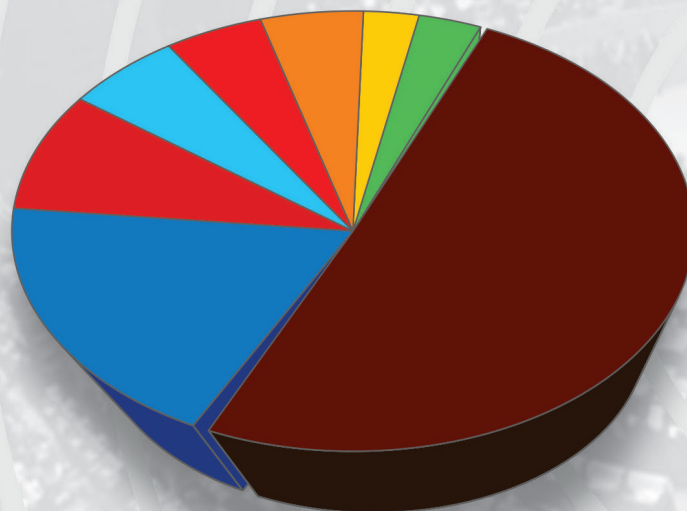


Cámara de Diputados LXIV Legislatura



QUID IURIS



	●	255
	●	78
	●	47
	●	31
	●	28
	●	28
	●	20
	●	11
	●	2

Artículos



El laudo arbitral y la estructura básica discursiva de su justificación

Ramsés Samael Montoya Camarena



Resumen: El presente texto tiene por objeto describir el proceso arbitral de comercio internacional, con especial énfasis en que este tipo de justicia administrada entre particulares también exige una decisión puntual sobre las pretensiones de las partes denominada laudo y, por lo tanto, esta decisión requiere necesariamente de una justificación racional que solo puede obtenerse si los árbitros manejan con precisión la teoría moderna de argumentación jurídica.

Palabras clave: arbitraje, justicia, laudo, argumentación jurídica.

Abstract: The purpose of this text is to describe the arbitration process of international trade, with special emphasis on the fact that this type of justice administered between individuals also requires a specific decision on the claims of the parties called the award and, therefore, this decision necessarily requires a rational justification that can only be obtained if the arbitrators handle with precision the modern theory of legal argumentation

Keywords: arbitration, justice, award, legal argumentation

Sumario: I. Introducción. II. El proceso arbitral en su dimensión de justicia. III. La teoría de la argumentación jurídica. IV. El laudo arbitral y su motivación. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. Introducción

En la actualidad el fenómeno de constitucionalización ha generado un efecto de irradiación, en el cual los derechos hu-

manos se proyectan de forma expansiva como un elemento de respeto para lograr la legitimación de los poderes públicos. Al mismo tiempo, la agenda de derechos se ha colocado de frente a los poderes de los particulares, en la medida en que representan una frontera o límite a la actuación de los que Ferrajoli denomina poderes salvajes (Ferrajoli 2011).

En efecto, la constante del modelo neoliberal conservador ha sido la concentración del poder político y económico, donde la relación del dinero y su verticalidad de enriquecimiento exigen de límites anclados en la protección de los derechos de libertad e igualdad.

En palabras de Ferrajoli:

"[...] es un dato de 'experiencia eterna' que los poderes, libres de límites y controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas: a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes. De ahí la necesidad no solo de defender, sino también de repensar y refundar el sistema de garantías constitucionales [...]" (Ferrajoli 2011, 112).

Por lo tanto, ya no es novedoso que en los Estados constitucionales contemporáneos, los derechos humanos hayan alcanzado al comercio internacional, en tanto que, como lo explica Niedrist, pocas áreas del derecho internacional público han cambiado tan rápido y tan significativamente durante la segunda mitad del siglo XX como el comercio internacional y la



protección internacional de los derechos humanos.

Además, rescata el hecho de que hace aproximadamente diez o quince años los países mayormente industrializados (Europa y Estados Unidos) contaban con el protagonismo en el sistema de comercio internacional, así como la promoción misma de los derechos humanos a escala mundial; sin embargo, en la actualidad existen distintos Estados con gran auge económico, lo cual ha quebrantado este sistema de coincidencia y, con ello se ha replanteado la posición de los derechos en esta materia.¹ (Ferrajoli 2011, 112).

Por otra parte, existe un consenso actual acerca de que una característica indispensable para calificar a un Estado como democrático y constitucional, es que cuente con un sistema de justicia robusto, independiente e imparcial que busque pacificar las controversias entre las personas mediante un aceptable esquema argumentativo de racionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que los Estados parte tienen la obligación general de asegurar el ejercicio de los derechos humanos por medio del acceso a la justicia. Asimismo, ha establecido que para cumplir con dicho derecho previsto en el artículo 25 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida (Corte IDH, 1988, y Corte IDH, 2006).

En similar sentido, ha explicado que el acceso a un recurso efectivo *constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención* (Corte IDH, 2002).

