

Charles Darwin y el Arbitraje

Alfredo Bullard *
Jose Luis Repetto **

En el presente artículo, apoyándose en doctrina autorizada y en data empírica, los autores sustentan la idea que el arbitraje es un fenómeno evolutivo que recoge las mejores prácticas del sistema del *civil law* y el *common law*. Por último, comentan el rol del *soft law* en el arbitraje internacional y la importancia que juega hoy en día la *lex mercatoria*.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Yale. Socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados. Presidió la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia que aprobó la Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo 1071.

** Alumno de Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Presidente del Consejo Directivo y Director de la Comisión de Edición de Forseti.

Charles Darwin y el Arbitraje

I. EL PROCESO DE SELECCIÓN NATURAL

Larry Walters soñaba con ser piloto. Su sueño se estrelló con una limitación física: era corto de vista. Su postulación a la fuerza aérea fue rechazada.

Pero no quiso dejar atrás su sueño volar. Un buen día ató a una silla de jardín 45 globos meteorológicos llenos de helio. Subió a su "nave" un paquete de cerveza, unos sándwiches y una carabina de balines con la que pensaba disparar a los globos cuando decidiera bajar. Calculó que se elevaría a poco menos de 10 metros del suelo.

Pero calculó mal. Al cortar la amarra que lo sujetaba al suelo, su aparato volador, al que bautizó como Inspiration I, se elevó a casi 5.000 metros de altura. A esa altitud desistió de aplicar su "sistema de descenso" de disparar a los globos.

Los vientos lo arrastraron a la salida del aeropuerto de Los Ángeles donde, espantado, vio cómo unos aviones de pasajeros que despegaban y aterrizaban pasaban a su costado. Pilotos de aviones de Trans World y Delta reportaron a la torre de control a un hombre volando, en una silla de jardín, con una carabina, y que podría ser peligroso. Luego de ser rescatado, fue arrestado y multado por violar las leyes aeronáuticas.

Larry Walters recibió una mención honrosa en los llamados premios Darwin. Estos galardones son concedidos cada año por una página web¹ a aquella persona cuya estupidez fue tan grande que falleció por sus propios actos.

El nombre del premio es un homenaje a la teoría de Charles Darwin, según la cual los individuos más estúpidos morirán primero, con lo que los genes estúpidos irán desapareciendo y la inteligencia humana irá evolucionando en base a su adaptación al medio ambiente. "Lamentablemente" Larry Walters tuvo que "conformarse" con una mención honrosa porque no murió en el intento. Igual moriría joven pues, a pesar que su inusual fama que llevó a que lo contratasen para protagonizar promociones publicitarias, su vida fue un fracaso. A los pocos años de su aventura, se suicidó.

Entre los galardonados del premio Darwin se encuentran casos como el de una persona que saltó de un avión para filmar a un paracaidista y olvidó de ponerse su propio paracaídas, el de otra que iluminó un tanque de combustible con un mechero para ver si estaba lleno, el de un condenado a silla eléctrica que al poco tiempo de que se le conmutara la pena por cadena perpetua murió, electrocutado en su celda al morder un cable eléctrico de un televisor mientras lo reparaba o el de una persona que

¹ Ver: <http://www.darwinawards.com/>.

confundió el teléfono con la pistola que dejó en su mesa de noche. Su última palabra fue "aló".

La teoría de Darwin, recogida en "El origen de las especies" está muy bien resumida en el siguiente párrafo:

"(...) Existen organismos que se reproducen y la progenie hereda características de sus progenitores, existen variaciones de características si el medio ambiente no admite a todos los miembros de una población en crecimiento. Entonces aquellos miembros de la población con características menos adaptadas (según lo determine su medio ambiente) morirán con mayor probabilidad. Entonces aquellos miembros con características mejor adaptadas sobrevivirán más probablemente."²
(Subrayado agregado).

Es importante tener claro que es lo que Darwin dijo y lo que no dijo. Él nunca dijo que la teoría de la evolución sustenta la supervivencia de más fuerte, como equivocadamente se le suele citar. El proceso evolutivo es más un proceso adaptativo. Lo que determina la supervivencia no es la fortaleza sino la capacidad de adaptarse a las circunstancias.

Los zorros blancos sobreviven mejor en la nieve que los zorros cafés no porque son más fuertes. Ante un enfriamiento del clima los zorros que por una mutación genética accidental tenían la piel más clara se adaptaron mejor porque se camuflaban con el paisaje y los cazaban menos. Al reproducirse entre ellos la piel se les fue aclarando aún más. Los zorros cafés murieron con más frecuencia que los más claros y poco a poco en la nieve los genes de piel clara fueron consolidándose. Si el clima de volviera a calentar y la nieve desapareciera se produciría el fenómeno contrario y los zorros cafés sobrevivirían con más frecuencia.

Lo que sí se puede observar es que especies más flexibles pueden adaptarse mejor a distintos ambientes que otras menos flexibles. Los animales de sangre caliente pueden adaptarse mejor al cambio de clima que los animales de sangre fría. Ello explica en parte la extinción de animales aparentemente muy fuertes como los dinosaurios.

