

La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina.

Alfredo De Jesús O*.

Introducción

- I. **La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional**
 - A. El fundamento de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional
 1. La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional
 2. La naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional
 - B. El régimen autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional
 1. La existencia de un derecho autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional
 2. La coherencia del derecho autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

- II. **Las implicaciones de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional**
 - A. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al derecho constitucional
 1. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a las normas constitucionales
 2. Las normas constitucionales frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional
 - B. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a la justicia constitucional
 1. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a los mecanismos de la justicia constitucional
 2. Los mecanismos de la justicia constitucional frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional

Conclusión

* Profesor Invitado en el Master de Arbitraje y Comercio Internacional de la *Universidad de Versailles*. Abogado *cum laude* e Investigador Asociado del *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello*. Master (DEA) de Derecho Privado General y Doctorando de la *Université Panthéon Assas - Paris II*. Master (DEA) de Derecho Comercial y Económico de la *Université Panthéon Sorbonne - Paris I*. Secretario General Adjunto del *Comité Venezolano de Arbitraje*. Secretario General de la *Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*.
adejesuso@cvarbitraje.com

El autor reconoce y agradece muy especialmente por sus aclaratorias y apoyo en la compilación del material utilizado en la elaboración de este artículo a los siguientes colegas: Roque J. Caivano y Horacio Grigera Naón (Argentina), João Bosco Lee y Arnoldo Wald (Brasil), Fabricio Mantilla-Espinosa y Eduardo Silva-Romero (Colombia), Bernardo Cremades y José Carlos Fernández-Rozas (España), Josué Reyes Campos (El Salvador), Thomas Clay, Christian Larroumet y Alexis Mourre (Francia), Francisco González de Cossío y Francisco Victoria-Andreu (México), José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay), Roger Rubio Guerrero y Carlos Soto Coaguila (Perú), Sébastien Besson (Suiza) y Alfredo De Jesús S. y Eugenio Hernández-Bretón. (Venezuela). Evidentemente, ellos no son responsables por los errores y opiniones expresados en este trabajo.

Introducción.

1. Durante años el estudio del derecho del arbitraje comercial internacional en América Latina ha sido enfocado casi exclusivamente al análisis de los procesos de reforma legislativa sobre la materia, de adhesión y ratificación de las principales convenciones internacionales y a su aplicación por parte de los tribunales estatales¹. Esta aproximación es perfectamente comprensible, es la misma que se ha utilizado para estudiar esta institución en todas las regiones del mundo. Sin embargo, desde hace un par de años nos ha llamado la atención el hecho de que en estos importantes estudios, preparados por los más autorizados expertos, se ha descuidado el tema del impacto del derecho constitucional en la eficacia de la regulación nacional e internacional de ese derecho emergente del arbitraje comercial internacional. Un tema crucial que no sólo incide en la posición de los tribunales estatales latinoamericanos frente al arbitraje sino en la concepción del arbitraje comercial internacional de algunos practicantes y árbitros latinoamericanos que salen a relieve en los arbitrajes con elementos latinoamericanos.

El interés académico por la dimensión constitucional que ha adquirido la práctica del arbitraje comercial internacional con elementos latinoamericanos (partes, árbitros, expertos, sedes, etc.) es muy reciente. Eso explica la omisión de preocupaciones sobre este fenómeno en las contribuciones tradicionales. El tema fue tratado por primera vez de una manera global en el mes de septiembre de 2006, en el III Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos, sobre la “Constitucionalización del Derecho Privado”², realizado en la ciudad de Bogotá. En el marco de esta manifestación en la que se reflexionó sobre el impacto del derecho constitucional en las distintas áreas del derecho privado, se dedicó un capítulo entero para tratar el tema de la constitucionalización del derecho del arbitraje. A estos efectos, previo a la organización del congreso, se creó una comisión de estudio³ que elaboró la sección respectiva del documento científico que serviría de referencia a los conferencistas y comentaristas invitados a disertar sobre las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho del arbitraje⁴.

