

## *The Idea of Arbitration* por Jan Paulsson

Publicado por Oxford University Press, Oxford,  
Reino Unido (2013, 309 pp. + xix).

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

El Derecho arbitral ha recibido una adición importante: *The Idea of Arbitration*. Esta (esperada) obra realiza una disquisición abundante y metodológicamente interesante: no solo se nutre de fuentes (geográfica y temporalmente) diversas, sino que hace apreciaciones expositivas y propositivas. El resultado: un acervo de sabiduría arbitral.

*The Idea of Arbitration* es un clásico instantáneo. No solo eso, es un libro distinto y excepcional en que es útil para todo aquel que se dedique al arbitraje — ¡donde sea! Desde Australia hasta Zimbabwe, su contenido corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos por versar sobre un común denominador de todos ellos: el derecho arbitral. No solo son arbitranes y árbitros audiencia natural de la obra, sino también juzgadores, legisladores, académicos, estudiantes y litigantes encontrarán una enciclopédica respuesta a cualquier duda o dilema que verse o se relacione con derecho y práctica arbitral.

El libro es tanto *síntoma* como *prueba* de una de las (muchas) ideas que toca: la existencia de un “Derecho arbitral trasnacional”.<sup>1</sup> Al aludir al fundamento legal del arbitraje (p. 195 *et seq*) Paulsson distingue el derecho aplicable *al* arbitraje

---

1 Término que propongo nutriéndolo de las ideas de Philip Jessup (Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956), pero admito (y anticipo) que la aseveración suscitará discusión. Al emprenderla, sugiero leer *The Idea of Arbitration* (p. 45 *et seq*) y ponderar sobre la tesis pluralista revisitada por Paulsson. Medítese: ¿por qué los estudiosos y practicantes del arbitraje siguen y estudian con cuidado las decisiones de ciertas jurisdicciones (como la Corte de Casación Francesa, *High Court* de Londres, Tribunal Federal Suizo, Segundo Circuito de Estados Unidos), considerándolas en su práctica y al tejer sus ideas?

del derecho aplicable *en el* arbitraje, haciendo ver una ironía: busca apoyarse justamente en el Derecho del que desea alejarse. Su caracterización ha sido objeto de discusión. Mientras que hay quien lo tilda de un “orden jurídico arbitral”, Paulsson lo explica echando mano de la tesis *pluralista* de Santi Romano: es la pluralidad de órdenes legales *locales* lo que sirve de fundamento del sistema *internacional*. La cimentación de la postura es interesante metodológicamente. Analiza el *Deber Ser* a la luz de las ideas de grandes pensadores (Kelsen, Weber, Romano, Hart) anclándose en el *Ser*: la teoría tiene como génesis la práctica. El autor comienza tomando nota de lo que ocurre para luego teorizarlo. Y aceptado que funciona en la praxis, ¿servirá en teoría? Su respuesta no solo es un sí *descriptivo*, sino *prescriptivo*: el arbitraje cumple una función social importante. Gracias al mismo mucha actividad deseable se conlleva exitosamente.

En *The Idea of Arbitration* uno encuentra no solo la continuación del pensamiento de Paulsson visible en muchas obras, sino su cúspide. Muchas de sus ideas — expresadas *in statu nascendi* en diferentes foros y ensayos — son recogidas y enriquecidas con el producto de los (con frecuencia, intensos) debates que han propiciado. Uno sobresaliente es el tema de la eliminación de las designaciones unilaterales. En *Moral Hazard in International Arbitration* Paulsson detonó un debate que le dio la vuelta al mundo sobre la conveniencia de erradicar las designaciones unilaterales por trastocar al fin último del arbitraje: legitimidad. Para Paulsson la praxis actual compromete un ideal del arbitraje: obtener una decisión que permita aceptarse con serenidad por quienes sufrirán sus consecuencias dado que confían en su decisor.

En sí, el que ello haya ocurrido, es interesante. El que toda una industria *mundial* haya sido sacudida por el comentario es digno de ponderación. Pero hay más: cuestiono si la respuesta que como gremio hemos dado es apropiada. Observo que la mayoría desea *refutar*, cuando lo que debería hacer es *escuchar*. Aceptémoslo: existe un problema. El *statu quo* puede propiciar casos lamentables. Aunque excepcionales, pueden ser graves. Para demostrarlo cita algunos (como Loewen); pero existen otros. El simple hecho que existan casos que ostenten conducta inapropiada de difícil manejo por subterfugios e hipocresía debe preocuparnos. Después de todo, el arbitraje es un área especial: mientras que en algunos casos se corrige una injusticia, en otros se propicia. Por ende, lejos de descartar apriorísticamente, debemos tener la humildad y apertura intelectual para tomar nota de cuestionamientos como estos y ponderar sobre cómo mejorar nuestra disciplina. Mucho depende de ello.

Éste es solo uno de los muchos y estimulantes temas que toca, cada uno de los cuales justificaría comentario amplio. Desde la definición de arbitraje, la

explicación del por qué de *Kompetenz*, el efecto negativo del acuerdo arbitral, el significado y alcance del principio de separabilidad del acuerdo arbitral, cómo manejar la ilegalidad en el arbitraje, la (verdadera) noción de arbitrabilidad (incluyendo un *test* para discernir), la (difícil) distinción entre admisibilidad y jurisdicción, el nivel de revisión por juzgadores de la causal de orden público, y un tema conceptual titánico que parecerá teórico a unos, pero que es ingeniería jurídica de alto nivel: *Arbitral Authority to Reject Unlawful Laws*, uno encuentra en *The Idea of Arbitration* un cuerno de abundancia de temas, examinados todos con un rigor analítico extraordinario en forma profunda, nutrida y elegante.

Concluida la obra el lector siente que se le ha dado una brújula. Quienes nos dedicamos al arbitraje y tenemos una práctica pluri-jurisdiccional con frecuencia nos sentimos como navegantes en aguas turbias. Como aventureros en junglas desconocidas enfrentando flora y fauna legal amenazante. Quienes se encuentren en dicha circunstancia encontrarán alivio en saber que existe un instrumento del cual pueden echar mano para encontrar su camino en la maleza; para sobrevivir las aguas azarosas; para enfrentar sus retos profesionales e intelectuales: ese instrumento es *The Idea of Arbitration*.