

Ética del árbitro *

José Miguel SERRANO RUIZ-CALDERÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la UCM.
Director Académico del Instituto de Estudios Bursátiles. Madrid.

Sumario: I. Presencia de la ética en el Derecho: 1. Rearme ético en los profesionales del Derecho. 2. La ética en el desarrollo de las funciones arbitrales. II. La prueba de la necesidad de un comportamiento ético. III. Importancia de la ética aplicada: diversos modelos. IV. El *telos* o fin del arbitraje: 1. Modelos en presencia. 2. La ética arbitral. V. Exigencias desde el fin del arbitraje: Comparación con otros como el juicio en sentido estricto. VI El arbitraje no es una solución deficiente. VI. La neutralidad del árbitro.

I. Presencia de la ética en el Derecho

1. Rearme ético en los profesionales del Derecho

Un hecho constatable con un breve repaso a la mayoría de los programas de los centros universitarios y escuelas profesionales mas reputadas del mundo es que hoy en día en el entorno internacional no se puede programar un curso de formación en una actividad específica, como es un Curso Internacional de Arbitraje Comercial y de Inversiones, sin una referencia mas o menos exhaustiva a la ética propia de la actividad. Y ello aún cuando existen arraigadas sospechas sobre las denominadas éticas corporativas, en cuanto se han considerado como la deontología un medio de control desde las corporaciones más que una guía de comportamiento correcto para profesionales. Incluso para algunos parece que la ética “jurídica”, aparece como una forma de superación o recuperación del Derecho natural, de forma, ciertamente muy compleja¹.

* Texto revisado de la Conferencia pronunciada en el Primer Curso Internacional de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Panamá, 15 de octubre de 2010.

¹ “En definitiva, situados en una nueva postura al margen de la alternativa iusnaturalismo o positivismo, replanteada la temática del problema del Derecho natural con nuevas herramientas que no quieren olvidar la función histórica de control moral del Derecho natural en relación con el Derecho positivo, admitida la inaceptabilidad de las viejas tesis iusnaturalistas y positivistas e interpretando al Derecho natural deontológico como la idea

Por citar ejemplos, los MBA incluyen referencias a las éticas de los negocios, el *compliance* es básico en la formación financiera², y muy destacadamente, incluso profesiones que se consideraban más ligadas al cumplimiento estricto de la Ley como son los jueces, desarrollan no sólo ponencias o cursos sobre ética judicial sino incluso convenios o códigos³.

Así, por mantenernos en un ejemplo de nuestro entorno, la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana adoptó un Código Iberoamericano de Ética Judicial que explicita un notable esfuerzo y que explica, frente a las voces escépticas el peso de la ética, por ejemplo en el punto tercero de la exposición de motivos se afirma que: “La ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la excelencia judicial”⁴.

En efecto, como afirma José Gabaldón López, el código o la disciplina no agotan, ni mucho menos, la ética judicial⁵. De lo que se dedu-

del Derecho justo o ideal, como los principios de una ética jurídica a la altura de nuestro tiempo, queda preguntarse cuáles serían sus contenidos y si es posible una fundamentación racional de ellos” (Cf. E. Fernández, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, p. 40).

² Sobre el *compliance* dice J. Amo (especialista del IEB en la materia y director del Master en Bolsa y Mercados Financieros) “(l)a figura de *Compliance* no se corresponde con la de Auditor, ni tampoco de la figura del defensor del cliente, cuyos roles son distintos. Su incumplimiento puede llevar a la entidad y a sus directivos a sufrir reprimendas públicas y daños reputacionales”. En la misma línea el mismo autor afirma que “(e)l departamento de *Compliance* debe ser capaz de proporcionar a la dirección de la compañía como máximas conocedores de los objetivos y con un supuesto nivel de Ética, entendimiento y aceptación de las propias responsabilidades, una sistemática suficiente como para poder identificar los riesgos reputacionales de forma y manera que su organización pueda alcanzar los objetivos del negocio de una forma controlada y ayudarles a establecer los controles necesarios” (cf. *Apuntes de Compliance*, Madrid, IEB, 2009).

³ Sirvan como ejemplo los programas del Master en Bolsa y Mercados Financieros, el MBA o el curso de especialización en arbitraje del Instituto de Estudios Bursátiles donde la ética de los negocios o del arbitraje ocupa el mismo número de créditos que materias “más prácticas”.

⁴ Código Iberoamericano de Ética Judicial, XIII Cumbre judicial Iberoamericana, Santo Domingo, Junio 2006. Vid. L. Tosi Boeri y L.A. Tosi de Horta, “Introducción al estudio del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial”, *Revista de Técnica Forense*, nº 17, 2008, pp. 135–140.

⁵ “Desde otro punto de vista, hay que señalar que la deontología profesional suele ligarse a la existencia de códigos éticos. Sin embargo, este instrumento, que es valioso porque favorece la publicidad, certeza y eficacia de las normas deontológicas, no agota todo el

ce que en la función del jurista se encontraría la búsqueda de los conceptos de persona, valores y principios que subyacen a las normas jurídicas⁶.

De esta forma hay quien afirma, creo que con cierto optimismo y buena fe, que la solución a buena parte de los problemas de la justicia sería ética, de forma que “de una parte, a través del rearme ético de los distintos profesionales del Derecho que colaboran en su funcionamiento, mediante la moralización de su conducta práctica, la puesta en ejercicio de su sentido de la responsabilidad y de su conciencia de la alta función que ejercen”; “de otra, por la recuperación de la deontología profesional, disciplina que han tenido demasiado tiempo arrumbada en el trastero de lo complementario”⁷.

Dicho lo cual no puede despreciarse la relación que existe entre la denominada ética judicial y las normas disciplinarias de los poderes judiciales, tendentes en muchos casos a reforzar la ética con sanciones a los aspectos más relevantes de la ruptura del principio de neutralidad, ya sea en lo que se refiere a la imparcialidad como a la independencia⁸. De forma paralela, la ética del árbitro lejos de constituirse exclusivamente en un referente de excelencia, tiene indudables consecuencias jurídicas. O dicho de otra forma, el comportamiento contrario a la ética produce efectos fundamentales, unas veces respecto al propio arbitraje, otras respecto a la responsabilidad del árbitro. En este segundo caso la discusión se ha centrado en la posibilidad de responsabilizar a los árbitros por el fallo en desarrollar sus deberes de acuerdo con un *standard* razonable de conducta y competencia⁹. Debe indicarse que en su juridificación las exigencias éticas, por ejemplo la independencia, adquieren el carácter formal de lo jurídico, véase

contenido de éstas; es una guía de reglas precisas que facilita y orienta al profesional en el buen cumplimiento de las normas morales. Para los jueces (y otros servidores públicos) se concreta en normas de contenido jurídico, que son exigibles bajo sanción (normas disciplinarias), pero abarca también principios éticos profesionales que, en su íntima motivación y aplicación, son incorecibles mediante sanciones externas” (J. Gabaldón López, “Reflexiones sobre la ética judicial”, *Ética de las profesiones jurídicas, Estudios sobre deontología*, Murcia, UCAM, 2003, p. 785).

⁶ P. Durán y Lalaguna, *Notas de Teoría del Derecho*, Universidad Jaime I, Castellón 1993.

⁷ J. Iturmendi Morales, “En torno a la deontología, la función social y la responsabilidad de las profesiones jurídicas”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, época II, n° XXXI, 1998, p. 153.

⁸ Vid. M. Atienza Rodríguez, “La imparcialidad y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*, n° 151, 2008, pp. 167–186.

⁹ P. Lalive “Irresponsability in International Commercial Arbitration”, *Asia Pacific L. Rev.*, vol. 7, n° 2, 1999, p. 165.

por ejemplo la Sentencia en el caso *Commonwealth Coatings Corp v. Continental Casualty Co.* en la cual el Tribunal Supremo de Estados Unidos anuló un laudo por la no revelación de un vínculo con una parte del arbitraje aún cuando desde luego no se probó parcialidad¹⁰.

Es notorio que los árbitros no son jueces pero probablemente por ello, y en base a la confianza inherente a la función arbitral, las exigencias éticas deben explicitarse con mayor claridad tanto en las etapas de formación como en la investigación sobre la materia o la elaboración de normas institucionales, esta es pues la justificación y propósito de esta ponencia, acercarse a la explicación de alusión de referencias éticas en el arbitraje e intentar que queden sentados algunos puntos básicos que integren el conjunto de enseñanzas que se van a recibir en el curso.

En general se piensa que tratar una ética aplicada, o más precisamente explicarla a personas que no tienen especial formación en cuestiones de Filosofía Práctica, debe resultar mas sencillo que abordar las complejas bases de la ética, la verdaderas bases del comportamiento moral o el sentido de la felicidad. Y ello tiene su explicación clásica pues no debemos olvidar que “sofía”, el término que significo sabiduría en el concepto más abstracto y occidental, raíz del propio término filosofo, comenzó significando, si hacemos caso a autores como Wilhem Nestle un saber concreto y de lo más práctico, y sólo desde él se accede a lo que posteriormente se denominará filosofía¹¹.

Recuérdese además que los famosos sabios de Grecia, por muy variados que aparezcan los siete en las distintas listas, fueron fundamentalmente literatos dedicados a la política o políticos con veleidades literarias¹². Es decir personas que unían a un básico conocimiento

¹⁰ 393 US 145 1968. Vid. un comentario en F. González de Cossio, “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 32, 2002, México, D. F., y también en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 12, Octubre, 2002, México, D. F. p. 13.

¹¹ “También Hesiodo, como Homero, conoce el sentido de ‘sabiduría’ sofía exclusivamente como ser entendido o competente en un arte, ya sea el marino o el del cantor; y el saber mismo aparece personificado en el nombre de una oceánida, Idia, madre de Medea. Pero también Prometeo ‘sabe’ consejo acerca de todo y Zeus sabe consejos imperecederos. También esta expresión lingüística caracteriza el rasgo nacional del carácter de Hesiodo, al que corresponden su piedad sobria y libre de todo entusiasmo y su ética del sano sentido común” (W. Nestlé, *Historia del Espíritu Griego*, 2ª ed. Barcelona, Ariel, 2010, p. 42).

¹² “Las historias que se cuentan de los Siete Sabios son en gran parte legendarias y los dichos que les atribuyen apócrifos, pero las personas que se contabilizan como tales son en conjunto personajes históricos, la mayoría de los cuales vivió en la primera mitad del

práctico algo más que lo trasciende pero que se puede definir sólo en relación con ese primer escalón¹³. En consecuencia, sin necesidad de repetir en cada investigación todo el proceso histórico, parece claro que la aproximación deontológica o, si se prefiere, ética profesional permite acceder a más altas esferas del discurrir ético. Es más como ha señalado el catedrático de la Universidad Complutense José Iturmendi la referencia práctico corporativa no deja de ser un modo contemporáneo de superar el atomismo del pluralismo ético. En sus palabras “por evidente parece innecesario reconocer que los referentes morales en la sociedad pluralista del presente donde existen distintas ‘doctrinas comprensivas del bien’, se centran de manera creciente, aún cuanto bien cierto que no de forma exclusiva, en lo que constituye en nuestros días, en la época del pensamiento fragmentario, uno de los cobijos privilegiados frente a nuestra precariedad, la sociedad corporativa: el gremialismo, los grupos de intereses organizados, la colegialidad y la propia ocupación profesional que suministran formas de identidad y pertenencia”¹⁴.

Esto no debe ocultar que cualquiera que explica un discurso ético tiene consciente o inconscientemente un canon de lo que significa norma moral, virtud, fin de la actividad, honestidad etc. Es cierto, sin embargo, que cada vez que se trata una cuestión no hay porqué explicitar todo el canon, como cada vez que se comenta una norma no hay porqué explicar toda la parte general de Derecho civil o cuando se explica una terapia no hay porqué entrar en los arcanos de la medicina ni discutir, por poner un ejemplo extremo el nihilismo terapéuti-

siglo sexto. Como las leyendas biográficas tienden a formarse poco después de la muerte de sus héroes, se puede suponer que la idea de tal grupo se fraguó en torno a la mitad del siglo. La relación de nombres cambió en la antigüedad; si hacemos una lista con todos los nombres, resultan diecisiete sabios en lugar de siete. Cuatro nombres aparecen en todas las listas: los dos reformadores de las constituciones de Atenas y Mitilene; Sólon y Pítaco, el juez Bías de Priene en Asia menor, y el filósofo Tales de Mileto, al que Herodoto atribuye también sabiduría práctica y política” (Cf. H. Fränkel, *Poesía y Filosofía de la Grecia Arcaica*, 2ª ed., Madrid, La Balsa de la Medusa, 2004, p. 231).

¹³ “La denominación Sofía se encuentra por primera vez en la Iliada en boca de un constructor de naves; pero también el artista, el poeta y el músico, así como el vidente y el médico, el maestro de una ciencia, reciben el apelativo de *sofos*. Lo común de todos ellos es que dominan una técnica y su aplicación. Este doble aspecto de la sabiduría griega se encarna finalmente en los hombres reunidos, con especial sentido, en el grupo de los ‘siete sabios’ cuyos nombres por lo demás, con algunas excepciones que se presentan en todas las listas cambian frecuentemente. Estos hombres son los maestros de la sabiduría sentencial o gnómica, los cuales intentan acuñar las experiencias de la vida práctica o bien consejos y exhortaciones fundados en ellas en breves sentencias que puedan grabarse en la memoria” (Cf. W. Nestlé, *op. cit.*, p. 22).

¹⁴ Cf. J. Iturmendi Morales, *loc. cit.*, p. 65.

co¹⁵. Esto por supuesto no significa que se deba abdicar de la tesis MacIntieriana según la cual el debate contemporáneo choca contra el muro provocado por la pretensión de discutir como si todo el mundo pretendiese tener un concepto igual de lo que significan los términos en discusión¹⁶. Piénsese, por ejemplo, en el conocido término de virtud o en la misma idea de fin de la actividad, por ejemplo jurídica, que puede ser diversa según el punto de vista, tradición o propuesta que se maneje. Recuérdese que resulta ilusorio discutir como si los términos utilizados reflejasen conceptos universales, inmediatamente traducibles de un sistema a otro. Como si de forma ucrónica o utópica apareciera la moral, referente de un sujeto sin tradición ni condicionamiento, sin lengua ni historia y sin previos compromisos éticos que explicaran su propia visión moral¹⁷.

