

¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria

Rodrigo Farías Díaz*
Fernando Sanquírigo Pittevil**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 75-89

Resumen: La independencia del arbitraje es un asunto que, por más de ser reconocido en diversos instrumentos normativos de distintos Estados, no es respetada en la práctica, por entenderla como una especie subordinada al Estado. Como desarrollaremos en el presente trabajo, el arbitraje es una institución de derecho natural que no está supeditada al Estado ni es creación del mismo, sino que existe a partir de la autonomía de la voluntad de las personas en ejercicio de su libertad, principio que a su vez sirve de fundamento a la existencia del propio Estado. A partir de esto, la jurisdicción arbitral –o jurisdicciones arbitrales– concurren con las de los Estados, así como con las de entes supranacionales. A pesar de ello, hay casos en la práctica en los que los Estados buscan inmiscuirse en asuntos en los cuales no tienen jurisdicción, afectando la autonomía del arbitraje.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, jurisdicción, jurisdicciones concurrentes.

Arbitral Independence! Against the imperialist hegemonism of ordinary justice

Abstract: *Despite of its recognition by several legal instruments, arbitral independence has not been respected, relegating it as a subordinate species of the State. As we will develop in the present paper, arbitration is an institution of natural law, neither subordinated to the State nor created by it, but created from the will of the parties exercising their freedom, a principle that serves as basis of the existence of the State itself. From this point of view, arbitral jurisdiction –or arbitral jurisdictions– concur with those of the State, as well as with those of supranational entities. Despite that, there have been cases in which the States seek to interfere within arbitration, without having jurisdiction, affecting the autonomy of arbitration.*

Keywords: *Will of the parties, jurisdiction, concurrency of jurisdiction.*

Autores invitados.

* Abogado Universidad Monteávila *magna cum laude*, egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la misma Universidad. Subdirector de Investigación del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Asociado en Dentons.

** Profesor del LL.M en Dispute Resolution de University of Missouri, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y de la especialización de la Universidad Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Senior Counsel en Dentons.

¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria

Rodrigo Farías Díaz*
Fernando Sanquírigo Pittevil**

VENEZUELA
AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 75-89

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. Fundamentos esenciales de la independencia arbitral. A. Una institución de derecho natural. B. Autonomía de la voluntad como fundamento de la existencia de la jurisdicción arbitral. III. Concurrencia jurisdiccional. IV. La triste realidad del imperio hegemónico de la justicia ordinaria. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El título que presentamos, *¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria*, puede ser leído de varias formas, y quizás así queremos que sea. Sin embargo, una breve explicación sobre ello merece la pena, para evitar crear expectativas que, luego de leer este breve trabajo, no sean satisfechas en ningún sentido.

La primera lectura que puede darse al título puede entenderse como invitación a una insurrección revolucionaria, que pretenda sentar las bases de una independencia en contra del control que puede existir en contra del arbitraje. Sin embargo, no pretendemos caer en el discurso repetido, que pretende contraponer los beneficios del arbitraje sobre las fallas del sistema de justicia estatal. Ello obedece a que no creemos que las bondades del arbitraje deban ser contrapuestas a las fallas de cualquier otro sistema, ya que, en primer lugar, el sistema arbitral tiene sus fallas propias; en segundo lugar, porque el otro sistema con el que se compara tendrá sus bondades; y, en tercer lugar, porque si ese otro sistema arreglara sus fallas, implicaría que el arbitraje dejaría de tener sus razones para ser utilizado.

A pesar de que no pretendemos hacer un llamado revolucionario en contra del sistema de justicia ordinaria, no quiere decir que, el título elegido, busque contender contra las interpretaciones que buscan someterlo y dejarle un puesto en las filas trase-

* Abogado Universidad Monteávila *magna cum laude*, egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la misma Universidad. Subdirector de Investigación del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Asociado en Dentons.

** Profesor del LL.M en Dispute Resolution de University of Missouri, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y de la especialización de la Universidad Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Senior Counsel en Dentons.

ras de los métodos adjudicativos de resolución de controversias, relegándolo a simple accesoriadad de la justicia. Sin duda, el arbitraje es un contendor, porque, en términos económicos, busca ganar mercado, dentro de esos medios de resolución de controversias, y por tanto, si algo gana mercado, en muchas ocasiones, otra cosa lo pierde.

