



LAS INTERFERENCIAS DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA EN EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Estudio del Capítulo Iberoamericano
del Instituto de Derecho de los
Negocios de la CCI

El presente Estudio presenta una síntesis de los análisis realizados por distintos grupos de trabajo compuestos por miembros del capítulo de Iberoamérica del *ICC Institute of World Business Law* (“**Capítulo LAI**”):

María Vicien Milburn, María Inés Solá, Federico Campolieti, Joaquim Vallebella, Leandro Caputo (Argentina), **Franz Zubieta** (Bolivia), **Maurício Gomm, Lauro Gama, Daniel Levy, Debora Visconte** (Brasil), **Carlos Alejandro Duque Restrepo, Eduardo Zuleta Jaramillo, Mónica Jiménez** (Colombia), **Andrea Hulbert** (Costa Rica), **Cristián Conejero, Pedro Pablo Gutiérrez** (Chile), **Xavier Andrade, Hugo Garcia Larriva** (Ecuador), **Enrique Anaya** (El Salvador),

Jesús Almoguera, Miguel Gómez Jene, José Ángel Rueda (España), **Ana Luisa Gatica, Edson López** (Guatemala), **Cecilia Flores, René Irra, Rafael Llano** (México), **Miriam Figueroa** (Panamá), **Ives Becerra, José Tam, Cecilia O’Neill de la Fuente** (Perú), **José Miguel Júdice, Pedro Metello de Nápoles, Ana Coimbra Trigo, Nuno Albuquerque** (Portugal), **José Ricardo Feris, Fabiola Medina, Flavio Espinal, Leidylin Contreras** (República Dominicana), **Santiago Labat** (Uruguay).

Fue presidido por Eduardo Silva Romero, asistido por el Bureau compuesto por Judith Martins-Costa, Francisco González de Cossío y Pilar Perales Viscasillas, y la Secretaria Maria Claudia Procopiak.



1. INTRODUCCIÓN

1. El presente Estudio presenta una síntesis de los análisis realizados por distintos grupos de trabajo compuestos por miembros del capítulo de Iberoamérica del *ICC Institute of World Business Law* (“**Capítulo LAI**”) en relación con las interferencias de las Constituciones Políticas de los países de la región en el desarrollo del arbitraje internacional. Estos análisis fueron recibidos por el Instituto entre noviembre de 2019 y enero de 2021 en respuesta a un cuestionario¹ preparado con el fin de entender mejor la relación entre las constituciones y tribunales constitucionales de cada región y el arbitraje internacional.
2. A diferencia de lo que podría pensarse, las interferencias entre la Constitución y el arbitraje no son un fenómeno nuevo en Iberoamérica². La consagración del arbitraje como un derecho de los sujetos del Imperio español aparecía ya en la Constitución de Cádiz de 1812³. Del mismo modo, el uso de cláusulas constitucionales para prohibir o limitar el arbitraje (sobre todo en asuntos que implicaban al Estado o a inversionistas extranjeros) fue una tendencia regional en la época en la que, en América Latina, los Estados profesaban con pocas reservas su adhesión a la, muchas veces mal entendida, Doctrina Calvo.
3. Aun cuando en tiempos recientes Iberoamérica se ha caracterizado por ser una región en la que el arbitraje internacional es bien recibido⁴, las constituciones siguen hoy en día refiriéndose⁵ al arbitraje e interfiriendo en su desarrollo. Aunadas a las interferencias históricas constatadas, el fenómeno se expandió como consecuencia de la tendencia conocida como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En efecto, muchas de las constituciones promulgadas en las postrimerías del siglo XX se caracterizan por ser “*constituciones de mezcla*”⁶ en las que se superponen modelos de Estado y agendas económicas y políticas diversas. El deseo (por lo demás loable) de robustecer las cartas de derechos y fortalecer al poder judicial mediante acciones constitucionales que garanticen la supremacía y el cumplimiento de la Constitución, creó nuevas avenidas para cuestionar las decisiones arbitrales e interferir con el procedimiento arbitral. No parece exagerado afirmar que el nuevo constitucionalismo regional ha generado un Derecho paralelo, basado sobre la protección de derechos fundamentales, al derecho civil y comercial tradicional para la protección de las prerrogativas individuales (derechos subjetivos).
4. Del análisis de las respuestas al cuestionario se desprende que, por lo general, la Constitución y los procedimientos arbitrales suelen interactuar de dos maneras. Por una parte, los textos constitucionales consagran normas en las que regulan directa o indirectamente aspectos del arbitraje (*interferencias directas*). Por otra parte, las cortes nacionales pueden interferir en un procedimiento arbitral o en la etapa de ejecución (o anulación) del laudo con base en normas constitucionales (generalmente, de aquellas que consagran algún tipo de acción constitucional para la protección de derechos fundamentales o derechos colectivos) (*interferencias indirectas*).
5. Las interferencias entre el arbitraje internacional y la Constitución no son, *a priori*, positivas o negativas. Tanto una norma constitucional como una intervención judicial pueden proteger este mecanismo de solución de controversias o, por el contrario, limitar su eficacia. En cualquier

1 Anexo

2 Para una exposición en detalle de estos antecedentes, ver Alejandro Follonier-Ayala, “Constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2015 (23), págs. 107 - 134.

3 Artículos 280 (“*No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes*”) y 281 (“*La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar*”) de la Constitución de Cádiz de 1812.

4 Lo que se evidencia, en parte, por la adopción de la Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en en varios países de Latinoamérica, o la redacción de leyes arbitrales inspiradas en sus disposiciones, incluyendo Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, España, Uruguay y Venezuela.

5 La Constitución de la Nación Argentina es una excepción, pues no contiene ninguna prescripción relativa al arbitraje.

6 Roberto Gargarella, “Sobre el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. 2018, 27 (1), pág. 123.

caso, observamos que, en varias jurisdicciones, las partes tienden a invocar la supremacía constitucional y valerse de las acciones consagradas en las constituciones para restar eficacia a las decisiones de los árbitros e, incluso, anular, en la práctica, los efectos del laudo arbitral. Es posible que ello se explique por la posición privilegiada del juez constitucional en ciertos sistemas jurídicos (sobre todo si el sistema jurídico en cuestión entiende el arbitraje como una emanación del poder jurisdiccional del Estado).

6. Teniendo en cuenta todo lo anterior, hemos analizado las interferencias de las Constituciones de Iberoamérica según si tienen un impacto positivo (**Sección 2**) o negativo (**Sección 3**) en el arbitraje internacional. En la **Sección 4**, presentaremos las conclusiones de este Estudio.

2. INTERFERENCIAS CONSTITUCIONALES CON UN IMPACTO POSITIVO

7. En la medida en que las constituciones iberoamericanas aceptan expresamente el principio de supremacía constitucional, hemos identificado casos en los que la interferencia entre la Constitución y el arbitraje tiene un efecto positivo. En cuanto a las *interferencias directas*, hemos observado que algunas de las constituciones de la región consagran la validez del arbitraje como mecanismo de solución de controversias (**Sección 2.1**). Del mismo modo, algunas constituciones contienen disposiciones explícitas que protegen la arbitrabilidad subjetiva y objetiva (**Sección 2.2**). En ciertos casos, este tipo de norma constitucional impide que el legislador o los jueces limiten la capacidad de las partes de solucionar sus controversias mediante arbitraje.
8. En cuanto a las *interferencias indirectas*, sobre la base de disposiciones constitucionales (en algunos casos, incluso, en disposiciones más genéricas sobre derechos fundamentales o funcionamiento del aparato estatal), los jueces constitucionales de algunas jurisdicciones se han pronunciado de manera favorable al arbitraje (**Sección 2.3**). También conviene realizar un comentario sobre la forma en la que la interpretación de ciertos principios constitucionales por parte de las cortes nacionales ha contribuido a limitar interferencias que tienen un impacto negativo (**Sección 2.4**).

