

¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?*

Victor Hugo Guerra H.**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 145-159

Resumen: En este breve artículo, continúo desarrollando algunas ideas que consideramos relevantes y que deben hacer parte de la teoría general del arbitraje. Especialmente, del derecho al arbitraje como un derecho fundamental. Ello nos lleva a conectarnos con el campo de los derechos humanos, y particularmente, con el trabajo realizado por el sistema multilateral de las Naciones Unidas y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, específicamente, el número 16 “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. En este artículo, también insisto en que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, constituyen hoy un medio fundamental para alcanzar una Paz sostenible, asegurar un amplio acceso a la justicia, y, en definitiva, reforzar la solidez de nuestras instituciones.

Palabras clave: Arbitraje. Derechos Fundamentales. Paz. Acceso a la Justicia.

Is the right to arbitration a fundamental right?

Abstract: *In this brief article, I continue developing some ideas that we consider relevant and should be part of the general theory of arbitration. Especially, the right to arbitration as a fundamental right. This leads us to connect with the field of human rights, and particularly, with the work carried out by the multilateral system of the United Nations and its Sustainable Development Goals, specifically, number 16 “Peace, Justice and Solid Institutions”. In this article, I also insist that alternative conflict resolution mechanisms, such as arbitration, constitute today a fundamental means to achieve sustainable Peace, ensure broad access to justice, and in short, reinforce the solidity of our institutions.*

Keywords: *Arbitration. Fundamental rights. Peace. Access to Justice.*

Autor invitado.

* Este artículo recoge algunas de nuestras ideas sobre el tema publicadas el artículo titulado ¿La constitucionalización del arbitraje? publicado en la Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022. https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022 p. 22.

** Director Legal de Philip Morris Internacional para Latinoamérica, Canadá, y los Estados Unidos. Doctor en Derecho, MSc en Derecho Internacional Privado y Comparado. LLM Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC. Abogado autorizado para ejercer en Colombia y Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global Comparado, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial. LinkedIn Victor Hugo Guerra Hernández / victor.guerra@pmi.com / www.pmi.com

¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?*

Victor Hugo Guerra H.**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 145-159

"...En el reloj de sol del Colegio de todas Las Ánimas de la Universidad de Oxford, están esculpidas en latín las siguientes palabras: "perentur et imputantur", que traducen: "las horas pasan y se nos cargan a cuenta". Vale decir que perder el tiempo es una responsabilidad moral, social y política, lo cual es aún más grave cuando se trata de resolver problemas de la sociedad..."

Román José Duque Corredor¹

SUMARIO:

1. Agradecimiento... A manera de introducción. 2. Una mirada al sistema internacional y a las relaciones entre fuentes internacionales e internas. 3. ¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental? 4. Palabras finales. BIBLIOGRAFÍA.

1. Agradecimiento... A manera de introducción

En las siguientes líneas expondré algunos aspectos que considero relevantes en relación con la teoría general del arbitraje, y la posibilidad de considerar el derecho al arbitraje como un derecho fundamental. También, insistiré en la importancia que tienen los mecanismos alternativos, como la conciliación, la mediación, y el arbitraje, como medios de solución pacífica de conflictos, y, por tanto, cómo ellos suman al logro del objetivo global de las Naciones Unidas de alcanzar una Paz sostenible.

Este sencillo artículo lo dedico, muy sentidamente, a la memoria del Doctor, Magistrado, pero sobre todo Maestro, Román José Duque Corredor. Como lo recordara el Dr. Óscar Medina, el Dr. Román fue primogénito entre cinco hermanos, de una respetable familia andina merideña, conformada por el Dr. José Román Duque Sánchez y Doña Carmen Corredor Tancredi. Pero además, fue el nieto de:

* Este artículo recoge algunas de nuestras ideas sobre el tema publicadas el artículo titulado ¿La constitucionalización del arbitraje? publicado en la Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022. https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022 p. 22.