Es más, si atendemos a los clásicos (lo que no es tradición es plagio decía Eugenio D'Ors) la vía para acercarse a la explicación de lo que es la virtud debe tomarse desde prácticas bien conocidas, a veces el mismo comportamiento del artesano o profesiones como la de capitán de barco, o zapatero, que tanto abundan en los ejemplos de la escuela socrática¹⁸.

2. La ética en el desarrollo de las funciones arbitrales

De hecho lo que acontece en nuestros días es que el renacer de la ética, surgido tras su supuesta defunción, viene por el camino de la ética particular hacia la ética general. Renacer de la ética que combina la apreciación inmediata con las formas más abstractas de justifica-

¹⁵ En cierta medida el nihilismo terapéutico supone el máximo de científicidad y el mínimo de deontología en la práctica médica. Vid. W.W. Johnston, *El genio austrohúngaro*, KRK Ediciones, 2009, pp. 535 ss.

¹⁶ “Los problemas de la teoría moral moderna emergen claramente como producto del fracaso ilustrado. Por una parte, el agente moral individual, liberado de la jerarquía y la teleología, se autoconcibe y es concebido por los filósofos morales como soberano en su autoridad moral. Por otra parte, lo heredado, las reglas morales, aunque parcialmente transformadas, tienden a encontrar algún status, una vez privadas de su antiguo carácter teleológico y su todavía más antiguo carácter categórico en tanto que expresiones, en último término de una ley divina. Si tales reglas no pueden encontrar un nuevo status que justifique racionalmente el recurso a ellas, tal recurso parecerá un mero instrumento del deseo y de la voluntad individuales” (Cf. A. MacIntyre, *Tras la virtud*, 3ª ed., Barcelona, Crítica, 2008, p. 87).

¹⁷ Vid. especialmente a A. MacIntyre, *Tres versiones rivales de la ética*, Madrid, Rialp, 1992. He tratado la cuestión más extensamente en *Retos jurídicos de la Bioética*, Madrid, Eiuinsa, 2005, p. 111.

¹⁸ Vid. especialmente las “memorias sobre Sócrates” o memoria de Jenofonte (*Sócrates, vida y doctrinas*, Madrid, Aldebarán, 1999).

ción. No es exagerado afirmar que en diversas áreas culturales pero especialmente en la anglosajona la ética es la rama más activa y creativa de la filosofía. De nuevo con Iturmendi: “En un momento en el que, junto a las recurrentes voces que de siempre viene certificando o anunciando la eminente muerte de la moral, se escuchan ahora afirmaciones con el mismo sentido, pero, si cabe, más potentes en su volumen y contundentes en su expresión y paradójica y simultáneamente parece que se está produciendo una revitalización de la ética que más de uno considera sin exageración la vertiente de la filosofía más fecunda en nuestro contexto cultural, peor especialmente fecunda en la modalidad de las llamadas éticas aplicadas, en contraste con el dominio que en este ámbito había tenido en el pasado la reflexión preferente sobre cuestiones de *ethica generalis*, esto es, la ética que se ocupa de identificar la virtud y los deberes que son propios de todo ser humano frente a la *ethica specialis* que toma en consideración los deberes y virtudes propios de algún grupo de personas o de algún sector de actividad”¹⁹.

De seguirse este camino, la práctica del arbitraje da pautas para reflexionar sobre lo que significa ser un buen arbitro que debe consistir en alcanzar los fines del arbitraje, no tan sólo los fines cualquiera que uno pone en el arbitraje. Evidentemente, esto no significa que no sea precisa una especial atención a lo que generalmente ocurre en el arbitraje, o al arbitraje tal como es, aunque pudiese observarse una desviación del modelo ideal. El tema es tan sencillo aparentemente desde el punto de vista “práctico”, de hecho de ahí el éxito al que estamos asistiendo de las deontologías profesionales, como complejo desde el punto de vista teórico pues nos obliga a decidir, de ahí el gran debate, si hay fines intrínsecos a las actividades, que sean a su vez normativos, o los fines los coloca cada interviniente en cada caso y sólo serían en algún sentido normativos (autónomamente normativos) para cada participante en cada caso.

Bernardo Cremades, que aparece como uno de los grandes nombres de juristas que iniciaron el arbitraje entre nosotros con acierto, señalaba en su día, refiriéndose al Código Ético para árbitros internacionales de la *International Bar Association* que en buena medida este plasmaba por escrito “lo que en la práctica se está entendiendo por ética en el

¹⁹ J. Iturmendi Morales, *loc. cit.*, p. 106.

desarrollo de las funciones arbitrales” ratificando en cierto sentido este encuentro de la filosofía práctica precisamente en la práctica²⁰.

Como el arbitraje depende tan especialmente de los árbitros es la selección de estos una de las formas de observar las condiciones propias que habitualmente se exigen en un buen arbitraje. Como indican Y. Delazay y B.G. Garth tanto los procesos como los resultados de los arbitrajes en general dependen de las características de los árbitros. A diferencia de los sistemas judiciales oficiales donde los jueces son asignados más o menos al azar para cada caso particular y se supone que actúan de acuerdo con procedimientos establecidos claramente y con leyes sustantivas claramente determinadas, el arbitraje tiene una de sus principales características en el hecho de que las partes pueden seleccionar a sus jueces. Tal como han probado diversas investigaciones como la que se llevo a cabo en Estados Unidos hace unos cuarenta y cinco años en el área del arbitraje doméstico la selección de árbitros es la decisión clave para ganar o perder²¹.

El brillante internacionalista francés en su texto de Filosofía del Derecho Bruno Oppetit (es conocida la afición de los internacionalistas a la reflexión más profunda) da varias razones para la moralización del Derecho o, para evitar equívocos la recuperación ética en el Derecho. En sus palabras en todos los estadios de la vida del contrato se impone una ética contractual que se traduce esencialmente en una exigencia de lealtad, estrictamente sancionada por la ley y la jurisprudencia tanto en la realización como en la ejecución del contrato.

Igualmente se impone una ética social a los actores de la vida profesional que se traduce en el respeto de diversas morales.

²⁰ B.M^a Cremades, “Nuevo Código ético para los árbitros internacionales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, 1987, p. 9.

²¹ “Both the processes and the outcomes of particular cases and arbitration in general depend on the characteristics of the arbitrators. Unlike official court system, where public judges are assigned more or less randomly to individual cases and are supposed to operate according to clearly established procedures and substantive laws, arbitration allows the parties to select their judges. As demonstrated by pathbreaking research conducted almost forty years ago... on domestic in the United States, the selection is a key decision in winning or losing” (Y. Delazay y B.G. Garth, *Dealing in virtue*, The University of Chicago Press, 1996, p. 8).

Además la ética económica se dedica firmemente a moralizar el desarrollo de la competencia económica y de asegurar a los protagonistas las condiciones para una competencia equitativa y moral²².

Este avance de la ética en el Derecho se completa con la aparición de una ética autónoma que aparece en textos, es decir una ética jurificada. La jurificación de la ética a través de los textos aparece claramente explicada por el Filósofo del Derecho Francesco D'Agostino que considera que tras una época de superioridad de la moral sobre el Derecho (época clásica y medieval) se pasa a una separación entre Derecho y Moral (ética moderna y contemporánea) para transitar a una ética dominada desde el Derecho²³.

Es ciertamente relevante que aun cuando hay casi general acuerdo en las dos primeras etapas el discurso teórico no acoge apenas la tercera y eso aún cuando en el debate social no sólo se incluyen cada vez más cuestiones que antes pertenecían a la estricta esfera privada sino que se pretende regular jurídicamente, pero bajo epígrafe moral, esas cuestiones²⁴. Frente al discurso de una ética general que no impone posiciones fuertes en materia moral, la realidad es que se produce una progresiva expulsión de éticas de la esfera pública que se sustituye por una nueva ética fuerte en el carácter legislativo que pretende influir de forma creciente sobre los comportamientos personales. La piedra de toque de este proceso es la educación donde el Estado sencillamente moraliza²⁵.

²² "A tous les stades de la vie du contrat s'impose une éthique contractuelle qui s'exprime essentiellement dans une exigence de loyauté, strictement sanctionnée para la loi et la jurisprudence dans la conclusion comme dans l'exécution du contrat" / 2. "Une éthique sociale impose aux acteurs de la vie professionnelle le respect de diverses morales. La jurisprudence fait une large application dans les relations d'affaires de la notion de fraude" / 3. "Une éthique économique s'efforce de moraliser le déroulement de la compétition économique et d'assurer entre ses protagonistes les conditions d'une concurrence équitable et morale" (cf. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, París, Dalloz, 1999, p. 138).

²³ *Vid., in extenso*, F. D'Agostino, *Bioética estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003.

²⁴ Como ha probado Y. Levin esto produce ciertas paradojas, por ejemplo, que los sectores sociales que son más partidarios de mantener la moral en el nivel privado de menor intervención estatal, en general los republicanos en Estados Unidos, se ven obligados a llevar los debates morales a la arena pública (cf. *Imagining The Future. Science and American Democracy*, Encounter Books, 2008, especialmente el capítulo 6: "Science and the right", pp. 108 ss).

²⁵ Como ha indicado A. Llano en relación con la STS 11 de febrero de 2009 sobre educación para la ciudadanía: "Aunque no es lo mismo reconocer al Estado competencias en la programación general de la enseñanza, encaminadas a asegurar que llegue a todos y contribuya al libre y pleno desarrollo de la personalidad, que erigir al Estado en educador, tal confusión se detecta en el razonamiento que lleva a la mayoría de la Sala a considerar

La razón de este cambio de roles entre moral (o si se prefiere ética) y Derecho puede buscarse en el cambio de la postmodernidad. Recordemos que la apuesta jurídica de la Modernidad se establecía sobre la base de la superioridad de la ética. Siendo el criterio de la moral la autenticidad, y siendo el mayor riesgo el fariseísmo, la ausencia de motivación interna estricta en el Derecho lo convertía en algo subordinado o si se quiere una realidad sin “auténtico” valor moral.²⁶

Lo paradójico es que la superioridad de la ética basada en su autenticidad llevaba inscrito en sí mismo la crisis a la que asistimos tal como, según D’Agostino, predijo Max Weber. En efecto el paso de la ética compartida al politeísmo ético ha favorecido que lo compartible sea exclusivamente el Derecho. La consecuencia visible de este proceso es que el Derecho de ser una realidad inauténtica pasa a ser el canon que juzga a las propias éticas privadas o subjetivas. Como ha indicado el citado D’Agostino: “La época posmoderna nos convierte en espectadores de un imprevisible cambio de papeles. Los juristas no tienen ya que justificarse; ni a ellos ni a su función. Será la ética –o, mejor, las éticas– las que tendrán que presentarse ante el tribunal del Derecho, para verse de algún modo sancionadas: reconocidas como lícitas y compatibles”²⁷.

El siguiente efecto es la definición desde ámbitos que en el pasado se habrían definido como jurídicos de obligaciones éticas compatibles. Este proceso es observable en todos los países. Refiriéndose a Francia la extensión de la normativización ética es citada por Oppetit en las siguientes áreas:

En materia biológica se creó en 1983 el Comité Consultivo nacional de ética para las Ciencias de la vida y de la Salud.

En la vida profesional y económica se han multiplicado los códigos de conducta de ética o deontología tanto sea en el sector de la distribución y de los servicios como en el sector bancario, financiero o bursátil²⁸.

que la actividad educativa del Estado no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales” (cf. “Unas reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con “educación para la ciudadanía”, en diálogo con Adela Cortina”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva época, vol. 11, 2010 p. 255.

²⁶ Sobre la cuestión mas extensamente *Retos jurídicos de la bioética*, op. cit.

²⁷ F. D’Agostino, “Ética y Derecho entre lo moderno y lo postmoderno”, *Persona y Derecho*, n° 42, 2000, p. 21.

²⁸ “*En matière de biologie a été créé en 1983 le Comité consultatif national d’éthique pour les sciences de la vie et de la santé*” “dans la vie professionnelle et économique se

Aunque esta moralización sigue lo que podríamos denominar un juego jurídico tiende a presentarse como expresiones moralizadoras de la propia sociedad civil; tal como señala Iturmendi las corporaciones terminan por constituirse en definidoras del contenido mismo de la moralidad y afirman sus propias opiniones sobre lo que son asignaciones propias de tareas, reconocimiento, autoridad y poder y de esta forma tienen la pretensión de ser generadoras de los valores morales²⁹.

No se puede ignorar que esta vuelta a la ética (distinta como veremos de lo que en su momento se denominó el “eterno retorno al Derecho Natural”) tiene sus aspectos controvertidos. Pese a ello existe general acuerdo de que supone una ruptura con el legalismo formalista y su definición de la función del jurista. Este era teóricamente aséptico respecto a cualquier valoración ética aunque justo es reconocer que existe un comportamiento moral o, al menos, un punto de vista sobre la moral en esa asepsia. Dicho de otra forma hay mucho de moral en la descripción del comportamiento aséptico del jurista formalista. Sea como fuere se ha producido una modificación de la consideración del jurista como un técnico ajeno a cualquier instancia que no sea la legalidad vigente.

Entre los factores de modificación A. Aparisi cita los siguientes: Primero, la aceptación de que la relegación de la moral al ámbito de lo meramente privado y subjetivo resulta insostenible en la actualidad; para ello cita a Hart especialmente en lo que se refiere a la distancia entre la definición de lo jurídicamente válido y lo “que debe ser obedecido”³⁰. En segundo lugar, el Derecho no podría erigirse en el único criterio para determinar la bondad o maldad de una acción (o añadiríamos la única fuente de obligaciones para un jurista)³¹.

La crisis del positivismo formalista supone a juicio de Carla Faralli la de los dos soportes en los que se asentaba, por un lado, “la neutralidad valorativa de las ciencias sociales”, por otro, “el soporte que al respecto le suministraba la filosofía analítica”. Como sigue la autora italiana, “(e)l debate contemporáneo ha puesto en cuestión estos dos soportes...

sont multipliés les codes de conduite, d'éthique ou de la deontologie, que se sois dans le secteur de la distribution et des services, le secteur bancaire, financière u boursier” (cf. B. Oppetit, op. cit., p. 139).

²⁹ J. Iturmendi Morales, “Deontología, función social y responsabilidad de las profesiones jurídicas”, *La Universidad y las profesiones jurídicas*, Madrid, Fundación Central Hispano, 1998, p. 300.