La inteligencia genera una gran capacidad de adaptación lo que explica la gran capacidad del ser humano para sobrevivir en circunstancias muy diversas. Y si la inteligencia es capaz incluso de modificar su medio ambiente (como la inteligencia humana está en capacidad de hacer) las posibilidades de sobrevivir aumentan aún más. El ser humano puede generar calor en invierno y frío en verano, puede traer agua a donde no existe o puede secar un pantano y construir una ciudad. Puede crear medicinas que destruyan microbios que atentan contra su vida o incluso neutralizar los efectos del transcurso del tiempo y retrasar el envejecimiento y aumentar la

² Darwin, Charles, *El Origen de las especies*.

expectativa de vida. El crecimiento demográfico espectacular de la especie humana demuestra el punto.

Por eso, el premio Darwin apunta en el sentido correcto: los genes estúpidos (o las acciones estúpidas) o las menos inteligentes muestran menor capacidad de adaptación y sobrevivirán menos que los genes inteligentes.

Las lecciones de Darwin no son solo aplicables a especies biológicas. También se aplican las instituciones. Al igual que las especies vivas, las instituciones (es decir, las reglas de juego y convivencia en una sociedad) creadas por los seres pueden reflejar estupidez o inteligencia. Las malas instituciones tenderán a desaparecer porque no podrán adaptarse a la realidad, mientras que las buenas instituciones tenderán a sobrevivir y a traer desarrollo. Y si la inteligencia es capaz de modificar el medio ambiente, las chances de adaptarse y sobrevivir aumentan aún más.

Y dentro de las "especies institucionales" podemos encontrar a las normas creadas para solucionar conflictos. Y dentro de estas podemos encontrar las reglas arbitrales, las que se encuentran en el mismo ambiente que otros mecanismos como la jurisdicción ordinaria, la mediación, la conciliación, etc.

Estas reglas pueden ser más capaces de adaptarse a las necesidades de los hombres y al marco social y económico dentro del cual se desenvuelven. Es de esperar que las reglas con más capacidad de adaptación sobrevivan y las que no desaparezcan o se utilicen menos.

Hayek distingue entre órdenes constructivistas y ordenes espontáneos. Los primeros son creados e impuestos desde arriba, como puede ser el caso de un Código Procesal. Es constructivista porque es, valga la redundancia, construido por el legislador. Una vez dado, su estructura es rígida y para cambiar (mutar en términos de Darwin) requiere de un cambio legislativo, algo complicado, lento y difícil de hacer. Su capacidad de adaptación es limitada y por tanto su supervivencia (entendida como su uso social intenso) es complicada.

Por el contrario, el arbitraje es tremendamente flexible y puede cambiar y adaptarse fácilmente. Las leyes de arbitraje suelen ser cortas, generales y permiten, casi sin excepción, pactar en contra. Las reglas que se aplican en un arbitraje nacen más de la práctica acumulada que de un acto del legislador. Para cambiar la práctica no hay que cambiar la ley.

Si bien las leyes se pueden mejorar es necesario cambiarlas para obtener mejoras. Por el contrario las partes y los árbitros, mediante un continuo proceso de ensayo- error, van ajustando reglas, prácticas y procedimientos en un proceso espontáneo que genera un orden no dirigido centralmente. Como sucede con el lenguaje o la economía, se puede generar un sistema ordenado que nace de una aparente anarquía.

Así los practicantes del arbitraje pueden descubrir que una forma de organizar la prueba o de establecer una audiencia o de considerar que existe un conflicto de intereses es mejor que otra. Si esas reglas son más efectivas, más baratas de aplicar o una combinación de ambas cosas, se repetirán primero por descubrimiento espontáneo y luego por imitación. El sistema irá mutando y se adaptará al medio ambiente en el que se desarrolla, que por ejemplo se caracteriza por escasos recursos, por el carácter técnico de la controversia, por escasos de tiempo, etc.

La interacción arbitral genera un proceso de descubrimiento de reglas que aparecen por ocurrencia de alguien o por accidente y que sobreviven porque se adaptan mejor. Con ello no solo el arbitraje desplaza en su uso a otros sistemas menos adaptativos, sino que incluso dentro del arbitraje, las prácticas con mayor capacidad de adaptación perduran mientras que las que no se adaptan desaparecen y se hacen acreedoras al premio Darwin institucional.

El arbitraje, de la misma manera como ocurrió con el Derecho Mercantil ha sido el resultado de este espontáneo proceso de ensayo y error. Como bien señala Benson:

“El Derecho Mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto.”³ (Subrayado agregado).

En la misma línea Hunter señala que:

“It is interesting, and significant, that English commercial law, and the private system of dispute resolution that came to be called arbitration, started in the international context. There is a tendency to think that international arbitration is a tiresome twentieth century innovation which has arrived ‘out of the blue’ to plague and disrupt the hitherto comfortable system of domestic arbitration. It is not so. It all started with international trade. The fact that arbitration gradually became more inward-looking and domestic in character is probably due to the fact that the commercial law itself was, in England, administered by the courts, rather than by a private person appointed by the parties.”⁴

Karl-Heinz Böcksteigel señala que:

³ Benson, Bruce L., *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchant*, p. 24.

