

Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 57-74

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad responder a las preguntas: ¿el arbitraje existe gracias a la regulación vigente?, o ¿el arbitraje nace con anterioridad a su regulación?, las respuestas a estas interrogantes se fundamentarán mediante los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, la cual es una corriente de la filosofía liberal que estudia la acción humana desde la libertad individual, defiende la iniciativa privada, la creatividad empresarial y rechaza la coacción del Estado. Dicha Escuela se caracteriza por ser multidisciplinaria ya que ofrece una forma de entender, no sólo la economía, sino también la sociedad, el Derecho y en definitiva al ser humano y su acción.

Palabras clave: Arbitraje, Escuela Austríaca de Economía, libertad.

An approach to the legal theory of arbitration from a liberal conception

Abstract: *The purpose of this paper is to answer the questions: does arbitration exist thanks to current regulations? or does arbitration arise prior to its regulation? The answers to these questions will be based on the postulates of the Austrian School of Economics, which is a current of liberal philosophy that studies human action from individual freedom, defends private initiative, business creativity and rejects State coercion. This School is characterized by being multidisciplinary since it offers a way of understanding, not only the economy, but also society, the Law and ultimately the human being and his action.*

Keywords: *Arbitration, Austrian School of Economics, freedom.*

Autor invitado.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 57-74

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El arbitraje como producto del orden espontáneo. 2. La búsqueda de alternativas ante las deficiencias del sistema público de solución de conflictos que ofrece el sistema público del Estado. 3. La libertad como punto de partida. 4. El arbitraje y las cortezas normativas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje se presenta como un medio para resolver los conflictos en contraposición a la jurisdicción ordinaria *"monopolizada por el Estado a través de los organismos judiciales estatales, los que se guían por procedimientos establecidos legislativamente, y donde se llega a soluciones impuestas por la autoridad judicial"*¹.

Se trata de un medio de solución de controversias que precedió a la jurisdicción estatal. Según señala Fernando Vargas², en la antigua Roma, antes de constituirse tribunales judiciales, los conflictos se resolvían por terceros, usualmente privados, e imparciales.

Las Leyes de Toro de 1505 y una Pragmática de 1532, son de las primeras regulaciones dictadas por España para el nuevo continente en las cuales se previó al arbitraje³. Sin embargo, el arbitraje fue reconocido constitucionalmente por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1830, cuando se previó en su artículo 190 la posibilidad de

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

¹ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos del derecho*, (Buenos Aires: Colón Editorial Argentina, 2018), p. 207.

² Fernando Vargas citado por Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, (Editorial Legis, 2.ª Edición Ampliada, 2013), p. 3.

³ Ver: J. Eloy Anzola, *El arbitraje en la Antigüedad, Grecia y Roma, en el Medioevo español y en la América Hispana*, El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, ed. Luis Alfredo Araque Benzo et al. (Caracas: CACC, CEDCA, y otros, 2013), pp. 32-33.

terminar las diferencias por árbitros; disposición que fue reproducida en la Constitución de 1857, y como indica Alvaro Badell⁴, el arbitraje, en el constitucionalismo venezolano desapareció hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1999⁵.

El arbitraje fue incluido en los Códigos Procesales de 1897, 1904⁶ y 1916⁷. Mención especial merece la reforma de 1986⁸, en la que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral, pero fue con el Código de Procedimiento Civil de 1990⁹ cuando "*el arbitraje se afianzó definitivamente en la legislación procesal de Venezuela*"¹⁰.

La Ley de Arbitraje Comercial¹¹ venezolana siguió la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) de 1985¹², a partir de entonces, por primera vez en el país se cuenta con una Ley especial que genera una mayor confianza al ofrecer reglas claras para aquellos comerciantes que decidan someter a arbitraje los conflictos que pudieran generarse en el marco de un negocio jurídico determinado.

No obstante, nos preguntamos, ¿el arbitraje existe gracias a la regulación vigente?, o ¿el arbitraje nace con anterioridad a su regulación?, las respuestas a estas interrogantes las podemos encontrar en los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, la cual es una corriente de la filosofía liberal que estudia la acción humana desde la libertad individual, defiende la iniciativa privada, la creatividad empresarial y rechaza la coacción del Estado. Dicha Escuela se caracteriza por ser multidisciplinar ya que "*ofrece una forma de entender, no sólo la economía, sino también la sociedad, el Derecho y en definitiva al ser humano y su acción*"¹³.

Con los postulados de la Escuela Austríaca de Economía se trata de elaborar toda una teoría del Derecho a partir del individualismo metodológico y con ello desligar al Derecho de intervenciones de la autoridad pública¹⁴.

⁴ Alvaro Badell Madrid, *Pasado, presente y futuro del arbitraje comercial en Venezuela*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 1. (Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2020), p. 19.

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

⁶ Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República, dictado el 5 de mayo de 1904.

