

Práctica del arbitraje y estudio del Derecho

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Gilberto Guerrero Rocca*

Principia No. 9–2023 pp. 1-9

1. Con una amplia experiencia en arbitraje comercial e inversión internacional, ¿podría compartir tres lecciones clave que haya aprendido a lo largo de su carrera y que considere esenciales para el éxito en el campo del arbitraje?

Mi carrera profesional comenzó en el arbitraje por casualidad. Tal y como normalmente suele ocurrir en otras ramas del Derecho.

En 1997 me gradué en la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela, y casualmente en abril del año 1998 se dictó la ley de arbitraje comercial de Venezuela, que fue inspirada en la Ley Modelo CNUDMI de las Naciones Unidas. Tuve el privilegio de estar involucrado en uno de los primeros arbitrajes regido por esa Ley en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Tenía apenas un año de graduado en el año

1998, y fue un caso en materia de arrendamientos inmobiliarios comerciales. Ese fue mi primer caso.

Eso despertó en mi la vocación e interés por el arbitraje y la materia de arrendamiento comercial. Ese fue el primer gran caso de mi vida y fue un arbitraje comercial. Destaco esto porque, a diferencia de las viejas generaciones, las nuevas han sido las que han podido seleccionar al arbitraje como área de estudio. A las viejas generaciones nos ha venido el arbitraje por circunstancias de la vida profesional.

En mi caso, afortunadamente, me vieron grandes oportunidades en materia de arbitraje comercial internacional y nacional, y en materia de arbitraje de inversiones. La vida profesional y académica cada día me fue encaminando por ese rumbo.

Tres lecciones. Antes que ser un “árbitro” o un profesional dedicado al ar-

* JSM, Stanford Law School (Dissertation, honors). Máster en Derecho de los Negocios, ICAM-Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, España). Florida International University College of Law, Profesor y Director de la Maestría (Miami, Florida). Abogado (Summa Cum Laude) y Máster en Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, UCAB (Caracas, Venezuela). Fundador y ex Jefe de la Cátedra de Arbitraje, UCAB (Caracas, Venezuela). ReedSmith LLP (Miami), Práctica de Arbitraje Internacional. Florida Bar, Certified Foreign Legal Consultant.

* Agradezco la invitación que me formula la revista “Principia del CIERC de la Universidad Monteávila.” Contesto esta entrevista con mucho entusiasmo en mi condición de abogado litigante exclusivamente en materia de arbitraje internacional comercial y de las inversiones, y como profesor universitario dedicado a esta rama del Derecho. Mis opiniones son estrictamente personales, y no comprometen a los clientes de ReedSmith LLP, ni tampoco al College of Law de FIU (Universidad Internacional de la Florida).

bitraje, se debe ser un buen abogado. Una buena formación inicial es fundamental para el ejercicio de la profesión legal en cualquier campo.

Contrario a lo que muchos recomiendan (en el mundo del arbitraje), yo sugiero que, en primer lugar, el abogado se especialice y domine un área sustantiva, es decir, por ejemplo, en materia de contratos comerciales, franquicias, infraestructura, arrendamiento, títulos valores, energía, aeronáutica, entre muchos campos.

Especializarse en derecho internacional de las inversiones es una alternativa también si el interés se vincula con este tipo de arbitraje. Sin duda, especializarse en el derecho internacional en general, allanará un mejor camino en el campo.

En mi caso particular, haber tenido una formación fuerte en derecho comercial y de los negocios me ha permitido desempeñarme exitosamente en el campo del arbitraje comercial y, de manera similar, una consolidada formación en derecho público me ha ofrecido un complemento formidable para mi práctica en arbitraje de las inversiones extranjeras.

Con mucha frecuencia veo un interés desbordado (y también cultivado) de formación solamente en arbitraje. Se quiere ser “árbitro” o se quiere dedicar al “arbitraje,” pero se olvida que el arbitraje es una materia adjetiva.