Para la sociedad puede sonar muy común la frase transcrita, al grado de que ante su constante repetición dentro del argot jurídico, con regularidad se le resta la importancia que realmente amerita. Sin observar que el derecho de acceso a la justicia es uno de los eslabones más importantes en la vigilancia de la actuación del poder y, en esa medida, persigue como prioridad establecerse como una balanza de pesos y contrapesos dentro de un Estado.

En último punto, es necesario identificar que el sistema de administración de justicia no se agota únicamente en los tradicionales organismos estatales del poder público; sino que las cosas han cambiado. Al respecto, Michele Taruffo indica que el *multiculturalismo procesal* subraya la existencia de culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos; de forma que existen procesos que se distinguen por di-

¹ Niedrist también señala que en la actualidad el éxito chino en el comercio internacional ha acentuado la importancia en graves violaciones de derechos humanos, por ejemplo, la libertad de expresión fuertemente restringida, la supresión del derecho a reunirse, entre otras cuestiones.



versos niveles de gradación de cercanía con la función pública (Taruffo 2006, 5).

De estas tres de ideas, se tiene que los derechos fundamentales tienen una especial posición en las controversias; asimismo, se observa que el control de estos actos, ameritan una respuesta *justificada*, como pilar esencial del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, entre cuyos procesos, hoy en día se encuentran aquellos distintos al modelo tradicional en que solo esta protección se agotaba en la justicia administrada por los tribunales estatales.

En este sentido, si los tribunales arbitrales también constituyen un mecanismo alternativo de solución de controversias, reconocido por los propios ordenamientos jurídicos, como sucede en México a través del Código de Comercio; por consiguiente, la obligación de estos tribunales, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales dentro del comercio internacional, exige de ellos que sus resoluciones estén *bien justificadas*, para que realmente ese mecanismo se constituya como un recurso efectivo y adecuado para remediar el problema que se pone en su conocimiento; lo cual solo puede lograrse si los árbitros manejan con cierta familiaridad la moderna teoría de la argumentación jurídica.

De ahí precisamente la necesidad de orientar este texto en ese rumbo, como una forma de generar un espacio de reflexión muy preliminar y de contenidos

mínimos, para defender que los tribunales arbitrales, aun cuando se sientan ajenos a estas realidades; deben asumir que sus decisiones requieren de un aceptable esquema argumentativo de racionalidad, que los legitime frente a las partes y, a la sociedad en general.

II. El proceso arbitral en su dimensión de justicia

En este multiculturalismo procesal, del que habla Taruffo, existen distintos niveles. El primero distingue una diferencia entre sistemas, en donde se encuentra la tradicional distinción entre *common law* y *civil law*, destacando especialmente en esta última concepción, al Estado como centro de la administración de justicia.

El segundo nivel incorpora a los sistemas procesales correspondientes a ordenamientos nacionales, compuestos a veces por *parientes* diversos, empeñados, muchas veces, en desarrollar sus diferencias más que sus analogías. Finalmente, el último nivel implica que un ordenamiento nacional puede estar internamente dividido en algunos o en muchos sub-ordenamientos procesales, o en diversos mecanismos de administración de justicia; entre los cuales, se puede encontrar precisamente al arbitraje, que es producto de una serie de factores, no sólo históricos, sino también sociológicos, económicos o de otra índole (Taruffo 2006, 6-9).

Así, el arbitraje, como se sabe, es un proceso con gran paralelismo al poder público, pero con el cual se busca desmo-



nopolizar el ejercicio de la función jurisdiccional (Silva 2001, 49). Además, es un procedimiento que tiene su respaldo conceptual en el modelo del neoliberalismo, en tanto que constituye una de las formas normativas bajo la cual se pueden solucionar los conflictos producidos dentro del mercado abierto.

En el rastreo conceptual, hay quienes lo identifican como un medio extrajudicial para resolver conflictos comerciales mediante la intervención de uno o más árbitros, cuyo sometimiento al proceso deriva del acuerdo que bajo su autonomía, las partes han concretado en un acuerdo arbitral. En el proceso, el árbitro es un tercero imparcial que decide sobre las diferencias o problemas que existen entre las partes.

Por su parte, el concepto normativo previsto en el artículo 1416, fracción II del Código de Comercio entiende por arbitraje *cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo*. En esta definición, existe coincidencia con la anterior, en el sentido de que este tipo de proceso es en materia comercial y, depende de un acuerdo arbitral; esto es, el consenso de las partes pactado para someter su controversia, derivada de un relación jurídica, contractual o no contractual.

Así puede apreciarse del artículo 1416, fracción II de la citada legislación mer-

cantil, en el cual claramente se dispone lo siguiente:

"[...] I. Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente [...]"

Las teorías que respaldan al arbitraje son tres: la contractualista, la jurisdiccional y la ecléctica. En la primera, se sostiene que la fuente normativa del arbitraje está en la voluntad de las partes. La segunda, pone énfasis en que el cumplimiento del laudo requiere de acudir a los tribunales estatales, de modo que les parece que existe cierta similitud entre el árbitro y la función del juez, en tanto que ambos resuelven conflictos. En la tercera, en atención a la Ley Modelo de UNCITRAL, entiende que tanto es importante la voluntad de las partes, como también el apoyo del poder público, para el reconocimiento y cumplimiento de los laudos arbitrales.

