Arbitraje y Derecho Comparado*

René David **

Principia No. 11–2024 pp. 111-125

Sobre la traducción: La traducción de los clásicos del derecho, y muy especialmente de aquellos textos fundacionales en el ámbito del derecho comparado, reviste una importancia trascendental para el desarrollo del derecho, pues nos brinda acceso directo a las reflexiones, nociones y matices que conformaron la evolución de las instituciones jurídicas en distintos sistemas. Al traducir al español obras clásicas sobre arbitraje y comparativismo, no solo enriquecemos y ampliamos el horizonte de referencias doctrinales, sino que también profundizamos en el entendimiento de las razones que subyacen a las diferencias instituciones jurídicas entre países. Este ejercicio comparativo nos permite, a su vez, cuestionar y perfeccionar nuestras propias normas, al identificar prácticas más eficaces o principios esenciales presentes en otras tradiciones jurídicas. En definitiva, vemos que la traducción de este texto constituye una herramienta imprescindible para quienes buscan comprender en toda su riqueza la naturaleza del arbitraje y avanzar hacia su regulación y aplicación más coherentes y adaptadas a la realidad.

Regarding the translation: The translation of legal classics, and especially those foundational texts in the field of comparative law, holds a transcendental importance for the development of law, as it grants us direct access to the reflections, concepts, and nuances that shaped the evolution of legal institutions across different systems. By translating into Spanish canonical works on arbitration and comparative law, we not only enrich and broaden the horizon of doctrinal references, but also deepen our understanding of the reasons underlying the differences in legal institutions between countries. This comparative exercise, in turn, enables us to question and refine our own rules by identifying more effective practices or essential principles present in other legal traditions. Ultimately, we see that translating this text constitutes an indispensable tool for anyone seeking to fully grasp the nature of arbitration and to advance toward its regulation and application in a manner that is both more coherent and better adapted to real-world needs.

---

* Texto de la conferencia impartida el 12 de diciembre de 1958 en el Centre Français de Droit Comparé durante la Asamblea General de la Société de Législation Comparée, presidida por el Sr. Solus, presidente de la Sociedad. Antes de ceder la palabra al conferenciante, el Sr. Solus recordó que el Sr. David estudió arbitraje desde 1929 y que, en 1932, publicó en Roma, para el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado, un Informe sobre el arbitraje en derecho comparado.

** Traducción de Fernando Sanquírico Pittevil de: René David, "Arbitrage et droit comparé", *Revue internationale de droit comparé* 11, núm. 1 (1959).

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Derecho comparado | Laudo arbitral | Orden público internacional | Amigable composición | Pluralismo jurídico

Keywords: International arbitration | Comparative law | Arbitral award | International public policy | Amiable composition | Legal pluralism

* * *

El desarrollo del arbitraje constituye uno de los fenómenos más notables de nuestro siglo. El movimiento en favor del arbitraje se manifiesta en todos los ámbitos: derecho civil y derecho mercantil, derecho laboral, derecho internacional público. Se trata, además, de un fenómeno de carácter internacional, que no conoce las fronteras de los Estados, ni siquiera las más imprecisas de los "sistemas jurídicos"[NT1]: el arbitraje prospera en Inglaterra, Canadá y Estados Unidos tanto como en Francia, Italia y Alemania; la palabra "arbitraje" goza asimismo de gran prestigio en la Unión Soviética y en las repúblicas populares, desde Polonia y Checoslovaquia hasta China.

La difusión actual del arbitraje y el carácter internacional que asume el desarrollo de esta institución confieren un interés particular al estudio del arbitraje en el derecho comparado. El interés de este estudio es tanto de orden teórico y de orden práctico: nosotros nos proponemos demostrar, en esta conferencia, en lo que respecta a la materia de arbitraje, el carácter verdaderamente indispensable de los estudios de derecho comparado y poner de relieve la variedad de aplicaciones de esos estudios.

Para ello, explicaremos sucesivamente, tres puntos de vista. En primer lugar, en un plano puramente práctico: conviene demostrar que el derecho comparado no es materia de soñadores, sino que, muy al contrario, el comercio internacional necesita a los comparatistas. Dejando de lado el punto de vista práctico, nos situaremos luego en el plano teórico, para preguntarnos si la concepción del arbitraje es la misma en la concepción de los distintos sistemas jurídicos, y si esa similitud de los vocablos encubre o no una misma realidad. Finalmente, apoyándonos en las conclusiones a las que hayamos llegado en este análisis de la institución, nos plantearemos, en un tercer punto de vista, aquellas deducciones de *lege ferenda* que pueden extraerse, ya sea en relación con la mejora de nuestro derecho francés, ya sea en cuanto a la unificación del derecho del arbitraje, considerada sobre una base mundial o regional.

