

## EL ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN POSITIVISTA

**Mario Castillo Freyre\***  
**Ricardo Vásquez Kunze\*\***

Es común en nuestros días empezar sin más el estudio de cualquier tema de diversas disciplinas del saber dando por supuesto que el lector conoce perfectamente el enfoque conceptual mediante el que un tema es expuesto, explicado y sintetizado. No nos referimos con esto a las teorías que este enfoque puede producir sobre el tema de estudio determinado. Tales teorías no tienen por qué ser conocidas por el público, y su conocimiento, en todo caso, es el resultado de la investigación realizada sobre el tema. Nos referimos más bien al sistema metodológico para conocer<sup>1</sup> que, no por metodológico, deja de ser conceptual. Y profundamente conceptual si damos por sentado, como muchas veces lo dan quienes producen investigaciones y quienes las consumen, que ese enfoque, que ese sistema es el de la ciencia.

En efecto, el mundo y sus fenómenos pueden ser conocidos desde diversas perspectivas, una de las cuales es la ciencia. Pero ver el mundo con los ojos de la ciencia implica necesariamente una toma de posición conceptual<sup>2</sup>. Significa creer razonablemente que, en teoría, el conocimiento científico –y no el metafísico o el esotérico o incluso el pragmático—es el más certero para explicar ese mundo y sus fenómenos que nunca dejamos de conocer bien y mejor.

En el Derecho es el supuesto de la ciencia el que subyace en la mayoría de los investigadores jurídicos y sus lectores. Sin embargo, tal supuesto lamentablemente es hueco. Y lo es porque la mayoría de esos investigadores jurídicos y sus lectores tienen una escasa idea de lo que es la ciencia del Derecho

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

\*\* Ricardo Vásquez Kunze, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Entendemos por sistema metodológico para conocer, no necesariamente la técnica por la que se llega a tal conocimiento, sino más bien la delimitación de lo que se pretende conocer.

<sup>2</sup> En los últimos cuarenta años ha prendido con virulento vigor en el mundo de las ideas la tesis de que las teorías totalizadoras que surgieron con la modernidad con el objeto de explicar el mundo, han fracasado rotundamente. Tal es, en síntesis, el corazón de la propuesta filosófica conocida como posmodernismo, que rechaza los sistemas unitarios de explicación de los fenómenos, la ciencia el principal de ellos. Esta es la razón por la que nosotros sostenemos que tomar posición por la ciencia es un compromiso, en estos tiempos, profundamente conceptual. Ver siguiente nota.

y, por tanto, del sistema teórico que debería ser el marco de la investigación jurídica que se supone científica.

Por científico nosotros entendemos positivista<sup>3</sup>. No puede haber ciencia que no lo sea. En ese sentido, cualquier estudio, explicación y síntesis teórica de un fenómeno jurídico, como es el del arbitraje privado internacional que nos proponemos abordar en este artículo, debe producirse como parte del objeto de la ciencia del Derecho, a saber: el conocimiento de lo jurídico expresado en su unidad<sup>4</sup>. Es en esa unidad teórica del conocimiento jurídico abordado

---

<sup>3</sup> Es indispensable que en estos tiempos de profunda frivolidad conceptual sobre el Derecho en sí mismo y la arremetida sofista del posmodernismo contra la ciencia, se tenga perfectamente claro qué es el positivismo jurídico. Quien mejor ha expresado esto ha sido Norberto Bobbio, el gran jurista y positivista italiano. Dice Bobbio en *El Problema del Positivismo Jurídico*: “Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia./ Por “modo de acercarse al estudio del derecho”, entiendo (p. 40) [...] [que] el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar “científica” (en este caso con referencia a las ciencias descriptivas y explicativas y no a las demostrativas) (p. 41 y 42). [...] Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado (p.43). Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal (p.47).

Nosotros somos positivistas en el sentido del *approach* que puede ser formulado de esta manera: “partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente” (p.49). También somos positivistas en el sentido teórico que se apoya en un juicio de hecho que puede ser resumido así: “Es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado” (p.50). En esta etapa de la evolución histórica nosotros nos inclinamos más por la aplicación que por la formulación del derecho por el Estado.