Pero nuestro título no busca ser un mero contendor, puesto que mostrar los dientes, no es ladrar, ni ladrar es morder, ni por supuesto, morder es armarse de revolucionario. La contención de las ideas, y quisiéramos decir, de las *buenas ideas*, permite contraponer formas de pensamiento –debidamente informados– para lograr un diseño del sistema que sea óptimo, eficiente y efectivo. A pesar de ello, hay que advertir, que, de nuevo, en término económicos, no pretendemos que la contención sea pasiva, sino al contrario muy activa.

Si bien, como decimos, nuestro título busca contender algunas ideas y propuestas, no es meramente una contención lo que buscamos, sino algo un poco más preciso. Pero la precisión, en el debate de las ideas, a veces se pierde, porque para comprender algunas verdades, y desenmarañar algunas mentiras, hay que transitar caminos que no son claros ni directos.

Es por ello que, nuestro título pretende ser, también, una advertencia de la necesidad de mantener la independencia del arbitraje. Y es que, no podemos dejar de advertir, directa y claramente, que existen fuerzas en la ordinariéz de la justicia –y léase interpretativamente nuestra intención de lo *ordinario* en el título– que pretenden, una vez más, y sin conocimiento de las grandes verdades históricas, relegar o en el mejor de los casos, subordinar al arbitraje a un mero espectador de la justicia, desconociendo su verdadera naturaleza y las normas jurídicas más importantes sobre el arbitraje, las cuales determinan sin lugar a dudas la independencia de esta institución.

Ahora bien, hasta aquí hemos intentado explicar el qué del título, pero dejando a un lado el porqué de éste. Así las cosas, para poder explicar ese porqué, es necesario sentar una premisa clave –la cual será desarrollada más adelante–, la cual es la independencia del arbitraje. Quizás puede parecer redundante y fuera de contexto volver sobre la *independencia arbitral*, pero es la premisa clave, y por tanto la primera frase de nuestro título.

En este sentido, a pesar del reconocimiento normativo del arbitraje, a través de diversos instrumentos legales mediante los cuales determina la relación existente entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje, en la práctica se materializa un ejercicio tutelar exacerbado que apunta a una subordinación de la jurisdicción arbitral a la jurisdicción ordinaria impactando en la independencia de la institución.

Ese impacto subordinante, no solo incide sobre la conformación de los tribunales arbitrales, sobre las decisiones procedimentales, y, el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral; sino que además pretende incidir sobre la consciencia del árbitro,

buscando –y no logrando hasta ahora– minar su propia imparcialidad de criterio e independencia de juzgamiento. Todo esto, entre otras cosas, causa una desnaturalización de la fuerza creadora del arbitraje, la cual es, la autonomía de la voluntad de las partes; por lo que, el esfuerzo subordinante de la jurisdicción ordinaria, lo que busca es crear un imperio hegemónico que en su efecto ulterior lo que hace es castrar la libertad individual de aquellos que escogieron libremente arbitrar sus disputas.

No queda otra cosa, que advertir de forma tajante que, ante *el imperio hegemónico de la justicia ordinaria*, debe recalcar, refrescarse, entenderse y ejercerse la independencia arbitral!

Para alcanzarla, y que no se quede solo en una frase vacía de contenido, carente de practicidad, es necesario analizar ciertos elementos característicos del arbitraje, reconocidos por los más importantes textos normativos, los cuales confirman que la institución del arbitraje no se encuentra subordinada al poder de la justicia ordinaria.

II. Fundamentos esenciales de la independencia arbitral

Encontrar los fundamentos de la independencia arbitral implica realizar un estudio pormenorizado de la naturaleza del arbitraje. En este sentido, si bien, debemos dedicar parte de nuestro estudio a revisar su naturaleza, no pretendemos hacer un desarrollo extensivo de este tema, ya que no es la intención del presente trabajo. Al contrario, nos basaremos en ciertas premisas de la doctrina, que consideramos las más acertadas, como fundamento esencial que sustenta la teoría del arbitraje.

A. Una institución de derecho natural

Es casi unánime en la doctrina que el arbitraje es una institución de derecho natural¹, puesto que, incluso, antes de la conformación del sistema tribal ya existía una forma u otra de resolución de conflictos, mediante la elección de un tercero, con caracteres de imparcialidad, que resolviera el conflicto planteado².

La evidencia es contundente al demostrar que la forma adjudicativa de resolución de controversias, mediante la cual las partes en conflicto buscan la solución, designando a un tercero que ponga fin a ese conflicto, es anterior a la conformación del Estado,

¹ Ana María Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje* (Barcelona, España: Bosch Editor, 2000), 15; Aristides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987*, 13va ed., vol. I, VI vols. (Caracas: Organización Gráficas Capriles, 2007), 99-100; Fernando Sanquirico Pittevil, "El arbitraje en la antigüedad", *MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* 3 (2021), 28.

