

interés propio. Abordando la cuestión desde la perspectiva de Erasmo y de los grandes pensadores del Renacimiento, el arbitraje puede verse como el fruto del *libero arbitrio* de cada ser humano. El *libero arbitrio* es un concepto que remonta a San Agustín y los orígenes de la filosofía cristiana, y es la capacidad que se le atribuye a cada individuo para distinguir lo bueno y lo malo, y por tanto de ser responsable de sus decisiones. Tanto en el humanismo cristiano como en el moralismo de Kant, cada hombre es un sujeto autónomo, capaz de ejercer libremente su voluntad. Está investido de derechos y es responsable de sus acciones. Al final del día, la autonomía de las partes es una consecuencia de la capacidad de individuos que tienen derechos inalienables a decidir libremente su destino mediante el ejercicio de su voluntad. Esto se aplica al arbitraje como a cualquier otra manifestación de la libertad humana.

¿Por qué entonces este hombre, capaz de ejercer el *libero arbitrio*, necesita reglas en el ejercicio de su libertad? Esa es, por supuesto, una gran pregunta filosófica desde el pensamiento legal de la Edad Media hasta la ciencia económica moderna. En los orígenes de la teoría económica liberal está la admisión de que, contrario a la visión de Kant, cada actor económico persigue sus propios intereses individuales de forma egoísta, pero que la suma de todos estos objetivos egoístas individuales conduce a un equilibrio natural que permite que los mercados funcionen armoniosamente. Esta es la idea de Adam Smith de la mano invisible del mercado, que, como es sabido, se ha desarrollado en el pensamiento liberal de las escuelas de economía de Austria y Chicago. Efectivamente podría concebirse que ciertas actividades humanas pudieran prescindir por completo de cualquier forma de regulación o legislación, más allá, por supuesto, de un número limitado de principios de la ley natural como la buena fe y el *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, tan pronto como el interés público pueda ser afectado, la situación cambia. Tómese el ejemplo del sector

bancario. El sector bancario ha experimentado, en las décadas del 80 y 90, un enorme proceso de desregulación, el cual posiblemente fue una de las causas de la crisis financiera de 2008. Pero nadie ha sugerido nunca que el sector podría o debería estar completamente desregulado. De hecho, no podría concebirse un «banco desregulado». Los bancos son instituciones a las que el gobierno le ha otorgado el poder de crear dinero. Obviamente, ningún gobierno otorgaría a alguna persona –y menos aún a una empresa con fines de lucro– el poder de crear la cantidad de dinero que desee sin ninguna regla o control. Y si algo tan insensato sucediera, el resultado inmediato sería el colapso de todo el sistema financiero.

Lo mismo se aplica al arbitraje. Exactamente como el sistema financiero, el sistema de arbitraje se basa en la confianza del público. Mientras que los bancos han privatizado la creación monetaria, el arbitraje es la privatización de otra función soberana importante: la administración de justicia. Y exactamente como el sistema bancario, el cual debe ser percibido como sólido y confiable en sus funciones de recaudar ahorros y prestar dinero a los actores económicos, para que el arbitraje sobreviva, los actores interesados –el público y los Estados– deben verlo como un sistema justo, confiable y predecible. Si la confianza desaparece, lo que sucede con los bancos es una corrida de depósitos y, en última instancia, un colapso. Del mismo modo, si la confianza en el arbitraje desaparece, las partes recurrirán a otras formas de resolver sus disputas, los Estados reforzarán sus controles hasta desnaturalizarlo, y al final el arbitraje desaparecerá.

Esto fue perfectamente entendido ya en 1873 por Walter Bagehot. Walter Bagehot fue uno de los primeros directores de *The Economist* y autor de un estudio sobre los Mercados Financieros de Londres llamado *Lombard Street*. Escribió lo siguiente en *Lombard Street*: «*la peculiar esencia de nuestro sistema financiero es una confianza sin precedentes entre el hombre y el hombre: y cuando esa confianza se debilita por causas ocultas,*

*un pequeño accidente puede hierla gravemente, y un gran accidente casi puede destruirlo»*<sup>3</sup>. Estas palabras podrían aplicarse al arbitraje. Esa misma confianza en el arbitraje que se estableció con décadas de esfuerzos, y sobre la cual todos construimos nuestras vidas profesionales y nuestras carreras, podría desaparecer en pocos años como consecuencias de unas limitadas malas actuaciones. Todos nosotros hemos sido testigos de una extraordinaria reacción global contra el arbitraje entre inversionistas y Estados, que es una advertencia que va mucho más allá del arbitraje de inversión. Hemos visto en esta ocasión cómo discursos políticos, a veces irracionales, pueden prevalecer sobre cuidadosamente enmarcados y razonables argumentos técnicos. Pero hay más que eso en ello, para nuestra educación colectiva: lo que hemos visto en esa ocasión es lo desconectados que estamos, cuán prisioneros somos de nuestra propia arrogancia y de nuestras certezas, y lo incapaces que somos de comunicar de manera clara e inteligible sobre nuestra práctica profesional.

¿Puede ocurrir la misma reacción en contra el arbitraje comercial internacional? Creo que si no tomamos medidas adecuadas para que el arbitraje conserve la confianza del público y de los Estados como un medio justo, legítimo y eficiente para resolver disputas internacionales, podría haber una reacción anti-arbitral parecida, aunque con formas diferentes, a la que ocurrió en contra del arbitraje de inversión. El arbitraje comercial tuvo su recuento de malas historias en los últimos años. El caso Tapie en Francia es una, y ha habido otras. Estas malas historias a veces surgen de la avaricia y la complacencia de algunos. Con más frecuencia, surgen de la ignorancia y el desprecio de nuestras reglas éticas fundamentales, que son nuestro bien común. El peligro para el arbitraje es que se amplíe una brecha, que se cree una desconexión entre las expectativas del

---

<sup>3</sup> Walter Bagehot, «*Lombard Street: A Description of the Money Market*» (1873).