⁴ Hunter, Martin J., “Arbitration procedure in England: past, present and future”. En: *Arbitration International*, Kluwer Law International 1985 Volume 1 Issue 1, pp. 82 - 102

"I would expect a growing harmonization between national arbitration laws. National legislators will continue to be pushed by their own constituencies, particularly their business communities, to adapt their respective legal frameworks to the demands of international business practice for efficient dispute settlement machineries. This, and also the many similarities between the other modern national arbitration laws even if they do not follow the Model Law, has already led and will continue to lead to a harmonization of national arbitration law to an even greater extent in the future."⁵

II. ¿ES BUENA LA ESTANDARIZACIÓN?

La respuesta es "depende". La estandarización puede ser evolutiva o constructivista. La constructivista puede tener el problema de tratar de saltarse los incentivos y procesos evolutivos. Por ejemplo, leyes arbitrales muy rígidas pueden generar estándares. Pero estos son poco flexibles y no se ajustan al cambio de su medio ambiente. Si al legislador se le ocurre que toda notificación de una decisión de los árbitros tiene que ser dejada físicamente en el domicilio de las partes, frenará la evolución hacia el uso de notificaciones electrónicas. Estandarizará la forma de notificar, pero no sabremos si es la mejor forma de notificar en cada caso.

Por el contrario la estandarización evolutiva, es decir, la adopción de prácticas generalizadas por medio de un proceso de selección natural, puede generar usos uniformes, pero sujetos a un control adaptativo y con la capacidad de cambiar o ajustarse a cada circunstancia. Así el proceso evolutivo suele generar buenas reglas para cada circunstancia, curiosamente resultan más predecibles, pero a la vez son flexibles porque admiten el cambio constante.

En primer lugar, el proceso evolutivo suele generar buenas reglas. La situación es muy simple, lo que funciona prevalece, lo que no, se desecha o se usa menos. En ese sentido, producto de la competencia y de la evolución una determinada norma, regla o reglamento se usa más que otra. E incluso se puede cambiar según el "ambiente" de cada arbitraje. Ello explica las tremendas similitudes en las leyes de arbitraje (cuando son impactadas por un proceso espontáneo que tiene a una mayor flexibilidad), de los reglamentos arbitrales de los diversos centros alrededor del mundo y, sobre todo, de las reglas concretas que se usan en la práctica arbitral.

Lo dicho puede ser demostrado empíricamente en base a observar la experiencia. Los países que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL suelen ser testigos de un mayor desarrollo del arbitraje, principalmente por que han adoptado un esquema flexible como el que propone dicho modelo, un orden que admite la evolución, por que básicamente se basa en admitir el pacto en contrario.

⁵ Böckstiegel, Karl-Heinz, "Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration". En *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2009, Volume 25 Issue 3, p. 300

Por otra parte los centros arbitrales que adoptan reglamentos a espaldas de las señales que da el mercado, suelen fracasar, salvo que descubran alguna idea innovadora y efectiva, con capacidad de generar una "mutación evolutiva".

Y para quienes están en la práctica arbitral, es claro que las reglas no escritas, pero conocidas, son tanto o más importantes de las escritas. Un abogado con experiencia en arbitraje puede predecir con cierto nivel de certeza que reglas adoptara un tribunal arbitral solo basándose en lo que ocurre usualmente. Si bien puede haber diferencias en los detalles, hay puntos comunes muy claros en la esencia. Esas reglas se escogen por sus bondades y su capacidad de adaptarse a las circunstancias de cada arbitraje.

En segundo lugar, como se desprende de lo dicho, producto de la estandarización evolutiva llegamos a un punto en el que las prácticas serán comunes. Y donde las prácticas son comunes todo es más predecible.

En tercer lugar, la estandarización evolutiva es flexible justamente porque admite el cambio constante. Si alguna regla no puede adaptarse a una determinada circunstancia o a un determinado cambio social, económico o cultural deja de ser útil para la sociedad entonces al igual que el proceso de selección natural, las especies se adaptarán y solucionarán el inconveniente con una regla distinta.

Frente a esto ¿cuáles son los problemas de la estandarización constructivista? Por contraste se pueden encontrar tres problemas: (i) las reglas no son testeadas por la realidad antes de su puesta en práctica; (ii) no asegura que las reglas sean las mejores por que no están sujetas a un proceso competitivo/evolutivo; y, (iii) no es flexible frente a los cambios pues si se llegará a la conclusión que la regla es poco eficiente, es difícil o simplemente imposible. Analicemos cada uno de estos aspectos.

En primer lugar, para la visión constructivista las reglas son producto de la concepción del legislador/planificador. Son el resultado la forma de pensar, con todos los sesgos, ideas y prejuicios (buenos o malos) que tiene una persona. Este sujeto idea lo que sería la situación ideal y construye las normas. Sin embargo, el mundo ideal teórico y la realidad no suelen coincidir. Que una norma no se *testee* con la realidad o con lo que sucede en otras latitudes suele arrojar resultados disfuncionales.

Un buen ejemplo es que ocurrió en la práctica con el capítulo de arbitraje que tuvo el Código Civil de 1984 en el Perú. Se creó un arbitraje de ciencia ficción. Nadie arbitraba y la razón era muy simple. Las normas eran muy malas. No estaba confrontada con la realidad. Traían la distinción entre clausula compromisoria (contrato preparatorio) y convenio arbitral sin admitir pacto en contrario que exigía dos acuerdos (uno antes y otro después de surgido el conflicto). La norma no se adaptaba a las necesidades de un arbitraje eficiente. Vivía en la teoría de la Ley pero se extinguió, como los dinosaurios, en la realidad.

