Fair Play

REVISTA DE FILOSOFÍA, ÉTICA Y DERECHO DEL DEPORTE
www.upf.edu/revistafairplay

Una teoría Jurídica del arbitraje en el Derecho del Deporte. La legitimidad del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS/TAS)

Mateo J. Busaniche

Citar este artículo como: Mateo J. Busaniche (2021): Una teoría jurídica del arbitraje en el Derecho del Deporte. La legitimidad del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS/TAS), *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 19, p. 1-47.

FECHA DE RECEPCIÓN: 4 e Octubre de 2020
FECHA DE ACEPTACIÓN: 29 de Febrero de 2021

Una teoría Jurídica del arbitraje en el Derecho del Deporte. La legitimidad del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS/TAS)

Mateo J. Busaniche

Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional del Litoral – Santa Fe- Argentina.

Resumen

La legitimidad del sistema de resolución de controversias del deporte federado internacional – como respuesta a la pregunta de cual es la fuente jurídica que autoriza a la emisión y ejecución de los laudos del Tribunal Arbitral del Deporte ante los sistemas estatales – es analizada desde la representación “transnacional” propuesta por E. Gaillard en el ámbito del arbitraje comercial internacional con ciertas adecuaciones que describen las circunstancias que según cada caso atenúan o fortalecen la legitimidad del sistema. Se concluye que el método transnacional sería un gran aporte en la construcción y robustecimiento de la referida legitimidad.

Palabras Claves

Derecho del Deporte – Tribunal Arbitral del Deporte (CAS/TAS) – Legitimidad – Teoría jurídica del arbitraje – Representación transnacional.

Abstract

The legitimacy of the international federated sport dispute resolution system - as a response to the question of which is the legal source that authorizes the issuance and execution of the awards of the Court of Arbitration for Sport before state systems - is analyzed from the “transnational” representation proposed by E. Gaillard in the field of international commercial arbitration with certain adjustments that describe the circumstances that, depending on each case, mitigate or strengthen the legitimacy of the system. It is concluded that the transnational method would be a great contribution in the construction and strengthening of the aforementioned legitimacy.

Key words

Sports Law – Court Arbitral of Sport (CAS / TAS) - Legitimacy – Legal theory of arbitration - Transnational representation.

1. Introducción

Las formas de resolución de conflictos tienen su origen en la cultura propia de la sociedad en la cual se ubican – sus valores, convenciones sociales, símbolos, ritos, etc. - al tiempo que la conforman, en una relación recíproca, por cuanto los procesos a través de los cuales se resuelven controversias son un factor clave en el mantenimiento y configuración de la cultura de una sociedad (Chase, 2011).

Desde ese punto de vista, el estudio de los sistemas de resolución de controversias aporta mucho más que un conocimiento técnico – profesional, abarcando o significando un entendimiento del momento y la cultura en el que uno vive.

El estudio del sistema de resolución de controversias del deporte federado internacional tiene en ese aspecto mucho para decirnos.

El deporte entendido como *“la actividad predominantemente física, pero también mental, que por regla general es de competición y que, practicándose individual o colectivamente, se manifiesta a través de diversas formas, integradas y organizadas con ciertos principios y reglas, que necesariamente equilibran el desarrollo integral de la propia persona al lograr su máximo rendimiento, lo que además permite potencialmente su esparcimiento, así como su justa y pacífica convivencia en sociedad”* (Hernández González y Montenegro González, 2010:26), en todas sus versiones o modalidades, es una de las mayores expresiones culturales del mundo actual, y presenta un sistema propio de resolución de conflictos.

Desde la antropología se señala que el deporte tal cual lo conocemos ahora nace a mediados del siglo XIX en Gran Bretaña; que también surgió en otros lugares y en otras épocas, pero esas formas deportivas ya han desaparecido o han quedado marginadas por la difusión global del tipo particular de deporte surgido en las islas británicas. Antes de encontrarse con los deportes británicos y luego con los estadounidenses, la mayoría de las lenguas del mundo no tenían una palabra para definir una categoría unificada de actividades atléticas competitivas que distingue a un ganador por encima del resto. La palabra *“sport”* apareció por primera vez en 1863, y ella y el conjunto de actividades que abarca, fue adoptada por distintas lenguas habladas en todo el mundo (Besnier, Brownell y Carter, 2018:11).

Estos autores realizan un interesante análisis del deporte en el sistema mundial a partir de los conceptos de “*internacionalismo*”, “*transnacionalismo*” y “*globalización*”. Señalan que el “*internacionalismo*” se encuentra firmemente arraigado en el marco de los Estados Nacionales y refuerza el sistema mundial contemporáneo que recibe a veces el nombre de “sistema de Westfalia”¹, y lo definen como el fenómeno en que los gobiernos, las organizaciones de trabajadores y otros actores no gubernamentales pusieron el deporte en la órbita de agendas políticas específicas.

En contraste, el “*transnacionalismo*” conecta personas, ideas y símbolos a través de fronteras nacionales en maneras que no dependen de la soberanía del Estado, aunque tampoco la cuestionan ni la desafían. La forma más visible que ese concepto adopta en los deportes es la movilidad de atletas profesionales a través de las fronteras nacionales, generadora de una constante tensión entre “*transnacionalismo*” y “*nacionalismo*”².

La “*globalización*” por su parte, ocurre en los espacios separados de los territorios de los Estados y en el sistema de gobernabilidad global, que muchas veces pasa por alto la soberanía estatal. “*El internacionalismo, el transnacionalismo y la globalización se superponen y dan forma entre si, y con frecuencia operan en simultáneo; sin embargo, el “ethos” subyacente a cada uno vuelve evidente que se trata de procesos distintos. La diferencia radica en como conforman ideas básicas del mundo*” (Besnier, Brownell y Carter, 2018:318 ss.).

En ese contexto señalan que, aún cuando las organizaciones deportivas internacionales son técnicamente hablando, no gubernamentales y sin fines de lucro, el COI y la FIFA, por citar los ejemplos mas claros, exigen a los gobiernos que desoigan sus propias leyes, se reservan el derecho de realizar negociaciones en forma directa con las ciudades anfitriones y pueden exigir a los líderes nacionales que obedezcan la Carta Olímpica, con lo cual socaban la soberanía del Estado, evidenciando la **tensión** entre una economía política globalizada y el gobierno de la ley nacional (Besnier, Brownell y Carter, 2018:348-352).

¹ En referencia al primer acuerdo entre las naciones modernas de 1648 que ratificó la autoridad de los Estados en base a los principios de soberanía nacional, diplomacia, igualdad, no intervención y leyes internacionales.

² Referido también a la movilidad como “migración transnacional”, y a los paralelos que algunos han trazado con ella y el tráfico de personas ver Besnier, Brownell y Carter, 2018:323

El deporte como expresión cultural “global”, cobra aún mayor relevancia si hablamos de los deportes reglados por las federaciones deportivas internacionales. Ello se ratifica por diversos factores, en primer lugar por la cantidad de personas que lo disfrutan a través de la práctica activa, o en distintos roles secundarios, como entrenadores, asistentes, médicos, preparadores físicos, kinesiólogos, etc., o como simples espectadores presenciales y/o a través de los distintos medios de difusión.

El Campeonato Mundial de Fútbol de la FIFA es el espectáculo más visto en la tierra. El mundial de 2018 en Rusia estaba previsto ser televisado en más de 210 países, y llevaría a más de 4 millones de personas a los estadios; atraería más de 850 millones de televidentes adicionales a través de dispositivos móviles, sumando un total de 3.800 millones de espectadores globales.

Otro dato en el mismo sentido es la cantidad de países que cuentan con federaciones asociadas a las federaciones internacionales o al Comité Olímpico Internacional. Según los respectivos sitios oficiales la FIFA cuenta con 211 federaciones nacionales afiliadas y 6 confederaciones, y en el COI hay 206 Comité Olímpicos Nacionales³.

La relevancia económica que ha alcanzado el deporte en estos tiempos se refleja en los informes de las federaciones internacionales más importantes. Según su sitio oficial la FIFA opera en un ciclo cuatrienal y los ingresos totales del ciclo cuatrienal 2015-2018 se presupuestaron en 5.656 millones de USD. Por su parte los activos del Comité Olímpico Internacional, según una publicación del 27/07/2017 del sitio www.efc.com, al 31 de diciembre de 2016 ascendían a 1.900 millones de dólares, y los no corrientes a 1.400 millones⁴.

2. El sistema de resolución de conflictos del deporte.

El “mundo” del deporte internacional, conformado por las federaciones deportivas internacionales y el Movimiento Olímpico, ha diseñado y construido un sistema normativo y de resolución de conflictos “alternativo” a los sistemas estatales de administración de justicia que por su propia naturaleza “asociativa”, procura y en gran medida logra, evitar la

³ Cfr. <https://es.fifa.com/associations/> (07/04/2021) y <https://www.olympic.org/national-olympic-committees> (07/04/2021)

⁴ www.fifa.com y <https://www.efc.com/efc/espana/en-detalle/el-comite-olimpico-internacional-incrementa-sus-ingresos-un-7-6-gracias-a-la-television-y-patrocinio/50000571-3332930#> (07/04/2021).

intervención de los sistemas judiciales estatales y/o supraestatales, lo que invita a indagar acerca de su “legitimidad”, que en el caso “estatal” se da por supuesta.

Cuando hablamos del sistema de resolución de controversias del deporte internacional estamos haciendo referencia en particular al régimen disciplinario del modelo clásico de las estructuras deportivas, cuya completa descripción excede el objeto de este trabajo⁵.

Vale sin embargo señalar que las federaciones suelen diferenciar sus órganos disciplinarios según entiendan en cuestiones de disciplina deportiva o asociativa. En el primer caso las autoridades son - al margen de los árbitros o jueces de la misma competición -, los Comités de Competición y de Apelación, estructurados como mínimo en dos instancias: una primera que analiza y sanciona, y una segunda - independiente de la primera - que puede revisar la decisión tomada por el primer órgano. En los casos de disciplina asociativa el órgano disciplinario de primera instancia suele ser la Junta Directiva o Comité Ejecutivo y la segunda instancia u órgano de revisión será la Asamblea General o Congreso.

Dichas instancias de resolución de conflictos y las de revisión de sanciones disciplinarias se someten a tribunales arbitrales específicos. La mayoría de las federaciones deportivas internacionales han optado por someterse al Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS)⁶, aunque otras han creado, también, tribunales arbitrales específicos para determinados temas, como es el caso de la FIBA (baloncesto) o la FIVB (voleibol); o han prescindido de ello (vgr. World Rugby). Sin perjuicio de ello, en cuestiones específicas, casi todas las federaciones remiten finalmente a aquel tribunal por su pertenencia al movimiento olímpico y/o al sistema mundial antidopaje.

La estructura de las federaciones deportivas internacionales, no puede dejar de analizarse junto con la del Movimiento Olímpico. Las decisiones que toma el Comité Olímpico como máximo órgano directivo, basadas en la Carta Olímpica, son definitivas; y toda diferencia relacionada con su aplicación o interpretación sólo podrá ser resuelta por la Comisión Ejecutiva y, en ciertos casos, por mediación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo. A su vez la Carta Olímpica trae una cláusula arbitral para todos los participantes de los Juegos

⁵ Para un acabado estudio ver Camps, 1996.

⁶ CAS (Court of Arbitration for Sport) o TAS (Tribunal Arbitral du Sport) por sus siglas en inglés y francés respectivamente. El uso de dichas siglas puede ser indistinto en este trabajo.

Olímpicos, que dispone que cualquier diferencia surgida con motivo de los Juegos o en relación con éstos será sometida exclusivamente al Tribunal de Arbitraje Deportivo, conforme al código de arbitraje en materia deportiva⁷.

Junto a la estructura del Comité Olímpico Internacional y las federaciones internacionales deportivas se encuentra la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) o "WADA" (World Anti-doping Agency), cuyos principales objetivos son promover y coordinar a nivel internacional la lucha contra el dopaje en el deporte, y establecer la reglamentación y el procedimiento sancionador, cuyo modelo actual se establece con carácter general y es más o menos aceptado por todas las entidades deportivas y los Estados. Deja en manos de los organismos deportivos privados la imposición de las penas que correspondan en el ámbito de las competiciones, con independencia de que los Estados puedan considerar conveniente imponer otras sanciones complementarias, incluso penales⁸.

El Código Mundial Antidopaje dispone en su apartado 13.2.1. que en los casos derivados de una participación dentro de un evento internacional o en los casos en los que estén implicados deportistas de nivel internacional, las sanciones impuestas se podrán **recurrir** únicamente ante el TAS.

A su vez el artículo 22.4 expresa que todos los gobiernos respetarán el arbitraje como vía preferente para resolver disputas relacionadas con el dopaje, teniendo en cuenta los derechos humanos y fundamentales y el correspondiente derecho nacional aplicable.

Como resultado de lo expuesto, el sistema de resolución de controversias delineados bajo el amparo del derecho deportivo por las federaciones internacionales y el COI, presenta en su vértice superior al Tribunal Arbitral del Deporte, que tiene en la práctica el poder de resolver, “casi” en forma definitiva, las disputas sometidas a su consideración.

⁷ Capítulo 5 “Los Juegos Olímpicos”, apartado V “Arbitraje”, 61, “Litigios – arbitraje”. Según el texto de aplicación de la Norma 45 todo participante en los Juegos Olímpicos debe firmar una declaración que expresa: *“Acepto también que cualquier diferencia resultante o en relación con mi participación en los Juegos Olímpicos sea sometida al Tribunal de Arbitraje Deportivo, de acuerdo con el código de arbitraje en materia deportiva (Norma 61). Acepto también respetar el código mundial antidopaje y el código de ética del COI...”*.