De igual forma, es importante recordar que existen distintos tipos de arbitraje. El comercial e internacional cuyo tema está en la determinación del país o países participantes como sede y, también del derecho sustantivo o de fondo, con el cual se resolverá la controversia. La Ley Modelo de UNCITRAL identifica al arbitraje



internacional, si los establecimientos de las partes están en Estados diferentes; si uno de los lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos; si el objeto del acuerdo está relacionado con más de un Estado, etcétera.

En otra parte, se encuentra el arbitraje privado o público, según el carácter de los sujetos litigantes que participen. Esto es, puede existir un arbitraje entre organismos propios de un Estado o Estados; o bien, entre los particulares. Sin que ello obstaculice la opción también de que el arbitraje sea mixto, entre algún organismo del poder público y un determinado particular.

Asimismo, existe el arbitraje *ad hoc* o institucional. El segundo se caracteriza porque tras la elección de las partes, se someterán a un procedimiento ya establecido, según las disposiciones de la respectiva institución administradora del conflicto. A diferencia del primero, dentro del cual, no existen reglas preestablecidas, de modo que el arbitraje se desarrolla mediante un procedimiento especial para cada caso concreto, una de las ventajas que se le atribuyen es que las propias partes pueden determinar acuerdos para solucionar su controversia.

Con estas ideas, se puede registrar que el arbitraje no solo guarda cierto paralelismo procesal con la óptica del proceso público, en tanto que su dimensión institucional de pacificación de controversias

busca dirimir conflictos con celeridad, con el ánimo de no obstaculizar las relaciones comerciales entre los agentes económicos y otros; al mismo tiempo que su característica fundamental es que los árbitros se guíen por una *regla formal de justicia*, en el sentido de trato igual para los que intervienen y, en esa medida, diríamos, deben explicar con razones por qué han tomado la decisión final.

Es importante, lo relativo a que en el arbitraje tienen cierta prevalencia las relaciones comerciales, dado que para el empresario su interés no es el litigio, sino evitarlo y, cuando no sea factible que existan los mecanismos más sencillos a la mano, para superarlo, de modo que incluso en aquellos asuntos de gran complejidad, se busque la mejor solución, para evitar un consumo de tiempos y costos que pueden resultar inconmensurables al momento.

Por esta razón, Calvo Caravaca y Gándara sostienen de forma coincidente que ha existido un incremento y visibilidad de mayor importancia dentro de los procesos de arbitraje, el cual es resultado paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países (Calvo y Gándara 1989, 38).

Sin embargo, de vuelta al punto sobre la *regla formal de justicia*; si los árbitros o el tribunal arbitral brindan un trato igual a los que intervienen y, en esa medida, justifican sus decisiones; entonces, de ello se sigue que la actuación de los árbitros



tiene particular punto de interés que entra en contacto con lo que sucede en la función judicial.

En este sentido, para Jorge Rojas, este tipo de paralelismo le une bastante a la línea del ejercicio jurisdiccional. En efecto, para el profesor argentino, el arbitraje no se agota solo en la celeridad del conflicto, dada la vulnerabilidad en que quedan las relaciones comerciales en tensión entre las partes, así como las demandas económicas que no esperan a la resolución del conflicto; sino que también, él expone, su función es materialmente similar a la de un juez de Estado.

Rojas expone que cuando el arbitraje es voluntario, son los propios contratantes quienes deciden sustraerse expresamente de la jurisdicción de los tribunales oficiales del Estado, para sujetar su conflicto a la decisión de jueces privados, como se les suele denominar a los árbitros, para generar la denominada jurisdicción arbitral.

Desde entonces, añade Rojas, queda conformada una tarea a cargo de un tribunal (sea unipersonal o colegiado), que deberá llevar a cabo un determinado cometido, muy específico por cierto, que no es otro que dirimir el conflicto que las partes sometieron a su decisión, a través de un laudo, por medio del cual, deberán hacer actuar la voluntad de la ley, o en algunos supuestos, morigerando esa voluntad en forma equitativa.

Esta última opción, aclara, no quiere decir que los árbitros lo hagan *contra*

legem, sino conforme a equidad, o como suele denominárselo también, *según su leal saber y entender, o a verdad sabida y buena fe guardada*; de modo tal que la actuación del tribunal arbitral no está fijamente sujeta solo a la ley; sino que tiene, dice Rojas, mayor margen de maniobrabilidad a través de su sana discreción; lo cual, podríamos decir, no es otra cosa más que el grado de fiabilidad que se le concede el árbitro para *interpretar el Derecho y resolver con argumentos que justifiquen su decisión*; es decir, el margen de maniobra, no es otro más que el margen de discrecionalidad decisoria, de la misma que goza un juzgador del Estado.