* * *

El punto de vista práctico no exige detenerse demasiado en él. Los problemas jurídicos que suscita el arbitraje se han estudiado hasta ahora principalmente en Francia desde la óptica del derecho francés de: derecho procesal civil[NT2] y derecho internacional privado. Las cuestiones que han acaparado más atención han sido la validez de la cláusula compromisoria, la ejecución de las laudos arbitrales[NT3], especialmente los extranjeros, y

[NT1] En original "systems de droit" que podría traducirse también como "ordenamientos jurídicos".
[NT2] En original "droit judiciaire privé"
[NT3] En origina "sentences arbitrales"

los recursos contra dichos laudos. Es natural que estas cuestiones se hayan abordado esencialmente en Francia desde el punto de vista del derecho francés, pero pronto se puso de manifiesto que una perspectiva estrictamente de derecho francés[NT4] no podía mantenerse en este ámbito, y nuestros especialistas en derecho internacional privado tuvieron que, como suele ocurrirles con frecuencia, adentrarse en el terreno del derecho comparado.

Desde la teoría, sin duda es posible aplicar en puridad el derecho internacional privado francés para determinar en qué condiciones una cláusula compromisoria o un laudo arbitral extranjero serán reconocidos como válidos y declarados ejecutables por los tribunales franceses; sin embargo, ya en esta fase, como se sabe, resulta difícil prescindir de las normas de los sistemas jurídicos extranjeros, pues si no se conocen suficientemente, no será posible aplicar satisfactoriamente la norma del derecho francés.

¿Cómo juzgar, en particular, si el orden público ha sido violado, si los principios fundamentales de la justicia han sido conculcados, si no se conoce el sistema general del derecho extranjero en el marco del cual se organizó un arbitraje o se dictó un laudo? Los tribunales franceses consideran que un laudo dictado en Francia sin motivación es contrario al orden público; sin embargo, aceptan declarar ejecutable el laudo arbitral inglés que carece de motivación. ¿Qué quiere decir esto? Explicar que las exigencias del orden público internacional son menores que las del orden público nacional no es una respuesta completa. Es preciso saber por qué sucede así, y creemos que solo es posible responder a esta cuestión si se considera, al aplicar un derecho extranjero, la totalidad de ese ordenamiento y no solo la norma estrictamente aplicable: aceptamos el laudo inglés, a pesar de su falta de motivación, porque sabemos que en el derecho inglés existen "factores compensatorios", otras normas que no necesariamente existen en nuestro sistema y que garantizan la probidad del arbitraje. La distinción entre orden público nacional e internacional solo resulta aceptable en el fondo porque sabemos, sentimos, que está justificada por el derecho comparado.

Es más evidente la transición de los especialistas en derecho internacional privado hacia el derecho comparado cuando se les encarga elaborar convenciones internacionales y determinar, de *lege ferenda*, en qué condiciones aceptarían reconocer como válidas las cláusulas compromisorias o declarar ejecutables los laudos arbitrales extranjeros. La elaboración de las Convenciones de Ginebra y de Nueva York, al igual que la de cualquier convención internacional, exige un acuerdo fundado, como todo acuerdo, en concesiones recíprocas, al que sólo es posible llegar conociendo y

[NT4] En original se indica que es desde unas perspectiva nacional "qu'un point de vue strictement national". Preferimos traducirlo de la forma que lo hemos hecho, por un tema de claridad en el lenguaje.

comparando nuestro sistema con los sistemas de los países extranjeros.

No obstante, no es en el ámbito del derecho internacional privado donde observamos el interés más directo de un estudio comparativo del arbitraje cuando nos situamos desde el punto de vista de la práctica. El interés principal de nuestro análisis, en este punto de vista, se manifiesta en una fase anterior a la ejecución del laudo, esto es en el momento en que se conviene el arbitraje y durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

Los juristas del continente europeo tenemos una marcada tendencia a considerar el derecho únicamente desde su aspecto contencioso, concentrando nuestra atención en la crisis que representa el proceso. Sin embargo, lo verdaderamente deseable es, ante todo, evitar esa crisis, brindando a las partes, en el momento de concluir sus convenios, todos los consejos necesarios para que sepan con exactitud cuál debe ser su conducta y cuáles son, de la forma más precisa posible, sus derechos y obligaciones.

Sin embargo, los malentendidos en torno a estos derechos y obligaciones son particularmente preocupantes cuando quienes entablan relaciones no comparten el mismo idioma ni la misma manera de ver las cosas y de pensar, como suele ocurrir en el comercio internacional. Aquí los comparatistas desempeñan un rol fundamental: deben actuar como «consejeros jurídicos del comercio exterior», tal como los denominó Edouard Lambert. La cuestión resulta aún más relevante cuando consideramos el arbitraje.

