a ofrecer sobornos). El argumento tampoco afirma que los tribunales son incompetentes para decidir casos complejos. El argumento es más inquietante: debido a prejuicios nacionales, se dice, los jueces no son lo suficientemente fiables cuando tienen que dirimir una contienda que enfrenta a un ciudadano con un extranjero.

El contraste entre la esperanza que alberga Fiss, de que los tribunales desempeñarán una función esencial en la búsqueda de la justicia para los extranjeros, por un lado, y el argumento del foro neutral que figura de manera prominente en la justificación del arbitraje internacional, por el otro, es un contraste acusado. Existe aquí una obvia tensión.

⁴⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, op. cit., pp. 72-73.

⁴⁸ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, op. cit., p. 174.

⁴⁹ Ibid., pp. 102-103.

⁵⁰ Ibid., p. 281.

⁵¹ Ibid., p. 206.

Supongamos, en lo que sigue, que el argumento de la neutralidad en favor del arbitraje es básicamente correcto. Es decir, supongamos que efectivamente existe un peligro significativo de favoritismo local por parte de la judicatura nacional. Este presupuesto nos debería entonces llevar a lanzar una crítica más ambiciosa a las estructuras legales vigentes. Si, en efecto, los tribunales nacionales tienen una propensión a fallar a favor de la gente del lugar, debemos reconocer que el nivel de civilización que hemos alcanzado a través del Derecho no es muy alto. ¿Qué hacer?

Cabe distinguir dos estrategias básicas para hacer frente a este problema. La primera estrategia, que podemos llamar "externa", busca crear instituciones que estén lejos de los actores locales. El arbitraje en el ámbito internacional sería un ejemplo de este tipo de estrategia. Ahora bien, el arbitraje es sólo una solución parcial al problema de la neutralidad, ya que sólo cubre las disputas contractuales. El arbitraje no resulta aplicable a muchas controversias que involucran a ciudadanos de diversas nacionalidades. Cuando un peatón local, por ejemplo, sufre lesiones causadas por un conductor de un vehículo extranjero, serán los tribunales nacionales quienes conocerán de la acción de daños y perjuicios. (Es muy raro que se recurra al arbitraje una vez que ha estallado la controversia). Con respecto al Derecho penal, serán los tribunales locales los encargados de su aplicación, ya que el Derecho penal no es arbitrable. Lo mismo se puede decir de muchas otras ramas del Derecho.

Por tanto, debemos considerar la posibilidad de crear "tribunales internacionales" para conocer de asuntos que no pueden ser sometidos a arbitraje. De la misma forma que los tribunales federales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para resolver las controversias entre ciudadanos de diferentes Estados, puede ser conveniente establecer un conjunto de tribunales internacionales para decidir las controversias en las que se enfrenten personas de distinta nacionalidad.

Alternativamente, podemos estimar mejor dejar la competencia jurisdiccional en manos de los tribunales nacionales, pero colocarles bajo la supervisión de un tribunal supranacional compuesto por jueces de diferentes nacionalidades. En el marco de la Unión Europea, por ejemplo, los prejuicios contra los extranjeros se contrarrestan, en alguna medida, a través del Derecho de la Unión Europea, que protege el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Este principio debe ser observado por los tribunales domésticos, y se ha instaurado un órgano central "neutral", el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Luxemburgo, integrado por jueces de los distintos 28 Estados miembros, que tiene cierta capacidad para orientar a esos tribunales nacionales hacia una respuesta jurídica objetiva.

Es importante señalar que, en el campo del Derecho internacional público, el progreso se ha vinculado, por lo general, al establecimiento de tribunales cuya estructura y composición permita trascender las preferencias nacionales.⁵² Hay que recordar, en este sentido, los fuertes argumentos

⁵² Para un análisis general de la independencia de los tribunales internacionales, con especial referencia a la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, véase Aida Torres Pérez, "The Independence of International Human Rights

esgrimidos por Hans Kelsen en favor de una Corte Internacional de Justicia verdaderamente imparcial. Kelsen estaba en contra de la idea de que los jueces de la nacionalidad de los Estados que sean partes en un litigio deban participar en la decisión. Se mostraba crítico, por ello, con la institución de los jueces "ad hoc". Y llegó a proponer que los jueces vieran suspendida su nacionalidad durante su mandato, y recibieran un pasaporte internacional, como órganos de la comunidad internacional.⁵³ La Corte Internacional de Justicia que finalmente se estableció en el año 1945 no siguió estas pautas kelsenianas, lo que se suele considerar como el desafortunado resultado de la necesidad de capitular ante el poder de los Estados.

