

PROCESOS CONSTITUCIONALES Y PROCESOS ARBITRALES: ¿AGUA Y ACEITE?

I. Introducción

A. Propósito

El objeto de este ensayo es ofrecer una postura sobre un tema que aqueja la región latinoamericana: la relación entre los procesos constitucionales y arbitrales.

Se está librando una batalla intelectual interesante en nuestra región. La batalla es importante. La batalla es disimbola. La batalla es trascendente: de su resultado dependerán muchas cosas. Actualmente la batalla ostenta tanto victorias como derrotas. Éxitos y fracasos. Héroe y heridos—inclusive muertos. Consiste en cómo se conjugan los procesos constitucionales y los procesos arbitrales.¹ Este ensayo busca jugar un papel en dicha batalla — y el papel será el de un conciliador. Un avenidor. Un buen componedor. El motivo no sólo obedece a la consideración evidente (dialogar en vez de pelear. Construir en vez de destruir), sino la convicción que ambas instituciones jurídicas tienen un papel importante que jugar, y que no tienen por qué contraponerse. Mas aún, el planteamiento actual del tema no es obligado, es destructivo y es lamentable.

Lo que es peor, condena a ambos a un resultado que desfavorece a quien debería tener en mente: el gobernado. El tutelado. El ‘consumidor’ de dichos procesos. Para explicar por qué, a continuación describiré brevemente el escenario que estamos viviendo y cómo es producto de un planteamiento cuestionable (§I.C), no sin antes adelantar la idea que pretendo defender (§I.B).

Luego procederé a dar los cimientos de la idea (§II), cómo implementarla (§III), y por qué considero que constituye un mejor resultado que el que invita la discusión actual (§IV).

B. La idea

La idea que pretendo defender es que uno puede ser partidario del garantismo, sentirse estimulado por el neoconstitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional, tanto nacional como supranacional, y un convencido de la importancia de los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales, y aún así defender la noción que no deben interferir en —y mucho menos obstruir— procesos arbitrales. El motivo: cada uno juega un papel importante y diferente —¡y complementario! Más aún, dado el estado de eficacia de los procesos constitucionales en la región, no adoptar la postura defendida tiene por efecto (1) entorpecer los procesos en las relaciones de coordinación (incluyendo el arbitraje), (2) distraer los procesos constitucionales al incluir dentro de su ámbito de atención áreas que los necesitan menos, y (3) diluir los recursos disponibles para procesos constitucionales, al ser empleados en áreas donde se requieren menos, distrayéndolos de las áreas donde se necesitan más.

C. El actual planteamiento es cuestionable

En su mayoría, el planteamiento actual despierta, en su aspecto analítico, lo que la lógica llama un “falso dilema”.² Y en su aspecto retórico, lo que los psicólogos llaman un diálogo de sordos.

*GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, SC, Ciudad de México (www.gdca.com.mx). Árbitro y postulante. Profesor de arbitraje y competencia. Este ensayo documenta la conferencia preparada para la COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA DE GUATEMALA, diciembre 2014. Apreciaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

La mayoría de los intelectuales que han adoptado posturas sobre este tema son catalogables en uno de dos bandos: los constitucionalistas y los arbitralistas. Y las posturas que adoptan tienden a dar preferencia a la disciplina sobre la cual se especializan, buscando supeditar la otra. Postulo que ello es tan cuestionable como lamentable.

Es cuestionable pues el análisis de supeditación —quién o cuál es más importante— es un ejercicio intelectualmente arduo y poco meritorio. Algo así como discutir sobre qué es más importante: ¿un martillo o un desarmador? Respetuosamente, expender energía para defender uno u otro es desperdicio. Dirigir energía a un fin banal. El análisis de supeditación no deja nada. Usemos nuestras (escasas y valiosas) armas intelectuales para fines que los justifican — y de preferencia fines constructivos.

Es lamentable pues sesga análisis y arroja resultados indeseables. Si se prefiere al arbitraje, los paladines del constitucionalismo detractarán y se preocuparán — y con razón. Si se prefiere el constitucionalismo, los arbitralistas se inquietarán por su impacto en la eficacia del arbitraje. ¿Por qué no mejor reconocer que ambos juegan un papel importante y distinto.

En sus respectivas esferas de aplicabilidad, cada instrumento tiene un propósito que guarda un común denominador y una diferencia. La diferencia es el derecho que aplican. El común denominador es que ambos buscan (eventualmente) lo mismo: respeto del Derecho.

Ambos son aliados del Estado de Derecho. Ambos son instrumentos que, en sus respectivas áreas de aplicación, tienen un valor que dar, una misión que cumplir. Por ende, verlos como enemigos es artificial. Es ver gigantes donde hay molinos. Y al margen del yerro conceptual, existe un resultado pragmático lamentable: da municiones para el uso fariseo (abusivo y obstructivo) del Derecho.

II. Una mejor visión

A. Hermanos, no detractores

En vez de dirigir nuestras armas los unos a los otros, los constitucionalistas y los arbitralistas deberíamos entender que somos aliados en un mismo fin. En vez de enfrentar, deberíamos colaborar. En lugar de guerras intelectuales fratricidas, deberíamos reconocer que compartimos un mismo ideal: el respeto por el Derecho. La procuración de un Estado de Derecho. Como rama del Derecho, forma parte del Derecho.

Los procesos constitucionales tienen por objeto defender derechos fundamentales. Los procesos arbitrales tienen por objeto defender derechos de otra índole, contractuales o ex lege. Pero derechos al final del día.

Cuando olvidamos lo anterior, distraemos. Dirigimos nuestras armas intelectuales entre nosotros, en vez de dirigirlas hacia el verdadero enemigo. Al hacerlo, desperdiciamos el filo de nuestras navajas en batallas entre pares. Y para cuando debemos enfrentar al verdadero enemigo, las navajas están desafiladas.

Si el lector está dispuesto a aceptar esta relectura, paso a explicar cómo lograrla.

¹ Anexo una relación que describe genéricamente el estatus que este tema guarda en diversas jurisdicciones Latinoamericanas. El objetivo no es dar una opinión exhaustiva, sino fundamentar y permear el punto al que aludo en el texto: su kaleidoscópico statu quo en la región.

² Véase, GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, XIII Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (San Luis Potosí, mayo 2012), y su post scriptum (ambos visibles en www.gdca.com.mx).

³ Para una lectura fresca y estimulante sobre esta noción, véase Jan Paulsson, THE IDEA OF ARBITRATION, Oxford University Press, 2013.

B. Procesos constitucionales

La idea de la Constitución es poderosa y estimulante. Tanto en su aspecto sustantivo (la existencia de un puñado de principios universalmente aceptados como importantes – los ‘derechos fundamentales’ – que brillan más e irradian aplicación sobre el resto del sistema) como adjetivo (la Garantía Jurisdiccional de la Constitución). Sea que se trate del modelo austriaco, concentrado, o del modelo americano, difuso, la posibilidad de sujetar a control constitucional el ejercicio del poder es una de las grandes victorias de la ciencia del Derecho. El objetivo: que la Constitución sea un instrumento viviente—no sólo vigente.