³⁰ H.L.A. Hart, “El concepto de Derecho”, *El concepto de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, 1992, p. 259.

³¹ A. Aparisi Miralles, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 75-76.

circunstancia que ha hecho posible, a su vez, la doble expansión que en la actualidad experimenta la Filosofía del Derecho: por un lado, la apertura de la disciplina al mundo de los valores ético-políticos y, por otro, su simultánea apertura al mundo de los hechos”³².

Indudablemente esta vinculación entre ética y Derecho adquiere ciertos caracteres controvertidos en algunos ejemplos como en la referencia siempre polémica al Derecho natural, pero en otros casos, como en el referente a la “equidad” parece más aceptada si se quiere más técnica o más neutral.

Es precisamente el arbitraje donde la referencia a la equidad tiene un valor más fuerte, y donde parece en consecuencia más relevante la propia equidad del árbitro. Tal como prueba Francois Terré esto se produciría tanto en el acto de amigable composición como en el propio arbitraje en sentido estricto. Según el Filósofo del Derecho francés la equidad ejerce un papel importante en materia de arbitraje, desde que (si es posible) personas que tienen un conflicto confían a personas privadas, y no a los tribunales estatales, la tarea de decidir no solamente según las reglas de derechos sino también según las reglas de la equidad, como amigables componedores. Es en la mediación donde se observa probablemente mejor la influencia de la equidad sobre el Derecho³³.

Esto sin ignorar lo complejo del término equidad en su aplicación jurídica, desde la *epikeia* aristotélica, a la moderación en la reclamación del propio derecho, la adecuación de la norma o sentencia a quien la recibe del Derecho canónico o la *equity* inglesa³⁴.

A juicio de María José Falcón la Equidad tendría una relación compleja con la justicia, en primer lugar como justicia relativa o comparativa, que implica el tratamiento igual de lo igual y desigual de lo desigual, también como ponderación del Derecho estricto, finalmente

³² C. Faralli, *La filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la UCM, 2007, p. 16.

³³ “*L’équité exerce un rôle important en matière d’arbitrage, c’est-à-dire lorsque (si c’est possible) des personnes en conflit confient à des personnes privées, e non à des tribunaux étatiques, le soin de trancher leurs litiges, car elles peuvent alors donner aux arbitres le pouvoir de décider non seulement d’après les règles du droit, mais aussi comme “amiable compositeurs”, donc en équité. A travers l’amiable composition, on discerne peut-être mieux ailleurs l’influence originale de l’équité sur le droit*” (cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, París, Dalloz, 1996, p. 15).

³⁴ Aunque lo observado en Terré está mas cerca de lo concebido por A. D’Ors, “los juristas prefieren utilizar el sinónimo *equitas* (no en el sentido aristotélico de correctivo de la ley: *epikeia*) y conciben el *ius* como una disciplina de la equidad (*ars boni et aequi*: y la *iuris prudentia* como *iuti atque iniusti scientia*”, *Derecho Privado Romano*, 12, par 44.

como la remisión a criterios que no descansen en el Derecho estricto sino en la razón natural³⁵.

No puede olvidarse, sin embargo, que para algunos autores, probablemente influidos por lo que podríamos denominar tendencia litigante o de grandes despachos, la tendencia a la composición aparecería como un resto del amateurismo que debería superarse³⁶. Aunque desde luego esta postura recibe una adecuada respuesta entre quienes piensan que quizás el mundo arbitral se está dejando llevar por la actitud conflictiva de los grandes despachos americanos³⁷.

Es de destacar que desde la Edad Media se produce la distinción entre el *arbiter* en sentido estricto, arraigado en el Derecho romano, y el *arbitrator seu amicabilis compositor*; esta distinción procede de la necesidad de responder a la negativa del Derecho romano a la llamada del juez como árbitro o *arbiter*, como en la práctica se le llamaba como mediador se supera el problema permitiendo que se le llamase como arbitrador. Ahora bien, como para probar que las distinciones teóricas son superadas por la práctica, esta amigable composición acaba dando en una forma de arbitraje. Anne Lefebvre-Teillard en el número recientemente dedicado al arbitraje por los Archivos de Filosofía del Derecho dice que la amigable mediación parece en su espíritu más una transacción que un arbitraje. Es la práctica la que va a empujar progresivamente a que la mediación amigable se convierta en una forma de arbitraje³⁸.

Sin embargo no podemos perder de vista que el arbitraje internacional, que es sobre el que nos centraremos fundamentalmente aparece como un modo preferente de resolver litigios internacionales³⁹ y que hunde su raíz más reciente en la creación de la Cámara de Co-

³⁵ M.J. Falcón y Tella, *Lecciones de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense, 2003, p. 171.

³⁶ Tal como opinan Y. Delazay y B. Garth en "Fussing About the Forum: Categories and Definitions as Stakes in Professional Competition", *Law & Soc Inquiry*, vol. 21, 1996, pp. 285, 295.

³⁷ De nuevo P. Lalive, "All observers of the arbitration scene have remarked the increasingly confrontational climate of many international arbitrations, partly because of the tendency of lawyers, in particular US litigators, to apply to international arbitration the domestic skills and techniques acquired in national proceedings" (cf. "Irresponsibility in International Commercial Arbitration", *loc. cit.*, p. 163).

³⁸ "Referente a une amiable composition qui s'apparente plus dans son esprit à une quasi transaction qu'à un arbitrage. C'est la pratique qui va pousser à faire de l'amiable composition une forme d'arbitrage" (cf. "L'arbitrage de l'histoire", *Archives du Philosophie du Droit*, t. 52, 2009, p. 4).

³⁹ *Vid. v.gr.*, B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, París, PUF, 1998, p. 10.

mercio internacional en 1923 y a la creación en su seno de una corte de arbitraje⁴⁰.

Este proceso rompería una sempiterna desconfianza hacia el arbitraje que se expresaría en la vigilancia suspicaz de las legislaciones estatales y de las jurisdicciones sobre el propio pacto arbitral, lo que fue una regla casi universal en el siglo XIX⁴¹.

Sobre las razones que subyacen a este proceso han escrito ampliamente todos los grandes maestros del arbitraje. Por ejemplo, Fernández Rozas señala los inconvenientes que las partes encontrarían en las legislaciones nacionales. Entre estas se deben destacar: 1) La incertidumbre acerca de la designación de la persona del juez que juzgará el litigio. 2) El hecho de que el nombramiento sea ajeno a la voluntad de las partes. 3) La posible ausencia de transparencia en la jurisdicción. 4) La suspicacia sobre las cualidades profesionales para resolver la controversia. 5) La imprecisión sobre el tiempo de duración del procedimiento. 6) Esta imprecisión se ve agravada por la posibilidad de que se realicen maniobras dilatorias, incidencias o recursos. 7) A su vez esto genera la imposibilidad de calcular costes. Por todo ello en muchas ocasiones se opta por el arbitraje, aún cuando como es sabido este tampoco es inmune a estos riesgos⁴².

II. La prueba de la necesidad de un comportamiento ético

Un problema evidente en toda reflexión ética consiste en probar la necesidad de un comportamiento respecto a las reglas, o si se prefiere respecto al modelo ético, con preferencia a un comportamiento que permite alcanzar con preferencia lo que podríamos denominar “bienes externos” a la actividad. O dicho de otra forma, y por plantear la cuestión que en su día creyó resolver el escocés David Hume, si con-

⁴⁰ L. Kiffer, “L’arbitre, l’avocat et le juge”, *Archives de philosophie du droit*, t. 52, 2009, p. 182.

⁴¹ “Despite its ancient history through the mid–nineteenth century in Europe and the United States arbitration was regarded as a ‘bastard Remedy’ and Arbitrators as caricatures of their judicial siblings. Prior to the twentieth century arbitration agreements were routinely voided and arbitral awards were subject to intense judicial scrutiny, sometime even rewriting. Only by virtue of domestic courts respect for principles of international comity were arbitral awards enforced at all” (cf. C.A. Rogers “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”, *Michigan J. Int’l. L.*, vol 23, n° 2, 2002, p. 349).

⁴² J.C. Fernández Rozas *et al.*, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, p. 627.

viene cometer delito o es preferible el comportamiento correcto en cuanto a la larga es lo mejor para todos⁴³.

Es muy habitual recurrir en buena parte de las argumentaciones de ética aplicada a este tipo de razonamiento, aparentemente muy convincente, por el que la razón de comportarse bien, cualquiera que esta sea, es que beneficia a todos en general y a medio plazo. Esta aparente obviedad admite dos tipos de matices. Uno, evidente, es que hacer trampas o si se quiere apartarse del modelo de correcto funcionamiento puede ser satisfactorio para alguien, o para muchos. En algunas ocasiones el riesgo se vería compensado por el bien externo a la actividad que se perciba, aunque eso significará en un contexto como el nuestro no volver a jugar como arbitro. Si se me permite el símil, si existiese el villarato en la Federación Española de Fútbol, que yo no digo que exista, y si este estuviera centrado en beneficiar a cierto club que juega de azul y grana, que no digo que se dedique a ello, arbitrar o resolver las sanciones federativas en ese sentido no sería necesariamente perjudicial a corto ni medio plazo para quien quisiese prosperar en ese contexto.

Pero lo que es más importante, independientemente de que se cumpla o no la condición de hecho, es decir, que a medio plazo sea mejor para cualquier operador el comportamiento ético, no esta claro que eso proporcionara un argumento ético convincente, es decir, el motivo de comportarse correctamente, pues en efecto, esto obligaría a actualizar en cada decisión el juicio sobre si conviene o no el comportamiento ético⁴⁴.

Nuestro propósito, sin embargo, se vuelve aparentemente más sencillo en la ética del arbitraje. Se trata del campo donde prácticamente no se discute que la ética es muy importante, partiendo de la base de

⁴³ Sobre esta cuestión *vid.* A. MacIntyre, "Hume on 'Is' and Ought", *Philosophical Review*, LXVIII, 1959, pp. 451-468.

⁴⁴ A este respecto, y sobre las crisis que produce el "cambio" social de motivos para el comportamiento ético ha dicho MacIntyre "(A)penas es necesario repetir que la excelencia y la victoria no son lo mismo. Pero es, de hecho, a la victoria, -y a la excelencia, sólo en ocasiones, cuando de hecho produce la victoria-, que se une un cierto tipo de recompensa-una recompensa por la cual, aparentemente al menos, la excelencia debe honrarse-. Las recompensas de este tipo- llamémoslas 'recompensas externas'- son bienes tales como las riquezas, el poder, el status y el prestigio- bienes que pueden ser y son objetos de deseo de seres humanos con anterioridad e independientemente de cualquier otro deseo de excelencia-...Pero cuando el cambio social transforma las instituciones, de modo que la persecución sistemática de la excelencia, en algún área o áreas, llega a ser incompatible con la persecución de bienes de las riquezas, del poder, de status y del prestigio, las diferencias entre estos dos tipos de persecución y entre los bienes que son sus objetos se vuelven muy claras" (*cf. Justicia y racionalidad*, Madrid, Eiuinsa, 2001, p. 48).

que “un arbitraje vale lo que los árbitros que lo realizan”⁴⁵. No es sorprendente que desde dicho ámbito esta percepción se haya trasladado incluso a la judicial en sentido estricto, de forma que se puede decir que el Derecho es tan bueno como los jueces que lo aplican⁴⁶.

Esta importancia dada a la ética arbitral es además creciente, de forma que la evolución desde un modelo de carisma de los grandes árbitros, clásico y que se ha asimilado al modelo maxweberiano del Gobierno por carisma, hacia un modelo institucionalizado, asimilable a la burocratización que acontece en la formación del Estado moderno y contemporáneo y en los sistemas funcionariales de justicia, no ha tenido impacto sobre la necesidad de ética. Este proceso maxweberiano se da desde el campo del carisma hacia la institucionalización, aunque en cierta medida ambas posiciones se complementan.

Con Y. Delazay y B.G. Gartz podemos considerar que la línea general o weberiana se puede repetir en todos los lugares en el desarrollo de un orden jurídico internacional. El carisma y el capital social de los abogados de élite respetados por sus colegas sirven para legitimar la institución legal y las perspectivas que ellos favorecen. Luego cuando la idea de arbitraje esta lo suficientemente establecida puede convertirse en algo mas institucionalizado y generalizado en cuanto gana mayor éxito económico⁴⁷. En todo caso si ha producido, en forma paralela, una progresiva institucionalización de la ética arbitral de forma que se han extendido los códigos, se ha insistido en requisitos formales como la *disclosure* y, en cierta medida, se han ido aclarando las sanciones respecto al comportamiento no ético. El mismo Pierre Lalive señalaba que no se pueden confundir estas afirmaciones. No se puede decir que en el mundo del arbitraje actual los “caballeros” pertenecan al número de las especies en peligro. Se trataría más bien de observar un hecho de la vida, como es que en nuestra moderna sociedad compleja, en la denominada sociedad global el arbitraje no puede

⁴⁵ “Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen”, (cf. F. González de Cossio, “Independencia, imparcialidad...”, *loc. cit.*, y también en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n^o 12, octubre, 2002, México, D.F.).

⁴⁶ M. Atienza, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004.

⁴⁷ “*The general or Weberian line of this store, we suggest, will be repeated elsewhere in the successful development of an internacional or other legal field. The social capital and Carisma of elite lawyers respected for their careers and accomplishments helps to legitimate the legal institutions and approaches that they favor.....Once the idea of arbitration is sufficiently established, however, it can become more rationalized and generalizaed as it gains further economic and numerical success*” (cf. Y. Delazay y B.G. Garth, *Dealing in virtue, op. cit.*, p. 60).

contemplarse como un dominio simple y barato de unos distinguidos amateurs⁴⁸.

Hay que ser un tanto escéptico, sin embargo, ante la aplicación del modelo carismático e incluso tradicional al arbitraje, según las definiciones de Max Weber. En primer lugar el propio autor nos previene respecto al juego de la legitimación pura de algunos modelos. En segundo lugar, la forma del arbitraje no se vincula con un modo de legitimación de poder ni en el modelo de “grandes juristas” ni en el actual juego más institucional. Antes bien, como vemos, parece un modelo de solución de controversias que tiene más que ver con la sujeción a un fin que a una forma de legitimidad interna⁴⁹.