Una aproximación completamente diferente para atacar el problema del sesgo nacional es la de la "estrategia interna", que pretende transformar las actitudes y creencias que conducen a los prejuicios locales. En lugar de erigir instituciones externas para garantizar la imparcialidad, el plan es introducir los cambios internos necesarios para impulsar a las instituciones nacionales hacia el horizonte de la imparcialidad. La idea es que hay que inculcar a los ciudadanos la creencia en el igual estatus moral de los seres humanos, iguales ante la ley. Los legisladores deben ser sensibles a esta igualdad moral básica, si bien las distinciones entre nacionales y extranjeros pueden estar a veces justificadas. Los jueces y los jurados, por su parte, deben ser formados adecuadamente, y se les debe instar a ser imparciales cuando interpretan y administran la ley en conflictos específicos. El hecho de que una de las partes de la controversia provenga de otro país debe ser completamente irrelevante en la aplicación de la ley.

Es interesante observar, en este punto, que hasta el siglo XIX, los "jurados mixtos", integrados por nativos y extranjeros, fueron utilizados en Gran Bretaña para juzgar casos que involucraban a un nacional y a un extranjero.⁵⁴ Esta institución fue finalmente abolida en 1870, en parte debido a la dificultad de encontrar jurados extranjeros, y en parte porque se pensó que no había razón alguna para cuestionar la capacidad del pueblo británico de actuar de manera justa y con mente abierta. Como dijo el conde de Derby durante los debates legislativos en la Cámara de los Lores, "me parece (...) que nos estigmatizamos a nosotros mismos como nación muy injustamente si asumimos que el prejuicio contra los extranjeros es tal que un extranjero que ha de ser juzgado no va a tener un juicio justo por parte de los súbditos británicos".⁵⁵

Una pregunta interesante es si se pueden adoptar al mismo tiempo la estrategia exterior y la interior. Pueden muy bien entrar en tensión. Cuanto más nos empeñemos en instaurar tribunales externos, compuestos por jueces o

Courts: The Case of the Inter-American Court of Human Rights" (SELA paper, 2013, disponible en <http://www.law.yale.edu/intellecualife/SELA.htm>).

⁵³ Kelsen defendió sus propuestas sobre el diseño del nuevo tribunal internacional de justicia en su libro *Peace Through Law* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944).

⁵⁴ Véase Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

⁵⁵ Citado por Marianne Constable, *The Law of the Other*, op. cit., p. 145.

árbitros cuya nacionalidad sea distinta de la de las partes de la controversia, en mayor grado estaremos fortaleciendo la expectativa de que el sesgo nacional es inevitable en el plano interno.

¿Qué tiene que decir Fiss sobre todo esto? Está claro que Fiss considera que la imparcialidad en la aplicación del Derecho es una virtud cardinal de cualquier sistema jurídico decente. "El Derecho exige la impersonalidad, de manera que la aplicabilidad de las normas no dependa de la identidad personal del sujeto", afirma cuando trata el papel de los jueces en la protección de las personas en el contexto de la guerra contra el terrorismo.⁵⁶ Me inclino a pensar que Fiss nos instará a concentrar nuestra energía colectiva en la estrategia interna. La estrategia externa debe llevarse a cabo con cautela, de manera que sea lo menos perjudicial para el proyecto de transformación interna.

Es cierto que Fiss ha insistido en la importancia de los grupos, cuando ha desarrollado su teoría sobre la igualdad.⁵⁷ Pero ello no significa que comparta la opinión de que los grupos tienen una identidad propia que determina los valores morales de sus miembros. Como argumenta Anthony Kronman, el objetivo final que Fiss busca alcanzar es la liberación del individuo, aunque insista, instrumentalmente, en la necesidad de elaborar remedios que sean sensibles a las estructuras sociales que subordinan a determinados grupos. El individuo a liberar, además, no es una persona que deba luchar por la satisfacción de sus intereses más estrechos, sino alguien capaz de rendirse ante la autoridad superior de las normas.⁵⁸

Dado este contexto moral, creo que Owen Fiss se mostrará reacio a apoyar la tesis de que, a fin de trascender los prejuicios nacionales, la principal solución es confiar en instituciones exteriores, supranacionales. Más bien favorecerá la reconfiguración de la sociedad de acuerdo con ideales cosmopolitas. La comunidad política debe avanzar hacia una mayor pureza, a través de sus propias leyes y tribunales.

Muchos de vosotros os apresuraréis a señalar que este programa de profunda transformación interna se topa con un montón de obstáculos en el camino. Seguramente tenéis razón. Pero recordad que Owen es famoso por su optimismo deliciosamente heroico. "Never give up", nos dirá siempre.

⁵⁶ Owen Fiss, "In the Shadow of War", 58 *University of Miami Law Review*, 449 (2003), p. 451.

⁵⁷ Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

⁵⁸ Anthony Kronman, "Individualism, and Anti-Individualism in the Work of Owen Fiss", 58 *University of Miami Law Review*, 117 (2003).