C. Arbitraje

El arbitraje, en su esencia, descansa en la libertad,³ tanto contractual como procesal. La posibilidad de escoger una forma de encausar y resolver problemas diversa a la ofrecida por el Estado. Además, dadas sus características, el arbitraje se funda también en la certeza y seguridad jurídica.

La idea es sencilla, pero poderosa. El Estado ofrece una infraestructura para resolver problemas — la justicia estatal. Dicha opción, como toda opción, tiene características: ventajas y desventajas. Por definición ello la hace apta, idónea, para cierto tipo de problemas. Pero también por definición no es adecuada para otros.⁴ Es ello lo que logra el arbitraje: la posibilidad de hacer uso de la libertad contractual para moldear una solución a las necesidades del problema. Inter alia permite elegir el intelecto de quien actuará como juzgador (el árbitro) y confeccionar un proceso como traje a la medida para lo que necesita.⁵

D. Compatibilidad de las instituciones jurídicas

Entendida la razón de ser de cada institución jurídica, ¿es incompatible el ideal de control de poder con el ideal de libertad?

Postulo que la respuesta es negativa. Ambos ideales no solo no se contradicen, se refuerzan. La libertad de encausar y resolver una disputa en forma diversa a la generalmente disponible es perfectamente compatible con la (estimulante) idea que el poder debe ser ejercido conforme a cierto cauce. Que hay principios elementales, fundamentales, que nos aplican a todos, y que permean en todos los sistemas, por lo que irradian aplicación a todos. Y dichos principios son, como explica elocuentemente Dworkin, “cartas de triunfo frente a las mayorías”.⁶

“Derechos que nos corresponden universalmente a todos en cuanto dotados del estatus de personas” adoptando la definición de Luigi Ferrajoli.⁷ “Intereses fundamentales para el florecimiento del humano”, como los concibe John Finnis.⁸ O el “Conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo” como explica la Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, la doctora Margarita Luna Ramos.⁹ Lo anterior debe servir de punto de partida analítico, pues es la esencia de ambas instituciones. No hacerlo arroja un resultado que dista de estar en sintonía con el leitmotif de cada institución jurídica. Dicha esencia debe siempre tenerse presente pues, como se ha explicado antes, una concepción diversa tiene (ha tenido) por efecto que, lo que en verdad son hermanos en ideales, se tornen en enemigos conceptuales.

4 Al respecto, véase el capítulo II de ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, DF, 4ª edición, 2014.

5 Desarrollo esta idea, como punto de partida de toda mi obra, en Arbitraje, Ed. Porrúa, 4ª edición, 2014.

6 Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, Harvard University Press, USA, 1978.

7 DERECHO Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

Postulo que dicha compatibilidad existe inclusive ante la expresión más estimulada de la idea de la Constitución. Después de todo, la libertad (implícita en la idea del arbitraje) es uno de los derechos más caros de todos los instrumentos constitucionales.

III. Implementación de la mejor visión

Aceptado el punto de partida, la pregunta obligada es 'cómo'. ¿Cómo lograr la postura por la que abogo?

Propondré una senda a partir de tres puntos de intersección de ambas disciplinas que propician dudas que la implementación de la visión tendría que resolver:

- a) ¿Cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales?
- b) ¿Es necesario control constitucional de la actividad de los árbitros?
- c) ¿Qué efecto tiene mi visión en la causal de orden público? A continuación propongo respuestas que someto a la consideración de este público.

A. ¿El árbitro como parte del sistema de tutela de derechos fundamentales?¹⁰

Vista desde la perspectiva constitucionalista, la idea que aquí planteo exige responder la pregunta '¿qué papel deben jugar los tribunales arbitrales en el sistema nacional e internacional de tutela de derechos fundamentales?' Si la obligación de hacer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad aplica a los tribunales arbitrales.

Postulo ante este foro de expertos que la respuesta debe ser negativa. El motivo es tanto conceptual como pragmático. Me explico. Si el 'bloque de constitucionalidad' y 'bloque de convencionalidad' es parte del 'Derecho' que el árbitro privado debe aplicar para resolver el caso concreto.¹¹ Si el árbitro debe entenderse como 'juez interamericano' humanitario, y por ende aplicar el corpus iuris trasnacional¹² que está en vías de tejerse – uno de los desarrollos jurídicos más estimulantes de los últimos tiempos.

1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son una opción. Una alternativa a la regla que todos tenemos el derecho fundamental a obtener tutela judicial del Estado. Dicho derecho es una opción. Y dicha opción tiene características que lo hacen idóneo para ciertos casos, e inútil para otros. Es decir, el proceso judicial, como todo instrumento, es por definición ideal para cierto tipo de problemas, y también por definición no es ideal para otros.¹³ Los problemas deben ser analizados como patologías. Deben palpase a efecto de discernir qué medicina necesitan: litigio, arbitraje, mediación, conciliación, peritaje o dispute boards. Se trata de medicinas distintas para males distintos. El motivo: cada figura aporta un valor diverso.

8 John Finnis, HUMAN RIGHTS & COMMON GOOD, Collected Essays: Volume III, Oxford University Press, p. 28.

9 Margarita Luna Ramos, LAS PERSONAS MORALES ¿TIENEN DERECHOS HUMANOS?, El Universal, 6 de mayo de 2014, sección de Opinión, p. A18.

La forma en que he planteado la pregunta es cuestionable, lo admito. Si lo he hecho así obedece a que deseo adoptar el ángulo analítico más difícil de defender, pero más estimulante, y desde la perspectiva de la postura constitucionalista.

10 Ello incluiría el 'diálogo jurisprudencial' regional y nacional al que alude Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (PANORÁMICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, UNAM, Ed. Marcial Pons, México, 2014 p. 681). Incluiría el derecho escrito y jurisprudencial del sistema jurídico involucrado, el corpus iuris humanitario (tanto interamericano como comparado – europeo y africano – cuando orientativo).

11 Nótese el término, que no recibe eco en la literatura especializada sobre el tema. Mientras que algunos hablan de un 'Derecho Público Interamericano' (v.gr., Ferrer Mac-Gregor, ob. cit., p. 681), utilizo el término 'transnacional' para hacer aplicable las ideas de Philip C. Jessup (TRANSNATIONAL LAW, Yale University Press, New Haven, 1956) consistentes en la universalidad de los problemas que aquejan a la humanidad, y cómo el derecho que cada sistema destila es uno, transnacional, que corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos.

Y dentro de dicho valor no está el de ser parte del sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales. Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales. Visto desde la (aguda) perspectiva de Salvatore Natoli y Luigi Ferrajoli ¹⁴, el “dolor” que busca colmar es diverso. No se trata de un dolor sufrido, sino un dolor infligido. ¹⁵

Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales. Quiere decir que no son el instrumento para garantizarlo. Este punto es sutil, pero importante. Un derecho puede ser tutelado desde ángulos distintos.¹⁶ Pero ello no quiere decir que todos los ángulos requieran los mismos recursos procesales. La postura anterior se complica en los sistemas jurídicos donde existe control difuso. De hecho, tengo que admitir que la exposición tiene un ligero sesgo: proviene de un abogado educado en el modelo concentrado de control constitucional.¹⁷ Con mis antecedentes, la exposición anterior tiene un ángulo diverso al que probablemente adoptaría un practicante o juzgador entrenado y acostumbrado al control difuso.¹⁸ ¿Quiere lo anterior decir que la idea aquí presentada es inaplicable a los sistemas con control difuso? Propongo que no.

En dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme,¹⁹ que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del “Derecho” aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de ‘finalidad’, como una cuestión de derecho sustantivo. ²⁰

Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado – mismos que aplican a los jueces mismos? ²¹ Respuesta: “sí”. Motivo: por que el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias.²² ¿Alternativo a qué? – Al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es por que desea que todo sea resuelto en una sola instancia – incluyendo el Derecho público aplicable.

La idea me ha estimulado desde hace mucho en esencia por dos motivos. Primero, su visión macro, mundialista, de la humanidad, que resta importancia a las (artificiales) fronteras y evita caer en nacionalismos – lo cual tanto daño nos ha hecho. Segundo, por que invita un uso diestro y pragmático de la disciplina del Derecho Comparado. En mi opinión, la utilidad mayor del Derecho Comparado es que permite aprender de la experiencia ajena, evitando repetir errores. Permitiendo confeccionar mejores soluciones (regímenes jurídicos) cuando capitaliza la sabiduría derivada de la experiencia ajena.

¹³ Esta apreciación es frecuentemente pasada por alto, particularmente por los detractores del arbitraje. Para estos personajes, el arbitraje no sirve para nada. Y si se escuchan sus motivos, el pensador cauteloso se percatará que son técnicamente inadecuados, con frecuencia consisten en exposiciones incompletas (muchas veces, desinformadas) de temas o casos de arbitraje, y en muchas ocasiones una (a veces iracunda) predisposición en contra. Considero que ello es lamentable. Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son herramientas útiles para ciertos casos, e inútiles para otros. Ello, respetuosamente, es la exposición objetiva y correcta del punto. Y la apreciación también se extiende al litigio: es ideal para ciertos casos, y subóptimo para otros. Cuando un abogado se ciega a esto, lo único que logra es cerrarse puertas – y a sus clientes. Querrá decir que hay un universo de casos en los que participa en que está mal aconsejando, pues eran mejor encausados por vías distintas al litigio.

¹⁴ DERECHOYDOLOR. LACRISISDEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL, en EL CANON NEOCONSTITUCIONAL, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, p. 145.

¹⁵ Ferrajoli hace eco de la justificación del Derecho que Salvatore Natoli propone: como solución a dos tipos de dolores: el “sufrido” y el “infligido”. El primero es natural, el segundo causado por el hombre.

¹⁶ Por ejemplo, la vida, que puede ser tutelada desde la perspectiva de derecho constitucional, convencional (artículos 4 y 5 del Pacto de San José) y penal (sancionando el homicidio: artículo 302 del Código Federal Penal). La propiedad: artículo 27 de la Constitución, artículo 21 del la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 367 del Código Federal Penal (que sanciona el robo).

2. Pragmática: el costo social del garantismo²³

Con todo el respeto que tengo a la disciplina del proceso constitucional (incluyendo sus teóricos y practicantes), existe un problema serio que nos aqueja, y que no sólo no se ha remediado, sino que todo parece indicar que distamos de arrojar síntomas de mejoría en el futuro no sólo inmediato, sino mediato.

Como regla, los procesos constitucionales de nuestra región tienen un margen alto de ineficacia.²⁴ Me he abocado a estudiar los procesos constitucionales en la región.

Sin ostentarme como experto, detecto cinco constantes se relacionan con nuestro tema y que han tenido por efecto mermar seriamente su eficacia: **i) Dilución:** como dice el viaje adagio “*el que mucho abarca, poco aprieta*”. Cuando una misma herramienta se utiliza para todo tipo de fines, el resultado es que se mal emplea. Se diluye. Ello ha acontecido con los procesos constitucionales.

Al hacerlos aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible.

17 Hasta 2011 México siguió un sistema de control constitucional concentrado. A partir de entonces es mixto: coexisten el control concentrado (por jueces constitucionales) y difuso (que aplica a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias).

18 Por ejemplo, proveniente de República Dominicana o del Perú. Estoy en deuda con el Magistrado Edynson Alarcón, la doctora Mary Fernández y José Ricardo Feris por sus amables (pero arduos) comentarios sobre el tema desde la perspectiva de República Dominicana. A su vez, con Alfredo Bullard y Roger Rubio por sus apreciaciones desde la perspectiva peruana.

19 No podrían analizar la validez de leyes con efectos erga omnes, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.

20 En este contexto se torna relevante la postura vertida por el Dr. Leonel Perezniето Castro en EL CONTROL DIFUSO POR TRIBUNALES ARBITRALES (La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-Octubre, 2014, p. 10). Dicho jurista hacer ver que el árbitro puede tener que hacer control difuso. Su análisis —que entiendo como el comienzo, no fin, de una discusión— pone el dedo en la llaga del gran tema a resolver. Del mismo tengo similitudes, diferencias y puntos que someto a su respetada consideración.

Similitudes: Comparto su apreciación que el ejercicio puede ser resultado del Derecho aplicable (§4(b), p. 13). Al hacerlo, invito a quienes difieran a que consideren que esto es parte del nuevo paradigma que se suscita por la adopción por México del modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad. No podemos cerrarnos los ojos al tema. El Dr. Perezniето hace bien en iniciar esta discusión. Sin embargo, al día de hoy, dicha postura tiene que tomar en cuenta que el control difuso en México es una obligación impuesta a autoridades (Art. 1, para 3, de la Constitución). Siendo que el árbitro ha sido consistentemente entendido como que no actualiza la hipótesis de ‘autoridad’ (ni para efectos de amparo, ni para otro fin), ¿cómo se justificaría el ejercicio?

Diferencias: el árbitro no es ‘auxiliar de la justicia’; no forma parte del aparato estatal de forma alguna —incluyendo la (amorfa) noción de ‘auxiliar de la justicia’ que en el pasado ha servido para remediar otros problemas en la aplicación del juicio de amparo.

Proposiciones: (1) la apreciación que el control difuso del árbitro es más amplio de lo que puede ejercer un juez local (id., p. 14) es matizable en que no admite generalización. Por un lado, el árbitro que aplica Derecho del país X cuyos jueces constitucionales han, por ejemplo, declarado la invalidez de una norma con efectos erga omnes, tendría que acatar dicha decisión, producto del sistema que conforma el “Derecho” que aplica. (Pero propondría que no es revisable en el contexto del juicio de nulidad o no ejecución. Para una postura contraria, ver el caso peruano desde el caso Maria Julia, que permite revisión del laudo para cerciorar que no se viola un precedente del Tribunal Constitucional de observancia obligatoria.) Aunado al hecho que el árbitro no puede declarar la invalidez de normas inconstitucionales o inconventionales, ello militaría a favor de considerar que la apreciación no es correcta. Por otro, el árbitro no está maniatado ante las determinaciones sobre inconstitucionalidad o inconventionalidad de los juzgadores locales. Esta es la esencia de la (profunda, estimulante y frecuentemente malentendida) postura por la que aboga Jan Paulsson en su debate con Pierre Mayer (J. Paulsson, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 ICSID Review 215 (2008); P. Mayer, *L’arbitre international et la hiérarchie des normes*, *Revue de l’arbitrage*, 2011 p. 361 y J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, p. 231 et seq) y que el Dr. Perezniето permea (id., pp. 13-14). Lo profundo y estimulante (además de precioso, para mi gusto) de la (controversial, pero inadvertida para muchos) postura de Paulsson es que da margen de maniobra al árbitro internacional para evitar ser forzado a aplicar decisiones secundarias cuestionables o ser parte del Derecho como instrumento de opresión, lo cual ex hypothesi significa que algo anda mal con el funcionar del Poder Judicial local — algo que lamentablemente sigue pasando en algunas equinas del orbe.

Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto – inclusive que no los justifican. Y siendo que los recursos son finitos,²⁵ el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar. De las áreas en las que se deberían concentrar.

ii) Procesalitis: con frecuencia el régimen aplicable a los procesos constitucionales es formal y obeso. Se observa una enorme sobre-regulación de todos los aspectos del proceso. Y entre más forma y requisitos, más probabilidad de error. Aunado al fetish por la formalidad, ello tiene por efecto dar múltiples ocasiones para obstruir.

iii) Exceso de recursos: la mayoría de los sistemas de derecho procesal constitucional suelen contar con una cantidad enorme de recursos intra-procesales – además de los recursos aplicables una vez concluido el proceso. Ello impacta seriamente su eficacia, pues muchos de los recursos suelen suspender el proceso mientras se admiten o deciden. Ello tiene un doble efecto. Primero, logra el objetivo de una parte que desea obstruir. Segundo, le complica la labor al juez.

El juzgador que tiene que visitar y adentrarse a un expediente muchas veces es mucho menos eficaz que el juzgador que lo hace exhaustivamente una sola vez. Y si ello se multiplica por el número de casos que cada juzgador tiene, el resultado natural es sobre-saturación²⁶ y complicación de la función del juez, que merma su efectividad.

Aunado a la (enorme) sobre-regulación (comentada en el punto anterior) ello resulta en (1) suspensiones de procesos para atender recursos intraprocesales; (2) repeticiones (a veces múltiples) de los procesos en todo o en parte; y (3) tácticas dilatorias diversas que capitalizan dichas suspensiones y repeticiones, para procurar retrasar o descarrilar procesos. Y con mucha frecuencia por aspectos que no lo justifican.²⁸

iv) Tolerancia del abuso de proceso: por motivos que no acabo de entender, los latinoamericanos tendemos a tolerar el abuso de proceso. La parte que obstruye procesos es solapada.

(2) El que el árbitro pueda estar obligado a efectuar control difuso no depende de la sede sino del Derecho sustantivo aplicable, incluyendo si el Derecho en cuestión lo exige; mas no por la sede – que no es más que el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho arbitral local. Dicho de otra manera, un árbitro con sede en un país donde no exista control difuso puede no obstante ello tener que efectuar control difuso cuando el Derecho aplicable sea de otro país que así lo exige. Y viceversa. La sede no es dispositiva de dicha cuestión.

(Me interesará conocer la respetada opinión del Dr. Pereznieto sobre las anteriores reflexiones.)

²¹ Nótese que planteo la pregunta de la forma más provocadora posible. El motivo obedece al principio de argumentación que exige vencer un argumento en su expresión más robusta, no más débil. Una expresión menos escandalosa podría ser “¿El principio de finalidad del laudo se extiende también a las cuestiones de derecho constitucional o convencional, cuando aplicable?”.

²² De hecho, existe una corriente de opinión que considera que existe un ‘derecho humano arbitral’: el derecho fundamental a contar con procedimientos arbitrales libres de intervención judicial. (Véase, el DERECHO HUMANO ARBITRAL, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria del a Construcción (mayo 2013), visible en www.caic.org.mx). Para conocer la respuesta judicial a dicha teoría, véase EL DERECHO HUMANO ARBITRAL, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014, visible en www.gdca.com.mx).

²³ Para abundar sobre esto, ver EL COSTO SOCIAL DEL GARANTISMO, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

²⁴ Naturalmente, la regla tiene excepciones, tanto en materia como geografía. Pero no detractan de la generalización.

²⁵ Y los recursos siempre son finitos, especialmente los recursos públicos; y especialmente es países en vías de desarrollo.

²⁶ Es decir, no sólo saturación, sino saturación que no se justifica. Que es innecesaria.

Fuera de comentarios académicos y en foros, los juzgadores latinoamericanos (incluyendo árbitros) tienden (tendemos) a no hacer nada ante abuso procesal.²⁹

v) Costas: un caso particular de lo anterior que merece mención independiente es la distribución de costas. Por lo general, los fallos (sentencias o laudos) hacen poco análisis sobre la distribución de costas, y con frecuencia los montos pueden ser importantes. Como resultado, no sólo toleran abuso de proceso, ¡sino que lo incentivan! El motivo: cuando el costo de un proceso no es atribuido a quien lo genera, se impone un costo a la parte que litiga con decencia, que es generado por la parte que propicia los costos. Ello incentiva litigio ‘sucio’ pues hace que la estrategia dominante ante el mismo sea incurrir en el mismo.

Aunque diferentes sistemas jurídicos locales actualizan en forma diversa lo anterior, casi todos adolecen de alguna manera u otra de todos los síntomas indicados. Y la gran constante es que dichos procesos:

a) Están disponibles para pocos: Sirven en su mayoría a quienes tienen la posibilidad económica de contar con un abogado especializado (y oneroso). Como resultado, para una buena parte de la población de nuestra región, los derechos fundamentales no son más que poesía que escuchan en los medios y en las cátedras de grandes pensadores, pero que no tienen efectos palpables en su vida cotidiana. La importancia de esto no debe ser subestimada. Algunos han hablado de ‘Estados fallidos’ en nuestra región.

Otros se indignan. Este es uno de los fracasos más serios de los sistemas judiciales de nuestra región. Merece nuestra atención. Aceptémoslo.

b) Son ampliamente utilizados para estorbar. Para obstruir sea el ejercicio legítimo de derechos o el ejercicio de las facultades regulatorias de autoridades. Ante lo anterior, someto a la consideración de este público que debemos:

i) Simplificar: Hacer menos compleja la hebra procesal de la disciplina a efecto de hacerla accesible a una mayor parte de la población;

ii) Eficientar: Hacerla más eficaz, diseñando procesos más esbeltos y menos proclives a accidentes procesales;³⁰ y

iii) Enfocar: El juicio de amparo debe ser un rayo láser, no una escopeta. Circunscribir su aplicación a efecto de evitar dilución.

Todo lo anterior se relaciona con nuestro tema en que, mientras las medidas correctivas son tomadas, o para los casos en que se desea cursar de manera distinta la solución de un problema, existe el arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias. Sin embargo, si le hacemos aplicable los procesos constitucionales, querrá decir que no hay opción. Que quien desee encausar en forma distinta la solución de sus problemas, siempre acabará en tribunales.

B. ¿CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ÁRBITROS? ¿Es necesario sujetar a control constitucional a los árbitros? La pregunta es profunda.

²⁷ Un efecto secundario pero importante de esto es que los procesos pierden su ‘tempo’. La atención eficiente de un expediente requiere que la atención se concentre para procurar resolverlo en una sola ocasión. No lograrlo resulta en desperdicio de energía, atención y tiempo. Y la calidad de los fallos con frecuencia se ve mermada por ello.