¹ El derecho del arbitraje comercial internacional en América Latina ha evolucionado de manera espectacular en los últimos treinta años. En el ámbito interno, la mayoría de los países latinoamericanos han hecho sus mejores esfuerzos para procurarse un derecho moderno del arbitraje comercial internacional, inspirándose de manera más o menos fiel de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En el ámbito internacional, los países de la región han ratificado las principales convenciones internacionales relativas al arbitraje comercial internacional. Ver, Horacio A. Grigera Naon, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, in *Arbitration International*, N°2, 1989, p. 137 – Claudia Frutos Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité de son droit*, L'Hamattan, Paris, 2003. – João Bosco Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Prefácio de Philippe Fouchard, Biblioteca de direito internacional, Juruá, Curitiba, 2004. – Jan Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America, Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Oceana Publications, Oxford University Press, 2005 – Bernardo M. Cremades, “Latin American Courts and International Arbitration”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 20. – Horacio A. Grigera Naon, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks, 2004 Freshfields Lecture”, in *Arbitration International*, Volume 21, N° 2, 2005, p. 127. – Fernando Mantilla-Serrano, « Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique latine (quelques réformes récentes) », in *Revue de l'arbitrage*, N°3, Litec, Paris, 2005, p. 561. – Horacio A. Grigera Naon, “Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 335.

² Christian Larroumet (Dir.), *Constitucionalización del Derecho Privado*, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

³ La Comisión de estudio estuvo dirigida por Alfredo De Jesús O. y Francisco Victoria-Andreu.

⁴ Los conferencistas y comentaristas, de acuerdo al orden en que intervinieron, fueron: Alexis Moure (“Los méritos de la “constitucionalización” del procedimiento civil y del arbitraje”), Eugenio Hernández-Bretón (“El significado constitucional del arbitraje en Venezuela”), Narciso A. Cobo Roura (“De lo real y aparente”), Francisco Victoria-Andreu (“Virtudes de la constitucionalización del arbitraje”), Enrique José Arboleda Perdomo (“La constitucionalización del arbitraje”), Eduardo Silva-Romero (“De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”), Nicolás Gamboa Morales (“Constitución y

En la preparación de la propuesta científica, dividida en dos partes, correspondientes a dos mesas redondas, una sobre las virtudes de la constitucionalización, otra sobre la constitucionalización como obstáculo al desarrollo del arbitraje, tuvieron gran influencia algunos trabajos publicados por autores latinoamericanos⁵ y varias sentencias judiciales de distintas jurisdicciones latinoamericanas que de alguna manera más o menos relevante vinculaban el arbitraje con el derecho constitucional y los mecanismos de la justicia constitucional⁶. Después del congreso de la Asociación Andrés Bello, el tema fue abordado nuevamente en el marco del seminario organizado por la Sociedad de Legislación Comparada y la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC⁷ a finales de septiembre de 2006 en París, y luego, un par de meses después y por primera vez en su historia, en la tradicional conferencia del mes de noviembre de la ICC en Miami. En la actualidad prácticamente no hay manifestación sobre el arbitraje comercial internacional en

arbitraje ¿Un nuevo campo de tensión?), Cristián Conejero Roos (“La Constitución y el arbitraje internacional: ¿Hacia un nuevo lenguaje?”), Alfredo De Jesús O. (“El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”) y Octavio del Moral (“La constitucionalización del arbitraje en Panamá”)

⁵ En especial, la conferencia de Eugenio Hernández-Bretón en el marco del congreso sobre “Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas” organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y el Comité Venezolano de Arbitraje, en el mes de junio de 2005, en Caracas. En esta oportunidad Hernández-Bretón expuso una interesante concepción del arbitraje como un derecho fundamental amparado en los artículos de la Constitución venezolana de 1999 que hacen mención al arbitraje (“Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”, en *Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos 18, Caracas, 2005, p. 21.). En Brasil, ya había sido publicado el artículo del autor mexicano James A. Graham (“La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales” en *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 4, Thomson, São Paulo, 2004 p. 100) y del jurista argentino Osvaldo Marzorati (“El Arbitraje y la Constitución Nacional” en *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 7, Thomson, São Paulo, 2005 p. 58). En Colombia, había sido publicado en la página de internet de la Cámara de Comercio de Barranquilla, el texto de la interesante conferencia sobre “La constitucionalización del arbitraje” que dictaría Rafael Bernal Gutiérrez en el marco del I Congreso de Arbitraje Mercantil del Caribe Colombiano en agosto de 2006. Una conferencia especialmente crítica a la forma en la que la Corte Constitucional de Colombia estaba planteando una visión constitucional del arbitraje. Por otro lado, también había sido publicado en Colombia un artículo de Carlos Mario Molina en el que se elogia la concepción del arbitraje como un concepto constitucional (“Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia”, en *El Contrato de Arbitraje* (Dir. Eduardo Silva-Romero y Fabricio Mantilla Espinosa), Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005, p. 53) y el trabajo de Eduardo Zuleta Jaramillo sobre la tutela constitucional en materia de arbitraje (“Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, Volume 18, n° 4, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 475). En México, nos llamó especialmente la atención un trabajo sobre el tema de Francisco González de Cossío, (“El árbitro, ¿Autoridad responsable para el juicio de amparo?”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, p. 605).