Un comerciante se ve en la necesidad de incluir en su contrato una cláusula compromisoria que establezca un arbitraje en Londres, en Bremen, en Nueva York, en Moscú o en Praga. ¿Cuáles serán las consecuencias posibles de esta estipulación, ya sea en lo relativo al desarrollo mismo del procedimiento arbitral, a las posibilidades de ejecución del laudo o a los recursos susceptibles de interponerse contra ese laudo? El arbitraje regulado por el derecho inglés, el derecho alemán o el derecho checoslovaco puede presentar, y de hecho presentan, rasgos que lo distinguen claramente del arbitraje francés. Al tratarse de una institución universal, el comerciante francés puede fácilmente incurrir en la ilusión de que su regulación es idéntica en todos los países. Por este motivo, al negociar la cláusula corre el riesgo de no ponerse en la posición que desearía o que le resultaría más ventajosa; también, corre el riesgo, una vez iniciado el arbitraje, de desaprovechar ciertas facultades que le concede el derecho extranjero; y, por último, corre el riesgo de obtener un laudo que no pueda ser reconocido como ejecutable en el país en el que su contraparte posea bienes susceptibles de ejecución[NT5]. En todos estos aspectos, el

[NT5] En original "bien susceptibles d'être saisis", en donde la traducción literal sería "bienes susceptibles de ser embargados".

comparatista podrá ofrecer un asesoramiento verdaderamente útil.

Precisemos más el papel que le corresponde. La celebración de la cláusula compromisoria –el compromiso de someterse al arbitraje– no se rige, ni aquí y ni allá[NT6], por las mismas reglas. Aquí la cláusula es válida; allá no lo es. Aquí está sujeta a estrictas condiciones de forma; allá no se exigen tales formalidades y se deja al principio de la libertad contractual todo su alcance. Aquí, una vez válidamente celebrada, la cláusula compromisoria obliga a los jueces; allá los jueces cuentan con cierto poder discrecional para liberar a una de las partes de la obligación asumida. En todos estos aspectos, el comerciante necesita estar informado y asesorado para saber en qué situación se encuentra realmente y en qué medida él mismo o su contraparte están obligados a someterse al arbitraje.

La información y el asesoramiento serán igualmente útiles, si no necesarios, para indicarle si determinada controversia queda comprendida en la convención de arbitraje, conforme a la redacción empleada y de acuerdo con la normativa que gobierna la interpretación de esa fórmula y de la propia convención. Sería ingenuo pensar que la interpretación de los contratos se lleva a cabo con la misma técnica en todos los países. En los países de lengua inglesa en particular, la interpretación contractual difiere de la francesa, sobre todo porque allí se considera, con más rigor que en Francia, que dicha interpretación pertenece al ámbito del derecho y no al de la valoración de los hechos; por ello, los «precedentes» judiciales desempeñan en Inglaterra un rol más importante que el que juegan la jurisprudencia en Francia cuando se trata de determinar cómo deben interpretarse los contratos, y en particular la cláusula compromisoria.

La opinión de un comparatista resultará útil para medir el alcance de determinada fórmula, ya sea contemplada o ya incorporada en una convención de arbitraje.

En una etapa ulterior, cuando se desarrolle el procedimiento arbitral, será necesario asesorar a nuestro comerciante francés. Podría existir un mecanismo procesal específico al que recurrir durante el arbitraje si desea salvaguardar sus derechos: me refiero principalmente al procedimiento conocido como "*case stated*", que permite, bajo el derecho inglés, dirigirse a los tribunales para que indiquen a los árbitros cómo debe resolverse determinada cuestión jurídica que surge en el litigio. Si se hace uso de este procedimiento, las indicaciones que los jueces proporcionen a los árbitros los vinculan, y el laudo será anulado si no las han tenido en cuenta. En cambio, si no se recurre a este mecanismo, los árbitros serán libres de decidir como estimen oportuno, y el error de derecho cometido por ellos, salvo en circunstancias ex-

[NT6] En original "n'est pas, ici et là" refiriéndose comparativamente a un sistema de derecho frente a otro sistema, sin que implique la referencia específica a sistemas de derecho en particular.

cepcionales, no permitirá impugnar el laudo.

Los comerciantes que participan en el comercio internacional necesitan constantemente ser informados y asesorados por juristas que conozcan los sistemas extranjeros; es preciso llamar su atención sobre normas o procedimientos que no conocen en el derecho francés. Por ejemplo, en el derecho italiano existen dos modalidades de arbitraje: el arbitraje "ritual" (rituale) y el arbitraje "libre", sin formalidades (irrituale, libero); nuestro comerciante debe decidir si elegir o aceptar una u otra de estas formas. En el derecho alemán, en cambio, solo existe una modalidad de arbitraje; ¿será ésta equivalente a nuestro arbitraje propiamente dicho o a nuestro procedimiento de amigable composición?