² Francis Fukuyama, *The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012), 70 "Virtually all tribal societies have comparable institutions for seeking justice: obligations on kinsmen to seek revenge or restitution for wrongs committed; a nonbinding system of arbitration for helping to settle disputes peacefully; and a customary schedule of payment for wrongs committed, which among the Germanic tribes of Northern Europe were called the wergild..."

y que por lo tanto, es el Estado quien busca regular, en un primer lugar, el ejercicio de esa facultad privada, terminando, en cierto momento de la historia, por expropiar a las partes de esa facultad privada de resolución de conflictos, para asumir de forma absoluta la jurisdicción³.

Esa actitud expropiatoria del Estado, producto del entendimiento omnipotente y omnicompreensivo de la teoría jurídico-política, viene siendo repensada y superada, para darle paso a otras fuerzas que, además de convivir con otros factores de poder⁴, vienen a poner a la libertad de las personas en el centro y en la justificación de su propia existencia⁵.

La superación que viene a imponerse en nuestro tiempo sobre el Estado no es otra cosa, que la vuelta al cauce original de las personas en sus facultades creadoras; esto es, volver a componer las instituciones en su sentido originario, con los caracteres obtenidos e incorporados a lo largo de la evolución, desprovisto de las cargas impuestas constructivamente por aquella supraestructura hobbesiana.

Lo anterior, tiene una implicación importante en lo que respecta al arbitraje, y es que, la pretensión expropiatoria del Estado sobre una institución connatural al hombre es un sinsentido orgánico: un cáncer, que termina acabando con las estructuras mismas del Estado, cuando busca desmembrar las facultades más naturales al hombre⁶.

Ello nos lleva a una conclusión evidente, y es que, el arbitraje, como institución y como jurisdicción, no es algo que crea el Estado, y tampoco puede ser algo que sea meramente *permitido* por aquel, a través de distintos instrumentos, sino que es algo que

³ Aristides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987*, vol. I, VI vols. (Caracas: Altholitho, 2003), 99 "Por ello, desde que por encima de los individuos se fue afirmando un principio de autoridad y la sociedad comenzó a organizarse lentamente, comenzó a imponerse también la restricción gradual de la autodefensa, hasta sacar completamente la justicia del ámbito privado, para atribuirla a la autoridad pública, encargada exclusivamente de administrarla. Por ello, formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción, se encuentra en el Estado moderno la prohibición de la autodefensa, en virtud de la cual, el derecho individual se encuentra protegido y asegurado por la fuerza del Estado y no por la fuerza privada de su titular concreto, en tal forma, que si bien el Estado ha asumido y tiene efectivamente el monopolio de la justicia (jurisdicción), los particulares tienen por su parte el derecho, facultad o poder de exigir del Estado la protección de su derecho violado o amenazado (acción).

⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 10ma ed. (Madrid, España: Editorial Trotta, 2011), 11-12.

⁵ Manuel Aragón Reyes, "La constitución como paradigma", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell (Madrid, España: Editorial Trotta, 2007), 32 "Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida."

⁶ Frédéric Bastiat, "La Ley", en *Frédéric Bastiat. Obras escogidas*, 2da ed. (Madrid, España: Union Editorial, 2009), 182 "El derecho colectivo tiene, pues, en principio, su razón de ser, su legitimidad, en el derecho individual, y la fuerza común no puede tener racionalmente otro fin, otra misión, que las fuerzas aisladas a las que sustituye. Así como la fuerza de un individuo no puede atentar legítimamente contra la persona, la libertad y la propiedad de otro individuo, así también la fuerza común no puede aplicarse legítimamente a destruir la persona, la libertad y la propiedad de los individuos o de las otras clases."

va más allá de la existencia misma del Estado, el cual, queda obligado –para incluso justificar su existencia– a reconocer al arbitraje, el cual deriva de la autonomía de los individuos⁷ que, a su vez, justifican la existencia y permanencia del Estado.

B. Autonomía de la voluntad como fundamento de la existencia de la jurisdicción arbitral

La autonomía de la voluntad tiene su origen en el ejercicio de la libertad, la cual, en su dimensión de derecho subjetivo, resulta creadora de relaciones interpersonales, lo cual fundamenta la existencia del Estado⁸. Ante esta realidad, es necesario advertir que, la pretensión del Estado de desconocer la autonomía de la voluntad resulta, en última instancia, en el desconocimiento de sí mismo.