Es la mejor versión posible de litigio. Es cierto, y por esa razón no es más que un proceso (al menos el arbitraje comercial). Entonces, para hacer arbitraje debemos primero ser un buen abogado, y para ser un buen abogado (y prestar mejores servicios a nuestros clientes) el abogado debe especializarse en un área sustantiva.

En segundo lugar, leer mucho y mantenerse actualizado. La investigación jurídica debe estar presente en nuestra labor cotidiana, como profesional. Cualquiera que sea el campo o rama.

En tercer lugar, se debe cultivar la sana técnica de la litigación. Desarrollar las habilidades y destrezas de una redacción jurídica apropiada y persuasiva, así como de una oralidad adecuada.

2. Además de su carrera como practicante, también es profesor y director del programa LL.M. en la Florida International University (FIU) ¿Cómo aplica su experiencia práctica en la enseñanza del arbitraje y qué aspectos específicos considera que sus estudiantes más valoran de su enfoque?

He tenido la suerte de haber obtenido una formación jurídica en varios países (Costa Rica, España, Estados Unidos y Venezuela), pero uno de los mayores impactos en mi formación y carrera profesional es la capacidad o habilidad que adquirí en mis estudios en Estados Unidos, porque me ofrecie-

ron una visión interdisciplinaria del derecho.

Una visión interdisciplinaria del derecho supone asistirse de áreas como la sociología y la economía para realizar investigación y análisis de los fenómenos jurídicos como investigador y como profesor, asistido por ejemplo de la sociología jurídica y el análisis económico del derecho. Incluso, esa misma visión interdisciplinaria tuvo un impacto positivo en el ejercicio cotidiano de mi profesión como abogado, pues me ha ofrecido las herramientas para entender mejor los negocios, los incentivos y los objetivos de mis clientes.

Afortunadamente, una visión más interdisciplinaria del derecho me ha llevado a realizar mejor investigación jurídica, a publicar mejor, y a lograr en mis conferencias y publicaciones una contribución más eficiente, productiva y realista, validada con data empírica.

Por ejemplo, uno no puede valorar o ponderar la efectividad de una ley si no ve la data en la implementación de esa ley. Uno no puede analizar el impacto de una jurisprudencia o reforma legal solamente limitándose al texto de la normativa y, de igual manera, no se puede analizar o fijar las estrategias de litigio, o las estrategias de negociación, si no se conoce el negocio en general, y si desconocemos los objetivos económicos y las fuerzas económicas

que están en el sector o industria en la que se envuelve nuestro cliente, y al tipo de negocio en que esta inmiscuido el contrato. Entonces, uno de los elementos que más valoran mis estudiantes en mis clases es la visión interdisciplinaria que les hago del derecho.

En este mismo particular, quiero compartir que desde siempre en mi carrera he usado dos sombreros. El sombrero académico (profesor universitario e investigador), y el sombrero de litigante. Eso me ha ayudado a maximizar los esfuerzos de investigación.

Cuando hago una publicación académica eso luego me ayuda a entender mejor los casos y viceversa.

Cuando me corresponde investigar para un caso concreto, esa investigación me expande la visión, y me alienta a realizar investigación jurídica académica bajo otro prisma, o bajo otro punto de vista. Eso es una bondad. La posibilidad que te permite maximizar si estás vinculado a la academia, al litigio y a la práctica profesional al mismo tiempo.

3. ¿Cómo aborda la incorporación de elementos prácticos en sus cursos?

En 2004, tuve el privilegio de fundar la Cátedra de Arbitraje en la UCAB (Venezuela) que inició como una materia electiva. Desde entonces, he aplicado métodos prácticos para vali-

dar y desarrollar los conocimientos de los estudiantes a través de casos prácticos y su preparación para competencias internacionales en materia de arbitraje comercial.

Actualmente, imparto dos cursos en el College of Law de la Universidad Internacional de la Florida (FIU).