Por ello, Rojas considera que de restringir la mirada únicamente a la faceta convencional de esa relación jurídica que da origen al arbitraje sería como negar la función cumplida por los árbitros, consistente no solo en encauzar el proceso de arbitraje, sino también de resolver, en tanto que con ello se le privaría de su libertad de actuación en contra de los principios de imparcialidad e independencia que requieren para desempeñar la tarea que se les encomienda.

En este conjunto de argumentos, agrega que esta visión del arbitraje permite advertir el origen contractual del instituto, pero también la función de carácter jurisdiccional que los árbitros están llamados a cumplir, toda vez que constituye un método previsto en la ley para propender no solo el afianzamiento de la justicia,



sino además el mantenimiento de la paz social.

Es pertinente además exponer que, como lo precisa Rojas, existen varias similitudes al igual que diferencias insalvables, para hacer un símil completo entre la figura del juez de Estado y la del árbitro; sin embargo, su margen decisorio es una muestra convincente de que despliegan actos muy parecidos a los que corresponden a la tarea jurisdiccional, en tanto que son una manifestación concreta de la obligación que tienen de dirimir los conflictos.

Para lo cual, añade que la voz *jurisdicción* trasladada al arbitraje, representa un sistema de resolución de conflictos, constituido por un proceso que tiene un carácter paralelo al jurisdiccional, no solo porque se persigue la observancia de aquellas pautas mínimas e indispensables para el desarrollo del *due process of law*, sino también porque el sentido de la voz jurisdicción (del latín *iuris-dictio* o *ius-dicere*), no tiene otro alcance más que *decir el derecho*, lo que significa, la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual que pueda resolver un determinado conflicto, que las partes, en ejercicio de su libertad soberana, han decidido a través del principio de la autonomía de la voluntad, someter a la decisión de un tribunal arbitral.

De igual manera, expone que el juez, al igual que el árbitro, adjudica una consecuencia de derecho; en ese sentido, si bien el *iudex* es un simple particular que

decide sobre la causa, teniendo en cuenta el tema tratado, no corresponde confundirlo con el *arbiter*, que no es el árbitro que interviene como consecuencia de un compromiso o una cláusula compromisoria, sino que su función es similar a la del juez, como particular llamado a decidir en la causa, lo que cambia es la amplitud de facultades que se le brindan a uno y otro, pues mientras el *iudicium* es estricto y riguroso, el *arbitrium* es moderado y suave, pues el conocimiento del *arbitrer* es más libre, conoce con mayor espontaneidad y también con mayor amplitud dicta su sentencia.

Entre otras de las diferencias que destaca Rojas está la de que no pueden confundirse las funciones que desarrolla el Estado a través de cada uno de los poderes que lo integran, el administrativo, el legislativo y el judicial; aunque aclara que cada uno de ellos no tiene una atribución sobre una cuota del poder del Estado; mientras que en el arbitraje, el tribunal arbitral está al margen del poder público, no obstante que después su laudo se someta a la potestad jurisdiccional. (Rojas 2008. 441-459).

Todas estas ideas, parecen remar en dirección hacia la teoría jurisdiccional antes detallada, en tanto que se observa al arbitraje en última instancia como un proceso legal que resuelve en forma definitiva un conflicto y, por lo tanto, el tribunal arbitral está imbuido no solo en la dimensión formal de la solución de conflictos fuera



del aparato jurisdiccional; sino que en su dimensión material también, más allá de las ventajas y flexibilidades que ofrece su procedimiento (evitar rigidez y formalismos judiciales, disminuir los tiempos y costos de los procesos judiciales, restar estructura al anquilosado proceso judicial, etcétera); ofrece a los involucrados, la citada *regla formal de justicia*; en la medida en que las partes reciben un trato igual y, del mismo modo, el margen de discrecionalidad con que actúan los árbitros, desde lo ético, les exige justificar sus decisiones, bajo estructuras argumentativas adecuadas.

En adición, también se puede señalar que los árbitros comparten características fundamentales que se exigen en la judicatura; en particular, la independencia e imparcialidad, dado que a ellos también se les requiere que, por ejemplo, expongan la relación que pudiese existir con las partes; o bien, no actuar como abogados de las partes y, menos estar en contacto con ellas, salvo de frente al tribunal arbitral. La sanción que pesa detrás de cualquiera de estas acciones más allá de la recusación, consiste en la reputación y en la legitimación de la credibilidad de los árbitros; elemento que precisamente hace visible las variadas similitudes que existen en ambas esferas de decisión (la pública y la privada).

Entonces, sin decantarnos estrictamente por la teoría jurisdiccional, en tanto que evidentemente en el arbitraje el punto de

importancia está en el elemento contractual manifestado por las partes mediante la autonomía de la voluntad.

Lo que sí se puede rescatar de lo anterior es que, en *mi opinión*, el tribunal arbitral (constituído por uno o más árbitros) desempeña una función muy similar a la jurisdiccional, en tanto que se constituye como un tercero imparcial que, *bajo un margen discrecional de interpretación y decisión*, deberá ofrecer argumentos formal, material y pragmáticamente correctos, en aras de justificar por qué ha decidido en los términos que lo ha hecho; tal como el paradigma de la racionalidad occidental contemporánea, se lo exige a los jueces; o bien, a cualquier otra autoridad de Estado que tome decisiones sobre alguno de nuestros derechos dentro de una controversia.