** Director Legal de Philip Morris Internacional para Latinoamérica, Canadá, y los Estados Unidos. Doctor en Derecho, MSc en Derecho Internacional Privado y Comparado. LLM Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC. Abogado autorizado para ejercer en Colombia y Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global Comparado, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial. LinkedIn Victor Hugo Guerra Hernández / victor.guerra@pmi.com / www.pmi.com

¹ Discurso de Orden pronunciado por Dr. Román Duque Corredor, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 13. En: <http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRomanDuque.pdf>

...Don Félix Román Duque Morales, hombre con inagotables capacidades de emprendedor y baluarte de la creación que aun dentro del marco de las limitaciones de información, estudios y formación de una época, donde la experiencia práctica, la curiosidad y el manejo de uno que otro libro o documento familiarizaban al demandante del saber y lo aventuraban en la búsqueda de la verdad, o al menos de una aproximación al descubrimiento de una realidad consecuente con su afán de conocimiento, supo vivir su tiempo.²

Al fallecimiento del Dr. Román, no faltaron las palabras de consideración, estima, y elogio a su labor docente y profesional. Mi Profesor de Casación, el Dr. Ramón Escovar León, recordó así, pertinentemente, la dedicatoria que él le hiciera al Dr. Román, en 1989, con ocasión de la publicación de su tesis, "La casación sobre los hechos": "A José Román Duque Sánchez y Román José Duque Corredor, dos generaciones de sabios juristas"³. No pude conocer al Dr. Duque Sánchez, pero tuve el honor y privilegio de contar con el Dr. Duque Corredor como Presidente del Jurado de mi tesis doctoral en Derecho, en la Universidad Central de Venezuela. Además de tener la fortuna de poder compartir con él, en varias ocasiones, en el marco del grupo de pensamiento democrático auspiciado por la Universidad Católica Andrés Bello, en las instalaciones del Colegio San Ignacio de Loyola, en Caracas.

Maestro, sus ideas y amor por la patria, por las ciencias sociales, jurídicas y políticas, ¡nos acompañaran siempre!

Finalizo esta introducción, agradeciendo la invitación de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de la cual fuimos fundadores, y al Comité Editorial de su respetable Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, y muy especialmente, al abogado Wilfredo Monsalve García, por su generoso y desinteresado apoyo para hacer posible este artículo.

2. Una mirada al sistema internacional y a las relaciones entre fuentes internacionales e internas

Hoy más que nunca los sistemas jurídicos están conformados por fuentes internacionales y domésticas. Incluso, vemos cómo las soluciones a los conflictos interpersonales se nutren y solventan de las fuentes del Derecho anacional, los Incoterms ya son, tan sólo, un clásico ejemplo de ello.

Con el inicio del nuevo milenio, el sistema multilateral representado por las Naciones Unidas imprimió un giro radical a la participación del sector privado en la agenda mundial. Nos referimos específicamente a los efectos del llamado "Pacto Global" o "UN

² Presentación del Dr. Román Duque Corredor, por parte del Dr. Óscar Medina Secretario de la UNET, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 7. En: http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRoman_Duque.pdf

³ Ramón Escovar León, *Román José Duque Corredor*, en: <https://www.analitica.com/opinion/roman-jose-duque-corredor/> 26 de septiembre de 2023.

Global Compact”, que es la iniciativa de sostenibilidad corporativa más importante de las Naciones Unidas a la fecha. En la aprobación de esta iniciativa participaron más de 12.000 corporaciones transnacionales, ininidad de organismos y agencias no gubernamentales, y más de 170 países de la comunidad internacional.