El primero “International litigation,” que es una materia orientada a aportar a los estudiantes del Juris Doctor (carrera en derecho) y a los estudiantes del LL.M. (Maestría en Derecho) las herramientas vinculadas al litigio en derecho internacional, arbitraje de inversión, arbitraje comercial, obtención de prueba en Estados Unidos para ser usado en el extranjero, figuras o doctrinas americanas como el “Forum non conveniens”, o la inmunidad de jurisdicción para Estados y Entidades soberanas, así como la ejecución de laudos arbitrales internacionales. Una serie de elementos y herramientas que hacen al abogado estadounidense, o al abogado extranjero (que hace vida profesional en Estados Unidos), más familiarizado y preparado con la litigación internacional, incluyendo, por supuesto al arbitraje internacional.

Otro curso que imparto es “International Arbitration Moot Competition” orientada a la preparación para competencias internacionales como el “Moot Madrid” o el “Vis Moot” en Madrid, Viena y Hong Kong. Eviden-

temente se hacen análisis de casos prácticos, pero lo más importante es que los estudiantes adquieren las habilidades y destrezas que luego les servirán para la vida real como abogados envueltos en arbitrajes reales.

4. ¿Ha desarrollado métodos o herramientas específicas para evaluar y medir el progreso y el aprendizaje de sus estudiantes en el ámbito práctico del arbitraje?

En ambas materias tanto en “International litigation” como en “International arbitration Moot competition” los estudiantes desarrollan las habilidades y destrezas requeridas para llevar una disputa arbitral real. Eso lo adquieren durante su preparación para participar en estas competencias internacionales.

En este particular comparto con orgullo que los estudiantes (mis ex alumnos) tanto de la Universidad Católica Andrés Bello (en el pasado) como actualmente en el College of Law de la Universidad Internacional de la Florida (FIU), que han participado en estos cursos, han sido contratados en grandes firmas de abogados dedicados a la litigación Internacional y al arbitraje internacional, e incluso por contratados árbitros internacionales.

Hemos comprobado que la participación en estas competencias ha sido el factor decisivo en los procesos de reclutamiento. Si son candidatos atractivos por sus notas, su

desempeño, su perfil curricular, pero además ponen sobre la mesa su experiencia en estas competencias internacionales (lo cual queda validado durante las entrevistas, al contestar preguntas concretas vinculadas a esas habilidades y destrezas), los departamentos de reclutamiento, así como los socios se decantan por estos candidatos.

Incluso, acá en Estados Unidos es fundamental para un bufete internacional que el candidato posea esas mismas habilidades y destrezas en otro idioma (principalmente en castellano o francés), y haber participado en una competición como el Moot Madrid o Vis Moot, por ejemplo, que les sirve de validación.

5. Como entrenador del equipo para el Willem C. Vis Moot y Moot Madrid de la FIU, ¿cuál es su papel en la preparación de los estudiantes para estas competencias internacionales de arbitraje y qué impacto ha observado en su desarrollo profesional?

Mis ex alumnos que han participado en el Vis Moot en Viena o en Hong Kong o en Madrid, han podido obtener posiciones en grandes firmas porque ello ha sido un plus muy valorado en los procesos de selección y reclutamiento, porque valida y refleja el manejo o la adquisición de habilidades y destrezas en materia de arbitraje.

6. ¿Cómo prepara a los estudiantes para enfrentar los desafíos prácticos que surgen en esos escenarios competitivos? ¿Qué aspectos prácticos del arbitraje enfatiza durante su entrenamiento?

Evidentemente, hay varias técnicas que se aplican, pero una de las más importantes es la determinación de los “issues” o problemas del caso. Luego de determinar cuáles son los problemas del caso, se inicia un proceso de “research” o de investigación de esos “issues” y puedes aplicar métodos como el IRAC (Issue, Rule, Application, Conclusion) o el CREAC (Conclusion, Rule, Explanation, Application, Conclusion), que son métodos que se emplean para construir un argumento para dar respuesta a un problema concreto dentro de una competición, bien sea en el Vis Moot o en el Moot Madrid.