2.1 Reconocimiento expreso del arbitraje como derecho fundamental o como método válido de resolución de controversias

9. En todos los países de la región analizados, el arbitraje es un método válido de resolución de controversias reconocido por la ley y la jurisprudencia. En ciertos países, además, la validez del arbitraje es reconocida expresamente por la Constitución.
10. El país en el que la interferencia constitucional arroja el resultado más positivo es Costa Rica. El artículo 43 del Título IV (denominado “Derechos y Garantías Individuales”) de la Constitución costarricense dispone que *“toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”*⁷ Con base en esta disposición, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha confirmado que el recurso al arbitraje es un derecho fundamental individual de rango constitucional.
11. Aunque no eleven el arbitraje a derecho fundamental, las constituciones de otros países de la región establecen explícitamente que el arbitraje es un método válido de solución de controversias. En Ecuador, por ejemplo, la Constitución reconoce expresamente el *“arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos”*⁸. La Constitución de El Salvador prevé, por su parte, que *“ninguna persona que tenga la*

7 Artículo 43, Título IV (“Derechos y Garantías Individuales”) de la Constitución Política de Costa Rica.

8 Artículo 109 de la Constitución de la República de Ecuador.

*libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento*⁹ (a diferencia de Costa Rica, no existe claridad sobre si este derecho tiene el carácter de fundamental).

12. Un caso de interés en la región es el de Panamá. En un fallo del 2001, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo de la ley de arbitraje que consagraba el principio *Kompetenz-Kompetenz*. En respuesta a ello, una reforma constitucional del 2004 enmendó el artículo 202 de la Constitución, y aclaró que, en Panamá, “[l]os tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”¹⁰. En este caso, la interferencia directa de una reforma constitucional garantizó la posibilidad de que los árbitros estudiaran su competencia sin que, por ello, debiesen someter esta cuestión a los jueces estatales antes de dictar su laudo.
13. Otras constituciones asocian el arbitraje con la emanación del poder jurisdiccional del Estado. También en Panamá, la Constitución dispone que “*la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley*”, sin sujeción de su jerarquía al poder judicial y sin que los árbitros sean considerados servidores públicos¹¹. La Constitución colombiana dispone, por su parte, que los particulares pueden ser investidos transitoriamente con la facultad de administrar justicia en calidad de “árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad, en los términos que determine la ley”¹². De forma similar, en Perú, “[n]o existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”¹³, y, en Portugal, “*pueden existir tribunales marítimos, arbitrales y juzgados de paz*”¹⁴. En la medida en que las decisiones de los árbitros se entiendan como órdenes judiciales de obligatorio cumplimiento para las partes, esta interferencia directa puede contribuir a la eficacia de este método de solución de controversias (en particular, en lo que respecta al cumplimiento de medidas cautelares o provisionales ordenadas por el tribunal).
14. En el caso mexicano, la Constitución establece que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”¹⁵. Aunque, a primera vista, el reconocimiento constitucional del arbitraje parece limitado, las cortes federales han concluido que esta norma implica una constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de controversias¹⁶. En particular, las cortes mexicanas consideran que el arbitraje se equipara en cierta medida a la tutela judicial, puesto que cumplen la misma función: resolver las controversias entre individuos sujetos a la ley¹⁷. Conviene precisar, como discutiremos más adelante, que, no por este hecho, los árbitros en México son considerados *autoridades* para todos los efectos.
15. Por último, algunos textos constitucionales contienen referencias equívocas al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En ciertos casos, la doctrina y la jurisprudencia interpretan estas referencias como una validación indirecta del mismo.
16. En la República Dominicana, por ejemplo, la Constitución establece la posibilidad de someter a arbitraje, nacional o internacional, las controversias derivadas de relaciones contractuales

9 Artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador.

10 Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Panamá.

11 Artículo 202 de la Constitución Política de la República de Panamá.

12 Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

13 Artículo 138 de la Constitución Política de Perú.

14 Artículo 209, nº 2 de la *Constituição da República Portuguesa*.

15 Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

16 Tesis: 1a. XXXVI/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, marzo de 2017, pág. 438.

17 Tesis: III.2o.C.6 K, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, octubre de 2013, pág. 1723.

con el Estado¹⁸. El equívoco, en este caso, proviene del hecho de que normas ya derogadas reconocían expresamente al arbitraje como mecanismo para resolver disputas entre particulares (este lenguaje más específico desapareció con la Constitución promulgada en 2015). Según las respuestas que recibimos, no puede interpretarse este cambio constitucional como una prohibición del arbitraje entre particulares. Si la Constitución ha dado autorización constitucional para que el Estado utilice el arbitraje, resultaría incorrecto alegar, por ejemplo, razones de orden público o de otra naturaleza para no permitirlo en un ámbito meramente privado.

17. Finalmente, en el caso de Uruguay, la Constitución hace referencia al arbitraje como mecanismo de resolución pacífica de disputas entre Estados soberanos bajo el derecho internacional. El artículo 6 dispone que, “[e]n los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos”¹⁹. Una disposición similar también aparece en el texto constitucional colombiano²⁰.

2.2 La protección de la arbitrabilidad en normas constitucionales

18. La definición de qué disputas pueden ser decididas en un arbitraje (y qué sujetos pueden recurrir a este mecanismo) es un tipo de interferencias constitucionales directas que, *a priori*, no tienen un impacto ni negativo ni positivo. La definición de arbitrabilidad en la Constitución puede, en todo caso, impedir que la ley establezca limitaciones innecesarias a este mecanismo (esta parece ser la tendencia en la mayoría de los países estudiados).
19. Algunas constituciones se refieren de manera explícita a la arbitrabilidad objetiva (esto es, a las disputas que pueden ser sometidas a—y decididas por—un tribunal arbitral). En la mayoría de los casos, las constituciones adoptan una postura tradicional en la que autorizan el arbitraje para aquellas disputas cuyo objeto es de libre disposición de las partes. La Constitución de Costa Rica, por ejemplo, dispone expresamente que las diferencias que se pueden someter a arbitraje son las de carácter patrimonial²¹. De forma similar, la Constitución de Ecuador prevé que las partes pueden recurrir a arbitraje “*en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir*.”²² La Constitución de Perú también establece que “[l]os conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.”²³ En el denominado *Caso Cantuarias*, el Tribunal Constitucional de ese país confirmó, sobre esta base, la posibilidad de recurrir al arbitraje “*básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional*”²⁴.
20. En el caso de Chile, la Constitución se refiere explícitamente al arbitraje obligatorio para la resolución de conflictos colectivos del trabajo²⁵ (una disposición de poca relevancia para definir la arbitrabilidad objetiva de otro tipo de disputas). El Tribunal Constitucional, en todo caso, ha confirmado que el legislador tiene la potestad de determinar qué materias deben ser sometidas a arbitraje obligatorio y, en términos más generales, de desarrollar el conjunto de reglas aplicables al arbitraje²⁶.

18 Artículo 220 de la Constitución de la República Dominicana.

19 Artículo 6 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay

20 Artículo 101 de la Constitución Política de Colombia.

21 Artículo 43 de la Constitución Política de Costa Rica.

22 Artículo 109 de la Constitución de la República de Ecuador.

23 Artículo 62 de la Constitución Política de Perú.

24 Fundamento nº 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente Nº 06167-2005-HC (Caso “Fernando Cantuarias Salaverry”).

25 Artículo 19 numeral 16 inciso 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

26 Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia nº 2.755-14-CPR del 30 de diciembre de 2014.

21. En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva (esto es, la capacidad de ciertos individuos de recurrir al arbitraje para la solución de sus controversias), existe cierta tendencia en la región a incluir una cláusula constitucional para regular las condiciones bajo las cuales el Estado y sus emanaciones pueden recurrir al arbitraje. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de El Salvador²⁷. Destaca en este grupo de países la Constitución del Perú, la cual autoriza explícitamente al Estado a celebrar Contratos-Ley para brindar a inversionistas garantías con el fin de fomentar la inversión privada y someter cualquier controversia derivada de los mismos a arbitraje²⁸. También destaca el caso ecuatoriano, que permite que las entidades públicas suscriban acuerdos arbitrales, siempre y cuando éstos sean aprobados por el Procurador General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley²⁹.