⁸ Con la Convención de la Unesco los gobiernos de todo el mundo se han puesto de acuerdo por primera vez para aplicar la fuerza del derecho internacional contra el dopaje. En la actualidad cuenta con 188 Estados Partes; 206 Comités Olímpicos Nacionales, 6 Asociaciones de Comité Olímpicos Nacionales; y 93 Federaciones Internacionales Deportivas (www.wada-ama.org/en/what-we-do/the-code/code-signatories y www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/anti-doping/international-convention-against-doping-in-sport). Ambos sitios consultados el 07/04/2021.

3. El Tribunal Arbitral del Deporte (CAS/TAS).

Realizar un exhaustivo análisis de la historia, organización, estructura y funcionamiento del Tribunal Arbitral del Deporte; como asimismo del procedimiento arbitral en general excede ampliamente los límites de este trabajo⁹; solo se hará referencia a aquellos aspectos que se consideran fundamentales para desarrollar la idea central sobre su legitimidad.

Desde la aprobación del Código de Arbitraje Deportivo¹⁰ por el Convenio de Paris la mayoría de las federaciones deportivas nacionales e internacionales, y Comités Olímpicos nacionales, han incorporado en sus estatutos una cláusula de referencia de sus conflictos a la jurisdicción del TAS, conforme se dijo en apartados precedentes, como instancia revisora de las sanciones disciplinarias impuestas. Las disposiciones que rigen a esta institución se recogen en el referido código, en el que se establecen sus normas orgánicas y procesales.

Su oficina principal funciona desde su creación en Lausanne, Suiza¹¹, y a aun cuando hay oficinas en otras ciudades, solo en ésta se constituye la sede del arbitraje, lo que hace aplicable el derecho arbitral de la sede como derecho subsidiario y fija la jurisdicción de los tribunales competentes para “revisar” el arbitraje y el laudo.

En un comienzo el funcionamiento del tribunal se estructuraba en base a dos divisiones: a) la división de Arbitraje Ordinario, que conoce de las cuestiones sometidas en única instancia, en forma exclusiva y excluyente de un asunto y sin posibilidad de revisión, y b) la División Arbitral de Apelación, que funciona como instancia revisora y final, respecto de las resoluciones dictadas por alguna Federación, Comité Olímpico o el COI, y excepcionalmente también de los laudos dictados por la división de arbitraje ordinario.

⁹ Para una completa visión de la estructura, organización y funcionamiento del TAS/CAS, confrontar Javaloyes Sanchis, 2013; Coccia, 2013; Blackshaw, 2003; McLaren, 2010; para una mirada latinoamericana ver González Mullin, 2016:416.

¹⁰ Disponible en https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019_en_.pdf (07/04/2021)

¹¹ Las federaciones deportivas internacionales están sometidas a la legislación del país donde han fijado sus domicilios o sedes. Suiza es el país donde hay un mayor número de federaciones deportivas internacionales domiciliadas o que tienen su sede en su territorio, coincidiendo con el domicilio del Tribunal Arbitral de Deporte y con la legislación notoriamente favorable al arbitraje que impera en dicho país. Sobre la importancia de Suiza como principal centro de arbitraje comercial internacional de Europa y el mundo ver Born. 2014: 39 ss.

En enero de 2019 comenzó a operar la División Antidopaje Permanente que administrará los procedimientos de primera instancia (o instancia única) relacionados con asuntos antidopaje que les serán delegados por las organizaciones deportivas signatarias del Código Mundial Antidopaje.

Adicionalmente el Tribunal Arbitral puede disponer de divisiones ad-hoc cuando lo estime conveniente, como las de los Juegos Olímpicos o las Eurocopa de 2000 y 2004.

La intervención del Tribunal Arbitral está dada por los siguientes elementos que configuran su competencia:

- a) Que se trate de una controversia relacionada con el deporte.
- b) Que las partes litigantes tengan vinculación con el mundo del deporte, ya sean instituciones deportivas, atletas, funcionarios, etc..
- c) Que las partes hayan acordado válidamente someter su disputa al TAS. Esto puede ser de forma directa, con un acuerdo expresamente destinado para ello, o en forma indirecta al estar sometidos a la jurisdicción de un organismo que contemple en sus estatutos la posibilidad de sumisión de sus litigios a la competencia del tribunal.
- d) Que se de cumplimiento a los supuestos para que una cuestión pueda ser seguida por la división ordinaria, o bien la división de apelación. En este último caso debe preverse la cláusula en los estatutos de la federación u organización deportiva, y debe ser aceptada por el atleta, ya sea en forma genérica o bien respecto de un evento específico.

El laudo emitido por el TAS es vinculante para las partes desde el momento en que se comunica, y al igual que las sentencias de los tribunales ordinarios, tiene fuerza ejecutiva. Para ello, en principio, habría que acudir al Convenio de Nueva York de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¹², en virtud de la cual el laudo que se dicte puede ser ejecutado en más de 130 países sin que puedan oponerse defensas sustanciales o de fondo (Javaloyes Sanchis; 2013:88); aunque los árbitros no tienen la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, y necesitan del aparato jurisdiccional público para obtenerla (Javaloyes Sanchis; 2013: 94).

¹² Para un análisis de la práctica en la materia ver International Council for Commercial Arbitration (2013).

El TAS como órgano arbitral está sujeto a las normas que regulen los procesos arbitrales y el arbitraje institucionalizado en Suiza, según las cuales, cuando todas las partes en el conflicto tengan su domicilio, residencia habitual o establecimiento en Suiza, se regirá como un arbitraje de derecho interno o arbitraje “nacional”; y cuando ello no suceda al menos con alguna de las partes¹³ será un arbitraje internacional de derecho privado.

En este último caso el procedimiento a seguir se encuentra establecido en la Ley reguladora del Derecho Internacional Privado (LDIP); capítulo 12, artículos 176 y siguientes.

El laudo del tribunal arbitral es definitivo, pero tal y como ocurre en las sentencias del orden jurisdiccional ordinario o común, puede ser recurrido¹⁴ ante el órgano judicial competente – que para los casos de arbitrajes internacionales es el Tribunal Federal Suizo -, y sólo puede tener como objeto única y exclusivamente la anulabilidad del laudo y nunca su modificación o decisión sobre el fondo del asunto¹⁵.

Sin embargo, la ley también admite que las partes pueden renunciar - antes de la finalización del procedimiento -, a la presentación de cualquier recurso contra el laudo arbitral. El artículo 192 de la LDIP establece que, si las dos partes no tienen ni su residencia, ni su domicilio habitual, ni establecimiento alguno en Suiza, podrán excluir todo tipo de recurso contra un laudo de un órgano arbitral, o alguno de los motivos de recurso previstos en el artículo 190, siempre que exista una declaración expresa en el convenio arbitral o en un acuerdo escrito posterior (Javaloyes Sanchis, 2013:348).

Es sin duda alguna una renuncia a un derecho de recurso jurisdiccional contra el laudo, y sólo puede ejercerse o prosperar cuando se cumplen las condiciones previstas en la ley,

¹³ La mayoría de federaciones internacionales deportivas y el COI tienen su domicilio en Suiza, pero las federaciones deportivas nacionales, clubes deportivos, deportistas, etc., que recurren a sus decisiones por vía de la apelación prevista en el Reglamento del TAS, tienen su domicilio o su residencia fuera de Suiza.

¹⁴ Sobre la anulabilidad de los laudos del TAS se recomienda la lectura de la excelente explicación expuesta en la obra de Javaloyes Sanchis tantas veces citada, y que se sigue en esta parte del trabajo.

¹⁵ Las decisiones arbitrales sólo pueden ser “atacadas” por alguna de las causas previstas en el mismo artículo 190-2. Debe tenerse en cuenta además la previsión contenida en los artículos 396 y siguientes del Código Procesal Civil suizo que prevé el “recurso de revisión” y cuyo uso ha sido autorizado por la jurisprudencia en el ámbito de la anulabilidad de los laudos arbitrales del TAS, aun sin estar previsto en la LDIP. Cfr. Sentencia del Tribunal Federal Suizo del 22/08/2011 - 4A- 222/2011 - citada en Javaloyes Sanchis, 2013:341 y ss.

plasmadas también en el párrafo cuarto de la Regla 59 del Código de Arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte.¹⁶

Este punto es motivo de polémica en el contexto deportivo internacional y de algún conflicto jurídico en relación al TAS y sus laudos¹⁷, ya que sería posible suponer que - así como los estatutos o reglamentos de las organizaciones deportivas internacionales en general fijan la obligatoriedad de acudir al TAS (u otro órgano arbitral) en caso de conflicto -, también podrían establecer que las decisiones del TAS no son recurribles ante el Tribunal Federal suizo, en aplicación de lo previsto en el artículo 59 del Código de Arbitraje Deportivo y en el artículo 192 de la LDIP, ya mencionados.

Según Javaloyes esta posibilidad presenta un primer problema práctico para su validez y aplicabilidad en el caso de los laudos del TAS, ya que la ley exige que ambas partes no tengan su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento en Suiza. Es cada vez menor el número de federaciones u organizaciones deportivas internacionales que no tienen su domicilio en Suiza, por lo que esta regla o posibilidad ya no tiene viso alguno de prosperar cuando tengan su sede en Suiza. Quedan así excluidos de esta opción la inmensa mayoría de organismos deportivos internacionales, aunque la exclusión de la mayoría no excluye a la totalidad (Javaloyes Sanchis, 2013: 351 y ss.)

Sin embargo, sería posible de aplicar en el caso de otros organismos o entidades que no tienen fijado su domicilio en Suiza, en el que se deberá analizar la validez de una cláusula, norma o regla de esta naturaleza.

La renuncia o exclusión de la opción de recurso ante la jurisdicción ordinaria en vía de anulación de un laudo del TAS podría presentarse de dos formas diferentes: (a) que esté fijada en una norma estatutaria o reglamentaria, o (b) que se derive de un documento específico y expreso firmado por las partes.

En el segundo de los supuestos, es lógico pensar que a priori estamos ante un caso válido de exclusión del derecho a presentar recurso contra un laudo del TAS ante el Tribunal Federal

¹⁶ La sentencia, notificada por la Secretaría del TAS, zanja definitivamente el litigio. No podrá ser objeto de recurso alguno cuando las partes no tengan su domicilio, su residencia habitual o un establecimiento en Suiza y hayan renunciado expresamente a presentar dicho recurso en el convenio arbitral o en un acuerdo escrito posterior y siempre antes del proceso arbitral.

¹⁷ Javaloyes Sanchis, 2013:349.

suizo, puesto que se ha hecho por escrito, de manera expresa y firmado por las partes, tal y como exige la ley LDIP en su artículo 192.

El problema se presenta en el caso de la inclusión de esta misma regla en una norma estatutaria o reglamentaria, donde no existe una manifestación expresa de una de las partes a dicha renuncia, por lo que se podría entender que no se cumple una de las condiciones básicas prevista en el referido artículo.

Siguiendo la misma doctrina jurisprudencial del Tribunal Federal Suizo para la admisión y validez de las cláusulas arbitrales incluida en los estatutos y reglamentos de las organizaciones deportivas – punto a mencionar más adelante -, Javaloyes entiende que podría deducirse, que la opción de no recurrir el laudo, incluida en una norma estatutaria o reglamentaria, también sería válida¹⁸.

Sin embargo, el Tribunal Federal suizo ha tenido la oportunidad de manifestarse al respecto¹⁹–al tratar un caso en el que se cuestionaba la normativa de la Asociación de Tenis Profesional (ATP) en materia de dopaje que establecía la prohibición de recurrir los laudos del TAS.

El Tribunal consideró que el documento por el cuál el jugador aceptaba aquella normativa no es válido a los efectos de la ley suiza. Sostuvo que el artículo 190 de la LDIP persigue como objetivo - además de descargar el trabajo del propio tribunal - reforzar los órganos y tribunales arbitrales suizos para que sean atractivos para las personas de fuera de Suiza y así consolidar la “plaza” como un centro de arbitraje internacional, evitando de esta forma que los laudos estén sujetos a un doble control, que estaría dado en primer término por el del órgano judicial en vía de anulación, y en segundo orden por el control del órgano judicial en vía de exequátur (Javaloyes Sanchis, 2013: 356).

Para el Tribunal resulta evidente que en el contexto de un arbitraje internacional siempre existe la opción de un control judicial del laudo de conformidad con lo que establece la Convención de Nueva York, desde el momento en que deba procederse al “exequátur” en otro país; tramite en el cual el juez ordinario tiene capacidad para revisar si el laudo adolece de los defectos graves que prevé aquella convención.

¹⁸ Javaloyes Sanchis, 2013:352.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Federal suizo de 22 de marzo de 2007 en el asunto 4P-172/2006.

Sin embargo - advierte Javaloyes Sanchis -, el Tribunal Federal se percató que en el ámbito jurídico del deporte las cosas no son como en otros contextos jurídicos y sociales, ya que la inmensa mayoría de los conflictos que se presentan ante el TAS son por la vía de “apelación”. En este contexto, donde las estructuras deportivas se vertebran de forma piramidal, no resulta necesario, ni tiene ninguna virtualidad jurídica ni fáctica real la acción jurisdiccional del exequátur, puesto que las decisiones del TAS se ejecutan por otras vías y por otros medios.²⁰ Dicha estructura hace que las ejecuciones de los laudos del TAS, sean inmediatas y no requieren (normalmente) de la intervención de un juez de exequátur.

Atento a ello el Tribunal Federal suizo consideró que una cláusula estatutaria o contractual como la del caso de la Asociación de Tenis Profesional pretende evitar o excluir de hecho la posible revisión total y completa por un órgano jurisdiccional del laudo arbitral y ésta no fue ni podía ser la voluntad del legislador.

