

Autonomía de la voluntad y la a-nacionalidad del arbitraje.

Fernando Sanquírico Pittevil ¹

Resumen

Este trabajo expuesto, pretende sentar las bases teóricas sobre las que se funda la teoría del arbitraje a-nacional.

Palabras clave: Estado, contratos, arbitraje

AUTONOMY OF THE WILL AND THE A-NATIONALITY OF ARBITRAGE

Abstract

This work aims to lay the theoretical foundations on which the theory of non-national arbitration is based.

Keywords: State, arbitration, contracts

¹ Profesor del LL.M en Dispute Resolution de University of Missouri y del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro del Club Español del Arbitraje. Senior Counsel en Dentons.

Introducción

En la actualidad es casi indiscutido el hecho de que el arbitraje tiene una naturaleza contractual con efectos jurisdiccionales²; sin embargo, al tener naturaleza contractual, el arbitraje se enmarca dentro de las facultades ínsitas al ser humano que se manifiestan en el mundo jurídico a través de la autonomía de la voluntad³.

La idea de la expresión de la autonomía de la voluntad como piedra angular del arbitraje se enmarca dentro de un debate teórico importante que fundamenta la postura a-nacional del arbitraje, que explica que “...la jurisdicción arbitral no puede ser entendida como algo que sea creado o permitido por el Estado, sino que la creación de la jurisdicción arbitral depende de los individuos que la pactan, mientras que el Estado está obligado a reconocerla y a darle validez y ejecutividad, mediante las formas que su ordenamiento jurídico le permita”⁴

Lo anterior nos lleva a hacer un análisis de la teoría del derecho, para fundamentar que la autonomía de la voluntad, como creadora de jurisdicción (en el caso del arbitraje), es una facultad o poder que tienen las personas ajenas al Estado, la cual este debe dar reconocimiento, validez y eficacia.

Lo hasta aquí mencionado, no nos hará obviar en el presente trabajo las consecuencias teóricas que se plantean alrededor del tema, las cuales serán abordadas en la medida en que sean necesarias para explicar la autonomía del arbitraje, en tanto un derecho independiente del Estado, lo cual soporta nuestra tesis de que el arbitraje es una institución del derecho *a-nacional*.

² Eugenio Hernández-Bretón, “International Arbitration and the Venezuelan Law on Commercial Arbitration”, en *International Commercial Arbitration. A Comparative Survey*, ed Nuray Ekşi, Pedro Martínez-Fraga y William Sheehy (Estambul: Cámara de Comercio de Estambul, 2007), 132. Fernando Sanquírigo Pittevil, “Orden Público Adjetivo y Arbitraje,” en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3 (2019): 329

³ Jan Kleinheisterkamp, “La autonomía de la voluntad, el derecho transnacional y el arbitraje internacional”, en *Lima Arbitration* 6 (2014): 14

⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Teoría sobre la Autonomía del Arbitraje”, en *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, ed. Allan R. Brewer Carías y Carlos Ayala Corao (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021), 1202

1. El Estado y el Derecho

Existe una teoría del derecho producto del siglo de las revoluciones que propugna que el Estado de Derecho es aquel en donde cada Estado soberano monopoliza la coercibilidad del derecho⁵, confundiendo el concepto de derecho con la fuerza misma que da la coercibilidad de la norma jurídica⁶; entendiéndose entonces que el hecho de que el Estado monopolice la fuerza no implica que monopolice el Derecho.

En este sentido, la pasada, pero aún arraigada teoría del derecho ha buscado explicar las formas en que el Estado utiliza el monopolio de la coerción a través del Derecho interno, pretendiendo que el derecho, entonces, es una manifestación única del Estado y dejando de un lado la capacidad productora de derecho de otros entes, destacando además, que la única entidad organizativa capaz de producir derecho es el Estado, dejando a un lado a grandes y pequeños grupos de personas⁷.