2.3 Interferencias indirectas con impacto positivo: protecciones de la jurisprudencia constitucional

22. En las respuestas recibidas, hemos notado que, en algunos países, la jurisprudencia constitucional ha interpretado el texto constitucional de manera favorable al arbitraje. Ello se manifiesta, esencialmente, de dos maneras:
23. Por una parte, varios tribunales constitucionales han confirmado, en términos generales, las reglas de arbitrabilidad favorables que aparecen explícitamente en otras constituciones. En Guatemala, donde la Constitución no se pronuncia sobre la arbitrabilidad de disputas, la Corte de Constitucionalidad consideró que, *“ya se trate de los particulares o de la Administración, ambos pueden sustraer el conocimiento de las controversias que se susciten en sus relaciones contractuales del conocimiento de los órganos de la jurisdicción ordinaria. Los particulares, por virtud del principio de libertad de acción y autonomía de la voluntad; el Estado o la Administración, por virtud del principio de legalidad, al cual se encuentra sujeto su actuar”*³⁰. De igual manera, en Panamá, la Corte Suprema ha confirmado la constitucionalidad de la Ley de Arbitraje, en particular en lo que se refiere a la capacidad del Estado para celebrar acuerdos arbitrales.
24. En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido que el arbitraje tiene un alcance material limitado a aquellos asuntos de libre disposición de las partes³¹ (*contrario sensu*, aquellos asuntos sobre los cuales las partes no pueden disponer no son arbitrables). Ello impide, por ejemplo, que los tribunales de arbitraje se pronuncien sobre la legalidad de actos administrativos (aunque los árbitros pueden pronunciarse sobre sus efectos económicos)³². En cualquier caso, aun cuando la actitud de la Corte Constitucional es favorable al arbitraje, la jurisprudencia considera que la ley puede limitar las condiciones de acceso a este mecanismo. Por ejemplo, en las controversias en que *“intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, [que] han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”*³³, lo que cierra la posibilidad de que se acuda en este tipo de disputas al arbitraje técnico o en equidad.
25. Por otra parte, en algunos de los países estudiados, las cortes han reconocido que los árbitros tienen competencia para interpretar y aplicar la ley, lo cual incluye normas y

27 Artículo 146 de la Constitución Política de El Salvador.

28 Artículo 62 de la Constitución Política de Perú.

29 Artículo 109 de la Constitución de la República de Ecuador (*“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”*)

30 Corte de Constitucionalidad, Expedientes acumulados 99-2018 y 119-2018.

31 Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2001.

32 Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000.

33 Artículo 1, de la Ley nº 1563, Estatuto de Arbitraje Nacional y Internacional, de 2012

principios constitucionales. En algunos países, donde los jueces tienen facultades de control de constitucionalidad difuso (esto es, la facultad de inaplicar una norma a un caso concreto por hallarla contraria a la Constitución), las cortes han incluso aceptado que este tipo de control también sea ejercido por los árbitros. Este tipo de interferencia puede ser positivo si, como resultado de la libertad para ejercer control constitucional por sí mismos, los tribunales arbitrales no tienen la obligación de someter cuestiones de constitucionalidad a las cortes, con los potenciales incrementos en costos y tiempo asociados a este tipo de procedimientos.

26. En Argentina, la Corte Suprema consideró que *“los árbitros ‘juris’ pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto, o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”*³⁴.
27. Conforme a las respuestas que hemos recibido, las cortes en Brasil, Guatemala, Perú y Portugal han adoptado posiciones similares. En estas jurisdicciones, el árbitro, además de poder interpretar y aplicar normas o principios constitucionales como parte del Derecho aplicable, puede ejercer control difuso de constitucionalidad de leyes y normas de inferior jerarquía.
28. En México, aun cuando el tribunal arbitral tiene el deber de considerar y aplicar la ley como un todo (incluyendo principios y normas constitucionales), no es claro si tiene facultades de control constitucional difuso. Ello se debe a que esta es una competencia exclusivamente atribuida a las *autoridades*, y los árbitros no tienen tal carácter en esta jurisdicción³⁵. Una discusión similar existe en la República Dominicana: aunque la Constitución parece atribuir el control difuso exclusivamente a los jueces del Estado, algunos autores sostienen que los árbitros también tienen esta competencia. La premisa que justifica esta postura es que, al actuar como el ente que debe decidir una disputa en Derecho, los árbitros tienen la obligación de hacerlo incluso si ello implica decidir cuestiones de constitucionalidad.
29. En otras jurisdicciones de la región, las cuestiones de constitucionalidad son resueltas por los tribunales constitucionales a petición de los jueces (por vía de una cuestión prejudicial de constitucionalidad). Observamos una interferencia en aquellas jurisdicciones en las que, para estos efectos, los árbitros son equiparados a los jueces. Es difícil determinar, en abstracto, en qué medida esta interferencia tiene un efecto positivo en el arbitraje. Por una parte, la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad puede promover coherencia en la forma como los tribunales arbitrales interpretan principios constitucionales. Sin embargo, el hecho de poder (o deber) remitir el expediente a una corte puede incrementar la duración y los costos del arbitraje (según hemos mencionado anteriormente). En la Sección 3 *infra*, discutiremos algunos aspectos problemáticos que surgen como consecuencia de considerar a los tribunales de arbitraje como entes asimilables a las cortes.
30. En Costa Rica, por ejemplo, la jurisprudencia equipara a jueces y árbitros en su función jurisdiccional y, por esta vía, abre la puerta a que estos últimos puedan plantear consultas de constitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema. De forma similar, en Chile,

34 Corte Suprema, Fallos 173: 221.

35 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia en Amparo Indirecto 71/2014 (*“[L]a constitucionalización del arbitraje no se constata por la equiparación del tribunal arbitral a la autoridad estatal, en términos del artículo 1º tercer párrafo [de la Constitución], porción normativa que establece que ‘[t]odas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen’ diversas obligaciones en relación a la tutela de los derechos humanos, pues el arbitraje se mantiene como una actividad regulada por la voluntad de las partes; más bien, la constitucionalización del arbitraje se constata, en su caso, porque las libertades en virtud de las cuales las personas acuden a ella tienen relevancia constitucional, en términos del cuarto párrafo del artículo 1º Constitucional”*).

los tribunales arbitrales tienen la competencia y el deber de aplicar normas constitucionales³⁶ y tanto el tribunal como las partes del procedimiento pueden promover un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma ante el Tribunal Constitucional³⁷.

31. En otros países (como Panamá, Uruguay, y España³⁸), los árbitros no tienen la facultad de ejercer ningún tipo de control constitucional ni de plantear cuestiones de constitucionalidad ante los tribunales constitucionales. En el caso de España y Portugal, sería teóricamente posible que los árbitros incluso tuviesen facultad para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la competencia de los árbitros internacionales para interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea es un tema que excede el objeto de este análisis). La respuesta sobre este punto es, en todo caso, negativa³⁹. Además, el Tribunal Constitucional español ha explicitado recientemente que su consideración tradicional del arbitraje como un “equivalente jurisdiccional” únicamente se refiere al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral,⁴⁰ y que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado constitucionalmente puesto que no es un procedimiento judicial, del mismo modo que los árbitros no ejercen la jurisdicción porque ella es competencia exclusiva del poder judicial⁴¹.