²⁸ La regla consistente en que una violación formal de minimis no justifica cuestionar, anular o repetir todo un proceso es de excepcional aplicación. Se postula que para que una violación procesal justifique la nulidad del proceso o su consecución de novo, debe lesionarse seriamente un derecho procesal o impactar el fondo. Las violaciones de minimis deben ser insuficientes.

²⁹ Ante mi (reiterada) crítica sobre esto, se me indica que puede ser difícil discernir entre uso y abuso de un derecho procesal. Difiero. Quien conoce un expediente sabe si ha habido abuso procesal.

Para resolverla lo primero que hay que discernir es que no es lo mismo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por el árbitro que control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos del árbitro. La primer cuestión quedó abordada en la sección anterior. La segunda es objeto de esta. No faltará quien conteste que 'sí' aduciendo que toda conducta debe ser acorde a la Constitución. La aseveración merece dos apreciaciones. Primero, ello no es evidente. La *raison d'être* de una Constitución es limitar poder público.³¹ Lo mismo es cierto del juicio de amparo. En la medida en que los árbitros no cuentan con poder, la preocupación que justifica control constitucional no está presente.³²

Segundo, aunque uno estuviera de acuerdo en que toda la actividad humana esté acorde a un texto constitucional, ello no quiere decir que la misma tenga que estar sujeta a control constitucional a través de los mecanismos del derecho procesal constitucional. La constitución contempla y permite el derecho civil y mercantil. Y dichas disciplinas tienen su propio régimen sustantivo y adjetivo. Éste último no tiene que coincidir con el derecho procesal constitucional por el simple motivo que es una disciplina con un régimen adjetivo especializado. Ello obedece a un motivo. Y ello cumple un motivo: la *lex specialis* procesal obedece a que la disciplina sustantiva a la que aplica tiene 'algo' que exige tratamiento procesal especializado.

Sumarle una capa de procesos constitucionales no es obligado, y puede tener —y ha tenido, cuando ha ocurrido— el efecto de aletargar.³³

Ante lo anterior, los particulares tienen una opción: cursar su problema vía arbitraje. Al hacerlo, escogen un mecanismo uninstancial que evita los yo-yos procesales. Los amparos 'para efectos'. La enorme cantidad de cosas que pueden hacerse para entorpecer un proceso. Y siendo que escogen a un especialista de su confianza, la preocupación sobre la necesidad de control se reduce. Pero si los actos de los árbitros se someten a control constitucional, lo anterior no se logra. Nunca habrá opción. Las partes no podrán encausar un problema en forma diversa al litigio tradicional; siempre acabarán —lo quieran o no— en tribunales judiciales.

La respuesta es un 'depende'. No es unívoca. Existe sin embargo algo que esclarecer, matices que realizar y límites que identificar a efecto de evitar malentendidos, errores o prestarse para tácticas deplorables.³⁶ Si por ejemplo un laudo propicia corrupción u ofende *ius cogens* dando efectos a situaciones universalmente deploradas, la respuesta puede ser positiva: el laudo debe ser anulado. Sin embargo, si lo que se hace valer es violaciones procesales o incorrecta aplicación de derecho sustantivo considerado '*importante*',³⁷ la respuesta debe ser negativa.

30 Los juzgadores con frecuencia se quejan del cúmulo de casos que enfrentan. La crítica es atendible de muchas maneras, una de las cuales es resolver cada caso más rápido (para lo cual, aplica lo indicado sobre menos recursos intra-procesales) y atribuir costos a quien los genera, lo cual desincentiva su abuso.

31 Me refiero al aspecto dogmático de las constituciones. Existe además el aspecto orgánico que versa sobre algo diverso: la organización del Estado.

32 Hay quien aduce que los árbitros tienen mucho poder. Contestaría que no es 'poder' en el sentido tutelado por los procesos constitucionales. Cuando dos partes en disputa le piden a un particular que actúe como árbitro y diga a quién asiste el Derecho y la razón, eso no es 'poder' en el sentido tutelado por el derecho de amparo. Es un acto de confianza.

33 Uno de las grandes aciertos del derecho procesal constitucional mexicano ha sido a la vez una de sus grandes tragedias. La decisión tomada en 1869 en el caso Miguel Vega que tuvo por efecto permitir el amparo judicial ha tenido por efecto sujetar a una capa procesal adicional a todo el litigio. En sí, ello no tenía por qué ser tan grave. Pero aunado a la forma, procesalitis, recursos intraprocesales, y tolerancia por el abuso del proceso, el resultado ha sido colesterol legal: un efecto embudo en el poder judicial que hace que cada asunto tarde mucho en resolverse. A veces lustros. A veces décadas. A veces más.

Esto último puede ser difícil de aceptar e invitar problemas. Difícil de aceptar pues la no revisión de decisiones que versen sobre temas localmente sensibles (verbi gratia, normas imperativas) es la postura correcta mas no evidente de la interrogante – y una que ha probado ser de difícil aceptación para algunos.³⁸

Invitar problemas pues seguramente será usado como forma de cuestionar el fondo del laudo, comprometiendo su finalidad.

Para deslindar lo que debe quedar amparado de lo que no, propiciando que se eviten errores o se preste para tácticas dilatorias, propongo los siguientes principios:

1. En principio, el orden público no justifica analizar el fondo del laudo, incluyendo si el laudo acata derechos fundamentales;

2. Una violación a un derecho fundamental puede justificar anular o no ejecutar un laudo por actualización de la causal de orden público, pero no por que verse sobre un derecho fundamental, sino por que trastoca un principio elemental de justicia o moralidad.³⁹ Esto merece profundización.

‘Orden público’ y ‘derechos fundamentales’ son instituciones jurídicas diversas. Pueden haber comunes denominadores, pero también puede no haberlos.

Se trata de dos recipientes conceptuales distintos que se traslapan en una serie de casos, pero que no admiten equiparación. Y este es el gran peligro de este tema: que un juzgador utilice la noción de *“derecho fundamental”* como atajo analítico para actualizar la noción *“orden público”* – lo cual sería un yerro.

3. Como regla, el orden público procesal queda amparado por la carta magna del arbitraje,⁴⁰ y debe ser recurrido, no por la causal de orden público,⁴¹ sino por la causal consistente en que una parte *“no ha podido hacer valer sus medios de defensa”*.⁴²

IV. LA VISIÓN DEFENDIDA MERECE SER SEGUIDA

Deseo concluir con una explicación y una aclaración.

A. EXPLICACIÓN

Debemos aprender la gran lección que los economistas nos han dicho (yo diría, ad nauseam) y que muchos abogados seguimos sin escuchar: para servir de cimiento para el progreso, el Derecho debe proveer reglas claras que sean enérgicamente aplicadas. La aplicación del constitucionalismo a las relaciones horizontales y su extensión a procesos arbitrales va en sentido contrario.⁴³ Resta claridad al derecho aplicable, y reduce la eficacia de su aplicación.

34 Artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”).

35 Para abundar, véase ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO (Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012, www.caic.com.mx).

36 Por ejemplo, corrupción, esclavitud o piratería.

37 Por ejemplo, normas de aplicación inmediata.

38 Para entender por qué, véase LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2014. (visible en www.gdca.com.mx)

39 Tal parece que esto es lo que se tenía en mente al redactar la nueva ley panameña de arbitraje al establecer el último párrafo del artículo 66 de la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013 que “Se entiende que el recurso de anulación del laudo es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o del laudo.”