Además, el Tribunal Federal suizo exige que, para que una cláusula de estas características tenga validez, debe existir una voluntad clara e indubitada de renunciar al recurso y que dicho acuerdo debe ser “recíproco y concordante”. Esto excluye de toda validez a este tipo de cláusulas en los estatutos y reglamentos; la renuncia no puede ser impuesta y no puede estar sujeta a otras condiciones más allá de la simple voluntad de las partes. Si no fuera así se vulneraría uno de los principios básicos del Estado de derecho como es el principio de no vulneración del orden público²¹, porque no existe una voluntad totalmente libre.

El tribunal Federal considera que la participación en el deporte es voluntaria y esto avala la sujeción normativa al arbitraje, aunque ello no es aplicable para justificar la renuncia al recurso ante el tribunal de revisión, incluso en el supuesto que haya sido expresamente firmado.

Ello es así puesto que, en el caso de sujeción a los tribunales arbitrales, simplemente se sustituye la primera parte del proceso de revisión del conflicto de un órgano estatal por un órgano privado, pero después existen exactamente los mismos mecanismos de control,

²⁰ Si un club o deportista debe pagar una indemnización a otro club por una cláusula contractual o por una cláusula penal o por una sanción de compensación impuesta por un organismo deportivo superior, simplemente debe cumplir, porque si no se le impide competir (Javaloyes Sanchis, 2013: 357).

²¹ Javaloyes Sanchis, 2013: 358. Uno de los aspectos a considerar muy especialmente al analizar el rol del Tribunal Arbitral del Deporte, es lo referido al orden público, local e internacional, pero que excede los límites de este trabajo.

supervisión y revisión de lo actuado, si estuviéramos ante una jurisdicción ordinaria o una arbitral.

En el segundo caso existe una renuncia a presentar recurso, incluso en el supuesto que el arbitraje hubiera sido completamente defectuoso o inválido, con el agravante que, en el contexto deportivo, la vía del exequátur es automática – o tal vez inexistente - y, por tanto, no hay órgano de revisión de la ejecución del laudo, aunque el mismo incumpliera los principios más elementales del derecho²². Los mecanismos de defensa y de garantías para el ciudadano son completamente diferentes en un caso y en el otro.

El tribunal, en síntesis, considera que aquella renuncia no puede ser admitida como válida, puesto que implica un riesgo de absoluta falta de control del laudo arbitral, que desatiende, no solo la legislación suiza, sino también el espíritu de normas internacionales respecto del arbitraje y principios básicos del Estado de Derecho, que hace extensible así al arbitraje en el ámbito del deporte internacional.

4. La pregunta sobre la legitimidad del sistema de resolución de conflicto.

Una explicación o justificación teórica de la legitimidad del sistema de resolución de controversias – y en particular del arbitraje – en el ámbito del derecho internacional del deporte intenta responder la pregunta acerca de ¿cuál es la fuente de poder normativa o jurídica de los tribunales arbitrales para resolver las controversias?, o dicho de otro modo ¿qué derecho “legítima” al sistema de resolución de conflictos en ese ámbito? Antes de presentar la propuesta corresponde señalar ciertas aclaraciones o advertencias que deben ser tenidas en cuenta a la hora de ensayar una respuesta.

4.1. Legitimidad y convivencia del sistema.

En primer término, la pregunta sobre la legitimidad tiene relación con la “**convivencia**” del mecanismo de resolución de controversias deportivas con los ordenamientos jurídicos nacionales, con su aceptación por parte de estos, lo que supone adoptar, a priori, una mirada escéptica de la pretensión de autonomía absoluta con relación a los sistemas estatales.

²² Javaloyes Sanchis, 2013: 359.

Sin desconocer la postura de quienes consideran indiscutible la autonomía del derecho deportivo como rama del Derecho²³ - y que, como deducción de ello la existencia de un sistema de resolución “propio” se encuentra legitimada-, lo cierto es que con frecuencia los operadores del sistema presentan objeciones que remiten a nuestra pregunta.

Ésta pretende determinar la razón jurídicamente relevante en virtud de la cual, - más allá de la propia voluntad de las partes -, los Estados aceptan o estarían dispuestos a aceptar la resolución del Tribunal Arbitral del Deporte, en particular en aquellos casos en que - sin perjuicio de tener en consideración la naturaleza eminentemente “asociativa” de las relaciones establecidas en el ámbito del deporte federativo internacional -, se encuentran involucrados Derechos Fundamentales²⁴.

Basta solo mencionar aquí una serie de casos que evidencian la existencia de la dificultad de convivencia referida. Así por ejemplo la sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas dictada en el caso sobre “Third Party Ownership” entre el Club suizo Searing y la FIFA²⁵, referido a la legitimidad del arbitraje desde un análisis de las cláusulas compromisorias, - que en principio no es el aspecto al que se pretende darle prioridad aquí -, refleja aquella dificultad. El tribunal belga parece aducir que estas cláusulas violan el artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza a todo ciudadano o empresa de la UE el acceso a un juez independiente cuando está en juego un derecho derivado de los Tratados europeos. Consecuentemente, cualquier club o deportista afectado por una decisión de una federación deportiva, en particular FIFA o UEFA, podría rechazar la competencia del

²³ Sobre el debate respecto a la autonomía del Derecho del Deporte ver: Davis, 2012.

²⁴ Para un concepto de Derechos Fundamentales ver, por todos, Sánchez Marín, 2014.

²⁵ La sentencia está disponible en castellano en el siguiente enlace: <http://www.iusport.es/resoluciones-judiciales/SENTENCIA-BRUSELAS-SUMISION-TAS-2018-ANONIMIZADA.pdf>

Tribunal Arbitral del Deporte y obligar a la federación en cuestión a que el asunto se sustancie ante la justicia ordinaria²⁶.

En España hay ejemplos de pronunciamientos judiciales favorables a deportistas que se vieron obligados a aceptar la competencia del TAS sin haberse sometido voluntariamente al mismo. Se trata de los casos de Marta Domínguez y de Roberto Heras, en los que los tribunales españoles negaron la legitimidad a dicho tribunal²⁷.

Del mismo modo debe considerarse el caso de doping de Mutu (futbolista profesional) y Claudia Pechstein (patinaje de velocidad / Alemania), que fuera resuelto por el TAS²⁸, fue rechazada la apelación del laudo por el Tribunal Federal Suizo, y luego de tramitar por la justicia ordinaria y el Tribunal Federal de Alemania fue tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la sentencia dictada en el año 2018 (solicitudes núm. 40575/10 y núm. 67474/10²⁹), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, por mayoría, que no había habido violación del artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos con respecto a la supuesta falta de independencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo, y si una violación del mismo artículo 6 § 1 en el caso de la segunda demandante

²⁶En virtud del fallo el Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (ICAS) emitió un comunicado en el que puso en evidencia el referido problema al indicar que la principal dificultad es que uno puede terminar con dos decisiones contradictorias: una emitida por los tribunales belgas, ejecutable solo en Bélgica, y la original emitida por CAS (y que fue confirmada por el Tribunal Federal Suizo), ejecutable en el resto del mundo. Señaló que el riesgo de que un tribunal nacional no reconozca el arbitraje CAS o no haga cumplir un laudo es muy raro, y depende principalmente de la legislación local (por ejemplo, ver el caso de Roberto Heras en España / Ciclismo / Vuelta 2005). Enfatizó que los laudos del CAS siempre pueden ser impugnados ante el Tribunal Federal Suizo, que es el tribunal más alto de Suiza. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/ICAS_statement_11.09.18.pdf. (07/04/2021).

²⁷En el caso “Heras” el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 25/4/2017, señaló que el arbitraje obligatorio es inconstitucional en España; vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de su Constitución siempre que una de las partes no haya prestado libremente su consentimiento por no haber suscrito voluntariamente ningún compromiso de arbitraje, sino como requisito “*sine qua non*” para ejercer su profesión. A su vez, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó la sentencia del 19/6/2017, en la que resolvió el recurso de Marta Domínguez contra la decisión de retirarle la condición de deportista de alto nivel tras una sanción por dopaje.

²⁸ https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein__ISU_translation_ENG_final.pdf

²⁹ Basándose en el artículo 6 § 1 del Convenio, los demandantes alegaron que el CAS no podía considerarse un tribunal independiente e imparcial. La segunda demandante se quejó de que no había tenido una audiencia pública ante el consejo disciplinario de la ISU, el CAS o el Tribunal Supremo Federal de Suiza, a pesar de sus solicitudes explícitas a tal efecto. Basándose en el artículo 4 § 1 (prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso) y el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la propiedad), el primer solicitante se quejó de la suma que le habían ordenado pagar al Chelsea Football Club.

(Pechstein), con respecto a la falta de una audiencia pública ante el TAS. El Tribunal determinó que los procedimientos de arbitraje del CAS en los que los demandantes habían sido parte debían ofrecer todas las garantías de una audiencia justa, y que las alegaciones del segundo demandante sobre una ausencia estructural de independencia e imparcialidad en el CAS, al igual que las críticas del primer demandante relativo a la imparcialidad de algunos árbitros, debían ser rechazadas. Por el contrario, el Tribunal sostuvo que las cuestiones relativas al fondo de la sanción impuesta al segundo demandante por dopaje, discutidas ante el TAS, requerían una audiencia que estuviera sujeta a escrutinio público³⁰.

Sin embargo los magistrados Keller y Serghides expresaron una opinión conjunta disidente en la que concluyeron que si bien estaban de acuerdo con la mayoría en que la falta de audiencia pública en el caso de la Sra. Pechstein constituyó una violación del artículo 6 § 1 de la Convención, los problemas estructurales de este órgano de arbitraje deberían haber llevado a la Corte a encontrar una violación del artículo 6 § 1 bajo el encabezado de la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral del Deporte, ya que plantea “serias cuestiones que afectan la interpretación o la aplicación del Convenio” en el sentido del artículo 43 § 2; que los problemas estructurales de ese órgano arbitral, junto con las cuestiones relativas al alcance de la competencia de la Corte, deberían haber sido sometidos a un examen más estricto, especialmente porque el TAS constituye, para un número considerable de deportistas profesionales, el único órgano de apelación con jurisdicción para revisar tales casos en cuanto a los hechos y la ley³¹.

Luego el tribunal rechazó la remisión del asunto a la Gran Sala del TEDH, convirtiéndose así la sentencia en definitiva de conformidad con el artículo 44 § 2 (c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En septiembre de 2019, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó una decisión en un caso “Erwin Bakker contra Suiza”³², en el que se trataba una sanción por

³⁰ En consecuencia, el Tribunal concluyó que se había producido una violación del artículo 6 § 1 debido al carácter no público del procedimiento ante el TAS. Esa conclusión hizo innecesario que el Tribunal examinara la queja del segundo demandante en relación con la junta disciplinaria de la ISU, dado que el CAS era el órgano de apelación, con plena jurisdicción, para la ISU.

³¹ Cfr. fallo <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Mutu%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-186828%22%5D%7D> (23/4/2021)

³² <https://hudoc.ec hr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-196440%22%5D%7D> (10/04/2021)

dopaje impuesta por la Unión Ciclista Real de los Países Bajos, la que fue revisada por el TAS mediante laudo arbitral de 5 de mayo de 2006 que rechazó la solicitud del demandante. Ante ello se interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Federal Suizo invocando que el artículo 190 § 2 c) de la ley federal de derecho internacional privado y el artículo 29 § 2 de la Constitución suiza habían sido violados debido a que el TAS no se pronunció sobre sus argumentos relacionados con la licitud de las pruebas aportadas durante el proceso; y que el laudo arbitral era contrario al orden público en el sentido del artículo 190 § 2 (e) de la ley antes nombrada, por considerar que los análisis de orina no cumplían con los estándares internacionales al respecto, que la prohibición de por vida de participar en una competición deportiva violó su derecho al respeto de su libertad personal y constituyó un abuso de derechos. El Tribunal Federal Suizo declaró inadmisibles los recursos interpuestos por Bakker, quien se presentó ante el TEDH alegando violación de su derecho a un juicio justo (artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)³³. El TEDH confirmó aquella decisión afirmando - en lo que a este trabajo interesa -, que los Estados miembros no están obligados a crear tribunales de apelación o casación³⁴; que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, en particular en lo que respecta a las condiciones de admisibilidad de un recurso³⁵, sin perjuicio de señalar que las limitaciones aplicadas sólo pueden conciliarse con el artículo 6 § 1 si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido³⁶. Expresó también que dada la naturaleza específica del proceso ante el TAS y el Tribunal Federal Suizo, la restricción al derecho de acceso a un tribunal no fue arbitraria ni desproporcionada con el fin perseguido, a saber, la correcta administración de justicia, y por lo tanto este derecho no fue infringido en su esencia. Observó también que el

³³ En particular, denunció: A) que el Tribunal Federal declaró inadmisibles los recursos presentados el 26 de julio de 2006, en la medida en que no era estrictamente idéntico al primer escrito de 25 de junio de 2006, mientras que las diferencias entre los dos eran mínimas, y que los medios no se formularon de manera suficientemente precisa; B) que la sentencia del Supremo Tribunal Federal no estaba suficientemente motivada y que probablemente no examinó en detalle los medios planteados; C) que el Tribunal Federal no gozó de pleno poder de revisión de hecho y de derecho y que, por tanto, se vio privado del derecho de acceso a un tribunal independiente e imparcial, y D) que el Tribunal Federal no había emitido públicamente su sentencia.

³⁴ Con cita de “Delcourt c. Bélgica, 17 de enero de 1970, § 25, Serie A no. 11”.