Al escoger una u otra forma de arbitraje, al emplear uno u otro procedimiento, al redactar el laudo arbitral, es preciso tener en cuenta la legislación del país donde, de ser necesario, se pretenda solicitar la ejecución del laudo. En efecto, importa que las formas o procedimientos utilizados no constituyan un obstáculo a dicha ejecución. El derecho inglés o el derecho sueco, por ejemplo, desconocen la figura de la amigable composición. ¿Cabe, en una convención de arbitraje suscrita con un ciudadano inglés o sueco, insertar una cláusula de amigable composición, sin correr el riesgo de que el laudo emitido en Francia al amparo de tal convención no sea considerado en Inglaterra o en Suecia como un laudo arbitral y, en consecuencia, no pueda ser declarado ejecutable? En Inglaterra y en Estados Unidos, por lo general, los laudos arbitrales no se motivan. ¿Será posible obtener con seguridad en Francia el exequátur de dichos laudos, o será necesario requerir a los árbitros ingleses o estadounidenses que se aparten de su práctica habitual y motiven su laudo cuando deba ejecutarse en Francia?

¿Qué pensar también –qué pensarán los tribunales franceses– de la práctica del arbitraje *ex parte*, habitual en determinados países, según la cual el árbitro designado por una de las partes decide sobre el litigio en calidad de árbitro único cuando la otra parte en la convención de arbitraje no designa a su árbitro, tal como le impone la convención de arbitraje?

¿Deben considerarse auténticos laudos arbitrales los que se dictan en la Unión Soviética por la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio Federal de la URSS, o cabe negarles tal carácter atendiendo a la índole del organismo del que emanan?

Sobre todos estos puntos no se puede informar ni asesorar a un comerciante francés si no se sabe qué implica un arbitraje en Londres, en Nueva York, en Bremen o en Moscú. Es cierto que nuestro comerciante francés, al percatarse del riesgo, podría dirigirse a un jurista extranjero para solicitar consejo. Sin embargo, esto no está exento de dificultades desde el punto de vista práctico. En-

contrar asesoría jurídica competente en un país extranjero puede resultar complicado, especialmente si el arbitraje está previsto en la URSS o en un país de democracia popular, donde la organización de la abogacía se estructura de un modo completamente distinto al de Francia. Tampoco puede descartarse que ese abogado, de no dominar el derecho francés, no comprenda la perspectiva de ese comerciante francés y, por tanto, no le transmita la información que realmente necesita: él, a su vez, si no fuera un comparatista, pensaría que las soluciones de su propio ordenamiento son aceptadas en todos los países y dejaría de advertir a nuestro comerciante respecto de las normas, diferentes al derecho francés, que éste desconoce. El peligro de una información deficiente o de malentendidos se agrava por el hecho de que los consejos podrían impartirse únicamente por correspondencia. En definitiva, se llega a la misma conclusión: para asesorar correctamente al comerciante francés en este supuesto, se requiere un abogado que sea comparatista; ya sea comparatista francés o extranjero, tal distinción carece de importancia en lo que atañe al valor práctico del derecho comparado.

La cuestión aquí examinada tiene una importancia práctica de primer orden; en efecto, ocurre muy a menudo que un comerciante francés, al contratar con un extranjero, estipula para las controversias que puedan surgir de dicho contrato un arbitraje administrado en el extranjero, conforme a una ley extranjera. Limitar nuestro estudio del arbitraje al de árbitros u organismos arbitrales franceses, decidiendo en Francia según la ley francesa, supone, en tales circunstancias, un desconocimiento de la realidad; y el derecho internacional privado, al añadir a este análisis el examen de la ejecución en Francia de los laudos arbitrales extranjeros, solo corrige de manera imperfecta e insuficiente dicho desconocimiento.

* * *

El interés del derecho comparado, sin embargo, no es ni debe ser exclusivamente de carácter práctico. Al igual que los estudios históricos, de los que constituye el complemento natural, las investigaciones comparativas pueden ayudarnos a comprender mejor nuestras propias instituciones, a descubrir el espíritu que las inspira y, gracias al mayor conocimiento que nos proporcionan de nosotros mismos, a proponer mejoras y una adaptación más adecuada de las normas que nos gobiernan.