III. La teoría de la argumentación jurídica

Por lo anterior, resulta indispensable que todos los involucrados en el proceso arbitral, en especial los árbitros, tengan cada vez mayores aproximaciones con la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, en tanto que constituye uno de los elementos necesarios con los cuales deben trabajar en la justificación racional de sus decisiones.

El tema es pertinente por dos razones concretas. La primera es que existe poca bibliografía que profundice sobre la necesidad de que los tribunales arbitrales tengan contacto con la argumentación ju-



rídica; quizás la razón fundamental es que como su actuación es distinta a la de los jueces de Estado, entonces, sus criterios de corrección operan de forma diferente; sin embargo, aquí se ha sostenido que ambas funciones comparten la principal misión de decidir sobre un conflicto y, por lo tanto, es necesario que se apoyen en estructuras argumentativas adecuadas.

La segunda razón es producto de la primera. Consiste en que los tribunales arbitrales, al menos, subordinados a la falta de bibliografía especializada, poco interés han puesto en este tema; en tanto que la posición acerca del tema está más en que los árbitros resuelven disputas, según las pretensiones de las partes; en lugar de dirigir la mirada hacia *cómo lo hacen*; esto es, *con qué estructuras discursivas justifican con buenos argumentos sus decisiones*. De modo que, la intención del ensayo es precisamente cerrar la brecha entre tribunales arbitrales y argumentación jurídica, para lo cual se plantean, a modo de síntesis, algunas cuestiones de importancia para la teoría de la argumentación que redundarían en una mayor legitimidad de los tribunales arbitrales y, por ende, a futuro, en una mayor confianza ciudadana sobre el proceso arbitral.

La teoría de la argumentación jurídica tiene una historia muy extensa que viene desde los clásicos: Aristóteles, Quintiliano y Cicerón; sin embargo, hoy el rumbo está marcado principalmente desde la teoría estándar de la argumentación jurídica,

cuyo horizonte actual apunta a la escuela alicantina. Manuel Atienza, principal impulsor de la escuela, ha identificado grosso modo dos grandes divisiones de la teoría de la argumentación jurídica, sin incluir a los clásicos.

De un lado están los precursores: Theodor Viehweg, Chäim Perelman y Stephen Toulmin; entre quienes se encuentran las principales ideas acerca del razonamiento tópico; de la lógica no formal, sino una lógica operativa e identificación de falacias; así como la influencia que tiene el auditorio, para efectos de la persuasión y convencimiento.

Por otra parte, se encuentran: Neil McCormick, Robert Alexy y el propio Atienza; en donde se anidan las tesis sobre los problemas normativos y fácticos de una teoría integradora; los principios de consistencia, coherencia y universalidad para la elaboración de decisiones; la unión de la teoría discursiva con la ética normativa y el Derecho; la fórmula del peso (la razonabilidad de las decisiones) y, las nociones más importantes, cuya coextensión importa a la argumentación correcta (Atienza 2013).

Sin que sea posible recuperar todas estas ideas; aquí se retoman algunas categorías conceptuales indispensables del modelo de Atienza. Para el filósofo español, la argumentación jurídica tiene lugar en distintos ámbitos (producción jurídica, aplicación jurídica y dogmática jurídica); para lo cual, señala:



"[...] Nadie duda de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Sin embargo, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una teoría de la argumentación jurídica [...]"(Atienza 2013, 1).

Es, como se ha dicho, de gran interés la argumentación jurídica para la función de los tribunales arbitrales, aunque poca atención se le haya tomado dentro del espacio de reflexión que a estos les compete. De entrada, debe entenderse que el proceso de decisión en un mundo racional se sitúa precisamente en los límites de la racionalidad. De forma que cualquier decisión impuesta fuera de estas fronteras, hoy se considera irracional, arbitraria o *injustificada*.

En el pasado, las decisiones prescindían de esa racionalidad porque provenían de la divinidad (ordalías); o bien, de autoridades incuestionables (realeza, latifundios, etcétera). El apoyo de esto último se encontraba en dos posiciones. De un lado, el *determinismo metodológico* que propugna porque las decisiones jurídicas no necesitan justificarse porque proceden de una autoridad legítima; o bien, del resultado de la simple aplicación mecánica de las normas legales y, cuestionar

su racionalidad, sería tanto como pensar que se estaba socavando la legitimidad de la autoridad, lo cual implicaría un contrasentido con su eventual cumplimiento y obediencia.

Por otro lado, el *decisionismo metodológico*, en el cual se sostiene que las decisiones jurídicas no pueden justificarse porque son puros actos de voluntad. Las dos tesis, desde la escuela alicantina, son insostenibles. La primera porque en el derecho moderno existe la obligación de motivar (*justificar*) las decisiones, lo cual no constituye solo hacerlas aceptables, sino también que el derecho pueda cumplir con su función de guía de la conducta humana; además, en realidad hoy es complicado sostener que toda decisión jurídica pasa por una simple deducción normativa, en tanto que muchas ocasiones, la interpretación es un problema que lo impide.