En segundo lugar, las reglas, al no ser testeadas en la realidad, no aseguran su capacidad adaptativa. Las reglas que son producto de la estandarización constructivista no siempre son las mejores para las partes y éstas se ven limitadas a cambiarlas y encontrar reglas que se adapten a las circunstancias.

Por último, las reglas que nacen de una estandarización constructivista no son flexibles. Como el estándar es creado por la voluntad de un legislador, la norma se suele mantener en el tiempo sin ser modificable cuando cambian las circunstancias o aparece una nueva idea.

Todo lo dicho tiene una explicación muy simple. Los procedimientos arbitrales siguen un proceso de selección natural. Los arbitrajes modernos suelen recoger las reglas con mayor capacidad de adaptación. Surge entonces una estandarización que es, paradójica, y virtuosamente, diversa, es decir las mejores para cada circunstancia. Aquello que funciona, prevalece y se suele usar. Aquello que no funciona, se desecha y se deja de usar. A pesar de ello, este método no excluye ni imposibilita usar reglas especiales para casos especiales y no impide el cambio de las reglas cuando aparece una idea innovadora o cambian las circunstancias del mercado arbitral.

Un buen ejemplo de ello es el uso, muy común en el arbitraje internacional, del llamado "*Redfern Schedule*". Redfern diseñó un cuadro en el que registraba las solicitudes de exhibición de documentos y las oposiciones o cuestionamientos a las mismas. Al simplificar de una manera comprensible el trámite de las exhibiciones resultó muy exitoso y es hoy usado universalmente. Y se seguirá usando hasta que surja una idea mejor. Pero este sistema no está recogido en ninguna Ley o Reglamento. Su origen y su vida están en la práctica. Nació y sobrevive espontáneamente.

¿Qué sistema jurídico funciona evolutivamente mejor?

El sistema de *common law* descentraliza el proceso de creación de reglas. Las normas jurídicas no suelen provenir de la voluntad del legislador, sino que el proceso de creación de reglas se hace a través de los precedentes judiciales. Esto hace que el derecho en un sistema de *common law* sea más flexible y a la vez tenga mayor capacidad evolutiva. El cambio en las circunstancias o las nuevas ideas van a generar un cambio en los precedentes judiciales y así el derecho va a evolucionar. El sistema tiene intrínsecamente capacidad de adaptación.

Por el contrario, el sistema de *civil law* concentra el proceso de creación de normas. En efecto, este sistema se caracteriza porque las normas se crean de la abstracción de la mesa del legislador (un congresista, un jurista o una combinación de ambos) que busca que su norma jurídica se asemeje al mundo ideal. Pero sobre la mesa en la que redacta la Ley no hay nada real tomado del mundo que se piensa regular. Por ello, lo llamamos constructivista: busca construir el mundo ideal. Este sistema suele no darle

demasiada importancia a los precedentes judiciales, haciendo a los jueces unos meros aplicadores de la norma jurídica y privándolos de la capacidad de hacer cambios adaptativos.

Esto es importante porque, sin perjuicio de las discusiones que podamos tener, la impresión que tenemos es que el arbitraje comercial internacional toma más aspectos del *common law* que del *civil law*. La actuación de pruebas (en especial la de testigos y la exhibición de documentos) se asemeja más a la práctica anglosajona que a la civil. Es extraño que en el arbitraje internacional (y hoy en el Perú en el doméstico) se usen las reglas del Código Procesal Civil). Ello encontraría su explicación en que la mayor flexibilidad de reglas de origen evolutivo que a su vez, por su propio origen, compiten con ventaja con las reglas de origen constructivista, allí donde la libertad de regulación está reconocida. Sin perjuicio de ello, como veremos más adelante, hay algunos aspectos del *civil law* que han tenido influencia en las reglas evolutivas que uno aprecia en el arbitraje internacional.

III. EXPRESIONES DE LA ESTANDARIZACIÓN

El arbitraje comercial internacional se ha estandarizado a través de una combinación de las mejores prácticas del sistema del *common law* y el *civil law*. Veamos los aportes de cada uno de los sistemas.

El sistema del *common law*

En primer lugar, en la práctica procesal del *common law*, los escritos suelen ser cortos, prácticos y esquemáticos. En contraste se le da mayor peso la oralidad del proceso⁶. Un proceso del *common law* suele tener más audiencias y de mayor duración. Como se puede apreciar, se le da más importancia a la oralidad que a los escritos. Y la forma de actuación de las pruebas, en especial las declaraciones de testigos, son más vividas, con interrogatorios menos formales y más agresivos.

Así, los testigos suelen tener mucha importancia. De hecho, la mayoría de las pruebas (documentos, pericias, etc) viven en el proceso a través de los testigos. Los interrogatorios suelen tomar bastante tiempo y son decisivos para los jueces y árbitros al momento de emitir su decisión. Estos interrogatorios suelen tener un *direct examination*, *cross-examination*, *re-direct examination* y *re-cross examination*,

6 Cairns, David J. A., "Oral Advocacy and Time Control in International Arbitration". En: Van den Berg, *ICCA Congress Series No. 15 (Rio 2010)*, Kluwer Law International, 2011, p. 182: "The oral hearing, and particularly the lengthy oral hearing, is a characteristic of *common law* procedure. However, the flexibility of arbitral procedure together with the impulse towards harmonization of different legal traditions in international arbitration has substantially reduced the length of arbitral hearings in comparison with similar disputes in domestic courts in *common law* jurisdictions."

generando una dialéctica particular que ayuda a contrastar adecuadamente la declaración.