Esto trajo como consecuencia que el Estado creyera que cualquier capacidad creadora de normas era autorizada y/o delegada por el Estado y no simplemente reconocida por él, para garantizar, por medio del monopolio de la fuerza, la coercibilidad del derecho. De esta forma “[l]os derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente «en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés»”⁸

En este punto debemos recordar que el Estado es creado sobre la base de relaciones anteriores a su existencia⁹, por lo que su configuración jurídica emana de la necesidad del grupo de mantener

⁵ Según Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1999), 175 “La teoría enunciada por Kelsen y defendida por Ross, sostiene, por el contrario, que la fuerza es el objeto de la reglamentación jurídica, o sea que por derecho se debe entender, no ya un conjunto de normas que se hacen valer por la fuerza, sino un complejo de normas que regulan el ejercicio de la fuerza en una determinada sociedad. Cuando Kelsen dice que el derecho es un ordenamiento coercitivo, quiere dar a entender que está compuesto de normas que regulan la coacción, esto es, que disponen el modo como se deben aplicar ciertas sanciones.”

⁶ Por ejemplo, Luis Pietro Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 6^a ed, (Madrid: Trotta, 2011), 31 “...el Derecho es un artificio que supone que se basa en el uso de la fuerza y su justificación sólo puede apelar a la necesidad de garantizar ciertos fines valiosos externos al propio Derecho, entre ellos por cierto, en primer lugar, eliminar o mitigar la violencia informal que se desarrolla al margen del Derecho.”

⁷ Para Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* 10^{ma} ed, (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 39 “...la estatalidad del derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los Estados actuales, bien de la autonomía de sujetos sociales colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales. Tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.”

⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 48

⁹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 156 “Todo ordenamiento no nace en un desierto; prescindiendo de metáforas, la sociedad civil en la cual se forma un ordenamiento jurídico, como es, a manera de ejemplo, el Estado, no es una sociedad natural, en ningún momento privada de leyes, ya que es una sociedad en la cual están vigentes normas de varios géneros, morales, sociales, religiosas, consuetudinarias, reglas convencionales, y así sucesivamente. El nuevo ordenamiento que surge no elimina por completo la estratificación normativa que la precedía, dado que parte de aquellas reglas vienen a integrar, a través de una recepción expresa o tácita, el nuevo ordenamiento, que de este modo surge limitado por los ordenamientos precedentes. Cuando hablamos del poder originario entendemos originario jurídicamente, no históricamente. Podemos hablar en este caso de un *límite externo* del poder soberano.”

FERNANDO SANQUÍRICO PITTEVIL

la organización social como medida de autopreservación¹⁰; ello implica, por tanto, que el Estado (o gobierno en los términos expresados por F. A. Hayek), es creado sobre la base de relaciones jurídicas anteriores a aquél.

Así, el Estado vendría a preservar y garantizar, por medio del monopolio de la fuerza, los derechos de las personas; siendo entonces que el derecho es previo e independiente del Estado. Esto parece evidente para la concepción moderna europea que se basa sobre los parámetros de la concepción del derecho americano¹¹. Para esta concepción americana, según apunta Zagrebelsky:

...los derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o, según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado). Según la famosa argumentación «circular» del Federalist de ascendencia lockeana (derechos naturales de los ciudadanos, soberanía popular, delegación en los gobernantes del poder necesario para la protección de los derechos), las Cartas constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobernantes...¹²

No es sino entonces, en virtud de la necesidad protectora de sus propios derechos, que la sociedad organiza un poder mediante un sistema jurídico, el cual esté reforzado con la organización de la fuerza “... para dar más eficacia a las normas de conducta y al ordenamiento en su totalidad...”¹³, cuestión que parece olvidada desde el punto de vista político, con miras a invadir las esferas de libertad, con proposiciones de orden público y ponderaciones aisladas de los derechos que disminuyen los derechos individuales de las personas.

Significa, entonces, que el derecho, entendido en su dimensión determinadora de derechos y obligaciones, es previo a la existencia misma del gobierno/Estado; requiriendo entonces este derecho, en una sociedad más evolucionada, de la creación de un sistema organizativo que le otorgue eficacia, mediante la imposición de medidas coercitivas.