Finalmente, en cuanto al positivismo como ideología, no hemos llegado a un consenso sobre la proposición que lo resume, a saber: “El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones” (p.51).

Véase: BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara S.A. México. Cuarta Edición: 1995

<sup>4</sup> La necesidad de un monismo jurídico como condición para una ciencia del Derecho está expuesta brillantemente por Kelsen en estos términos: “Ha sido demostrando que no podía existir paralelo al derecho positivo otro sistema de reglas válidas, derivadas de una fuente distinta, es decir la inadmisibilidad de un dualismo normativo, que el positivismo jurídico ha triunfado, en la época moderna, sobre la teoría del derecho natural. Es igualmente esta unidad necesaria del sistema de normas obligatorias la que explica que la tesis dualista sea [...] conducida ‘*ad absurdum*’. La historia

positivamente, esto es, en la teoría del Derecho que así la encarna<sup>5</sup>, que el arbitraje privado internacional, en tanto problema de Derecho, cobra un sentido trascendente a su propia particularidad jurídica. Porque contribuye a explicar el fenómeno de la administración de justicia privada internacional en tanto producto de normas jurídicas dentro de un sistema de normativo universal.

La ciencia del Derecho tiene pues una función cognoscitiva. En el tema que nos aboca, pretende conocer cómo es y cómo funciona el arbitraje privado internacional a través de enunciados descriptivos y declarativos, pues sólo éstos pueden ser verdaderos o falsos (que son lo que distingue a la ciencia de la ideología o la política). Las preguntas que la ciencia del Derecho debe responder entonces es: ¿Qué normas y qué sistema normativo rigen el arbitraje privado internacional para que éste tenga validez jurídica? ¿Cómo se producen esas normas? ¿Cómo se aplican y cómo y por qué se acatan? En síntesis, de lo que se trata es de establecer la validez jurídica<sup>6</sup>, la coactividad<sup>7</sup> y el Derecho aplicable<sup>8</sup> en el arbitraje privado internacional. Ese es el objeto de nuestra pesquisa.

---

de la jurisprudencia demuestra que esta jurisprudencia es ciencia en la medida exacta en que satisface este postulado de unidad, logrando comprender todo el derecho en un sistema unitario./ Aunque los juristas modernos no tengan una conciencia suficientemente clara de este principio fundamental de su ciencia, es fácil mostrar cuánto en realidad la domina, es decir cuánto, pese a todas las desviaciones –generalmente provocadas por prejuicios de orden político—las diferentes teorías tienden hacia esa unidad.” KELSEN, Hans. *Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public*. En Académie de Droit International, La Haye, Recueil des cours de 1926 IV, Tome 14 de la collection. AW Sijthoff, Leyde, 1969. P. 289. La traducción del francés original es nuestra.

<sup>5</sup> Tal teoría es la Teoría Pura del Derecho en general y la Teoría del Derecho Internacional Público en particular. Véase: KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1983; y, KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*. En Académie de Droit International, La Haye, Recueil des cours de 1953 III, Tome 84 de la Collection. A.W. Sijthoff, Leyde. 1955.

<sup>6</sup> “Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge la interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento?/ [...] El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior.” KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. P. 201.

<sup>7</sup> “Otra nota común de los sistemas sociales designados como ‘derecho’, es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros ante ciertas circunstancias consideradas indeseables [...] Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas [...] Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica. No significa que, en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física. Ello sucede solamente cuando se opone resistencia a la ejecución, lo que normalmente no acaece [...] En cuanto

Un presupuesto del arbitraje privado internacional es que existe un orden jurídico internacional cuyos súbditos son los Estados, de los cuales, a su vez, los individuos son súbditos. Ese es el sistema normativo dentro del cual ha de estudiarse el arbitraje privado internacional. Sin embargo, de ese presupuesto no puede colegirse necesariamente que dado que, en esta etapa de la evolución histórica no existe aún una jurisdicción mundial, es decir, una magistratura mundial, esa es la razón de fondo por la que los particulares de diferentes Estados, en sus controversias privadas, deben acudir al arbitraje.