El primero ocurre pues se sujeta a un análisis de ponderación la aplicación del derecho civil (incluyendo mercantil). Se exige un análisis constitucional sobre las normas civiles. Y siendo que el Derecho Constitucional está compuesto por valores, principios, su aplicación reside en lo que Robert Alexy llama “mandatos de optimización”:⁴⁴ el principio debe lograrse de la mayor manera posible, tomando en cuenta las circunstancias del caso particular. Ello es un ejercicio no solo diverso, sino incompatible, con el tipo de norma utilizada por el derecho civil: la regla.⁴⁵

Como resultado, ello querrá decir que, cuando uno firma un contrato, sus palabras estarán borrosas. El que signifiquen lo que dicen estará sujeto a lo que considere el juzgador competente que es acorde a los principios constitucionales caso por caso. Resultado: falta de claridad. El significado de la letra de un contrato dependerá del subjetivismo del juzgador que la aplique. Respecto al segundo punto, el derecho aplicable distará de ser enérgicamente aplicado por el simple hecho que estará sujeto a una capa adicional de revisión. Por encima del régimen civil (incluyendo comercial) aplicable estará el derecho procesal constitucional. Lo que solía ser un par de recursos, ahora se convertirá en una multiplicidad de recursos.

Y dadas las características de los recursos del derecho procesal constitucional (que he descrito en la sección III.A(2) anterior), el resultado bien puede ser (y ya ha sido en algunos casos y en algunas jurisdicciones) que la solución a un problema se arroja a años después. A veces lustros, a veces más. Como puede verse, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales puede tener efectos serios en la utilidad del Derecho como instrumento de desarrollo. E irónicamente ello merma otro derecho fundamental: el de seguridad y certeza jurídica. Curiosamente, es un caso de utilización de palabras bonitas que tienen resultados feos. Lo cual despierta una ironía: permite utilizar el recurso libertario por excelencia (el juicio de amparo).

B. ACLARACIÓN

No faltará el lector especializado en derecho procesal constitucional que sienta que estoy cuestionando su área de especialización. Sobre ello, deseo dejar clara mi postura. En mi opinión: **1.** Los desarrollos recientes sobre dicha disciplina son, en mi opinión, algunos de los más técnicamente estimulantes e idealmente emocionantes de toda la disciplina del Derecho (me refiero al control de convencionalidad, el control difuso, y la fuerza que empieza a cobrar el control de convencionalidad difuso,

40 Artículo 18 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Artículo 1434 del Código de Comercio de México.

41 Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

42 Artículo V(1)(b) in fine de la Convención de Nueva York.

43 Tema que no abordo. Para abundar, se recomienda el ensayo de Daniel García Barragán, *EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO: ENTENDIENDO LA LÓGICA DETRÁS DE LA TEORÍA DEL DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*, El Foro, Vigésima Época, Tomo XXVI, número 2, Segundo Semestre 2013, México, D.F., p. 1. Mi postura puede consultarse en *COSTO SOCIAL DEL GARANTISMO*, ob. cit., y *GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA*, en *RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XXI, ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p.1089; y *GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA *POST SCRIPTUM*, (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones).

44 Robert Alexy, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*, Oxford, 2010.

45 Mientras que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se conforman por principios, las normas civiles se componen de reglas. Se trata de técnicas jurídicas diversas. Usar el método analítico de uno para aplicar el otro es erróneo y estropea su efectividad.

46 Ver al respecto, Eduardo Ferrer MacGregor, *PANORÁMICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL*, Ed. Marcial Pons, UNAM, 2014, pp. 753-754.

tanto vertical como horizontal como paralelo ⁴⁶); y **2.** El derecho procesal constitucional tiene una importante labor que cumplir. Si tuviera una varita mágica y pudiera reestructurar sistemas jurídicos, haría de los procesos constitucionales herramientas mucho más protagónicas en nuestras sociedades.⁴⁷ El motivo: me siento estimulado, persuadido y entusiasmado por el neoconstitucionalismo. Por la importancia del Derecho Procesal Constitucional. Pero no dejo de ver los problemas que se detonan por su mal uso—un caso particular de ello es su utilización para estorbar arbitrajes.

Mucho bien nos haría a los abogados escuchar y aplicar la sugerencia (más bien advertencia) que hacía el titán intelectual Rudiger Dornbusch respecto de los instrumentos de la macroeconomía. Dornbusch solía advertir que, para cada patología macroeconómica debe usarse una, y solo una, herramienta. El origen de muchos males de muchos países en el manejo de sus economías residía en utilizar una medicina para remediar varios males. Lo mismo pasa con el derecho procesal constitucional y el deseo de poner bajo su lupa a los procesos arbitrales.

Los juicios constitucionales son ideales para ciertos temas, para un género claro de problemas sociales. Usarlos para abordar otro tipo de males tiene por efecto propiciar otros problemas. En nuestro caso, se entorpecen los procesos arbitrales y se diluyen los procesos constitucionales.

C. CONTROLEMOS MENOS PARA TUTELAR MÁS

No me cansaré de decirlo: el juicio de amparo no debe ser una escopeta, debe ser un rayo láser. Irónicamente, debemos usarlo menos, para tutelar más. El juicio de amparo debe abarcar menos actos reclamados, para evitar diluirse. Es una cuestión no sólo de justicia, sino política pública. Los recursos públicos siempre son escasos. Ante ello, debemos encausarlos frugalmente; donde más se necesitan. Donde más impacto tienen. Llevado a nuestro tema, el punto sugiere la necesidad de zanjar la aplicación de los procesos constitucionales donde son más aptos. Donde más tutelan. Ello incluye no hacerlo aplicable a relaciones de coordinación, en especial arbitraje. Después de todo, se trata de relaciones horizontales donde el leitmotif de los procesos constitucionales (poder público) no está presente, que es hecho aplicable voluntariamente por las partes, y que el núcleo de su decisión consiste en finalidad y uni-instancialidad.

V. CONCLUSIÓN

Concluyo respondiendo la pregunta contenida en el título de mi ponencia: ¿son los procesos constitucionales y arbitrales agua y aceite? Respuesta: “¡Sí!” Se trata de herramientas jurídicas que buscan cosas distintas. No deben mezclarse. Estando juntas en el mismo recipiente (el sistema jurídico) cada una debe encontrar su espacio y ceñirse al mismo. No lograrlo tiene por resultado entorpecer – ¡a ambas!

⁴⁷ Dado el foro, no resisto la tentación de hacer alusión al golpe de Estado que el Tribunal Constitucional de Guatemala paró en 1993 con Jorge Serrano Elías. Pero no es el único ejemplo positivo. La Corte Constitucional de Colombia ha efectuado resoluciones inspiradoras (como la orden de mandar poner drenajes en barrios marginados y la impartición de justicia en comunidades indígenas marginadas), como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Brasil (ordenando la entrega de medicamentos esenciales a personas sin recursos económicos) y la Sala Constitucional de Costa Rica. (Ver Miguel Carbonell, *EL NEOCONSTITUCIONALISMO: SIGNIFICADO Y NIVELES DE ANÁLISIS*, en *EL CANON NEOCONSTITUCIONAL*, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 163-164.)