³⁵ Con cita de “García Manibardo c. España, no 38695/97, § 36, ECHR 2000-II; Mortier contra Francia, no 42195/98, § 33, 31 de julio de 2001”.

³⁶ Con cita del antecedente “Guérin c. Francia, 29 de julio de 1998, § 37, Informes 1998-V”.

recurso de derecho público fue el único recurso disponible por la LDIP contra los laudos arbitrales dictados por el TAS, que el atleta se había beneficiado de una revisión completa ante ese tribunal arbitral, que cubría tanto las cuestiones de derecho como las conclusiones de hecho, por lo que no podía quejarse de que el Tribunal Supremo Federal no gozó de plenos poderes de revisión.

El mismo tribunal entendió también en el caso de “Ali Riza y otros contra Turquía” (28 de enero de 2020)³⁷, en el que cinco demandantes – ante distintas circunstancias – señalaron que los procedimientos ante el Comité de Arbitraje de la Federación Turca de Fútbol (TFF) violaban el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH consideró que las especificidades del arbitraje deportivo no superan las garantías fundamentales de un juicio justo (§180); señaló que los procedimientos ante el Comité de Arbitraje de la Federación Turca de Fútbol son procedimientos de arbitraje obligatorio, que desencadenan la aplicación de garantías de juicio justo en virtud del artículo 6 (1) (§181). El tribunal diferenció los procedimientos ante el Comité de Arbitraje de la Federación Turca y ante el TAS, señaló que *"las decisiones del Comité de Arbitraje eran definitivas y, por lo tanto, no podían ser revisadas judicialmente por ningún tribunal"* (§181). El Tribunal aclaró que el Comité de Arbitraje puede considerarse un tribunal en el sentido del Artículo 6 (1) (§204), y con respecto a los elementos de independencia e imparcialidad, encontró *"la existencia de una serie de fuertes lazos organizativos y estructurales entre la Junta Directiva y el Comité de Arbitraje"* (§216) y destacó el *"nivel significativo de influencia que tiene el Consejo de Administración sobre el funcionamiento del Comité de Arbitraje"*. La sentencia aclaró y reafirmó que los miembros de los órganos de arbitraje deportivo deben cumplir con los requisitos del derecho a un tribunal independiente e imparcial; analizó la composición de la Junta Directiva de la Federación Turca que nombra a todos los miembros del Comité de Arbitraje y concluyó que *"el hecho de que los jugadores no gocen del mismo nivel de representación que los clubes puede inclinar la balanza a favor de los clubes en los procedimientos ante el Comité de Arbitraje ..."*, por lo que el Tribunal determinó que Turquía violó el derecho a un tribunal independiente e imparcial debido a *"las deficiencias estructurales del Comité de Arbitraje"* (§219). La sentencia refuerza y también amplía lo dicho en Mutu y Pechstein, ya que extiende las garantías de un juicio justo no solo a los

³⁷ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-200548%22%5D%7D> (10/04/2021).

tribunales como el TAS, sino también a los órganos de arbitraje nacionales sin supervisión judicial.³⁸

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abordó el tema que aquí se trata en la Sentencia del Tribunal General sobre ISU vs. Comisión Europea (16 de diciembre de 2020)³⁹, donde si bien confirmó que las normas de la Unión Internacional de Patinaje (UIP) que prevén sanciones severas contra los deportistas que participen en pruebas de patinaje de velocidad no reconocidas por ella son contrarias a las normas de la UE en materia de competencia, decidió que la Comisión Europea incurrió en error al cuestionar el reglamento de arbitraje de la UIP. A raíz de una denuncia presentada por dos patinadores profesionales neerlandeses, la Comisión Europea había considerado mediante Decisión de 8 de diciembre de 2017⁴⁰ que las normas de elegibilidad de la UIP eran incompatibles con las normas de competencia de la Unión (artículo 101 TFUE) en la medida en que tenían por objeto restringir las posibilidades de que los patinadores de velocidad profesionales participasen libremente en las pruebas internacionales organizadas por terceros, y privaban, por tanto, a esos terceros de los servicios de los deportistas que eran necesarios para organizar dichas competiciones.

Las Reglas de Elegibilidad de la ISU también incluían reglas de arbitraje que establecían la jurisdicción exclusiva del TAS, que según la Comisión “reforzaban” dicha infracción; por lo que ordenó a la ISU (sujeta a una multa coercitiva) que pusiera fin a la infracción mediante la enmienda de sus Reglas de Elegibilidad. La UIP recurrió la decisión impugnada ante el Tribunal General, quien confirmó la fundamentación de la calificación de restricción de la competencia por el objeto realizada por la Comisión con respecto a la normativa de que se trata, pero anuló parcialmente la decisión en relación a las medidas correctoras impuestas a la UIP, en la medida en que la Comisión exigió, so pena de multa coercitiva, que se modificase sustancialmente el reglamento de arbitraje de la UIP en caso de que se mantuviese

³⁸ Para un análisis mas detallado cfr. <https://strasbourgobservers.com/2020/03/18/the-future-of-the-rule-of-law-in-sports-law-ali-riza-and-others-v-turkey/>. (10/04/2021)

³⁹Asunto T93/18 International Skating Union contra Comisión Europea. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/cp200159en.pdf> (10/04/2021).

⁴⁰ Decisión C(2017) 8230 final de la Comisión, de 8 de diciembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto AT.40208 — normas de elegibilidad de la Unión Internacional de Patinaje).

el sistema de autorización previa. A este respecto, el Tribunal General señaló que la Comisión estimó equivocadamente que ese reglamento de arbitraje, que confiere al Tribunal Arbitral del Deporte una competencia exclusiva para conocer de los recursos contra las decisiones de inelegibilidad y hace obligatorio ese arbitraje, reforzaba las restricciones de la competencia generadas por las normas de elegibilidad.

Conforme señala Despina Mavromati la sentencia confirmó la compatibilidad de las cláusulas de arbitraje exclusivo a favor del CAS con el derecho de competencia de la UE, en la medida en que no impiden a las partes una protección judicial efectiva contra decisiones potencialmente anticompetitivas bajo las normas de competencia de la UE⁴¹.

El último ejemplo es el caso tratado por el TAS al desestimar las solicitudes presentadas por la atleta sudafricana Caster Semenya y Athletics South Africa (ASA) contra la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF) referidas a los "Reglamentos de Elegibilidad de la IAAF para la Clasificación de Mujeres (Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual)", al considerar que no se pudo establecer que dicha normativa era "inválida"⁴². El TAS informaba que el laudo podía ser apelado en el Tribunal Federal Suizo dentro de los 30 días, lo que finalmente ocurrió, puesto que Semenya recurrió ante dicho tribunal, que en primer término suspendió provisoriamente lo decidido por el laudo, luego lo reestableció, y finalmente rechazó el recurso⁴³, en virtud de lo cual la atleta anunció que apelaría ante el TEDH⁴⁴, iniciándose así una nueva secuencia en la que, entre otras cosas, pone en discusión la legitimidad del sistema.

⁴¹ <https://www.sportlegis.com/2020/12/21/judgment-of-the-eu-general-court-of-16-december-2020-international-skating-union-v-commission/> (10/04/2021)

⁴² “Caster Semenya y ASA solicitaron que las Regulaciones DSD se declararan inválidas y nulas con efecto inmediato. Los consideran discriminatorios, innecesarios, poco fiables y desproporcionados. La IAAF sostuvo que el Reglamento DSD no infringe los derechos de ningún atleta, incluido el derecho a la igualdad de trato, sino que es un medio justificado y proporcionado para garantizar un tratamiento coherente y preservar una competencia justa y significativa dentro de la clasificación femenina...” www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_Semenya_ASA_IAAF_decision.pdf. Traducción propia. Una versión en inglés del laudo disponible en <https://www.sportsintegrityinitiative.com/a-skillful-poker-player-never-shows-their-hand/>.

⁴³ El fallo en francés en https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/it/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://25-08-2020-4A_248-2019&lang=de&zoom=&type=show_document; (10/04/2021).

⁴⁴ <https://www.bbc.com/sport/athletics/56155793> (12/04/2021).

4.2. Derecho del Deporte

La segunda aclaración, es que el trabajo se limita al sistema de resolución de controversias, en el sentido más estricto del concepto, sin profundizar el análisis sobre el derecho sustancial aplicable, creado en el ámbito del deporte internacional.

Sin embargo, cualquier mirada del sistema de resolución de controversias en el ámbito del deporte, requiere imprescindiblemente la presentación de un concepto del derecho del deporte, que en una primera aproximación es posible definir como la norma o conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta del hombre sobre el deporte y su entorno.

La evolución y la complejidad de la actividad deportiva, y consecuentemente de su normativa, hace necesaria una caracterización más precisa, dado que el deporte y su desarrollo a nivel mundial, como fuera referido, imponen la creación de un derecho universal, basado en principios, medios y fines universales, coordinados por leyes propias de ámbito internacional (Perry, 2002:20).

El referido carácter universal encuentra una interesante mirada en Ken Foster,⁴⁵ quien indica que la globalización del deporte ha trasladado el foco de la regulación legal cada vez más a las federaciones internacionales, que controlan y gobiernan el deporte, autónomas e independientes de los gobiernos de los Estados.

Presenta así dos concepciones del derecho que a su criterio coexisten en el ámbito del deporte internacional. El Derecho internacional del deporte - "*international sports law*" -, constituido por los principios del derecho internacional aplicables al deporte, que incluye salvaguardias adicionales del "Estado de Derecho", referidas a las garantías constitucionales en la mayoría de las democracias occidentales; y que se basan en una lectura comparativa o de denominador común de varios sistemas jurídicos⁴⁶. La fuente de estos principios generales podría encontrarse – expresa - en el derecho internacional consuetudinario: la "*comuna jus*". Indica que dichos principios no pueden ser ignorados por las federaciones deportivas internacionales, y pueden y deben ser ejecutados por cualquier institución legal que tenga

⁴⁵Foster, 2003. Para un concepto de "*transnational sport law*" y tres concepciones del mismo: "*the wide, the hybrid, and the private conception*", con particular referencia al derecho sustancial, y una relación entre "*lex sportiva*" y "*lex mercatoria*" ver Latty, 2012 y Siekmann, 2012.

⁴⁶ Coincide en este punto con el método propuesto por Gaillard que se desarrolla más adelante.

jurisdicción. Su carácter universal significa que las federaciones deportivas internacionales no son libres de aplicarlos o interpretarlos como lo deseen.

Por otra parte, el Derecho global del deporte “*–global sports law–*”, es un orden jurídico transnacional autónomo creado por las instituciones globales privadas que gobiernan el deporte internacional, caracterizado por ser un orden contractual cuya fuerza vinculante proviene de acuerdos para someterse a la autoridad y jurisdicción de las federaciones deportivas internacionales y que, en principio, no está regido por los sistemas legales nacionales. Es un conjunto “*sui generis*” de principios creados a partir de normas legales transnacionales generadas por las reglas - y su interpretación - de las federaciones deportivas internacionales.

4.3. Lex Sportiva

Dicho ello, tampoco habrán de realizarse mayores consideraciones respecto del concepto de “*lex Sportiva*” que, al igual que el de “*lex mercatoria*”, parecería incluir no solo al derecho sustancial, sino también al propio sistema de resolución, considerado como un elemento imprescindible del mismo. El propio Foster señala que los dos conceptos de “derecho” por él propuestos no deben confundirse en la idea única de la “*Lex Sportiva*”, puesto que ello daría a entender que las federaciones deportivas internacionales son legalmente inmunes a la regulación de los sistemas legales nacionales.

Por su parte Beloff⁴⁷ refiere que “*Lex Sportiva*” se caracteriza por la presencia de tres elementos principales: a) normas transnacionales generadas por las federaciones deportivas internacionales, b) una jurisprudencia única, con principios legales diferentes a los de los tribunales nacionales, y que está declarada por el Tribunal de Arbitraje Deportivo, y c) ser constitucionalmente autónomo del derecho nacional.

Según Foster esa concepción de “*lex sportiva*” es ambigua en cuanto a si se trata de su “Derecho Internacional del deporte” o del “Derecho global del deporte”, pues contiene elementos suficientes que sugieren que está abogando por el surgimiento de un orden legal

⁴⁷ Beloff, 2012. Sobre “*Lex Sportiva*” ver, entre otros: Erbsen, 2012; Casini, 2012; Foster, 2006; Nafzinger, 2012a. Sobre las distintas acepciones de la “*lex Sportiva*” ver Foster, 2012.

autónomo fuera de la revisión de los sistemas nacionales; y asume que lo que Beloff describe como “*lex Sportiva*” es lo que él ha definido como “*Global Sport Law*”⁴⁸.

Kolev⁴⁹ presenta un interesante trabajo sobre la asimilación de la “*lex sportiva*” y “*lex mercatoria*”, compara los desarrollos históricos de ambas con remisión a la obra de Berman (1996) respecto de la última; y luego de señalar las semejanzas y diferencias entre ambas, enfatiza que - a contrario de la “*mercatoria*”-, la “*lex sportiva*” es un derecho transnacional que no está aprobado por los estados nacionales de manera similar a la legislación de la UE para tener supremacía sobre las leyes nacionales, y que TAS no es un tribunal reconocido internacionalmente, sino simplemente un sistema de arbitraje para la solución de controversias, cuyos lazos están sujetos a las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales⁵⁰.

4.4. La voluntad de las partes.

La última aclaración es que el análisis no incluye a un elemento esencial del concepto de arbitraje, cual es la voluntad de las partes.