Todos los sistemas sociales en cierta medida definen un tipo, de nuevo en el sentido de max weber, tipos entre los que MacIntyre recordaba alguno como el gerente, el terapeuta, el “professor” de la Alemania Guillermina o el esteta⁵⁰. En nuestra área cabría preguntarse entonces si el modelo o tipo ideal pasa desde el jurista *senior* al litigante agresivo⁵¹.

La evolución hacia el arbitraje institucional es pues un tópico que tiene su importancia en la propia definición del comportamiento del árbitro. Igualmente se ha producido un proceso paralelo de encarecimiento del arbitro, como indica Fernández Rozas “(c)on ello han ido

⁴⁸ “*This statement is not to be misunderstood. I do not imply that, in the world of modern international business ‘gentlemen’ belongs now to the category of ‘endangered species. I am merely stating a fact of life, in that, in our modern complex society, in the present-globa” economy of our so-called ‘global village’, arbitration can no longer be seen as a simple and cheap domain reserved to a few distinguished amateurs*” (cf. P. Lalive, “Irresponsability in International Commercial Arbitration”, *loc. cit.*, p. 161).

⁴⁹ Por recordar la expresión de Max Weber: El Estado, lo mismo que las demás asociaciones políticas que lo han precedido, es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de coacción legítima. Así pues para que subsista es menester que los hombres dominados se someta a la autoridad de los que los dominan en cada caso. Cuando y por que lo hagan, sólo puede comprenderse cuando se conocen los motivos internos de justificación y los medios externos en los que la dominación se apoya. Motivos de legitimación...hay tres en principio. Primero al autoridad del pasado de la costumbre...luego la autoridad del don de gracia personal extraordinario (carisma)...Y finalmente la dominación en virtud de legalidad” (cf. M. Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 4ª reimp, México, 1979, p. 1057).

⁵⁰ “Espero que haya quedado claro el motivo de mi elección de ejemplos para aludir a la Inglaterra victoriana y a la Alemania guillermina. El Director de Colegio, en Inglaterra, y el Profesor en Alemania, por tomar solamente dos ejemplos, ni eran sólo papales sociales, sino que proporcionaban foco moral a un conglomerado de actitudes y actividades. Servían para esa función precisamente porque daban cuerpo a teorías y pretensiones morales y metafísicas” (cf. A. MacIntyre, *Tras la virtud*, *op. cit.*, p. 48).

⁵¹ *Vid.* de nuevo A. MacIntyre “Justicia y racionalidad”, *loc. cit.*

adquiriendo un protagonismo sucesivo las Cámaras de Comercio y otros centros especializados con reglamento de arbitraje regularizados con el consiguiente encarecimiento de los servicios ofrecidos por la institución arbitral y la necesaria competencia entre centros de arbitraje. Existen razones poderosas para ello, en primer lugar, que en los Reglamentos de ciertos centros, por el momento no excesivamente numerosos, se ha condensado una larga experiencia de práctica arbitral... En segundo lugar que, en ocasiones, dichos centros están en disposición de suministrar a los árbitros una cierta asistencia en sentido muy amplio... Por último, no puede negarse que en el seno de determinados centros de arbitraje se irradia una determinada cultura arbitral particular que pretende generalizarse a través de modernos sistemas de comunicación”⁵².

III. Importancia de la ética aplicada

1. Modelos en presencia

Conviene aclarar, pues los aquí presentes no tenemos por qué ser expertos en ética aplicada, que no existe unanimidad sobre la importancia de la ética específica en todas las actividades.

Podemos dar varios ejemplos cercanos a la actividad arbitral. En general, aunque ahora parece que se está produciendo una evolución en los últimos años, se entendía, especialmente en los modelos continentales que el juez, sujeto estrictamente a la ley debía dejarse de disquisiciones éticas, y desde luego las instituciones judiciales debían alejarse de todo discurso de constructivismo ético. Esto era así en cuanto se suponía que la estricta sujeción a la ley y el *ethos* funcional bastaban o más bien eran más exigentes que cualquier discurso deontológico, que en todo caso quedaba para los abogados, gente reunida en colegios profesionales que tenían una autorregulación que a veces se tenía por sospechosa precisamente por ser corporativa. Los jueces no necesitaban eso en cuanto un estricto régimen de sujeción e incompatibilidades, junto a un adecuado sistema de recursos que doblaba o triplicaba la protección del justiciable, daban lo que podríamos denominar la mayor de las garantías. Nada de ética y todo Derecho estricto parecía ser el modelo judicial. Visto así no se sabría a que viene el éxito contemporáneo de la ética judicial que es común a todo nuestro contexto latinoamericano. Desviándome lo mínimo del tema

⁵² J.C. Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje institucional”, *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Méndez Silva, ed.), México, IIJ–Unam, 2010, p. 325.

podemos, sin embargo, señalar que la sujeción estricta a la ley, tan típica del sistema burocratizado y de los sistemas continentales de Derecho, es en sí misma una garantía ética. Liberaba al funcionario de la sujeción personal y permitía cumplir su función bajo el imperio de la ley, por definición generalizadora de garantías. En este contexto, el fin de la actividad juega precisamente como modelo ético precisamente a través de la sujeción a la ley⁵³. Por otra parte, conviene recordar, citando a autores como Rodríguez Luño que el sistema de garantías formales, y por tanto la actividad estrictamente jurídica dentro de dicho sistema, tiene valor ético. Así tiene valor ético el sistema de selección de funcionarios por mérito o capacidad, la sujeción a la ley, la división de poderes, etc.

Es más a juicio de algunos moralistas supondría un defecto grave el no apreciar los bienes de la institucionalización procedimental de tipo liberal que permite salvaguardar y reconocer derechos sustantivos. Esta misma institucionalización tendría por tanto un valor ético positivo que no se apreciaría por algunas críticas de la modernidad⁵⁴.

Ciertos autores atribuyen la desviación a un problema teórico y piensan que en estos momentos se produce una vuelta a la ética basada en dos circunstancias fundamentales: “El empleo por parte del

⁵³ De nuevo no es ocioso recordar las archiconocidas observaciones de Max Weber que se pierden de vista en ciertas críticas al formalismo: “La denominación legal descansa en las validez de las siguientes ideas, entrelazadas entre sí: 1) Que todo derecho, pactado u otorgado, puede ser estatuido de modo racional, con la pretensión de ser respetado, por lo menos por los miembros de la asociación... 2) Que todo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas por lo general estatuidas intencionalmente, que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto... 4) Que el que obedece sólo lo hace en cuanto miembro de la asociación y sólo obedece al derecho” (cf. M. Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 174).

⁵⁴ “Una verdadera ética política, que tanta falta nos hace, no puede ser una mera ética de virtudes; tiene que ser también una ética de instituciones. Esta es, a pesar de todas las reservas con que se debe acoger, la quintaesencia de la filosofía política moderna que va de Hobbes a Rawls, pasando por Kant y Hegel. El antimodernismo de MacIntyre y su vuelta a Aristóteles nos parecen a este respecto una tanto miopes y unilaterales. No percibe tampoco que la filosofía política moderna no es la causa de los conflictos de la Modernidad, sino el intento de solucionarlos. El problema consiste en lograr el acercamiento y el equilibrio entre la ética de virtudes y la ética de las instituciones, un acercamiento mutuo que supere el ‘fundamentalismo moralizante’ y limitado meramente a los fines y a los correspondientes postulados de “Derecho natural” reclamados ahistóricamente, y gracias al cual vaya ganado terreno la percepción de que la ética política, si quiere ser filosofía realmente práctica, tiene que tratar igualmente, y quizá incluso ante todo, de los medios que conduzcan a la realización institucional de la paz, la libertad, la dignidad humana y la justicia: los temas fundamentales del liberalismo jurídico clásico” (M. Ronheimer, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de ética filosófica*, Madrid, Rialp, 2000, p. 252–253).

juzgador de pautas o estándares éticos al momento de decidir una controversia” y “la vuelta al reconocimiento y revitalización de una ética del juzgador como persona, y no sólo como funcionario o burócrata de la administración de justicia”⁵⁵.

Hay que pensar que esta valoración de la actitud personal no sólo del juzgador o del árbitro sino del jurista en general es tradicional y, en cierta medida, su reforzamiento se convertía en piedra de toque de la propia gestión gubernamental. Así es conocida y repetida en los discursos deontológicos, al menos en España, el párrafo de Juan Hurtado de Mendoza: “pusieron los reyes Católicos el gobierno de la Justicia y cosas públicas en manos de letrados, gente media entre los grandes y pequeños, sin ofensa de los unos ni de los otros; cuya profesión eran letras legales, comedimiento, secreto, verdad, vida llana y sin corrupción de costumbres; no visitar, no recibir dones, no profesar estrechez de amistades, ni vestir ni gastar suntuosamente; blandura y humanidad en su trato, juntarse en horas señaladas para oír causas, o para determinadas y tratar el bien público”⁵⁶.

En otro contexto también se discute el desarrollo de una ética específica. Así, por ejemplo, la ética de los negocios que esta de moda también en los últimos años. A diferencia de lo que ocurre aparentemente en la ética arbitral el primer debate en ética de los negocios es si existe alguna obligación del agente distinta de atender a los deseos e intereses del *stockholder*, es decir jugar a maximizar el beneficio del accionista. Así el artículo clásico de Milton Friedman ponía en cuestión y centraba todo el debate desde los años setenta del pasado siglo⁵⁷. Debemos aclarar que incluso Friedman entendía que existían límites éticos en el actuar del gerente pero que esos estaban centrados en el fraude y, de nuevo en el conjunto de actos sancionados jurídicamente, por el contrario el intento de encontrar obligaciones éticas hacia el conjunto social mas o menos cercanos, lo que se ha denomi-

⁵⁵ J. Saldaña Serrano, “Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Julio– Diciembre, 2006, p. 83.

⁵⁶ *Cit.* en J. Iturmendi, “En torno a la deontología...”, *loc. cit.*; también en A. del Moral Martín, “El juez civil ante la moral, la ética y la deontología”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, t. I, Murcia, UCAM–AEDOS, 2003, p 868.

⁵⁷ “*In a free–enterprise, private–property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to this employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which genrally Hill be to make as much money as posible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom*” (cf. M. Friedman, “The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits”, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970).

nado *stakeholder*, le parece una falta de sentido. Friedmann argumentaba que en una empresa libre, basada en un sistema de propiedad privada, el ejecutivo de la corporación es un empleado de los propietarios del negocio. Tiene una directa responsabilidad respecto a sus empleadores. Esta responsabilidad se traduce en la obligación de conducir los negocios de acuerdo con sus deseos, que generalmente conducen a lograr tanto dinero como sea posible siempre que cumplan las reglas básicas de la sociedad, tanto las recogidas en la ley como en las costumbres morales⁵⁸. Es preciso aclarar que la base de la argumentación se encuentra en el hecho de que se piensa que la actividad económica honesta, regulada mínimamente para asegurar unas reglas comunes, produce un beneficio social, mientras que el intervencionismo, aunque sea ético produce un perjuicio. De nuevo en sus palabras el principio político que subyace al mecanismo del Mercado es la unanimidad: en un Mercado libre ideal que se basa en la propiedad privada, ningún individuo puede coaccionar a otro, toda cooperación es voluntaria, todas las partes o se benefician de esa cooperación o no necesitan cooperar. No hay otros valores, ni responsabilidad social que no sean los valores y responsabilidades de los individuos. La sociedad sería una colección de los individuos y de los grupos variables que voluntariamente forman⁵⁹.

No podemos tampoco desconocer que se puede pensar que la argumentación ética o al menos algunas argumentaciones éticas son coherentes con la reducción del viejo profesional a un ejecutor técnico, esto ha juicio de autores como Antonio Pardo se logra reduciendo la ética (en su caso ética médica) a una cuestión de medios y no de fines⁶⁰.

2. La ética arbitral

Puede decirse entonces que la ética arbitral goza de una aceptación pacífica entre los practicantes del arbitraje, al menos en cuanto a su existencia. Además, por seguir esta introducción comparativa la ética arbitral no parece aquejada de sospecha. Si, por ejemplo miramos los

⁵⁸ M. Friedman, "The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits", *The New York Times Magazine*, September 13, 1970.

⁵⁹ "The political principle that underlies the market mechanism is unanimity: In an ideal free market resting on private property, no individual can coerce any other, all cooperation is voluntary, all parties to such cooperation benefit or they need not participate. There are not values, no "social" responsibilities in any sense other than the shared values and responsibilities of individuals. Society is a collection of individuals and of the various groups they voluntarily form" (*ibid.*).

⁶⁰ A. Pardo, *Cuestiones Básicas de Bioética*, Madrid, Rialp, 2010, p. 24.

últimos desarrollos en ética aplicada por ejemplo en bioética observaremos que es una crítica común la afirmación de que todo el desarrollo está dirigido a producir de forma interesada la aceptación de ciertas prácticas dentro del ámbito científico cubriéndolas con la máscara ética. Esta teoría fue calificada por el estadounidense Leon Kass como bioética complaciente⁶¹, y aunque no lo explicita, parece que atiende a la vieja crítica de Nietzsche a toda la moral, aunque en este caso se reduce a un abuso de la ética por parte de “quienes viven de ella”. Esto no ocurre en principio con la ética arbitral. Esto es en cuanto, en general, quienes hablan de ética arbitral son los propios árbitros que viven del arbitraje y no de opinar sobre la moralidad de los comportamientos en el arbitraje. No pretendo sin más construir una paradoja más o menos ingeniosa sino señalar que afortunadamente no nos enfrentamos con un grupo corporativo que vive de calificar como ético o inmoral este u otro comportamiento en un arbitraje concreto. Por supuesto hay críticas al arbitraje pero no se dice, por lo menos yo no lo he visto, que utiliza una máscara ética para atraer a los incautos y encubrir una pura relación de poder.

Es notorio que la crítica Nietzscheana a la moralización tal como se ha producido explica el paso desde una “justicia” como equilibrio entre quienes tienen el mismo poder, que podríamos pensar que se expresa fuertemente en instituciones como el arbitraje, a la imposición resentida de la transmutación de los valores (ciertamente impuesta por los débiles en la versión de Nietzsche que confunde más de lo que parece lo que se dice con lo que se hace)⁶².

⁶¹ L.R. Kass, *Life Liberty and the Defense of Dignity*, San Francisco, Encounter Books, 2002.

