

La Constitucionalización del Arbitraje en Panamá: ¿Paradigma o Paradoja? Estudio desde la perspectiva del derecho panameño y latinoamericano

Margie-Lys Jaime Ramirez

Resumen. *A través de sus reformas constitucionales del año 2004, la República de Panamá decide incluir al arbitraje dentro de las normas sobre el Poder judicial, como una forma alternativa a la jurisdicción ordinaria para la solución de controversias. Este fenómeno conocido como “constitucionalización del arbitraje” consagra el reconocimiento del arbitraje dentro de nuestra Carta Magna. Pero a pesar de los beneficios que pareciera tener ese reconocimiento, la constitucionalización del arbitraje ha traído consigo la multiplicación de acciones en contra de las actuaciones de los árbitros o incluso en contra de los laudos arbitrales.*

Palabras claves. *Codificación del arbitraje, constitucionalización del arbitraje, garantías constitucionales, recurso de anulación, control de inconstitucionalidad.*

Summary. *Through constitutional reforms of 2004, the Republic of Panama decides to include the arbitration rules within the judiciary, as an alternative to the ordinary courts for dispute resolution form. This phenomenon known as “constitutionalization of arbitration” enshrines the recognition of arbitration within our Constitution. But despite the benefits that seem to have this recognition, the constitutionalization of arbitration has led to the multiplication of actions against the acts of the referees or even against arbitration awards.*

Keywords. *Codification of arbitration, constitutionalization of arbitration, constitutional guarantees, annulment, judicial review.*

Introducción

El arbitraje es una institución que ha acompañado al hombre desde la antigüedad, incluso antes de la justicia estatal y de la existencia de jueces, pero no es sino en el Siglo XX que el arbitraje tuvo un crecimiento espectacular como medio de resolución de las controversias en el ámbito del comercio internacional.¹ Concretamente, fue a partir de los años cincuenta que su autonomía y eficacia adquiere un reconocimiento mundial con la entrada en vigor de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.²

Pero más que un medio heterocompositivo privado de solución de conflictos,³ el arbitraje se ha erigido como la institución jurídica por excelencia del comercio internacional, que si bien se encuentra fundada en la voluntad de las partes, cumple con la función jurisdiccional de dictar justicia, en alternativa a la justicia estatal. Es decir que el arbitraje se erige como verdadero medio de resolución de conflictos a la par de los tribunales estatales. Teniendo en cuenta la doble naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje, no es sorpresa que los gobiernos se hayan preocupado para regularlo.

Dentro de este enfoque, la constitucionalización del arbitraje nace como una idea de reconocer dicha institución dentro del ordenamiento jurídico del foro, y más específicamente como un derecho fundamental consagrado en la Constitución. Ahora bien, quizás por una reacción en contra de sistemas radicalmen-

1. René David, *Le droit du commerce international*, Economica, 1987, p. 109-124.

2. Texto disponible en: www.uncitral.org/uncitral/.../NYConvention.html

3. La heterocomposición es una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto. Para la distinción entre autotutela, autocomposición y heterocomposición. Luis Octavio Vado, “Medios alternativos de Resolución de Conflictos”, disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf

te nacionalistas como las doctrinas Calvo⁴ o Drago⁵, un número significativo de países latinoamericanos han optado por hacer del arbitraje una institución constitucionalmente reconocida por medio de la cual se garantice el principio de no intervención Estatal.

La República de Panamá decide adoptar esta postura a través de las reformas constitucionales del 2004.⁶ No obstante, lo que pareciera constituirse como un paradigma, un modelo a seguir, ha servido para fundamentar acciones de inconstitucionalidad en contra de las leyes de arbitraje, o de amparo en contra de las actuaciones de los árbitros, o incluso en contra de los laudos arbitrales. Esta multiplicación de acciones o amparos constitucionales han mermado hasta cierto punto la eficacia del arbitraje, ya que utilizados como acciones dilatorias han afectado el buen funcionamiento de la institución. Esta situación nos lleva a reflexionar si en realidad la constitucionalización del arbitraje ha constituido más bien una paradoja para el desarrollo del arbitraje internacional en Panamá y América Latina.

4. Carlos Calvo, en su obra *Derecho internacional teórico y práctico*, publicado en 1868 expone los principios básicos de su doctrina: i) que los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; ii) que los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Como resultado, la doctrina Calvo en su manifestación contractual conocida como «cláusula Calvo», fue introducida en los convenios con ciudadanos extranjeros, con la finalidad de obligarlos al recurso ante los tribunales locales en caso de controversias, renunciando a la ayuda diplomática de sus propios gobiernos. Sobre el tema, Francesco Tamburini, “Historia y destino de la Doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Históricos Jurídicos* N° 24, Valparaíso 2002.

5. La Doctrina Drago, enunciada en 1902 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, nació como una respuesta a las acciones de Gran Bretaña, Alemania e Italia, quienes impusieron un Bloqueo Naval a Venezuela a finales de 1902, en respuesta a la gran deuda de Venezuela que el presidente Cipriano Castro se negaba a pagar. La doctrina Drago tuvo gran incidencia entre los países hispanoamericanos, quienes vieron en sus postulados un fuerte soporte de derecho internacional para oponerla a la amenaza de potencias extranjeras sobre la soberanía y el territorio de las nuevas naciones. En la práctica, la Doctrina contribuyó a limitar el empleo de la fuerza en el cobro de las deudas contractuales a dos supuestos: (i) cuando el Estado deudor se niegue a aceptar el arbitraje o (ii), en su defecto, cuando habiéndolo aceptado previamente se niegue a ejecutar la sentencia arbitral. Alfredo N. Vivot, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, Casa Editora de Coni Hermanos, 1911; Triana Santiago Pérez, William Thomas Stead, *La Doctrina Drago: colección de documentos*, Nabu Press, Edición en español, 2010.

6. Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004 “Que reforma la Constitución Política de la República de Panamá reformada por los Actos reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994.” Texto único publicado en Gaceta oficial 2,5176: http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/CONSTITUCIONES_POLITICAS/constitucion_politica.pdf.

Este escrito defiende que la institución del arbitraje no necesitaba estar reconocida constitucionalmente para lograr una mayor eficacia. La constitucionalización del arbitraje tampoco garantiza que el país sea percibido como sede ideal para el arbitraje. Por el contrario, la enmarcación del arbitraje dentro de la Constitución puede prestarse para que usuarios del sistema intenten utilizar recursos constitucionales que no son propios al arbitraje y que están excluidos tanto por la ley de arbitraje como por las convenciones internacionales ratificadas por la República de Panamá.

El Arbitraje como Institución Constitucionalmente Reconocida

El reflejo de la constitucionalización del arbitraje podemos observarlo claramente en la decisión del Tribunal Constitucional de 2006:

“[L]a jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.”⁷ (*Lo subrayado es nuestro*).

Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional del Perú ha recalcado la aplicación del principio de “no interferencia” de los tribunales judiciales ante un arbitraje internacional, ha manifestado que el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional.⁸ En otras palabras, todo tribunal arbitral deberá, so pena de “desdibujar sus contornos

7. Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N°6167-05-PHC/TC, 28 de febrero de 2006, en www.tc.gob.pe

8. De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano: “El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de ‘no interferencia’ referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones...”. Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente n°1091-2002-HC/TC, fs. 1.

constitucionales”, garantizar el respeto de los derechos fundamentales, tanto en el procedimiento arbitral como en el laudo dictado.⁹ Cabe preguntarse entonces si esta función de cuasi-guardián de la constitución, le corresponde realmente al árbitro. Como veremos más adelante, la pretendida función del árbitro no es más que un efecto secundario de la constitucionalización del arbitraje.

El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje en América Latina, producido por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales, es un tema que ha fascinado a la doctrina en estos últimos años.¹⁰ En particular, se puede resaltar la incorporación del arbitraje como un derecho fundamental de la persona.¹¹ Pero esta incorporación del arbitraje en

9. Para un comentario, ver César Landa Arroyo, “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, in *Compilación del Congreso internacional de Arbitraje*, Perú, disponible en www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-1-5.pdf, p. 115-116.

10. Juan Carlos Arauz Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrahi & Pujol, 2015; B. Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, Círculo Peruano de Arbitraje, N°1, 2006, p. 185; Alfredo De Jesús, “The impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”, *JIA*, 2007, p. 69-80; A. De Jesús O., “El arbitraje: entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, 2007, Bogotá, p. 391; Alfredo De Jesús, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del Arbitraje en América Latina”, in *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, 2008; José Carlos Fernández Rozas, “La Constitución mexicana y el arbitraje comercial”, *Cuestiones constitucionales*, n°16, enero-junio 2007; N. Gamboa, “Constitución y Arbitraje ¿Un nuevo campo de tensión?”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, p. 353; E. Hernández-Bretón, “El significado constitucional del arbitraje en Venezuela”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, p. 301; César Landa Arroyo, “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, in *Compilación del Congreso internacional de Arbitraje*, Perú, disponible en www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-1-5.pdf; A. Mourre, “Los méritos de la “constitucionalización” del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, p. 391; E. Silva-Romero, « À propos de l’inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l’arbitrage en Amérique latine », *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXIe siècle*, Dir. B. Fauvarque-Cosson et A. Wald, Société de législation comparée, 2008, p. 269.