Otro elemento en que hacemos mucho énfasis durante la preparación en esas competiciones (que luego es una habilidad que perdura en los estudiantes como profesionales), es el dominio y conocimiento absoluto de todos los hechos del caso, así como del repertorio probatorio que se encuentra en el expediente.

Aprenden a tener un conocimiento de toda la situación fáctica. El tema del argumento jurídico, del precedente, es decir, la jurisprudencia o case law, los laudos o la sentencia, es muy

importante evidentemente, pero lo más relevante para ir a una audiencia oral y para construir el mejor argumento posible, es un vasto y absoluto conocimiento de los hechos y de la prueba del caso.

7. ¿Podría compartir alguna anécdota o experiencia que haya presenciado durante su participación en estas competencias y que haya dejado una impresión duradera en usted o en los estudiantes que entrenó?

En muchas oportunidades los comités organizadores de estas competencias redactan los casos inspirados en disputas reales. Me ha pasado varias veces que he tenido (después de una competición), un caso muy similar en la vida real y en mi práctica profesional o, al revés, he tenido casos en mi práctica profesional que luego, por algunas circunstancias, terminan siendo muy similares a los que se presentan en esas competiciones.

8. Como parte del consejo asesor de “World Arbitration & Mediation Review” (WARM), ¿qué importancia le da a las publicaciones y revistas especializadas en el desarrollo y avance del arbitraje, y cómo cree que contribuyen al crecimiento de la comunidad arbitral?

Esta pregunta también está vinculada con la primera. La investigación jurídica cuando es interdisciplinaria, y es

capaz de ser original y realizar aportes concretos puede realizar contribuciones a la práctica profesional y al desarrollo del arbitraje.

Una investigación jurídica interdisciplinaria que se asista de investigación empírica puede no solamente validar sus conclusiones, sino también persuadir a un mayor número de lectores, asistirse de un análisis económico del derecho o de la sociología, va a permitir realizar una contribución académica y profesional más elevada.

Desafortunadamente, muchas facultades de derecho todavía en nuestros países de tradición de derecho continental, o de raíz romanogermánica postulan una investigación exegética y dogmática, sometida al texto de los cuerpos normativos.

Los nuevos retos de la profesión legal y de la Academia exigen una investigación asistida de las técnicas de la investigación empírica, pero además de contenido interdisciplinario, y ese es el enfoque que queremos en el Journal “World Arbitration & Mediation Review,” para ofrecer a nuestros lectores artículos y contribuciones académicas que tengan un impacto científico concreto, y ayuden no solamente a la investigación jurídica, sino también a la práctica profesional.

9. En el contexto actual de avances tecnológicos, ¿cómo considera que la tecnología ha impactado la

enseñanza del arbitraje? ¿Qué herramientas o recursos tecnológicos considera más útiles para mejorar el aprendizaje de los estudiantes en esta área?

Hoy por hoy, investigar derecho e investigar sobre fenómenos legales es muchísimo más fácil que hace años atrás. No solamente por la existencia de bases de datos digitales para hacer legal research o investigación legal de precedentes judiciales, sino también para obtener la mejor bibliografía posible sobre distintos problemas y fenómenos legales.

Inclusive, la tecnología ha llegado más allá y, por ejemplo, hay bases de datos que ahora usamos para determinar potenciales conflictos de interés entre árbitros, firmas, Estados, empresas, peritos; es decir, ya hay bases de datos para satisfacer cualquier demanda de conocimiento, no es solamente para la búsqueda de precedentes judiciales o de bibliografía sobre un tema, sino también hay bases de datos modernas que nos permiten facilitar la investigación diaria en el ejercicio cotidiano, o inclusive la estadística de la fluctuación de los precios de materias primas y de cualquier otra data para alimentar nuestros argumentos legales.