⁶² Como confiesa el alemán esa inquietud le acompaña casi desde la infancia, “(a) causa de una cierta suspicacia que me es propia y que confieso a disgusto, pues se refiere a la moral, a todo lo que hasta la fecha se ha venido celebrando en este mundo como moral, a causa de una suspicacia que apareció en mi vida tan pronto, tan sin buscarla, tan imparables, tan en contradicción con mi entorno, con mi edad, con los ejemplos recibidos, con todo aquello de donde vengo que casi tendría derecho a llamarla mi *a priori*, tanto mi curiosidad como mis sospechas tuvieron que detenerse en el momento preciso ante la pregunta de cuál es realmente origen de nuestro bien y mal” (cf. *La genealogía de la moral, un escrito polémico* –uso la traducción de J. Mardomingo, en Gredos Madrid, t. II, 2009, p. 585). Y mas adelante algunas de las descripciones más feroces de esta transformación, como muestra valga un botón: “Y la impotencia, que no paga con la misma moneda, se hace pasar por “bondad”; la bajeza miedosa, por “humildad”; el sometimiento a quienes se odia, por “obediencia” (a saber, hacia uno del que dicen que ordena ese sometimiento: le llaman Dios). A lo inofensivo del débil, a la cobardía misma en la que tan rico es, a su quedarse a la puerta, a su inevitable tener que esperar, se le da aquí un nombre honorable, el de paciencia, o también el de la virtud, no poder vengarse se llama no querer vengarse, quizás incluso perdonar (*op. cit.*, p. 612).

Una función del Derecho que no se moraliza, ni expresa reclamación ética respecto al jurista o el mismo árbitro. Recuérdese que en la expresión del filólogo alemán “la prudencia creó el derecho para poner fin a la querrela y a la inútil disipación entre poderes análogos”⁶³.

IV. El *telos* o fin del arbitraje

La razón de esta excepción por la que la ética arbitral goza de una aceptación, aparentemente, pacífica se encuentra en la directa relación entre el fin del arbitraje y ciertas exigencias de comportamiento principalmente en los árbitros, y también en las instituciones arbitrales y en los demás intervinientes jurídicos (aunque sobre estos últimos, los abogados, se discute mucho más). Como ha indicado el director de este curso J.C. Fernández Rozas: el deber esencial de un árbitro es facilitar el diálogo entre las partes, haciendo posible alcanzar un acuerdo por los dos lados litigantes y llegando a una buena solución en la comprensión de que los deberes del árbitro permanecen desde el momento en que se le designa a través de todas las fases del proceso de arbitraje⁶⁴.

Se darían así en el arbitraje las condiciones que hemos visto aparecer en otras deontologías, también en el arbitraje lo principal sería el *ethos* definido por la actividad aunque como en otras formas la presión sancionadora no puede despreciarse. De hecho vemos como la característica contemporánea una definición del *ethos* con juridificación de las consecuencias de forma que no se daría un “modelo puro”

⁶³ Tal cómo expresa el valioso punto 26 del caminante y su sombra: “El Derecho, basado en pactos entre iguales, persiste en tanto el poder de los que han pactado es exactamente igual o parecido; la prudencia crea el Derecho para poner fin a la querrela y a la inútil disipación entre poderes análogos. Pero a éstas se les pone fin de modo igualmente definitivo cuando una de las partes ha devenido decisivamente más débil que la otra: entonces aparece el sometimiento y cesa el Derecho, peor el éxito es el mismo que hasta ahora se alcanzaba mediante el Derecho. Pues ahora es la prudencia del preponderante la que aconseja ahorrar la fuerza del sometido y no desperdiciarla inútilmente; y con frecuencia es la situación del sometido más favorable de lo que era la del igual. Las situaciones de Derecho son por tanto medios temporales que la prudencia aconseja, no metas”. “El caminante y su sombra” (uso la traducción de A. Brotóns, Madrid, Gredos, t. I, 2009, p. 426).

⁶⁴ “*The essential duty of an arbitrator is to facilitate dialogue between the parties, making it possible to reach an agreement by both individualising litigious issues and arriving at a fair solution based on the understanding that the ethical duties of an arbitrator start from the moment he accepts the appointment and persist throughout each stage of the arbitration process*” (cf. J.C. Fernández Rozas, “Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators”, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, p. 413).

como el que define Iturmendi apuntando a un cierto discurso justificador: “Deontología que identifican el *ethos* específico de cada grupo profesional, tanto en el plano de los presupuestos y de los fines, como en sus prácticas y en el conjunto de normas exigibles a todos lo que ejercen una misma profesión... Esto es, las específicas exigencias de un comportamiento profesional que ambicionaría, aún cuando no siempre lo consiga, terminar siendo asumido e internalizado por cada profesional a través de un fuerte proceso de socialización en los valores propios de su práctica que se consideren legítimos y vinculantes... hasta el punto que termine resultando superflua su exigencia a través del control externo por el propio colectivo”⁶⁵.

Este *ethos* se traduciría en las condiciones propias e inevitables del árbitro que se recogen más que definen en los diversos códigos de ética judicial y en el que las normas apuntan a la definición de un sujeto que tiene unos caracteres que al ser hábitos pueden definirse propiamente como virtudes. En palabras de B. Cremades “(d)icho Código podría resumirse en grandes líneas diciendo que los árbitros deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos”⁶⁶.

Creo que es necesario, de todas formas, distinguir la definición desde el *telos* o fin, que es valorativa y propia de la tradición griega, donde incluso desde la perspectiva tradicional de MacIntyre es posible la comparación entre la forma en que las diversas tradiciones definen y buscan ese fin⁶⁷, de lo que se ha denominado visión funcionalista, preferentemente descriptiva y que define una serie de reglas funcionales en un sistema dado en relación con los valores asumidos en ese sistema⁶⁸. En su referencia al sistema jurídico en su aspecto

⁶⁵ J. Iturmendi Morales, “Deontología, función social y responsabilidad de las profesiones jurídicas”, en *La Universidad y las profesiones jurídicas*, Madrid, Fundación Central Hispano, 1998, P. 304.

⁶⁶ B. M^a Cremades, “Nuevo código ético...”, *loc. cit.*, p. 9.

⁶⁷ Refiriéndose al método de inferencia aristotélico, base de la comprensión del *telos* dice A. MacIntyre, “Esas *archai*, si se formulan correctamente, nos proporcionan los primeros principios para la explicación de cómo y por qué las empresas y las actividades humanas son mejores o peores a la hora de alcanzar los bienes que les dan su *telos*; y lo harán precisamente al formular adecuadamente un relato de esos bienes y de su lugar o su relación con lo bueno y con lo mejor. Proporcionarán, al mismo tiempo, el tipo de relato de ese *telos* que los seres humanos necesitan para apuntar hacia él sus acciones, poseyendo así la premisa mayor última de semejante razonamiento práctico” (cf. *Justicia y racionalidad*, 2^a ed., Madrid, Eiuusa, 2001, p. 104).

⁶⁸ “*The functional approach demonstrates that ethical regimes must be tethered to the values of the systems in which they operate, as those values are expressed in the interrelational roles assigned to the actors in that system*” (cf. C.A. Rogers “Fit and Function

dinámico, referido al sistema “en cada país” Vallet de Goitysolo superaba este inconveniente al considerarlo bajo una óptica final valorativa⁶⁹.

Creo que la ética arbitral se beneficia del hecho de que hemos visto surgir en una generación el arbitraje internacional como solución a conflictos inmediatos, claros y cuyas exigencias se veían también con inmediatez. El arbitraje surge con una función clara y sólo tiene éxito en cuanto cumple unas condiciones, especialmente en los árbitros. Sin este comportamiento funcional-ético el arbitraje desaparece pues no podemos olvidar su origen “voluntario”, el hecho de que alguien puede plantearse poner o no la cláusula arbitral. Un juez no se queda sin clientela, ni siquiera los abogados como conjunto en una sociedad dada se quedan sin función.

Sin embargo, el propio sistema de arbitraje internacional se la juega en cierta medida en cada arbitraje y en general en todos los arbitrajes. De hecho algunos precursores como P. Lalive piensan que por ciertas circunstancias se la ha jugado ya, aunque el lugar común desde luego es que el éxito del arbitraje ha sido extraordinario, este éxito del arbitraje internacional remite a su gran expansión en el último medio siglo, que se ha vuelto prácticamente un lugar común no sólo en la doctrina sino también en la literatura mas generalista. Esto es reconocido por la gran mayoría de las publicaciones de arbitraje y en la casi totalidad de los innumerables coloquios, conferencias o congresos organizados en todo el mundo⁷⁰.

Esto es en cuanto se ha pasado del arbitraje aficionado al profesionalizado, de los grandes nombres a los medianos técnicos y de la colaboración en la consecución de justicia al enfrentamiento siguiendo tácticas procesales de origen anglosajón, especialmente con el nuevo reinado de la repregunta. De todas formas, el cambio o si se quiere el término clásico crisis, más parece una crisis de crecimiento que de agotamiento. De hecho una cierta industrialización respecto al viejo

in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration”, *Michigan J. Int’l L.*, vol. 23, n° 2, 2002. p. 347).

⁶⁹ J.B. Vallet de Goytisoló, *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II, vol. 2, Madrid, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 2003, pp. 1783 ss.

⁷⁰ “Relever le succès de l’arbitrage de commerce international- moyen ordinaire de solution des litiges de ce commerce, comme Chacun sait- et rappeler son extraordinaire expansion au tours du dernier demi siecle, sont devenus des lieux communs, voire des trisemes. On les reencntré aujourd’hui dans la majorité des publications sur l’arbitrage et la quasi-totalité des innombrables conférences, colloques et séminaires organisés de par le monde sur ce sujet” (cf. P. Lalive, “Dérives arbitrales (I)”, 23 *ASA Bulletin* 4/2005 Décembre, p. 587).

juego artesano lo que prueba es que la globalización genera una demanda creciente, con reglas adaptadas que siguen siendo, sin embargo, las del arbitraje.

En su estudio sociológico sobre la evolución del arbitraje Y. Delazay y B.G. Garth insisten en el cambio que es quizás de tamaño pero también de culturas.

Según estos autores en la obra que venimos citando reiteradamente, *Dealing with virtue*, las tensiones que se derivan de esta transformación no se explican exclusivamente por una crisis de crecimiento. Son igualmente el cenit del desplazamiento del centro de gravedad del arbitraje. Esta mutación favorece a las grandes firmas jurídicas del mundo angloamericano, que habrían impuesto su poder en el mundo de los negocios internacionales para imponer su concepción del arbitraje y su propia idea sobre la práctica en el área jurídica. No es casual que incluso en el CCI las políticas de racionalización han estado dirigidas desde el inicio de los ochenta por jóvenes abogados angloamericanos reclutados fuera del club de los viejos líderes del arbitraje y que las palabras claves de su acción han sido transparencia, racionalización y competición⁷¹.

Es demasiado grande la tentación, literalmente irresistible, de vincular esta diferencia cultural con la que en su momento observó Max Weber entre el mundo romano–canónico–germánico, donde el protagonista es el profesor–jurista “(c)on la pretensión de que eran los juristas quienes creaban y construían las categorías y el sistema de conceptos que constituía con propiedad el Derecho, que asume el carácter específico por la presencia de un grupo de juristas científicamente cualificados como tales que los someten a reelaboración y reinterpretación continuada”⁷² y por el contrario la tradición anglonorteamericana expresada en los grandes despachos del estudio sociológico que venimos citando “donde el Derecho fundamentalmente se determina pro la jurisprudencia mediante una tradición jurisprudencial no doctoral ni profesoral, y cuyo elemento decisorio está encomendado a los

⁷¹ “*The tensions implicated by these transformation are not explained only by a crisis of growth. They are also corollary of displacement from the center of gravity arbitration. The recentering favors the world Anglo–American law firms, who have used their power in the international business world to impose their conception of arbitration and more largely of the practice of law. It is thus no accident that, within the ICC itself, the politics of rationalization has been conducted since the beginning of the eighties by young Anglo–American Lawyers recruited from outside of the club, and whose key words have been transparency, rationalization and competition*” (cf. Y. Delazay y B.G. Garth, *Dealing in virtue*, op. cit., p. 48).

⁷² J. Iturmendi Morales, “En torno a la deontología...”, loc. cit., p. 124.

jueces, lo que permite hablar de un derecho cuya concepción, desenvolvimiento, formación y desarrollo son básicamente judiciales⁷³.

Lo que se traduce evidentemente en varios aspectos, entre otros, el distinto juego de la jurisprudencia en los diversos sistemas, aunque quizás podría considerarse que también en este caso se puede observar una creciente influencia anglosajona⁷⁴.

Pero el propio texto de Y. Delazay y B.G. Garth nos previene contra una simplificación en este sentido pues no debe olvidarse que los propios despachos anglosajones sufrieron su transformación hacia la agresividad en los pleitos por una serie de circunstancias datables en el tiempo y que pasaron de la lucha doméstica a la internacionalización y de ahí a la forma de actuar los abogados en el arbitraje, y si se quiere en consecuencia al cambio de perfil del nuevo árbitro institucionalizado.

De nuevo Lalive da la clave de buena parte de lo que ha ocurrido también en este campo de la valoración ética pues no debe ignorarse que si definimos el arbitraje por su fin, como toda obra humana se constituye a través de una tradición que va construyendo lo que podríamos llamar diversas culturas entendidas como “un conjunto de valores tradiciones y comportamientos” que puede ser la cultura de diversos grupos pero también de diversas profesiones⁷⁵.

No es extraño que el arbitraje reciba esas diferencias incluso en la valoración ética. Esto se produce especialmente en la elección del árbitro y muy especialmente en lo que afecta al juego de la independencia del árbitro de parte⁷⁶.

Esta diferenciación de la ética arbitral o podríamos decir también mala interpretación de la propia función arbitral y su relación con los abogados se habría apreciado al menos en sus inicios en la propia España⁷⁷.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ M.J. Falcón y Tella, *La jurisprudencia en los Derechos romano, anglosajón y continental*, Madrid, M. Pons, 2010.

⁷⁵ P. Lalive, “Cultural Differences and International arbitration”, *ASA Bulletin*, vol. 23, nº 4, 2005, p. 1.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 1.

