

ÁRBITROS, ÉTICA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

I. Breve reflexión acerca de la virtud.

La virtud se manifiesta bajo un doble aspecto: uno intelectual, otro moral. La virtud intelectual proviene en su mayor parte de la instrucción o educación, de la que necesita para darse a conocer y desarrollarse, exigiendo igualmente práctica y tiempo; en tanto la virtud moral es hija de los buenos hábitos, estamos naturalmente predispuestos a adquirirla, pero necesitamos el ejercicio adecuado para alcanzarla, como cualquier arte o ciencia requiere una buena práctica para ser aprehendida.²

Con estas palabras enunciadas hace 2500 años, Aristóteles nos mostraba su pensamiento acerca de la virtud y de cómo el hombre podía adquirir ese estado, presente en la naturaleza, a la mano de cualquier ser humano, pero que como cualquier valor, requería estudio, esfuerzo, dedicación y buena práctica para ser obtenida en su doble dimensión: como virtud intelectual y virtud moral, dos conceptos que enfocados copulativamente nos presentaban al hombre virtuoso.

El mismo filósofo griego nos decía que a fuerza de construir bien o mal se hace uno buen o mal arquitecto, como a fuerza de practicar un instrumento se hace una persona buen o mal músico, y así con cualquier oficio o técnica que queramos llevar al virtuosismo. De la misma manera, las virtudes morales están llamadas a ser practicadas en la vida cotidiana. Por eso, "a fuerza de practicar la justicia, la templanza y la valentía, llegamos a ser justos, sobrios y valientes". En ese sentido, es necesario que ejercitemos nuestras actividades de una manera determinada, puesto que las diferencias de conducta dan lugar a hábitos distintos y ello incide directamente en el resultado moral de nuestra acción respecto

al mundo exterior. Esto, en cualquier ámbito de nuestras vidas.

II. La práctica del buen árbitro.

Lo anterior nos conduce a la realización de buenos hábitos para alcanzar la virtud moral que el resto espera de nosotros. El arbitraje, como cualquier otro oficio, no puede relevarse de lo enunciado; más aún, cuando en este particular oficio debemos determinar derechos y obligaciones, ejerciendo una real administración de justicia. Ahora bien, ¿cuáles son los buenos hábitos que nos conducen a la actuación virtuosa o justa?

Definitivamente, un tratado no sería lo suficientemente extenso para dar respuesta a esta pregunta, menos un pequeño artículo como el presente que no busca hacer ningún aporte para la "virtud intelectual" sino una "reflexión moral" de la actuación arbitral. Para ello me permito esbozar algunas ideas:

1. El Código de Ética.

Para empezar, considero que los buenos hábitos, y con ello la virtud en la actuación arbitral, no se adquieren siguiendo mecánicamente los diversos Códigos de Ética de los Centros de Arbitraje, como si se tratase de un buen recetario de cocina. Es más, si por un momento imaginamos que no existe ningún Código de Ética, estoy seguro que no dejaría de haber árbitros que se comporten virtuosamente en un proceso arbitral, esto es, administrando justicia en todo el sentido de la palabra; como el hecho de la aprobación de un Código de Ética -al que formalmente se someten los árbitros- no garantiza en todos ellos una comportamiento acorde con las virtudes morales o éticas que las partes merecen y esperan.

1. Árbitro, Abogado y Profesor Universitario

2. ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea, Libro Segundo, Capítulo 1. Aguilar S.A. Ediciones. Madrid, 1967. Pp. 1185-1186.

Así pues, el Código de Ética refleja un estándar o promedio de conducta moral que deben observar los árbitros al momento de comprometerse en su papel de administradores de justicia. Por lo tanto, las disposiciones de los Códigos no son intrínsecamente buenas o malas, menos aún efectivas en su totalidad, por cuanto el gran peso recae en los hombros del árbitro que ha aprendido a llevar virtuosamente -lo que de manera común, llamamos decencia o ética- un proceso arbitral.