A partir del Pacto Global, y los 10 Principios que lo integran, se desarrolló la base conceptual internacional de los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible u ODS. Los ODS encuentran sustento en importantes convenciones internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En tal sentido, soy de la opinión que el auge, desarrollo y sostenibilidad de del ODS 16, es decir, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”, se viene alcanzando, entre otros factores, gracias al ímpetu de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje. Tomemos en cuenta, por ejemplo, que, gracias al arbitraje de inversión, la empresa privada ha logrado zanjar importantes controversias económicas, que de lo contrario hubieran podido terminar en conflictos o amenazas bélicas entre Estados, tal y como ocurrió en el siglo pasado.⁴

Igualmente, el ODS 16 tiene como aspecto primordial promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, y busca superar los conflictos, la inseguridad, la fragilidad estatal, y el acceso limitado a la justicia. Todos ellos, aspectos que continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible, y en especial, para alcanzar la paz mundial.⁵

Si examinamos las metas medibles del ODS 16⁶, encontramos, en mi opinión, dos metas que se relacionan, especialmente, con el tema de la “justicia” y, con la posibilidad de considerar el derecho al arbitraje como un derecho fundamental. Así, tenemos:

- 16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.
- 16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

⁴ Debe resaltarse la importante labor desarrollada en esta materia por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (Convenio del CIADI o de Washington, 1966). Ver enlace en: <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

⁵ Sólo a título de ejemplo, en el 2018 el número de personas que huyen de los diversos conflictos armados superó los 70 millones, la cifra más alta registrada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en casi 70 años. Y, en el 2019, las Naciones Unidas registró 357 asesinatos y 30 desapariciones forzadas de defensores de los derechos humanos, periodistas y sindicalistas en más de 47 países. Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/> En suma, un panorama desalentador frente a la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

⁶ Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

En mi opinión, estas dos metas están directamente conectadas con nuestro tema, pues persiguen garantizar el acceso a la justicia para todos, sin distinguir la forma en que esa justicia se debe administrar. Es decir, bien por la vía ordinaria o de manera alternativa. Y, en segundo lugar, porque se refuerza la necesidad de proteger las libertades fundamentales, de acuerdo con las normas internas e internacionales que, como veremos, es precisamente uno de los argumentos constitucionales sostenidos en Costa Rica y El Salvador, para considerar, al arbitraje como un derecho fundamental.

Así, el sistema multilateral ha dado una importante guía, y llama nuestra atención a la necesaria fusión que debe existir entre la realidad internacional y la doméstica o nacional, incluyéndose en los sistemas jurídicos estatales, fuentes que emanan de ambas esferas. Ello teniendo en cuenta que, la respuesta jurídica debe partir siempre de la Constitución, pues como lo establece la propia Constitución colombiana de 1991, "*La Constitución es norma de normas...*" (Art. 4); o la Constitución venezolana de 1999, "*La Constitución es la norma suprema, y el fundamento del ordenamiento jurídico*" (Art. 7).

En tal sentido, y luego de haber repasado múltiples textos constitucionales latinoamericanos, consideramos que la mejor solución es la establecida en la Constitución de Panamá. Es decir, en materia de aplicación de las fuentes internacionales. En general, las constituciones latinoamericanas consagran la relación entre las fuentes internacionales e internas, dando clara supremacía a los tratados sobre derechos humanos y los relativos a temas limítrofes; se desbordan en la diversa denominación de los instrumentos internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, concordatos, etc.); y buscan precisar, con exceso de palabras, la forma en como estos tratados son admitidos internamente.

En cambio, la solución prevista por la Constitución Política de la República de Panamá (1972, última reforma 2004), en la norma del artículo 4, es como he dicho, técnicamente impecable:

"La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional."

Es una norma sencilla y atemporal, que dice lo que tiene que decir. En especial, la obligación que tiene Panamá, pues "acata", de aplicar y cumplir con las normas internacionales, sin necesidad de tener que explicar en el texto de la norma constitucional cuáles son los pasos y aprobaciones internas y externas que son necesarios en Panamá para la vigencia de la fuente internacional.