⁷⁷ “Con cierta frecuencia, los españoles que son nombrados árbitros, y sobre todo las empresas españolas que deben efectuar dicha designación, entienden que “su” supuesto árbitro debe actuar a modo de abogado de parte en le seno del tribunal arbitral. Por ello, y con craso error, exigen unas relaciones fluidas con la persona designada, a quien se exige una comunicación sobre el desarrollo del procedimiento arbitral. Todo ello conduce a verdaderos enfrentamientos de árbitros inexpertos con sus colegas que vienen ejerciendo

Catherine A. Rogers en el trabajo que venimos citando del 2002 mostraba esta diferencia cultural en lo que se refiere al ejercicio de la abogacía en el arbitraje. No se trataría fundamentalmente de divergencias en cuanto al óptimo de comportamiento sino que acciones que serían consideradas adecuadas en un sistema aparecen definidas como antiéticas en otros. Se cita la comunicación con un testigo, criminalmente sancionada en Alemania, y considerada adecuada en Estados Unidos o la argumentación poco ortodoxa desde una ley adecuada también en Estados Unidos e inadecuada, por ejemplo, en Argelia⁷⁸.

Este proceso de racionalización institucionalizada tiene, sin embargo, sus defectos. Como señala J.C. Fernández Rozas “la eficacia de dichos servicios no es tan satisfactoria como se pretende inculcar y cada vez es más habitual las reclamaciones contra los empleados de los centros por una deficiente gestión de sus funciones (nombramiento de árbitros, olvido o notificaciones fuera de plazo, ausencia injustificada del centro, descuido a la hora de cobrar a las partes la provisión de fondos para el arbitraje etc) o por favorecer en dicha gestión aun de las partes, por ejemplo, dilatar una comunicación para que no se reciba en pleno periodo vacacional”⁷⁹.

Todo esto indica la supervivencia del arbitraje ad hoc, donde ni que decir tiene, la posición del arbitro en su individualidad adquiere una especial relevancia: “Dichas razones apuntan a que, a pesar de los progresos evidentes del arbitraje administrado... la observación de la realidad arbitral muestra su rechazo en muchos de los grandes contenciosos internacionales recientes, como los planteados en el ámbito de las concesiones petrolíferas en oriente próximo. Curiosamente las empresas implicadas han preferido proceder directamente al nombramiento de los árbitros y mantener las reserva estricta sobre la controversia”⁸⁰.

No es cuestión de extenderse, por otra parte, en el exitoso modelo del arbitraje de inversiones, surgido unilateralmente, también para superar las dificultades del pleiteante en terreno ajeno, o quizás mejor para garantizar una confianza en las inversiones pro futuro auspiciadas por el Banco Mundial. Como indica el propio Fernández Rozas el

la función arbitral con experiencia acreditada en numerosos procedimientos anteriores” (cf. B.M^a Cremades, “Nuevo Código ético...”, *loc. cit.*, p. 9).

⁷⁸ C.A. Rogers “Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for international Arbitration”, *Michigan J. Int’l L.*, vol 23, n^o 2, 2002, p. 343.

⁷⁹ J.C.Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje institucional”, *loc. cit.*, p. 328.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 363.

arbitraje de inversiones a su unilateralidad uniría los elementos de descansar en un tratado Internacional, que los laudos se construyen desde el mismo Derecho internacional, que la confidencialidad cede ante exigencias de publicidad y transparencia, que una de las cuestiones fundamentales suele ser dilucidada si los demandantes pueden acogerse a esa modalidad arbitral y que la remisión a este tipo de arbitrajes permite despolitizar o juridificar la controversia lo que resulta menos gravoso⁸¹.

V. Exigencias desde el fin del arbitraje: Comparación con otros como el juicio en sentido estricto.

Si les parece vamos a ver desde esta perspectiva del *telos* o fin de la función arbitral cuales son las exigencias para los árbitros. En cierta medida debemos considerar que no hay tanta diferencia en este punto en el arbitraje de derecho o el de equidad pues tal como ha indicado B. Oppetit ambos parecen atender al fin de la composición y de la moderación:

“... l'arbitre constitué par les parties à la possibilité, si ces derniers l'ont voulu, de statuer comme amiable compositeur. On s'est beaucoup interrogé sur la définition de l'amiable composition et ses rapports avec l'équité. En general, doctrine et jurisprudence françaises mêlent les deux notions...la jurisprudence arbitrale, de son côté, semble laisser les arbitres libres soit de partir d'un droit puis d'en écarter au besoin les effets si ceux-ci paraissent conduire à des résultats inequitables, soit d'envisager directement la solution qui leur paraît la plus juste”⁸².

En principio, estas exigencias se mueven en la línea de lo que se exigiría en todo juicio para tener un mínimo de equidad. Quiero decir que lo principal que se exige a un árbitro, como aquello que se puede exigir a un juez se sabe desde los textos como mínimo del siglo VII antes de Cristo por mantenernos sólo en la tradición occidental.

Si quieren la exigencia se cumple por contraste. El poeta Hesiodo tuvo un juicio de herencia con su hermano. El fallo de los jueces le fue desfavorable y Hesiodo se consoló dándoles un calificativo demoledor que explica como entendía él que se había fallado a la función de juz-

⁸¹ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 396 ss.

⁸² B. Oppetit, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 125.

gar. “Jueces (o reyes) devoradores de regalos” les llama y luego hace una advertencia moral a su hermano sin mucho éxito⁸³.

“Pero ya no podrás obrar así por segunda vez. Por el contrario, decidamos nuestra querrela con sentencias justas, que por venir de Zeus, son las mejores. Pues ya repartimos nuestra herencia y tú te llevaste la mayor parte, halagando a los reyes devoradores de regalos que están dispuestos a administrar esta clase de justicia”.⁸⁴

Los Trabajos y Días pintan un panorama desolador de total corrupción moral, no permanecen ni se respetan los lazos de sangre y cada individuo busca su propio provecho pero como afirma Fränkel: “Pero, pese a esta orientación a lo inmediato, no hay rastros en la epopeya de mezquindad y estrechez de ánimo, y la decadencia de la moralidad humana no perturba la creencia del poeta en la justicia divina”⁸⁵.

Al ser devorador de regalos el juez falta a la neutralidad y si falta a la neutralidad rompe la función del juicio, del propio Derecho pues la actividad se convierte en pura imposición, pero claro para la imposición no hace falta ni arbitraje, ni juicio, ni nada. El juicio es algo más que el encubrimiento del abuso directo, donde se perfile un trato que aparentemente resuelve el conflicto pero que al estar sujeto a una sola parte se convierte en puro *ukase*. El modelo más clásico procede de los armisticios donde una parte desarmada, pese al pacto, queda en una posición subordinada. Breno, caudillo de los galos, aceptó levantar el cerco del capitolio por una cantidad de oro. Al quejarse el tribuno Quinto Sulpicio que estaba haciendo trampas con las pesas, puso su espada en la balanza (los exagerados piensan que también su enorme cinturón) y pronunció la inmortal frase, que es el paradigma de lo opuesto a lo jurídico *Vae Victi* (¡Ay de los vencidos!)⁸⁶.

Pero el campo donde nos movemos, sobre el que construimos nuestra actividad, es precisamente el opuesto, cuando se excluye no sólo la violencia, sino la imposición y se busca que alguien diga la sentencia

⁸³ “Por lo que el texto indica, la situación legal litigiosa, tal como Hesiodo la ve, es la siguiente. A la muerte de su padre, los hermanos dividen la herencia. La división debería haber sido definitiva, pero Perses se apropió de porciones que pertenecían a Hesiodo. Mientras llevaba a cabo tal agresión “con robo”, acudió a los “reyes”, jueces nobles, y les entregó regalos para que le confirmasen en su posesión. Deben pues los reyes decidir el litigio entre los hermanos. No sabemos cuál fue la solución. Al parecer, Perses reclamó, de nuevo, bienes o derechos de la herencia. Hesiodo espera y urge a que el conflicto tenga una solución rápida y justa, que ponga fin a las dudas” (cf. H. Fränkel, *op. cit.*, p. 120).

⁸⁴ Hesiodo, *Trabajos y días*, Proemio, 35–40.

⁸⁵ H. Fränkel, *op. cit.*, p. 120.

⁸⁶ A. Ruiz de Elvira, “*Vae Victis*. Reflexiones analíticas sobre escenas famosas de la Historia de Roma, *Cuadernos de filología clásica*, nº 8, 1975, pp. 77–92.

mas justa. Precisamente los viejos juicios, no dados por reyes sino por ancianos, con la intención de resolver una controversia, normalmente surgida por el pago de alguna deuda de sangre, dan ejemplo de esta búsqueda de la solución mas justa. En la *Illiada* se describe en el escudo de Aquiles, que debía ser enorme por la cantidad de cosas que llevaba gravadas, un juicio en la plaza donde los jueces iban dando su juicio cada uno y para el que diese el mejor había un talento de plata como recompensa. Como la escena es equívoca da lugar a muchas interpretaciones pero la que ahora nos conviene se refiere precisamente al acercamiento a la solución que “parezca mas justa”.

“Y las gentes al uno y al otro, defensoras de una u otra parte, los aclamaban con gritos de apoyo; y los heraldos, como es natural, intentaban contener a la gente; y los ancianos estaban sentados sobre pulidas piedras en el círculo sacro, y en sus manos tenían el bastón de los heraldos de voz sonora a través del aire, y con ellos e iban levantando luego, de un salto poniéndose en pie, y uno tras otro, alternativamente, cada cual pronunciaba su sentencia: y había, justamente, en el medio de los ancianos dos talentos de otro, para dárselos al que entre ellos más recta la sentencia pronunciara”⁸⁷.

No es extraño que autores como Nestlé se remitan al párrafo como un caso claro de inicio del arbitraje como se expresa con claridad unos versos antes “Allí una contienda / se había entablado, y dos hombres pleiteaban por la pena debida a causa de un asesinato: uno insistía en que había pagado todo/ en su testimonio público, y el otro negaba haber recibido nada,/ y ambos reclamaban el recurso a un árbitro para el veredicto”⁸⁸.

Pero la definición más correcta sobre la función de quien busca la justicia arbitrando entre pretensiones encontradas la tenemos en la propia lírica ática, en los fragmentos que se conservan del gran legislador ateniense Solón. Ciertamente es que su labor fue legislativa y que tradicionalmente se le ha considerado uno de los grandes legisladores de la historia, en paralelo con el mítico Licurgo de la ciudad rival de Esparta.

Es indudable que la labor legislativa de Solón podría considerarse igualmente como una mediación entre las facciones de ricos y pobres que protagonizarán el enfrentamiento que marca las alternativas entre oligarquías, democracias y tiranías en la evolución griega. La ley aparece como un laudo que se ve reforzado en cuanto Solón renuncia a la tiranía que se le ofrecía para que pusiese fin, desde la potestad y la fuerza al conflicto. En sus mismas palabras “si me mostré modera-

⁸⁷ Homero, *Illiada*, canto XVIII, 505–510.

⁸⁸ Canto XVIII, 495 ss. Cito la edición de E. Crespo Güemes, Madrid, Gredos, 1991. *Vid., v.gr.,* a W. Nestlé, *op. cit.*, 2010, p. 35.

do con mi tierra patria, y a la tiranía y a la violencia amarga no recurrí, mancillando y rebajando mi gloria, nada me avergüenzo; pues pienso que así mejor venceré a todos los hombres”⁸⁹.

Así aceptó un cargo de amplios poderes que desarrolló con moderación. En palabras de Plutarco: “Sin embargo el mismo Solón nos dice que al principio se dedicó a la política con dudas y temiendo la codicia de unos y el orgullo de otros. Fue nombrado arconte después de Filómbroto a la vez que árbitro y legislador”⁹⁰.

En su labor comenzó convenciendo a todos de la desgracia que venía asociada a la injusticia y los riesgos que correrían los ricos si no se resolvía el asunto de las deudas. Sus versos quedan como la más estricta definición de la injusticia:

“Así la desgracia común llega a la casa de todos, y no la detienen las puertas de entrada; salta la más alta tapia y da con cualquier, aunque se refugie en el más escondido cuarto. Mi alma me ordena que enseñe al pueblo de Atenas que la injusticia trae grandes males al estado, peor que la justicia hace que todo encaje, pone cadenas al transgresor del derecho, pule lo rudo, modera lo hartado, limita el exceso, marchita y seca los brotes de la ceguera, endereza el juicio torcido y suaviza los hechos desmesurados, refrena las disensiones, y contiene el rencor de infames contiendas. El buen orden todo lo humano, encaja y aclara”⁹¹.

Para lograr este objetivo se sitúa “como un hito” entre las dos facciones:

“Si algo tengo que reprochar abiertamente al pueblo: lo que tiene ahora, nunca con los ojos habían visto ni en sueños (sin mi intervención). Pero los poderosos tendrían que alabarme y llamarme su amigo (si supieran como habría otro ejercido el cargo, si le hubiera correspondido en mi lugar). No había domado al pueblo, lo habría removido hasta desnatar toda la leche. Yo puse mi lugar en tierra de nadie, y, entre ambas facciones como un hito...”⁹².

Pero la función arbitral del legislador Solón queda especialmente resaltada en la que es a mí entender la mejor anécdota. Como recoge Plutarco de nuevo: “Por eso luego, ante la pregunta de si dictó las mejores leyes para los atenienses, dijo *las mejores de las que habrían aceptado*”⁹³

⁸⁹ Fragmento 29 Gentili–Prato.

⁹⁰ Plutarco, *Vidas paralelas, Solón–Publicola*, Madrid, Gredos, 2008, p. 122.

⁹¹ Tomo la traducción de H. Fränkel, *op. cit.*, p. 215.

⁹² *Ibíd.*, p. 217.

⁹³ Plutarco, *Vidas paralelas...*, *op. cit.*, p. 126.

Constantemente y mucho más que en el área del juicio propiamente dicho el arbitraje debe buscar ese acomodo de lo posible que es también en lo que consiste la Justicia.

VI El arbitraje no es una solución deficiente

Una tentación que nos acomete al acercarnos al arbitraje es verlo como un sistema o un modelo menor. Defectivo. Frente al juez en sentido estricto y a la justicia completa el sistema incompleto cuya evolución puede ser sólo asemejarse progresivamente al modelo desarrollado. Un problema tiene esta interpretación, un problema que arroja luz sobre las obligaciones del árbitro en cuanto arbitro cumpliendo el modelo propio y no ajeno. Cuando se han extendido los arbitrajes internacionales el mundo estaba lleno de tribunales, es más con la descolonización y el acceso generalizado a la justicia en los diversos países había una inflación de tribunales, y precisamente en ese momento hubo que evitarlos por razones sobre la que se ha extendido la doctrina. Se fue a unos árbitros cuya neutralidad garantizada era su ventaja.