11. Sobre el tema, la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos realizó un Congreso internacional bajo la dirección del Profesor Christian Larroumet, tratando el impacto del derecho constitucional en las distintas áreas del derecho incluyendo el Arbitraje. *Constitucionalización del Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario, Bogotá 2006.

América Latina no puede entenderse sin comprender la influencia de la teoría de Hans Kelsen sobre la “norma fundamental” o “norma básica suprema” en los ordenamientos jurídicos.¹²

La Supremacía de la Constitución ha sido defendida por una pluralidad de autores que siguiendo la línea de Kelsen afirman que el orden jurídico del Estado depende por entero de la Constitución.¹³ De acuerdo con esta concepción el derecho positivo es un conjunto de normas que presenta un sistema piramidal en donde la Constitución es la norma superior de donde todas las demás derivan su validez.¹⁴ En este sentido, Vladimiro Naranjo señala que al ser la Constitución el origen de toda actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado, “necesariamente será superior a todas las formas de esta actividad, puesto que es de ella, y tan solo de ella, que esas formas derivan validez”.¹⁵ La lógica de la pirámide de Kelsen parece así cobrar todo su sentido.

Sin embargo, como el propio Kelsen reconoce, el Estado no es más que la personificación del orden jurídico válido en un territorio determinado y existen normas generales de derecho internacional, como la *pacta sunt servanda*, que se imponen a los diferentes Estados.¹⁶ Esta reflexión nos lleva a preguntarnos en el ámbito del arbitraje internacional sobre cuál es la norma fundamental que los árbitros estarían supuestos a aplicar, ¿se trata de la Constitución del país de la sede del arbitraje, o acaso la de cada país en donde se quiere ejecutar el laudo? Interrogantes como estas surgen debido a la doble naturaleza del arbitraje.

Pero su incorporación no debe verse como una cuestión aislada sino más bien como el resultado de la inclusión de todo tipo de derecho considerado “fundamental” dentro del texto constitucional. Se trata de un fenómeno de positivización de los derechos o garantías fundamentales en la Constitución pero que no necesariamente ha sido o es sinónimo de tutela efectiva o substancial de los

12. Hans Kelsen, *Introduction to the problems of legal theory*. Traducido al inglés por B. L. Paulson and S. L. Paulson, Clarendon Press Oxford, 1992.

13. Cf. José Antonio Márquez González, “Hart y Kelsen: Regla de reconocimiento y norma básica”, p. 163-186, file:///C:/Users/Business%20Center/Downloads/PD_12_05.pdf. (distinguiendo en el pensamiento de Kelsen entre la constitución en sentido jurídico-positivo inmersa en un derecho positivo determinado, y la constitución en un sentido lógico-jurídico, abstraída del derecho positivo).

14. Hans Kelsen, *Introduction to the problems of legal theory*, Traducido por B.L. Paulson and S.L. Paulson, Clarendon Press Oxford, 1992.

15. Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Editorial Temis, Colombia, 1995, p. 383.

16. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit, introduction à la science du droit*, Traducido al francés por Henri Thévenaz, Neuchâtel, 1953, p. 157.

derechos de la persona.¹⁷ En realidad, la positivización de los derechos de la persona ha sido percibida como una de las particularidades de la transición a la democracia, trayendo como resultado un texto constitucional cada vez más extenso y reglamentario.¹⁸

Ahora bien, este fenómeno no puede desvincularse del proceso de codificación en América Latina y que ha llevado a los países latinoamericanos a adoptar leyes modernas de arbitraje, a la imagen de la Ley modelo de la CNUDMI,¹⁹ así como a ratificar los principales Convenios sobre arbitraje comercial internacional.²⁰

De la Codificación a la Constitucionalización en América Latina

El proceso de codificación del derecho en América Latina inicia formalmente con el conocido Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928,²¹ si desde el Congreso anfictiónico de Panamá en 1826 se proclamaba por una confederación de Naciones y la elaboración de un Código de derecho público americano cuyo objetivo principal sería la defensa de la soberanía e independencia de los Estados.²² Efectivamente, el Código Bustamante fue

17. De acuerdo con un estudio estadístico comparativo del *Comparative Constitutions Project* (CCP Rankings), salvo algunos países africanos, los países de América Latina se encontraban entre aquellos con un mayor número de derechos fundamentales incorporados en la Constitución, <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>.

18. Los ejemplos como Panamá con 328 artículos en su versión de 2004 o República Dominicana con 277 artículos en su versión de 2010 son múltiples. Consultar textos constitucionales en América Latina en: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/constituciones.htm>, última versión actualizada a septiembre de 2004.

19. Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuya última versión data de 2006: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html.

20. Convención de sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York) de 1958; Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, Panamá, 1975; Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961; Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.

21. Código de Derecho internacional privado de 20 de febrero de 1928 surge de la sexta Conferencia de La Habana de 1928. Fue adoptado por Panamá en Ley 15 de 1928, Gaceta N°5428 de 7 de enero de 1929. Sobre el tema, Jürgen Samtleben, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código de Bustamante*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 70 y s.

22. El Congreso abogaba por la libertad de desplazamiento de los ciudadanos y el nacimiento de una Asamblea General de Ministros Plenipotenciarios de los Estados signatarios como garantes de las cláusulas convencionales pactadas. En palabras del Dr. Gilberto Boutin, si bien no se puede alegar que el Congreso de Panamá fue una causa directa de los Tratados de Montevideo de 1889, este fue

el primer código de derecho privado en tratar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, señalando que las normas referentes a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros son aplicables a aquéllas dictadas por árbitros o amigables componedores.²³

De igual forma, no podemos dejar de evocar las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP),²⁴ teniendo como sede de la primera jornada la ciudad de Panamá. Dentro de esta codificación del derecho privado se encuentran particularmente la Convención sobre arbitraje comercial internacional de 1975²⁵ y la Convención eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979.²⁶ Estas dos convenciones han servido de base al reconocimiento de la validez tanto del convenio arbitral como del laudo arbitral en los países de América Latina que los han suscrito.²⁷

Sin duda, el trabajo armonizador por excelencia y que ha contribuido a fortalecer la institución arbitral en América Latina es el realizado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a través de su ley modelo, cuya primera versión data de 1985.²⁸ La ley modelo de la CNUDMI tuvo como objetivo principal la uniformización de las legislaciones

un hecho reflejo de la necesidad de la unificación de un derecho regional. G. Boutin, *Panamá en la Primera conferencia especializada de derecho internacional privado de 1975*, Cultural Portobelo, 2007, p. 7.

23. Artículo 432 del Código de Bustamante.

24. G. Boutin, *Derecho internacional privado convencional en América Latina*, Panamá, 2010.

25. Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 en la Conferencia especializada sobre Derecho internacional privado, Serie sobre Tratados n°42, OEA/Ser. A/20.

26. Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscrita en Uruguay el 15 de julio de 1979 en la Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado, Serie sobre Tratados n°51, OEA/Ser. A/28.

27. Cf. Artículos 1 y 5 de la Convención de Panamá de 1975 y artículo 2 de la Convención de Uruguay de 1979. En particular, la Convención de Panamá trata las causales para denegar el exequátur de un laudo dictado en el extranjero en los mismos términos que lo hace la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, pero primando incluso en la medida en que sea más favorable para la eficacia del laudo. Antonio Aljure Salame, “Ámbito de aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre arbitraje internacional”, *Revista internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre 2004, p. 105-121.

28. El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV-A que sustituye al artículo 17 y un nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El nuevo capítulo IV-A establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje.

internas, a la vez que entra a llenar el vacío de las omisiones normativas dejadas por la Convención de Nueva York.²⁹

Antes de existir este modelo legislativo, la institución se encontraba contenida dentro de los distintos códigos procesales, generalmente dentro de la organización de los tribunales, por lo que constituía una simple alternativa a la justicia judicial.³⁰ Sobre el particular, el autor Rubén Santos Belandro ha destacado, atinadamente, que el tratamiento del arbitraje se encontraba en una primera etapa, entre otras cosas, caracterizado por la sumisión a la ley estatal y la ausencia de un tratamiento específico de la extraterritorialidad del laudo extranjero.³¹ En esta misma línea, el autor Felipe Osterling Parodi ha manifestado que la falta de uniformidad de las legislaciones internas con relación al arbitraje internacional, ha llevado a las distintas organizaciones internacionales a buscar diversos medios y mecanismos tendientes a verificar las disposiciones relativas al arbitraje internacional.³² Pero como la práctica ha demostrado, el arbitraje se ha transformado en una institución polifacética, no pudiendo ser “entendida o englobada exclusivamente dentro de los moldes clásicos de los códigos procesales del siglo XIX.”³³

Sin duda, la ley modelo ha servido de base a la reforma y modernización de las leyes de arbitraje de más de cincuenta países alrededor del mundo.³⁴ En este sentido, la ley modelo, tal y como adoptada por la República de Panamá a través de la ley 131 de 31 de diciembre de 2013,³⁵ refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. De ahí que no deje de sorprendernos que el reciente aprobado Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá,³⁶ haya optado por incluir normas que rigen al

29. Sobre las ventajas de la Ley modelo frente al modo conflictual, ver R. David, *L'arbitrage dans le Commerce international*, Paris, Études juridiques comparatives, p. 194.

30. Por ejemplo, el Código de Procedimiento civil y comercial argentino o el Código general del proceso de Uruguay. Cf. Igualmente antes de la adopción de la ley de arbitraje el Código procesal civil de Paraguay o el Código orgánico de los tribunales de Chile.

31. Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, Oxford, 2000, p. 272.

32. F. Osterling Parodi, “La necesidad de unificar las normas sobre arbitraje en América Latina como consecuencia de la globalización”, *Revista iberoamericana de arbitraje, Vitrina de colaboraciones*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/peru/artfope.php>.

33. *Id.*, p. 276.

34. La lista completa de países se encuentra en el sitio web de la CNUDMI: <http://www.uncitral.org>.

35. Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá, Gaceta oficial digital No. 27449-C, <http://www.cccap.com.pa/images/stories/cccap/ley%20131.pdf>.

36. Ley 7 de 8 de mayo de 2014, reformada por la Ley 26 de octubre de 2014, tal como fue aprobada en tercer debate el 5 de agosto de 2015.

arbitraje y que podrían entrar en conflicto con la Ley 131 de 2013.³⁷ En contraste, otros países como República Dominicana parecen haber superado el enfoque conflictual para tratar el arbitraje, excluyendo expresamente al arbitraje comercial del Código de Derecho Internacional Privado.³⁸

De forma similar podríamos preguntarnos si era necesario incorporar al arbitraje dentro del texto constitucional. Tal y como ya hemos apuntado, el proceso de democratización en América Latina ha venido acompañado por una positivización de derechos que más que garantizar una tutela efectiva de los mismos, han dado como resultado textos constitucionales cada vez más rígidos.³⁹ En México, por ejemplo, entre todas las reformas importantes que se ha realizado a la Constitución de Querétaro, se adicionó en el 2008 un nuevo párrafo tercero al Artículo 17 constitucional, según el cual: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.”⁴⁰ De acuerdo con el autor José Antonio Rodríguez Márquez este reconocimiento del arbitraje comercial en el marco constitucional puede permitir un desarrollo más acelerado del arbitraje en México.⁴¹ Este postulado nos parece sin embargo un tanto generalizado. Mientras que una buena legislación en materia arbitral puede ser un elemento a considerar por los usuarios del comercio internacional, el hecho de que un texto constitucional incluya referencias a mecanismos alternativos de solución de controversias, o más precisamente al arbitraje, no garantiza necesariamente un aumento en el uso del país como sede arbitral.⁴²

37. El tema sobre incompatibilidades entre las diferentes leyes que incluyen reglamentaciones sobre el arbitraje en Panamá escapa este estudio pero como una muestra ver Artículo 150 sobre arbitraje en equidad y Artículo 151 sobre arbitraje en materia de contrataciones públicas del Código de Derecho Internacional Privado. Cf. Juan Carlos Arauz Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, 2015, p. 130.

38. Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana de 15 de octubre de 2014. G.O. de 18 de diciembre de 2014, p. 20.

39. En este sentido, Héctor Fix-Fierro apunta que una de las consecuencias con contar un texto constitucional tan reglamentario es que obstaculiza la adopción de decisiones de política pública a través de la interpretación constitucional. Héctor Fix-Fierro, “Engordando la Constitución”, *Nexos*, Febrero 2014, <http://www.nexos.com.mx/?p=18375>.

40. La Constitución de Querétaro (México) de 1917 ha sido reformada 573 veces, a través de 214 decretos de reforma al 2014. Ver sobre el particular Héctor Fix-Fierro, “Engordando la Constitución”, *Nexos*, Febrero 2014, <http://www.nexos.com.mx/?p=18375>.

41; José Antonio Rodríguez Márquez, “Consideraciones sobre la Constitucionalidad del procedimiento arbitral en materia mercantil”, *Revista Latinoamericana de Arbitraje*, 2010, Vol. X, n°2, p. 38.

42. De hecho, la Constitución mejicana únicamente hace referencia expresa al arbitraje en materia laboral y no al arbitraje comercial o al arbitraje con el Estado. No obstante, salvo Cuba y Nicaragua,

La Recepción del fenómeno de Constitucionalización del Arbitraje en Panamá

En Panamá encontramos la referencia al arbitraje dentro de las normas sobre el Poder judicial, como una opción alternativa a la justicia pública.⁴³ Por otro lado, también se incluye la facultad del Estado para someter sus controversias a arbitraje.⁴⁴ Asimismo, vemos presente al arbitraje en materia laboral, como parte de la justicia administrativa.⁴⁵ Resulta importante destacar que la forma en como la República de Panamá ha incorporado al arbitraje dentro del texto constitucional difiere de la consagración del arbitraje en una pluralidad de textos constitucionales en América Latina, los cuales han integrado al arbitraje como un derecho fundamental basado en la autonomía de la voluntad de las partes.⁴⁶ Creemos que el resto de América Latina parece hacer referencia al arbitraje o a medios alternativos de solución de conflictos en sus textos constitucionales.

43. Artículo 202 de la Constitución de Panamá: “*La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.*” Como puede observarse, este artículo también incluye en su postulado el principio de *Kompétenz- Kompétenz*, según el cual los tribunales arbitrales son competentes para conocer sobre su propia competencia. George A. Bermann, «The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration», 37 *Yale J. Int’l L.*, 2012, No. 1, p. 13-27; A. Dimolitsa, “Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz*», *Revue de l’arbitrage*, 1998, N°2, p. 305-357.

44. Artículo 200, numeral 4, dentro de las funciones del Gabinete. Cf. El caso de República Dominicana, cuya reforma de 2010 incluye la facultad del Estado para someter sus controversias a arbitraje dentro del Régimen Económico: “*En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. Sin embargo, el Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley.*” (Artículo 220).

45. De acuerdo con el artículo 322 de la Constitución de Panamá: “*Los conflictos laborales entre los trabajadores del Canal de Panamá y su Administración serán resueltos entre los trabajadores o los sindicatos y la Administración, siguiendo los mecanismos de dirimencia que se establezcan en la Ley. El arbitraje constituirá la última instancia administrativa*”. Cf. el artículo 49 de la Constitución de El Salvador que establece la obligación del Estado de promover la conciliación y el arbitraje en materia laboral y seguridad social, “*de manera que constituyan medios efectivos para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.*” De forma muy similar, el artículo 139 de la Constitución hondureña señala: “*El Estado tiene la obligación de promover, organizar y regular la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.*”

46. Cf. Costa Rica (artículo 43): “*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente*”; El Salvador (artículo 23): “*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales*”

esta caracterización jurisdiccional del arbitraje dentro de la Constitución ha llegado a ser hasta cierto punto contraproducente ya que ha servido para hacer uso de recursos de impugnación que no son propios a la institución arbitral.

Resurge así la pregunta sobre la necesidad de consagrar al arbitraje en la Constitución. Desde nuestro punto de vista esta consagración nunca fue necesaria para el desarrollo, validez y eficacia del arbitraje internacional, y muy particularmente del arbitraje comercial internacional.⁴⁷ Algunos juristas han sin embargo manifestado lo contrario. Así por ejemplo, según Octavio del Moral, la constitucionalización del arbitraje permite que este se “anclen en la Constitución”, confiriéndole un “escudo protector frente al riesgo de la usurpación de su competencia por la jurisdicción ordinaria, y también frente al riesgo de su degradación a una alternativa disminuida por las llamadas desviaciones procesales.”⁴⁸

Aun así, el reconocimiento del arbitraje como una excepción a la jurisdicción estatal entraña una interrogante sobre la fuente de la legitimación de los árbitros para resolver las controversias que son sometidas a su conocimiento por voluntad de las partes. Al respecto quisiéramos subrayar que aunque el poder de los árbitros emana de la voluntad de las partes y no del Estado, su reconocimiento en la Constitución puede situar al árbitro internacional como un “representante” del poder judicial o autoridad pública, lo cual desde nuestro punto de vista sería una interpretación errónea de la verdadera naturaleza del arbitraje. Esta perspectiva podría resultar en un retorno involuntario al antiguo régimen caracterizado por someter arbitraje a las normas procesales internas.

Sobre la Aplicación de los Recursos constitucionales al Arbitraje

El autor Alfredo De Jesús señalaba en una ponencia que el problema de fondo no era propiamente el de la constitucionalización del derecho privado y el arbitraje sino su “fundamentalización”, entendiéndolo por ella:

por transacción o arbitramento”; Honduras (artículo 110): “Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”.

47. En este mismo sentido, Alfredo De Jesús, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del Arbitraje en América Latina”, in *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, 2008, p. 7.

48. Octavio del Moral, “La constitucionalización del arbitraje en Panamá”, Ponencia dictada en el III Congreso internacional de la asociación Andrés Bello de juristas Franco-latinoamericano sobre la Constitucionalización del Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario, Bogotá 2006.

“la pretendida dominación de los derechos fundamentales sobre todos los contenidos del derecho privado, degenerando, transformando y desnaturalizando todos los conflictos privados en controversias relativas a derechos humanos fundamentales, que deben resolverse no en base a normas de derecho privado sino en función de supuestos principios de derechos humanos fundamentales que por sus enunciados amplísimos y generales simplemente pueden interpretarse al son de los personajes y las circunstancias”.⁴⁹

De una manera casi fatalista este autor presenta la problemática de incluir todo tipo de derechos privados dentro del epígrafe de derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Es decir, como derechos subjetivos que pueden ser invocados por los individuos frente a todo poder público, incluso en caso de arbitraje. Pero más que la “fundamentalización” del derecho el problema radica en querer utilizar los instrumentos diseñados para el control de la Constitución como un sistema para desvirtuar el buen funcionamiento del arbitraje.