En segundo lugar, esta norma constitucional panameña se refiere a las normas del "Derecho Internacional" como un todo, sin entrar a listar cuáles son esas fuentes internacionales. Así, es una solución que supera, incluso, a la propia consagración de las fuentes internacionales prevista por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es decir, a las limitaciones que ya han sido advertidas y criticadas por los *ius privatistas* y *publicistas* internacionales.⁷

En conclusión:

- i. En materia de relaciones entre la Constitución y la fuente internacional, específicamente los tratados internacionales, en mi opinión el verdadero problema radica cuando hay un conflicto sobrevenido entre la norma constitucional y el tratado.
- ii. No es razonable pensar, aunque haya pasado en la práctica, que un representante plenipotenciario o, en general los operadores jurídicos de un Estado firmen un tratado internacional contrario a su Constitución.
- iii. Por consiguiente, en los conflictos sobrevenidos, mi respuesta y, exhortación inmediata será, primero acudir al propio texto constitucional como norma de normas, y, en segundo lugar, respetar las soluciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), específicamente, y si fuera el caso, al mecanismo de la "denuncia" del tratado, cumpliendo para ello con los pasos legales internos e internacionales necesarios.⁸
- iv. En segundo lugar, los Estados deben acatar, como lo señala de manera clara la Constitución panameña, las normas de Derecho Internacional, las cuales, por estricta lógica, deberán aplicarse preferentemente a las normas internas. De lo contrario, se produciría una fragmentación incomprensible e innecesaria en la aplicación de las soluciones internacionales que hace parte del sistema jurídico estatal.
- v. Por último, los tratados de derechos humanos, así como las iniciativas del sistema multilateral que los promueven como los ODS de las Naciones Unidas deben considerarse y aplicarse preferentemente. En dicho contexto, el ODS 16, relativo a la "Paz, la Justicia y a las Instituciones Sólidas", se ve reafirmado por los mecanismos alternativos de solución de controversias, especialmente la conciliación, la mediación y el arbitraje. Más aún, cuando consideramos que el derecho al arbitraje es un derecho constitucional fundamental, lo cual analizaré en la siguiente sección.

3. ¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?

El siguiente análisis lo abordaré desde la perspectiva del Derecho Comparado, escogiendo para ello algunos países latinoamericanos representativos, siendo algunos de ellos, miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), es decir, México, Costa Rica, Colombia y Chile.⁹

⁷ Ver Victor H. Guerra: *Análisis de las Fuentes en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 75 y ss. <https://www.urbe.edu/UDWLibrary/InfoBook.do?id=513365> [Obra en proceso de revisión y reedición 2023-2024].

⁸ Ver texto español y nota explicativa de este tratado en Organización de Estados Americanos: *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.

⁹ Ver <https://www.oecd.org/>, y además en materia de Derecho Comparado, se puede consultar Victor Hugo Guerra, *Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional*. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández, Revista de la

En términos generales, y en el marco de los sistemas jurídicos de los países que analizo, el derecho al arbitraje, o el derecho a los medios alternativos de solución de conflictos en general, no es considerado, expresamente, como un derecho fundamental. Excepción hecha del caso específico de Costa Rica que lo consagra expresamente en su Constitución, como indicaré seguidamente. Y, luego por interpretación doctrinal, en El Salvador y en Venezuela, como una variante, respectivamente, de los derechos fundamentales a la libertad y al derecho de acceso a la justicia.

Comencemos por la norma constitucional costarricense, la cual está sistemática y convenientemente ubicada en el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías Individuales". Así en su artículo 43 se dispone, expresamente, lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente."¹⁰

Esta norma ha sido desarrollada, abundantemente, por la jurisprudencia costarricense, especialmente por la Sala Constitucional, a favor de su caracterización como un "derecho fundamental individual".¹¹

Me detengo, especialmente en la ya clásica sentencia de la Sala Constitucional del año 2000¹², que se pronunció sobre el arbitraje como una de las vías de resolución alterna de conflictos, indicando que el arbitraje es un derecho fundamental:

... **ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL.** *El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías individuales", lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida, aunque penda de ser final-*

Facultad de Derecho, Año 2020-2021. N° 75, UCAB 2022 <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/index>. En materia de préstamo constitucional como método del Derecho Comparado se puede consultar también Víctor Hugo Guerra Hernández, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?* Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, Cali/Medellín, Segunda Edición, Colombia, 2022, pp. 257 y ss.