Muestra de esto es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América que justifica la existencia del Estado en la necesidad de las propias personas de ordenarse libremente para garantizar sus derechos fundamentales⁹. A su vez, estos derechos fundamentales son independientes de la existencia del Estado, lo cual se encuentra evidenciado en los instrumentos reconocedores y protectores de derechos y libertades individuales que tienen como punto de partida el *Bill of Rights* de Inglaterra en 1689¹⁰, hasta llegar a aquellos desarrollados a partir de las violaciones sistemáticas a los Derechos durante la Segunda Guerra Mundial. Esto, en definitiva, no hace más que demostrar que el papel del Estado frente a la libertad, y por ende la autonomía de la voluntad, es de reconocimiento y no de creación¹¹.

Otro ejemplo que demuestra nuestro planteamiento viene a darse con el reconocimiento de la *lex mercatoria* por parte del Estado. La *lex mercatoria* es un marco normativo basado en usos, costumbres y prácticas que crean un derecho aplicable a las relaciones comerciales internacionales y que a su vez se califica como transnacional o a-nacional¹². En este sentido, la *lex mercatoria* no parte de la voluntad creadora del Estado, sino que responde a un conjunto de normas a-nacionales, creadas a partir de la autonomía de la voluntad, reconocidas por los Estados como derecho aplicable a ciertas relaciones jurídicas.

⁷ Fernando Sanquirico Pittevil, "Arbitraje y Derechos Humanos", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, núm. 2 (2021), 74.

⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 54.

⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 54 y ss.

¹⁰ Rafael Lárez Fermín, "Apuntes sobre derechos fundamentales y sus instrumentos de protección. La vigencia de los derechos y libertades", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (2019), 362.

¹¹ Fernando Sanquirico Pittevil, "Autonomía de la voluntad y la a-nacionalidad del arbitraje", *Cuadernos UCAB*, núm. 21 (2023), 276

¹² James-Otis Rodner, *La globalización: (Globalización de la Norma Jurídica)* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021), 246.

Vemos así, nuevamente, cómo la autonomía de la voluntad crea relaciones jurídicas, mientras que el Estado reconoce y garantiza el cumplimiento de esas normas creadas por los particulares. Partiendo de esta comparación clarificadora, la libertad, derecho fundamental en el cual se basa la autonomía de la voluntad, que es creadora del Estado, es a su vez creadora de la jurisdicción arbitral, la cual el Estado se ve forzado, en justificación con su propia naturaleza, a reconocer, tal y como sucede con la *lex mercatoria*.

Con base en este análisis, podemos afirmar que el arbitraje tiene su origen en la autonomía de la voluntad, pero que no se queda solo ahí, sino que tiene un efecto procesal, en cuanto a que, a través de esta institución se imparte justicia. Esto implica que el arbitraje tiene un origen contractualista, pero su naturaleza es jurisdiccional¹³.

Entonces, en cuanto a su origen, esa autonomía de la voluntad se materializa y evidencia en el acuerdo arbitral, que no es más que un compromiso entre particulares, en el ejercicio de su libertad y, en consecuencia, su autonomía de la voluntad, de someter sus conflictos al conocimiento de una jurisdicción ajena al del Estado, que lo resolverá conforme a las reglas pactadas entre las partes¹⁴.

De esta manera, a través del acuerdo arbitral las partes deciden que ante la existencia de un conflicto van a crear una jurisdicción particular –la arbitral– que tenga como objetivo único dirimir esa disputa que entre ellas ha acaecido.

Entonces, tenemos que la jurisdicción arbitral no es, bajo ningún caso, creación del Estado ni depende de la voluntad de éste, sino que su existencia se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los individuos que deciden someter sus controversias bajo ese sistema¹⁵.

III. Concurrencia jurisdiccional

En este punto, vale la pena, hacer una pausa a la justificación teórica, a la cual hemos venido haciendo referencia, y dar unos ejemplos prácticos, que creemos son importantes, para poder luego, determinar la realidad teórica sobre la cual se sustenta, puesto que, la teoría debe ser inferida de los hechos, y no al revés¹⁶.

¹³ Fernando Sanquírigo Pittevil, "Orden Público Adjetivo y Arbitraje", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* núm. 3 (2019), 329. Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis Editores, S.A., 2006), 57.

¹⁴ Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing*, Sexta (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 17.