2.4 Limitación de posibles interferencias indirectas negativas

32. En la Sección 3.2 *infra*, nos referiremos a cómo las interferencias indirectas (por medio de decisiones de jueces constitucionales) pueden tener un impacto negativo en el arbitraje (bien sea porque impiden el dictado del laudo o porque aumentan el tiempo y costos asociados a resolver la controversia). Conviene, sin embargo, destacar que la jurisprudencia de ciertos tribunales constitucionales ha contribuido a limitar este tipo de interferencias.
33. En ciertos países, los tribunales han aclarado explícitamente que las acciones constitucionales no son procedentes contra las decisiones de los árbitros. En Costa Rica, ninguno de los recursos que la Constitución establece para garantizar los derechos y libertades fundamentales procede contra los actos procesales en un arbitraje (o contra el laudo). La Sala Constitucional de la Corte Suprema ha considerado en reiterados fallos la improcedencia del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad en contra del proceso arbitral y el laudo⁴². En Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha estimado improcedente la impugnación de una decisión proferida en un arbitraje por vía del recurso de amparo, al considerar que el recurso de anulación es el único recurso viable para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el arbitraje o en el laudo⁴³.

36 Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Chile; Artículos 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

37 Artículo 93 numeral 6 de la Constitución Política de la República de Chile; Sentencia del Tribunal Constitucional causal rol nº 4249-18-INA, del 2 de julio de 2019.

38 Artículo 163 de la Constitución Española. Tribunal Constitucional Español, Auto 259/1993 de 20 de julio de 1993.

39 Sentencias TJUE de 23 de marzo de 1982, caso *Nordsee* (asunto 102/81); 6 de marzo de 2018, caso *Achmea* (asunto C-284/16); 2 de septiembre de 2021, caso *Komstroy* (asunto C-741/19).

40 Tribunal Constitucional español, Sentencia 17/2021 de 15 de febrero de 2021 (FJ 2).

41 Tribunal Constitucional español, Sentencia 65/2021 de 15 de marzo de 2021 (FJ 4).

42 Por ejemplo, Resolución Número 2002-10270, de las 11:30 horas del 25 de octubre del 2002, dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica; Resolución Número 016473-2018, de las 11:40 horas del 02 de octubre del 2018, dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica; Resolución Número 2010-018383, de las 16:07 horas del 03 de noviembre del 2010, dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica.

43 Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de septiembre de 2015 que decide Amparo de Garantías Constitucionales, presentado por Las Brisas de Amador, S.A., contra Auto del Tribunal Arbitral dentro del Proceso Arbitral propuesto en su contra por Vikingo Joint Ventures, Inc. y Vikingo Overseas, Inc. (“*Como viene visto, la resolución impugnada por esta vía extraordinaria fue dictada en el curso del proceso de arbitraje, esto es, cuando las actuaciones arbitrales no habían aún finalizado; de manera que, en atención al contenido del último párrafo del artículo 66 antes citado, la única vía específica e idónea para proteger cualquier*”).

34. Del mismo modo, en Chile, la Constitución consagra la acción de protección⁴⁴, la cual puede ser ejercida ante la vulneración de derechos y garantías constitucionales⁴⁵. Sin embargo, solo en contadas ocasiones se ha iniciado una acción de protección en el contexto de arbitrajes y rara vez ha sido admitida en contra de decisiones tomadas por árbitros (incluso por jueces). La doctrina mayoritaria considera que esta acción es improcedente si existe un proceso pendiente, o cuando se utiliza con el fin de revisar o anular laudos o sentencias.
35. En Brasil, hubo cierta tendencia a intentar interferir en los procedimientos arbitrales mediante acciones constitucionales destinadas a proteger derechos fundamentales (como el libre acceso a la justicia). Desde que el Tribunal Supremo Federal se pronunció a favor de la constitucionalidad del arbitraje en 2001, estas acciones son menos frecuentes y, en todo caso, no suelen prosperar.
36. Finalmente, hay jurisdicciones en las que este tipo de interferencias no ha ocurrido, bien sea porque existen impedimentos legales o porque la interpretación de las acciones constitucionales no lo permite. En Argentina, por ejemplo, la Constitución consagra la acción de amparo. Sin embargo, la forma como este recurso ha sido interpretado por las cortes impide que sea utilizado contra las decisiones de los árbitros. En Uruguay, la ley dispone de manera expresa que no se puede promover la acción de amparo en contra de los actos jurisdiccionales, cualquiera que sea su naturaleza y el órgano del que emanen⁴⁶. Ello incluye las decisiones de los árbitros.

3. INTERFERENCIAS CONSTITUCIONALES CON UN IMPACTO NEGATIVO

37. Aun cuando las normas constitucionales pueden evitar interferencias indebidas por parte del legislador o los jueces en un procedimiento arbitral, también puede ocurrir lo contrario. En cuanto a las *interferencias directas*, las normas constitucionales pueden restar eficacia al arbitraje al disponer que ciertas disputas no son arbitrables (**Sección 3.1**). Igualmente, las constituciones pueden abrir la puerta a que las cortes revisen las decisiones de los árbitros (y crear así *interferencias indirectas* negativas). Ello suele ser consecuencia del ejercicio de acciones constitucionales (en especial, del recurso de amparo para la protección de derechos fundamentales) (**Sección 3.2**). Este Estudio revela que, en otros casos residuales, a este resultado también se llega como consecuencia de que las constituciones consideren a los árbitros como una emanación de la jurisdicción estatal o por considerarlos sujetos a la jerarquía del poder judicial y sus precedentes (**Sección 3.3**).

3.1 Normas constitucionales que limitan la eficacia del arbitraje: limitaciones constitucionales a la arbitrabilidad objetiva

38. En ciertas jurisdicciones, las constituciones contienen disposiciones que, aun cuando no prohíben el arbitraje, sí afectan la eficacia de este mecanismo de solución de controversias. Los dos ejemplos más claros de este fenómeno se encuentran en las constituciones de Bolivia y Ecuador.

derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo, lo constituye el recurso de anulación del laudo. Esta nueva disposición excluye la posibilidad de recurrir [a la] vía constitucional de amparo cuando, en el curso de un proceso de arbitraje o en el laudo, aparezcan amenazados o vulnerados derechos fundamentales; limitándose tal opción o alternativa únicamente al Recurso de Anulación, de conocimiento de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.”)

44 Artículo 20, Constitución Política de la República de Chile.

45 Artículo 19, Constitución Política de la República de Chile. Cabe destacar que en el control de constitucionalidad del proyecto de la ley de arbitraje comercial internacional, el Tribunal Constitucional de Chile sostuvo que los artículos 5 y 34 de la ley (que replica la Ley Modelo de la CNUDMI) dejaban a salvo las acciones jurisdiccionales que contempla la Constitución de Chile a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley. Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2004, bajo el Rol N° 420, sobre el Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional.

46 Artículo 1° de la Ley N° 16.011 sobre la Acción de Amparo.

39. Por una parte, nuestro análisis confirma que la Constitución boliviana no prohíbe todas las formas de arbitraje. Existe no solo jurisprudencia que confirma su validez en este sistema jurídico, sino también jurisprudencia constitucional sobre la imposibilidad de declarar inconstitucionales y/o someter a control posterior de constitucionalidad acuerdos bilaterales de inversión ratificados (y, en consecuencia, sus previsiones sobre arbitraje inversionista-Estado)⁴⁷. Sin embargo, el texto constitucional refleja una política estatal en desacuerdo con someter a arbitraje las controversias con inversionistas extranjeros. La Constitución de 2009 somete a toda inversión extranjera a las leyes y autoridades bolivianas⁴⁸. Del mismo modo, la Constitución prohíbe expresamente el arbitraje internacional para la resolución de controversias relativas a las actividades de la cadena productiva del sector de hidrocarburos⁴⁹. Con base en estas disposiciones, la ley 708 de 2015 amplió el tipo de disputas en las que el arbitraje se encuentra prohibido (al incluir aquellas relativas a la propiedad de los recursos naturales, los títulos otorgados sobre reservas fiscales, los contratos administrativos, el acceso a los servicios públicos, la explotación de recursos naturales, el orden público, y las funciones del Estado⁵⁰).
40. Por otra parte, en el caso de Ecuador, la Constitución dispone que “[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales”⁵¹. Con base en dicha norma, hace alrededor de una década, la Corte Constitucional de Ecuador dictó una serie de sentencias en las que declaró inconstitucionales varios acuerdos bilaterales de inversión que el Estado había celebrado con otros países y que incluían una oferta para someter a arbitraje disputas con inversionistas extranjeros. Tanto la norma constitucional como la interpretación que de la misma hizo la Corte fueron decisivas en la decisión del Estado ecuatoriano de denunciar estos tratados y el Convenio del CIADI.
41. El 21 de junio de 2021, Ecuador, sin embargo, se adhirió nuevamente al Convenio del CIADI y, pocos días después, la Corte Constitucional concluyó que no era necesaria la intervención del poder legislativo para su ratificación⁵². La Corte consideró que cualquier tratado internacional en el que el Estado acuerde ofertas para someter disputas con inversionistas extranjeros a un arbitraje ante el CIADI tendrá que, en su momento, ser objeto de aprobación legislativa antes de su ratificación. Aún está por verse cómo Ecuador negociará y celebrará nuevos tratados teniendo en cuenta las limitaciones existentes en su Constitución.