Se sabe que en la Antigüedad, las dudas sobre la equidistancia de los jueces, aristócratas corruptos en la mayoría de los casos, como recordamos con Hesiodo, se vencía por los concurrentes populares mediante la ley escrita, fijada con tablas en el foro para que todo el que supiese leer pudiera ver cual era la regla con la que se juzgaba. Pero la garantía no es suficiente para quien viene de fuera, ni desde luego es posible en nuestra área donde todo depende de unos árbitros que tengan la confianza de las partes, no la confianza espuria de lograr la propia pretensión, pues entonces siempre quedaría defraudada la confianza de una de las partes sino la confianza de que se resolverá en atención a la justicia buscada por quienes acuden al arbitraje. Queda claro que no se trata de un mero compromiso, fruto de la mediación, sino de un laudo que resuelve.

Si queremos seguir con alguna cita clásica, por mantener el tono cercano a esa forma de enseñanza que se llamo perennialismo en la Universidad de Chicago, podemos fijarnos en la deficiencia del juez tal como la leemos ahora en el "Mercader de Venecia" de Shakespeare. Aquello que fue una comedia se lee ahora como un drama. En origen la pretensión del judío Shylock se veía como una pretensión desmesurada, un abuso de derecho, que el juez burlaba con prudencia femenina. Ahora, sin embargo, se lee como la decepción del hombre exterior a la ciudad de Venecia, precisamente por ser judío, que ve

como su pretensión jurídica es burlada y se le devuelve a la condición de paria. Shylock no tenía nada que hacer y hubiera dado todo por un arbitraje donde pudiese esperar un mínimo de neutralidad⁹⁴.

El maestro de la Universidad Complutense Luis Legaz Lacambra comentó de forma muy clarividente este pasaje poniendo aún mayor acento que Jhering en la condición de burla que recibe el judío. “Es el lenguaje que en cualquier lugar y en cualquier época hablaría el sentimiento jurídico herido, en el que se expresaría la inquebrantable convicción de que el Derecho debe permanecer siendo Derecho, el que usaría la pasión de un hombre consciente de que el asunto que defiende no afecta sólo a su persona, sino a la Ley”⁹⁵.

Con acierto nuestro Tribunal Constitucional afirma que no podemos hablar siquiera de proceso si el juez o tribunal situado *supra partes* y llamado a dirimir un conflicto no aparezca dotado institucionalmente de independencia e imparcialidad. (SSTC 17 de marzo de 1995, 25 de febrero de 2002). Y como reitera la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, 162/2010 de 18 de febrero, siempre citando al Constitucional “Por esta razón, las causas de abstención y de recusación, en la actualidad contenidas en los arts. 219 LOPJ y resueltas en la forma que establecen los arts 99 ss LEC, al estar dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24.2º CE”.

Ni que decir tiene que la Audiencia en línea con lo dispuesto en el art. 18 de la Ley de arbitraje identifica la imparcialidad arbitral con la judicial en atención a la función y a las exigencias arriba descritas.

Hay en conclusión arbitraje no por defecto sino buscando una solución que los sistemas nacionales no podían dar pues los ejemplos anteriores en muchos países, en la propia España según recoge el maestro J.C. Fernández Rozas, es que al litigante extranjero se le maltrataba. De nuevo con sus palabras “(n)o resulta en efecto equitativo para un litigante pleitear en el Estado de su adversario y tener que soportar los costes de desplazamiento que pueden ser considerables; extremos, todos ellos, que no se apuntan respecto a la otra parte con la consiguiente situación de desigualdad fáctica. Y ello al margen de que los jueces estatales puedan discriminar a favor de su nacional, práctica que aún no se ha conseguido desterrar en determinados círculos jurí-

⁹⁴ Mas ampliamente he desarrollado esta cuestión en “Venganza y Justicia”, *Veritas fons iustitiae*, t. II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, 2008, pp. 1037 ss.

⁹⁵ L. Legaz Lacambra, *El Derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 215.

dicos, señaladamente cuando una eventual condena a un nacional puede ofrecer señaladas repercusiones económicas y políticas en el Estado del juez que dicta la decisión”⁹⁶.

Si se entienden ciertas razones de las partes para acudir al arbitraje internacional, no debemos olvidar que la principal “razón” se encuentra en la preferencia del Estado por una solución que define como autónoma y que lo es sólo en cierto sentido. Bertrand Ancel ha señalado como los Estados no pueden ni quieren desinteresarse de los procesos comerciales, pero admiten en general que estos pueden ser objeto de una reglamentación especial fuera de su autoridad, es la solución banal que reconoce la licitud del recurso al arbitraje y a las licitud de las transacciones o mas generalmente a la libre disposición de los intereses⁹⁷.

Sea como fuere la solución propia del arbitraje depende de una condición ética del árbitro (de nuevo no es nada exagerado el axioma que hemos repetido que un arbitraje vale lo que los árbitros) que se ha calificado como la neutralidad.

VI. La neutralidad del árbitro

Una aproximación a la ética propia del arbitraje exigiría añadir o reinterpretar las obligaciones propias de toda ética profesional y especialmente las de la ética de las profesiones jurídicas. Entre los principios que podemos situar en el primer área destacarían el de obrar según ciencia y conciencia y el de honestidad profesional⁹⁸. Entre los segundos señalaríamos los de secreto profesional, la independencia y libertad profesional, la diligencia, el desinterés y la lealtad profesional. Es notorio por otra parte que cada principio debe leerse en rela-

⁹⁶ J.C. Fernández Rozas et al, *Derecho de los negocios internacionales*, op. cit., p. 628

⁹⁷ “*Les Etats ne peuvent pas et, sans doute, ne veulent pas se desintresser des procès commerciaux, mais ils admettent en général que ceux-ci peuvent faire l’objet d’un règlement hors de leur autorité; c’est la solution banale qui ajuste la licéité de recours à l’arbitrage à la liceité de la transaction ou plus g’eneralement à la libre disponibilité des intérêts. / Aussi bien, l’hypothèse d’une complete autonomie a quelque chose d’un peu irréel en l’etat de l’attention que les ordres juridiques étatiques persistent à porter aux affaires du commerce internacional*” [cf. B. Ancel, “L’arbitrage commercial international au pays des lumières”, *Contratación y arbitraje internacionales* (R. Mendez Silva, ed.), op. cit., p. 190].

⁹⁸ B. Hanotiau, “Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceeding”, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2003, pp. 261–287.

ción con las características propias de cada profesión jurídica en concreto⁹⁹.

El principio de obrar según ciencia y conciencia sería como hemos dicho propio de todas las profesiones (entiéndase las derivadas de las viejas profesiones liberales). En lo que se refiere a obrar según ciencia esta exigencia se traduce por un lado en la obligación de formación permanente, por otro en no aceptar funciones para las que no se está preparado. En palabras de Angela Aparisi exigiría “los conocimientos técnico-jurídicos requeridos para actuar correctamente”. Se da por supuesta la capacidad científica y técnica derivada de la profesión¹⁰⁰.

El Preámbulo del código deontológico de la abogacía española lo dice de forma algo retórica al afirmar que el Abogado “sólo puede encargarse de un asunto cuando este para asesorarlo y defenderlo de una forma real y efectiva, y ello obliga a adecuar e incrementar constantemente sus conocimientos jurídicos y a solicitar el auxilio de los compañeros más expertos cuando lo precise”. Igualmente el art. 13.8 del código precisa que “El Abogado no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con algún abogado que lo sea”. Es notorio que esta última posibilidad le está negada a quienes ejercen otras profesiones jurídicas donde debe juzgarse o arbitrarse y debe evitarse cualquier consulta que implique intervención de terceros. La cuestión de la ciencia se complica cuando se observa que algunos autores exigen en el profesional jurídico unos conocimientos externos sobre cultura general que se presuponían en tiempos del universitario pero que ahora son más que dudosos¹⁰¹. De todas formas y como ha señalado con acierto Rafael Navarro Valls esta formación conforme o suficiente remite al estado de la Universidad y también a la deontología del formador¹⁰².

En lo que se refiere estrictamente a la neutralidad del árbitro debemos considerar que el término neutral no es muy adecuado en nuestra lengua. Dirige demasiado a neutro lo que puede ser incluso despectivo. Pero atiende al hecho de que el árbitro ni tiene prejuicio, sea objetivo o subjetivo, ni va a generar prejuicios. La cuestión se dirige hacia la actitud respecto a las partes y eso es pacífico. Mas comple-

⁹⁹ A. Aparisi Miralles, *Ética y deontología para juristas*, op. cit., pp. 27 y 28.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 207.

¹⁰¹ A. Del Moral Martín, “El juez civil ante la moral...”, *loc. cit.*, p. 850.

¹⁰² R. Navarro Valls, “Principios éticos y responsabilidad civil en el ejercicio de la función docente”, en *La Universidad y las profesiones Jurídicas*, Madrid, Fundación Central Hispano, 1998, pp. 107-123.

jo es saber si una posición doctrinal, o una resolución anterior, que en los juicios en sentido estricto aparece como garantía de justicia, puede ser un prejuicio en nuestro campo. Creo que no es cuestión de tratar este asunto que tendría más que ver con la selección de árbitros que con la ética arbitral.

La neutralidad exige imparcialidad, o más bien este es el componente esencial de la misma. Se ha denominado aspecto subjetivo pero creo, y no pretendo enmendar con ello la plana a tanto maestro que ha tratado el tema, que la imparcialidad es algo más nuclear, más esencial si se quiere. Sin imparcialidad, o si se quiere con parcialidad no hay arbitraje lícito pues se defrauda, totalmente el fin del arbitraje. En la definición paralela de la ética judicial se define la imparcialidad en el artículo nueve del Código iberoamericano de ética judicial: “El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”. El mismo código fundamenta en el artículo ocho esta imparcialidad en el derecho de las partes, subjetivización que no puede ocultar que la justificación fundamental es que sin imparcialidad no hay juicio en sentido estricto: “la imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional”.

El problema desde el Derecho claro está se encuentra en la dificultad de traducir en algo concreto y externo esta parcialidad. Debemos tener claro que en este punto el pensamiento si delinque en cuanto se traduce en laudo, pero que hay que buscar algo en el comportamiento y en el laudo que permitiera hacer evidente la parcialidad. Por ello, la imparcialidad, con ser lo nuclear queda en aparente segundo lugar frente a la independencia que hace referencia a la ausencia de vínculos especialmente con las partes. Se piensa que el vínculo al generar dependencia impide la imparcialidad de juicio. El asunto se puede complicar pues hay jurisprudencias que son tolerantes con ciertas formas de dependencia si no se traducen en ruptura de la neutralidad lo que parece atender mejor al fin de estas cualidades pero, claro, genera cierta inseguridad jurídica. En este sentido la regla 3.2 del Código ético de la *International Bar Association* aclara que los hechos relevantes a los efectos de imparcialidad son los que serían relevantes

para una persona razonable que desconozca el verdadero estado de ánimo del árbitro¹⁰³.

Conviene resaltar que esta protección de la imparcialidad que se traduce en independencia no es del conjunto de juzgadores de un sistema dado, sino de cada juzgador respecto a influencia externa o de la propia organización (como sería la organización el arbitraje institucionalizado). De nuevo podemos hacer la comparación con la archiconocidísima del juez. Por ello, por ejemplo el 12.3º LOPJ, prohíbe las instrucciones, de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

Debe recordarse que en el caso de los juzgadores, género al que en *lato sensu* pertenecen los árbitros, la independencia se debe traducir no en una absoluta libertad sino en la sujeción a la función, algo semejante con lo que ocurre con los jueces para los que la independencia es sujeción a la ley¹⁰⁵. El juez no independiente es entonces calificado como pseudojuez, como el árbitro no independiente es un pseudosárbitro.

La independencia se suele considerar aspecto objetivo de la cualidad de neutralidad y tiene mejor tratamiento jurídico pues se puede tasar. El código judicial que venimos citando no es sin embargo claro en la distinción pues en el art. 2 nos dice que “El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”. En los artículos conexos, sin embargo, si parece expresar la traducción objetiva de esta definición indistinguible de la imparciali-

¹⁰³ Art. 3.2º “Los hechos que conducirían a una persona razonable que desconozca el verdadero estado de ánimo del árbitro a considerar que éste último no es independiente respecto de una de las partes, generan una duda sobre su imparcialidad. Lo mismo ocurre si un árbitro tiene interés material en el resultado del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre la imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el artículo 4”.

¹⁰⁴ J.Mª Álvarez Cienfuegos, “Función de los jueces en la creación del Derecho”, en *La Universidad y las Profesiones Jurídicas, op. cit.*, p. 209.

¹⁰⁵ “Como hombre el juez es tributario de sus limitaciones y deficiencias, y habrá de merecer comprensión y dispensa. Pero en orden a su libertad y autonomía decisoria no caben paliativos. Si el juez es un árbitro o decidor entre partes resultará abominable la subsistencia de cualquier fuerza que pueda ejercer presión— por mínima que fuera—sobre el vector soberano de su voluntad. El juez que dicta sentencia— afirma Sergio Cotta en sus Itinerarios humanos del Derecho— no puede no ser libre. En caso contrario, la verdadera y auténtica sentencia sería manifestada primero o por encima de él por aquél que es efectivamente libre de pronunciarla y que es por tanto señor absoluto del pseudo—juez” (*cf.* F. Soto Nieto, “Deontología judicial. El preciado atributo de la independencia”, en *La Universidad y las profesiones jurídicas, op. cit.*, p. 163).

dad, así Ahora bien, en el arbitraje internacional no tenemos un sistema cerrado de normas, aunque claro está hay modelos y códigos y un cierta jurisprudencia. Esto hace que la dependencia o independencia sea algo de perfiles relativamente difusos. Conviene resaltar que la independencia es respecto a las partes pero como su razón de ser se encuentra en la imparcialidad del juicio hay dependencias que no son de las partes que pudieran ser relevantes. Unamos a este problema otro muy destacado por la doctrina: El arbitraje comercial internacional es un club bastante endogámico donde las relaciones entre instituciones arbitrales, árbitros, y consejeros de las partes son bastante intensas y respectivamente dependientes, por eso no es fácil lograr la total independencia. Así al describir el arbitraje Y. Delazay y B.G. Garth nos dicen que el trabajo de esos árbitros es bastante glamuroso y al menos para los grandes casos es una actividad bien pagada asociada con lugares agradables como París o Ginebra, y un estilo de vida de primera clase. Sólo un grupo selecto de individuos pueden valer como árbitros internacionales. Ellos son seleccionados supuestamente por sus virtudes, buen juicio, neutralidad, conocimiento experto. En un sentido sociológico caro a estos autores el capital simbólico adquirido por una carrera académica o de servicio público se convierte en un “capital efectivo” en el arbitraje internacional.¹⁰⁶

Aunque la obra que mencionamos de Y. Delazay y B.G. Garth juega con un sentido algo irónico de reputación, no puede olvidarse el valor de la misma en un juego como el del arbitraje donde la confianza, trust de la teoría de los juegos, es fundamental. Confianza en la institución arbitral, confianza entre los interviniente pero especialmente en los propios árbitros. El paso desde un juego de desconfianza, a una sola jugada cada vez, donde básicamente nos enfrentamos a una sucesión de dilemas del prisionero hacia una forma de cooperación parece basarse en la posibilidad de esperar reciprocidad, y en ella como han demostrado empíricamente los experimentos conducidos por Elinor Ostrom es esencial la comunicación y la reputación de los otros intervinientes en el juego.