¹⁰ Friedrich A. Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad* (Madrid: Unión Editorial, 2006), 70 “Entre las organizaciones que existen dentro de la Gran Sociedad ocupa una posición muy especial la que llamamos gobierno. Aunque es concebible que el orden espontáneo que llamamos sociedad pueda existir sin gobierno, cuando el mínimo de reglas necesarias para la formación de un tal orden se observan sin que exista un aparato organizado para hacerlas cumplir, en la mayoría de las circunstancias la organización que llamamos gobierno resulta indispensable para asegurar que esas reglas sean obedecidas.

Esta particular función del gobierno es a veces semejante a la de un equipo de mantenimiento en una fábrica, cuyo objeto no es producir determinados bienes y servicios que hayan de ser consumidos por los ciudadanos, sino más bien controlar que el mecanismo que regula la producción de estos bienes y servicios se mantenga en buen funcionamiento. Los fines para los que este mecanismo suele utilizarse los fijan aquellos que utilizan sus partes y, en definitiva, quienes compran sus productos.”

¹¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 54 “El derecho constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un «patrimonio de derechos» originario, independiente y protegido frente a la ley. En este punto se separa de la concepción revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana.”

¹² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 55

¹³ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 176

Lo anterior no son consideraciones teóricas carentes de practicidad; de hecho, existen relaciones jurídicas que han suscitado arduos debates respecto de la naturaleza de ciertas instituciones, en el sentido de su calificación jurídica. Así Hart expresa uno de estos problemas de la siguiente forma:

El derecho internacional nos presenta el caso inverso. Porque, si bien concuerda con el uso de los 150 últimos años utilizar aquí la expresión “derecho”, la falta de una legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones centralmente organizadas, ha inspirado desconfianzas, por lo menos entre los teóricos del derecho. La falta de estas instituciones significa que las reglas para los estados se asemejan a aquella forma simple de estructura social que consiste únicamente en reglas primarias de obligación y que, cuando aparece en las sociedades de individuos, es comúnmente contrapuesta a un sistema jurídico desarrollado. Se puede sostener, por cierto, como veremos, que el derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan una legislatura y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificado que especifique las “fuentes” del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas. Estas diferencias son notables, y en verdad es muy difícil dejar a un lado la pregunta: “es realmente derecho el derecho internacional”.¹⁴

Si aceptáramos la idea positivista extrema de que el derecho es únicamente creado por el Estado, y que además el derecho implica, como vimos, la ordenación y monopolio de la fuerza, entonces la respuesta debería ser que el derecho internacional no es derecho. Esto se debe, entre otras cosas a que el derecho internacional se basa sobre parámetros de igualdad, cuyas fuentes normativas surgen de la costumbre y de los tratados firmados por los mismos Estados, sin la existencia de un legislador internacional, y más aún, ante la inexistencia de una entidad capaz de monopolizar la fuerza y utilizarla en caso de incumplimiento.

Al contrario, es aceptable la idea del derecho internacional bajo los parámetros de aceptar que existe un derecho preexistente a la monopolización de la fuerza, capaz de determinar derechos y obligaciones en situación de igualdad y que, modernamente, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas en ese derecho internacional “ha predominado un modelo de autotutela, donde es el propio ofendido quien decide sobre la infracción de la norma y sobre sus consecuencias...”¹⁵; lo que no implica que ese derecho internacional no se renueve y busque las mejores formas para hacer efectivo el derecho que une a los participantes de ese derecho.

¹⁴ Herbert L. A. Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 264

¹⁵ Luis Pietro Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 24

2. Autonomía de la voluntad, derecho y reconocimiento

La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho que, en tanto tal, se ha afirmado que “no está vinculado a ningún derecho nacional”¹⁶. Así, la autonomía de la voluntad “como principio fundamental para las relaciones contractuales”¹⁷, implica la autodeterminación de los derechos y obligaciones que asume una persona en el relacionamiento jurídico libre con terceros.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, tal y como han sido explicadas mas arriba, se pueden destacar dos posturas, quizás antagónicas de la naturaleza de la autonomía de la voluntad:

Si se pone el acento en la autonomía privada, entendida como capacidad de los particulares para darse normas as í mismos en un determinado ámbito de intereses, y si consideramos a los particulares capacitados para constituir un ordenamiento jurídico menor, absorbido en el ordenamiento estatal, esta vasta fuente de normas jurídicas se concibe, más bien, como creadora independiente de reglas de conducta, que son aceptadas por el Estado. Si, por el contrario, se pone el acento sobre el poder negocial como poder delegado del Estado a los particulares para regular los propios intereses en un campo extraño al interés público, la misma fuente aparece como fuente delgada. Se trata, en otras palabras, de decidir si la autonomía privada debe considerarse como un residuo de un poder normativo natural o privado, anterior al Estado, o, más bien, como un producto del poder originario del Estado.¹⁸

Si aceptáramos el postulado de la autonomía como un producto derivado del Estado, se presentarían serios problemas de cara a diversos asuntos concernientes al Estado mismo, que implicarían revisiones fundamentales a la naturaleza del Estado y peligrosamente entrarían justificaciones que vaciarían de sentido la libertad de las personas.

Así, si partimos que es la autonomía de la libertad de las personas, que se vinculan entre sí, la que crea al Estado/gobierno, entonces, pretender que la misma autonomía de la voluntad es delegación del Estado, la pregunta sería ¿quién delegó en las personas la autonomía suficiente para poder crear al Estado?

La justificación, poco convincente del extremismo positivista en este punto está en que “el ordenamiento positivo se concibe como si se hiciera tabla rasa de todo derecho preexistente, configurado aquí por el derecho que rige en el estado de naturaleza”¹⁹; lo que implica que todos los derechos de las personas, en tanto delegados o creados por el Estado, pueden ser retirados

¹⁶ Jan Kleinheisterkamp, “La autonomía de la voluntad, el derecho transnacional y el arbitraje internacional”, 13

¹⁷ Roberto Ruiz Días Labrano, “El Principio de la autonomía de la voluntad y las relaciones contractuales” en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Tomo I, ed, Claudia Madrid (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), 728

¹⁸ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 155-156

¹⁹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 158

por este, ya que a partir de la institucionalización del Estado, por la fuerza, este vacía de derechos a las personas, y luego se los otorga, o incluso los elimina, en la medida en que aquel lo considere apropiado.

Además, en el ejemplo justificante del derecho internacional, anteriormente desarrollado, tendría que explicarse qué o cuál autoridad ha otorgado a los Estados la suficiente autonomía para que éstos puedan desplegar, en tanto personas jurídicas, el ejercicio de su autonomía de la voluntad, explicada incluso desde el punto de vista de soberanía internacional.

Pareciera en este punto no haber argumento suficiente que sustente la explicación sobre la delegación o creación de la autonomía privada a los particulares. En cambio, si aceptamos entonces, que las personas tienen derechos, inclusive con anterioridad a la existencia misma del Estado, los cuales vienen a tener una eficacia reforzada, en virtud de la monopolización de la fuerza en manos de aquel, la autonomía de la voluntad viene a erigirse como un derecho ajeno al Estado, el cual está obligado a reconocer y dar eficacia en los términos internos de su derecho (o como hemos sostenido del ejercicio de su fuerza).

De esta forma, lo importante del asunto estriba en el reconocimiento y consecuentemente en la eficacia que se le da al resultado desplegado de la autonomía de la voluntad, ya sea al contrato o al negocio jurídico que se derive de su ejercicio. Ello nos lleva a implicaciones importantísimas derivadas de dicho reconocimiento, que ha sido aproximado por Mélich-Orsini, al expresar que el derecho

Reconoce a las voluntades particulares de reglamentar por sí mismas el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen. En otros términos: las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la ley, los contratos que ellas celebran; y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a los tipos de contratos que prevé el Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que éste trae para cada contrato particular. En materia contractual debe tenerse, pues, como un principio, que la mayor parte de las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes, esto es, dirigidas tan sólo a suplir el silencio o la insuficiencia de previsión de las partes.²⁰

Este corto párrafo tiene unas dimensiones gigantescas para la tesis aquí expuesta. En primer lugar, explica que las partes, en ejercicio de su autonomía hacen una determinación libre de las obligaciones que asumen, sin que la ley vis-á-vis el derecho estatal intervenga. Esta

²⁰ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* 5^{ta} ed (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017), 20

consideración deriva del reconocimiento que hacen los Estados de los derechos preexistentes que tienen las personas.