Al igual que los testigos, los expertos también juegan un rol importante. Son estos los concedores del derecho o de las ciencias y conocimientos técnicos que ayudan a sustentar los méritos de la decisión. El peso de los peritos en el *civil law* suele ser bastante menor.

En lo que a documentos se refiere, el llamado *discovery* es la principal diferencia entre el sistema del *common law* y el *civil law*. En el derecho del *common law* existe una marcada preferencia a favor de aceptar solicitudes de producción (exhibición) de documentos amplias lo que contrasta con el *civil law* que suele establecer limitaciones más específicas⁷.

El sistema del *civil law*.

Los escritos del sistema del *civil law* suelen ser sumamente extensos con una marcada prevalencia por el derecho y menor relevancia en la argumentación fáctica. La discusión doctrinaria o interpretativa de la ley o el contrato suelen tener más peso que la actuación probatoria.

⁷ El Ahdad, Jalai y Bouchenaki, Amal, "Discovery in international arbitration: A foreign creature for *civil lawyers*". En: Van den Berg, *ICCA Congress Series No. 15 (Rio 2010)*, Kluwer Law International, 2011, pp.94-95: "The 1999 IBA Rules address mandatory and elective document production. In the first instance, they placed an affirmative obligation on parties to produce all documents on which they rely to support their claims. This provision was likely to be familiar to practitioners from a *civil law* background. In the second instance, however, they created a mechanism whereby a party could obtain relevant documents not in its possession. This was more unsettling to *civil lawyers*. Procedurally, a party seeking disclosure could identify documents sought from its adversary to the tribunal. The opposing party is then given some time to produce the documents. If it resists disclosure, it could then lodge objections with the tribunal, and the tribunal is to decide whether production should be ordered. It is now firmly admitted that elective disclosure under these IBA Rules did and does not amount to "American-style" discovery. The party seeking documents, or a narrow category of documents, must demonstrate that they are "relevant and material" to the outcome of the case. The party must also explain why the documents sought are believed to be in the "possession, custody or control" of its adversary. Aside from these express limitations, there are practical hurdles. Although the rules authorize tribunals to take steps to compel document production by a non-party, with limited exceptions, tribunals are not authorized by national laws to use the apparatus of the state to compel production. It has been observed that document production under the IBA Rules is narrower than discovery under the FRCP in the United States, similar in scope to disclosure in the United Kingdom and broader than disclosure in most *civil law* systems. Whether or not this is accurate, the rules continue to gain traction as a common point of reference in international commercial arbitration. Therefore, even if parties do not agree to their express application, their presence may be felt, and *civil lawyers* must anticipate their influence."

El sistema de *civil law* le da mucho menos importancia a las audiencias. La oralidad es limitada y su intensidad es menor. Suelen haber menos audiencias que en un proceso del *common law* y estas audiencias suelen tener menor duración.

Los interrogatorios del sistema del *civil law* suelen ser dirigidos a través del Tribunal y son más formales y menos agresivos. Ello les priva del carácter vivido e impactante que tienen en el *common law*.

Los procesos bajo el sistema del *civil law* suelen darles menor relevancia e importancia a los expertos. Y se les da muy poco peso a los peritos de parte y se refiere el uso de los peritos de oficio nombrados por el Tribunal. Ello contrasta con el *common law* donde los expertos suelen ser de las partes en una estructura claramente adversarial⁸.

Asimismo, las solicitudes de documentos tienen que ser específicas no amparándose las solicitudes amplias o abiertas.

Todo esto es resumido de manera acertada por Cremades:

“Los jueces del Derecho civil adoptarán un sistema inquisitivo, es decir, un procedimiento en el cual el juzgador es el principal responsable de identificar las principales cuestiones de hecho o de derecho objeto de la controversia. Bajo este sistema, prácticamente no existe espacio para (i) el interrogatorio de los testigos o expertos presentados por la contraparte (ya que el interrogatorio lo hace el juzgador); (ii) amplias solicitudes de exhibición de categorías de documentos (ya que las mismas son muy limitadas y dirigidas a la exhibición de documentos concretos); (iii) deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador); y (iv) largas audiencias. Esto se debe a que las partes tienen la obligación de exponer su caso por escrito, conjuntamente con toda la documentación necesaria, lo antes posible en el procedimiento. Por tanto,

⁸ Sachs, Klaus y Schimdt-Ahrendts, Nils, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”. En: Van den Berg, *ICCA Congress Series No. 15 (Rio 2010)*, Kluwer Law International, 2011, p. 136: “It is true that arbitration practice still reflects a certain divide between the *common law* and the *civil law* approach to expert evidence. It is a *common law* tradition for parties to present “their” expert witness, a tradition built on the notion of a fully adversarial system. *Civil lawyers*, by contrast, have historically been more sceptical about the benefits and costs of party-appointed expert witnesses. This is a result of the *civil law* tradition of attributing only limited evidentiary value to expert opinions put forward by the parties. Thus, *civil law* arbitrators still tend to favour the appointment of experts who follow the tribunal's and not the parties' instructions. However, there is a clear trend in international arbitration to rely primarily on the testimony of party-appointed experts, with tribunal-appointed experts being used only in exceptional circumstances.”

el caso se decide esencialmente sobre los escritos presentados por las partes, conjuntamente con la prueba documental que los acompaña.⁹

¿Hacia a dónde nos ha llevado la evolución?