Asumir lo contrario significaría que si existiese esa magistratura mundial, o mejor dicho, si el Derecho Internacional fuese un Derecho centralizado<sup>9</sup>, el arbitraje privado internacional no tendría razón de ser. Tal proposición es falsa porque el arbitraje no tiene una relación directa con el fenómeno de la centralización del Derecho. La mejor prueba de ello es el arbitraje doméstico o nacional que se desarrolla dentro del orden jurídico centralizado por excelencia: el Estado.

El hecho de que el arbitraje privado en general, e internacional en particular, no exista necesariamente en función de un orden jurídico centralizado o descentralizado, es fundamental para explicar su origen normativo y por lo tanto su validez jurídica.

---

orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción [...] es el criterio decisivo.” KELSEN, Hans. IDEM. Pp. 46, 47 y 48.

<sup>8</sup> “Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límite [...] entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior. [...] Sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.” IDEM. Pp. 44 y 46.

<sup>9</sup> “Cuando un orden jurídico prevé una sanción, éste autoriza a un individuo determinado a ejecutar el acto de coerción que la sanción comporta. El individuo en cuestión puede ser considerado como un órgano de la comunidad constituida por el orden jurídico. La sanción aparece entonces como un acto de la comunidad, en el sentido de que está imputada a la comunidad. [...] se puede decir que este orden social reserva el empleo de la fuerza a la comunidad, que establece un monopolio de la fuerza en provecho de la comunidad./ Este monopolio puede ser centralizado o descentralizado. Es centralizado cuando el orden social instituye, según el principio de la división del trabajo, órganos especiales encargados de aplicar las sanciones. Tal es el caso, cuando de una parte un orden jurídico instituye tribunales que tienen la competencia para establecer según un procedimiento determinado si un acto ilícito ha sido cometido y quién es el responsable, y de otra parte, instituye órganos encargados de ejecutar las sanciones ordenadas por los tribunales.” KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*. Pp. 23 y 24. La traducción del francés original es nuestra.

Si partimos de la vieja teoría monista de la primacía del Derecho nacional sobre el internacional<sup>10</sup>, es decir, de la premisa de que son los Estados los que fundan el orden jurídico internacional, autolimitándose y reconociéndolo; el arbitraje privado internacional tendría su origen normativo y su validez en las normas de Derecho positivo del Estado o de los Estados que lo reconozcan. En este caso el orden jurídico internacional corresponde a un Derecho descentralizado donde la producción de normas jurídicas y la magistratura no están centralizadas en un órgano único, sino que corresponden a los órganos de cada Estado<sup>11</sup>.

Si por el contrario, nos ubicamos en la lógica superior de la teoría monista de la primacía del Derecho internacional sobre el nacional<sup>12</sup>, o sea que es el Derecho

---

<sup>10</sup> “La construcción monista de la relación sistémica entre el derecho internacional y el derecho nacional parte de la necesidad de unidad de los distintos sistemas de normas obligatorios, con el fin de construir una ciencia del derecho cuyo objeto es la unidad del conocimiento jurídico, lo que implica la necesidad de construir ese sistema unitario. / La forma de construir este sistema teórico unitario de las normas jurídicas puede adoptar dos variantes teóricas. [Una de ellas] construye la unidad sistémica de las normas jurídicas postulando la primacía del derecho nacional [...] La construcción monista de la primacía del derecho nacional tiene como punto de partida al derecho nacional base de la construcción del sistema unitario. / Se toma como base de la construcción a un derecho nacional, en razón de que sólo éste tiene el carácter de soberano, es decir, que no está en relación de subordinación con ningún otro sistema normativo. / De este modo, cualquier estado tomado por base de la construcción del sistema unitario deviene en centro del sistema jurídico universal. / [En ese sentido] la construcción monista de la primacía del derecho nacional sí admite la existencia del derecho internacional [...] / Como según esta teoría, sólo el derecho nacional tiene carácter soberano, la causa de que explique la existencia de otros sistemas jurídicos distintos al derecho base de la construcción monista, es que el derecho nacional procede a autolimitarse efectuando un reconocimiento del derecho internacional y de la pluralidad de derechos nacionales. Es también en razón de tal soberanía del derecho nacional tomado por base del análisis jurídico, que dichos reconocimientos implican necesariamente una delegación de la función de poder crear normas válidas, tanto al derecho internacional como a la pluralidad de derechos nacionales, pues sólo esta función de creación de normas válidas es lo que da, tanto al derecho internacional como a los derechos nacionales, el carácter de sistemas jurídicos. / En teoría, desde un punto de vista jurídico [la teoría monista de la primacía del derecho nacional] resulta válida pues cumple con el propósito de explicar jurídicamente la existencia simultánea de una pluralidad de sistemas jurídicos válidos, integrándolos en un solo gran sistema. / Sin embargo, le resulta imposible explicar el hecho de que esta pluralidad de ordenamientos jurídicos reclamen para sí la calidad de soberanos.” VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *La atribución presidencial de declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso en la Constitución de 1993, y su interpretación a la luz del tratado de renuncia a la guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis presentada para optar el título profesional de abogado. Lima. 1996. Pp. 63- 66. Véase también: KELSEN, HANS. *Théorie du Droit International Public*. Pp. 298-297; y KELSEN, Hans. *Les rapports de systeme entre le Droit Interne et le Droit International Public*. Pp. 289-297.