¹⁰ El texto de la Constitución de Costa Rica se puede consultar en: <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf> Además, Costa Rica, hace más de 20 años, promulgó la *Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz* (Ley RAC de 1997), para promover el uso del arbitraje nacional como medio de resolución de disputas. Y en el 2011, promulgó una ley que regula los arbitrajes internacionales comerciales, Ley LACI o Ley 8937. Ver Felipe Volio Soley, *Hay que reformar el arbitraje en Costa Rica*, 4 de Octubre de 2019, en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/hay-que-reformar-el-arbitraje-en-costa-rica/APODP5LVVDDXM40E3HD77W3Q4/story/>

¹¹ Ver entrevista a la árbitro costarricense Andrea Hulbert, realizada por los también árbitros Adolfo Hobaica y José Antonio Elíaz, en el programa "Al Día Arbitraje Comercial y de Inversión" #9 <https://www.youtube.com/watch?v=ZGLqoleTwxA&t=6s>

¹² Sentencia No. 2000-10352 del 22 de noviembre 2000. Las sentencias de la Sala Constitucional se pueden consultar en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php>

mente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.

En tal sentido, la doctrina costarricense también ha señalado que:

Cabe resaltar que esto no significa que las personas estén obligadas a someter su caso o controversia a un arbitraje. El derecho radica en la libertad para elegir entre los distintos mecanismos de solución; permitiendo que la persona tenga opciones para elegir la que, a sus efectos, se convierte en la mejor para dirimir su conflicto. Así, las técnicas de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos están diseñadas para que coexistan con el proceso judicial y las personas puedan elegir libremente cuál resulta más conveniente a sus intereses y derechos, según el tipo de conflicto.¹³

Puede apreciarse el énfasis dado a la conexión entre este derecho al arbitraje y el derecho a la libertad individual de las personas a elegir, en este caso a elegir el medio por el cual quieren zanjar sus controversias. En el sentido de las libertades individuales, la doctrina española ha señalado que:

...El principio de libertad es, en palabras del Tribunal Constitucional, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad. Que las partes contendientes decidan resolver sus conflictos al margen de los Tribunales de Justicia no menoscaba el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.¹⁴

En fecha más reciente, en sentencia de la Sala Constitucional del año 2022¹⁵, se reiteró que:

El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías individuales", lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo...

¹³ Ver Carolina Castro V., *El arbitraje es un derecho fundamental*, 15 de Junio de 2018, en: <https://officiumlegal.com/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental/>. En el mismo sentido, y muy recientemente la autora Castro V. ha reiterado esta misma opinión, *El arbitraje es un derecho fundamental en Costa Rica*, 23 de Octubre de 2023, en: <https://blog.officiumlegal.com/es/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental>

¹⁴ Marta García Pérez, *El arbitraje y la constitución española de 1978. una reflexión desde el derecho público*, trabajo que forma parte de un análisis más completo de la autora sobre Arbitraje y Derecho Administrativo, recientemente publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi (2011), ver artículo en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9170/comunicacions_10_Garcia_Perez_Marta_435-450.pdf?sequence=1

¹⁵ Ver Sentencia de la Sala Constitucional No. 5556 – 2022 del 8 de Marzo de 2022, en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1100696>

Pero, además, esta decisión del 2022 fue más allá, e indicó que:

Analizado el caso que nos ocupa, la mayoría de esta Sala encuentra que el derecho fundamental contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, ampara el derecho de cualquier persona de acudir a la mediación y conciliación, como mecanismos legítimos para componer conflictos de orden patrimonial, lo que la norma constitucional establece expresamente inclusive cuando están pendientes de ser resueltos jurisdiccionalmente. (...) Además de la regulación constitucional, la ley hace el desarrollo de este derecho fundamental al instaurar los diferentes mecanismos de solución alternativo de conflictos, entre ellos, el de la mediación y la conciliación. De conformidad con el Capítulo II, artículo 4 y siguientes, de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997), se sientan las bases legales para que las partes en conflicto puedan acercarse con un tercero componedor, con el fin de ayudar a las partes a encontrar una solución acorde a sus intereses de forma consensuada, de un modo más rápido y eficiente, así como económico para las partes involucradas...