La evolución y lo que ha prevalecido ha sido la combinación de las mejores prácticas de ambos sistemas. Al respecto, Cremades afirma lo siguiente:

“La postura doctrinal mayoritaria sugiere que el arbitraje internacional ha tomado elementos tanto del sistema anglosajón como del continental a fin de crear un procedimiento con lo mejor de ambos mundos. Del sistema anglosajón, el arbitraje internacional ha adoptado el interrogatorio de los testigos y expertos presentados por la contraparte (es decir, el llamado *cross-examination*) y las solicitudes de exhibición de documentos (es decir, el llamado *discovery*). No obstante, las solicitudes de exhibición de documentos se permiten en el arbitraje internacional sin el alcance que podrían tener en los tribunales ordinarios de los EE UU. Por el contrario, el arbitraje internacional no ha adoptado otros aspectos del procedimiento norteamericano, como podrían ser las deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador), la tendencia a mantener audiencias excesivamente largas ni la práctica de interponer numerosos incidentes procesales (*motion practice*).¹⁰

Sobre este mismo punto, Elsing y Townsend afirman que:

“International Arbitration has evolved as a system for resolving disputes among parties from different countries. Not surprisingly, those parties tend not only to use different languages, but also to approach dispute resolution from the perspective of very different legal systems. The two most widespread legal systems are the common law systems, in use in most English-speaking countries, and the civil law systems, in use in Continental Europe and the many countries around the world influenced by Continental Europe, from Japan to most of Africa and all of Latin America. The common law and the civil law differ significantly in how a dispute is commenced, developed, and presented.

An international arbitration with participants from each side of the common law–civil law divide has traditionally required arbitrators to follow the practice of one party or the other at each stage of the arbitration. In recent years, however, converging practices have emerged that embrace elements of both systems. These converging practices are rapidly gaining acceptance

⁹ Cremades, Bernardo, “¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?”. En: *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IproLex 2013, Volume 6 Issue 1, p. 37.

¹⁰ Cremades, Bernardo, “¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?”. En: *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IproLex 2013, Volume 6 Issue 1, pp. 29-30.

in international arbitration as a middle ground acceptable to parties from both sides of the divide.”¹¹

Doak Bishop sintetiza esto de la siguiente manera:

“El arbitraje internacional es una amalgama de procedimientos y estilos de abogacía distintos. La mezcla de abogacía oral y tradición acusatoria de Gran Bretaña, los países parte del Commonwealth y los Estados Unidos, con la abogacía primordialmente escrita y el legado inquisitorio de la Europa Continental ha resultado en un procedimiento flexible que puede inclinarse hacia una u otra de las principales tradiciones de acuerdo con las necesidades del caso y la propensión de tanto los árbitros como los abogados. Sin embargo, en los últimos años se puede observar una tendencia hacia la armonización de los distintos sistemas jurídicos, al menos cuando los árbitros y los abogados proceden de distintos sistemas jurídicos y tienen experiencia en arbitraje internacional (...). El estilo uniforme de abogacía en el arbitraje internacional debería contener un denominador común: una presentación que sea simple, clara, concisa y muy centrada”¹²

En ese mismo sentido, McIlwrath y Savage afirman acertadamente que:

“As international arbitration grows as the standard method of resolving disputes arising out of international business transactions, an increasingly harmonised practice has begun to emerge around the world. This can be seen in the convergence of modern municipal arbitration statutes, the rules of the leading arbitral institutions, the promulgation of international standards for use in arbitration, such as the International Bar Association (IBA) Rules of Evidence and the IBA Guidelines on Conflicts, and procedural practices commonly adopted in proceedings. The resulting law and practice of this form of truly transnational arbitration is a hybrid between civil-law and common-law procedures, which is considered to be suitable for the resolution of disputes between parties of different nationalities, often represented by counsel from different parts of the world, who are usually appearing before a multinational tribunal.”¹³

En efecto, el sistema evolutivo nos ha llevado a que se le otorgue mayor importancia a las audiencias. Aquí prevalece el sistema de *common law*. La oralidad prima y hay más

¹¹ Elsing, Siegfried H. y Townsend, John M, “Bridging the *Common law-Civil law* Divide in Arbitration”. En: *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2002, Volume 18 Issue 1, p. 59.

¹² Bishop, Doak, “Introduction”. En: Bishop, D. y Kehoe E.G., *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris, 2010, pp. 9–10.

¹³ McIlwrath, Michael y Savage, John, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, p. 6.

audiencias con mayor duración. No es extraño que haya rondas de audiencias de una semana de duración o incluso más.¹⁴

En esa línea, también prima el uso de expertos y de testigos, así como la preferencia por solicitudes de documentos amplias predominando similares al llamado *discovery* (aunque usualmente moduladas en relación a su uso en el *common law*).

En lo que si ha influido el sistema de *civil law*, ha sido en los escritos. Se recoge la técnica del sistema del *civil law* prefiriéndose los escritos extensos, conceptuales y detallados.