De manera similar, Santistevan De Noriega habla de una “hiperconstitucionalización” del proceso arbitral, situación ocasionada por someter el arbitraje a la Constitución, la ley y los procedimientos establecidos por el Tribunal Constitucional.⁵⁰ De acuerdo con este autor, el riesgo se encuentra al enmarcar de forma exacerbada el arbitraje dentro del orden público constitucional, que puede llevarnos a situaciones de tensión entre el proceso arbitral y el debido proceso, tal y como este es reconocido constitucionalmente.

Los ejemplos más trascendentales de este fenómeno apuntado por estos dos notables autores se han dado en América Latina a través de dos tipos de recursos en el derecho constitucional latinoamericano: (i) recursos de inconstitucionalidad de las leyes; y (ii) la acción de amparo de garantías fundamentales.⁵¹

49. Alfredo de Jesús, “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, Ponencia dictada en el III Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas Franco Latino-Americano sobre “Constitucionalización del Derecho Privado”, Universidad Externado de Colombia-Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

50. Jorge Santistevan De Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2006, n°2, p. 38-66, p. 52-53.

51. El Artículo 94 de la Constitución Ecuatoriana hace referencia además, a una Acción extraordinaria de protección que procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. En consecuencia, podría interpretarse que este recurso cabría en contra de laudos definitivos. Ver al respecto, Ciro Camilo Morán, “Acción Extraordinaria de Protección respecto de los Laudos Arbitrales y Control de Constitucionalidad ejercido por los árbitros”. *Revista Jurídica de Derecho Público*, Universidad católica de Santiago de Guayaquil, 2009/02. Por otro lado, vale la pena señalar que el Anteproyecto de acto constitucional contempla el control preventivo de constitucionalidad respecto de la promulgación de los tratados internacionales, así como de la posibilidad que el Consejo de Gabinete cuestione ante la Corte Cons-

Recursos de inconstitucionalidad de legislaciones en materia de Arbitraje

La acción de inconstitucionalidad puede definirse como la garantía constitucional que procede interponer contra las normas que tienen rango de ley, cuando estas contravienen la Constitución en la forma o en el fondo con la finalidad de que, en tal caso, la norma inconstitucional quede sin efecto y con alcances generales, garantizando de este modo la primacía de la Constitución.⁵² Ahora, el efecto que debe tener la acción de inconstitucionalidad no ha hecho la unanimidad.

El autor Rigoberto González Montenegro ha destacado que en algunas legislaciones la nulidad de la norma declarada inconstitucional se muestra como el efecto lógico de la inconstitucionalidad.⁵³ En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad, tendría efectos hacia el pasado, invalidando y rechazando la validez de la norma, trayendo como consecuencia la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado al amparo de la disposición impugnada (i.e, efectos *ex tunc*). En otros derechos sin embargo, se establece claramente que la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad únicamente deja sin efecto la norma, careciendo así de efecto retroactivo.⁵⁴ Es decir que los actos y efectos originados durante la vigencia de la ley declarada inconstitucional se mantienen sin ser afectados (i.e., efectos *ex nunc*).⁵⁵

Para nosotros el tema de la retroactividad de la sentencia que decide sobre una acción de inconstitucionalidad es muy delicado ya que puede llegar a la

titudinal sobre la posible incompatibilidad entre un tratado internacional y la Constitución. Artículo 217 del Anteproyecto de Acto Constitucional presentado por la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá. Ver, Rigoberto González Montenegro. “Constitución y Reforma”, in *La Sala de la Discordia. Estudios sobre justicia constitucional actual*, Cultural Portobelo, 2012.

52. Cf. Artículo 206 de la Constitución Política de Panamá.

53. Rigoberto González Montenegro, “Constitución y Reforma”, in *La Sala de la Discordia. Estudios sobre justicia constitucional actual*. Cultural Portobelo, 2012, p. 66-67.

54. Ver por ejemplo el Artículo 204 de la Constitución Política del Perú de 1993.

55. Rigoberto González Montenegro, “Constitución y Reforma”, in *La Sala de la Discordia. Estudios sobre justicia constitucional actual*. Cultural Portobelo, 2012, p. 68-69. (haciendo referencia a la existencia de una tercera postura, según la cual el tribunal tendría la facultad para determinar, según cada caso en concreto si la sentencia tendrá o no efectos retroactivos); Cf. María Paula Botero, *Efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad: consecuencia necesaria de la supremacía constitucional*, <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion4/Efectos-retroactivos-sentencias-de%20inconstitucionalidad.pdf>. (defendiendo la libertad de la Corte Constitucional para determinar en algunos casos el carácter retroactivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes).

nulidad de todo lo actuado durante la vigencia de la ley. A nuestro juicio, esta una materia que debe manejarse con cautela, limitando los efectos de una declaración de inconstitucionalidad, al menos en materia arbitral, únicamente para el futuro. La importancia del principio de irretroactividad de la acción de inconstitucionalidad ha sido destacada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos mexicanos en sentencia de 2004:

“las consideraciones que sustentan los puntos resolutivos en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, tienen la misma naturaleza jurídica de la jurisprudencia y, en esa medida, es obligatorio acatar el contenido de dichas consideraciones. En esa tesitura, el hecho de que en los resolutivos de una acción de inconstitucionalidad se haya declarado la invalidez de la disposición impugnada, y que dicha declaratoria tenga efectos generales, no significa que las consideraciones que la sustentan se equiparen a una norma legal, en virtud de que si bien es jurídicamente factible resolver con base en las razones y fundamentos expresados al fallar la referida acción de inconstitucionalidad, ya que aquéllas se equiparan a la jurisprudencia, *su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad y, por ende, no existe impedimento jurídico alguno para resolver con base en el criterio y consideraciones expresados al fallar una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional, aun cuando la disposición impugnada se haya aplicado con anterioridad a que éstas hayan sido resueltas.*”⁵⁶

En esta decisión, el Tribunal mexicano realiza una clara diferenciación entre el efecto erga omnes y la aplicación temporal de una decisión. El efecto contrario acarrearía que las actuaciones del tribunal arbitral podrían verse afectadas, con implicaciones negativas en la seguridad jurídica del laudo dictado bajo la norma que ha sido impugnada y eventualmente declarada inconstitucional.

La acción de inconstitucionalidad se distingue de las advertencias o consultas de constitucionalidad (a iniciativa de juez o de parte dentro de un proceso) sobre la posible violación de la Constitución a través de una disposición legal o reglamentaria. El texto constitucional es claro en que todo funcionario público encargado de impartir justicia que advierta o se le advierta que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, *pero continuando el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.*⁵⁷

56. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos Mexicanos, Tesis 1a./J. 2/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Mayo de 2004, Registro No. 181536.

57. Artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Por otra parte, se entiende que en Panamá el control de la constitucionalidad de leyes está reservado a un solo órgano jurisdiccional, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.⁵⁸ De hecho, esta es la función que en muchas jurisdicciones es ejercida por un Tribunal Constitucional u órgano especializado en materia constitucional.⁵⁹

La Ley de arbitraje de Panamá no ha escapado al recurso de inconstitucionalidad. A título ilustrativo podemos mencionar la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 36 del Decreto Ley No. 5 de 1999 que introducía la renuncia anticipada del recurso de anulación contra los laudos que se emitían en los arbitrajes comerciales internacionales.⁶⁰ De acuerdo con la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la falta de conformidad del artículo 36 con el artículo 32 de la Constitución que prescribe que nadie debe ser juzgado sino por autoridad competente conforme a los trámites legales, radicaba en que esta disposición arbitral instituía un mecanismo para hacer irrecorrible, en abstracto, un laudo arbitral aún no pronunciado.⁶¹ En realidad, la naturaleza de esta disposición, que excluía el recurso de anulación para los arbitrajes internacionales pero no así el trámite del exequatur, nunca fue entendida por nuestra más alta jurisdicción. La nueva ley de arbitraje de 2013 no retoma el mismo articulado pero establece expresamente que los laudos en arbitrajes internacionales (aunque su sede sea la República de Panamá), no estarán sujetos al procedimiento de exequatur, pudiendo ser ejecutados directamente.⁶²

Otro ejemplo muy controvertido de la ley de arbitraje panameña fue el Artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 (párrafos 1 y 3), declarado

58. Artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá; Artículo 86 del Código Judicial de Panamá. Ver el estudio de Jorge Giannareas, “Orígenes del pensamiento sobre el control de constitucionalidad en Panamá”, in *Cesar A. Quintero Correa. Homenaje en el décimo aniversario de su fallecimiento (Separata)*, http://www.academia.edu/7507443/Or%C3%ADgenes_del_pensamiento_sobre_el_control_constitucional_en_Panam%C3%A1. (apuntando la confusión que existe entre el control concentrado y el mal llamado control difuso de la constitución, lo que ha generado una fragmentación en el control de la constitucionalidad en Panamá).

59. Austria, Italia, España, Perú, Bolivia, entre otros países. M. Jaime Ramírez, *Un Tribunal constitucional en Panamá*, Editorial Portobelo, 2000; Edwin Molino García, “Criterios para la creación de un Tribunal Constitucional”, *Revista Lex. Colegio de Abogados de Panamá*, 1993, 1993, p. 147-171.