3.2 Interferencias negativas indirectas por medio de acciones constitucionales

42. En la mayoría⁵³ de los países de la región, las constituciones incluyen acciones extraordinarias para la protección de derechos fundamentales, denominadas, por lo general, recurso de amparo o acción tutela. Por su naturaleza, el trámite de estas acciones suele ser expedito y faculta a los jueces a dictar órdenes de cumplimiento inmediato. Además, por su carácter constitucional, pueden, por lo general, ser revisadas o decididas por las altas cortes del Estado.

47 Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional No. 0031/2006 del 10 de mayo de 2006.

48 Artículo 320 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (“I. La inversión boliviana se priorizará frente a la inversión extranjera. II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable. III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.”)

49 Artículo 366 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

50 Artículo 4 de la Ley nº 708 sobre Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015.

51 Artículo 422 de la Constitución del Ecuador.

52 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-21-TI/21 del 30 de junio de 2021.

53 Según hemos discutido en la Sección 2.4 *supra*, en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Portugal y Uruguay no existen precedentes claros de que las partes puedan recurrir a estas acciones para interferir con el procedimiento arbitral.

43. Como *comentario preliminar*, en ciertos países de la región, las acciones constitucionales no proceden directamente contra las decisiones de los árbitros, pero sí contra las decisiones adoptadas por las cortes en su condición de tribunales de anulación (o ejecución y reconocimiento) del laudo o de asistencia al tribunal arbitral. Ello se deriva más del hecho que en esos países las acciones constitucionales proceden contra las decisiones de los jueces en general que de consideraciones específicamente aplicables al arbitraje. Tal es el caso de Brasil⁵⁴, España⁵⁵, México⁵⁶ y la República Dominicana⁵⁷. Es difícil evaluar, en abstracto, si dichas acciones pueden considerarse como interferencias indirectas con el arbitraje, sobre todo cuando, en la mayoría de los casos, intervienen luego de que el laudo—o incluso la decisión sobre su anulación—han sido dictados.
44. En otros países analizados, las acciones constitucionales interfieren, en mayor o menor medida, con el desarrollo del arbitraje. Por esta vía, las partes pueden incrementar el tiempo y costos asociados a la resolución de la controversia e, inclusive, impedir la ejecución del laudo que dicte el tribunal.
45. Guatemala es la jurisdicción en que estas acciones parecen tener el mayor potencial para interferir con el arbitraje. En este país, la Corte de Constitucionalidad sostiene que la acción de amparo⁵⁸ tiene un ámbito de aplicación amplio, puesto que “*los casos de procedencia son numerus apertus*”, y “*en el sistema jurídico guatemalteco no hay acto de poder que no pueda ser impugnado por esa vía*”⁵⁹. Es frecuente, por lo tanto, que las partes intenten este tipo de acciones para interferir con el desarrollo del arbitraje. Siguiendo esta tendencia, la Corte de Constitucionalidad también ha interpretado

54 En Brasil, el *mandado de segurança* es el recurso que puede interponer una persona víctima de una ilegalidad o abuso de poder por parte de alguna autoridad. Esta acción puede ser presentada por cualquier persona que se vea perjudicada de alguna manera por una arbitrariedad en el ejercicio de su función. Es debatible si en Brasil el árbitro puede ser equiparado a una autoridad, y, por ende, pasible de corrección de actos abusivos mediante *mandado de segurança*. La posición mayoritaria parece ser que el árbitro no se equipara a una autoridad de carácter público, por lo que las partes en el arbitraje no pueden recurrir al *mandado de segurança* ni antes de su instauración para impedir la constitución del tribunal arbitral, ni durante el procedimiento, ni después de la conclusión del arbitraje, y sólo pueden solicitar la anulación del laudo en los casos expresamente enumerados por el legislador. Desde la promulgación de la Ley de Arbitraje en 1996, no existe ninguna decisión por parte de las cortes federales de instancias superiores que validen la posible utilización del *mandado de segurança* contra una decisión arbitral. Los pocos precedentes que existen en cortes de inferior jerarquía sugieren que esta posibilidad es eminentemente teórica.

55 La Constitución española confiere al Tribunal Constitucional la competencia sobre recursos de amparo en supuestos de violación de los derechos y libertades públicas. Este recurso procede contra decisiones judiciales cuando la parte que lo promueve ha agotado antes la vía judicial previa. En consecuencia, el recurso de amparo no puede interferir directamente en un procedimiento arbitral. El recurso de amparo sí puede interponerse contra la sentencia que resuelve una acción de anulación del laudo arbitral o una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. La más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha servido precisamente para dejar claro que los Tribunales Superiores de Justicia no pueden anular laudos a base de utilizar un concepto amplio de orden público y, especialmente, de orden público económico, pues el arbitraje es una institución esencialmente distinta del juicio. Ver Tribunal Constitucional español, Sentencia 17/2021 de 15 de febrero de 2021 y Sentencia 65/2021 de 15 de marzo de 2021 (FJ 4).

56 En México, la Constitución dispone que procederá el juicio de amparo contra actos u omisiones de autoridades del Estado y de particulares que realicen actos equivalentes a los de una autoridad y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. No obstante, los tribunales mexicanos han considerado que los árbitros no tienen carácter de autoridad, por lo que el amparo resulta improcedente. El juicio de amparo puede ser promovido en contra de una sentencia de reconocimiento y ejecución de un laudo, pero únicamente sobre las posibles violaciones a derechos fundamentales o normas constitucionales cometidas por el juez. Este tipo de acciones no es frecuente en esta jurisdicción. Ver Artículo 107 de la Ley de Amparo de México.

57 En la República Dominicana, las decisiones judiciales relativas al arbitraje, incluidas aquellas que deciden las impugnaciones de los laudos, pueden ser objeto de un recurso de revisión ante el Tribunal Constitucional. La acción de amparo, por su parte, ha sido la vía más utilizada por particulares que han entendido que sus derechos fundamentales, particularmente el derecho de acceso a la justicia como parte de la tutela judicial efectiva, han sido violados. Ver, en especial, Sentencia TC/0421/19 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana (“*Además, cabe destacar que, en caso de confirmación o anulación del laudo, el fallo podría ser recurrido en casación y posteriormente dicha sentencia dictada en casación, puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional*”).

58 Artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala (“*Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.*”)

59 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expedientes 4128-2012, 4756-2011 y 5195-2017, entre otros.

liberalmente las facultades de los jueces de revisión y ha considerado que éstos pueden modificar o revocar el laudo arbitral⁶⁰.