Estas afirmaciones se pueden ver reflejadas en la encuesta realizada por la University of London Queen Mary y White & Case¹⁵ en la que se determinó, entre otras cosas que, por ejemplo hay una preferencia por usar las reglas de la IBA, que recogen las prácticas que hemos mencionado en temas de *discovery*, expertos y testigos. El 60% de los encuestados suele utilizar las reglas de la IBA en arbitrajes internacionales y el 85% las considera útiles.

Los datos también reflejan una preferencia por utilizar testigos e incluir confrontaciones directas entre testigos. También demuestra una preferencia por los expertos marcándose una preferencia por la confrontación de expertos. Por otro lado se prefieren más audiencias.

Los datos demuestran una marcada preferencia (79%) por los escritos secuenciales.

En cuanto a los testigos, estos se utilizan en el 87% de los arbitrajes. El 83% considera que es mejor que las partes interroguen al testigo y que luego lo haga el Tribunal Arbitral. El 59% de los encuestados opina que la declaración escrita del testigo es un sustituto del *direct-examination* y en un 48% de los encuestados se utiliza la declaración escrita de manera conjunta con el interrogatorio. El 39% de los encuestados afirma que la declaración escrita debe estar seguida por un interrogatorio.

En cuanto a los expertos, la encuesta arroja que estos se utilizan en 67% de los arbitrajes. En el 77% de los arbitrajes bajo el sistema de *common law* se utilizan los testigos mientras que en los arbitrajes del *civil law* la cifra es en 57%. La encuesta determina que los expertos son útiles para pericias contables o financieras (en un 46%), legales (13%). El 46% de los encuestados manifestaron que en 1 de cada 2 arbitrajes de construcción se utilizan expertos.

¹⁴ Uno de los autores participó en una ocasión en una audiencia que tomo un total de 21 días.

¹⁵ *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Elaborada por University of London Queen Mary y White & Case. En línea: <http://annualreview2012.whitecase.com/International Arbitration Survey 2012.pdf>

Una expresión de la estandarización es la confrontación. Los dos testigos o expertos son interrogados y enfrentados al mismo tiempo. El 37% de los encuestados considera útil la confrontación de testigos, mientras que el 35% no lo considera y el 28% no la experimentado. En cuanto a la confrontación de expertos, las cifras son más favorables. El 62% la considera útil y solo el 12% no la considera útil.

En cuanto al discovery, el 62% de los encuestados señalo que en más de la mitad de sus arbitrajes se presentan solicitudes de discovery. En el 74% de los arbitrajes bajo el sistema de *common law* hay discovery, mientras que en el sistema del *civil law* solo hay discovery en 21% de los arbitrajes. Para el discovery, el mejor estándar es sin lugar a dudas las reglas de la IBA sobre pruebas. El 70% señala que se deberían utilizar, mientras que el 55% señala que sin ser utilizadas de manera obligatoria, es el estándar que usan los tribunales arbitrales.

IV. EL ROL DEL *SOFT LAW*

La estandarización evolutiva nos lleva también a la creación de normas tanto procesales como de derecho sustantivo, que no son en escrito vinculantes, pero pueden incorporarse por acuerdo de las partes o ser usadas como elementos ilustrativos u orientadores por el Tribunal arbitral así no se hayan pactado. Estas son las normas que se les conoce como *soft-law*. Son reglas que sin ser obligatorias en la práctica pueden ser aplicadas y que, se entiende, son expresión de los usos y costumbres arbitrales¹⁶.

Estas reglas son muy flexibles y reflejan la práctica. Son estandarizaciones no constructivistas, sino que recopilan y reflejan, gracias al trabajo de expertos o practicantes de arbitraje, lo que ocurre en la práctica y que por tanto reflejan una gran capacidad adaptativa.

En cuanto a las normas de *soft-law* procedimentales están las reglas de la IBA sobre pruebas. Estas nacieron como un reflejo del orden espontáneo, recopilada por los académicos y practicantes del arbitraje de buscar uniformizar las normas en materia de pruebas que recogiera los estándares utilizados en el mercado¹⁷.

Como bien indica el profesor Gary Born:

¹⁶ En el Perú su aplicación se facilita por lo que establece el artículo 34 numeral 3 de la ley de Arbitraje que expresamente autoriza a los árbitros a cubrir vacíos en las normas usando principios, usos y prácticas arbitrales.

¹⁷ El Ahdad, Jalai y Bouchenaki, Amal, "Discovery in international arbitration: A foreign creature for *civil lawyers*", En: Van den Berg, *ICCA Congress Series No. 15 (Rio 2010)*, Kluwer Law International, 2011, p.93: "the International Bar Association, originally created in 1947 in New York by lawyers to promote an exchange of information between legal associations worldwide, played a key role in supplying arbitration users a "soft-law" in that field, which started as guidelines and have today become almost binding rules, given their widespread authority."

"(...) the IBA Rules establish a reasonably-detailed and workable set of procedures for witness evidence and disclosure requests in international arbitrations. Like their predecessors, the IBA Rules are not independently binding, but are intended for incorporation into parties' arbitration agreements or as a basis for an arbitral tribunal's procedural rulings. In practice, the IBA Rules are finding increasing favor as guidelines for arbitral procedures."¹⁸

De esta manera, el 85% de los encuestados consideran que adoptar las reglas de la IBA al procedimiento arbitral son útiles, mientras que solo el 5% no las considera útiles. En el 60% de los arbitrajes se utilizan las reglas de la IBA, de los cuales en el 53% son utilizados como lineamientos no vinculantes, mientras que solo en 7% son utilizados como lineamientos vinculantes.