<sup>11</sup> “[...] con el concepto de descentralización está asociada la imagen de una multiplicidad de órganos, no situados en el centro, sino distribuidos por todo el territorio jurídico, con competencia para dictar normas solamente válidas en partes del territorio.” KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. P. 319.

<sup>12</sup> “[El derecho internacional positivo] no exige y no puede exigir ser reconocido por los Estados y su validez es independiente de un tal reconocimiento. Si se toma como punto de partida esta validez

internacional el que funda la validez de los Estados y de sus ordenes jurídicos, estableciendo las condiciones que una comunidad debe tener para ser un Estado reconocido por el Derecho internacional, entonces la pregunta es qué norma

---

objetiva del derecho internacional, éste aparece como un orden jurídico al que los derechos nacionales están subordinados, de tal suerte que tendremos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del derecho internacional. La razón de validez de este derecho no puede ser buscada en un orden jurídico nacional. Es por el contrario la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional.” KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*. P. 192. La traducción del francés original es nuestra.

Una crítica, dentro del mismo positivismo jurídico, a la Teoría de Kelsen sobre la unidad del Derecho ha sido expresada, también brillantemente, por el profesor inglés Herbert Lionel Adolphus Hart. Dice Hart que: “[...] Mediante las palabras que he citado, Kelsen introduce el argumento fundamental de la teoría monista y, creo también, su error principal. /El argumento, reducido a su aspecto esencial, es el siguiente: el derecho internacional contiene, entre sus normas, una que Kelsen denomina ‘el principio de eficacia’ el cual *determina o es la razón* de la validez del orden jurídico nacional y de sus esferas territorial y temporal de validez./ [...] Puesto que, de esta manera, el principio de eficacia legítima u otorga validez a los diversos órdenes coactivos que son efectivos en diferentes territorios, entonces, el derecho internacional, al cual pertenece el principio de efectividad, forma, en compañía de los diversos sistemas de derecho nacional que legitima u otorga validez, un sistema único. Esto es, forma con ellos, como dice Kelsen, ‘un todo inseparable’./ [...] El argumento de Kelsen se basa en sostener el hecho de que la relación de validez se presenta entre el principio de efectividad, considerado como una norma de derecho internacional, y las normas de los sistemas jurídicos nacionales. Lo inadecuado del argumento, [...] puede ser apreciado en el siguiente hipotético y descabellado ejemplo. Supongamos que el Parlamento británico [...] vota una ley (la ley sobre la validez de las normas soviéticas) la cual pretende dar validez al derecho de la Unión Soviética estableciendo que las normas que sean normalmente efectivas en el territorio soviético, incluyendo aquellas que se refieren a la competencia legislativa y judicial, serán válidas. La promulgación de esta ley por parte del Parlamento británico [...] no sería razón para decir que el derecho inglés [...] forman con el derecho soviético un solo orden jurídico, es decir, usando, *sans phrase*, cualquiera de las expresiones de Kelsen, que el derecho soviético deriva su validez del derecho británico”. (Pp. 114-116)