⁶ En los trabajos de la comisión de estudio se analizó la influencia de los planteamientos de inconstitucionalidad detrás de los *anti-suit injunctions* de los casos *Companhia Paranaense de Energia c/ Araucaria Ltda* en Brasil, y *Entidad Nacional Yaciretá c/ Eriday* en Argentina y las declaraciones de constitucionalidad de las leyes de arbitraje en México y Brasil, en los casos *Teléfonos de México, S.A.* y *MBV Commercial and Export Management Establishment c/ Resil Indústria e Comércio Ltda*, dictadas por la Corte Suprema de Justicia de México y el Supremo Tribunal Federal de Brasil respectivamente. También se estudió la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *José Cartellone Construcciones Civiles, S.A., c/ Hidroeléctrica Norpatagónica, S.A.*; las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en Sala Civil, caso *Ingenieros Mayorga y Tejada, S.A. c/ Central de Fianzas y Seguros, S.A.*, y en el caso de la Sala Constitucional, *Banco de Construcción y Ahorro, S.A.*; las sentencias del Tribunal Constitucional peruano en los casos *Pesquera Rodga S.A. c/ Naves Industriales S.A.*, *Compañía de Exploraciones Algamarca c/ Compañía Minera Algamarca S.A.* y *Fernando Cantuarias Salaverry*; la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en el caso *Gunder, S.A. c/ Kia Motors Corporation*; y las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en los casos *Héctor Luis Quintero Toledo, Compañía Anónima Venezolana de Televisión c/ Elettronica Industrial, S.p.A.*, *Consorcio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, y *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc.*

⁷ En el libro contentivo de las memorias de ese seminario aparecen dos contribuciones que se refieren directamente al tema de la constitucionalización del arbitraje: Alfredo De Jesús O., « Le traitement constitutionnel de l'arbitrage au Venezuela » y Eduardo Silva-Romero « A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage internationale en Amérique latine », in *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle, Aspects de droit comparé* (Dir. Bénédicte Fauvarque-Cosson et Arnaldo Wald), Société de législation comparée, Paris, 2008.

América Latina en la que no se trate el tema y las revistas especializadas latinoamericanas⁸ e internacionales⁹ empiezan a acordarle un lugar privilegiado.

2. El impacto del derecho constitucional en materia de arbitraje comercial internacional no se refiere al tantas veces denunciado resurgimiento de la llamada “Doctrina Calvo” en América Latina. Si algunas tensiones recientes han creado esa impresión¹⁰ el fenómeno se restringe esencialmente al derecho internacional de las inversiones y al arbitraje internacional organizado en el marco de los instrumentos internacionales para la promoción y protección de las inversiones¹¹. Las tensiones entre el arbitraje comercial internacional y el derecho constitucional tienen otras connotaciones más específicas. El fenómeno es pues completamente distinto y considerablemente más complejo que el que suele presentarse cuando se evoca la doctrina que se le atribuye al célebre ministro argentino de relaciones exteriores.