Ampliando entonces a otros medios de solución alternativa de conflictos, como la mediación y la conciliación el carácter de derecho fundamental. Sin embargo, la decisión no fue unánime y tuvo varios votos salvados. Entre ellos y, en la materia que nos ocupa, el de la Magistrada Garro Vargas, quien sostuvo que:

...Además, es claro que dicho artículo [43] no cobija a la mediación ni a la conciliación, que son medios de resolución alterna esencialmente distintos y que sólo tienen raigambre legal (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Código de Trabajo). Respecto de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos hay una lógica distinta, es decir, son posibilidades para las personas, mas no así propiamente un derecho fundamental o constitucional.

Otro ejemplo centroamericano es el de El Salvador. La doctrina de este país ha sostenido lo siguiente:

...Nuestro país ha contado con diversas Constituciones desde su independencia hasta la actual CN que se promulgó en el año de 1983; y algo que se puede enfatizar es que, en casi todas las Constituciones nuestro legislador ha adoptado una postura a favor de brindar el reconocimiento constitucional al arbitraje como un método alterno de solución de conflictos.¹⁶

Así, el artículo 23 de la Constitución de El Salvador establece que:

Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.¹⁷

¹⁶ Tesis doctoral titulada "El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño", trabajo presentado por: Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, Bajo la dirección del Dr. Armando Laínez Olivares, Catedrático de derecho administrativo del programa de doctorado de la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, enero 2020.

¹⁷ Ver texto constitucional en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

Al igual que en Costa Rica, la doctrina sostiene que este derecho fundamental tiene su sustento en el derecho a la libre disposición, el cual fue establecido por primera vez en la declaración del buen pueblo de Virginia, en los Estados Unidos en 1776, a lo cual ha sumado la jurisprudencia que éste se encuentra íntimamente ligado al derecho de propiedad, por lo que debe entenderse que “una vez reconocida la propiedad en favor de una persona, esta puede usar, explotar y disponer plenamente del bien del que se trate, sea este material o inmaterial.”¹⁸

Y, de hecho, la norma constitucional salvadoreña del artículo 23 se ubica en el “Titulo II, Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capítulo I, Derechos Individuales y Su Régimen de Excepción, Sección Primera, Derechos Individuales”. Sin embargo, a diferencia de Costa Rica, y a pesar de que, en El Salvador, desde tiempos de la colonia española, como he dicho, se ha reconocido al arbitraje como un derecho fundamental, en la práctica la jurisprudencia salvadoreña no ha cumplido cabalmente con este mandato constitucional.

En países como Chile y México, sus constituciones no prevén normas sobre el arbitraje o los medios alternativos en general y, por consiguiente, tampoco los consagran como un derecho fundamental. En estos dos países, las soluciones se han desarrollado por la vía jurisprudencial y legal. Por ejemplo, la Constitución mexicana establece en su artículo 17 que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

En Colombia y Venezuela si hay normas constitucionales sobre el arbitraje y los medios alternativos. Estas normas se encuentran ubicadas, respectivamente, en el Título V y el Capítulo III de sus textos constitucionales, y se refieren, a la “Estructura del Estado y Función Pública”, y “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”.

En Colombia, el artículo 116 establece que:

“...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros...”.

En Venezuela, el artículo 253 prevé que:

“...El sistema de justicia está constituido por...los medios alternativos de justicia...”.

Como hemos dicho en escritos anteriores, hay algunas diferencias evidentes entre ambas normas, por ejemplo, la mayor amplitud de la norma venezolana al referirse a los “medios alternativos” en general, o la mayor claridad de la norma colombiana respecto al carácter transitorio del poder de los conciliadores y árbitros.

¹⁸ *Ibid.* pp. 103 y ss.

Ahora bien, lo cierto es que ambas normas ubican sus referencias al arbitraje y a los medios alternativos dentro de la estructura del poder judicial y del sistema de justicia, y no como lo hacen, expresamente, las Constituciones de Costa Rica y El Salvador en el Título referido a los derechos y garantías individuales.