Algunos reglamentos arbitrales ya recogen estas reglas. Ello ocurre, por ejemplo, con el Reglamento de Amcham 2013¹⁹. Por su parte en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, si bien no figura en su Reglamento, existe la sana práctica de incluir la aplicación de las reglas de la IBA en el acta de instalación del Tribunal.

El hecho que en los arbitrajes se adopten las reglas de la IBA como lineamientos no vinculantes otorga mayor flexibilidad a los árbitros o a las mismas partes, y las somete a reglas de carácter evolutivo.

En cuanto a las normas de *soft-law* de derecho sustantivo una manifestación principal, ha sido la nueva *lex mercatoria* y su mejor compilación hasta la fecha los Principios Unidroit sobre contratos comerciales.

Sobre los orígenes de la *lex mercatoria*, Redfern y Hunter señalan:

"One of the most important developments in the field of transnational law was that of the *lex mercatoria*. This draws on the sources of law which have already been mentioned, including public international law generally and the general principles of law specifically (...)

This modern version of a 'law merchant' is taken to consist of rules and practices which have evolved within the international business communities. The late Professor Goldman, who named this new 'law' and who contributed greatly to its development, refers to it as having had 'an illustrious precursor in the Roman *jus gentium*', which he describes as 'an autonomous source of law proper to the economic relations (*commercium*) between citizens and foreigners (*peregrine*)'

¹⁸ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 170

¹⁹ "Artículo 32: Pruebas

7. Salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede aplicar, de manera supletoria, las Reglas de la Internacional Bar Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

The advantage of such a code of law is obvious. It would be adapted to the needs of modern international commerce and it would be of uniform application. The problem is whether such a system of law, which might have existed in Roman times or in the Middle Ages, can arise spontaneously—as it were—amongst States which already possess in full measure their own laws, orders, and regulations. Amongst some commentators, the new *lex mercatoria* has been greeted with approval.²⁰

La *lex mercatoria* es una clara muestra de los órdenes espontáneos. Sobre este punto el professor Goldman coincide en calificar como un carácter distintivo de la *lex mercatoria* "its 'customary' and 'spontaneous' nature."²¹

Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales son la mejor expresión de la *lex mercatoria*. Estos son un reflejo de las prácticas o principios comunes en materia de contractual a nivel mundial recopilados por expertos usando no sus 'propias ideas, sino lo que recogen en la práctica. Son un compilado de artículos propuestos para ser elegidos por las partes en sus respectivos contratos sometiéndose expresamente a los mismos o ser usados por los árbitros y tribunales ordinarios como referencia.

Como bien sostiene Piedra Poveda, los Principios Unidroit son una recopilación sistemática de normas internacionales:

"En mi opinión, los principios en cuestión no son más que una recopilación de *lex mercatoria*, o sea son *lex mercatoria* codificada, dicho sea de paso de una manera muy completa, pero no agotan los Principios a la *lex mercatoria*, ya que esto sería imposible debido a su vastedad y constante evolución."²²

En ese orden de ideas, el maestro Gama afirma que: "Los principios UNIDROIT...tienen la vocación de un *ius commune* moderno, de carácter transnacional, relativo a los contratos de comercio internacional."²³

Según María del Carmen Tovar²⁴, la *lex mercatoria* es una normativa paralela a la de los estados nacionales, construida sobre la base de los usos y desarrollada en sectores de actividad específica, como es el derecho mercantil.

²⁰ Redfern, Martin, Hunter, Alan, *et.al*, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 217

²¹ Redfern, Martin, Hunter, Alan, *et.al*, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 218 (Citando a Goldman, Berthold).

²² Piedra Poveda, Federico. "Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial Internacional". En: *Revista Judicial*, No. 104, Costa Rica, 2012, p. 62

²³ Gama, Lauro Jr., "Os Principios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais". En: *XXXIII Course on International Law*, 2007, p.101

²⁴ Tovar Gil, Maria del Carmen, "Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros". En: *Lima Arbitration*, No. 2, 2007, pp. 106-107.

En conclusión el rol del *soft law* es que organizan reglas prácticas producidas por los órdenes espontáneos. Se prefiere que el uso de las mismas sea referencial y no vinculante. Este es un rol similar a los *restatements* del *common law*. Estos son consistentes con un orden espontáneo y son una alternativa al uso de órdenes constructivistas.

V. CONCLUSIÓN

El carácter evolutivo y adaptativo de las reglas en el arbitraje es innegable. Ello explica por qué el arbitraje es más exitoso allí donde se han adoptado leyes generales, flexibles y dispositivas que admiten, bajo sus reglas, la evolución pues no establecen marcos construidos, sino dejan libre el terreno para que las partes y los árbitros se encarguen de la construcción.

Este proceso competitivo asegura mejores reglas y, sobre todo, capacidad de cambio para ajustarse a las circunstancias. Como bien dice Richard Epstein, las reglas simples son mejores que las reglas complejas. Y es fácil identificar una regla simple. Su texto termina con la siguiente expresión "...salvo pacto en contrario".