Consideramos que el ejemplo puesto por Hart para desvirtuar la teoría monista del Derecho es inadecuado. A lo sumo logra descalificar una de las teorías monistas de la unidad del Derecho, a saber: la teoría monista de la supremacía del Derecho Nacional sobre el Internacional. Mas no, como veremos, la otra teoría monista de la supremacía del Derecho Internacional sobre el Nacional. En efecto, El ejemplo de Hart es insuficiente porque el orden jurídico nacional inglés está, de hecho, en el mismo nivel que el orden jurídico nacional soviético. Es decir que no existe una relación de subordinación real y por tanto uno no necesariamente deriva su validez del otro. Y es más, el orden jurídico nacional inglés está subordinado (por la teoría del reconocimiento y la autolimitación si aceptáramos la tesis de la teoría monista de la supremacía del Derecho Nacional) al orden jurídico internacional. Por el contrario, si se supone la hipótesis de que el orden jurídico internacional establece la subordinación y los dominios de validez de los órdenes jurídicos nacionales, entonces éstos derivan su validez de aquél, en tanto el orden jurídico internacional no está subordinado a ningún otro orden jurídico ni está al mismo nivel que ninguno y, máxime, si tal situación es reconocida por los órdenes jurídicos nacionales. Esto no hace sino reafirmar la teoría monista de la supremacía del Derecho Internacional sobre el Nacional a la que nosotros nos adscribimos.

Véase: HART, H.L.A. *Teoría de Kelsen sobre la Unidad del Derecho*. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie. Año VII. Núm. 21. Septiembre-diciembre de 1974. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Pp. 105-140.

positiva de Derecho Internacional da origen al arbitraje privado internacional, puesto que el Derecho internacional es anterior a los Estados.

En este caso, en el que también nos encontramos frente a un Derecho descentralizado donde no existe una Constitución de Derecho positivo universal que funde la validez jurídica de las normas de Derecho internacional, la norma de Derecho positivo que funda en última instancia la validez jurídica del arbitraje privado internacional sólo puede encontrarse en la costumbre internacional como veremos a continuación<sup>13</sup>.

De ahí que, al igual que el Derecho internacional, el arbitraje privado internacional en tanto administración de justicia privada surgida de un contrato, obtiene, en última instancia, su validez jurídica de la costumbre internacional en tanto norma de Derecho positivo. En especial de la costumbre expresada en la norma *pacta sunt servanda* (los pactos, los acuerdos, los tratados, los contratos deben cumplirse)<sup>14</sup>.

Esta norma de la costumbre internacional funda el Derecho internacional público y privado constituido fundamentalmente por los tratados que crean a través de instituciones internacionales y tribunales internacionales las normas positivas del Derecho internacional. Es porque los tratados deben cumplirse, es decir, porque así lo establece una norma consuetudinaria, que el Derecho internacional tiene validez jurídica<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> “El derecho consuetudinario es creado por la costumbre, es decir por un comportamiento usual o habitual, por una práctica establecida desde mucho tiempo. En derecho internacional es una práctica seguida por mucho tiempo por los Estados, pero la frecuencia del comportamiento, el hecho mismo de que tal acción o tal abstención se repita durante un cierto período no constituye más que uno de los elementos que da a la costumbre el carácter de un hecho creador de derecho. El segundo elemento es que los individuos cuya conducta constituye la costumbre deben tener la convicción que actuando o absteniéndose de una manera determinada ejecutan una obligación o ejercen un derecho [...] La costumbre [...] crea normas jurídicas de forma inconsciente y no intencional. Cuando los individuos establecen una costumbre, no saben necesariamente que están creando normas jurídicas y tampoco tienen necesariamente la intención de crearlas [...] La costumbre es una manera descentralizada de crear normas jurídicas.” IDEM. Pp. 123-124. La traducción del francés original es nuestra.

<sup>14</sup> “El derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados [...], para regular las relaciones interestatales, y ello, por vía de la costumbre. Son éstas las normas de derecho internacional general, que obliga y faculta a todos los Estados. Entre ellas, tiene especial significación la norma que corrientemente se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*. La misma faculta a los sujetos de la comunidad internacional a regular su comportamiento recíproco, es decir, a regular mediante tratados el comportamiento de sus órganos y de sus súbditos con respecto de los órganos y súbditos de los otros Estados.”