- 46.** En otras jurisdicciones, las acciones constitucionales están limitadas a situaciones más específicas o al cumplimiento de condiciones elaboradas por la jurisprudencia. Bolivia hace parte del primer grupo. En efecto, el amparo constitucional procede contra actos de personas que restrinjan o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Existe un precedente en que el Tribunal Constitucional determinó la violación al derecho fundamental de petición por parte del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO). El Tribunal determinó que el Centro había ignorado solicitudes de la demandada en las que ponía de manifiesto vicios importantes en las notificaciones y, en consecuencia, anuló la decisión⁶¹. Este caso se destaca porque, en principio, el mismo resultado podría obtenerse por medio del recurso disponible en contra de un laudo arbitral (y que figura en el artículo 111 y siguientes de la Ley sobre Conciliación y Arbitraje de Bolivia). La tendencia, en todo caso, parece estar limitada a violaciones manifiestas de derechos fundamentales.
- 47.** Perú ilustra el caso de aquellas jurisdicciones en las que la interferencia se encuentra mitigada por reglas que ha desarrollado la jurisprudencia. La Constitución prevé la acción de amparo, la cual *“procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”*⁶². El Tribunal Constitucional ha aceptado que las partes pueden promover acción de amparo contra laudos arbitrales⁶³. Luego de haber tomado decisiones poco convenientes al desarrollo del arbitraje⁶⁴, la posición del Tribunal Constitucional al respecto fue aclarada en el fallo del caso *María Julia* de 2011⁶⁵ (que constituye precedente con carácter vinculante⁶⁶). Conforme a esta decisión, el amparo arbitral es improcedente si una parte pretende usarlo para reemplazar los recursos de apelación y anulación previstos en la Ley General de Arbitraje⁶⁷. Concretamente, el amparo arbitral sólo procede cuando (i) una parte invoca la vulneración directa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, (ii) el tribunal arbitral ha ejercido en su laudo control difuso sobre una norma que el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial ha declarado constitucional, o (iii) un tercero alega que el laudo ha violado manifiestamente sus derechos fundamentales⁶⁸.

60 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 252-2015 (*“Al precisar que la Sala tiene obligación de emitir el pronunciamiento que corresponda en los supuestos en los que revoque o modifique el laudo arbitral, lo que la norma prevé es la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que conozca del recurso pueda emitir un fallo que será distinto del que es objeto de su conocimiento, pues del estudio que del mismo realiza, de acuerdo a las causales que el recurrente le invoca, ha advertido circunstancias en virtud de las cuales es imposible confirmar el laudo arbitral impugnado, en cuyo caso, naturalmente, habría necesidad de emitir pronunciamiento diverso. La advertencia de aquellas circunstancias no puede sino darse como resultado de la revisión de fondo que del asunto haga la Sala jurisdiccional, pues la misma no podría realizarse de manera superficial, debido a que los supuestos de procedencia del recurso de revisión que la ley establece están encaminados a la reevaluación de actuaciones que suponen, a su vez, la revisión de hechos que constan en el expediente, lo que, en algunos casos, significa conocer el fondo del conflicto.”*)

61 Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional No. 0065/2018-S2 del 15 de marzo de 2018.

62 Artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

63 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 189-99-AA/TC, Pesquera Rodga S.A., del 26 de octubre de 1999.

64 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 4195-2006-AA/TC, PROIME Contratistas Generales S.A., del 16 de noviembre del 2007; Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 5311-2007-AA/TC, Compañía Distribuidora S.A., del 5 de octubre de 2009; Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 2851-2010-PA/TC, IVESUR S.A., del 18 de marzo de 2010.

65 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 142-2011-PA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA. María Julia., del 12 de septiembre del 2011.

66 Fundamentos n°s 20 y 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 142-2011-PA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA. María Julia., del 12 de septiembre del 2011.

67 Fundamento n° 20 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 142-2011-PA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA. María Julia., del 12 de septiembre del 2011.

68 Fundamento n° 21 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 142-2011-PA/TC, Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA. María Julia., del 12 de septiembre del 2011.

48. No hemos encontrado precedentes en los que, en el Perú, las acciones constitucionales hayan sido empleadas para impedir el inicio o la continuación de un procedimiento arbitral (por el momento, la jurisprudencia admite que la acción sólo procede contra el laudo). Existe en el Tribunal Constitucional una posición minoritaria que ve viable esta hipótesis en el supuesto en el que la parte logre probar (i) un riesgo irreparable a sus derechos fundamentales si no se concede el amparo, (ii) que la jurisdicción arbitral le ha sido impuesta sin su consentimiento, o (iii) que el objeto de la controversia no es de libre disposición de las partes⁶⁹.
49. De forma similar, en Ecuador, la Corte Constitucional considera que la acción extraordinaria de protección, concebida para impugnar sentencias o actos judiciales definitivos que violenten derechos reconocidos por la Constitución⁷⁰, procede también contra las decisiones de los árbitros. Esta acción requiere el agotamiento previo de todos los demás recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación, por lo que sólo procede contra laudos arbitrales cuando la acción de nulidad haya sido tramitada⁷¹, o en supuestos en los cuales la acción de nulidad no procede⁷².
50. A diferencia de Perú, las partes han recurrido a las medidas cautelares previstas por la Constitución (para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental) para interferir en el desarrollo del arbitraje⁷³. La doctrina, sin embargo, considera que admitir estas medidas es erróneo, puesto que, por lo general, este recurso no procede contra actos judiciales (a los que el Derecho ecuatoriano asimila las decisiones de los árbitros)⁷⁴.
51. En Colombia, la Corte Constitucional considera que la acción de tutela, consagrada en la Constitución como un mecanismo especial de protección de derechos fundamentales⁷⁵, procede contra laudos arbitrales nacionales e internacionales⁷⁶. La Corte basa su postura en el hecho de que, conforme a la Constitución, los árbitros ejercen una función judicial transitoria (y la acción de tutela procede contra decisiones judiciales). La Corte, además, ha desarrollado una serie de requisitos bastante rigurosa⁷⁷ que una parte debe satisfacer para que una tutela contra un laudo arbitral prospere. Tratándose de laudos internacionales, la Corte considera que la procedencia de la acción de tutela es “*excepcionalísima*”⁷⁸, teniendo en cuenta que las partes tienen, en estos procedimientos, una mayor libertad para acordar el Derecho aplicable

69 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 183-2012-PA/TC, Minera Los Quenuales S.A., del 3 de mayo de 2018, Fundamento 5.1 del Voto Singular del Magistrado Blume Fortini.

70 Artículo 94 de la Constitución del Ecuador.

71 Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19, Primax vs. Gómez, 19 de noviembre de 2019, párr. 24.

72 Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19, Delcon vs. la Municipalidad de Pasaje, 19 de noviembre de 2019, párr. 49.

73 Pinturas Wesco S.A. c. Banco Guayaquil S.A., Juicio 050-2011, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil del Guayas, Sentencia de 25 de mayo de 2011; Unidad Judicial Penal de Cuenca, Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo Ltda. vs. SIFIZSOFT S. A., proceso no. 01283-2017-00268 (Acción de Protección), 9 de febrero de 2017, citado en J. D. VICUÑA, “El Arbitraje y las Cortes: la experiencia del Azuay”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, no. 10, 2019, pp. 45-78.

74 Artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

75 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

76 Entre otras, Corte Constitucional de Colombia, sentencias SU 033 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos; T 173 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C 590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T 269 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

77 Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra laudos arbitrales imponen (i) que la pretensión de la acción de tutela sea la protección de derechos fundamentales y no sea equivalente o pretenda revivir una pretensión relacionada con el fondo de la controversia resuelta en el laudo; (ii) que el accionante haya agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios —recurso de anulación— como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; (iii) que la acción sea interpuesta oportunamente; (iv) si se trata de un defecto procedimental, que éste sea esencial y determinante en la decisión arbitral; y (v) que el accionante haya alegado la presunta violación en el marco del proceso arbitral. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU 033 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos. Además de estos requisitos generales, el accionante deberá probar que el tribunal incurrió en alguno de los requisitos *específicos* que la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia. Los requisitos específicos se denominan (i) defecto sustantivo (por violación de la ley), (ii) defecto orgánico (por violación de normas relativas a la competencia), (iii) defecto procedimental, (iv) error inducido, (v) falta de motivación, (vi) defecto fáctico (por falta de pruebas que sustenten la decisión), (vii) desconocimiento del precedente, y (viii) violación directa de la Constitución.