La Guía del Arbitraje del propio TAS define el arbitraje como “*una institución jurídica privada, independiente e imparcial, autorizada por el ordenamiento jurídico vigente y, capaz de solucionar litigios de derecho privado. Presentando dos aspectos esenciales: un aspecto contractual, ya que las partes tienen la voluntad común de someter sus diferencias a la opinión de unos árbitros, en virtud de un acuerdo expreso; y un aspecto jurisdiccional, ya que el arbitraje es un acto jurídico auténtico, instituido para zanjar litigios privados, al igual que la jurisdicción civil ordinaria, desarrollado según reglas de procedimiento muy precisas*”

⁴⁸ El autor indica que este concepto invoca deliberadamente el de “*lex mercatoria*”, cuyos tres elementos claves parecen ser: a) que sus normas son generadas por la costumbre internacional y la práctica de los contratos comerciales, que se han estandarizado; b) que el arbitraje se considera superior al litigio como método de resolución de disputas y, c) que puede contener disposiciones para prevenir la aplicación de las leyes nacionales. Son similares a los enumerados por Beloff como fundamentales en el concepto “*lex sportiva*”.

⁴⁹Kolev, 2012.

⁵⁰ Más adelante expresa que la ley del deporte tiene un gran potencial para convertirse en una ley mundial similar a la ley mercantil. Las reglas universalmente aceptadas de más de 200 juegos y los principios universalmente aceptados que rigen las competiciones a nivel mundial, la importancia del deporte para la demostración de valores individuales y nacionales, la globalización del deporte, son parte de las condiciones previas para que esto suceda. Sin embargo, la comparación con la “*lex mercatoria*” revela algunas diferencias importantes que podrían ser relevantes para el futuro desarrollo del derecho deportivo como derecho mundial” (Kolev, 2012:228-230) Traducción propia. Kolev presenta además algunas opiniones interesantes referidas al rol del CAS/TAS en la consolidación de la “*lex sportiva*”. En el mismo sentido ver Nafzinger, 2012b.

*y expresado en laudos con la misma fuerza ejecutoria que las sentencias de los tribunales civiles.*⁵¹”

Los resaltados destacan el carácter esencial que la voluntad de las partes presenta en el concepto del arbitraje. Sin desconocer la enorme importancia que el tema presenta y la gran cantidad de trabajos doctrinarios que se han ocupado de estudiarlo⁵², no se abundará sobre el punto y solo habrá de recordarse que la sujeción al arbitraje puede realizarse mediante un acuerdo, contrato, convención escrita que tenga como objeto único, principal o secundario, la subordinación del conflicto presente o futuro a un órgano arbitral - en nuestro caso al TAS - y/o mediante la previsión en los reglamentos y normas de las organizaciones deportivas nacionales o internacionales de sumisión “normativa” y “obligatoria” al arbitraje.

Ambas formas han sido consideradas válidas por la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo cuando del TAS se trata, por lo que no hay discusión de que estas previsiones estatutarias y/o reglamentarias federativas o de competición resultan completamente válidas y conforme a las leyes de arbitraje⁵³.

El principio básico sobre el que se asienta la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo, posteriormente seguido y aplicado por tribunales de muchos otros países, es que la práctica deportiva es “voluntaria” y “libre”; y así el criterio de la voluntariedad prima sobre la obligación de recurso ante un órgano arbitral y la exclusión de la jurisdicción ordinaria mediante normas estatutarias. Ello incluso en el supuesto en que una persona o colectivo de personas no haya manifestado de forma expresa y clara la sujeción al arbitraje, y aún cuando la participación o membresía no esté respaldada mediante un documento escrito. Basta con la pertenencia para entender que se aceptan las reglas de la organización.

Dicho esto, la pregunta sobre la legitimidad del arbitraje podría reformularse incluyendo este punto, de modo tal que ella sea: ¿cuál es la fuente de poder, que autoriza a las partes a **convenir** delegar la resolución de sus controversias a un tribunal arbitral, y hacer que el laudo dictado en consecuencia sea reconocido y ejecutado?

⁵¹ Cfr. Javaloyes Sanchis, 2013: 38. Para otras definiciones de arbitraje deportivo ver García Silvero, 2005.

⁵² Ver por todos Ortega Sánchez y Nougues (2016).

⁵³ Javaloyes Sanchis (2013:350) en la nota al pie nº 505 indica que una parte importante de la doctrina no se muestra conforme con la interpretación que al respecto realiza el TAS y el Tribunal Federal suizo, y en consecuencia es contraria a la validez de estas cláusulas de adhesión.

5. La Teoría Jurídica del Arbitraje de Gaillard: El arbitraje comercial internacional como sistema transnacional de justicia.⁵⁴

Para responder a la pregunta sobre la legitimidad del sistema arbitral en el ámbito del Derecho del deporte internacional, se sigue la propuesta teórica ensayada por Emmanuel Gaillard⁵⁵ sobre la legitimidad del arbitraje comercial internacional.

Según el autor *“El derecho del arbitraje se presta a un análisis bajo la óptica de la filosofía del derecho; las nociones de libertad y voluntad se encuentran en el corazón de la materia, al igual que la legitimidad que surge a raíz de la libertad de las partes para elegir una forma privada de resolución de controversias en lugar de los tribunales estatales, de elegir su juez, de determinar el procedimiento que les parezca más apropiado, de establecer las normas de derecho aplicables a la controversias, incluso si se trata de normas diferentes a las de un sistema jurídico determinado, de la libertad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia, de determinar el desarrollo del procedimiento y, ante el silencio de las partes, de elegir las normas aplicables al fondo de la controversia...”* (Gaillard, 2010: 8-9).

Indica que el interrogante sobre la cuestión de la fuente de ese poder del árbitro de pronunciar una decisión de naturaleza privada y fundamentada en la voluntad de las partes, y sobre la juridicidad de la decisión resultante, es indudablemente uno de los más difíciles de la filosofía del derecho.

Aun cuando parte de la doctrina reconoce la existencia de un orden jurídico arbitral⁵⁶, para Gaillard la cuestión continúa generando controversias sobre el alcance de la autonomía del arbitraje internacional respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales. Entiende que el carácter contractual del arbitraje no basta por sí solo para responder acerca de la fuente de la validez del acuerdo que otorga a los árbitros el poder de juzgar; y que la distinción esgrimida

⁵⁴ El presente apartado se basa fundamentalmente en la obra de de Gaillard (2010a), (2010b), (2009: 305-310), (2010c: 271-281), (2014) y (2015: 1-17).

⁵⁵ La obra de Gaillard no es la única que aborda este tema; interesantes aportes sobre una teoría del arbitraje comercial internacional pueden encontrarse en Oppetit (2006); y desde una teoría de la “adjudicación”, en Ferreres Comella (2014) y Fernández Arroyo (2014).

⁵⁶ Para una discusión sobre la evolución y uso de la expresión “orden jurídico arbitral” ver Gaillard (2010a: 42-75). Sobre el reconocimiento en ciertas jurisdicciones de la existencia de un orden jurídico arbitral, ver: Hasher D. (2010: 97); Ancel J.P. (2011: 9); Draetta U. (2011).

por ciertos especialistas del derecho internacional privado entre la conexión territorial y la conexión contractual es igualmente insuficiente⁵⁷.

5.1. Visiones sobre el Arbitraje Internacional

Presenta así tres visiones distintas sobre el arbitraje internacional, definidas por la fuente de legitimidad del fenómeno: la Mono-localista, la Westfaliana y la transnacional, cada una de las cuales trae diferentes consecuencias prácticas.

Estas visiones⁵⁸ o representaciones repercuten fuertemente en los puntos de vista a preguntas que van desde si los árbitros tienen facultad para determinar su propia competencia, el desarrollo del procedimiento arbitral, el derecho aplicable al fondo de la disputa, o el destino del laudo arbitral, incluyendo la pregunta de si un laudo anulado podrá ser ejecutado en otras jurisdicciones; y también por que no, la situación inversa, esto es la validez y/o ejecución de aquel laudo cuya nulidad ha sido rechazada por los tribunales del país sede del arbitraje.

Ninguna de estas representaciones⁵⁹ sugiere que el arbitraje internacional promueve un sistema internacional de justicia que está “*flotando en el cielo transnacional*” completamente divorciado de los sistemas legales nacionales de los Estados. Al contrario, la pregunta para entender estas tres visiones es ¿qué Estado, o Estados, proveen la fuente [jurídica]⁶⁰ suficiente de legitimidad y validez para el acuerdo arbitral, el proceso arbitral y el resultante laudo arbitral?

5.1.1. La visión Mono-localizadora

La primera representación simple y llanamente asimila el arbitro a un tribunal de un ordenamiento jurídico único, el de la sede del arbitraje, puesto que esta es conocida como un foro. Considera al derecho de la sede del arbitraje como la única fuente de legitimidad y validez del arbitraje internacional, que provee la base exclusiva de la naturaleza vinculante

⁵⁷Gaillard (2010a: 20).

⁵⁸ Un análisis de la noción de representación desde una perspectiva de la ciencia cognitiva en Gaillard (2010c).

⁵⁹ El autor insiste sobre el hecho de que una representación mental no es nunca verdadera o falsa, sino solamente coherente o incoherente, eficaz o ineficaz. Cfr. Gaillard (2010a:167).

⁶⁰ El agregado me pertenece.

del mismo. La fuente de su juridicidad se encuentra exclusivamente en el derecho del Estado en el cual el arbitraje ha tenido lugar.

Para Gaillard esta visión parece basada esencialmente en una forma de positivismo estatal y en una preocupación exacerbada por la armonía jurídica internacional; el arbitraje internacional no puede emanar más que del Estado, y para evitar el caos, solo de un Estado. Reposa en un estricto positivismo legalista inspirado en las ideas de Kelsen o de Hart⁶¹.

5.1.2. La visión Westfaliana (o multi-localizadora).

La visión “*Westfaliana*”⁶² considera que el arbitraje internacional es un proceso legítimo basado en la común intención de las partes, porque existen un número de Estados que están preparados para así reconocerlo, como así también la naturaleza vinculante del laudo arbitral.

En esta representación el proceso arbitral ya no se encuentra pre-autorizado, sino que se encuentra legitimado a posteriori, si es que el laudo cumple con los criterios de ejecución del Estado. La legitimidad puede derivar de una pluralidad de sistemas legales, puesto que la fuente de la juridicidad del laudo se encuentra no solo en el ordenamiento jurídico de la sede, sino en el conjunto de ordenamientos jurídicos dispuestos a reconocer la eficacia del laudo. Así, todos los derechos susceptibles de tener una conexión con el arbitraje en cuestión, tienen la misma vocación para pronunciarse sobre la validez del laudo.

Gaillard señala críticamente que así el derecho del lugar de ejecución del laudo posee mayor vocación que el derecho de la sede para imponer sus concepciones de lo que considera susceptible de constituir un arbitraje digno de protección jurídica, y - *salvo en un conjunto regional muy integrado* - no resulta en efecto concebible que el Estado de un lugar de ejecución abandone su propio control - al menos en lo relativo a su concepción de las exigencias del **orden público internacional** - sobre los laudos a los cuales presta el concurso de la fuerza pública.

5.1.3. La visión “Transnacional”⁶³

⁶¹ Kelsen (2000) y Hart (2011).

⁶² Para una concepción antropológica del término ver Besnier, Brownell y Carter (2018).

⁶³ De nuevo para una versión antropológica – diferente - del concepto, ver Besnier, Brownell y Carter, 2018.

La tercera representación, que el autor hace propia, sostiene la idea de que la juridicidad del arbitraje se basa, no en uno u otro ordenamiento jurídico nacional, sino en un tercer ordenamiento jurídico, susceptible de ser calificado como ordenamiento jurídico arbitral.

La legitimidad del arbitraje se funda en el consenso existente entre los Estados sobre el particular, más que en la voluntad aislada de tal o cual soberano de aceptar la existencia de este modo privado de resolución de controversias.

Contempla a los Estados de manera colectiva, reconoce la fuente de la legitimidad del arbitraje como arraigada en las visiones desarrolladas colectivamente por la comunidad internacional por medio de instrumentos como la Convención de Nueva York de 1958⁶⁴, la Ley Modelo Uncitral y numerosas directrices que expresan una visión común sobre cómo el arbitraje debe ser conducido para que sea reconocido como un medio legítimo de solución de controversias.

En esta visión, la fuente de validez y legitimidad del proceso arbitral se encuentra en la actividad normativa colectiva de los Estados; el arbitraje internacional está anclado en la colectividad de sistemas legales.

El autor advierte que la cuestión relativa a la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral no equivale a resucitar el debate sobre la “*lex mercatoria*” – doctrina que en contraste a la representación transnacional, surgió de una visión más crítica sobre los sistemas legales nacionales y de su deficiencia de tomar en cuenta disputas que surgían en un entorno comercial mundial y que por medio de su selectividad constituían una forma de “Darwinismo legal”⁶⁵. La doctrina de la “*lex mercatoria*” fue fraguada en torno al tema de la inadecuación de las soluciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, por lo que se desarrolló la idea de que los árbitros deberían poder resolver - no seleccionando uno de esos derechos con la ayuda de una regla de conflicto - sino recurriendo a normas sustantivas supuestamente adaptadas a las necesidades del comercio internacional. Su método consistiría en seleccionar, entre todas las fuentes del derecho, las reglas que sean más aptas para satisfacer las necesidades del comercio internacional.

⁶⁴ Al 30 de abril de 2019, 159 Estados eran partes de la Convención de Nueva York. La situación actual de los países miembros de la Convención de Nueva York puede ser visto en: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (07/04/21).

⁶⁵ Para una discusión de esta idea, ver Gaillard 2010a (55-56).