⁷ Promulgado el 4 de julio de 1916.

⁸ Gaceta Oficial Nro. 3694, extraordinario, 22 de enero de 1986.

⁹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

¹⁰ Alvaro Badell Madrid, *Pasado...*, p. 21.

¹¹ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430, del 7 de abril de 1998.

¹² Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985.

¹³ Huerta de Soto y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*. Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 40, (Madrid: CEA, 2021), p. 68.

¹⁴ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 22.

Si bien en Venezuela el arbitraje cuenta con reconocimiento a nivel constitucional y jurisprudencial, así como con una Ley especial, y que, con el pasar de los años se ha venido incrementando el interés en su estudio por parte de profesionales del derecho, han surgido nuevos centros de arbitraje, se cuenta con asociaciones orientadas a su promoción, y resulta cotidiano que el arbitraje forme parte del pensum de las principales universidades del país; también es cierto que, se trata de una institución cuyo estudio y análisis se encuentra en un continuo proceso evolutivo.

Sin embargo, ha habido pocos intentos de construir una teoría jurídica del arbitraje bajo los postulados de la Escuela Austríaca de Economía. Resaltan los trabajos de Sonsoles Huerta de Soto, primero en coautoría con Marco de Benito, titulado *“El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo”*, el cual es una transcripción de la conferencia pronunciada por los autores en el marco de las actividades del CEA-40, y que fue publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje Nro. 22/2015, y el segundo, en coautoría con Fabio Núñez Del Prado, titulado *“El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo”*, publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje Nro. 40/2021.

El presente trabajo tiene por finalidad aportar unas breves líneas programáticas que permitan explicar a la teoría jurídica del arbitraje a través de los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, con un enfoque amplio que abarca tanto al arbitraje doméstico como al internacional.

1. El arbitraje como producto del orden espontáneo

Tratar de ubicar el momento exacto en el que nació el arbitraje resulta una tarea prácticamente imposible, de hecho, Carnelutti ha señalado que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial.

Siguiendo los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, es posible afirmar que el arbitraje (o en un sentido más amplio, los medios alternos de resolución de disputas que incluyen a la mediación, conciliación, arbitraje, entre otros) es producto de un orden espontáneo, que se ha ido desarrollando mediante un proceso social constituido por una multiplicidad de acciones humanas¹⁵.

Lo más probable es que ese orden espontáneo surgió ante la necesidad de superar el uso de métodos violentos para la resolución de los problemas en donde el más fuerte resultaba vencedor.

Los órdenes sociales nacen gracias a un orden espontáneo, el mejor ejemplo es el lenguaje, ya que los idiomas y dialectos fueron creados mediante un proceso espontáneo que fue fruto de la acción humana. Al respecto, Hayek explica lo siguiente:

¹⁵ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, (Madrid: Unión Editorial, 6ª Ed., 2016), p. 24.

*Nos basta considerar el lenguaje, que hoy día nadie piensa que fue "inventado" por un ser racional, para ver qué razón y civilización se desarrollan en constante interacción mutua. Pero aquello que ahora no cuestionamos en relación al lenguaje (aun cuando esto es comparativamente reciente) no es de modo alguno aceptado respecto de la moral, la ley, las destrezas de la artesanía o de las instituciones sociales. Estamos aun fácilmente propensos a dar por sentado que estos fenómenos, que son evidentemente el resultado de acciones humanas, también deben haber sido concebidos por una mente humana en circunstancias creadas para los objetivos que le son útiles, es decir, que son lo que Max Weber llamaba los productos wert-rationale. En síntesis, se nos induce erróneamente a pensar que la moral, la ley, las artes y las instituciones sociales pueden justificarse sólo en cuanto correspondan a un propósito preconcebido.*¹⁶

Siguiendo con el ejemplo del lenguaje, ¿sería posible su creación mediante una forma constructivista?, definitivamente no, ya que se forma a través de un proceso impulsado por la acción humana repetida en el tiempo, de manera consciente y deliberada, con un propósito claro, y que se desarrolla en un contexto de limitaciones. Lo mismo ocurre con el arbitraje. Es que tal y como ha señalado Adam Ferguson, "*muchas de las instituciones humanas son el resultado de la acción humana, pero no del diseño humano*"¹⁷, y es que, como explica Hayek, no podrían haberse creado por una mente individual ya que nadie es lo "*suficientemente inteligente para hacerlo*"¹⁸.

No solo resulta imposible ubicar el momento exacto en el que nació el arbitraje por tratarse del resultado del orden espontáneo, sino que, tal y como señala Hayek, si bien la razón humana puede llegar a explicar ordenes espontáneos ya generados y en evolución, no le será posible construir desde cero y de forma deliberada una estructura similar¹⁹.