Por ello, al menos desde la perspectiva de la ubicación literal en el texto constitucional, consideramos que, en Colombia y Venezuela, más que un “derecho individual al arbitraje”, o a los “medios alternativos”, como derecho fundamental, lo que existe es una conexión de éstos al “derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”, consagrado, respectivamente en estos dos países, en los artículos 229 y 26 de sus Constituciones.

Para la doctrina colombiana, la administración de justicia es una función pública, por lo tanto, la conciliación y el arbitraje, son una delegación excepcional y temporal a los particulares para que puedan conocer y dirimir un conflicto. Así:

...De manera expresa, el arbitraje se habilita por disposición constitucional en dos dimensiones, la primera, la delegación de la función jurisdiccional a particulares para que sean administradores de justicia. La segunda, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para acudir a arbitraje, es decir la legitimidad mínima de la institución jurídica como una disposición de los sujetos.¹⁹

Por su parte, la doctrina venezolana sí ha sostenido, y desde hace más de dos décadas que el derecho al arbitraje es un derecho fundamental, el cual se:

...inscribe en el tema de la justicia, mas concretamente en la contemplación del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia. Se trata aquí de una variante del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.²⁰

El Dr. Román Duque Corredor sostuvo esta misma posición para al caso venezolano, en el Prólogo que el Maestro hiciera al libro de Paolo Longo sobre “Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia”, según lo informara nuestro Profesor Eugenio Hernández-Bretón, en su artículo aquí citado.

Personalmente, me gusta la opinión de la doctrina venezolana y la comparto, sin antes advertir que la misma debería ir acompañada de un reconocimiento judicial acorde, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Ello con el fin de evitar la situación de contradicción práctica que alertamos en El Salvador.

¹⁹ Laura Alejandra Guarnizo Cascavita, *El arbitraje en la constitución Colombiana*, 2022, pp. 50-54, en: <https://1library.co/article/el-arbitraje-en-la-constituci%C3%B3n-colombiana.zx5kvxxn>

²⁰ Eugenio Hernández-Bretón, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental*, en: I. Valera (coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, pp. 21-34. En este artículo el Profesor Hernández-Bretón expone importantes datos históricos constitucionales venezolanos sobre el tema, además de un hacer un análisis concordado con otras disposiciones constitucionales que sustentan su tesis.

Quisiera finalizar agregando que el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y a la libertad de elección se extiende a las personas jurídicas. Un ejemplo importante de estos derechos, en cabeza de las personas jurídicas, lo encontramos en los llamados tratados o acuerdos bilaterales de inversión, que establecen el arbitraje como el mecanismo para la solución de tales controversias. Es interesante también recordar que esta preocupación de acceso a los órganos de administración de justicia ya se había consagrado en nuestros países desde el siglo XIX, a través de los llamados tratados de amistad, comercio y navegación, que así lo preveían en relación con la jurisdicción ordinaria del Estado.

4. Palabras finales

El arbitraje en especial, y los mecanismos alternativos en general, constituyen un medio para materializar la Paz. El ODS N. 16 de las Naciones Unidas, y sus respectivas metas medibles, nos brindan las luces necesarias al respecto, tal y como lo he indicado en este artículo.

Las fuentes del sistema jurídico están integradas por soluciones internacionales, nacionales y anacionales. La relación entre las normas internacionales e internas debe ubicarse en el texto constitucional, y cumplir con la Constitución como “norma de normas”.

Los Estados deben acatar las normas del Derecho Internacional, afirmación que esta hoy más vigente que nunca, en la dinámica entre los diversos actores de la comunidad internacional: Estados, individuos, empresas transnacionales, organismos multilaterales, etc.

La constitucionalidad latinoamericana se presenta variopinta en la aceptación del arbitraje como derecho fundamental. La Constitución de Costa Rica, y su consistente interpretación jurisprudencial, es el ejemplo más claro al respecto en nuestro continente. En otros textos constitucionales se requiere de una construcción doctrinal positiva al respecto, por ejemplo, los casos de El Salvador y Venezuela, y como hemos dicho debe ir acompañada del respaldo jurisprudencial constitucional.