El interés del derecho comparado nos parece especialmente notable cuando analizamos el arbitraje. Por antiguo que sea, son pocas las instituciones que, tanto en Francia como en el extranjero, estén tan mal reglamentadas por el derecho. Esta constatación, que se impone al comparatista, invita a la reflexión y plantea diversas interrogantes: ¿por qué el derecho fracasa al intentar comprender y regular satisfactoriamente el arbitraje? ¿Y por qué, a su vez, se observan variaciones tan notables en la actitud de los Estados y de los juristas según las épocas

y los países? El derecho comparado –al igual que la historia– nos obliga a pensar en estos asuntos de manera más profunda y completa de lo que lo haríamos limitándonos al derecho francés. Nos demuestra que existe un problema de carácter general, que trasciende la eficacia de cualquier regulación, por más o menos acertada que sea, en nuestro ordenamiento nacional.

Según nuestra perspectiva de juristas franceses del siglo XX, el derecho es la forma por excelencia de regular las relaciones sociales, y en gran medida coincide con la regulación ejercida por el Estado. Nos cuesta concebir que el derecho tenga límites o que existan otros procedimientos distintos al derecho para resolver armoniosamente las controversias; asimismo, nos resulta difícil imaginar que puedan existir normas jurídicas emanadas de fuentes distintas a las autoridades constituidas por el Estado. Pensamos que vivimos en una sociedad profundamente dominada por la idea de derecho: *Rechtsstaat*, *Rule of Law* y principio de legalidad son, a nuestros ojos, expresiones características de nuestra sociedad.

La historia nos enseña que no siempre ha sido así, y que esta situación, este mismo ideal, son, al fin y al cabo, fenómenos recientes. El derecho comparado confirma los datos de la historia y nos muestra que, incluso en la actualidad, la concepción que predomina entre nosotros no goza de aceptación universal ni se reconoce del todo como la mejor. Existen civilizaciones en las que no se considera al derecho como la forma óptima de resolver los conflictos; hay otras en las que no se concibe que el establecimiento y la aplicación de normas jurídicas sea un monopolio de las autoridades estatales. Las civilizaciones del Extremo Oriente defienden la importancia de los "ritos", en contraposición a la noción de Derecho[1]; filósofos del derecho y sociólogos oponen el pluralismo jurídico de ciertas sociedades al monismo de nuestra concepción jurídica, heredera de la enseñanza de la Escuela del derecho natural; y la persistente tensión entre *common law* y *statute law* en los países de habla inglesa nos demuestra que esta idea de pluralismo no pertenece por completo al pasado.

De este modo el derecho comparado nos prepara para comprender lo que, a nuestro juicio, constituye la esencia del arbitraje. Imbuídos de la concepción de un derecho unitario y estatal, los juristas tienden de manera natural a concebir el arbitraje a imagen de la justicia. No perciben en la convención de arbitraje más que un acuerdo mediante el cual las par-

[1] Una preferencia de principio similar por el arbitraje, en contraposición a la justicia ordinaria, se observa en ciertos círculos estadounidenses, quizá influida por la cosmovisión "cuáquera" (cf. F. Kellor, *American Arbitration* [1948]). Este mismo sesgo aparece también en los orígenes de la sociedad cristiana, donde el arbitraje parece estar más en sintonía con el espíritu evangélico que el derecho; de hecho, la distinción entre el arbitraje propiamente dicho y la amigable composición se origina en el derecho canónico y se sustenta en ese fundamento.

tes buscan dotarse de jueces a su elección; suponen con facilidad que el arbitraje solo pretende remediar ciertos defectos o inconvenientes de la justicia: lentitud, costos o publicidad de los procedimientos, falta de conocimientos técnica de los jueces. Consideran que las partes solo aspiran a obtener, en mejores condiciones, aquello que les concedería el derecho si la administración de justicia pudiera ser perfecta. No entreven diferencia alguna de naturaleza entre la justicia administrada por los árbitros y la administrada, conforme al derecho, por los tribunales. Esta asimilación parece estar totalmente lograda en ordenamientos como el inglés, el alemán o el sueco, en los que las leyes regulan solamente una forma de arbitraje. Y parece estar muy cerca de lograrse también en el derecho francés y en los de otros países latinos, donde los códigos de procedimiento civil regulan ante todo un arbitraje de derecho –al que en Francia se denomina significativamente arbitraje propiamente dicho– limitándose a mencionar, de forma ocasional y sin siquiera darle nombre, la modalidad concurrente y aparentemente secundaria de la amigable composición.

Sin embargo, la realidad es otra, como demuestra la importancia que en la práctica adquiere en Francia la cláusula "excepcional" de amigable composición[2]. La verdad es que el arbitraje no es, en su esencia, un fenómeno jurídico; el arbitraje es un fenómeno distinto al derecho, incluso antagonista al derecho, y esa es la razón por la que los juristas no logran ni captar su verdadera naturaleza ni reglamentarlo de manera apropiada.