La Escuela Austríaca de Economía se presenta con una visión totalmente opuesta a la estructura constructivista, centralizada y jerarquizada para el nacimiento de las normas, impulsado por el positivismo. Es por ello por lo que Ghersi considera que: "*siendo el orden social descentralizado y competitivo, y teniendo un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, siendo por consiguiente praxeológico, es muy claro que las "fuentes del derecho" también tienen que conservar esa característica*"²⁰.

Tal y como señala Friedman²¹: "*Un sistema normativo legal no es exclusivamente, ni quizás principalmente, producto de un diseño humano deliberado. En gran medida, representa el resultado espontáneo de un gran número de decisiones individuales, toma-*

¹⁶ Friedrich A. von Hayek, *Los errores del constructivismo*, Revista del Centro de Estudios Públicos Nro. 29, (Chicago: 1970), p. 90.

¹⁷ Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, (Londres: T. Cadell, 1782), p. 90.

¹⁸ Friedrich A. von Hayek, *Three Sources of Human Values*, The London School of Economics and Political Science. (Londres: 1978), p. 32.

¹⁹ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*, (Madrid: Unión Editorial, 2013), p. 57 y ss.

²⁰ Enrique Ghersi, *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*, Revista de Economía y Derecho Nro. 7, (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010), p. 8.

²¹ David Friedman, *El orden del derecho*, (Buenos Aires: Ed. Innisfree, 2021), p. 16.

das por legisladores que negocian disposiciones particulares del derecho o jueces que intentan encontrar y justificar sus veredictos en casos concretos".

De tal manera que, la Escuela Austriaca se opone a la concepción constructivista kelseniana de que las normas deben ser producto de la voluntad del legislador, porque colisiona con el proceso espontáneo de su formación²². Para comprender este fenómeno social, la Escuela Austriaca de Economía propone la teoría del "individualismo metodológico", según el cual, un examen razonable de los fenómenos sociales "debería partir del reconocimiento de que ellos son producto de la interacción de individuos, y que, en consecuencia, el estudio de la sociedad debe basarse necesariamente en el estudio del ser humano"²³.

Para ello, Ludwig von Mises propuso la "praxeología", la cual parte de que los seres humanos conducen su vida por medio de acciones conscientes y deliberadas. Tales acciones humanas suponen propósitos, elección de medios, valoraciones, y se desarrollan en un contexto de limitaciones de conocimiento, recursos, tiempos, entre otros²⁴.

Según Mises²⁵, las ciencias de la acción humana se interesan por la actuación del individuo, debido a que "el colectivo nace por las ideas que impulsan a los individuos a comportarse como miembros de un grupo determinado y deja de existir cuando el persuasivo poder de estas ideas se desvanece. La única manera de conocer los colectivos es el análisis de la conducta de sus miembros"²⁶. Es por ello por lo que, Anthony Evans concluye que al perderse de vista al individuo los demás colectivos no tienen ningún sentido²⁷, y Rothbard considera que solo los individuos tienen fines y pueden actuar para alcanzarlos²⁸.

El individualismo metodológico implica ver a las instituciones sociales como una consecuencia de la acción de los individuos y, por tanto, se coloca a la acción individual como el centro principal de la investigación científica²⁹. Partir el estudio de las ciencias sociales, incluyendo el derecho, desde los colectivos nos hará tropezar con un obstáculo, y es que el individuo puede pertenecer y de hecho pertenece, a varias agrupaciones colectivas³⁰.

²² Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...* p. 36.

²³ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 27.

²⁴ Murray Rothbard, *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, The Foundations of Modern Austrian Economics, (New York: New York University, 1976), pp. 17-39.

²⁵ Ludwig von Mises, *La Acción Humana: Tratado de Economía*, (Madrid: Unión Editorial, 13ª Ed., 2018), p. 50.

²⁶ Ludwig von Mises, *Los fundamentos últimos de la ciencia económica*, (Buenos Aires: Unión Editorial, 2012), p. 129.

²⁷ Anthony J. Evans, *Solo los individuos eligen*, Manual de economía austriaca contemporánea, (Madrid: Unión Editorial, 2016), pp. 87 y ss.

²⁸ Murray Rothbard, *El Hombre, la Economía y el Estado*, Volumen I, (Madrid: Unión Editorial, 2ª Ed., 2020), p. 2.

²⁹ Anthony J. Evans, *Solo los individuos eligen...*, p. 88.

³⁰ Ludwig von Mises, *La Acción Humana...*, p.53.