En efecto, si aceptamos la premisa del moderno Estado Constitucional, entonces no puede negarse que este Estado Constitucional es una “técnica de libertad, o sea, que es la técnica jurídica, a través de la cual se les asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el Estado es colocado en la posición de no poderlos violar”²¹

Lo anterior cobra relevancia toda vez que el Estado tiene el deber de reconocer la libertad de las personas, entre ellas el de la autonomía de la libertad, y en este reconocimiento, sólo podrá desplegar ciertas limitaciones, que sean tendentes únicamente a proteger los derechos y libertades de terceros. Es en este sentido protector de las libertades, que el derecho del Estado debe mantener normas supletorias, que determinen los derechos de las personas, en caso de que éstas no hayan desplegado su voluntad reguladora en determinados aspectos.

Manifiesta entonces, la autonomía de la voluntad de las personas un derecho reconocido, autónomo del derecho del Estado, puesto que este lo que hace es reconocer y por tanto hacer eficaz, mediante su labor de monopolizador de la fuerza, en caso de ser requerida, dicha voluntad autónoma creadora de derechos y obligaciones; siempre dentro de los límites que dicho Estado esté dispuesto a reconocer.

Ese límite de reconocimiento, sin duda, siempre será potestativo de cada Estado, en el cual, serán determinadas las pautas formales y materiales requeridas para poder dar reconocimiento al negocio jurídico creado por las partes, imponiendo las limitaciones necesarias que sean convenientes para que las partes no dañen o perjudiquen intereses y derechos de terceros.

Es en este proceso creador de las personas, en el ejercicio de sus derechos particulares, debidamente reconocidos por el Estado, que emerge la voluntad creadora de una jurisdicción independiente a la del Estado, que se erige como a-nacional, tal y como a-nacional es la autonomía de la voluntad de las personas. Como hemos señalado en otras oportunidades:

²¹ N. Matteucci, citado por Manuel Aragón Reyes, “La Constitución como Paradigma”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 34

FERNANDO SANQUÍRICO PITTEVIL

Queda entendido que la piedra angular del arbitraje y su jurisdicción se deriva entonces de la autonomía de la voluntad, por lo que el reconocimiento de esta jurisdicción arbitral y por tanto de su resultado –el laudo– no son sino una cadena de responsabilidad y obligación derivada de la existencia misma del Estado.

Todo lo anterior, nos lleva a explicar que la jurisdicción arbitral no puede ser entendida como algo que sea creado o permitido por el Estado, sino que la creación de la jurisdicción arbitral depende de los individuos que la pactan, mientras que el Estado está obligado a reconocerla y a darle validez y ejecutividad, mediante las formas que su ordenamiento jurídico le permita.

La obligación a la que está sometido el Estado de reconocer la libertad creadora de jurisdicción de las personas, no implica una obligación ilimitada. En efecto, el Estado tiene otras obligaciones que debe ponderar conjuntamente con la obligación de reconocimiento de la libertad, para a su vez, garantizar el resto de las libertades de los individuos.

Es así que el reconocimiento que hacen los Estados del arbitraje debe darse bajo los parámetros de revisar que la manifestación del ejercicio de la autonomía de la voluntad fuese realmente libre, que se protejan los derechos del debido proceso e igualdad de las partes, así como que se evite violar las disposiciones del orden público interno del Estado. Todo esto es cónsono con las disposiciones de la mayoría de las leyes de arbitraje y aún más con la Convención de New York. Estos textos normativos de los Estados, propenden al reconocimiento, y garantizan el ejercicio de las libertades y los derechos de los particulares.

Así, cada jurisdicción arbitral pactada sería “paralela” o “concurrente” a las demás jurisdicciones, tanto estatales (tribunales nacionales), como internacionales (p.e. Corte Internacional de Justicia).²²

3. Un problema de fuentes

Lo anteriormente expuesto representa un problema respecto a la forma en que se presentan las fuentes del derecho en forma tradicional. Como se sabe, la estructura piramidal de fuentes del derecho, planteada originalmente por Kelsen²³, comprende los negocios jurídicos de los

²² Fernando Sanquírigo Pittevil, “Teoría sobre la Autonomía del Arbitraje”, 1202

²³ Ver Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (New Jersey: Transaction Publishers, 2006), 123-161

particulares, en el entendido de que, para Kelsen, la actividad desplegada por los particulares era una actividad delegada de la autoridad del Estado.