En cambio, la representación que acepta la existencia de un **ordenamiento jurídico arbitral** reposa sobre la idea de que son los derechos de los diferentes Estados los que, tomados colectivamente, constituyen el derecho común del arbitraje en el cual puede encontrarse la fuente del poder de juzgar de los árbitros.

Explica a su vez que en el ordenamiento jurídico arbitral pueden existir reglas que no cuentan con el respaldo de la totalidad de los derechos estatales existentes en el mundo. Se trata de determinar, del conjunto de diversas leyes nacionales, la tendencia dominante, no necesariamente unánime. La finalidad del ejercicio es precisamente distinguir las reglas que han sido objeto de un amplio reconocimiento, de las particularistas o anticuadas.

Toda la filosofía de las reglas transnacionales sostenida por Gaillard consiste en evitar que soluciones que carecen de apoyo suficiente en el derecho comparado predominen sobre concepciones generalmente admitidas por la comunidad internacional, que se conjuga con el carácter dinámico del método de dichas reglas, que rompe con la visión estática del conflicto de leyes que privilegia el método conflictualista clásico.

En situaciones en que los árbitros buscan determinar las normas generalmente aceptadas, en un momento dado, en la comunidad jurídica internacional, surge el cuestionamiento – que aquí se pretende abordar - sobre la fuente transnacional del poder de juzgar del árbitro y sobre la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral.

No basta con invocar, a modo de “*leitmotiv*”, la autonomía de la voluntad o del origen contractual del arbitraje para responder a este interrogante fundamental.

La expresión “ordenamiento jurídico arbitral” solo se justifica, en realidad, para designar un sistema que fundamente de manera autónoma la fuente de la juridicidad del arbitraje. Sin la coherencia de un sistema que posea fuentes propias, no se podrá hablar de ordenamiento jurídico; y sin autonomía respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado soberano, no se podrá hablar de un ordenamiento jurídico arbitral.

Al conferir a los árbitros el poder de juzgar las controversias del comercio internacional cuando las partes así lo desean, y reconocer el laudo, sin controlar el fondo, la comunidad de Estados ha conferido al arbitraje comercial internacional una verdadera autonomía. El hecho de lo que los Estados hayan conservado el monopolio de la ejecución forzosa del laudo no menoscaba dicha autonomía, ya que los Estados no hacen otra cosa que poner la fuerza

pública al servicio de la ejecución del laudo, que han convertido voluntariamente en el modo normal de resolución de controversias relativas al comercio internacional.⁶⁶

Gaillard añade que el reconocimiento de este fenómeno se evidencia en las decisiones judiciales adoptadas en materia de orden público internacional. Reconoce sin embargo que, cuando se trata del control del laudo por los tribunales de un ordenamiento jurídico nacional, las decisiones reflejan la concepción de orden público internacional imperante en el foro, es decir que, aún reflejando los valores universales, es necesariamente nacional y el juez que ejerce el control define él mismo sus contornos.

5.2. El método de la representación transnacional.

La representación transnacional presenta un interesante elemento a los fines del tema que aquí se analiza, su “método”, caracterizado por su dinámica, en cuanto considera la evolución de los derechos nacionales.

Gaillard señala que cuando un número significativo de legislaciones nacionales ha adoptado una solución, la regla que la consagra puede ser calificada de principio general incluso antes de que otras legislaciones se hayan sumado a la tendencia mayoritaria.

El método de las reglas transnacionales toma en cuenta la orientación general cuando trata de decidirse por una de las leyes en juego, favoreciendo aquella que va en el sentido de la evolución general en desmedro de aquella que permanece al margen de este movimiento.

La utilización por parte de los árbitros del método de las reglas transnacionales se caracteriza, en lo referido a su formación, por el uso sistemático de recursos de derecho comparado, que constituye junto con la jurisprudencia arbitral, las convenciones internacionales y todos los demás elementos que permiten establecer la existencia de la aceptación general de la regla, la primera de las fuentes a las cuales los árbitros recurran.

En la adjudicación, se trata de determinar si la regla que una parte invoca como aplicable es objeto de una aceptación general por los Estados o, por el contrario, resulta aislada o anticuada, debiendo ignorar las reglas que ofenden la política pública transnacional, incluso cuando hayan sido seleccionadas por las partes o formen parte de la ley de la sede del arbitraje.

⁶⁶Gaillard (2010a: 68-69).

5.3. Las Consecuencias de las tres representaciones.

Conforme Gaillard las visiones sobre las cuestiones relativas a la fuente del poder de juzgar de los árbitros, a las relaciones en materia de arbitraje entre los ordenamientos jurídicos nacionales, y la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, repercuten directamente en la solución de numerosas controversias⁶⁷; en las decisiones de los árbitros, y también en la suerte reservada al laudo (del anulado por el ordenamiento jurídico de la sede, y de la decisión denegando dicha anulación).

En el ámbito de las reglas que no admiten derogación por las partes o por los tribunales encargados de aplicarlas, se reconoce el uso de la metodología de las reglas transnacionales fundada en la observación del derecho comparado y en la existencia de instrumentos internacionales adoptados en materias específicas, que reflejan el consenso de la comunidad de Estados.

En cada controversia, el método del orden público transnacional suministra al árbitro - confrontado a la pretensión de una de las partes de que imperativos superiores exigen excluir las disposiciones de la “*lex contractus*” sobre un punto determinado -, una guía específica para determinar si dicha solicitud puede ser acogida. El árbitro se guiará en su labor por el consenso alcanzado en la comunidad internacional sobre la cuestión en controversia.

La existencia de este consenso, que no se debe confundir, reitera, con un requisito de unanimidad⁶⁸, será establecida a partir del análisis de las soluciones adoptadas por los derechos nacionales y el examen del conjunto de instrumentos internacionales susceptibles de reflejar su contenido.

Señala además que, desde la perspectiva de los Estados, son importantes las cuestiones relativas al poder de juzgar de los árbitros que cristalizan el conflicto entre las distintas representaciones del arbitraje internacional en torno al principio mismo de la aceptación de este modo privado de resolución de controversias y la suerte de los laudos, ya que los Estados conservan el monopolio de ejecución forzosa de las decisiones de justicia.

⁶⁷ Gaillard (2010a:77).

⁶⁸ Aclara que este requisito de unanimidad restaría todo interés a la cuestión, puesto que entonces la norma imperativa ya se encontraría necesariamente en la “*lex contractus*”. Gaillard (2010a:144 -nota 328-).

Indica que la integración del laudo en los ordenamientos jurídicos nacionales que reconocerán su eficacia da lugar al control del respeto de los **principios elementales de justicia** en lo atinente al procedimiento, y a la verificación de la observación de los requisitos fundamentales de dichos ordenamientos jurídicos respecto del fondo⁶⁹.

Cada una de las representaciones influyen en gran manera a los tribunales nacionales – y podría agregarse también a los tribunales internacionales, por ejemplo TEDH -, puesto que establecen directamente la respuesta que debe darse, en derecho positivo, a la muy controvertida pregunta de si la decisión de anular un laudo adoptada en el Estado de la sede debe producir efectos automáticos en el ordenamiento jurídico del país donde se busca su ejecución (1); como asimismo a la cuestión inversa, es decir los efectos en el lugar de ejecución de una decisión adoptada en la sede del arbitraje que deniega la anulación del laudo (2), como se puede advertir en aquellos casos en los que el Tribunal Federal Suizo resuelve en ese sentido respecto de los laudos del TAS. Se volverá sobre el punto.

Respecto al primer caso (1) indica que los jueces que adhieren a la visión transnacional considerarían que son libres de hacer sus propias determinaciones sobre si el error debería conllevar la anulación del laudo como un instrumento legal vinculante; buscarán qué se considera como un laudo válido por los estándares internacionales, como aquellos establecidos en la Convención de Nueva York.

En el segundo supuesto (2) - al determinar los efectos en el lugar de ejecución de una decisión adoptada en la sede del arbitraje que deniega la anulación del laudo -, Gaillard señala que si nada justifica tratar de manera diferente la decisión de anulación y la decisión que la deniega, entonces los tribunales de otros ordenamientos jurídicos no deben jamás tener en cuenta esta decisión, cualquiera sea su sentido.

5.4. El Rol de la Convención de Nueva York:

Gaillard sostiene que la Convención de Nueva York de 1958 tiene un rol importante en el reconocimiento del arbitraje como un sistema transnacional de justicia⁷⁰, ya que ha establecido reglas que representan un movimiento colectivo de pro-ejecución de parte de la

⁶⁹ Gaillard (2010:104).

⁷⁰ Gaillard (2014).

comunidad internacional.⁷¹ La Convención es primordialmente una declaración de los estándares globales dominantes a los que Estados contratantes aceptan adherirse, estableciendo las fronteras dentro de las que ellos tendrán que ejercer su discreción.

De esta manera, para Gaillard la Convención ejemplifica la actividad normativa y colectiva de los Estados en los que la legitimidad y validez del orden jurídico arbitral transnacional se encuentra anclado.

5.5. Síntesis de la propuesta de Gaillard.

La visión o representación transnacional presentada por Gaillard sobre la legitimidad del arbitraje comercial internacional en síntesis sostiene que la fuente de la referida legitimidad se encuentra en la actividad normativa colectiva de los Estados; que la validez del proceso arbitral y del laudo subsiguiente se basa en el cuerpo de normas sobre el cual se ha llegado a un consenso por parte de la colectividad de los Estados, por medio de instrumentos como la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo Uncitral y numerosas directrices que expresan una visión común sobre cómo el arbitraje debe ser conducido para que sea reconocido como un medio legítimo de solución de controversias.

¿Es esto posible de sostener con respecto al arbitraje en el ámbito del derecho del deporte internacional? Se puede decir que la legitimidad – como fuente de poder – de los árbitros en dicho ámbito encuentra sustento en la representación “transnacional” defendida por el autor. ¿Es, en consecuencia, aplicable el método de dicha representación a la tarea del tribunal arbitral del deporte?

6. Semejanzas y diferencias entre arbitraje comercial internacional y arbitraje deportivo internacional.

Para responder estas preguntas, debo previamente señalar las semejanzas y diferencias que existen entre el arbitraje en el ámbito del comercio internacional y en el Derecho del deporte internacional⁷².

⁷¹ Para un análisis más detallado sobre la ejecución de laudos arbitrales anulados con relación a las tres representaciones del arbitraje internacional, ver Gaillard (2010c).

⁷² Sobre la comparación entre arbitraje comercial internacional y en el derecho del deporte, ver Coccia (2015:8).

a) En primer lugar, ambos son “arbitrajes internacionales”, y reúnen todas las notas características de este instituto.

El arbitraje comercial internacional es un método privado de solución de controversias, que las mismas partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales⁷³. El término “internacional” está dado por el carácter de la controversia, es decir, cuando “*afecta el interés del comercio internacional*”, bien por la nacionalidad o lugar de residencia habitual de las partes en litigios, por la materia y/o por la nacionalidad de las partes, y por la multiplicidad de lugares en donde se pretende sea reconocido o ejecutado el laudo. Por distintas circunstancias el mismo atraviesa distintos ordenamientos jurídicos e involucra categorías del derecho internacional privado, situación que con los matices que se señalarán, también se da en el arbitraje del deporte internacional. Así es posible identificar algunos de los ordenamientos jurídicos que en la práctica pueden influir en un arbitraje comercial internacional: el derecho por el que se determina la capacidad para celebrar el acuerdo arbitral; el del propio acuerdo arbitral y su cumplimiento; el que regula la existencia del tribunal arbitral y los procedimientos -“*lex arbitri*”-; las normas que reglamentan las cuestiones controvertidas de fondo, comúnmente conocido como “derecho aplicable”; y el derecho porque el que se determina el reconocimiento y la ejecución del laudo – que en la práctica pueden resultar ser dos o más regímenes cuando se pide el reconocimiento y la ejecución en varios países en los que la parte vencida tiene bienes o se cree que los tiene (Redfern y Hunter, 2007:153).

El arbitraje deportivo es el método privado de resolución de disputas generadas en relación con la práctica o desarrollo del deporte, con los intereses económicos y de cualquier otro tipo que surjan en relación con la actividad deportiva, mediante el cual las partes interesadas someten voluntariamente a un tercero para que resuelva dicho litigio constituyéndose en una alternativa procesal basada en la libre y expresa voluntad de las partes. La internacionalidad está dada o por la circunstancia de que las partes interesadas tengan tal carácter – vgr. federación internacional o regional, Comité Olímpico Internacional o alguno de los Comités Olímpicos Nacionales, o WADA, y deportistas en general; o –

⁷³ Redfern y Hunter, 2007.

siguiendo el lineamiento antes expuesto con relación al arbitraje comercial internacional-, por la afectación del interés del deporte internacional⁷⁴.

Sin embargo, la “internacionalidad” presente en el arbitraje comercial, puede incluir una multiplicidad de Estados en los que se pretender ejecutar el laudo, pero que no es equiparable a la “globalidad” (por utilizar un concepto que marque la diferencia) que en principio traería aparejado un laudo en el ámbito del derecho del deporte, que procura ser reconocido en todo el “globo” dada la dimensión que el deporte federado ha alcanzado conforme se expusiera en los apartados iniciales desde una conceptualización antropológica. Se volverá sobre el punto al hablar del “exequátur”.

b) Entre las diferencias más notables se encuentra que el objeto del conflicto suele ser diferentes, puesto que en el arbitraje comercial internacional refiere a relaciones jurídicas comerciales, mientras que, en el arbitraje del Derecho del deporte, aun cuando pueden existir conflictos comerciales, en su gran mayoría son controversias ligadas a cuestiones asociativas y disciplinarias ⁷⁵.

c) También hay diferencias respecto de las partes involucradas en el conflicto, que aparecerían en cierta relación de igualdad en el arbitraje comercial – esto es las partes de un contrato o negocio internacional ⁷⁶-, lo que no es tan claro cuando hablamos de arbitrajes en los cuales las partes intervinientes son federaciones deportivas internacionales vs. federaciones regionales y/o nacionales (igual consideración respecto al Comité Olímpico Internacional y los Comité Nacionales), y en especial cuando cualquiera de estas se enfrentan con el/los deportista/s en procedimientos disciplinarios en general. Esta situación también está presente cuando la Asociación Mundial Antidopaje es parte en el litigio. Es que no puede desconocerse el “poder” que presentan las federaciones en general al momento de enfrentarse a los deportistas.