El tema que pretendemos plantear se refiere al choque filosófico y cultural que ha ocasionado la inclusión del arbitraje dentro del discurso constitucional latinoamericano, sus causas, sus efectos y las formas de corregirlo. No se trata únicamente de lo que Eduardo Silva-Romero distinguió, en el congreso de Bogotá, como la colisión entre la justicia distributiva de los derechos fundamentales y la justicia correctiva del arbitraje internacional¹². Nos referimos a una colisión filosófica en una dimensión mucho más básica, mucho más fundamental, que gira en torno a la fuente de los poderes del árbitro del comercio internacional¹³. En definitiva, se refiere a la esencia del arbitraje comercial internacional, su naturaleza jurídica, su régimen, sus métodos y sus valores.

⁸ A efectos ilustrativos debemos mencionar los trabajos de Jorge Santistevan de Noriega, Roque J. Caivano y J. Domingo Rivarola Reisz, publicados en el N° 2 (2006) de la *Revista Peruana de Arbitraje* (“Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje” y “Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”, respectivamente); de Alfredo De Jesús O. y Jaime David Abanto Torres, en el N° 3 (2006) de la *Revista Peruana de Arbitraje* (“La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano” y “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, respectivamente); de Arnoldo Wald y Rodrigo García da Fonseca, en el N° 13 (2007) de la *Revista Arbitragem e Mediação* (“O mandado de segurança e a arbitragem”); de Alfredo De Jesús O., en el N° 14 (2007) de la *Revista Arbitragem e Mediação* (“The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”); de José Carlos Fernández-Rozas, en el N° 16 (2007) de la revista mexicana *Cuestiones Constitucionales* (“La Constitución mexicana y el arbitraje comercial”); y de Jorge Santistevan de Noriega, publicado en el N° 4 (2007) de la *Revista Peruana de Arbitraje* (“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 arbitral *in toto*”).

⁹ Alfredo De Jesús O., “The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela”, in *Journal of International Arbitration*, Volume 24, N° 1, Kluwer Law International, The Hague, 2007, p. 69.

¹⁰ Por ejemplo, la declaración de los presidentes de los países que conforman la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América (ALBA- Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela), en el marco de la Cumbre de Barquisimeto, en abril de 2007, de salirse del sistema creado por la Convención de Washington (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965) y denunciar los tratados de promoción y protección de las inversiones; la denuncia de Bolivia de la Convención de Washington; las limitaciones de Ecuador a su consentimiento al arbitraje del CIADI y el reciente anuncio sobre la denuncia por parte de Venezuela del tratado bilateral para la promoción y protección recíproca de las inversiones vigente con Holanda.

¹¹ Alfredo De Jesús O. y Francisco Victoria-Andreu (Dir.), *L’avenir du droit des investissements en Amérique latine*, à paraître, Paris, 2008.

¹² Eduardo Silva-Romero, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina” en *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 341.

¹³ Los términos de las representaciones filosóficas del arbitraje comercial internacional fue abordado recientemente por Emmanuel Gaillard en el VI Congreso Internacional del Comitê Brasileiro de Arbitragem, en Salvador de Bahía, en noviembre de 2006. Ver, Emmanuel Gaillard, “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l’arbitrage international” in *Journal de droit international*, N° 4, Litec, Paris, 2007, p. 1163.

La discusión sobre la fuente de los poderes del árbitro del comercio internacional es muy antigua. Sin embargo, ha recuperado toda su actualidad en estos momentos en los que el derecho constitucional habla de arbitraje. La cuestión puede plantearse a través de los siguientes interrogantes: ¿La fuente del poder de los árbitros del comercio internacional proviene de una especie de delegación o autorización constitucional o, por el contrario, proviene de la voluntad de las partes? ¿El arbitraje comercial internacional es una creación del Estado o, por el contrario, es una creación de la comunidad internacional de comerciantes? ¿El arbitraje comercial internacional es una institución del orden jurídico constitucional o, por el contrario, es una institución del orden jurídico transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales?

3. La inclusión del arbitraje dentro del discurso constitucional latinoamericano ha sido posible a través de la conjunción de dos fenómenos. Por un lado, la *constitucionalización* del arbitraje y por el otro, la influencia del *constitucionalismo* en ese proceso de constitucionalización. La constitucionalización del arbitraje es un fenómeno específicamente latinoamericano¹⁴ que se ha producido o por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una opción constitucional¹⁵. Por constitucionalismo nos referimos a una corriente del pensamiento constitucional francés, animada desde los años 1980, sobre la que volveremos más adelante¹⁶.