⁴⁶ Me refiero a la aplicación horizontal de los derechos humanos.

ANEXO 1

Relación de Estatus de Procedencia de Juicio de Amparo (o equivalente) contra actos de particulares, arbitraje y Control de Constitucionalidad en Jurisdicciones Latinoamericanas Selectas *

PAÍS Y FUNDAMENTO	¿PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE ACTOS DE PARTICULARES?	¿PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAUDOS ARBITRALES?	¿QUÉ SUCEDE SI A UN ÁRBITRO SE LE HACE UN ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY QUE TIENE QUE APLICAR?	PARTICULARIDADES
<u>Argentina</u> Constitución Nacional de Argentina, art. 43	Si	No	Los árbitros pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma.	Hay amparos al estilo anti-arbitration injunctions para frenar un arbitraje.
<u>Bolivia</u> Constitución de la República de Bolivia, artículo 128 y 129	Si	Si, pero no en forma directa. Debe agotarse primero el recurso de anulación por el principio de subsidiariedad.	Si existe duda sobre la inconstitucionalidad de una norma que se aplicará al caso concreto.	El Tribunal tiene dos caminos: (a) basado en el ejercicio de la jurisdicción plantear ante el Tribunal Constitucional, una acción de inconstitucionalidad concreta, continuar el proceso y esperar a la decisión para emitir el laudo. (b) basado en la obligación de aplicación directa de la Constitución y su fuerza normativa, inaplicar la norma que el Tribunal Arbitral entiende inconstitucional al caso concreto.
<u>Brasil</u>	No	No		La aplicación del mandado de segurança siempre se ha ceñido a actos públicos.
<u>Chile</u> (Recurso de Protección) Constitución Política de Chile, art. 20 Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional	Si. Se acepta la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos.	No	La ley chilena contempla mecanismos especiales para alegar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad que han de ejercerse ante el Tribunal Constitucional (acción de inaplicabilidad y acción de inconstitucionalidad). Se podría iniciar paralelamente al arbitraje una acción de este tenor e intentar obtener la suspensión del arbitraje.	El Tribunal Constitucional resolvió que la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. Es constitucional en el entendido que dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema, así como las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley. La jurisprudencia sistemáticamente ha resuelto que en materia de arbitraje comercial internacional el único medio de impugnación en contra de una sentencia arbitral comercial internacional es la petición de nulidad.
<u>Colombia</u> (Acción de Tutela) Constitución Política de Colombia	Si. Procede contra los particulares cuando la persona que interpone la acción se encuentra en algún tipo de subordinación frente al particular que puede haberle violado un derecho fundamental.	Si. El artículo 116 de la Constitución señala que los árbitros administran justicia como jueces provisionales de un litigio, y de conformidad con la habilitación de las partes mediante el respectivo pacto arbitral. De ahí que la Corte Constitucional haya sostenido que los laudos se asimilan a las sentencias, de manera que aquellos pueden ser objeto de la referida acción.	Los árbitros se consideran jueces y como tales pueden aplicar la llamada excepción de inconstitucionalidad, la cual les permite abstenerse de aplicar una ley si la consideran inconstitucional. Procede la denominada excepción de inconstitucionalidad, basada en el artículo 4 de la Constitución. Como los árbitros son considerados jueces -- pero de carácter transitorio--, pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Los árbitros no podrían eliminar la norma legal del ordenamiento jurídico. Y tampoco podrían aplicar la excepción en caso de que la norma legal haya sido declarada exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.	La procedencia de la acción de tutela no es irrestricta. Su procedencia está condicionada a determinadas situaciones de hecho (i.e. que haya situación de indefensión del accionante respecto del particular contra quien se dirija la acción).

<p><u>Ecuador</u></p> <p>(Acción de protección) Constitución del Ecuador</p>	<p>Si. Procede cuando se trate de actos de particulares que afecten derechos consagrados en la constitución.</p>	<p>No. Sin embargo, resoluciones recientes han señalado que procede la acción extraordinaria en contra de laudos.</p>	<p>Se eliminó el control difuso que hacían los jueces/árbitros y ahora todo va para la Corte Constitucional.</p>	
<p><u>El Salvador</u></p>	<p>Si. La Sala de lo Constitucional ha sostenido que si el particular está colocado en una situación de autoridad, si existe una violación a derechos constitucionales y si no hay otro remedio, es procedente.</p>	<p><u>Si</u></p>	<p>Sólo ha existido un caso conocido en que se ha intentado que árbitros ejerzan control difuso. Es algo que se mira con mucho recelo.</p>	
<p><u>El Salvador</u></p>	<p>Si procede un juicio de amparo contra actos de particulares, y por lo tanto podría entenderse que se acepta la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos.</p>	<p>No procede directamente. Pero luego de agotado el recurso de revisión (que es el equivalente al recurso de nulidad en la ley modelo) podría plantearse amparo si se considera que el laudo viola derecho constitucionalmente reconocido y que no fue debidamente anulado en la instancia correspondiente.</p>	<p>Existe un sistema mixto de control de constitucionalidad de leyes, y si un tribunal arbitral es confrontado con un tema de inconstitucionalidad, debe atenderlo y pronunciarse al respecto existe un mandato en la misma Constitución, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, y en otras leyes, que indican que un “juzgador” debe siempre tener presente y aplicar el principio de supremacía constitucional. Si un árbitro es el “juzgador” en el caso concreto sometido a acuerdo arbitral, parecería que le es ineludible pronunciarse. Podría simplemente declarar que es inaplicable la norma en cuestión a ese caso, pero no por ello estaría derogando o dejando sin efecto la norma. Eso solo lo podría hacer la Corte de Constitucionalidad.</p>	<p>La aplicación del mandato de seguridad siempre se ha ceñido a actos públicos.</p>
<p><u>México</u></p> <p>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 103 y 107</p> <p>Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 5.</p>	<p>Como regla no. Cuando el particular realice “actos equivalentes a los de autoridad”. Al día de hoy, no se ha considerado que la función del árbitro es “equivalente a la de autoridad”.</p> <p>(Artículo 5.II de la Ley de Amparo).</p>	<p><u>No</u></p>	<p>El árbitro no puede sostener la invalidez de una norma.</p> <p>Hasta 2011 México siguió el sistema concentrado de control constitucional. A partir de una modificación constitucional de dicha fecha se sigue un sistema mixto: coexisten el control concentrado y difuso.</p>	<p>Hasta abril 2013 el Poder Judicial mexicano siempre sostuvo que el amparo era improcedente contra particulares. Con la nueva ley de amparo (2 de abril de 2013) se reabrió la discusión dada la amplitud del artículo 5.II. Aunque hubo un par de casos que, dada la novedad del tema, admitieron a trámite la demanda de amparo contra un laudo, el resultado final fue refrendar el resultado pasado: se sostuvo que el juicio de amparo era improcedente. (Persiste diferencia de opinión por lo que aun falta una decisión conclusiva de máximo tribunal: La Suprema Corte de Justicia de la Nación.)</p>
<p><u>Panamá</u></p> <p>Constitución Política de 1972, art. 54</p>	<p><u>No</u></p>	<p>No. La nueva ley de arbitraje (Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013) establece que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los árbitros no son servidores públicos (art. 20) • No puede haber intervención judicial salvo los casos expresamente permitidos por la misma (art. 11) • El recurso de anulación es el único aplicable a los laudos y que “el recurso de anulación del laudo es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o del laudo” (art. 66 in fine.) 	<p>La norma constitucional no fue elaborada pensando en los procesos arbitrales. Una aplicación estricta de la norma constitucional excluye la posibilidad de la advertencia de inconstitucionalidad en el arbitraje, en tanto en cuanto el proceso arbitral no es “un proceso público” sino un proceso de carácter eminentemente privado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte Suprema de Justicia es la corte constitucional. • Sigue un sistema concentrado, no difuso. • No existe el control constitucional de leyes, solo actos de autoridad. (Elo incluye leyes emanadas del Órgano Legislativo, decretos expedidos por el Órgano Ejecutivo, reglamentos y resoluciones de entidades públicas, y demás actos de carácter general.) Pero se puede atacar la constitucionalidad de una norma jurídica a través de una demanda de inconstitucionalidad. Por otra parte, el sistema constitucional panameño contempla la llamada “advertencia de inconstitucionalidad” (art. 206(1) de la Constitución).