La información para preparar un caso o para preparar una opinión legal, es fundamental, y a nuestros estudiantes les ayudamos a utilizar todas las bases de datos que existen, particularmente

en materia de arbitraje de inversiones y arbitraje comercial.

10. ¿Qué principales retos considera que enfrentarán los profesores de arbitraje en el futuro y cómo cree que pueden abordarlos?

La respuesta depende mucho si estamos hablando de arbitraje comercial o arbitraje de las inversiones. En materia comercial, el crecimiento es indetenible pues cada día las partes, las empresas van a seguir seleccionando arbitraje en lugar de litigio ordinario, no así en materia de arbitraje de inversión, porque el arbitraje de inversión tiene que modernizarse en algunos aspectos y sigue estando sometido constantemente a críticas vinculadas a su legitimidad.

En primer lugar, si bien el arbitraje de inversiones seguirá por la senda de mayor transparencia, irónicamente, vemos a muchos Estados siendo re-nuentes a esta apertura.

En segundo lugar, la necesidad que existe de establecer las condiciones para permitir la incorporación de nuevas generaciones de árbitros. El abuso en la repetición de árbitros (especialmente los Estados), está degenerando el sistema, llevándolo a ser un mecanismo donde, en algunas ocasiones, ya se puede anticipar el resultado o desenlace de una disputa desde sus propios inicios, con solo leer el roster final de los integrantes de un panel o tribunal arbitral.

En tercer lugar, los Estados deben dotarse de la posibilidad de presentar contrademandas, o la posibilidad de iniciar reclamaciones directas contra inversionistas que hayan generado daños en el país receptor de la inversión.

Finalmente estoy en desacuerdo con la creación de tribunales permanentes de arbitraje de inversión, pero a veces pienso que elementos como la inseguridad jurídica (por ausencia de precedentes consolidados, o la existencia de laudos contradictorios), y el aumento del activismo o parcialidad marcada de algunos árbitros connotados (como “pro-Estado” o “pro-inversionista”), alimenta a quienes postulan esa alternativa. Incluso, ahora se observa el abuso en la emisión de votos salvados o disidentes para generar nuevas o futuras designaciones.

11. ¿Qué les diría a los estudiantes de derecho y abogados de hoy en día para motivarlos a realizar un posgrado en general, y por qué hacerlo en arbitraje?

Es importante que el abogado se especialice, independientemente del lugar o país donde se desempeña. Sin embargo, no es una respuesta fácil en lo relativo a la materia o campo del derecho a seleccionar.

Por ejemplo, yo ejerzo, enseño e investigo arbitraje comercial internacional y de las inversiones pero, por lo general, no recomiendo hacer una maestría en arbitraje en Estados Unidos.

Los estudios de cuarto nivel en el extranjero son costosos y suponen un alto esfuerzo de tiempo y dinero. La mejor elección depende de los objetivos y metas de cada abogado. No es igual el análisis estratégico de un abogado extranjero en Estados Unidos con fines migratorios, que aquel que de antemano desea regresar a su país de origen.

Hace algunos años la tendencia de las maestrías en derecho (LL.M. degree) en Estados Unidos se orientaba a la especialidad. Hoy por hoy, la tendencia mayoritaria (y la demanda impuesta por los estudiantes), se inclina por una maestría flexible donde el estudiante pueda escoger las materias de su interés, y que le garantice hacerse elegible para rendir el examen para ser admitido en el colegio de abogado de los Estados que lo permiten (i.e. examen de la barra) dentro de los Estados Unidos.

Los posgrados o maestrías (LL.M.), especializados han generado muchas frustraciones a estudiantes o abogados extranjeros, porque (a) no les garantizan trabajar en esa área (por ejemplo, no conozco más de 5 personas que habiendo estudiado una maestría en arbitraje, actualmente se dediquen al arbitraje); y (b) con el transcurso del tiempo han detectado que la carga curricular los ha privado de tomar un número mayor de cursos de derecho estadounidense, que son evaluados en los exámenes de la barra.