¹⁵ Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International arbitration* (Leiden: Martibus Nijhoff Publishers, 2010), 2. Sonsoles Huerta de Soto y Fabio Núñez Del Prado, "El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo", *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 40 (2021), 70. Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje...*, 67.

¹⁶ Francis Fukuyama, *The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012), 24, quien explica que "Putting the theory after the history constitutes what I regard as the correct approach to analysis: theories ought to be inferred from facts, and not the other way around. Of course, there is no such thing as a pure confrontation of facts, devoid of prior theoretical constructs. Those who think they are empirical in that fashion are deluding themselves. But all too often social science begins with an elegant theory and then searches for facts that will confirm it..."

Permitámonos entonces, utilizar un ejemplo fáctico, con miras a ejemplificar lo que queremos, esto es, la concurrencia de jurisdicciones. Si bien se ha dicho que, existe una unidad de jurisdicción, a veces se olvida que esa unidad de jurisdicción está limitada a un Estado en particular, por lo que, existirán tantas unidades de jurisdicción como Estados puedan existir¹⁷.

Lo anterior implica que existen, en principio, tantas jurisdicciones como Estados hay, por lo que podemos hablar de la jurisdicción italiana, la jurisdicción española, la jurisdicción colombiana, la jurisdicción americana, la jurisdicción venezolana, etcétera. Así, desde el plano de igualdad de los Estados, la jurisdicción de cada uno de ellos coexiste paralelamente con la de los demás¹⁸, existiendo una serie de reglas y principios de derecho internacional público y de derecho interno que determinan el reconocimiento de esas jurisdicciones estatales paralelas¹⁹.

Además de la existencia y concurrencia de las jurisdicciones nacionales, estas coexisten con otras jurisdicciones en el plano del derecho internacional público, como la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán, tribunales de arbitraje, entre otros²⁰. La existencia de estos tribunales internacionales, así como de su jurisdicción, descansa sobre el reconocimiento que hacen los Estados de aquellos, mediante el uso de su autonomía reflejada en su consentimiento²¹; lo que implica que, los Estados –como personas jurídicas de derecho público– podrán crear y/o someterse a estas jurisdicciones internacionales en la medida en que exista un acto de libre disposición.

Hasta ahora vemos que existen dos niveles distintos, pero concurrentes, de jurisdicción. En primer lugar, existe la jurisdicción interna de los Estados, mientras que, también paralelo a estos, están las distintas jurisdicciones internacionales, creadas bajo el amparo del Derecho Público Internacional. Es importante acotar que no existe jerarquización respecto de estas jurisdicciones a pesar de que, en algunos casos, las decisiones de una jurisdicción puedan tener impacto o repercusión en las otras.

¹⁷ Yaritza Pérez Pacheco, *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*, Trabajos de Grado 15 (Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2013), 28.

¹⁸ Rebecca M. M. Wallace, *International law*, 3era ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), 112.

¹⁹ Malcolm N. Shaw, *International law*, 7ma ed (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014), 470.

²⁰ Ian Browline, *Principles of Public International Law*, 4ta ed. (New York: Oxford University Press, 1990), 712-713, explica que "Apart from the International Court of Justice, judicial settlement includes the activity of many *ad hoc* arbitral tribunals and mixed commissions, and of specialized tribunals of a semi-permanent character, including the United Nations Tribunal in Libya, the United Nations Tribunal in Eritrea, the Supreme Restitution Court of the German Federal Republic, the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany, the Arbitral Tribunal and Mixed Commission set up as a consequence of Article 15(a) of the Peace Treaty with Japan, the Austrian-German Arbitral Tribunal, the Iran-United States Claims Tribunal, and the International Centre for Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states..."

²¹ Browline, *Principles of Public International Law*, 719.

Lo anterior tiene significaciones prácticas importantes, ya que, sería impensable que una jurisdicción se involucre o interfiera con los asuntos de otra jurisdicción. Así, no se concibe que la jurisdicción de Colombia interfiera con la jurisdicción de Honduras, o que la jurisdicción de España pretenda hacer determinaciones jerárquicas sobre la jurisdicción italiana. Por su parte, lo mismo ocurre respecto de las jurisdicciones internacional publicistas, por lo que, no se concibe la interferencia de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia sobre los tribunales franceses²².