En contra de la segunda, la objeción es que los decisores no justifican sus decisiones, sino que las toman de forma irracional y, luego, las someten en apariencia a un proceso de racionalización; lo cual supone que hay decisiones *tentativamente formuladas*; de modo que la decisión es *mero impulso* del decisor.

La teoría de la argumentación pone un especial énfasis en el contexto de justificación. Su origen está anclado, sin duda, en la historia de la ciencia, en especial sobre la distinción que imponía al respecto la filosofía neopositivista entre el contexto



de descubrimiento y el contexto de justificación; aunque, cabe señalar, hoy en día para muchos ya no es tan visible una línea divisoria entre ambos contextos.

De una parte, en la ciencia, para el contexto de descubrimiento importa la producción de una hipótesis o de una teoría, el hallazgo y la formulación de una idea, la invención de un concepto, todo ello relacionado con circunstancias personales, psicológicas, sociológicas, políticas, económicas y tecnológicas que pudieran haber gravitado en la gestación del descubrimiento o influido en su aparición. En el otro punto, el contexto de justificación aborda cuestiones de validación: cómo saber si el descubrimiento realizado es auténtico o no; si la creencia es verdadera o falsa; si una teoría es justificable, si las evidencias la apoyan en verdad o si se ha incrementado el conocimiento.

Lagier explica que en la filosofía del Derecho el contexto de descubrimiento entraña no solo la formulación de una hipótesis al tanteo; sino también la decisión de aceptar finalmente esa hipótesis. Siendo así poco importante cómo se tomó la decisión, si luego esta se encuentra bien justificada. Quizás por ello se piensa que justificar es una fase de descubrir; como si se tratase de un proceso imbricando e inseparable para su análisis (González 2003, 46-47).

Con independencia de lo anterior, el contexto de justificación se entiende como el análisis de las razones que respaldan

una decisión. Para algunos, la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación es solamente de perspectiva porque algo puede contar con una razón explicativa sin por ello ser justificativa, pero puede ocurrir que una razón explicativa tenga también fuerza de justificación. En lo importante, el contexto de justificación, para la teoría estándar de la argumentación jurídica, no pretende estudiar cómo se toman o se deberían tomar las decisiones; *sino cómo se justifican o deberían justificarse las decisiones.*

En otras palabras, su objeto de estudio es *ofrecer modelos de cómo deben fundarse las decisiones*, precisamente desde el conocimiento y análisis de cómo de hecho se toman esas decisiones. La argumentación además de situarse dentro de una acción lingüística que se ocupa de resolver un problema mediante un complejo proceso dialógico, también supone constituirse como una actividad racional, no solo en el sentido de que es una actividad dirigida para un fin, sino también, como dice Atienza, en virtud de que presupone que siempre hay criterios para evaluar racionalmente la argumentación propuesta (Atienza 2006, 74-76).

Otra cuestión importante es ver la argumentación jurídica como coextensiva en tres concepciones. La *concepción formal* que ve a la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de



verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión.

Responde a problemas de naturaleza formal, por ejemplo, si a partir de enunciados se puede pasar a alguna conclusión; se centra no en la argumentación como actividad, sino resultado de la lógica; para lo cual señala determinadas condiciones que tienen que respetarse para que un razonamiento pueda considerarse válido (criterios de validez o de corrección; o bien, reglas de inferencia).

En la *concepción material* lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales (lógicos); sino materiales sobre explicar, descubrir, o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción. Sus criterios de corrección no están en las reglas de inferencia, dado que defiende que una buena argumentación depende de si se cumplen con algunas condiciones de carácter sustantivo en materia de Derecho, interpretación o valoración de la prueba.

La *concepción pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje complejo; lo que se privilegia no es la semántica del lenguaje; sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación sin problemas relativos a lograr la

persuasión de un auditorio, o a interactuar con otros, para llegar a un acuerdo o decisión respecto de un problema teórico o práctico. Lo que importa es la argumentación vista como una actividad, como una interacción; en donde se producen argumentos y, cuya finalidad es lograr la aceptación de los enunciados. Entonces, el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se obtenga (o debiera obtenerse), la persuasión o el acuerdo del otro, con el respeto de ciertas reglas; en donde la retórica no ornamental, sino sustantiva y la dialéctica juegan un papel preponderante (Atienza 2013, 110-112).

IV. El laudo arbitral y su motivación

El laudo es el fallo que dictan los árbitros para emitir la solución del asunto o conflicto sometido a su consideración. Por regla general, el laudo definitivo es el que resuelve las cuestiones de fondo; aunque también existen laudos interlocutorios que resuelven aspectos incidentales; o bien, laudos por acuerdo entre las partes.