Entonces, ¿se necesita un Código de Ética? En principio no, a la vista de las razones expuestas; sin embargo, también es cierto que un Código de Ética bien estructurado ayuda mucho porque marca pautas o líneas de conducta que los árbitros y las propias partes deben seguir y respetar. Además, cabe resaltar algunas características básicas de todo Código de Ética, cuales son: (i) su carácter vinculante; (ii) su aplicación general; (iii) la definición de principios generales; y (iv) el carácter no limitativo ni excluyente de sus reglas.

En ese sentido, un Código de Ética debe brindar directrices que orienten a los árbitros, a las instituciones arbitrales y a las partes, según corresponda, en el desempeño de cada uno de sus roles en el marco de un arbitraje.³

2. Principios de conducta.

Conviene en este punto rescatar otra reflexión: las cualidades (virtudes) académicas y profesionales de un árbitro son necesarias, pero no suficientes; se requieren cualidades (virtudes) morales o éticas. Frente a esto, ¿cuáles son los principios de conducta que nos conducen a tales cualidades?

Sin perjuicio de lo apuntado en el acápite anterior, habría que decir que los libros de texto y Códigos de Ética señalan principios clásicos en la función arbitral, a saber: (i) independencia; (ii) imparcialidad; (iii) idoneidad; (iv) diligencia; (v) probidad y; (vi) discreción. Si bien ninguno puede

considerarse el "más importante" para alcanzar una conducta virtuosa en la práctica arbitral, nos detendremos brevemente en los dos primeros: la independencia y la imparcialidad.

Ambos son "dos caras de la misma moneda", siendo la independencia un aspecto objetivo relativo al vínculo entre un árbitro y las partes o el asunto controvertido, lo que supone libertad y autonomía en el ejercicio del cargo, por lo que se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos "próximos, sustanciales, recientes y probados"⁴; el principio de independencia exige de los árbitros, durante el ejercicio de sus funciones, evitar vínculos sustanciales y probados respecto de las partes, de cualquier otro participe del arbitraje o de terceros, que puedan afectar su autonomía y la objetividad de sus decisiones.

En tanto, la imparcialidad es un aspecto subjetivo referido al estado mental de un árbitro que implica la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, hacia una de las partes o el asunto controvertido en particular.⁵

Como bien señala Fernando de Trazegnies: "Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos ('imparcial' e 'independiente'), como no lo hace la nueva ley peruana [de Arbitraje]. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo al nivel de principios aplicados a situaciones específicas, a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos"⁶

Estas definiciones nos permiten señalar algunas notas determinantes acerca de estos principios: (i) la existencia de uno, no garantiza la del otro, son pues, complementos necesarios; (ii) ambos no se presentan en abstracto, sino su análisis apunta a cada caso particular; y (iii) la falta de independencia o de imparcialidad de un árbitro no supone un cuestionamiento a sus cualidades profesionales o, incluso, morales.

3. Al respecto, compartimos lo señalado por Hamilton en el sentido que: "Los códigos éticos no contienen una serie de reglas fijas sino que contemplan unas líneas de actuación flexibles, generalmente aceptadas y extraídas de la práctica internacional. Son menos estrictos que aquéllos que rigen la actuación de los jueces. La aplicación de reglas rígidas dificultaría el arbitraje y contravendría su esencia, ya que se limitaría el número de árbitros competentes y se reducirían las posibilidades interpretativas que admiten los principios que comparten los distintos códigos éticos". HAMILTON, Calvin. "Códigos de Ética Arbitral". En: Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Lima: Palestra. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2011. Pág. 359

4. STEPHEN BOND, "The experience of the ICC in the confirmation/appointment stage of an arbitration, the arbitral process and the independence of arbitrators" (ICC Publishing 1991) pp.13; citado por Francisco González de Cossío: "Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros". En: Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana, N°32. México, 2002.

5. EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE (editores) "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International. The Hague/London/Boston, 1999, pp. 567; citado por Francisco González de Cossío: "Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros". En: Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana, N°32. México, 2002.

6. TRAZEGNIES, Fernando. "Artículo 28°.- Motivos de abstención y de recusación". En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011. Pág. 343.

Basta decir que, debido a su trascendencia para la buena o virtuosa práctica arbitral, a nivel nacional, diversos Reglamentos Arbitrales⁷ han regulado sobre ellos, siendo elementos muy importantes para identificar la falta o ausencia de imparcialidad e independencia los siguiente⁸:

1. Favorecer indebidamente a una parte.
2. Mostrar predisposiciones hacia ciertos aspectos de la controversia.
3. Tener interés material en el resultado del conflicto.
4. Mantener relación de negocios, directa o indirecta, con las partes, sus abogados o representantes.

Por último, para conceptualizar las "dudas justificadas" que acompañan la imparcialidad o independencia del árbitro, resulta interesante traer a colación la Norma General 3 (c) de las Directrices de la IBA, que a la letra dice: "*Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.*"

Si bien es cierto que la mayoría de legislaciones nacionales, así como Reglamentos y Códigos de Ética de institucionales arbitrales no definen esta noción, el Grupo de Trabajo de las Directrices de la IBA antes aludida, al justificar la inclusión de esa norma, resalta la importancia de contextualizarla a fin de facilitar la toma de decisiones, lo que resulta de gran ayuda a los árbitros que formulan su declaración.

3. El deber de declaración.

Obligación inherente a la función arbitral. De hecho, el futuro árbitro, antes de aceptar ese encargo, debe hacer una evaluación interna en base a dos aspectos: el primero, si se considera a sí mismo una persona con la capacidad, competencia y disponibilidad de tiempo suficiente para asumir el arbitraje que se le quiere encomendar; el segundo aspecto está ligado con el examen que efectuará para determinar si, desde el punto de vista de las partes, está desprovisto de circunstancias que pudieran generar dudas justificadas acerca de su

imparcialidad o independencia.

Sólo si, después del análisis anterior, el futuro árbitro concluye que, en su ejercicio arbitral, cumple a cabalidad con los dos aspectos referidos anteriormente, podrá aceptar el encargo. En caso contrario, es decir, si fruto de esa evaluación, la persona sugerida para actuar como árbitro en el caso concreto estima que no está en aptitud de cumplir con los estándares antes dichos, dudando incluso acerca de su imparcialidad e independencia, pues deberá declinar tal encargo. Es más, si con posterioridad a la surgen en el árbitro dudas acerca de su imparcialidad e independencia, la conducta virtuosa a seguir es la renuncia al cargo de árbitro, explicando los motivos que ameritan tal decisión.

Entonces, como concepto general el deber de declaración es la revelación que debe efectuar todo árbitro respecto de hechos o circunstancias que, desde el punto de vista de las partes, puedan originar dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. De alguna manera, este deber complementa las cualidades de imparcialidad e independencia que debe tener el árbitro, ofreciendo a las partes, por medio de la revelación, la posibilidad de valorar si efectivamente tales atributos concurren en el árbitro⁹.

Nótese que el deber de declaración no supone un conflicto de interés del árbitro con las partes, ya que de ser así, simplemente no habría aceptado su designación. Como indican las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses¹⁰:

"Revelar ciertos hechos o circunstancias no equivale a admitir que existe un conflicto de intereses. El árbitro que revela a las partes ciertos hechos o circunstancias se considera a sí mismo imparcial e independiente de las partes, a pesar de tales hechos o circunstancias; de lo contrario habría rechazado su designación o habría renunciado. De la misma forma, el árbitro que pone de manifiesto algún hecho o circunstancia se considera capaz de cumplir con sus deberes. El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del

7. Véase Reglamentos Arbitrales de la CCI, CIADI, UNCITRAL, IBA, entre otros.

8. Al respecto, el artículo 6º del Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

9. ALONSO PUIG, José María. La independencia e imparcialidad de los árbitros. Revista Peruana de Arbitraje N° 2. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2006.

10. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobado por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004.

árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto."

Atendiendo a lo anterior es que el árbitro, al momento de declarar, debe ponerse en la posición de las partes y preguntarse qué hechos o circunstancias podrían ser relevantes para las partes conocer a efectos de tener mayor claridad respecto al cumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia por parte del árbitro. De alguna forma, el árbitro debe ponerse "en la piel de las partes" antes de emitir su declaración.

Siendo el deber de declaración uno de los deberes esenciales del árbitro, ha merecido su atención de importantes instituciones. Por ejemplo, el artículo 7(2) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) lo regula explícitamente¹¹. Igualmente, el artículo 11(1) de las Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del Club Español del Arbitraje¹² y el artículo 6 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial - CIAC¹³, regulan este tema medular.

Es pertinente anotar que, antes de formular su declaración, el árbitro debe hacer una investigación rigurosa a efectos de identificar potenciales conflictos de intereses. Pienso en un estándar de diligencia definido: el de un "profesional ordenado"; así la idea que subyace a este estándar es la del esfuerzo que debe desplegar el árbitro para averiguar y determinar, por todos los medios a su alcance, tales conflictos de intereses.

Dado lo anterior, no basta un mero recuento del árbitro -hasta donde recuerde- de aquellas circunstancias o hechos que puedan socavar su imparcialidad o independencia; por el contrario, el árbitro tiene que ser extremadamente cuidadoso para buscar, cotejar y recoger la información necesaria que le permita formular una declaración certera y completa. En ese sentido, el árbitro no puede basarse ni confiar en su memoria, sino que debe revisar cual "profesional ordenado"

sus actuaciones pasadas (principalmente en la esfera profesional) para detectar situaciones que supongan potenciales conflictos de interés.

Cabe recordar que el deber de declaración no se agota en un único acto (la aceptación del cargo como árbitro), sino que se prolonga a lo largo del ejercicio de la función arbitral. Ello va muy unido con el hecho real que, luego de la aceptación del cargo y su consiguiente declaración, pueden presentarse circunstancias sobrevinientes que, a juicio de las partes, puedan afectar la imparcialidad o independencia del árbitro. De la misma manera, asiste el derecho a las partes a solicitar, en cualquier momento, aclaraciones, precisiones o ampliaciones, respecto de los hechos o circunstancias declarados por el árbitro.

Finalmente, el actuar virtuoso del árbitro en relación a este tema debe reflejar la siguiente idea: "Ante la duda, revelo". En efecto, esta es un regla general del deber de declaración que el árbitro debe tener presente. Como quiera que no resulta un propósito -ni podría siquiera intentarse- de los Códigos o Reglamentos regular cada una de los hechos o circunstancias pasibles de revelación, es que se deja en el fuero interno del árbitro -poniéndose en el lugar de las partes- declarar cuáles son aquellos. Puede pasar, como ciertamente sucede, que en ese repaso, el árbitro encuentre hechos que le generan dudas acerca de la pertinencia para su declaración. Se tratan de circunstancias que no son extremas, es decir, ni están referidas a situaciones que, a todas luces, ameritan una declaración clara y directa del árbitro, ni tampoco a circunstancias irrelevantes a los efectos de tal declaración.

Son estos casos "grises" o "nebulosos" los que, por sana práctica, los árbitros deben declarar. Sin perjuicio de lo antes dicho, corresponde advertir que esta disposición no comulga con el "over disclosure", que es la sobre declaración o declaración excesiva que erradamente practican los árbitros respecto de hechos fatuos o irrelevantes a los efectos de determinar potenciales conflictos de interés. En este último supuesto, y desde la

11. "Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios."