Las bases de la argumentación del derecho al arbitraje como derecho fundamental se pueden encontrar en otros derechos constitucionales como el derecho a la libertad individual y el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Resulta de Perogrullo, pero debo recordar que, admitido el derecho al arbitraje como un derecho fundamental, éste deberá arropar tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

Refuerzo la importancia que tiene la investigación científica y los estudios de Derecho Comparado, a través, por ejemplo, de la micro comparación y del préstamo

constitucional, precisamente para comprender mejor, actualizar o llenar los vacíos que pudieran existir en instituciones jurídicas como, por ejemplo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje.

Concluyo señalando, tal y como lo indicaba de manera pertinente el Dr. Román José, "...perder el tiempo es una responsabilidad moral, social y política, lo cual es aún más grave cuando se trata de resolver problemas de la sociedad..." Entonces, no lo perdamos, y abordemos oportuna y pertinentemente los temas asociados a la consecución sostenible de la Paz, la adecuada administración de justicia por medios ordinarios y alternativos y, procuremos la tan necesaria solidez en nuestras instituciones democráticas.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO V., Carolina, *El arbitraje es un derecho fundamental*, 15 de Junio de 2018, en: <https://officiumlegal.com/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental/>
- _____, *El arbitraje es un derecho fundamental en Costa Rica*, 23 de Octubre de 2023, en: <https://blog.officiumlegal.com/es/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental>
- ESCOVAR LEÓN, Ramón, *Román José Duque Corredor*, en: <https://www.analitica.com/opinion/roman-jose-duque-corredor/> 26 de septiembre de 2023.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, *El arbitraje y la constitución española de 1978. una reflexión desde el derecho público*, trabajo que forma parte de un análisis más completo de la autora sobre Arbitraje y Derecho Administrativo, recientemente publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi (2011), ver artículo en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9170/comunicaciones_10_Garcia_Perez_Marta_435-450.pdf?sequence=1
- GUARNIZO CASCAVITA, Laura Alejandra, *El arbitraje en la constitución Colombiana*, 2022 en: <https://1library.co/article/el-arbitraje-en-la-constituci%C3%B3n-colombiana.zx5kvxxn>
- GUERRA HERNÁNDEZ, Victor H.: *Análisis de las Fuentes en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 75 y ss.
- _____, *Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández*, Revista de la Facultad de Derecho, Año 2020-2021. N° 75, UCAB 2022 <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/index>.
- _____, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?* Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Díké, Cali/Medellín, Segunda Edición, Colombia, 2022.
- _____, *¿La constitucionalización del arbitraje?* En: Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022 https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental*, en: I. Valera (coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005.

TÓCHEZ MOLINA, Mardoqueo Josafat, Tesis doctoral titulada "*El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*", Doctorado de la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, enero 2020.

VOLIO SOLEY, Felipe, *Hay que reformar el arbitraje en Costa Rica*, 4 de Octubre de 2019, en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/hay-que-reformar-el-arbitraje-en-costa-rica/APOPDP5LVVDDXM40E3HD77W304/story/>

Otros documentos y enlaces:

CIADI <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

Constitución de Costa Rica <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

Constitución de El Salvador https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y Nota Explicativa, Organización de Estados Americanos: *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980*. Viena, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.

Discurso de Orden pronunciado por Dr. Román Duque Corredor, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 13. En: http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRoman_Duque.pdf

Entrevista a la árbitro costarricense Andrea Hulbert, realizada por los también árbitros Adolfo Hobaica y José Antonio Elíaz, en el programa "*Al Día Arbitraje Comercial y de Inversión*" #9 <https://www.youtube.com/watch?v=ZGLqoleTwxA&t=6s>

OCDE <https://www.oecd.org/>

Sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php>

UN Objetivos de Desarrollo Sostenible <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>