En el arbitraje internacional resulta mucho más fácil explicar la teoría del orden espontáneo, primero porque no existe un Estado con el poder coactivo que tenga un alcance global, por lo que los Estados no tienen otra opción que cooperar pacíficamente, especialmente cuando se trata de arbitraje de inversión. Segundo, no existe una ley sustantiva ni procesal que regule al arbitraje internacional a nivel global, si bien existen instrumentos de *softlaw* que sirven de orientación especialmente respecto al procedimiento, estos son de carácter voluntario para las partes, igual que los reglamentos de los centros de arbitraje, a los cuales las partes decidirán si se someten o no a ellos. El hecho de que existan leyes locales o tratados internacionales que regulen al arbitraje, se trata más de un reconocimiento que hace el Estado a los efectos de garantizar la ejecución forzosa de los laudos arbitrales. Tercero, en el tráfico comercial internacional participan sujetos de distintas nacionalidades, con diferentes idiomas y culturas, pero esto no ha impedido el uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos en el marco de la contratación internacional.

En el arbitraje doméstico la situación es similar. La posibilidad de que las partes puedan dirimir sus conflictos de índole doméstico surge, al igual que en el arbitraje internacional, por un proceso social evolutivo y espontáneo que tiene su punto de partida en el hecho de que los comerciantes lo concibieron como un medio beneficioso a sus intereses, que tal y como se explicará en el punto siguiente, surge para superar las barreras o deficiencias de la jurisdicción ordinaria. Esto se fundamenta en el hecho de que las personas actúan guiadas por su propio interés, persiguiendo aquellos fines que consideran más valiosos para mejorar su condición de vida³¹, es que definitivamente, *"cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias"*³².

Consideración especial amerita el arbitraje obligatorio en contraposición al voluntario. Mientras que en el segundo resulta evidente la necesaria presencia del carácter consensual para su aplicabilidad, en el primero, las partes acuden al arbitraje por un mandato legal, es decir, no porque así lo decidieron por convenir mejor a sus intereses para alcanzar sus fines, sino porque una norma así lo dispuso.

En situaciones como la descrita, Ricardo Rojas considera que el Estado ha expropiado uno de los aspectos más importantes de la interacción humana, como es la de resolver los conflictos que ella origina, y que las soluciones estatales responden a objetivos estatales, no necesariamente a lo que cada persona desea lograr con sus reclamos³³.

³¹ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 40.

³² Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 210.

³³ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

A primera vista pareciera que el arbitraje obligatorio es producto del constructivismo, y que su fundamento se acerca más al positivismo que a los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, debido a que el protagonista es el legislador y no el hombre, es decir, el que actúa es el Estado a través de un órgano que atiende a las órdenes y reglamentos administrativos.

Sin embargo, no es así, y para demostrarlo debemos volver a la teoría del "individualismo metodológico", con lo cual, cuando hacemos un examen razonable del fenómeno social, descubrimos que la norma viene a ser el reconocimiento que hace el Estado de la interacción de los individuos, y que, si dicha norma reflejara una situación contraria a los intereses de las partes, los jueces de la República tendrían que desaplicarla.

Los órdenes espontáneos necesitan por un lado de un amplio ámbito de libertad para poder nacer, desarrollarse y consolidarse, y por el otro, de individuos que actúan de una manera determinada para alcanzar los fines que se han trazado. La jurisdicción arbitral no puede ser entendida como algo que sea creado o permitido por el Estado, sino que la creación de la jurisdicción arbitral depende de los individuos que la pactan³⁴. La legislación no es otra cosa más que el reconocimiento del hecho social provocado por el orden espontáneo.

La Escuela Austríaca de Economía aboga por la mínima intervención posible del Estado en la espera particular de los individuos, por ello el legislador debería tener un rol menos protagónico del que actualmente tiene, en cambio, de los jueces y/o árbitros, una mayor participación, pero con un norte claro, como lo es la resolución de una controversia. Esta escuela de pensamiento respetará la decisión de las partes, ya sea que decida acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir el conflicto, o sea acudir a un arbitraje. Sin embargo, el arbitraje ofrece unos incentivos especiales para que sea la opción favorita para las partes, que van desde la mejor eficiencia de los tiempos, especialidad de los árbitros, confidencialidad, entre otros.

2. La búsqueda de alternativas ante las deficiencias del sistema público de solución de conflictos que ofrece el sistema público del Estado

Independientemente de que se trata de un arbitraje comercial o de inversión, obligatorio o voluntario, institucional o *ad-hoc*, siempre implicará la resolución de conflictos de una manera diferente a la que tradicionalmente ofrece el sistema público del Estado, y surgen para subsanar las deficiencias de dicho sistema estatal.

³⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, *Arbitraje y Derechos Humanos*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2, (Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2021), p. 74.

De acuerdo con Ricardo Rojas, “*el Estado ha expropiado uno de los aspectos más importantes de la interacción humana, como es la de resolver los conflictos que ella origina; y las soluciones estatales responden a objetivos estatales, no necesariamente a lo que cada persona desea lograr con sus reclamos*”³⁵.