60. Corte Suprema de Justicia, Resolución del Pleno, 7 de octubre de 2005, G.O. 25,508, 22 de marzo de 2006.

61. Asimismo ver, Advertencia de Inconstitucionalidad contra el Artículo 36 del Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999. MP José A. Troyano, 11 de julio de 2001 (no admitiendo el recurso pero por motivo a que ya se había instaurado un recurso de anulación).

62. Artículo 70 de la Ley 131 de 2013, Gaceta Oficial No. 27449 de 8 de enero de 2014.

inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.⁶³ Esta disposición garantizaba el principio *Kompétenz-Kompétenz*, fundamental para la institución arbitral ya que reconoce el poder de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, garantizando además la no intervención estatal. Afortunadamente, esto fue “corregido” por la Ley 15 de 22 de mayo de 2006 que restablece la vigencia del Artículo 17 de la ley de Arbitraje.⁶⁴ Paradójicamente esta reforma legal quizás no hubiera sido posible sin la reforma constitucional del año 2004, que adiciona la frase: “*Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.*”⁶⁵ Hoy en día es ampliamente reconocido que el principio de la competencia exclusiva del tribunal arbitral para conocer sobre su propia competencia es uno de los pilares del arbitraje internacional; la otra cara de la moneda del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Asimismo, cabe mencionar que la Ley 15 de 22 de mayo de 2006 también entró a modificar el Artículo 7 y adicionó el Artículo 7-A al Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999. El Pleno de la CSJ de Panamá había declarado inconstitucional la frase “*El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación*”, contenido en la parte final del segundo párrafo del mencionado Artículo 7, porque supuestamente violaba el numeral 4 del Artículo 195 (actual Artículo 200)⁶⁶ y el Artículo 203 (actual Artículo 206)⁶⁷ de la Constitución Política. De acuerdo con el Pleno de la Corte, la norma impugnada pretendía ignorar la condición impuesta a las instituciones públicas para que puedan someter un conflicto a arbitraje en vez de a la jurisdicción constitucional o a la contencioso-administrativa.⁶⁸ Resulta evidente que la decisión de la Corte

63. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, por el cual se declara que son inconstitucionales los párrafos primero y tercero del artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999.

64. Principio consagrado en el Artículo 30 de la Ley 131 de 2013, Gaceta Oficial No. 27449 de 8 de enero de 2014: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”.

65. Artículo 202 de la Constitución Política de Panamá.

66. De acuerdo con el Artículo 200 se encuentra entre las funciones del Consejo de Gabinete: “Acordear con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.”

67. El Artículo 206 define las funciones de la Corte Suprema de Justicia entre las cuales la integridad de la Constitución.

68. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 11 de junio de 2003, por el cual se declara inconstitucional la parte final del segundo párrafo del Artículo 7 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999. M.P. Arturo Hoyos; Salvamento de Votos: J. Troyano, A. Arjona.

no tomaba en consideración que en derecho internacional el Estado es libre de renunciar a su inmunidad de jurisdicción, contractual o convencionalmente, para someterse a otra jurisdicción, incluyendo al arbitraje.

Paradójicamente, una vez más fue a través de la reforma constitucional del 2004 que se enmendaron las actuaciones de la Corte Suprema, añadiendo a la norma constitucional que los convenios arbitrales pactados contractualmente tienen eficacia por sí mismos.⁶⁹ Gracias a esta reforma constitucional, la normativa fue reestablecida en la ley de arbitraje.⁷⁰ De forma similar, la nueva ley de arbitraje incluye una disposición sobre arbitraje con el Estado, haciendo la distinción entre arbitrajes derivados de los tratados o convenios internacionales y aquellos pactados en los contratos suscritos por el Estado panameño.⁷¹ Como regla general debemos manifestar que los recursos de acción y de advertencia de inconstitucionalidad se han dado poco en materia arbitral, siendo utilizadas más que nada por alguna de las partes a un arbitraje para retrasar el procedimiento arbitral o interferir con la ejecución del laudo.

Otro fenómeno ligado al tema de la acción y la advertencia de inconstitucionalidad que también se ha dado como resultado de la constitucionalización del arbitraje es pretender que el tribunal arbitral juzgue sobre la inconstitucionalidad de una norma. En este sentido, podemos traer a colación un laudo del tribunal de arbitraje general de la Bolsa de comercio del Rosario, en el que el tribunal resolvió que es improcedente la excepción de incompetencia interpuesta en una acción de cumplimiento del contrato de compraventa iniciado por ante el tribunal arbitral. En este arbitraje la parte demandante pretendía la declaración de inconstitucionalidad de las normas de emergencia económica que ordenaba la pesificación de las obligaciones contraídas en moneda extranjera.⁷² Como era de esperarse esta petición no fue acogida por el tribunal arbitral, destacando que esto iba más allá de su competencia. En efecto, lo que decide en su momento un tribunal arbitral no puede ir más allá del caso concreto de que se trata; es decir, no puede tener efectos *erga omnes*, como lo tendría una declaración de inconstitucionalidad. Además, no podemos decir que el árbitro puede ni debe convertirse en el guardián de una norma constitucional ligada a una jurisdicción nacional determinada.

Por otro lado, la constitucionalización del arbitraje dentro de las normas del poder judicial ha traído como consecuencia que algunos actores del comercio internacional hayan utilizado el recurso de amparo de garantías constitucionales

69. Artículo 200(4) in fine de la Constitución Política de Panamá.

70. Artículo 7-A, adicionado por la Ley 15 de 22 de mayo de 2006. G.O. 25551.

71. Artículo 14 de la Ley 131 de 2013, Gaceta Oficial No. 27449 de 8 de enero de 2014.

72. D.J. 2004-2-647.

para cuestionar las actuaciones realizadas por tribunales arbitrales dentro de un proceso arbitral, a pesar de que los árbitros no tengan la condición de servidores públicos ni que este tipo de recurso esté contemplado como un recurso en contra del laudo arbitral.

Amparo y defensa de las garantías fundamentales

Las constituciones latinoamericanas de nuestro tiempo han incorporado al arbitraje como un derecho fundamental que guarda íntima relación con el derecho que tiene todo individuo a que su causa se resuelva ante juez competente. En otras palabras, al derecho de tutela judicial,⁷³ en su triple enfoque: i) el acceso a la justicia, ii) el derecho al debido proceso, iii) el derecho a obtener una sentencia de fondo, debidamente motivada y fundada.⁷⁴

La acción de amparo de garantías fundamentales ha sido instaurada en la Constitución nacional de la República de Panamá como una institución de garantía, cuyo objetivo es obtener la revocatoria de una orden de hacer o no hacer. En efecto, de acuerdo con el artículo 54 de la Constitución, *“toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona”*.

73. El artículo 32 de la Constitución de Panamá garantiza el derecho a ser juzgado por juez competente en los siguientes términos: *“nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.”*

74. Ver Corte Suprema de Justicia de Panamá, Pleno: *“El contenido esencial del debido proceso, por lo tanto, se integra con los derechos a obtener la tutela jurisdiccional, de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, utilizar los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión.”* Amparo de Garantías Constitucionales interpuesto por el licenciado Carlos E. Carrillo G. en representación de Jacobo Palis, contra la orden de hacer contenida en la resolución DRP-425-98 de 10 de octubre de 1998, dictada por la Dirección de Responsabilidad Patrimonial. Panamá, veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Siguiendo el tenor de esta norma, del Código Judicial⁷⁵ y de la jurisprudencia en la materia, el profesor Eduardo Molino Mola destaca cinco requisitos que debe reunir un acto para que pueda ser objeto de una acción de amparo: i) que el acto vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la constitución; ii) que este revista la forma de una orden de hacer o no hacer; iii) que cuando por la gravedad e inminencia del daño, se requiera una revocatoria inmediata; iv) que se haya agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación del acto que se trate; v) que el acto haya sido dictado por un funcionario público que tenga mando y jurisdicción.⁷⁶

En relación con estas características, el profesor Molino Mola subraya que en la República de Panamá no caben las acciones de amparo contra los actos de particulares.⁷⁷ Lo que cabe preguntarse es si el árbitro puede ser considerado como un servidor público o una autoridad pública, a efectos de la acción de amparo que consagra nuestra Constitución. En efecto, aunque los árbitros carecen de *imperium*, gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia: (i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, con efecto vinculante para las partes; (ii) el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; y (iii) en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia.

Respecto a la calidad de los árbitros, el Pleno de la Corte Suprema de Panamá, ha señalado que:

«la inclusión que de ellos hace el Código Judicial en su artículo 3, es como de personas particulares que participan en las funciones jurisdiccionales. Por tanto, aunque ejerzan funciones jurisdiccionales, lo hacen en calidad de particulares y ello no significa que formen parte del Órgano Judicial, pues no son nombrados como integrantes de ese Órgano ni reciben remuneración del Estado.

75. El artículo 2615 del Código Judicial dispone: “Esta acción de Amparo de Garantías Constitucionales puede ejercerse contra toda clase de acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o no hacer, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata.” Asimismo, señala que “Sólo procederá la acción de amparo cuando se hayan agotado los medios y trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate”.

76. Edgardo Molina Mola, *La Jurisdicción constitucional en Panamá*, Biblioteca Jurídica, 1998, p. 568.

77. De acuerdo con el Artículo 294 de la Constitución: «Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en los cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado».

Por tanto, *no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeña una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia a cargo de los titulares del Órgano Judicial.*»⁷⁸ (Lo subrayado es nuestro).