<p><u>Perú</u></p> <p>- Código Procesal Constitucional de Perú (Ley Nº 28237)</p>	<p>Las acciones de amparo protegen la amenaza o violación de derechos constitucionales distintos a los protegidos por el habeas corpus y puede ser planteada contra cualquier persona (sea o no autoridad) (Artículo 2 del Título I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú).</p>	<p>No, salvo casos excepcionales.</p>	<p>El sistema jurídico peruano reconoce el control constitucional concentrado y difuso. No se ha presentado un caso sobre control difuso de constitucionalidad en arbitrajes localmente.</p>	<p>En Perú existe control difuso. Los árbitros tendrían que efectuarlo. Inicialmente, en una primera decisión del Tribunal Constitucional, se sostuvo que las acciones de amparo contra laudos se podían ejercer luego de agotado el recurso de anulación. Luego, la Ley de Arbitraje estableció que no proceden acciones de amparo. Por último, el Tribunal Constitucional aceptó esta tesis de la Ley y se cerró definitivamente el tema salvo unos supuestos excepcionales, a saber:</p> <p>a) Que el laudo (y la sentencia de anulación) contradice un precedente de observancia obligatoria del Tribunal Constitucional. (No todas las sentencias del Tribunal Constitucional son precedentes de observancia obligatoria, sólo aquellas sentencias que así lo declaren expresamente.)</p> <p>b) Que se pretende ejecutar el laudo contra un tercero que no fue parte en el arbitraje. (Se exceptúa de esa regla los casos del artículo 14 de la Ley de Arbitraje (partes no signatarias)); y</p> <p>c) Que, en los casos que el árbitro aplique control difuso, lo haya hecho contra una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o por la jurisdicción ordinaria.</p>
<p><u>República Dominicana</u></p> <p>Ley 137-11, Ley Orgánica de Procedimientos Constitucionales</p> <p>Constitución de la República Dominicana</p>	<p>Procede el amparo contra toda decisión que viole derechos fundamentales, provenga esta de actos de la administración o de particulares. En éste último caso cuando en ausencia de otras vías judiciales que de manera efectiva permitan obtener la protección del derecho fundamental invocado.</p>	<p>Existe diferencia de opinión. Por un lado están quienes consideran que sí procede la acción de amparo contra laudos arbitrales que violen derechos fundamentales. La ley lo establece así siempre que no exista una vía efectiva contra dicha decisión o acto. En el caso de los laudos, existe la posibilidad de una demanda en nulidad. Por otro, están quienes consideran que la acción en anulación de los laudos ante las Cortes de Apelación es remedio procesal suficiente para corregir o neutralizar cualquier irregularidad de orden legal o constitucional que la decisión de los árbitros pudiera presentar.</p>	<p>Existe diferencia de opinión. Por un lado están quienes consideran que el árbitro puede disponer la no aplicación de una norma al caso concreto sometido a su jurisdicción. El control difuso lo autoriza sin ningún problema. Lo que no podría hacer es declarar nula la norma o pretender "expulsarla" del ordenamiento positivo. Por otro, hay quienes consideran que la respuesta no es clara pues, aunque el Artículo 51 de la Ley 137-11 limita la facultad de ejercer el control difuso a los jueces o tribunales del orden judicial, algunos consideran que los árbitros no sólo están facultados sino obligados a juzgar la constitucionalidad de la ley o disposición para el caso específico que se les plantea, en virtud de lo establecido por el artículo 73 de la Constitución de la República que declara que son nulos los actos contrarios a la misma, por lo que los árbitros se verían obligados a declarar inconstitucional una disposición legal que sea contraria a la Constitución, pero esta declaratoria de inconstitucionalidad se limitaría al caso particular que se les plantea.</p>	<p>Habría que determinar si la demanda en nulidad es una vía efectiva para reclamar derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha entendido que las vías ordinarias no constituyen una vía efectiva, pero para eso habría que saber si la demanda en nulidad es un recurso ordinario, aunque algunos consideran que no lo es pues no juzga el fondo de la demanda. Luego, habría que determinar si, a pesar de no ser un recurso ordinario, la demanda en nulidad es una vía efectiva para reclamar un derecho fundamental. Me inclino por una respuesta negativa, de manera que entiendo procede la acción de amparo contra un laudo.</p> <p>El juicio de amparo es posible, según el Art. 72 de la Constitución, "para reclamar ante los tribunales la protección inmediata de los derechos fundamentales, no protegidos por el habeas corpus cuando resulten vulnerados o amenazados por autoridad pública o de particulares".</p> <p>También el Art. 65 de la legislación adjetiva especializada en el tema (L.137-11) se refiere categóricamente al amparo como una acción "contra todo acto u omisión de una autoridad o de cualquier particular" Sin embargo, también la mencionada L.137-11 en su Art. 70 prevé que el amparo solo estará disponible en ausencia de otras vías judiciales que de manera efectiva permitan obtener la protección del derecho fundamental invocado.</p>
<p><u>Venezuela</u></p> <p>Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales</p>	<p>Si</p>	<p>No. El único recurso posible en contra de un laudo es el recurso de nulidad. Sin embargo, no parece imposible que, ante un laudo vulgarmente violatorio de algún derecho constitucional, proceda un amparo.</p>	<p>Los jueces tienen poder constitucional desconcentrado. En vista de la función jurisdiccional de los árbitros, algunos consideran que un árbitro podría desaplicar por inconstitucional alguna norma en el caso concreto.</p>	

*En la elaboración de esta tabla me he beneficiado de retroalimentación genérica de practicantes diversos. Deseo agradecer a los siguientes, no sin antes deslindarles de cualquier error, particularmente dado los abstracto de las consultas realizadas: Roque Caivano, Bernardo Wayar, Felipe Ossa, Santiago Talero, Alberto Zuleta, Juan Manuel Marchán, Álvaro Galindo, Hugo García, Humberto Saenz Marinero, Álvaro Castellanos Howell, Alexander Aizenstadt, Roger Rubio, Alfredo Bullard, Mary Fernández, Edynson Alarcón, Pedro Saghy y Jorge Federico Lee.