Según dicho autor, los sistemas judiciales estatales tienen por objeto hacer cumplir la ley y no servir a las personas para resolver sus conflictos. Esto debido a que la base filosófica de dichos sistemas considera al orden jurídico como un conjunto de normas que regulan la coexistencia de las personas e imponen conductas, y resulta que dichas normas son producidas por el mismo órgano político. Por eso, inclusive cuando resuelve conflictos particulares el orden judicial, vela por el mantenimiento del orden público³⁶.

No solo el sistema judicial no está orientado en servir a las personas, sino que el monopolio estatal de la judicatura genera importantes costes de transacción ya que³⁷:

- i. Impone criterios jurídicos con carácter general, normas procesales que impiden agilizar los procesos o que generan incentivos para entorpecerlos.
- ii. Falta de conocimientos específicos sobre determinadas áreas complejas.

De tal manera que, Ricardo Rojas explica que las partes buscan la manera de sustraerse de este coste de transacción elevado, ya se pactando someterse a la jurisdicción de tribunales de determinados países, o acuerdan soluciones arbitrales que estarán fuera de la intervención estatal, siguiendo uno de los principios básicos del análisis económico del derecho que es: “*cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias*”³⁸.

Otra manera de analizar esta realidad desde el punto de vista de la Escuela Austríaca de Economía, es mediante el “Teorema de la Imposibilidad del Socialismo”, el cual se basa en el hecho de que en el socialismo no existe cálculo económico debido a que la planificación de la economía se hace mediante el Estado como centro director. De acuerdo con Mises y Hayek, resulta imposible que ninguna autoridad (por ejemplo, los tribunales públicos de justicia) se organice coactivamente desde lo alto de la administración de justicia de manera eficiente y productiva.

³⁵ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

³⁶ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 208.

³⁷ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

³⁸ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 210.

Además, siguiendo el pensamiento de Hayek, el conocimiento es limitado, disperso y debido a esto *“el grado de poder de control sobre el orden extenso y más complejo será mucho menor que el que podamos ejercer sobre un orden deliberadamente construido”*³⁹. Pretender controlar fenómenos complejos, de los que no se tiene todo el conocimiento, supone una *“fatal arrogancia”*⁴⁰.

En este sentido, el arbitraje se presenta como un medio en el que árbitros especialistas en la materia objeto del conflicto se encargarán, a solicitud de las partes, de resolver el problema planteado, ya sea mediante un arbitraje de derecho o de equidad. En el arbitraje la especialidad es una de sus principales banderas de promoción que la hace diferente al sistema de justicia estatal, en donde un grupo de jueces que forman parte del monopolio estatal de la justicia tienen la responsabilidad de decidir todos los tipos de casos que se le presentan.

El nivel de especialidad en el ámbito arbitral es una cuestión fundamental, las partes tienen la posibilidad de elegir a los árbitros que dirimirán su conflicto, y para ello elegirán a los más capaces, expertos, con experiencia en el objeto del conflicto. Pero, también la especialidad se evidencia en la existencia de centros de arbitraje, que se han convertido en instituciones de mucha utilidad ya que con su experiencia orientan a los participantes, con el único propósito de alcanzar la máxima eficiencia en el proceso arbitral y cumplir con otra de las más importantes promesas del arbitraje, como lo es la posibilidad de dirimir conflictos en corto tiempo en contraposición a la jurisdicción estatal en la que un caso puede pasar varios años hasta que finalmente sea resuelto.

El comerciante, históricamente, siempre ha requerido de soluciones rápidas a los problemas que se le plantean. Sin embargo, por distintos motivos, no solo en Venezuela, sino en la mayoría de los países iberoamericanos, el sistema judicial ordinario no ha logrado darles una respuesta oportuna. Los motivos transitan desde falta de personal, exceso de trabajo, falta de material, precarias instalaciones y hasta corrupción, lo cual ha forzado que los comerciantes generen sus propios medios para dirimir sus controversias⁴¹.

Por otro lado, la confidencialidad también es una ventaja que ofrece el arbitraje frente a los tribunales estatales en donde los expedientes se caracterizan por ser públicos, en cambio en el arbitraje se protege la confidencialidad de las actuaciones. Esta cuestión tiene especial relevancia cuando los términos de la controversia pudieran afectar otros procesos de negociación con terceros, crear precedentes, abrir información sensible para el negocio (ya sea financiera u operativa), entre otros.

³⁹ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 65.

⁴⁰ Andrea Rondón García, *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?*, Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 8, (Caracas: SOVEDEM, 2022), p. 96.

⁴¹ Diego Thomás Castagnino, *La importancia de la Ley de Arbitraje Comercial para el Derecho Mercantil*, Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Tomo I, (Caracas: CIERC, 2022), p. 210.

3. La libertad como punto de partida

El arbitraje como orden espontáneo se basa en la libertad individual, y surge para atender una de las demandas más importantes de la sociedad, como lo es la administración de justicia⁴². Además, es producto de la libre autonomía de la voluntad de las partes, quienes de común acuerdo deciden la manera en la que resolverán un conflicto presente o futuro, que surja o pueda surgir en el marco de un negocio jurídico determinado.