De este modo, sostenemos que la simple consagración del arbitraje en los textos constitucionales latinoamericanos no es el origen del problema cultural que señalamos. En términos generales, las constituciones latinoamericanas siempre han hecho alguna mención, más o menos relevante, al arbitraje. Las primeras referencias al arbitraje remontan incluso a la Constitución española de Cadiz de 1812¹⁷, uno de los textos precursores del constitucionalismo latinoamericano¹⁸. Actualmente la inflación de disposiciones constitucionales relativas al arbitraje es considerable. Algunos textos constitucionales hacen mención al arbitraje en materia de conflictos sociales del

¹⁴ Aunque podemos apreciar que el fenómeno empieza a aparecer en algunos países de Europa como Austria, España e Italia. Ver, Kurt Heller, "Constitutional Limits of Arbitration", in *Stockholm Arbitration Review*, N°1, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm, 2000, p.7. – Bernardo Cremades, "El arbitraje en la doctrina constitucional española", en *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 8, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 143. – Luigi Capucci, "An important decision of the italian 'Corte Costituzionale' regarding the powers of arbitral tribunales to apply to the Court to test constitutionality", in *ASA Bulletin*, Volume 20, N° 1, 2002, p. 138.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal (Brasil), Sentencia del 12 de diciembre de 2001, *MBV Commercial and Export Management Establishment c/ Resil Indústria e Comércio Ltda*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, No 2, p. 529, Obs. J.Bosco Lee et C. Valença Filho. – Corte Suprema de Justicia (México), Sentencia de agosto de 2004, *Teléfonos de México, S.A.*, comentada por Francisco González de Cossío, "Chauvinism Rejected: Mexican Supreme Court Upholds the Constitutionality of the Mexican Arbitration Statute", in *Journal of International Arbitration*, Volume 22, N° 2, Kluwer International, The Hague, 2005, p. 163.

¹⁶ Esta corriente decía inspirarse en gran parte del sistema de justicia constitucional norteamericano. Ver, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p.19, n° 2. - Louis Favoreau, *Droit constitutionnel*, Précis, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 251, n° 361.

¹⁷ Artículo 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Artículo 281. La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar.

Es probable que la consagración del arbitraje en la Constitución de Cadiz de 1812 tenga como antecedente más remoto el Artículo V de la Constitución francesa de 1791, el cual establecía que el derecho de los ciudadanos de solucionar sus controversias por la vía de arbitraje no podía ser menoscabado por el Poder Legislativo

¹⁸ Junto al Estatuto de Bayona de 1808 y la Constitución de Venezuela de 1811. Ver, Cayetano Núñez Rivero, Juan Manuel Goig, María Núñez Martínez, *Derecho Constitucional Comparado y Derecho Político Iberoamericano*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2002, p. 326.

trabajo¹⁹, en materia de pensiones de la seguridad social²⁰, en materia de fronteras²¹; otros más específicos autorizan expresamente al Estado y a las personas de derecho público a recurrir al arbitraje²², agregan o eliminan condiciones adicionales en materia de contratos de Estado²³, o incluso consagran la obligación del Estado de proponer el recurso al arbitraje en los tratados internacionales²⁴; otros reconocen expresamente la validez y eficacia de las sentencias arbitrales internacionales²⁵, consagran el arbitraje como una excepción a la prohibición de crear tribunales de excepción²⁶ o, incluso, consagran el principio de la competencia-competencia como un principio de valor constitucional²⁷.

Pero la inflación de disposiciones constitucionales relativas al arbitraje no se detiene ahí. A la lista debemos agregar la constitucionalización, en algunos países, de un verdadero derecho al arbitraje. Esa constitucionalización del derecho al arbitraje se ha manifestado a través de dos tendencias claramente identificables. La primera, la de los países de Suramérica, incluye el derecho al arbitraje dentro de las normas relativas al Poder Judicial²⁸. La segunda, la de los países de Centroamérica, con la excepción de Panamá²⁹, consagra el derecho al arbitraje dentro de las disposiciones sobre los derechos fundamentales³⁰. Al margen de esas dos tendencias generales, destacan dos casos particulares, el peruano y el venezolano. En Perú, las normas relativas al arbitraje están consagradas dentro de las disposiciones sobre el “Régimen Económico”. En Venezuela, la constitucionalización del derecho al arbitraje, a pesar de estar incluida dentro de las disposiciones relativas al “Poder Judicial y el Sistema de Justicia”³¹, lo que hace entender que el arbitraje formaría parte del “Sistema de Justicia” pero no del “Poder Judicial”, como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³², no ha impedido que ésta haya considerado recientemente el arbitraje como un derecho fundamental³³, siguiendo las