12. "Todo candidato propuesto para ser árbitro, que estima que no incurre en una Circunstancia de Abstención, podrá aceptar su designación, pero deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia ("Circunstancias de Revelación"). La buena fe y el deber de transparencia exigen que los candidatos revelen todas las circunstancias que potencialmente, desde el punto de vista de las partes, pudieran generar dudas sobre su independencia e imparcialidad."

13. "La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento, todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia."

óptica del profesional ordenado, el árbitro debe ser lo suficientemente equilibrado para no dotar a su declaración de contenido intrascendente que, en vez de ayudar, terminan creando dudas en la idoneidad del árbitro declarante.

4. Los árbitros y la administración de justicia.

Considero que el arbitraje es un mecanismo real y efectivo de "privatización de justicia", teniendo los árbitros como función principal la de administrarla, esforzándose al máximo y aplicando para ello todas sus cualidades o virtudes intelectuales y morales en procura de un resultado justo.

Sobre el particular, deseo rescatar unas valiosas reflexiones del maestro Manuel de la Puente y Lavalle¹⁴:

"... no veamos, pues, el arbitraje prioritariamente como una fuente de honorarios, sino como una preciosa oportunidad de administrar justicia.

No es fácil administrar justicia, porque, en realidad, no se sabe bien qué es la justicia. En el curso de la historia ha variado la concepción de la justicia. Primero se pensó que se trata de la justicia aritmética o conmutativa, según la cual cada uno debe recibir exactamente lo que le corresponde; luego se concibió la justicia geométrica o distributiva, que consiste en exigir más a quien más puede y dar más a quien más se lo merece; para finalizar en la justicia social, que es la aplicación de la justicia divina.

Quizá la definición de justicia más certera, aunque más difícil de aplicar por necesitarse mucho criterio, es la que nos da CARNELUTTI, según el cual justicia es "conformidad con el orden del universo" , esto es, un orden ético o moral, lo cual no es precisamente la misma cosa que conformidad y adecuación con una regla o ley. Quien confunda una definición con la otra, o lo que es lo peor, prefiera la segunda a la primera, olvida sencillamente que la regla excluye, mientras que el orden alcanza las excepciones, y no es otra cosa que una exigencia de la justicia la que determina tanto la regla como la excepción.

Difícil es la labor del árbitro de fundar sus laudos en la justicia por encima del Derecho, pues debe, en primer lugar, elegir en conciencia qué tipo de justicia va a aplicar y, luego, decidir cómo va a plasmar en su laudo el tipo elegido.

Sin embargo, este deber es ineludible, por lo que hago una rendida invocación a los árbitros para que, aun a costa de grandes esfuerzos, hagamos de nuestros laudos verdaderos modelos de administración de justicia, en su verdadero sentido."

Ya sea en el ámbito privado o en el público, en el marco de la función arbitral, los árbitros asumen importantes compromisos frente a las partes, las instituciones arbitrales y frente al propio sistema, que -finalmente- es el que confía su credibilidad y permanencia en la labor de estos operadores del Derecho. Dentro de estos compromisos se encuentran los de raigambre ética, aquellos que tienen que ver con el recto desempeño de las labores que les son encomendadas por las partes, sus coárbitros o las instituciones arbitrales que las designan.

III. Reflexión Final.

El arbitraje, qué duda cabe, se funda en la confianza de las partes para, dejando de lado la administración de justicia estatal, depositar ese poder en personas particulares, árbitros que, individual o colegiadamente, tendrán en sus manos el enorme poder y responsabilidad de dirimir aspectos relevantes de nuestros derechos y negocios. Por eso, las virtudes, no sólo intelectuales, sino también morales que estos operadores de la justicia arbitral posean es, a todas luces, vital para el buen funcionamiento y desarrollo del arbitraje, a todo nivel y en todo lugar.

14. En: "Arbitraje on line". Boletín jurídico editado por la Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio de Lima. Año II, N° 2. Lima, mayo de 2004.