Es clásico entre historiadores y sociólogos describir a la sociedad atravesando tres fases sucesivas: una fase primitiva de anarquía, dominada por la idea de la venganza y luego de la justicia privada; una segunda fase, orientada hacia la concordia y la paz, y presidida por las ideas de mediación, conciliación y arbitraje; y, por último, una tercera fase de organización más rigurosa, dominada por las nociones de justicia y derecho.

Este esquema corresponde sin duda en sus líneas generales a la realidad, pero requiere, no obstante, una explicación. La idea de progreso que pretende expresar es un concepto típico del siglo XIX, al que ya no suscribimos sin reservas. Por ello, rechazamos admitir, por principio, la superioridad de la tercera fase sobre la segunda, así como la del derecho sobre el arbitraje. El derecho puede, en conjunto, constituir una técnica más adecuada para nuestra sociedad moderna que el arbitraje, gracias a las ventajas de certidumbre que aporta y a la seguridad que genera; no obstante, en otros aspectos o determinados ámbitos, no es seguro que no provoque una indeseable es-

[2] La situación es la misma en Italia y, al parecer, en los demás países latinos. Algunos Estados de América Latina, como Ecuador, lo han tenido en cuenta para convertir la amigable composición en la regla establecida por la ley. Véase en el mismo sentido el proyecto de ley interamericano (art. 17) elaborado en 1954 y recogido en el *10 Arbitration Journal* (1955), p. 91.

clerosis a las instituciones. Las objeciones que Savigny señalaba antes a la técnica de la codificación[NT7] pueden aplicarse, con las reservas pertinentes, al propio derecho, al oponerse a otras maneras de resolver las controversias, y muy especialmente al arbitraje.

El esquema antes recordado nos parece, además, demasiado simplista e inexacto, pues considera el arbitraje como un fenómeno transitorio que prepara el advenimiento del derecho. El arbitraje, por el contrario, nos parece un fenómeno permanente que, si bien en ciertas épocas y en determinados ámbitos puede anticipar la instauración del derecho, en otras épocas y en otros ámbitos recupera terreno frente al derecho y se opone a éste debido a los defectos o insuficiencias que se señalan contra el derecho.

No negamos en absoluto que, en numerosos casos, las partes esperen de sus árbitros la aplicación de reglas idénticas a las que aplicarían los jueces. El arbitraje suele ser un remedio no tanto a defectos o insuficiencias del derecho en sí, sino a aquellos que conlleva –al menos en el ánimo de las partes o en las circunstancias del caso– la administración estatal de la justicia. La justicia es excesivamente lenta, demasiado costosa, falta de especialización y adolece de excesiva publicidad; por ello, las partes pueden recurrir al arbitraje simplemente para eliminar tales deficiencias. No obstante, tendríamos una visión equivocada del arbitraje si lo considerásemos únicamente bajo este prisma. No se recurre al arbitraje solo para remediar defectos o rigideces excesivas en la organización o el procedimiento de los tribunales. En muchos casos, el arbitraje se explica por otra razón: las partes desean, al recurrir a él, obtener una forma de justicia distinta de la que resultaría de la aplicación del derecho nacional. ¿Cuándo acuden los particulares al arbitraje, en la práctica en este nuevo conjunto de hipótesis?

Las partes recurren al arbitraje, en primer lugar, cuando el derecho no constituye una técnica apropiada, dada la naturaleza de las relaciones que las vinculan; es el caso del arbitraje tradicional entre familiares, vecinos o miembros de una misma asociación o comunidad; el derecho resuelve[NT8] las controversias considerando lo ocurrido en el pasado, sin preocuparse por el futuro; este modo de solucionar litigios no conviene a quienes, una vez resuelta la disputa, deben continuar conviviendo; la coexistencia pacífica no es compatible con la idea de derecho, y apela más bien un arbitraje orientado hacia el porvenir, dirigido a la paz antes que a la justicia estrictamente jurídica[3].

[NT7] Para la crítica que hace Savigny sobre la codificación ver su obra "*De la vocación de nuestro siglo. Para la legislación y para la ciencia del derecho*"

[NT8] En original "le droit règle" que sería "el derecho regla", pero preferimos usar "el derecho resuelve"

[3] De ahí proviene la dificultad, si no la imposibilidad, de toda codificación auténtica que abarque en su totalidad el derecho internacional.