78 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 354 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

y las reglas procesales. Cuando el Derecho aplicable en el arbitraje internacional sea, total o parcialmente, el colombiano, podrá revisarse el laudo por defecto sustantivo (violación de la ley) lo que podría permitir revisar de fondo el laudo a través de una acción de tutela⁷⁹.

52. Finalmente, en El Salvador, la jurisprudencia no ha aclarado del todo la procedencia de acciones constitucionales contra las decisiones de los árbitros. Existen precedentes en los que la Corte Suprema ha revisado decisiones adoptadas por tribunales arbitrales en sede de amparo constitucional. Sin embargo, en un reciente fallo, la Sala de lo Constitucional negó que esta acción pudiese intentarse contra las decisiones adoptadas por un tribunal arbitral⁸⁰.

3.3 Otras interferencias negativas como consecuencia de la forma como la Constitución califica a los árbitros

53. Una última categoría residual de interferencias constitucionales indirectas recoge otros escenarios en los que las cortes pueden controlar la decisión de los tribunales arbitrales, sea porque los entienden como emanaciones del poder jurisdiccional del Estado o porque consideran que son entes obligados a aplicar su interpretación de las normas constitucionales.
54. En Ecuador, como hemos visto, los laudos arbitrales que vulneren derechos y garantías constitucionales pueden ser objeto de revisión por la Corte Constitucional. Este tribunal aclaró, además, que los árbitros tienen el deber de respetar y hacer respetar la supremacía constitucional y garantizar los derechos constitucionales. De lo contrario, procederá contra el laudo la acción extraordinaria de protección⁸¹. Esta posibilidad queda abierta, en particular, para aquellas violaciones de derechos fundamentales que no pueden ser remediadas a través de la acción de nulidad.
55. En Portugal, un laudo arbitral internacional es inapelable (salvo acuerdo de las partes conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje portuguesa). No obstante, la mayor parte de la doctrina considera que, con base en el principio de igualdad (si se le compara con una sentencia) procede un recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal Constitucional en casos en los que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de una norma. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de esa norma será vinculante para el tribunal arbitral.
56. En Argentina, la cuestión de la revisión judicial de (i) laudos en los que se hayan resuelto cuestiones constitucionales, o (ii) laudos en los que se haya declarado la inconstitucionalidad de una ley, no tiene una respuesta uniforme ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina⁸².

79 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 354 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

80 Resolución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCN/CSJ), del 5 de marzo de 2018, en el proceso de amparo No. 744-2016 (*“En ese sentido, resulta necesario precisar que el tribunal arbitral no pertenece a ninguno de los órganos del Estado de El Salvador y, en consecuencia, el mismo no podría considerarse – en ninguna medida – como autoridad pública susceptible de ser demandada ante este Tribunal en un proceso constitucional de esta naturaleza, así como tampoco podría analizarse directa o indirectamente si éste cometió las presuntas ilegalidades planteadas por la parte actora. Por tales motivos, deberá declararse sin lugar la demanda de amparo en cuanto a este punto”*).

81 Corte Constitucional, sentencia no. 323-13-EP/19, Primax vs. Gómez, 19 de noviembre de 2019, párr. 2; Corte Constitucional, sentencia no. 31-14-EP/19, Delcon vs. la Municipalidad de Pasaje, 19 de noviembre de 2019, párr. 49.

82 La Corte Suprema ha interpretado que la renuncia voluntaria a la jurisdicción judicial estatal incluye la renuncia al recurso extraordinario—recurso que se concede ante el tribunal superior con el fin de asegurar la aplicación uniforme de la Constitución—y a la intervención de la Corte Suprema como última instancia de revisión del proceso. La Corte ha sostenido que el recurso extraordinario sólo procede respecto de sentencias judiciales. Algunos autores consideran entonces que el acceso a la Corte Suprema sólo procede por la vía del recurso extraordinario contra los actos del juez en el marco del trámite de recurso de nulidad contra el laudo. Sin embargo, otros consideran que es posible el recurso extraordinario directo contra el laudo arbitral cuando en éste se declara la inconstitucionalidad de una norma. Finalmente, otro sector de la doctrina comparte la primera postura, pero admitiría la segunda postura sólo en el supuesto de que no existan elementos para impugnar el laudo por vía del recurso de nulidad (y sí para interponer el recurso extraordinario).

4. CONCLUSIÓN

57. Las constituciones y cortes constitucionales en Iberoamérica han tenido, históricamente, un papel importante (positivo o negativo) en el desarrollo del arbitraje en la región. Sin embargo, el presente Estudio demuestra que, aun en la actualidad, el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje sigue bastante presente. Las constituciones y cortes constitucionales, en otras palabras, siguen interfiriendo en el desarrollo del arbitraje internacional en Iberoamérica en un grado que no se observa en otras regiones del mundo.
58. Ciertas interferencias constitucionales recientes han sido calificadas por parte de la doctrina internacional como el resurgimiento de los postulados de Carlos Calvo. Sin embargo, el presente Estudio nos lleva a concluir que este no es el caso. En términos generales, la asociación de las ideas de Carlos Calvo con posiciones contrarias al arbitraje internacional es, como lo demuestra Horacio Grigera Naón en un artículo reciente (publicado en el *Liber Amicorum* en honor de Yves Derains, Pédone, 2021), incorrecta.
59. El fenómeno de la interferencia constitucional en el arbitraje internacional en la región parece más bien resultar de la adopción de un paradigma de derecho, proveniente de la filosofía jurídica de Hans Kelsen, según el cual la Constitución Política y los derechos fundamentales forman la base del sistema jurídico y son fuente directa de derechos y obligaciones. En otras regiones, por el contrario, las constituciones no son fuentes directas de derechos y obligaciones a favor y a cargo de los ciudadanos o lo son menos que en los países iberoamericanos.
60. También existe en la región una tendencia a utilizar reformas constitucionales para, en ejecución de la ideología política prevalente, proteger ciertos derechos individuales amenazados, lo que ha acarreado y acarrea una expansión de la categoría de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico respectivo.
61. Fue así como la campaña de modernización de las constituciones latinoamericanas emprendida a partir de los años 90, siguiendo la tendencia verificada en la región de incorporar más y más derechos fundamentales en las constituciones, tuvo como resultado el reconocimiento constitucional del arbitraje en ciertos países. La consagración del principio *Kompetenz-Kompetenz* en la constitución panameña a través de la reforma constitucional del 2004, como respuesta directa a un fallo constitucional desfavorable, es un ejemplo claro de este fenómeno.
62. Esa constitucionalización directa en la región puede ser positiva, pues los casos en los cuales las constituciones mencionan expresamente el arbitraje suelen ser para consagrar su validez. No hemos encontrado ningún ejemplo en la región de prohibición constitucional expresa del arbitraje. Además, en la mayoría de los países estudiados, cuando la Constitución Política contiene disposiciones explícitas sobre arbitrabilidad, la finalidad de la norma constitucional tiende a ser la de impedir que el legislador infra constitucional establezca limitaciones innecesarias a la capacidad de las partes de solucionar sus controversias mediante arbitraje.
63. Sin embargo, la constitucionalización del arbitraje también tuvo como efecto permitir la utilización de acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales o principios constitucionales en contra del laudo o del procedimiento arbitral. Esta manifestación de la constitucionalización del arbitraje en Iberoamérica ha sido y todavía es y debe ser motivo de preocupación en cuanto al desarrollo de la región para, en particular, convertirse en sede de arbitrajes internacionales.
64. No obstante, incluso las interferencias constitucionales indirectas pueden ser positivas. Aun cuando notamos que las partes tienden a valerse de las acciones consagradas en las constituciones para oponerse a las decisiones de los árbitros o anular los efectos del laudo arbitral, encontramos en la región muchos ejemplos de decisiones de jueces constitucionales favorables al arbitraje. Las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional español en el presente año de 2021 son, sin duda, los ejemplos más recientes y elocuentes.