<sup>15</sup> “Debe observarse que no debe considerarse al derecho internacional convencional particular [tratados] y el derecho internacional consuetudinario general como grupos normativos coordinados. Dado que el fundamento del primero se encuentra en una norma perteneciente al segundo [la norma

En ese sentido, si el arbitraje privado internacional tuviera un origen mediato en uno o varios tratados internacionales, su validez jurídica se funda en que los tratados deben cumplirse.

Pero aun en el supuesto de que no existiesen tratados internacionales sobre el arbitraje privado internacional, un tal arbitraje contratado libremente por las partes es jurídicamente válido en razón de la costumbre internacional expresada en la norma positiva *pacta sunt servanda*, que es la que manda que los contratos deben cumplirse.

El porqué el *pacta sunt servanda* es una norma que obliga jurídicamente es algo que la ciencia del Derecho no puede responder. En tanto ciencia, se conforma con constatar que su validez jurídica no se obtiene de ninguna norma positiva superior, pues esta no existe. Simplemente afirma que en tanto constituye una práctica habitual de los individuos pactar suponiendo que los pactos deben cumplirse, se supone a su vez la obligatoriedad de esa norma. Esa suposición es una hipótesis de trabajo de la ciencia del Derecho. Una hipótesis que funda el Derecho.

En ese sentido, en esencia, el arbitraje privado internacional a la par que el derecho internacional obtiene su validez jurídica directamente de esa hipótesis fundamental en la medida de que si antes que los tratados, su primera fuente es el pacto entre dos partes, ese pacto es válido por esa suposición hipotética. Sólo después lo será por los tratados internacionales que también son válidos por la misma hipótesis de la ciencia<sup>16</sup>.

Esto significa que, si bien el arbitraje internacional tiene como presupuesto la existencia de una multiplicidad de ordenes jurídicos coordinados como un todo en el marco del Derecho internacional, su existencia en tanto administración de justicia privada es independiente de esa multiplicidad de ordenes jurídicos que aportan a este arbitraje el carácter de internacional y la garantía coercitiva para

---

*pacta sunt servanda*], ambos derechos se encuentran en la relación de una grada superior a una grada inferior. Y si se toman en cuenta también las normas jurídicas producidas por los tribunales internacionales y por otros órganos internacionales creados por tratado, aparece en la estructura del derecho internacional también una tercera grada. Puesto que la función de tales órganos productores de derecho internacional reposa a su vez en un tratado internacional, es decir, en una norma que pertenece a la segunda grada del derecho internacional.” KELSEN Hans. *Teoría Pura del Derecho*. P. 326.

<sup>16</sup> “Como [...] --el derecho internacional producido por vía de tratados internacionales—reposa en una norma del derecho internacional consuetudinario general, la grada relativamente superior, tiene que valer como norma fundante básica presupuesta del derecho internacional, una norma que, como ya se expuso anteriormente, establezca la costumbre constituida por el comportamiento recíproco de los Estados como hecho productor de derecho.” IDEM. Pp. 326-327.

que, aquello que deba cumplirse y sus consecuencias, se cumpla y se ejecute. Pues, si esa multiplicidad se disolviera en una hipotética unidad jurídica mundial, el arbitraje privado, como ya lo hemos dicho, no tendría por qué dejar de existir ni tener validez; como existe y tiene validez el arbitraje doméstico en los órdenes jurídicos estatales.

Tal hecho hace del arbitraje privado, tanto nacional como internacional, una institución fundamental del Derecho. En la afirmación de que no hay Derecho si no existe administración de justicia está la clave para entender la importancia del arbitraje privado en el Derecho. En tanto se supone fuente primera de administración de justicia teóricamente anterior a cualquier jurisdicción políticamente organizada, el arbitraje privado se constituye en una institución consustancial al Derecho, pues lo funda positivamente.