Quizás pueda intuirse el camino que tratamos de tomar; y, en efecto, creemos que la jurisdicción arbitral se encuentra en situación concurrente con la jurisdicción estatal y las demás jurisdicciones de esos entes de Derecho Internacional Público, lo que impide a estas jurisdicciones interferir en el arbitraje, puesto que cada una de ellas tiene una unidad, regidas por los mismos principios de competencia (*kompetenz-kompetenze*), que les permite determina los límites de su jurisdicción.

El argumento anterior parece no ser suficiente para justificar la independencia de la jurisdicción arbitral, y por tanto su concurrencia con el resto de las jurisdicciones, lo que, en definitiva, implicaría que la jurisdicción arbitral no está sometida jerárquicamente a otra jurisdicción, como podría ser la del Estado, de la cual sería sede el arbitraje particular del que se trate.

Existen varios argumentos que sustentan la independencia del arbitraje. Así, si aceptamos como válida la tesis contractual que sustenta la existencia institucional del Estado –contrato social–, partimos de la idea de la manifestación de la voluntad, como fuerza creadora del Estado mismo, y por lo tanto de su jurisdicción. Sobre esta base, la misma fuerza creadora de los particulares, que fundamenta la jurisdicción estatal, vendría a ser la misma fuerza creadora de la jurisdicción arbitral.

La voluntad creadora originaria de ambas jurisdicciones (arbitral y estatal) vendría a determinar la existencia de ambas jurisdicciones, siempre que la jurisdicción arbitral, entre particulares, no afecte la jurisdicción colectiva del Estado y viceversa. Esto tendría una significación capital, ya que, desconocer la capacidad creadora de jurisdicción independiente a los particulares, implicaría que el Estado se desconocería a sí mismo.

Pero la idea del contrato social no abarca la justificación completa de la independencia del arbitraje, al punto de sustentar la concurrencia de la jurisdicción con el resto de las jurisdicciones creadas. Y aquí, quizás, vale la pena, llamar la atención en que,

²² Lo que podría ocurrir en estos casos, es que los tribunales internacionales puedan determinar responsabilidades sobre los Estados, o dictar medidas a los Estados sobre los cuales ejercen jurisdicción para que estos cumplan, sin que por ello exista ejecución de fuerza. Para esto ver, entre muchos otros Malcolm N. Shaw, *International law*, 7ma ed (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014), y Ian Browline, *Principles of Public International Law*, 4ta ed. (New York: Oxford University Press, 1990).

cuando hablamos de jurisdicción arbitral, nos referimos a cada una de las jurisdicciones arbitrales que puedan existir, sobre la base de cada uno de los acuerdos arbitrales que se materialicen en la práctica, puesto que, realmente, no existe tal como una jurisdicción arbitral universal.

Cada jurisdicción arbitral, derivada de un acuerdo arbitral en concreto, concurre paralelamente con el resto de las jurisdicciones arbitrales creadas, más con las jurisdicciones estatales y supranacionales que puedan existir, todas en un mismo plano. Así, cada una de las jurisdicciones arbitrales que puedan crearse derivan de una manifestación humana que debe ser reconocida –más no creada– en virtud, ya no de la justificación de la formación del Estado, sino de la existencia misma de la autonomía de la voluntad, tal y como explicamos en el capítulo anterior.

Así, la idea de que la institución arbitral es una institución de derecho natural tiene un impacto muy importante para la idea de la independencia y, por tanto, para la idea de la concurrencia arbitral. De esta forma, el arbitraje, en tanto institución de derecho natural, implica que existe un desarrollo evolutivo natural de esta institución jurídica que nace y se desarrolla con el ser humano.

Esta razón, quizá abstracta, puede explicarse con mayor facilidad, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, en tanto que estos son innatos a la persona. Desde esta perspectiva, los Derechos Humanos, connaturales al hombre, y reconocidos por el Estado, no se sustentan en la creación estatal, pero exigen el reconocimiento del Estado.

De esta forma, la autonomía de la voluntad, y por consiguiente, de su propio ejercicio, está reconocido por el Estado, sin ser creado, y exige su independencia, solamente limitado en tanto no suponga una interferencia al orden público. Bajo esta óptica, el arbitraje, producto del ejercicio de derechos fundamentales como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho a la libertad, y el conjunto de derechos procesales, justificarían tajantemente la independencia arbitral frente a otras jurisdicciones²³, y por tanto su concurrencia con aquellas.