Así, el arbitraje se concibe como la máxima expresión de libertad del individuo de no querer someterse al sistema de justicia que ofrece las instituciones del Estado, y su voluntad debe respetarse. Se trata de la capacidad de los seres humanos para la autorregulación.

Desde el pensamiento liberal se procura maximizar la libertad, esto significa que el individuo tiene que ser *"libre de vivir de la manera que quiere y donde quiere, elegir sus creencias, poder hablar libremente, comerciar el uno con el otro, reunirse, involucrarse en política, poseer una propiedad, ser dueño de lo que uno mismo produce, y vivir sin las amenazas arbitrarias de ser arrestado, detenido o golpeado"*⁴³; a esto, consideramos que es perfectamente válido incluir: la libertad de decidir cómo resolver sus conflictos, pero, minimizando la coerción, esto quiere decir, *"la posibilidad de convivir de manera pacífica a través de acuerdos voluntarios"*⁴⁴.

Es que la libertad es el punto de partida para todo en el arbitraje. Para que las partes puedan someter un conflicto en arbitraje deben manifestar libremente su voluntad de querer hacerlo, y esa manifestación es tan importante que se suele exigir que sea expresada de manera escrita. Al ocurrir la concurrencia de voluntades se da nacimiento al acuerdo arbitral, el cual tendrá valor de ley entre las partes, y su incumplimiento acarrea la posibilidad de que la parte agraviada pueda exigir la reparación de los daños y perjuicios causados.

El acuerdo arbitral como expresión de la voluntad de las partes debe ser respetado por todos, y si alguna de las partes lo incumple y decide demandar ante un tribunal estatal, la otra parte podrá oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, y el tribunal está obligado a declarar con lugar dicha cuestión previa, de lo contrario, el tribunal estaría interfiriendo en el ámbito privado de las relaciones particulares y limitando la libertad de elección de las partes.

⁴² Huerta de Soto y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como...*, p. 83.

⁴³ Eamonn Butler, *Escuela de pensamiento 101 grandes pensadores liberales*. Editado por Antonella Marty, (Caracas: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, "CEDICE", 2021), p. 21.

⁴⁴ Eamonn Butler, *Escuela de pensamiento 101 grandes...*, p. 22.

En un sistema político sin libertades el arbitraje no tendría cabida. ¿Qué sentido tendría un laudo arbitral que luego es desconocido por los tribunales estatales?, ¿para qué hacer uso del arbitraje si luego cualquier tribunal puede interferir en su desarrollo?, o vayamos unos pasos más atrás, ¿cómo se pacta un acuerdo arbitral en un sistema sin garantías a las libertades de los individuos? Es por ello por lo que, el arbitraje necesita de un sistema que garantice a las partes que puedan manifestar libremente sus opiniones y llegar a acuerdos, fundamentados en sus acciones conscientes y deliberadas, que suponen propósitos, elección de medios, valoraciones, que se desarrolla en un contexto de limitaciones de conocimiento, recursos, tiempos, entre otros.

4. El arbitraje y las cortezas normativas

La profesora Andrea Rondón nos recuerda que las reglas de un orden espontáneo se “descubren”, no se imponen, ellas “*siguen las acciones humanas de los individuos*”⁴⁵ y “*solo cuando los intelectos individuales empiezan a diferenciarse en una medida significativa se hace necesario expresar estas reglas en una forma tal que puedan ser enunciadas y enseñadas explícitamente*”⁴⁶.

El autor Agustín Navarro García señala que las normas abstractas se transforman en reglas de conducta, cuya inobservancia provoca rechazo social entre los miembros de la sociedad, por cuanto estos consideran dicha regla válida para mantener el orden social, y que, en un momento posterior cuando el hombre es capaz de articular, solo parcialmente, el contenido de dichas reglas, estas llegan a alcanzar la categoría de jurídicas. En este sentido, dicho autor considera que su inobservancia no solo provocaría rechazo social, sino la posibilidad de llevar a cabo una reclamación por parte del ofendido frente al incumplidor de la norma, permitiéndose su imposición incluso de forma coactiva⁴⁷.

Es por ello por lo que Andrea Rondón señala que se trata de un concepto de reglas bastante semejante a las costumbres y en el que el legislador aparecerá para articular dichas reglas, pero tales reglas son resultado de la acción humana y no del legislador. De tal manera que, el legislador se nos presenta limitado, como un medio para procurar certidumbre, pero no es el ser omnipresente que nos enseña cierta tradición jurídica y la certidumbre y seguridad son medios y no fines en sí mismos⁴⁸.

⁴⁵ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 66.

⁴⁶ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 66.