⁷⁴ Sin perjuicio de las reservas que se expresarán al respecto, lo cierto es que la doctrina del arbitraje comercial internacional no duda en incluir entre sus manifestaciones al arbitraje en el ámbito del Derecho de deporte internacional. Cfr. Born 2014:52.

⁷⁵ La mayoría de los casos se relacionan con apelaciones de decisiones de la FIFA o disputas por dopaje. Otros refieren a apelaciones relacionadas con decisiones de selección y elegibilidad, cuestiones de gobernanza, amañeo de partidos y desafíos al otorgamiento de derechos de alojamiento para campeonatos. Aproximadamente el 10% de los casos pueden caracterizarse como casos comerciales internacionales. Cfr. Born 2014:52.

⁷⁶ Circunstancia ésta que no se daría en los arbitrajes de inversiones en donde la presencia de los Estados modifica el panorama, pero que no es objeto de este trabajo.

d) Asimismo, hay que señalar que a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje comercial internacional donde la elección de los árbitros en general - sin perjuicio de la institución que se escoja para la administración del mismo – es de un universo muy amplio de posibilidades; en el arbitraje deportivo la lista que ofrece el TAS, si bien amplia, es limitada solo a los árbitros que allí se encuentran inscriptos⁷⁷.

e) Otra diferencia sustancial, está dada por la libertad presente en el arbitraje comercial internacional para elegir el derecho aplicable al fondo de la controversia, como asimismo el lugar o sede del arbitraje – cualquier lugar que las partes señalen de común acuerdo -, que contrasta con lo dispuesto por el Código de Arbitraje ante el TAS, que señala que la sede del arbitraje es, siempre, y aún en los casos que llevan adelante las oficinas descentralizadas, la ciudad de Laussane, Suiza.

Esto tiene una gran importancia ya que hace aplicable el derecho arbitral de la sede como derecho subsidiario y fija la jurisdicción de los tribunales suizos competentes para entender en la revisión del arbitraje y sobre la nulidad del laudo. En el procedimiento ordinario del TAS – cabe reiterar - el Tribunal aplicará el derecho que hayan decidido las partes o, a falta de acuerdo, el derecho suizo, aunque de todas formas será el reglamento deportivo pertinente el derecho básico a aplicar. A su vez en el procedimiento de apelación el Tribunal deberá aplicar el derecho que las partes hayan elegido, o a falta de tal elección, el derecho que corresponde de acuerdo al domicilio de la Federación u organismo cuya decisión se apela, o bien el derecho que el panel estime correspondiente, caso en el cual deberá argumentar su designación. En ambos procedimientos, vale recordarlo, el laudo es final y vinculante, y su nulidad solo puede solicitarse en Suiza.

f) La ultima diferencia, de enorme importancia, está dada por la imperiosa necesidad presente en el ámbito del arbitraje comercial internacional del reconocimiento y ejecución del laudo en el/los país/es – distintos al país de la sede – que las partes deben intentar a fin de hacerlo efectivo, a través del procedimiento de “*exequatur*”.

⁷⁷ No se hace mérito aquí sobre la conveniencia o no de la conformación de la referida lista, solo se señalan los límites a la oferta dada por la cantidad. Otra diferencia está dada por la posibilidad de elección del idioma en que se desarrollará el procedimiento arbitral, que en el caso del arbitraje deportivo estaba limitado al inglés y al francés, y solo recién a partir del 1º de julio de 2020 se incorporó el español como lengua oficial del TAS reconociendo así la enorme importancia e influencia que los hispanoparlantes tienen en el deporte internacional.

En el ámbito del arbitraje del deporte internacional, atento a su carácter “global” antes señalado, en la generalidad de los casos, en el supuesto que fuera necesario el reconocimiento y ejecución de laudo en cada Estado en que se desarrolla la actividad deportiva, esto incluiría un número tan grande de procedimientos de “*Exequátur*” que sería casi de imposible cumplimiento.

Pero, además, dado el carácter “*asociativo*” de conformación de las federaciones deportivas y del COI – ya referido - los laudos arbitrales del Tribunal Arbitral del Derecho del Deporte, en principio no necesitarían de aquel reconocimiento, puesto que aquella parte (federación, deportista o cualquier otro actor) que no cumple con el laudo, simplemente es “excluido” del sistema federativo sin necesidad del reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal respectivo.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que, tal cual se ha reseñado, los actores del deporte internacional, de tanto en tanto, y de una u otra manera, pretenden desafiar los laudos del TAS ante los tribunales del país de la sede del arbitraje (Suiza), de su propio país, o incluso ante tribunales supraestatales (TEDH).

7. Respuesta y propuesta ¿final?

7.1. Primera Respuesta.

Expuestas las principales semejanzas y diferencias, y en base a la particular característica señalada en el último punto respecto de la innecesaridad del reconocimiento y ejecución en el caso de los laudos del tribunal arbitral del deporte, el primer impulso lleva a responder que la propuesta de Gaillard no es posible de trasladar al arbitraje en el derecho del deporte internacional.

Sin embargo, vale la pena recordar que la representación transnacional da forma a la noción de un “*ordenamiento jurídico arbitral*” que explica el hecho de que, en la práctica, los Estados están de acuerdo de manera general sobre las condiciones que un arbitraje debe satisfacer para ser considerado como un modo vinculante de resolución de controversias cuyo resultado, el laudo arbitral, merezca recibir la ejecución de los Estados.

Según Gaillard es la convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales la que, en su aceptación del fenómeno arbitral, legitima su existencia. Al conferir a los árbitros el poder de

juzgar las controversias cuando las partes así lo desean, y reconocer el producto del proceso arbitral que es el laudo - sin controlar el fondo - la comunidad de Estados ha conferido al arbitraje una verdadera autonomía

7.2. Una legitimidad atenuada

Aun cuando se sostuviera que los laudos del Tribunal Arbitral del Deporte, como regla general no requieren del reconocimiento y ejecución por parte de terceros países, lo cierto es que hay algunas razones que permiten, sin embargo, ensayar una explicación sobre la legitimidad del sistema desde la propuesta de Gaillard.

Si solo se tuviera en consideración a la Convención de Nueva York como ejemplo de la voluntad de la comunidad de los Estados a favor de la autonomía del arbitraje, deben señalarse algunos elementos “*menores*” o simplemente “*formales*” que permiten sostener la visión transnacional según la cual el arbitraje en el ámbito del derecho del deporte internacional está legitimado.

a) En primer lugar porque la gran mayoría de los estudiosos del arbitraje comercial internacional incluyen dentro del mismo al tribunal arbitral del deporte, y hacen extensivas a éste todas las consideraciones realizadas con respecto a aquel ⁷⁸.

Como derivación de ello, se considera que normativamente los laudos arbitrales del Tribunal Arbitral del Deporte se encuentran bajo el amparo de la referida Convención de Nueva York, que tiene como principal objetivo la consolidación del reconocimiento del arbitraje como método de resolución de conflictos en el ámbito internacional.

b) Que los laudos del Tribunal Arbitral del Deporte no requieran del proceso de exequátur, no hacen absolutamente inaplicable a la Convención. Esta no solo refiere a la ejecución de los laudos de los tribunales arbitrales sino también al control judicial de los mismos por parte de los Estados Nacionales; y conforme se expone a continuación, el derecho suizo al menos indirectamente procura mantener el espíritu de la Convención a ese respecto.

⁷⁸ Ver nota al pie de pagina nº 74.

Es cierto que dicho control debe hacerse desde el momento en que deba procederse al “exequátur” del laudo o sentencia arbitral en otro país, momento en el cual el juez tiene capacidad para revisar si adolece de los defectos graves que prevé la Convención.

Sin embargo, dicho instrumento no pretende imponer una renuncia completa a la tutela efectiva de los tribunales estatales, simplemente pretende evitar una doble revisión y dejarla exclusivamente en manos del juez de exequátur.

Al respecto cabe remitirse a las causales en virtud de las cuales se puede denegar el cumplimiento del laudo, previstas en el art. V.1 de la Convención, que deben probarse por el demandado ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, pero que guardan relación con el derecho de la sede del arbitraje. Son las siguientes:

i) Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

ii) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

iii) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia⁷⁹.

Como ya fuera expuesto reiteradamente el TAS desarrolla su actividad en el ámbito del derecho suizo, cuya legislación de Derecho Internacional Privado (LDIP) pretende consolidar los órganos y tribunales arbitrales en materia internacional evitando que los laudos arbitrales estén sujetos a un doble control como sería el del órgano judicial en vía de anulación (1), y el del órgano judicial en vía de exequátur (2). Dicha ley no excluye para nada la aplicación del marco general de la Convención de Nueva York firmada por Suiza.

⁷⁹ En todos los casos el resaltado no está en el texto original de la norma.

Conforme la LDIP el TAS se desempeña en la mayoría de los casos en el contexto del arbitraje internacional, encontrándose en dicha normativa y en la legislación procesal todo lo referido a los recursos procedentes contra los laudos arbitrales, cuyo objeto debe ser único y exclusivamente la anulabilidad de los mismos. Consecuentemente también debe estar a lo dispuesto a la Convención de Nueva York.

En dicho contexto normativo, es que el Tribunal Federal suizo, al tratar el caso de las cláusulas de renuncia a la apelación de los laudos arbitrales del TAS, luego de advertir que la estructura piramidal del deporte hace que las ejecuciones de las sentencias de ese tribunal son inmediatas y no requieren de la intervención de un juez de exequátur, consideró que una cláusula estatutaria o incluso contractual como la del caso de la ATP ⁸⁰, evitaría o excluiría de hecho la posible revisión total y completa por un órgano jurisdiccional del laudo arbitral, y quedaría así desvirtuado no solo la voluntad del legislador local suizo, sino también el referido espíritu de la Convención.

Esto es una muestra cabal de que, de una manera u otra, el accionar del Tribunal Arbitral del Deporte, como vértice superior de la estructura del sistema de resolución de controversias del deporte internacional, se debe regir, al menos indirectamente de conformidad con lo Convención de Nueva York.

Si eso es así, y si se considera, volviendo a Gaillard, a dicho instrumento como el ejemplo más claro de la voluntad de los Estados que refleja el acuerdo sobre los requisitos que un arbitraje debe cumplir, se puede compartir con ese autor los postulados de la representación transnacional que legitima - filosóficamente hablando - al arbitraje como método de resolución de conflictos.

c) Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, habrá de dedicarse un apartado a una observación formulada al comienzo de la investigación⁸¹ dirigida a señalar que la legitimidad del sistema podría verse afectada, si la referida Convención de Nueva York tuviera una escasa cantidad de Estados partes, o si por ejemplo, países de peso en el concierto del deporte internacional a través de sus federaciones deportivas, no la hubieran suscripto.

⁸⁰ Cfr. nota al pie de pagina n° 19.

⁸¹ Oscar Fuentes, Co-Director en Chile y docente del International Sport Law Master, LLM, de la Universitat de Lleida, Edición Chile, Edición 2017/2019.

En este sentido, y siempre en el caso de que la legitimidad del sistema solo se sostuviera en la referida Convención, han de señalarse dos cuestiones.

En primer término, Gaillard claramente expone que la legitimidad del ejercicio de dicha función se funda en el consenso existente entre los Estados sobre el particular; que el hecho de que el ordenamiento jurídico arbitral se base en los ordenamientos jurídicos nacionales no significa que no puedan existir, en ese ordenamiento, reglas que no cuentan con el respaldo de la totalidad de los derechos estatales existentes en el mundo; sino que se debe determinar del conjunto de diversas leyes nacionales la tendencia dominante, lo que no supone que la regla en cuestión haya sido objeto de un reconocimiento unánime. La existencia de este consenso, será establecida a partir del análisis de las soluciones adoptadas por los derechos nacionales y el examen del conjunto de instrumentos internacionales susceptibles de reflejar su contenido.

En segundo lugar, del cotejo de los países representados a través de las federaciones deportivas nacionales y/o Comités Olímpicos Nacionales en las principales federaciones internacionales y/o Comité Olímpico Internacional⁸², de los Estados partes de la Convención de la Unesco de 2005 sobre Antidopaje⁸³ y de la Convención de Nueva York⁸⁴, surge que los principales actores del deporte mundial han suscripto este último instrumento, por lo que bien puede hablarse de un fuerte consenso tal cual lo requiere la visión transnacional de Gaillard.

Conforme lo expuesto en los apartados precedentes es posible sostener que la legitimidad del sistema de arbitraje del derecho del deporte internacional o del ordenamiento jurídico arbitral del derecho del deporte, basada en la representación transnacional se encuentra “atenuada”.

Que la ejecución de los laudos arbitrales del tribunal arbitral del deporte en casi su totalidad no requieren del proceso de exequátur, y por consiguiente que la Convención de Nueva York solo sea aplicable “indirectamente” a los laudos de dicho tribunal; sumado a que no todos los países cuyas federaciones deportivas que lo reconocen como el tribunal supremo

⁸² Cfr. nota al pie de página nº 3.