¹⁰⁶ “*The work of these arbitrators is a rather glamorous and— at least for the large cases— well paid activity associated with nice places, like Paris or Geneva, and a first-class lifestyle. Only a select and elite group of individuals is able to serve as international arbitrators. They are purportedly selected for their virtue— judgement, neutrality, expertise— yet rewarded as if they are participants in international deal-making. In more sociological terms, the symbolic capital acquired through a career of public service or scholarship is translated into a substantial cash value in international arbitration*” (cf. Y. Delazay y B.G. Garth, *Dealing in virtue, op. cit.*, p. 8).

En efecto, si es cierto que los denominados sistemas de racionalidad basados en la opción de un solo juego producen frecuentemente resultados en los que, como en el dilema del prisionero, se opta por la no cooperación aún cuando esto se aleje de la opción óptima, también lo es que los estudios empíricos probarían una serie de extremos que no podemos despreciar.

Uno es que la tendencia a la cooperación dista de ser cero en primeras jugadas aunque luego tienda hacia el equilibrio de Nash, conforme estas se repiten. Otra es que la comunicación, especialmente cara a cara, facilita la apuesta por la cooperación, reforzada en determinados casos por la reciprocidad y el “prestigio” como cooperador del agente.

Por aplicarlo sencillamente a nuestro juego institucional del arbitraje, la confianza en el recurso al árbitro incluso para crear una especie de equilibrio de Nash en el que los intervinientes no busquen un cambio tras conocer la acción de todas las partes, es precisa la imparcialidad del árbitro. Esto sería aún más claro si aplicásemos un velo de ignorancia similar al que recurre Rawls es su justificación de las reglas básicas de justicia en una sociedad dada, suponiendo que ignoramos el papel que vamos a jugar¹⁰⁷.

Además no es necesario insistir en que el esfuerzo institucional se dirige casi inexorablemente a facilitar un juego de sanciones que faciliten la cooperación. En el caso del arbitraje es indudable que la supervivencia a medio plazo de todo el sistema, o de los diversos subsistemas de arbitraje exige que el juego de sanciones este dirigido a eliminar al árbitro tramposo, es decir, al manifiestamente parcial. Y ello porque si es muy posible que el sistema de arbitraje respecto a cada institución esté lleno de *grim triggers* es decir de sujetos que abandonen toda forma de participación en cuanto no reciben la reciprocidad o mejor en nuestro caso cuando su confianza se ve decepcionada.

La independencia, pues del árbitro debería distinguirse por su cercanía a la especialísima del juez a otros tipos de independencia. En efecto, aunque el código deontológico de la abogacía española dice en su preámbulo que “la independencia del Abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez dentro del Estado de Derecho” pa-

¹⁰⁷ Como indica E. Ostrom: “*Their trust that others will also be reciprocators is highly correlated with their own norms but is affected by the information they glean about the reputations of other players and their estimate of the risk of extending trust, given the structure of the particular situation*” (cf. “Toward a Behavioral Theory Linking Trust, Reciprocity, and Reputation”, en E. Ostrom y J. Walker “Trust & Reciprocity”, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2003).

rece que se refiere a otra cosa, en primer lugar por que la propia búsqueda de la justicia exige “partes”¹⁰⁸.

La independencia tal como se describe en el art. 2 del Código Deontológico de la Abogacía Española exige del abogado los siguientes extremos, una vez sentado que se trata de una exigencia del Estado de Derecho:

En primer lugar, el Abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios y ajenos.

Esto exige, en segundolugar, hacer frente a las presiones, exigencias o complacencias desde los poderes, públicos, económicos y fácticos, los tribunales, el cliente mismo y compañeros y colaboradores.

En tercer lugar, esto le permite rechazar las instrucciones recibidas en contra de sus propios criterios profesionales.

Finalmente, esto prohíbe al Abogado ejercer otras actividades o profesiones que la limiten o resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía.

Autores como Martí Mingarro extienden la independencia hasta el alejamiento de la “industria del pleito, es decir evitando una mercantilización que se traduciría en que el abogado se convertiría prácticamente en parte, y siendo parte ya no podría ser abogado. Con acertadas palabras cita Martí un cruce de posiciones entre abogado y juez que permite alcanzar el fin jurídico, lo que también podría predicarse del arbitraje: “No olvidemos en cualquier caso, que la independencia del abogado se proclama, precisamente, ante un juez que ha de ser también independiente e imparcial. Aquí esconde se produce un cruce de destinos magníficos entre jueces y abogados. Ya lo resaltó Calamandrei. Para nada vale la independencia del abogado si no tiene el correlativo esfuerzo de independencia de los jueces. Y no es nada fácil para los jueces el conseguir esa independencia en un mundo como el de hoy lleno de condicionantes. El valor sustancial de la independencia del juez es fruto de su esfuerzo personal y de la capacidad del sistema para proteger ese valor”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ A. Aparisi Miralles, *Ética y deontología para juristas*, op. cit., p. 274.

¹⁰⁹ L. Martí Mingarro, “Principios éticos de la abogacía”, en *La universidad y las profesiones jurídicas, Deontología, función social y responsabilidad*, op. cit., pp. 37–38. Con acierto, y con efectos en nuestro caso, analiza Martí que el abogado de empresa es el más expuesto en su independencia “Hay una modalidad en el ejercicio de la abogacía muy extendida en el mundo de hoy: el abogado de empresa. En España hemos luchado porque el abogado de empresa se sienta siempre abogado, y debe serlo. El abogado que está al

La deontología de la abogacía ha prestado especial atención a esta invasión por la burocracia de la actividad del abogado y otros profesionales, menos al fenómeno que describen entre otros Robert C. Binkley y Harold L. Wilensky que como indica Iturmendi “si bien reconocen que la cultura de la burocracia invade actualmente a las profesiones... no dejan de reconocer también que la cultura de los profesionales se generaliza e invade progresivamente las organizaciones y las empresas”¹¹⁰.

Puede deducirse que la independencia del abogado y otras profesiones jurídicas es un mínimo desde el que se construye la del árbitro, considerando que en numerosísimas ocasiones el árbitro procede precisamente de la abogacía y que en esa procedencia, junto a las vinculaciones institucionales pueden encontrarse precisamente causas concretas que contaminen su independencia.

Debemos aceptar con Fernández Rozas que el árbitro no es un juez y que su independencia tiene caracteres diversos de la institucional de aquel. Esto es así en lo que compete a la acción del árbitro en relación con el fin del arbitraje, pues el juez juzga mientras que el árbitro arbitra buscando una correcta solución. Pero más la diferencia es más clara en cuanto normalmente el árbitro no está dotado de la independencia institucional, casi por vulgarizar podríamos decir del sueldo fijo, que tiene el juez, más aún el juez que vería casos de trascendencia similar a los grandes arbitrajes institucionales.

La independencia e imparcialidad, conjuntamente, o cada una alternativamente, han tenido un amplio desarrollo en las reglas que regulan los arbitrajes especialmente en los reglamentos arbitrales:

Por ejemplo la Convención de Washington del CIADI respecto a la selección de árbitros dice en su art. 14 que las personas designadas para aparecer en las listas de árbitros: “deberán gozar de amplia consideración moral...e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Como indica González de Cossío la necesidad de la independencia e imparcialidad no aparecía en las primeras versiones de la Convención pero posteriormente se incluyó la denominada imparcia-

servicio de un solo cliente, tiene el mayor riesgo en su independencia, que no consiste en decirle que no a su cliente, sino darle el buen consejo, el adecuado consejo, el directamente pertinente para que las decisiones que se tomen sean las adecuadas...Lo contrario a independencia es connivencia con alguien, y si vosotros podéis concebir a un abogado connivente con extraños al interés de su cliente, es que no estáis hablando de un verdadero abogado” (*ibíd.*, p. 38).

¹¹⁰ J. Iturmendi Morales, “En torno a la deontología...”, *loc. cit.*, p. 95.

lidad de juicio que en cierta forma recoge las dos características citadas de independencia e imparcialidad¹¹¹.

Es notorio que esta exigencia de imparcialidad se refuerza con exigencias “procesales” de revelación que dan lugar al denominado *disclosure* que se convierte, como hemos dicho, en el punto de toque jurídico a la hora de determinar si el árbitro cumplió o no con las obligaciones de poner en conocimiento aquellas circunstancias que hubieran llevado a una persona normal a poner en tela de juicio la imparcialidad del juez.

En este sentido el art. 9 Regl. Uncitral exige que “un árbitro prospectivo debe revelar a quienes se le acerquen en relación con una posible designación todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento revelará tale circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento”. Y en la misma línea el Regl. LCIA indica en su art. 5.2º que: “Todos los árbitros... serán y se mantendrán en todo momento imparciales e independientes de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún, antes o después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado”. Y, por citar otro ejemplo significativo, el muy relevante Regl. CCI dice respecto a la imparcialidad en su art. 7.1º “Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”.

Recapitulando sobre lo dicho hasta ahora, no está de más acudir a la ironía corrosiva de Nicolás Gómez Dávila en el sentido de que “(l)imitar nuestro auditorio limita nuestras claudicaciones”, pues “(l)a soledad es el único árbitro insobornable”¹¹². Es innegable que existen arraigadas sospechas sobre las denominadas éticas corporativas, en cuanto se han considerado como la deontología un medio de control desde las corporaciones más que una guía de comportamiento correcto para profesionales. En este contexto, la ética arbitral goza de una aceptación pacífica entre los practicantes del arbitraje, al menos en cuanto a su existencia; dicha ética no parece aquejada de sospecha. Y ello pese a que el arbitraje ha pasado de ser un servicio prestado ocasionalmente por unos venerables profesionales para convertirse en un

¹¹¹ F. González de Cossio, “Independencia, imparcialidad...”, *loc. cit.*, y también en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 12, Octubre, 2002, México, D. F.

¹¹² N. Gómez Dávila, *Escolios a un texto implícito*, Madrid, Atlanta, 2009, p. 70.

auténtico y complejo negocio altamente competitivo¹¹³, con la existencia de unos procedimientos de tal nivel de sofisticación que no está de más preguntarse sobre el riesgo de la desnaturalización de la propia institución arbitral¹¹⁴.

Los árbitros no son jueces pero probablemente por ello, y en base a la confianza inherente a la función arbitral, las exigencias éticas deben explicitarse con mayor claridad tanto en las etapas de formación como en la investigación sobre la materia o la elaboración de normas institucionales. El arbitraje surge con una función clara y sólo tiene éxito en cuanto cumple unas condiciones, especialmente en los árbitros. Sin este comportamiento funcional-ético el arbitraje desaparece pues no podemos olvidar su origen “voluntario”, el hecho de que alguien puede plantearse poner o no la cláusula arbitral. La ética del árbitro aparte de constituir un referente de excelencia entraña indudables consecuencias jurídicas pues el comportamiento contrario a la misma es susceptible de producir efectos fundamentales, unas veces respecto al propio arbitraje, otras respecto a la responsabilidad del árbitro. Es precisamente el arbitraje donde la referencia a la equidad tiene un valor más fuerte, y donde parece en consecuencia más relevante la propia equidad del árbitro.

RESUMEN: El arbitraje internacional es considerado en general como un medio importante para el comercio mundial. Esto ha sido posible gracias a la creciente toma de conciencia de la especificidad internacional del mismo. Desde los años 90, algunos expertos han señalado el clima de confrontación de muchos arbitrajes internacionales. Esto es debido a que el entorno empresarial internacional ha creado un proceso de arbitraje internacional de solución de controversias más formalizado y legalizado. El arbitraje, en general, depende de las características de los árbitros. La función esencial de un árbitro es facilitar el diálogo entre las partes, por lo que es posible llegar a un acuerdo por ambas partes litigantes individualizar y llegar a una solución justa. Los árbitros deberán desempeñar sus funciones de acuerdo con un nivel de conducta y competencia. Por esta razón, los árbitros deberán ser y permanecer libres de prejuicios, en consecuencia los árbitros internacionales deben ser imparciales e independientes.

PALABRAS CLAVE: ÉTICA – ÉTICA PROFESIONAL – ARBITRAJE INTERNACIONAL – INDEPENDENCIA – IMPARCIALIDAD.

¹¹³ C. Müller, “Développements futurs de l’arbitrage”, *Arbitrage interne et international* (A. Bonomi y D. Bochatay, eds.), Ginebra, Droz, 2010, pp. 141–163, esp. pp. 142–149.

¹¹⁴ S. Lazareff, “L’arbitre singe ou comment assassiner l’arbitrage”, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, París, 2005, pp. 478 ss.

ABSTRACT: International arbitration in common revered as important to world trade. This has been made possible through a growing realization of international specificity. Since the 90's some experts have remarked the confrontational climate of many international arbitrations. The international business environment has made international arbitration a more formalized and legalized dispute resolution process. Arbitration in general depends on the characteristics of the arbitrators. The essential duty of an arbitrator is to facilitate dialogue between the parties, making it possible to reach an agreement by both individualising litigious sides and arriving at a fair solution. Arbitrators should perform their duties in accordance with a reasonable standard of conduct and competence. For this reason arbitrators shall be and shall remain free from bias. International arbitrators should be impartial and independent.

KEY WORDS: ETHICS – PROFESIONAL ETHICS – INTERNATIONAL ARBITRATION – INDEPENDENCE – IMPARTIALITY.