En este sentido, debemos distinguir entre la función jurisdiccional que ejerce el árbitro, por naturaleza una función pública, de la calidad de “servidor público” a la par que el juez que responde y se debe a una jurisdicción estatal determinada. No obstante, el carácter jurisdiccional del arbitraje⁷⁹ parece haber despertado cierta hesitación ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá en relación con la posibilidad de someter el laudo arbitral a un recurso de amparo.⁸⁰

Con relación a la naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral, podemos citar la Corte Constitucional de Colombia:

“[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.”⁸¹

Más aun, la Corte Constitucional de Colombia declaró la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal Telefónica Móviles Colombia S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. En este caso, la Magistrada Clara Elena Reales presentó su salvamento de voto, subrayando la improcedencia de la Acción de tutela como mecanismo principal cuando se encuentra en trámite el recurso de anulación contra el laudo arbitral:

78. Fallo de 10 de julio de 1998, T. J. julio- 1998, pp. 15-16.

79. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la naturaleza jurisdiccional de la justicia arbitral deviene de dos aspectos esenciales: (i) la decisión de los árbitros, dado que resuelve de manera definitiva la controversia planteada, tiene fuerza vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; y (ii) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

80. Cf. Juan Carlos Arauz Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, 2015, 289-292.

81. De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*” Sentencia C- 247 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

“Los reproches acerca de la competencia del Tribunal como fundamento de vulneración del derecho al debido proceso pueden ser, y han sido, admitidos por el Consejo de Estado para su estudio mediante los recursos de anulación de laudos arbitrales. En consecuencia, la presente controversia, incluida la protección del derecho al debido proceso del accionante, puede ser idónea y efectivamente tramitada a través del recurso de anulación, volviendo improcedente la acción de tutela como mecanismo principal.”⁸²

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha destacado la reiterada jurisprudencia en la materia haciendo énfasis en dos puntos fundamentales. En primer lugar, el objeto de la demanda de amparo debe tratarse de una orden de hacer o de no hacer susceptible de ser impugnada a través del recurso de amparo. En segundo lugar, la Corte ha destacado la necesidad del agotamiento de los medios de impugnación posibles.⁸³ Este último punto es importante ya que como sabemos el laudo arbitral tiene sus propios medios de impugnación, a saber el recurso de anulación.

En resumen, el único recurso que debió tramitarse era el recurso de anulación y no la Acción de tutela. En efecto, bajo el recurso de anulación, puede decidirse si el Tribunal no tenía competencia para conformarse, o bien que no era competente para resolver un tema que ya había sido solucionado por un acto administrativo. De esta manera, el recurso de anulación era suficiente y efectivo para proteger los derechos al debido proceso o al acceso a la justicia que podían considerarse como vulnerados por el laudo.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ante un amparo de garantías constitucionales promovido contra laudo arbitral de 24 de febrero de 2001:

“Considerando que sobre la naturaleza jurídica del tribunal arbitral existen diversas posiciones, *sería apresurado concluir de inmediato que la iniciativa constitucional presentada es inadmisibile, por afirmar que los árbitros no son servidores públicos.*

En este caso, la no viabilidad de la iniciativa deriva del hecho de que la acción subjetiva se dirige contra un laudo arbitral, *decisión contra la cual la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la actora, cual es el recurso de anulación contemplado en el artículo 34 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, del Régimen General*

82. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-058/09. M.P. Jaime Araújo Rentería.

83. Pleno de la CSJ, M.P. Alberto Cigarruista, Sentencia de 3 de diciembre de 2004. En el presente caso se estimó que las disposiciones impugnadas del laudo no contenía un mandato dirigido al afectado o que deba cumplir o ejecutar alguna autoridad pública y que de ese acto se derivara un desconocimiento de derechos fundamentales subjetivos del amparista.

de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación; medio de impugnación que dicho sea de paso fue empleado por la demandante y conocido y decidido por la Sala Cuarta de Negocios Generales de esta Corporación de Justicia, mediante resolución judicial calendada 25 de septiembre de 2001, que denegó la petición de anulación del laudo arbitral.” (Lo subrayado es nuestro).⁸⁴

Hoy en día, el recurso de anulación se ha erigido, en la mayoría de las legislaciones arbitrales internas, como el único recurso viable en contra del laudo.⁸⁵ Así por ejemplo, la Ley peruana de arbitraje dispone que este recurso constituye “la única vía de impugnación del laudo”, teniendo por objeto la revisión de su validez. Asimismo señala que el recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo, estando “prohibido bajo responsabilidad”, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones, interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.⁸⁶

La no revisión en el fondo es una consecuencia lógica de su naturaleza jurídica y del objeto de la revisión que no es otra que una decisión de justicia privada que depende fundamentalmente de la voluntad de las partes que ha pasado por el control previo de los árbitros al aceptar su competencia. En efecto, toda jurisdicción arbitral depende, por una parte, de la validez del convenio arbitral, lo cual significa a su vez que la disputa sea objetivamente arbitrable y que lo que se someta a arbitraje entre dentro del campo de aplicación del convenio arbitral; y por la otra, de que la constitución del tribunal arbitral se haya dado *in debida forma* y que consecuentemente se hayan respetado los derechos procesales de las partes a lo largo del arbitraje. Salvo este último punto, se trata de situaciones que las partes pueden haber alegado y sustentado frente al tribunal arbitral, a fin de que este se declare o no competente para resolver la controversia, en todo o en parte.

Sin lugar a dudas, este carácter excepcional y limitado del recurso de anulación es un factor positivo que crea la confianza de las partes en que el resultado del laudo va a surtir sus efectos de forma eficaz. Pero a pesar del rechazo a utilizar el recurso de Amparo como un medio para obstruir el arbitraje y/o la ejecución del laudo arbitral, el Anteproyecto de reforma constitucional en Panamá ha vuelto a suscitar interrogantes. Este texto define la Acción de Amparo como el proceso

84. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. 13 de marzo de 2002.

85. La reciente reforma del Código de Procedimiento Francés tomó en cuenta esta tendencia señalando que el recurso de apelación (anteriormente disponible de manera expresa para los laudos internos) no se presume y que son las partes quienes deben señalarlo expresamente si quieren abrir la posibilidad a una apelación. Artículo 1489 del CPC, modificado por el artículo 2 del Decreto N°2011-48 de 13 de enero de 2011.

86. Artículo 62 de la Ley peruana de arbitraje, Decreto Legislativo 1078 de 2008.

según el cual toda persona puede solicitar la protección inmediata de los derechos consagrados en la Constitución y en convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República de Panamá, cuando resulten vulnerados o amenazados por “*la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares y salvo que dichos derechos estén protegidos de forma específica por otra institución de garantías.*”⁸⁷ (Lo subrayado es nuestro).

La propuesta del legislador es interesante por dos fenómenos. Por una parte, reemplaza la referencia de servidor público por el de “autoridad pública” y por la otra, extiende la protección a actos de los particulares. En principio, nada impediría que un acto u omisión de un tribunal arbitral se vea siendo el objeto de una demanda de Amparo. No obstante lo anterior, resulta igualmente interesante que la disposición haga alusión a la existencia de otras “instituciones de garantías” que puedan preservar los derechos consagrados en la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, esta disposición permitiría implícitamente que los laudos arbitrales, y en general las actuaciones de los árbitros, se vean exceptuadas de la Acción de Amparo. Esto se explica por el hecho que el recurso de anulación contemplado por nuestro derecho interno garantiza que los derechos procesales y de orden público que se encuentran consagrados en la Constitución sean protegidos de forma específica. Al respecto, la nueva ley de arbitraje en Panamá enfatiza el hecho de 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 en el laudo.*”⁸⁸ Curiosamente la nueva ley de arbitraje también se adelanta a la posible reforma constitucional, señalando que los árbitros y los funcionarios de las instituciones arbitrales no son servidores públicos.⁸⁹ El debate entre la noción de “instituciones de garantías” y el control de la constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia escapa sin duda este estudio pero resultaría interesante analizar cómo la acción de amparo, el control de la constitucionalidad de las leyes, y la función que ejerce la jurisdicción contenciosa-administrativa encajan con la noción de instituciones de garantías que desea proclamar el legislador.⁹⁰

87. Artículo 229 del Anteproyecto de Acto Constitucional presentado por la Comisión Especial de Consulta de las Reformas a la Constitución Política de la República de Panamá.