ANEXO

Cuestionario sobre las interferencias de las Constituciones Políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional

PARA	Miembros del Capítulo Iberoamericano del <i>ICC Institute of World Business Law</i>
DE	<i>Bureau</i> del Capítulo Iberoamericano del <i>ICC Institute of World Business Law</i>
ASUNTO	Cuestionario sobre las interferencias de las Constituciones Políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional

1. Normas constitucionales que reconocen el arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias, y su interpretación por la jurisprudencia y doctrina nacionales

- 1.1 ¿Existen normas en la Constitución de su país que reconozcan al arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esas normas.
- 1.2 ¿Existen en su país desarrollos legislativos de las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta anterior? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esos desarrollos legislativos.
- 1.3 ¿Cómo han interpretado los tribunales constitucionales de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 1.1 y sus desarrollos legislativos?
- 1.4 ¿Cómo ha interpretado la doctrina dominante de su país las normas constitucionales referidas en la pregunta 1.1 y sus desarrollos legislativos?

2. Normas constitucionales que limitan el alcance del arbitraje, y su interpretación por la jurisprudencia y doctrina nacionales

2.1 Límites objetivos del arbitraje (arbitrabilidad objetiva)

- 2.1.1 ¿Existen normas en la Constitución de su país que limiten el sometimiento a arbitraje de disputas relacionadas con ciertas materias? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esas normas.
- 2.1.2 ¿Existen en su país desarrollos legislativos de las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta anterior? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esos desarrollos legislativos.
- 2.1.3 ¿Cómo han interpretado los tribunales constitucionales de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 2.1.1 y sus desarrollos legislativos?
- 2.1.4 ¿Cómo ha interpretado la doctrina dominante de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 2.1.1 y sus desarrollos legislativos?

2.2 Límites subjetivos del arbitraje (arbitrabilidad subjetiva)

- 2.2.1 ¿Existen normas en la Constitución de su país que limiten el sometimiento a arbitraje de disputas relacionadas con cierta categoría de sujetos? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esas normas.

- 2.2.2** ¿Existen en su país desarrollos legislativos de las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta anterior? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esos desarrollos legislativos.
- 2.2.3** ¿Cómo han interpretado los tribunales constitucionales de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 2.2.1 y sus desarrollos legislativos?
- 2.2.4** ¿Cómo ha interpretado la doctrina dominante de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 2.2.1 y sus desarrollos legislativos?

3. Normas constitucionales que prevén acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales y/o principios constitucionales que pueden interferir con el desarrollo del arbitraje y/o con la validez, el reconocimiento y/o la ejecución de un laudo arbitral, y su interpretación por la jurisprudencia y doctrina nacionales (“Teoría de los derechos fundamentales”)

- 3.1** ¿Existen en la Constitución de su país acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales y/o principios constitucionales que, por la forma en la que están previstos y/o por la forma en la que han sido interpretados por las autoridades judiciales nacionales, pueden interferir con el proceso arbitral, con la validez de un laudo arbitral y/o con el reconocimiento y ejecución del mismo? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esas normas.
- 3.2** ¿Existen en su país desarrollos legislativos de las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta anterior? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esos desarrollos legislativos.
- 3.3** ¿Cómo han interpretado los tribunales constitucionales de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 3.1 y sus desarrollos legislativos?
- 3.3.1** En especial, por favor comente si las acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales y/o principios constitucionales referidos en su respuesta a la pregunta 3.1 han sido interpretados por los tribunales constitucionales de su país como mecanismos tendientes a impedir el inicio de un arbitraje y/o su continuación (“*anti-arbitration injunctions*”).
- 3.4** ¿Cómo ha interpretado la doctrina dominante de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 3.1 y sus desarrollos legislativos?
- 3.4.1** En especial, por favor comente si las acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales y/o principios constitucionales referidos en su respuesta a la pregunta 3.1 han sido interpretados por la doctrina dominante de su país como mecanismos tendientes a impedir el inicio de un arbitraje y/o su continuación (“*anti-arbitration injunctions*”).
- 3.5** ¿Cómo ha interpretado la jurisprudencia y doctrina nacionales el concepto de orden público en su relación con los derechos fundamentales? ¿Han sido interpretados como conceptos equiparables o independientes?

4. Interacción entre tribunales constitucionales nacionales y árbitros en cuestiones de constitucionalidad

- 4.1 Legitimación de los árbitros para resolver en sus laudos cuestiones de constitucionalidad o plantearlas ante los tribunales constitucionales nacionales**
- 4.1.1** ¿Existen en la Constitución de su país previsiones relativas a la legitimación de los árbitros

para aplicar normas o principios constitucionales en sus laudos, aplicar la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales, realizar cualquier tipo de control constitucional o plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante los Tribunales Constitucionales? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esas normas.

4.1.2 ¿Existen en su país desarrollos legislativos de las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta anterior? De ser su respuesta afirmativa, por favor describa y comente esos desarrollos legislativos.

4.1.3 ¿Cómo han interpretado los tribunales constitucionales de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 4.1.1 y sus desarrollos legislativos?

4.1.4 ¿Cómo ha interpretado la doctrina dominante de su país las normas constitucionales referidas en su respuesta a la pregunta 4.1.1 y sus desarrollos legislativos?

4.2 Competencia de los tribunales constitucionales nacionales para revisar laudos arbitrales en los que se hayan resuelto cuestiones de constitucionalidad y para emitir decisiones vinculantes sobre las mismas

4.2.1 ¿Los tribunales constitucionales nacionales de su país tienen competencia para revisar laudos arbitrales en los que los árbitros hayan aplicado normas o principios constitucionales, hayan aplicado la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales o hayan realizado cualquier tipo de control constitucional?

4.2.2 ¿Existen en su país precedentes judiciales obligatorios emitidos por los tribunales constitucionales domésticos en relación con cuestiones de constitucionalidad? Por favor describa y comente las normas pertinentes, así como la jurisprudencia y doctrina nacionales que las interpretan.

4.2.3 De ser su respuesta a la pregunta anterior afirmativa, ¿son esos precedentes judiciales obligatorios también para los árbitros? Por favor describa y comente las normas pertinentes, así como la jurisprudencia y doctrina nacionales que las interpretan.

4.2.4 De ser su respuesta a la pregunta anterior afirmativa, ¿cuál es la consecuencia de que los árbitros no adopten la interpretación recogida en los precedentes judiciales obligatorios? Por favor describa y comente las normas pertinentes, así como la jurisprudencia y doctrina nacionales que las interpretan.

5. Comentarios adicionales

5.1 Por favor, incluir cualquier comentario adicional que no haya sido abordado en sus respuestas a las preguntas anteriores y que considere relevante para el tema objeto del presente cuestionario.

En los enlaces siguientes se encuentran los cuestionarios cumplimentados para cada país:

- > [Argentina](#)
- > [Bolivia](#)
- > [Brasil](#)
- > [Chile](#)
- > [Colombia](#)
- > [Costa Rica](#)

- > [Ecuador](#)
- > [El Salvador](#)
- > [España](#)
- > [Guatemala](#)
- > [México](#)
- > [Panamá](#)

- > [Perú](#)
- > [Portugal](#)
- > [República Dominicana](#)
- > [Uruguay](#)

ABOUT THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC)

The International Chamber of Commerce (ICC) is the institutional representative of more than 45 million companies in over 100 countries. ICC's core mission is to make business work for everyone, every day, everywhere. Through a unique mix of advocacy, solutions and standard setting, we promote international trade, responsible business conduct and a global approach to regulation, in addition to providing market-leading dispute resolution services. Our members include many of the world's leading companies, SMEs, business associations and local chambers of commerce.



33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France
T +33 (0)1 49 53 28 28 E icc@iccwbo.org
www.iccwbo.org [@iccwbo](https://twitter.com/iccwbo)