¹⁹ Argentina (Artículo 14bis), Brasil (Artículo 114.IX), Chile (Artículo 16), Ecuador (Artículo 35.13), El Salvador (Artículo 49), Honduras (Artículo 139), México (Artículo 107.V.d y 123), Paraguay (Artículo 97) y Uruguay (Artículo 57).

²⁰ Colombia (Artículo 48).

²¹ Brasil (Artículo 12.2), Colombia (Artículo 101), El Salvador (Artículo 146), Honduras (Artículo 9) y Venezuela (Artículo 10).

²² El Salvador (Artículo 146), Perú (Artículo 63).

²³ Guatemala (Artículo 171), Panamá (Artículo 195.4).

²⁴ Uruguay (Artículo 6).

²⁵ Honduras (Artículo 15).

²⁶ Perú (Artículo 62)

²⁷ Panamá (Artículo 202). El caso de la constitucionalización del principio de la competencia-competencia en Panamá es bien particular. La consagración constitucional de este principio esencial del arbitraje se produjo en el marco de la reforma constitucional de 2004, como reacción a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá que lo había declarado inconstitucional tres años antes.

²⁸ Colombia (Artículo 116), Ecuador (Artículo 191), Paraguay (Artículo 248).

²⁹ La Constitución de Panamá, en su Artículo 202, consagra el arbitraje dentro de las disposiciones relativas al Poder Judicial.

³⁰ Costa Rica (Artículo 43), El Salvador (Artículo 23), Honduras (Artículo 110).

³¹ Artículo 258.

³² Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia de la Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

³³ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia N° 192 del 28 de febrero de 2008, *Bernardo Weininger y otros c/ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz.

En Venezuela, el reconocimiento del arbitraje como un derecho fundamental es un logro de un importante sector de la doctrina. La tesis fue propuesta hace un par de años por Eugenio Hernández-Bretón (“Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”, en *Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos 18, Caracas, 2005, p. 21. - “El significado constitucional del arbitraje en Venezuela”, en *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 301).

tendencias de los países centroamericanos. Sólo los textos constitucionales de Bolivia, Cuba, Nicaragua y República Dominicana ignoran por completo el arbitraje.

4. La consagración constitucional del arbitraje o de un derecho al arbitraje nunca ha sido necesaria para el desarrollo del arbitraje comercial internacional ni de ninguna otra institución jurídica. Sin embargo, ya que los países latinoamericanos han decidido hacerlo, no vemos por qué no darle la bienvenida. Ella manifiesta, de forma expresa y al más alto nivel, que la promoción del arbitraje tiene un rango de política pública en los Estados en cuestión. Pero más aún porque la elevación de esa política pública de promoción del arbitraje a rango constitucional no ha sido simbólica. Ha sido desarrollada por los países latinoamericanos a través de la reforma de sus derechos internos sobre el arbitraje comercial internacional y a través de la ratificación de las convenciones internacionales que interesan la materia³⁴. Igualmente ha sido muy útil para desechar los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes de arbitraje intentados por algunos obstinados detractores de la globalización o por individuos para quienes resulta muy difícil comprender que la función jurisdiccional nunca ha sido un monopolio exclusivo del Estado ni un bastión esencial del concepto de soberanía nacional³⁵.