88. Artículo 66 de la Ley 131 de 2013, Gaceta Oficial No. 27449-C de 8 de enero de 2014.

89. Artículo 20 de la Ley 131 de 2013, Gaceta Oficial No. 27449-C de 8 de enero de 2014.

90. En la versión actual de la Constitución, no se hace referencia a la noción de “instituciones de garantía” sino más bien a “garantías fundamentales” como derechos y deberes de la persona, y a la acción de “amparo de garantías constitucionales”. Cf. Jorge Giannareas, “Orígenes del pensamiento sobre el control de constitucionalidad en Panamá”, in *Cesar A. Quintero Correa. Homenaje en el décimo aniversario de su fallecimiento (Separata)*, p. 25, <http://www.academia.edu/7507443/>

Observaciones en materia de Arbitrajes con el Estado en la práctica Constitucional

Como ya hemos apuntado, tanto la Constitución de la República de Panamá como la ley de arbitraje panameña contemplan la posibilidad del Estado para comprometerse en un arbitraje, ya sea contractual o convencionalmente a través de un tratado de inversiones. Entre estos dos tipos de arbitraje el arbitraje sobre la base de un tratado (i.e., sin lazo contractual) es el que ha suscitado algunas reacciones encontradas en los países de América Latina.⁹¹ En este sentido, el Ecuador modificó su texto constitucional con el fin de establecer que el gobierno se encontraba vedado de suscribir tratados o acuerdos internacionales que “cedieran” su soberanía a jurisdicciones arbitrales respecto de controversias que nacieran entre el Estado e inversionistas privados.⁹²

El caso de Ecuador responde a política emprendida por la “Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América” en materia de arbitraje de inversiones.⁹³ La Constitución boliviana, siguiendo el caso ecuatoriano, prohíbe expresamente el arbitraje cuando se traten de inversiones extranjeras en la industria de los hidrocarburos:

“Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas.”⁹⁴

[Or%C3%ADgenes del pensamiento sobre el control constitucional en Panam%C3%A1.](#)

91. Sobre el arbitraje sin lazo contractual ver nuestra obra, *El Arbitraje sin Lazo Contractual. La Disyuntiva entre la Protección de las Inversiones Internacionales y el Respeto del Orden Público Panameño*, Cultural Portobelo (2010).

92. Artículo 422 de la Constitución de la República de Ecuador publicada en el Registro oficial N°449, Octubre 20, 2008, según el cual: “No 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 Estado y personas naturales o jurídicas privadas”. Cf. El Artículo 320.2 de la Constitución de Bolivia, según la reforma de 2009, por el cual: “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”.

93. Anteriormente llamada “Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América” (ALBA). Ver *Declaración de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA – TCP*, Venezuela, 24 de junio de 2009, así como la *Declaración de la VII Cumbre del Alba – TCP*, suscrita en Bolivia el 17 de octubre de 2009. Todos los documentos respectivos son consultables en www.alianzabolivariana.org.

94. Artículo 366 de la Nueva Constitución promulgada por el Presidente Evo Morales el 9 de febrero

Esta manifestación expresa en contra del arbitraje de inversiones representa la clara introducción de una cláusula Calvo y que sigue la posición tomada por el gobierno boliviano, al denunciar el Convenio CIADI para el arreglo de diferencias entre Estados y nacionales de otros Estados suscrito en Washington en 1965.⁹⁵ A este respecto podemos constatar que también en 2007 el gobierno de Ecuador –incluso antes de que denunciara el Convenio a finales del 2009– notificó al Secretario general CIADI, que no sometería a la jurisdicción del Centro, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, “*que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.*”⁹⁶ Por medio de esta notificación Ecuador, aunque seguía reconociendo al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos en materia de contratación pública, excluyó este tipo de controversias del campo de competencia del CIADI para las futuras inversiones realizadas en el país.⁹⁷ La única excepción parecería en todo caso las controversias que surjan entre el Estado y nacionales de América Latina, bajo instancias regionales de arbitraje o ante órganos jurisdiccionales designados por los Estados contratantes del Tratado de UNASUR.⁹⁸ Esto responde en cierto sentido al deseo de desarrollar una “Unión de Naciones Suramericanas” que reagruparía las distintas alianzas regionales formadas entre los Estados americanos.⁹⁹

de 2009, disponible en: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>

95. Bolivia dejó de ser miembro del CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados) mediante su denuncia expresa, haciéndose esta efectiva a partir del 3 de noviembre de 2007.

96. Nota enviada por el Ministerio de Relaciones exteriores, comercio e integración, con fecha de 23 de noviembre de 2007, depositada por la Embajada de Ecuador ante los Estados Unidos de América el 4 de diciembre de 2007.

97. El artículo 190 de la Constitución política de Ecuador de 2008 reza: “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. 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.*”

98. El Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Brasilia, 23 de mayo de 2008, consultable en: www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=News&file=article&sid=3010. De acuerdo al nuevo artículo 422.2: “*Se exceptúan los tratados o instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*”.

99. Al respecto, ver *Convergencia comercial de los países de América del Sur hacia la Comunidad sudamericana de naciones, Solución de controversias*. ALADI/MERCOSUR/CAN/16/2006; *III Reunión ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)*, Quito, Ecuador, 10 de Agosto 2009.

Algunas Reflexiones a manera de Conclusión

Desde nuestro punto de vista, más que un paradigma, la constitucionalización del arbitraje conlleva un alto riesgo. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia argentina dejó de manifiesto que si bien es cierto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea “inconstitucional, ilegal o irrazonable”.¹⁰⁰ Como podemos observar esta decisión sanciona específicamente los laudos contrarios a la Constitución y a las leyes argentinas, como Estado sede del arbitraje, lo cual implícitamente involucra la posibilidad de que un laudo sea inconstitucional o ilegal, según sea el caso.

Para nosotros es necesario lograr un equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes, y la obligación de los tribunales judiciales para abstenerse de intervenir de oficio en un procedimiento arbitral, y el derecho de cada Estado para reglamentar el efecto que vayan a tener los laudos sobre su propio territorio. Al respecto, el Tribunal Constitucional español, reconociendo la compatibilidad del arbitraje con la Constitución, señaló que la actividad de los árbitros conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa y que el hecho que exista vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan “auténtica tutela jurisdiccional.”¹⁰¹ Asimismo resulta trascendental una visión amplia de la noción de justicia. En otras palabras, una noción de justicia que incluya al arbitraje como la institución jurídica que gracias a sus características propias (i.e. mayor flexibilidad, neutralidad y confidencialidad) se encuentra destinada a resolver las controversias del comercio internacional. Esta visión choca en cierta medida con la percepción enmarcada por la Convención de Nueva York de 1958. En efecto, aunque el modelo instaurado por la Convención de Nueva York disminuye el papel preponderante que hasta ese entonces tenía la sede del arbitraje, los Estados del lugar de ejecución se reservan el ejercicio del control de los laudos, donde quiera que estos hubieran sido dictados.

Este sistema ha sido criticado por una parte de la doctrina que denota el hecho de que cada Estado puede imponer las reglas de su orden público internacional para impedir el reconocimiento de un laudo. Al respecto, el Profesor Gaiillard subraya que el hecho de que la juridicidad del arbitraje pueda encontrarse en

100. CSJN, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento*, Sentencia de 1ero de junio de 2004, R.O. J. 87. XXXVII, ¶ 14.

101. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, 174/1995, 23 de noviembre de 1995.

el conjunto de derechos susceptibles a reconocer la validez del laudo no significa que los árbitros estén obligados a cumplir con el cúmulo de exigencias de la totalidad de los ordenamientos jurídicos en los cuales el laudo es susceptible de ser ejecutado.¹⁰²

En su obra *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, el Profesor Gaillard explica tres representaciones distintas del arbitraje internacional.¹⁰³ De acuerdo con la primera percepción, el árbitro se encuentra asimilado a un tribunal del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje y el laudo arbitral tira su juridicidad de este derecho. Por consiguiente, el laudo que se dicta debe respetar las normas jurídicas y muy particularmente la Constitución del país en donde se dicta. Para la segunda percepción del arbitraje, la fuente de la juridicidad del laudo se encuentra no sólo en el ordenamiento jurídico de la sede, sino en el conjunto de ordenamientos jurídicos dispuestos a reconocer su eficacia, el árbitro no tiene foro. Bajo esta concepción, cada Estado puede exigir que el laudo que se quiere ejecutar en su territorio respete sus derechos fundamentales, incluyendo sus leyes de policía o *lois de police*,¹⁰⁴ cuyo cumplimiento se garantiza al momento del exequátur.¹⁰⁵ En este sentido, podríamos pensar que el árbitro tendría que respetar cumulativamente todas las normas de todos los Estados en los cuales dicho laudo puede ser ejecutado. Sin duda esta posición conduciría a aplicar la norma más restrictiva.

En cuanto a la tercera representación del arbitraje, enmarcado por la concepción de orden público transnacional o realmente internacional, el árbitro se encuentra en libertad de dar primacía a los valores fundamentales de la comunidad internacional sobre las disposiciones del derecho normalmente aplicable y/o elegido por las partes. En otras palabras, se permite la aplicación del derecho más favorable al laudo, a la vez que se respetan las normas fundamentales reconocidas por el conjunto de la comunidad internacional, sin tomar en cuenta si dichas nor-

102. De acuerdo con el profesor Gaillard, “*la vocación de los diversos ordenamientos jurídicos susceptibles de reconocer la validez del laudo para asegurar su juridicidad no debería redundar en la aplicación cumulativa de todas las leyes conectadas con el arbitraje, ya que esto conllevaría in favorem arbitrandum, la aplicación de la norma más restrictiva*”. E. Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, p. 40-42.

103. La primera, reduce al arbitraje a un componente de un ordenamiento jurídico nacional determinado; la segunda, calificada como “westfaliana” en analogía con el orden mundial establecido por la comunidad internacional tras la Paz de Westfalia de 1648, se funda sobre una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales; mientras que la tercera, visualiza el arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo. E. Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, La ley, 2010.

104. Al respecto, ver nuestro artículo “*La ley de aplicación inmediata o Lois de Police en el Derecho internacional Privado*”, Anuario de Derecho N°32-33, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2005, p. 372-404.

105. E. Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, La ley, 2010, p. 131.

mas se encuentran plasmadas en el ordenamiento jurídico del lugar de la sede y/o de los eventuales lugares de ejecución.