⁴⁷ Agustín Navarro García, *Iusnaturalismo y Escuela Austríaca*, (Madrid: Comillas. Universidad Pontificia. Facultad de Derecho, 2021), p. 40

⁴⁸ Andrea Rondón García, *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos...*, p. 97.

Tal y como reseñan Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto⁴⁹, estamos en presencia de dos realidades: el propio orden arbitral, que es *ius*, y luego todas las cortezas normativas que se le sobreponen: los tratados multilaterales, las leyes de arbitraje de la sede, las del foro de la ejecución, etc., que constituyen la *lex* del arbitraje. Así, los referidos autores consideran que esto nos permite además entender la relación que hay entre una cosa y otra, y juzgar la una por la otra, juzgar la *lex* por el *ius*. La *lex* sólo puede regular lo que previamente ha llegado a existir, que en nuestro caso es el *ius* del arbitraje.

Es por ello por lo que no podríamos decir que, por ejemplo, el Convenio de Nueva York creó el arbitraje internacional, o que la Ley de Arbitraje Comercial venezolana creó el arbitraje doméstico en Venezuela. Por supuesto que el reconocimiento legal del arbitraje por parte del ordenamiento jurídico de un país es importante, pero no es necesario, y si en vez de reconocerlo lo prohíbe, estaríamos en presencia de un gravísimo acto violatorio del derecho a la libertad de las partes.

En este sentido, si bien el arbitraje como institución, para su existencia, funcionamiento y validez, no requiere de reconocimiento por parte de ninguna autoridad, el hecho de que exista dicho reconocimiento, al menos genera cierta tranquilidad de que el Estado no podrá interferir en este medio que es de acceso voluntario, lo cual se traduce en certeza jurídica.

Resulta innegable que dicho reconocimiento genere una serie de beneficios. Un inversionista extranjero al momento de decidir si invierte en un mercado determinado tiene que tomar en cuenta muchos factores, entre ellos, la credibilidad en el sistema de justicia, la celeridad en la decisión de los conflictos y la certeza jurídica. Es bastante común que un inversionista extranjero se sienta mucho más seguro cuando los conflictos que surjan durante la operatividad de su inversión, sean decididos por árbitros imparciales e independientes, en vez de tribunales ordinarios locales⁵⁰.

Es perfectamente válido que existan reglas de *softlaw*, reglamentos y otros tipos de instrumentos que son de sometimiento voluntario y que recogen buenas prácticas para facilitar a las partes y no para inmiscuirse en su ámbito personal con un objetivo distinto al de ayudarlo a resolver su conflicto. Así, las partes serán las creadoras de las reglas que regirán el uso del arbitraje.

Si bien el mejor ejemplo de ello es el arbitraje *ad-hoc* o independiente, en donde no se cuenta con la participación de un centro de arbitraje que sirva de apoyo y orientación a las partes y a los árbitros, sino que las partes tendrán que ponerse de acuerdo

⁴⁹ Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto, *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 22, (Madrid: CEA, 2015), p. 125.

⁵⁰ Diego Thomás Castagnino, *La importancia de la Ley de...*, p. 210.

respecto a la forma en la que funcionará el arbitraje, no podemos discutir que contar con un marco de referencia con unos estándares mínimos, facilitan y garantizan el correcto funcionamiento del arbitraje. Dejar todo en las manos del principio de la libre autonomía de la voluntad, cuando se trata de dos partes que están enfrentadas en un conflicto, en donde llegar a acuerdos puede ser un verdadero reto, podría generar dilaciones innecesarias, y se perderían los beneficios asociados al arbitraje como lo es la celeridad⁵¹.

Otro ejemplo es la Ley Modelo UNCITRAL, la cual refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo, pero no es que sea una Ley de mandatorio cumplimiento para nadie. A pesar de ello, muchas legislaciones arbitrales fueron inspiradas en dicha Ley Modelo, como por ejemplo lo fue la venezolana.

Por último, si bien entendemos que la Escuela Austríaca de Economía prefiere la mínima intervención estatal en la esfera de las relaciones particulares, y que en el arbitraje se cuenta con el principio de no interferencia judicial en su trámite, no podemos desconocer que, por un lado, existe un necesario régimen limitado y excepcional de control judicial posterior de los arbitrajes, y por el otro, debe mantenerse una relación de colaboración entre el arbitraje y el Poder Judicial, principalmente cuando se trata de la ejecución forzosa de laudos y resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado.

CONCLUSIONES

Los postulados de la Escuela Austríaca de Economía permiten explicar que el arbitraje nace con anterioridad a la regulación y gracias a la libre autonomía de la voluntad, que se vio representada en el orden espontáneo, con motivo de las acciones humanas ejecutadas de manera consciente, deliberada, propositiva y bajo un contexto de limitaciones de conocimientos, recursos, tiempos, entre otros.