En el laudo se incorpora la litis principal y se estudia el fondo de las pretensiones; también analiza, en su caso, la condena de costas generadas durante el procedimiento. Asimismo, el laudo goza de dos características de gran importancia: a) la definitividad y b) su carácter ejecutivo. El primer aspecto hace alusión a que una vez sometidos al proceso arbitral, las partes se comprometen voluntariamente a aceptar que esa decisión será la que de forma definitiva resuelva el conflicto, sal-



vo cuando que se presente alguna causa de anulación plenamente justificada. Por su parte, el carácter ejecutivo tiene como finalidad precisamente que sea obligatorio cumplir con la ejecución de lo resuelto en el fondo.

La idea central es que el laudo que dictan los tribunales arbitrales sea la correcta. Es decir, *intuitivamente* se puede decir que ningún tribunal emite su laudo con la intención de que sea incorrecto. Aquí justamente la necesidad de que, si se buscan construir laudos que proporcionen una respuesta correcta a la controversia, entonces, lo más recomendable es que se conozcan los principales criterios de corrección (formales, materiales y pragmáticos), que permitan evaluar la decisión, en términos de legitimación frente a las partes involucradas.

El laudo arbitral *no es, no puede ser, una decisión artesanal*. El laudo es una decisión institucional y, por ende, debe respetar los mínimos indispensables para lograr una correcta argumentación. En efecto, el artículo 1448 del Código de Comercio establece que *el laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado; a menos que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes*. Norma con la cual se incorpora e institucionaliza el contenido que debe colmar un laudo arbitral; en concreto, su motivación, salvo en las excepciones anotadas.

Motivación que, como se ha visto, no es otra cosa más que evitar el *determinismo metodológico* o el *decisionismo metodológico*; en virtud de que ese deber se traduce en justificar la decisión adoptada en la controversia correspondiente. Cabe aclarar que, el hecho de que se defienda que un laudo se debe motivar, no implica que se pueda evaluar su motivación en algún recurso o medio de defensa, por parte de la judicatura; en razón justamente de que una de sus características principales es la definitividad; salvadas aquellas excepciones de nulidad, las cuales no exploraremos aquí.

Sino solamente, lo que está detrás de nuestro planteamiento es que ese deber de motivación no se trata de una fórmula vacía; sino que verdaderamente exige del tribunal arbitral un esfuerzo de cumplir con una *estructura básica discursiva que justifique su decisión*; esto es, que existan razones formalmente, materialmente y pragmáticamente correctas que respalden el laudo y, estas puedan evaluarse por las partes; se insiste, sin necesidad de entender esto como una posibilidad ordinaria de impugnación; sino solamente en aras de darle racionalidad al proceso de decisión de los árbitros.

Para tal efecto, el tribunal arbitral debe conocer con toda precisión cuáles son los criterios de argumentación formales desde la lógica; en dónde y cómo se identifican los criterios materiales de no contravención del Derecho y, en qué forma se



construye, desde la racionalidad, la persuasión y el convencimiento del auditorio particular y, universal; o bien, del tribunal de la razón. Asimismo, los árbitros deben tener pleno dominio, no solo en las típicas reglas de interpretación, también en los métodos modernos de especificidad interpretativa en materia constitucional y herramientas de ponderación, cuando se encuentren frente a acuerdos *incompletamente teorizados* o casos de *razonabilidad*; al igual que identificar cuáles son los principales modelos que indican cómo deben fundarse las decisiones; para evitar errores en el razonamiento, como por ejemplo, las falacias o paralogismos que son típicos vicios de las decisiones.

La única forma de identificar con claridad todo este tipo de cuestiones lo ofrece justamente la teoría moderna de la argumentación jurídica; la cual, en nuestro concepto, es necesaria para que los árbitros cumplan con el deber de motivar los laudos de forma correcta; esto es, de dar las razones particulares que justifican la decisión y, cómo estas deben ordenarse, para que la estructura discursiva sea lo suficientemente clara y convincente.

Pensar que se puede prescindir de estas herramientas, solo por el hecho de que los laudos tienen el carácter de definitivo; es tanto como sostener que no importa si el laudo contiene una estructura argumentativa correcta; no obstante que ello perjudique la legitimación y reputación de los árbitros; mientras que, el sentido

contrario; esto es, la necesidad de que el tribunal arbitral tenga cercanía con esta materia, como es la tesis que aquí se defiende; redundando precisamente en garantizar que frente a las partes y, a la sociedad en general; los árbitros son expertos que emiten decisiones, cuidando siempre no incurrir en algún vicio o falacia que torne irracional el laudo. Incluso, vale decir, aun cuando el árbitro no sea jurista, deberá, por ética, asumir su compromiso por entender cómo se construyen razonamientos correctos, frente a su responsabilidad de decidir en definitiva una controversia, con la intención de que ello se haga de forma correcta.

Todo esto no es más que una opción para fortalecer al arbitraje, en tanto mecanismo de solución de controversias fuera del apartado estatal; en tanto que de esa forma sus decisiones, al contar con un importante respaldo teórico, podrán resistir en mayor medida la crítica y, de esa forma, se avanzará precisamente en la confianza, eficacia y modernidad que busca ofrecer el proceso arbitral a la comunidad comercial internacional.