⁸³ Cfr. nota al pie de página nº 8.

⁸⁴ Cfr. nota al pie de página nº 64.

han suscripto dicho instrumento, son elementos que “*debilitan*” la legitimidad que se pretende sustentar en la representación transnacional de Gaillard.

7.3 Una legitimidad más robusta. Un método de adjudicación.

Sin embargo, al presentar dicha visión el autor cita solo como un ejemplo de voluntad de los Estados a la Convención de Nueva York entre otros instrumentos internacionales; y es aquí donde es oportuno advertir - como contrapunto a aquella idea - que en el ámbito del derecho del deporte, ha adquirido una gran significancia el Código Mundial Antidopaje, instrumento creado por el COI al que han adherido las federaciones deportivas internacionales pero al que los Estados Nacionales han respaldado a través de la firma de la Convención de la Unesco de 2005.

El referido instrumento contiene normas de derecho de fondo con relación al dopaje, pero también trae la obligatoriedad de acudir en última instancia al Tribunal Arbitral del Deporte, constituyéndose así, en un claro ejemplo de voluntad internacional, aun cuando no unánime, de legitimar al arbitraje del TAS en esta materia⁸⁵. Es un claro y robusto ejemplo de la visión transnacional, al menos en un área cada vez más importante del Derecho del deporte como lo es el dopaje.

Una última consideración habrá de realizarse con relación a una pregunta que no se ha presentado hasta ahora. Desde el comienzo del trabajo de investigación ha surgido constantemente la duda acerca de la utilidad concreta de encontrar una respuesta a la pregunta sobre la legitimidad del sistema.

Como fue expuesto, Gaillard señala al formular las distintas versiones o representaciones, que cada una de ellas no solo da una respuesta a la pregunta sobre la fuente de poder de los

⁸⁵ Sobre la importancia de las reglas internacionales de lucha contra el dopaje en los deportes, especialmente el Código Mundial Antidopaje, en proporcionar un paradigma para crear e implementar rápidamente normas legales aceptadas globalmente y un ejemplo de un sistema legal internacional ver Mitten M. J., y Opie H.; 2012: 173-222. Los autores sostienen que “los procesos globales utilizados para establecer un código internacional de lucha contra el dopaje deportivo y para resolver una amplia gama de disputas deportivas olímpicas e internacionales (que está creando rápidamente un cuerpo de derecho internacional privado) proporcionan paradigmas de cooperación internacional y legislación global”, y que “los procesos globales utilizados para establecer un código internacional de antidopaje deportivo y para resolver deportes olímpicos e internacionales proporcionan paradigmas de cooperación internacional entre partes privadas y gobiernos y legisladores, así como una resolución de disputas global efectiva y respetada.” La traducción es propia.

árbitros, sino que ello trae consecuencias concretas al ámbito de la práctica arbitral. Se expusieron algunas de sus ideas en el apartado respectivo.

En el caso de la representación transnacional, el autor ha desarrollado un interesante apartado sobre el método de dicha visión. Aquí cabe entonces destacar que el método referido, es una interesante respuesta a ciertas consideraciones que autores como Foster hacen al momento de trabajar los conceptos de Derecho internacional del deporte y Derecho global del deporte (cfr. apartados 4.2. y 4.3.) y la relación de los mismos, tratando de encontrar en esa línea una mejor convivencia del derecho sustancial del deporte internacional – cualquiera sea su denominación – y los derechos fundamentales.

A partir del método de la representación transnacional es posible elaborar una teoría de la adjudicación que contemple los principios de derecho internacional público y privado y los del derecho del Deporte, y que a la vez de respetar la autonomía sustancial de este último y del propio sistema de resolución de controversias, permita una armónica convivencia de este último con los sistemas estatales o supra estatales.

Es tal vez este el próximo desafío a desarrollar.

Bibliografía

- Ancel, J.P. (2011). The Decree of 13 January 2011: Increasing the Efficiency of Arbitration in France. The 13 January 2011 Decree, The New French Arbitration Law, Paris the Home of International Arbitration (9). Citado en nota 1 de Gaillard (2014).
- Beloff, M. J. (2012). Is There A Lex Sportiva? En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?*(69-89). The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously in: Sweet and Maxwell's International Sports Law Review (2005: 49-60).
- Berman, H. J. (1996). *La Formación de la Tradición jurídica de Occidente*. México; Fondo de Cultura Económica, Sección de Obras de Política y Derechos; traducción de Mónica Utrilla de Neira; 1º Edición. (*Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*. (1983) Cambridge, Mass. Harvard University Press.
- Besnier N., Brownell S. y Carter T. F. (2018). *Antropología del deporte* (1ª ed.) Traducción de Teresa Arijón. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores. Título original: *The Anthropology of the Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*. University of California Press.
- Blackshaw, I. (2003). "The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport'". London: Frank Cass, *Entertainment Law*, Vol.2, No.2. 61–83.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2ª ed.). The Netherlands: Kluwer Law International.
- Camps Povill, A. (1996). *Las Federaciones Deportivas*. Régimen Jurídico. Madrid: Civitas.
- Casini L. (2012), "The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport". En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (149-171). The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously published in: *German Law Journal (GLJ)* (2011: 1317-1340,) Vol 12 N° 05.
- Coccia, M. (2013: 23-76). "International Sports Justice: The Court of arbitration for Sport". En Colucci, M. y Jones K. (eds), *European Sports Law an Policy Bulletin*, 1/2013; International and Comparative Sports Justice; www.slpc.eu – info@slpc.eu.
- Coccia, M. (2015). "Sports Arbitration: Which Features Can Be "Exported" to Other Fields of Arbitration?" En *Sports Arbitration: A Coach for Other Players?* – Cap. 1; ASA Special Series No. 41. JurisNet, LLC 2015 www.arbitrationlaw.com. The paper is based on the presentation made at the Association Suisse de l'Arbitrage (ASA) Conference on 27 January 2012 in Lausanne, Switzerland.
- Chase, O. G. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Traducción de Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons.

- Davis, T. (2012). “What is Sports Law?” En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (1-34) The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously published in: *Marquette Sports Law Review* (2001), (Vol. 11; 211).
- Draetta, U. (2011). “La résolution des différends commerciaux en Méditerranée: quel rôle pour l'arbitrage? L'arbitrage international est-il une fonction publique?”. Reporte dictado en el Seminario Journée d'étude en l'honneur de Giorgio Shiavoni:, Camera Arbitrale di Milano, 27 de junio de 2011. Citado en nota 1 de Gaillard (2014).
- Erbsen A. (2012), “The Substance an Illusion of Lex Sportiva”. En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (91-108). The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously published in: BlackShaw, I., Siekmann R. and Soek J., (eds.) (2006), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, The Hague (441-454).
- Fernández Arroyo, D.P. (2014). “El auge del arbitraje ante el debate sobre su legitimidad”. www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_DiegoP.Fernandez_Arroyo.pdf (19/04/2021).
- Ferreres Comella, V. (2014). “Arbitraje, Democracia y Estado de Derecho: Algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss”. https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_Ferreres_CV_Sp.pdf (15/05/20).
- Foster, K. (2003) “Is There a Global Sports Law?” En Cass F. (publ.) *Entertainment Law*, London. Vol.2 No.1, (1-18).
- Foster, K. (2005); “Lex Sportiva and Lex Ludica: The Court of Arbitration for Sport’s Jurisprudence”. *The Entertainment and Sports Law Journal*; 3(2) (1-15) DOI: <http://doi.org/10.16997/eslj.112>. (07/04/2021)
- Foster K. (2012). “Lex Sportiva: Transnational Law in action”. En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (235-250). The Hague: ASSER International Sports Law Series.
- Gaillard E. (2009) “Three Philosophies of International Arbitration”. En Rovine, Arthur W. (ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2009*, (305-310) Martinus Nijhoff Publishers; online publication date 20/05/2010.
- Gaillard E. (2010a). *Teoría Jurídica del arbitraje*. Traducción María Esmeralda Moreno R. A.; Supervisión de la edición en español Diego P. Fernández Arroyo, y Ximena Herrera Bernal. Asunción, Paraguay: Fondo Editorial de Derecho y Economía; Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), La Ley Paraguaya – Thomson Reuters. Obra basada en el curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en el verano de 2007 y publicada primero en francés como *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* (2008). Den Haag: Martinus Nijho Publishers.
- Gaillard E. (2010b). *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gaillard E. (2010c). “The representations of international arbitration”. En *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 2 (271/281), doi:10.1093/jnlids/idq012. Published Advance Access August 18, 2010. Downloaded from <http://jids.oxfordjournals.org/> at Peace Palace Library on July 3, 2015.

- Gaillard E. (2014). “El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia”. En Forseti *Revista de Derecho*. Lima: DERUP Editores. <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/el-arbitraje-internacional-como-un-sistema-transnacional-de-justicia> (05/09/2019). Publicado en inglés en Albert Jan van den Berg (ed.) *Arbitration: The Next Fifty Years ICCA Congress Series 16*, 2011, Geneve: Kluwer Law International (66-73). Traducción a cargo de la Comisión de Edición de Forseti.
- Gaillard E. (2015). “Sociology of international arbitration”. En *Arbitration International*; 31, (1–17). doi: 10.1093/arbint/aiv021, Oxford University Press. Downloaded from <https://www.arbitration-icca.org/media/7/70785051257890/emmanuel-gaillard--sociology-of-international-arbitration-042715-ia.pdf>, (05/09/2019).
- González Mullin H. (2016) *Manual Práctico de Derecho del Deporte*. Con especial atención al Derecho del Fútbol. (2ª Ed. Act.) Montevideo, Uruguay: AMF Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández.
- Halpern Calderón, M., y Schonberger Podbielski, I. (2012). *Las Organizaciones Internacionales del Deporte: Aspectos legales y jurisprudenciales*; memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112852/de-halpern_m.pdf? (07/04/2021)
- Hart, H.L.A. (2011). *El Concepto del Derecho*. Traducción de Genaro Carrió, 3ra. Edición, 1ª Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hasher D. (2010). “The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts” – France. En: Gaillard E. (ed.), *IAI Series on International Arbitration*, No. 6. The Review of International Arbitral Awards, *Juris*, (97). Citado en nota 1 de Gaillard 2014.
- Hernández González D. y Montenegro González, S. (2010). *Justicia deportiva*. México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- International Council for Commercial Arbitration (2013). *Guía del International Council for Commercial Arbitration para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un Manual para los Jueces*. Con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje; traducción A. Aizenstatd. www.arbitrationicca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf. Autor. (19/04/2021)
- Javaloyes Sanchis, V. (2013). *El Régimen Jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte*. Lleida: Tesis doctoral presentada para optar al título de Doctor por la Universitat de Lleida. <http://hdl.handle.net/10803/284835> (07/04/2021).
- Kelsen, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho*. 4ta. Edición, 1ª Reimpresión. Buenos Aires: Eudeba, Universidad de Buenos Aires.
- Kolev, B. (2012). “Lex Sportiva y Lex Mercatoria”. En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (223-233). The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously in: 1–2 *The International Sports Law Journal* (ISLJ) (2008: 57-62).
- Latty, F. (2012) “Transnational Sport Law”. En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (273-286). The Hague: ASSER International Sports Law Series. Previously published in: 1–2 *The International Sports Law Journal* (ISLJ) (2011;

- 34-38), paper presented during the Lex Sportiva Conference at Pelita Harapan Universitas (UPH), on 22 September 2010 in Jakarta, Indonesia.
- Mavromati, D. (2020). EU GC Decision (ISU v. Commission) - The CAS Arbitration rules do not interfere with the effectiveness of the EU judicial protection. Some thoughts on the EU General Court judgment of 16 December in the matter of the International Skating Union (ISU) v. Commission (T-93/18). [https://www.sportlegis.com/2020/12/21/judgment-of-the-eu-general-court-of-16-december-2020-international-skating-union-v-commission/\(10/04/21\)](https://www.sportlegis.com/2020/12/21/judgment-of-the-eu-general-court-of-16-december-2020-international-skating-union-v-commission/(10/04/21))
- McLaren, R. H. (2010). Twenty – Five years of the Court of Arbitration for Sport: A look in the rear-view mirror. En *Marquette Sports Law Review*; Vol. 20, 305-333. <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1482&context=sportslaw> (07/04/2021). A prior version of this paper was presented at the NSLI Fall Conference on Professional Sport in October 2009.
- Mitten M. J. y OPie H. (2012). “Sports Law”: Implications For The Development Of International, Comparative, And National Law And Global Dispute Resolution”. Siekmand R. C. R. y Soek J. (eds.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (173/222). The Hague: ASSER International Sports Law Series Previously published in: 85 *Tulane Law Review* 269 (210).
- Nafzinger J A. R. (2012a), “Lex Sportiva”. En Siekmand R.C.R. y Soek J. (eds.). *Lex Sportiva: What is Sports Law?* (53-67). The Hague: ASSER International Sports Law Series.
- Oppetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
- Ortega Sánchez R., y Nougés A. (2016). “La autonomía de la voluntad en el arbitraje jurídico deportivo”. *Revista abogados-inhouse.com*. URL: <http://cedeflaw.org/pdfs/2016313133422-49.pdf> (24/07/2020).
- Perry V. (2002). “Introducción al Derecho Deportivo”. *Revista de IBDD*, San Pablo: Editora OAB.
- Redfern A. y Hunter M., con Blackaby N. y Partasides C. (2007). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición, en español revisada y adaptada por Noiana Marigo y Felipe Ossa. Buenos Aires: La Ley.
- Sánchez Marín A. L. (2014). “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales”. EIKAJIA, <http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf> (31/08/19).