IV. La triste realidad del imperio hegemónico de la justicia ordinaria

A pesar de todo lo expuesto en estas notas, la práctica parece alejarse de la teoría cuando a ciertos Estados nos referimos. En primer lugar, entendemos y compartimos que la libertad individual de las personas –y por ende la autonomía de la voluntad– tiene como límite el interés colectivo de la sociedad en la cual se desenvuelve, lo cual

²³ Fernando Sanquirico Pittevil, "Arbitraje y Derechos Humanos", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, núm. 2 (2021); y Fernando Sanquirico Pittevil, "Orden público adjetivo' y arbitraje", *MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* 2 (2020).

se traduce en el orden público²⁴. Es por esto que compartimos que el arbitraje no puede resolver asuntos en los cuales se encuentre envuelto el orden público²⁵ ni puede, en el ejercicio jurisdiccional, afectar el orden público.

Fuera de ese escenario, somos de la posición de que la jurisdicción arbitral no puede ser interferida por la jurisdicción ordinaria, ni sometida jerárquicamente, excepto cuando se haya violado el orden público, bien sea en el fondo del conflicto o en el propio procedimiento arbitral. Así, el único medio admisible, que además abarca, de forma exhaustiva, las situaciones en que esto se infrinja, es el recurso de nulidad, cuyas causales suelen ser un espejo o paralelas a las causales de negativa de reconocimiento y ejecución de laudos bajo lo establecido en la Convención de Nueva York²⁶.

De esta manera, ejercer otros recursos o vías ante la jurisdicción ordinaria, como puede ser caso del amparo, la tutela, el avocamiento, los controles constitucionales, entre otros, sería sobreponer la jurisdicción estatal sobre la arbitral a la fuerza, en desconocimiento de la naturaleza misma de ambas jurisdicciones, que, como hemos indicado anteriormente, son concurrentes. Asimismo, las actuaciones estatales que se inmiscuyan en los asuntos propios de la jurisdicción arbitral estarían violando la autonomía de la voluntad –y por ende la libertad– de las personas que decidieron utilizar ese mecanismo para resolver sus conflictos, ignorando entonces este derecho que le da fundamento a su propia existencia.

Lastimosamente, lo cierto es que vemos diversos casos en los que ciertos Estados se exceden en sus potestades y pretenden invadir a la jurisdicción arbitral incluso para atraer la controversia a su propia jurisdicción por sus intereses o para castigar a aquellos que no responden a ellos, yendo así contra las propias fundamentaciones de su existir. Algunos de los casos que sirven de ejemplo son el de Gonzalo Stampa con España²⁷, el de Sami Houerbi, Samir El Annabi y Nathalie Najjar con Qatar²⁸ y Fernando Canturias con Perú²⁹.

²⁴ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 2.

²⁵ Fernando Sanquírigo Pittevil, "Orden Público Adjetivo y Arbitraje"..., 336. David A.R. Williams y Anna Kirk, "Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?" en *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, ed. por Neil Kaplan y Michael J. Moser (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018), 91.

²⁶ Para esto compárese los artículos 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, junto con el artículo 36 de esa misma norma y el V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Claudia Madrid Martínez, "Comentario al artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, coord. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023), 1660.

²⁷ Tom Jones, "Spanish Arbitrator Convicted over Malaysia Mega-Award", *Global Arbitration Review* (blog), el 8 de enero de 2024, <https://globalarbitrationreview.com/article/spanish-arbitrator-convicted-over-malaysia-mega-award>.

²⁸ Tom Jones, "Arbitrators Convicted in Qatar", *Global Arbitration Review* (blog), el 12 de diciembre de 2018, <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitrators-convicted-in-qatar>. "Conviction of Arbitrators in Qatar - Mourre Writes to Emir", *Global Arbitration Review* (blog), el 31 de diciembre de 2018, <https://globalarbitrationreview.com/article/conviction-of-arbitrators-in-qatar-mourre-writes-emir>.

²⁹ Paula Tellez, "The Salem Trials Redux? Peru & Arbitrator's Misconduct: A Commentary on the Fernando Canturias Case", *ITA in Review. The Journal of the Institute for Transnational Arbitration* 4, núm. 1 (2022), 92 y ss. <https://itaireview.org/articles/2022/vol4/issue1/ita-alarb-america-2020-workshop-comments-on-the-fernando-canturias-paradigmatic-case.html>