Bajo el análisis kelseniano, los negocios jurídicos particulares vendrían a encontrarse en un estrato inferior al de la ley, puesto que sería esta la que le confiere a los particulares la capacidad negocial y la autonomía de la voluntad. De esta forma, la actividad negocial de las partes no sería otra que el desarrollo jurídico de una norma superior –la ley–, razón por la cual, de nuevo, el negocio jurídico se encuentra por debajo de aquella.

Si hacemos referencia de nuevo, al ejemplo del derecho internacional, en el sistema de fuentes, se plantearía un problema importante, puesto que cabría preguntarse, de nuevo, qué autoridad consagró la capacidad negocial del Estado; y por otra parte, si no existe una norma de este tipo, entonces en cuál estrato de la pirámide se encontraría ese contrato entre los Estados.

Pero más allá del ejemplo, y siguiendo el razonamiento planteado por nosotros en este trabajo, el planteamiento sobre la fuente en lo que se refiere a los negocios jurídicos, quedaría desplazado del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico de los Estados (de nuevo, planteamos la idea de la a-nacionalidad más arriba).

Ello implica, que el sistema de fuentes estatal está determinado por las normas que dicta ese Estado, en virtud de su ordenamiento jurídico, sin que se incluyan dentro de ese sistema de fuentes las normas jurídicas emanadas de los particulares, las cuales solo son reconocidas y ejecutadas por el Estado, en caso de ser necesario²⁴.

En este caso, los negocios particulares realizados por las personas no están inmersas en ningún sistema de fuentes particulares, más allá del que las mismas partes así lo determinen, configurándose como un ejercicio independiente de su autonomía, paralelo al ordenamiento jurídico estatal, el cual será el encargado, de nuevo de garantizar, por los medios determinados internamente, el reconocimiento y eficacia de los efectos así determinados por las partes.

²⁴ Hablamos de “necesario” puesto que se requerirá que el Estado lo reconozca solo a los efectos de algún conflicto, puesto que si no existe conflicto entre las partes, entonces el Estado ni si quiera se dará por enterado de la existencia de dicho negocio, quedando a la suerte de los privados la vida y consecuencias del negocio jurídico particular.

Conclusiones

Este trabajo expuesto, pretende sentar las bases teóricas sobre las que se funda la teoría del arbitraje a-nacional. Así, entendemos que las consecuencias de lo aquí planteado exceden el ámbito arbitral, para adentrarse dentro del amplísimo campo de las obligaciones, del que se nutre inmensamente el arbitraje.

Así, puede resultar extraño a las posturas estatistas las ideas planteadas, pero no implica que sean ideas completamente nuevas. El aporte que aquí se plantea, son las consecuencias que se derivan de seguir posturas que defienden la libertad y los derechos de las personas, que ante la globalización moderna que vivimos son tendentes a la desintegración del poder del Estado. Así, la conclusión más general la tomaremos de Luis Pietro Sanchís, como colofón de lo arriba planteado:

Pues bien, es interesante constatar que en la actualidad se dan las condiciones para un cierto regreso a la Edad Medio y, por tanto, para abandonar el estatismo predominante desde hace siglos. Hemos de volver varias veces sobre este asunto, pero baste mencionar algunos fenómenos: el constitucionalismo, que viene a desempeñar en cierto modo la función del viejo Derecho natural; la difuminación del poder, que ya no está concentrado en la persona del Estado, sino que se comparte con otras formas políticas (pensemos en la Unión Europea o en las Comunidades Autónomas), lo que daña la unicidad y exclusividad que siempre pretendió el Derecho estatal; la revitalización de ciertas fuentes sociales de Derecho, el fenómeno llamado de la desregulación, etc.²⁵

²⁵ Luis Pietro Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 38