Las partes recurren al arbitraje, en segundo lugar, siempre que pertenecen a una comunidad y el sentido de su pertenencia a esa comunidad es para ellas, al menos en determinados aspectos, más relevante que su vínculo con el Estado. Así se explica el rol que desempeñó el arbitraje en las comunidades cristianas o judías[4] a lo largo de la historia, y en los países donde estas comunidades son hoy minoritarias. Del mismo modo, se entiende el desarrollo del derecho mercantil en la Edad Media y, aparentemente, el reciente auge del arbitraje administrado por organizaciones profesionales que observamos en la actualidad. El arbitraje es el procedimiento mediante el cual se resuelven las disputas "entre ellos", dentro de un grupo más o menos amplio; es, aunque no siempre se reconozca así, el instrumento de formación de un derecho corporativo, que complementa el efecto de los contratos modelo y de los formularios, los cuales sustituyen por su parte a las normas supletorias del derecho. El monismo jurídico y el monopolio del derecho estatuido y administrado por las autoridades estatales no son atacados frontalmente; ya que los contratos modelo y arbitraje dejan subsistir este principio únicamente ante quienes aceptan del Derecho una definición meramente formal.

Las partes recurren, por último, al arbitraje cuando no existe un derecho que se adapte a resolver sus controversias. Esto no resulta en absoluto excepcional hoy en día. En el ámbito de los conflictos colectivos de trabajo es prácticamente imposible prescindir del arbitraje, pues el derecho –fundado en una filosofía individualista– no ofrece técnicas apropiadas para dirimir tales conflictos. El arbitraje viene, además, a suplir –del modo que conocemos– las insuficiencias del derecho internacional público de nuestra época. Lo mismo ocurre en las controversias que surgen del comercio internacional. En estos casos pueden existir normas que, en aquí en Francia, en Alemania o en Inglaterra, permitan resolver conflictos de leyes y de jurisdicciones; pero tales normas, al ser nacionales, no constituyen el derecho uniforme que demanda el comercio internacional, ni garantizan la seguridad que éste exige: se pueden dar soluciones distintas a la controversia según que, por efecto de circunstancias imprevisibles al celebrar el contrato, ésta sea sometida a un tribunal francés, alemán o inglés. Por tanto, el derecho aplicado a los contratos de comercio internacional no ofrece las ventajas que, en general, asociamos al concepto de derecho. En cambio, el arbitraje surge para llenar ese vacío, a la espera de que quizás un día dé lugar a un

[4] Véase así Berk v. Berk, referida en *12 Arbitration Journal* (1957), p. 210. En ese caso, las partes, marido y mujer, habían convenido que las dificultades que los separaban se resolverían mediante el arbitraje de tres rabinos. Respecto a este colegio arbitral, declaró el juez Brown: «El colegio arbitral puede dirimir la controversia aplicando normas jurídicas, morales o religiosas; eso es precisamente lo que las partes tuvieron en mente y lo que quisieron al acordar someterse al arbitraje de tal colegio».

verdadero derecho mercantil internacional.

Como se puede apreciar, el arbitraje no es esencialmente un modo de aplicación del derecho, como lo analizan los juristas. El arbitraje es, en esencia, un mecanismo de resolución de disputas al que se recurre cuando no existe un derecho aplicable o cuando el derecho aplicable no está capacitado para cumplir con la misión fundamental del derecho: garantizar la justicia y la paz.

De ahí surge la dificultad, para el jurista, de aprehender el arbitraje y, para el legislador, de reglamentarlo adecuadamente. La razón es que el arbitraje no es, esencialmente, un fenómeno jurídico. Cuando hablamos de arbitraje, siempre o casi siempre estamos antes del derecho o al margen de él[5]; los conceptos jurídicos, concebidos para analizar el derecho, resultan demasiado precisos, demasiado rígidos, y no sirven para comprender el fenómeno del arbitraje. Nunca lograremos decidir si el laudo arbitral tiene naturaleza contractual o procesal, porque no podemos forzarlo a encajar en esas nociones de contrato y de sentencia. Tampoco podremos expresar en una fórmula las obligaciones del amigable componedor, autorizado según algunos a juzgar en equidad y relevado según otros de observar estrictamente las reglas del derecho; no se ha reparado suficiente en lo curioso que resulta este vaivén en las fórmulas cuando hablamos de una institución que ya era bien conocida en el siglo XIII y que, según opinión unánime, constituye la norma seguida en nueve de cada diez arbitrajes bajo el derecho francés.

Se percibe hasta qué punto una reflexión basada en las observaciones del derecho comparado resulta útil para comprender la esencia del arbitraje y cómo la propia naturaleza de esta institución puede esclarecerse en el derecho francés cuando, ayudados por el derecho comparado, logramos comprenderla liberándonos de los prejuicios y las costumbres que inevitablemente conlleva la familiaridad con un único ordenamiento nacional.

La verdadera naturaleza del arbitraje –su irreductibilidad al derecho– no implica que el derecho deba renunciar a regular esta institución, desistiendo de poder asimilarla; pero sí determina la forma en que debe concebirse dicha regulación, tanto en el ámbito del derecho nacional como en la perspectiva de una unificación, más o menos amplia, de las legislaciones sobre el arbitraje.