Sin embargo, no todo son malas noticias. En el año 2016, Emiratos Árabes Unidos había establecido una sanción que arrojaba a los árbitros que no decidieran con neutralidad e integridad³⁰, la cual fue revocada en el año 2018³¹. Haciendo una reflexión al respecto, aún existen esperanzas de que, a través de la lucha por la independencia arbitral, los Estados la reconozcan como una jurisdicción concurrente e independiente, así como reconocen las de los demás Estados y las supranacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel. "La constitución como paradigma". En Teoría del neoconstitucionalismo, editado por Miguel Carbonell. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- Bastiat, Frédéric. "La Ley". En Frédéric Bastiat. Obras escogidas, 2da ed. Madrid, España: Union Editorial, 2009.
- Born, Gary. International arbitration: law and practice. 2da ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2016.
- Born, Gary. International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing. Sexta. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- Browline, Ian. Principles of Public International Law. 4ta ed. New York: Oxford University Press, 1990.
- Chocrón Giráldez, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona, España: Bosch Editor, 2000.
- Fukuyama, Francis. The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- Gaillard Emmanuel. Legal Theory of International arbitration. Leiden: Martibus Nijhoff Publishers, 2010.
- Global Arbitration Review. "Conviction of Arbitrators in Qatar - Mourre Writes to Emir", el 31 de diciembre de 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/conviction-of-arbitrators-in-qatar-mourre-writes-emir>.
- Huerta de Soto, Sonsoles y Núñez Del Prado Fabio. "El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo". Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 40 (2021).

³⁰ Henry Quinlan, Zara Merali, y Lara Bander, "Article 257 of the Penal Code: implications for commercial arbitration in the UAE", Thomson Reuters. Practical Law, el 14 de diciembre de 2016, [https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&isplcusc=true&firstPage=true&bhcp=1](https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&isplcusc=true&firstPage=true&bhcp=1).

³¹ Michael Turrini y Aimy Roshan, "Criminal Liability of Arbitrators Repealed in the UAE", White & Case, el 30 de noviembre de 2018, <https://www.whitecase.com/insight-alert/criminal-liability-arbitrators-repealed-uae>.

- Jones, Tom. "Arbitrators Convicted in Qatar". Global Arbitration Review (blog), el 12 de diciembre de 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitrators-convicted-in-qatar>.
- _____. "Spanish Arbitrator Convicted over Malaysia Mega-Award". Global Arbitration Review (blog), el 8 de enero de 2024. <https://globalarbitrationreview.com/article/spanish-arbitrator-convicted-over-malaysia-mega-award>.
- Madrid Martínez, Claudia. "Comentario al artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana". En Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, editado por Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquirico Pittevil. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023.
- Oppetit Bruno. Teoría del Arbitraje. Bogotá: Legis Editores, S.A., 2006.
- Paulsson, Jan. The Idea of Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Pérez Pacheco, Yaritza. La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado. Trabajos de Grado 15. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2013.
- Quinlan, Henry, Zara Merali, y Lara Bander. "Article 257 of the Penal Code: implications for commercial arbitration in the UAE | Practical Law". Thomson Reuters. Practical Law, el 14 de diciembre de 2016. [https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&isplc=true&firstPage=true&bhcp=1](https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&isplc=true&firstPage=true&bhcp=1).
- Rengel-Romberg, Aristides. Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987. Vol. I. VI vols. Caracas: Altholitho, 2003.
- Rodner, James-Otis. La globalización: (Globalización de la Norma Jurídica). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021.
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "Arbitraje y Derechos Humanos". Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, núm. 2 (2021).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "Autonomía de la voluntad y la a-nacionalidad del arbitraje". Cuadernos UCAB, núm. 21 (2023).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "El arbitraje en la antigüedad". MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos 3 (2021).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "'Orden Público Adjetivo' y Arbitraje". Revista Venezolana de Derecho Mercantil, núm. 3 (2019).
- Shaw, Malcolm N. International law. 7ma ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.
- Tellez, Paula. "The Salem Trials Redux? Peru & Arbitrator's Misconduct: A Commentary on the Fernando Cantuarias Case". ITA in Review. The Journal of the Institute for Transnational Arbitration 4, núm. 1 (2022). <https://itainreview.org/articles/2022/vol4/issue1/ita-alarb-americas-2020-workshop-comments-on-the-fernando-cantuarias-paradigmatic-case.html>.

- Turrini, Michael, y Aimy Roshan. "Criminal Liability of Arbitrators Repealed in the UAE". White & Case, el 30 de noviembre de 2018. <https://www.whitecase.com/insight-alert/criminal-liability-arbitrators-repealed-uae>.
- Wallace, Rebecca M. M. *International law*. 3era. ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- David A.R. Williams y Anna Kirk, "Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?". En *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, editado por Neil Kaplan y Michael J. Moser. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido por Marina Gascón. 10ma ed. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.