El individualismo metodológico y el orden espontáneo permiten explicar la naturaleza del arbitraje internacional y doméstico, en contraposición a la visión positivista, constructivista, jerarquizada y centralizada. Bajo la escuela austríaca podemos concluir que el arbitraje es una consecuencia de la acción de los individuos y, se entiende perfectamente cuando colocamos a la acción individual como el centro principal de la investigación científica.

⁵¹ Diego Tomás Castagnino, *La importancia de la Ley de...*, p. 209.

El orden social que da nacimiento al arbitraje surge de manera propositiva, primero como medio pacífico de resolución de conflictos, que sustituyó a la solución mediante la fuerza, y, en segundo lugar, como respuesta a las deficiencias de los tribunales estatales, por lo que el arbitraje se presenta como un medio más rápido, confidencial, y experto.

La libertad es el punto de partida en todo momento para el arbitraje. Por lo que en sistemas políticos sin libertades el arbitraje no tendría cabida.

Basándonos en los órdenes espontáneos en el arbitraje encontramos cortezas normativas, ya que estamos en presencia de dos realidades: el propio orden arbitral, que es *ius*, y luego todas las normativas que se le sobreponen: los tratados multilaterales, las leyes de arbitraje de la sede, las del foro de la ejecución, etc., que constituyen la *lex* del arbitraje.

Si bien la Escuela Austriaca de Economía aboga por la mínima intervención estatal, y el propio arbitraje cuenta con un principio de no interferencia judicial en su trámite, no podemos desconocer que, por un lado, existe un necesario régimen limitado y excepcional de control judicial posterior de los arbitrajes, y por el otro, debe mantenerse una relación de colaboración entre el arbitraje y el Poder Judicial, principalmente cuando se trata de la ejecución forzosa de laudos y resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola, Eloy. *El arbitraje en la Antigüedad, Grecia y Roma, en el Medioevo español y en la América Hispana*, El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, ed. Luis Alfredo Araque Benzo et al. Caracas: CACC, CEDCA, y otros, 2013.
- Badell Madrid, Alvaro. *Pasado, presente y futuro del arbitraje comercial en Venezuela*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 1. Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2020.
- Butler, Eamonn. *Escuela de pensamiento 101 grandes pensadores liberales*. Editado por Antonella Marty, Caracas: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, "CEDICE", 2021.
- Castagnino, Diego Thomás. *La importancia de la Ley de Arbitraje Comercial para el Derecho Mercantil*, Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Tomo I, Caracas: CIERC, 2022.
- David Friedman. *El orden del derecho*, Buenos Aires: Ed. Innisfree, 2021.

-
- De Benito, Marco y Sonsoles Huerta de Soto, *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 22, Madrid: CEA, 2015.
- De Soto, Huerta y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*. Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 40, Madrid: CEA, 2021.
- Evans, Anthony J. *Solo los individuos eligen*, Manual de economía austriaca contemporánea, Madrid: Unión Editorial, 2016.
- Ferguson, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*, Londres: T. Cadell, 1782.
- Gherzi, Enrique. *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*, Revista de Economía y Derecho Nro. 7, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010.
- Hayek, Friedrich A. von. *Los errores del constructivismo*, Revista del Centro de Estudios Públicos Nro. 29, Chicago: 1970.
- Hayek, Friedrich A. von. *Derecho, Legislación y Libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2013.
- Hayek, Friedrich A. von. *Three Sources of Human Values*, The London School of Economics and Political Science. Londres: 1978.
- Huerta de Soto, Jesús. *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Madrid: Unión Editorial, 6ª Ed., 2016.
- Mises, Ludwig von. *La Acción Humana: Tratado de Economía*, Madrid: Unión Editorial, 13ª Ed., 2018.
- Mises, Ludwig von. *Los fundamentos últimos de la ciencia económico*, Buenos Aires: Unión Editorial, 2012.
- Navarro García, Agustín. *Iusnaturalismo y Escuela Austríaca*, Madrid: Comillas. Universidad Pontificia. Facultad de Derecho, 2021.
- Rojas, Ricardo M. *Fundamentos praxeológicos del derecho*. Buenos Aires: Colón Editorial Argentina, 2018.
- Rondón García, Andrea. *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?*, Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 8, Caracas: SOVEDEM, 2022.
- Rothbard, Murray. *El Hombre, la Economía y el Estado*, Volumen I, Madrid: Unión Editorial, 2ª Ed., 2020.
- Rothbard, Murray. *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, The Foundations of Modern Austrian Economics, New York: New York University, 1976.
- Sanquirico Pittevil, Fernando. *Arbitraje y Derechos Humanos*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2, Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2021.
- Vargas Fernando, citado por Hernando Díaz-Candia. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Editorial Legis, 2.ª Edición Ampliada, 2013.

Legislación:

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República, dictado el 5 de mayo de 1904.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430, del 7 de abril de 1998.

Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985.