De ahí que siendo como es la célula madre del Derecho, tenga plena validez y vigencia tanto en ordenes jurídicos centralizados como el Estado, como en un orden jurídico descentralizado como es el Derecho internacional. En ese sentido no es pues absolutamente correcta la visión del arbitraje internacional como una administración de justicia primitiva, en el sentido de atrasada, tal cual lo afirmaba Kelsen cuando sostenía que “en la sociedad primitiva las cortes eran apenas más que tribunales de arbitraje”, y que “toda la evolución del derecho, desde sus primitivos orígenes hasta su tipo actual ha sido desde un punto de vista técnico un continuo proceso de centralización”, y por lo tanto “la evolución natural del derecho –internacional-- tiende primero hacia la magistratura internacional<sup>17</sup>.”

Si bien es cierto que, efectivamente, se ha considerado hasta el siglo XX que la regla de la evolución jurídica es la centralización y por lo tanto esa misma regla es aplicable al Derecho internacional, no es menos cierto que en ese proceso, paradójicamente, el arbitraje privado internacional, en tanto administración de justicia descentralizada, se ha convertido, precisamente en tiempos de la globalización de la justicia, en el instrumento preferido de los súbditos de los Estados para arreglar entre ellos sus controversias privadas, sobre todo en el ámbito económico y comercial, ámbitos que, huelga decirlo, son la columna vertebral del proceso globalizador.

En ese sentido, es visible que el arbitraje privado internacional encarna hoy más que nunca la tendencia del progreso signado por la globalización en materia de administración de justicia, y no así una pretendida magistratura internacional. Y por eso podemos afirmar que esta administración de justicia descentralizada podría estar convirtiéndose, ya no en una excepción a la regla de la evolución del

---

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Una liga permanente para el mantenimiento de la paz*. En: *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Pp. 277 y 278.

Derecho cuya pauta ha sido hasta hoy la centralización<sup>18</sup>, sino más bien en la nueva regla del progreso en el Derecho. En otras palabras, en materia de administración de justicia internacional, la privada no es hoy la primitiva y obsoleta, sino la moderna y progresista de la era de la globalización por excelencia.

Una pregunta que la ciencia del Derecho no puede soslayar es la de la obligatoriedad jurídica del arbitraje privado internacional. Y no puede hacerlo porque de la respuesta depende su inclusión como fenómeno del Derecho o no. En efecto, en el Derecho cualquier institución positiva debe, cumplida la hipótesis que la activa, ser obligatoria. Y esa obligatoriedad se traduce, o mejor dicho, es avalada por la coerción de un orden jurídico determinado. Si esto no sucediera así, tal institución no sería una de Derecho positivo.

Que los pactos deban cumplirse no significa necesariamente que estos se cumplan. Es precisamente cuando no se cumplen que se pone a prueba la juridicidad de la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*. Pues en el caso del arbitraje privado internacional, nacido de un contrato entre las partes, si aquél fuese una jurisdicción que no obliga coercitivamente llegado el caso de incumplimiento, a quienes están sometidos a ella, no es jurisdicción y por tanto ahí no hay Derecho alguno.

¿Cuáles son pues los órganos designados por el Derecho internacional para hacer cumplir coercitivamente la obligación de quienes se han sometido contractualmente a un arbitraje privado internacional? Al igual que en los arbitrajes privados nacionales, en la presente etapa de la evolución histórica del Derecho y ante la ausencia de una magistratura internacional, tal órgano corresponde a la judicatura de los Estados o de las comunidades de Estados legalmente establecidas, y las eventuales sanciones por el incumplimiento de lo pactado o para ejecutar lo acordado, al poder de imperio de los mismos.

Esto significa, de acuerdo con la ciencia del Derecho, que son las partes las autorizadas por el Derecho internacional para establecer y precisar el órgano coercitivo competente que garantice el pacto por el cual se establece el arbitraje privado internacional como medio de solución de controversias al igual que todas sus consecuencias arbitrales.

---

<sup>18</sup> Sin embargo, en lo que concierne a la ley aplicable en el arbitraje privado internacional, como veremos más adelante, la tendencia corresponde a la regla de la centralización a través de tratados que cada vez unifican más las normas descentralizadas sustantivas y de ejecución de laudos, sobre todo en materia comercial y económica.