[5] Otro factor que complica la comprensión del problema es el hecho de que las fronteras entre el derecho y el arbitraje son a veces imprecisas; lo que en su origen fue arbitraje puede convertirse más tarde en justicia y derecho, como consecuencia de un cambio en las circunstancias. Así, los laudos dictados por los obispos pudieron transformarse en sentencias tras la conversión de Constantino; y de igual modo se duda sobre el carácter jurídico o arbitral de las decisiones adoptadas en las ferias y mercados de la Edad Media. Véase sobre el primer punto A. R. Julien, *Evolution historique du compromis ad arbitros en jure canonico* (Apollinaris, 1937, pp. 187-232) y sobre el segundo W. C. Jones, "Three Centuries of Arbitration In New York", *Washington University Law Quarterly* 1956, pp. 193-219.

* * *

Una buena regulación de la materia del arbitraje debe tener en cuenta, en nuestra opinión, la diversidad de situaciones en las que se recurre al arbitraje.

Debe reconocerse la distinción entre el arbitraje propiamente dicho y la amigable composición, pues dicha distinción responde a la naturaleza de las cosas: hay situaciones en las que, mediante el arbitraje, se persigue un resultado idéntico al que obtendrían los tribunales, y hay otras en las que se aspira a algo distinto. Los problemas que se plantean en cada uno de estos supuestos son muy diferentes y, por tanto, requieren dos regulaciones indudablemente distintas: la clara separación que los ordenamientos de tipo hispánico establecen entre ambos casos nos parece perfectamente justificada y, en principio, muy superior al método francés, consistente en reglamentar con cierto detalle el arbitraje propiamente dicho, que es la excepción, y en prever de manera meramente residual, sin regulación específica, la amigable composición, que en la práctica constituye la regla.

En la amigable composición propiamente dicha, consideramos necesario distinguir dos supuestos muy diferentes: aquel en el que las partes buscan esencialmente una solución de conciliación y aquel en el que desean que su conflicto se resuelva "conforme al derecho", pero atendiendo a un derecho que no sea un derecho "nacional"[6]. En la realidad, ambos casos son muy distintos, y esta distinción explica la imprecisión de las fórmulas que emplean los autores al referirse a la amigable composición. Se ha tratado de concebir la amigable composición como una institución única, cuando, ante la falta de un conjunto normativo suficiente de conceptos, se ha aplicado el término "amigable composición" a dos series de situaciones completamente diferentes. Evidentemente, no puede establecerse una regulación satisfactoria si no se percibe, desde el inicio, la variedad de los supuestos para los cuales se pretende diseñar dicha regulación.

Las consideraciones precedentes no ofrecen, sin duda, una solución inmediata a los problemas que plantea el arbitraje en las relaciones internacionales. Sin embargo, nos parecen idóneas para clarificar una situación que, en todos los países, hasta ahora ha sido abordada de un modo empíricamente erróneo y bastante desordenado, sin una verdadera comprensión de la naturaleza específica del arbitraje.

Quizá porque constituye un fenómeno no estrictamente jurídico, el arbitraje es-

[6] La distinción corresponde, en gran medida, a la existente entre el arbitraje ocasional (arbitraje ad hoc, de carácter fiduciario) y el arbitraje institucional, administrado por organismos preconstituidos. La profunda diferencia que existe entre ambos tipos de arbitraje fue subrayada en numerosas ocasiones en 1954 en el Coloquio de Cadenabbia: *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato* (Milán, 1955), passim.

capa a la división[NT9] nacional en la que se inscriben los distintos ordenamientos. Resulta significativo observar cómo, en este ámbito, la noción de sistema de derecho, familiar para los comparatistas, se diluye: el derecho estadounidense se opone al inglés[7], el alemán al italiano y ambos al francés; una diversidad notable en una institución que, aquí o allá, parece tener que satisfacer las mismas aspiraciones.

La diversidad de las legislaciones en materia de arbitraje quizá no constituya el obstáculo fundamental que podría suponerse para la unificación del derecho del arbitraje, pues podría deberse, más que a los diferentes enfoques nacionales, a la incapacidad de los juristas de todos los países para aprehender cabalmente el fenómeno arbitral. Solo se logrará una unificación del derecho del arbitraje si se procura "desjuridizar"[NT10] el arbitraje, renunciando a encuadrarlo en el marco de los conceptos estrictamente jurídicos de los ordenamientos nacionales, y elaborando para él, de manera decidida, normas nuevas específicamente adaptadas a su naturaleza original.

[NT9] En original "l'arbitrage échappe au compartimentage national".

[7] Cf, en particular: F. E. Klein, *Autonomie de la volonté et arbitrage*, *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 255 y ss.

[NT10] En original "déjuridiser"