Entonces, en última instancia la propuesta no es otra más que *ampliar la protección del derecho de acceso a la justicia* previsto en el artículo 17 constitucional y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; pues así el arbitraje se entenderá como un mecanismo efectivo, sencillo y rápido, para la solución de controversias.



Un último señalamiento, no se olvida que existen laudos en que ese deber de motivar no existe porque hay acuerdo de por medio entre las partes; cosa que no genera mayor dificultad; pero sí aquél en el que las partes convienen otra cosa y, en los cuales entran los llamados laudos *ex aequo et bono*; en donde el tribunal arbitral tiene facultad de resolver con la solución que considere más equitativa en el caso particular.

En estos casos, con mayor razón, se deben depurar las técnicas de interpretación jurídica y tener un pleno dominio en materia de argumentación, para identificar cómo se resuelve en equidad; palabra esta última muy cercana al concepto de justicia, ya que, como lo comenta Vega sobre Aristóteles, las tesis asociadas a la equidad son reglas jurídicas particularistas, de contenido moral.

Lo cual supone precisamente una continuidad compleja de prácticas interpretativas y aplicativas a proposiciones normativas y axiológicas; en lo cual se debe atender a las reglas subyacentes que se encuentran en la dimensión normativa del Derecho; de modo que se puedan corregir las reglas y, alcanzar a valores morales extrajurídicos de los cuales el legislador ha tenido que partir en su deliberación en forma de principios explícitos o implícitos; en tal virtud, *la equidad supone incluir las mejores justificaciones* que quepa extraer de los principios políticos y morales relevantes; objetivo que solo podría lograrse,

mediante un dominio adecuado de la teoría argumentativa (Vega 2012).

V. Conclusiones

El proceso arbitral es un mecanismo alternativo de solución de controversias, en el cual los tribunales arbitrales no están excusados de respetar y tutelar los derechos fundamentales.

Uno de los derechos contemporáneos de mayor importancia en la actualidad es el de acceso a la justicia efectiva; el cual desdobra sus exigencias en el correlativo deber de motivar, por parte de los decisores; esto es, que las decisiones sean justificadas frente a las partes y la sociedad.

El juez y árbitro tienen marcadas diferencias entre sí; sin embargo, comparten una función fundamental: la de decidir conflictos y adjudicar consecuencias de derecho a las conductas de las partes. En tal sentido, los árbitros también deben *motivar* sus decisiones.

Los laudos no son fallos artesanales, *son auténticas resoluciones institucionales* y, por ende, exigen de una pretensión de corrección; es decir, los tribunales arbitrales cuando dictan sus laudos, lo hacen pensando y buscando que sean correctos.

Para lograr esa pretensión, *hoy resulta completamente necesario* que los árbitros tengan familiaridad y cercanía con la teoría moderna de la argumentación jurídica, en tanto que brinda un aparato analítico de cómo deben fundarse las decisiones, para evaluar si son correctas precisamente. De ahí la necesidad de generar una



aproximación entre ambas materias (arbitraje y argumentación), con la finalidad de que los laudos cuenten con una *estructura básica discursiva que los justifique*.

Lo cual, en última instancia lograría dos propósitos de importancia para el proceso arbitral. De un lado, una legitimación de los tribunales arbitrales producto de la confianza, eficacia y modernidad que se logre de este procedimiento; por otra parte, un respeto irrestricto al derecho de acceso a la justicia, al constituirse como un mecanismo efectivo, sencillo y rápido, para la solución de controversias, en términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.





VI. Fuentes de Consulta

Bibliográficas

Aguilera, Rafael, coord. 2011. Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos, México: UNAM-IIIJ.

Atienza, Manuel. 2013. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel. 2006. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

Atienza, Manuel. 2013 Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, México: UNAM-IIIJ.

Barrios de Angeli, Dante. 1956. El juicio arbitral, Montevideo: Ed. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.

Briseño, Humberto. El arbitraje comercial y su funcionamiento en México, México: Porrúa.

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Gándara Fernández Luis de la. 1989. El arbitraje comercial internacional. Madrid: Tecnos.

Ferrajoli, Luigi, 2011, Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional, Madrid: Trotta.

Lorenzetti, Ricardo, Luis. 2006. Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Niedrist, Gerhard. 2012. Derechos Humanos: en el comercio internacional. En en Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos, coords. Aguilera, Portales, Rafael, México: UNAM-IIIJ.

Rojas, Jorge. 2008. El control de constitucionalidad en el arbitraje. En La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Tomo III, Jurisdicción y control constitucional, coords. Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldivar, Arturo. México: UNAM-IIIJ.

Silva, Jorge, 2001. Arbitraje comercial internacional en México, México: Oxford.

Taruffo, Michele, 2006, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Colombia: Temis.

Vega, Luis. 2012. Teoría de la argumentación. En Vega, Luis y Gómez, Olmos, Paula, Compendio de lógica, argumentación y retórica, Madrid: Trotta.

Hemerográfica

González Lagier, Daniel. 2003. "Hechos y argumentos", Jueces para la Democracia, núm. 47: 35-50.

Jurisdiccionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre. Serie C No. 97.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No.160.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2008. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio. Serie C No. 4.