Sin embargo, la eventual falta de establecimiento y precisión contractual de una jurisdicción estatal o comunidad de Estados, que en última instancia cumpla la función coercitiva para el arbitraje privado internacional, no es óbice para que éste no esté amparado por la fuerza. En estos casos es el mismo Derecho internacional el que autoriza a los jueces de las jurisdicciones estatales o comunidad de Estados a través de las leyes de arbitraje, o a los árbitros internacionales, a través de tratados, convenciones internacionales y normas de Derecho consuetudinario sistematizadas o no, a tomar competencia para hacer cumplir los pactos y las decisiones arbitrales (jueces); o a designar el órgano competente para hacer cumplir lo antedicho (árbitros).

El último aspecto que debe esclarecer la ciencia del Derecho sobre el arbitraje privado internacional es el del Derecho aplicable, es decir, cuál es el orden jurídico o los órdenes jurídicos que regirán los aspectos procesales y sustantivos de la controversia a ser resuelta por los árbitros internacionales. En la evidente afirmación de que el arbitraje internacional está regulado por el Derecho internacional, esto es, por el orden jurídico internacional que es su marco --y en realidad el marco de todo el Derecho siguiendo a Kelsen y la teoría monista de la primacía del derecho internacional--, se encuentran dos hipótesis menos evidentes, ambas igualmente válidas. La primera es que el orden jurídico internacional contiene determinadas normas consuetudinarias que, sistematizadas o no, pueden ser directamente aplicadas procesal y sustantivamente a los arbitrajes privados internacionales, en especial a aquellos que versan sobre materias de tráfico comercial o económico. Tal es el caso de la así conocida *lex mercatoria*, que es “[...] un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de lo que genéricamente se califica de ‘usos y costumbres del comercio internacional’ . Esta *lex mercatoria* es la “ [...] evidencia de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales<sup>19</sup>.”

La segunda hipótesis que implica que el arbitraje privado internacional esté regulado por el Derecho internacional, es que éste es el que autoriza a las partes que lo pactan la determinación de un orden jurídico nacional, estadual o comunitario aplicable para resolver en forma y fondo la controversia. Una constatación pertinente es que, en materia comercial y económica, los ordenamientos jurídicos nacionales, estaduais o comunitarios, recogen,

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Un nuevo mundo jurídico: *la Lex Mercatoria en América Latina*. En: Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional. Jorge Alberto Silva coordinador. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006. Pp. 65 y 62.

sistematizando en sus códigos de comercio, en sus leyes generales de arbitraje y en tratados internacionales suscritos, muchos de los aspectos de la *lex mercatoria* y, por lo tanto, en estos casos, no es otra que ésta, recogida por los Estados o comunidad de Estados, la normativa aplicable<sup>20</sup>.

Con esto damos por concluida la aproximación preliminar, desde la ciencia del Derecho, al arbitraje privado internacional, habiendo establecido en el marco de un Derecho Internacional positivo, el origen de su validez jurídica; la obligatoriedad jurisdiccional para quienes lo pactan así como la obligatoriedad de todas sus consecuencias; y, finalmente, el Derecho aplicable. Todo lo cual constituye al arbitraje privado internacional en un fenómeno netamente positivo.

---

<sup>20</sup> “[...] puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina en incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha y que la era de las reticencias surgidas de una incomprendida noción de soberanía está avanzando, no sin dificultades, a favor de una aproximación más pragmática acerca del papel que juegan los países en el comercio internacional. /Esta última cuestión nos conduce a los recientes arbitrajes que involucran a Estados latinoamericanos con inversores extranjeros. La Convención de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados hecha en Washington el 18 de marzo de 1965, y la entidad creada bajo su amparo: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), ha resultado crucial en el campo de controversias sobre inversiones extranjeras (P. 69) [...] / la selección del arbitraje como mecanismo de solución de controversias de contenido económico que conciernen a uno o más Estados latinoamericanos también se ha evidenciado en otros acuerdos y convenciones de ámbito regional y sub regional como es el caso del TLCAN, del MERCOSUR y del Pacto Andino (P. 70) [...] Entre los ejemplos que pueden citarse de prevalencia de los tratados internacionales en el derecho de los negocios latinoamericanos resulta obligada la referencia a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, de 1958, que ha sido suscrita por 26 países del hemisferio, y lo propio cabe decir de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975, que registra 17 Estados parte (P 80). La aparente aceptación de los países de la región [latinoamericana] del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral” (P. 85). IDEM.