Desde la perspectiva del árbitro, este tendría la misión de administrar justicia bajo la premisa de respetar las reglas transnacionalmente aceptadas por la comunidad internacional, lo cual no implicaría necesariamente hacer valer uno u otro determinado texto constitucional.¹⁰⁶ En otras palabras, el árbitro no se erige como un guardián de la Constitución de la sede del arbitraje (y/o del lugar de la ejecución del laudo). Corresponde más bien a cada Estado velar porque el laudo arbitral no entre en conflicto con el ordenamiento jurídico del foro al momento de su reconocimiento y ejecución. Antes de este momento, la institución goza de completa inmunidad estatal por voluntad propia de las partes, que han escogido este sistema para dirimir sus controversias. Solo en ocasiones muy excepcionales cuando puede demostrarse que el convenio arbitral es manifiestamente nulo cabría la posibilidad de que el juez del estado sede del arbitraje intervenga para constatar su nulidad.

Como puede observarse, la institución arbitral es en realidad ajena a los recursos constitucionales del foro en la medida en que el árbitro no se encuentra en la obligación de aplicar o garantizar la aplicación de las normas constitucionales de un determinado país. Por lo que concluimos que hacer del arbitraje una institución constitucionalmente reconocida solo ha servido para crear más confusiones que para lograr su desarrollo efectivo.

106. Una visión más amplia de la institución reconocería al arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo, en donde los árbitros imparten justicia no en nombre de un Estado determinado sino más bien por voluntad de las partes, y sin importar el lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje y/o donde el laudo sea dictado. Cf. LALIVE, Pierre, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", En : *Rev. Arb.* 1986, p. 329-372 ; LALIVE, Pierre. « L'Ordre public transnational et l'arbitrage international », En : *Nouveaux instruments du Droit international privé*, Mélanges Fausto Pocar, *Dott. A Giuffrè Editore SpA.*, Milan, 2009, Vol. II, p. 599-601.

Bibliografía

- Juan Carlos Araúz Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Editorial Mizrachi & Pujol, 2015.
- Roque Caivano, “Planteos de inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2006, n°2, p. 107-153.
- Bernardo Cremades, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Lima Arbitration*, Círculo Peruano de Arbitraje, N°1, 2006, p. 185.
- Alfredo De Jesús, “The impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”, *JIA*, 2007, p. 69-80.
- Alfredo De Jesús, “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial: hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, 2006, p. 63.
- Alfredo De Jesús, “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, 2007, Bogotá, p. 391.
- Alfredo De Jesús, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del Arbitraje en América Latina”, in *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet*, Bogotá, 2008.
- Jorge Fernández Ruiz, “Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, No. 99, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art1.htm>
- José Carlos Fernández Rozas, “La Constitución mexicana y el arbitraje comercial”, *Cuestiones constitucionales*, n°16, enero-junio 2007.
- N. Gamboa, “Constitución y Arbitraje ¿Un nuevo campo de tensión?”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, p. 353.
- Jorge Giannareas, Rigoberto González Montenegro, Salvador Sánchez, *La Sala de la Discordia. Estudios sobre justicia constitucional actual*. Cultural Portobelo, 2012.
- Rigoberto González Montenegro, *Los desafíos de la justicia constitucional panameña*, disponible en www.asamblea.gob.pa/.../DESAFIOS_JUST_CONST_PANAMEÑA.pdf.
- K. Heller, “Constitutional Limits of Arbitration”, *Stockholm Arbitration Report*, N° 1, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2000, p. 7.
- E. Hernández-Bretón, “El significado constitucional del arbitraje en Venezuela”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de

Colombia, p. 301.

Exebio Oswaldo Hundskopf, “El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral”, *Diálogo con la Jurisprudencia, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*, N° 91, año 11, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2006, p.17-24.

M. Jaime Ramírez, *Un Tribunal constitucional en Panamá*, Editorial Portobelo, 2000.

César Landa Arroyo, “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, in *Compilación del Congreso internacional de Arbitraje*, Perú, disponible en www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-1-5.pdf.

Edgardo Molina Mola, *La Jurisdicción constitucional en Panamá*, Biblioteca Jurídica, 1998.

Ciro Camilo Morán, “Acción Extraordinaria de Protección respecto de los Laudos Arbitrales y Control de Constitucionalidad ejercido por los árbitros”. En *Revista Jurídica de Derecho Público*, Universidad católica de Santiago de Guayaquil, 2009/02.

A. Mourre, “Los méritos de la “constitucionalización” del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”, *Constitucionalización del Derecho Privado, IV Congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas Franco-Latino-Americanos*, Universidad del Rosario – Universidad Externado de Colombia, p. 391.

J. Domingo Rivarola Reisz, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional: «Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje»”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2006, n°2, p. 577-582.

Jorge Santistevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2006, n°2, p. 38-66.

Jorge Santistevan de Noriega, “Tribunal Constitucional y Arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal “*in toto*””, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2007, n°4, p. 3-48.

E. Silva-Romero, « À propos de l’inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l’arbitrage en Amérique latine », *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXIe siècle*, Dir. B. Fauvarque-Cosson et A. Wald, Société de législation comparée, 2008, p. 269.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

ARGENTINA

Corte Suprema de Justicia Nacional, Sentencia de 01 de diciembre de 1988, *Di Mascio, Juan Roque*, *Rev. JA* 1988-IV-683.

Corte Suprema de Justicia Nacional, Sentencia de 17 de noviembre de 1991, *Gabrielli c/ Estado Nacional*, *Rev. JA* 1993-I-540.

Juez Nacional de Comercio, N°10, Sentencia de 17 de marzo de 2003, *Otondo y otro c/ Cortina Beruatto SA y otros*, *Rev. JA* 2003-IV-73.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, Sentencia de 28 de julio de 2005, *KCK Tissue SA y otros c/ Citibank NA Nassau y otros*, inédito.

ESPAÑA

Tribunal Constitucional, 15/1987, Vid. SSTC 15/1989.

Tribunal Constitucional, 174/1995, Sentencia de 23 de noviembre de 1995.

PANAMÁ

A. Demandas y Advertencias de Inconstitucionalidad

Corte Suprema de Justicia, Sentencia que declara que no es inconstitucional el laudo arbitral dictado el 4 de febrero de 1982. Demanda de inconstitucionalidad propuesta por las sociedades denominadas frenos y embragues de Panamá.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia que se abstiene de pronunciarse en el fondo respecto del Laudo arbitral proferido el 9 de mayo de 1984 ante Demanda de inconstitucional en contra del laudo.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia del 8 de febrero de 1994, por el cual se declara improcedente la demanda de inconstitucional presentada en contra del laudo arbitral de 22 de diciembre de 1992.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 27 de septiembre de 1996 que no admite advertencia de inconstitucionalidad.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 27 de abril de 1999, que no admite advertencia de inconstitucionalidad dentro de proceso arbitral.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 23 de marzo de 2001, que no admite advertencia de inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto Ley nº5 de 8 de julio de 1999 dentro del recurso de anulación en contra del laudo.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, por el cual se declara que son inconstitucionales los párrafos primero y tercero del artículo 17 del Decreto Ley Nº5 de 8 de julio de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 23 de mayo de 2003, que no admite advertencia de inconstitucionalidad contra los artículos nº36 del Decreto Ley 5 de 1999 y 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 11 de junio de 2003, por el cual se declara que no es inconstitucional el párrafo segundo del artículo 7 del Decreto Ley Nº5 de 8 de junio de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 07 de octubre de 2005, por el cual se declara inconstitucional el artículo 36 del Decreto Ley número 5 de 8 de julio de 1999, G.O. 25508 de 22 de marzo de 2006.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 27 de agosto de 2009, por el cual se declara que no es inconstitucional la frase “Salvo acuerdo contrario de las partes” contenida en el artículo 24 del Decreto Ley nº5 de 8 de julio de 1999, G.O. Nº26565 de 29 de junio de 2010.

B. Amparo de Garantías Constitucionales

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 10 de julio de 1998, confirma la no admisión de Amparo de garantías constitucionales contra orden emitida por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 13 de marzo de 2002 que no admite amparo de garantías constitucionales contra laudo arbitral de 24 de febrero de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 17 de julio de 2002 que declara no viable el amparo de garantías constitucionales contra la orden proferida por el Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 13 de agosto de 2002 que no admite acción de amparo de garantías constitucionales contra la orden proferida por el Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá.

Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 3 de diciembre de 2004 que no admite amparo de garantías constitucionales contra el laudo arbitral de 13 de mayo de 2004.

PERÚ

Tribunal Constitucional, Expediente n°3179-2004-AA/TC, Caso *Apolonia Ccolleca*.

Tribunal Constitucional, Expediente n°6167-2005-PHC/TC, Caso *Canturias Salaverry*, Sentencia de 28 de febrero de 2006.

Tribunal Constitucional, Expediente n°1567-2006-PA/TC, Caso *Algamarca*.

VENEZUELA

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n° 1.393 de 7 de agosto de 2001, Caso *Fermín Toro Jiménez*.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n° 1.981 de 16 de octubre de 2001, Caso *Compañía Autónoma Venezolana de Televisión c/ Electrónica Industriale SpA*.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n° 2.635 de 19 de noviembre de 2004, Caso *Consortio Barr CA c/ Four Seasons Caracas SA*.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n°14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor CA c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company*.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente n°08-0763, Sentencia n° 1541 de 17 de octubre de 2008.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 452 de 20 de mayo de 2010.