Lamentablemente, la relación armoniosa entre, por un lado, la consagración constitucional de una política pública de favorabilidad al arbitraje y, por el otro, el desarrollo por vía legislativa del arbitraje comercial internacional y la ratificación de las principales convenciones internacionales ha sido empañado por un nuevo sector de la comunidad jurídica latinoamericana que debuta en las aguas del arbitraje comercial internacional: los constitucionalistas. Por constitucionalistas no nos referimos a los estudiosos del derecho constitucional, sino a aquellos juristas que militan, de forma consciente o inconsciente, en las filas del constitucionalismo, situación que los lleva a pretender comprender, razonar y explicar la totalidad del fenómeno jurídico a través de la perspectiva limitada del derecho constitucional³⁶. El prototipo por excelencia del constitucionalista latinoamericano, en muchas jurisdicciones latinoamericanas, pero no en todas, ni en todas con la misma intensidad, es el juez constitucional. El análisis de la jurisprudencia de muchos jueces constitucionales latinoamericanos causarán la impresión de que éstos no sólo han asumido la función judicial del control de la constitucionalidad, única que les atribuye el orden jurídico constitucional, sino también, de oficio, la función de la doctrina, del legislador y del gobierno³⁷, construyendo, lo que en palabras del decano Georges Vedel es, un peligroso

³⁴ Aunque siempre existirán casos curiosos como, por ejemplo, el de Venezuela donde el arbitraje, después de un largo silencio, recobró el rango constitucional en la Constitución de 1999, después de la promulgación de la Ley sobre Arbitraje Comercial y la ratificación de las Convenciones de Nueva York, Panamá y Montevideo. Ver, Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental", en *Arbitraje comercial interno e internacional, Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, (Coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos 18, Caracas, 2005, p. 21. - Eugenio Hernández-Bretón, "El significado constitucional del arbitraje en Venezuela", en *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 301.

³⁵ Para una representación histórica del arbitraje y su relación con la justicia estatal y sobre cómo el arbitraje precedió la creación del Estado moderno. Ver, Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001. p. 2 et ss, n° 2 et ss.

³⁶ Por constitucionalismo nos referimos a una corriente del pensamiento constitucional francés animada desde los años 1980 por Louis Favoreau, que proponía la aplicación directa de las normas y principios constitucionales para resolver cualquier caso concreto a través de los mecanismos de la justicia constitucional. Ver, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p.19, n° 2. - Louis Favoreau, *Droit constitutionnel*, Précis, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 251, n° 361.

³⁷ Sobre la intromisión de los jueces constitucionales en la conducción de las políticas públicas reservadas al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo. Ver, Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Préface de Franck Moderne, réédition de l'ouvrage publiée en 1921 aux éditions Giard, Dalloz, Paris, 2005.

“universo jurídico sobre el fundamento de un imperialismo “constitucionalista” en el cual, la Constitución, su juez y sus comentaristas poseen todas las llaves y vigilan todas las vías”³⁸.

En un pasado no muy lejano los arbitralistas latinoamericanos de la época tuvieron que enfrentarse a los procesalistas quienes, con Código de Procedimiento Civil en mano, aseguraban que el arbitraje no era más que un procedimiento judicial especial más, lo que los llevaba al error de asimilar el árbitro a un juez y el laudo arbitral a una sentencia judicial con todas las consecuencias que de ello derivan. Esa discusión fue superada de forma favorable para el movimiento arbitralista. En esa época uno de los argumentos más simbólicos para justificar la autonomía del arbitraje frente al derecho procesal era que el arbitraje ya no se encontraba regulado en los códigos de procedimiento civil latinoamericanos. La discusión con los constitucionalistas, a falta de argumentos simbólicos, debe enfocarse más que nunca en el fondo del asunto. Las constituciones latinoamericanas han consagrado disposiciones relativas al arbitraje, ahora sólo queda interpretar su significado.

5. Consideramos que interpretar el significado de la constitucionalización del arbitraje y su relación con el arbitraje comercial internacional implica analizar, por un lado, la naturaleza jurídica y la función de la Constitución dentro del orden jurídico estatal y la naturaleza jurídica y la función del arbitraje comercial internacional dentro de la *lex mercatoria*, el orden jurídico transnacional específico de las relaciones comerciales, por el otro. Eso nos llevará naturalmente a plantear constantemente las relaciones entre estas instituciones jurídicas pertenecientes a órdenes jurídicos autónomos, es decir, a analizar las relaciones de relevancia³⁹ en materia de arbitraje entre el orden jurídico constitucional y la *lex mercatoria*.

Decía Santi Romano que “para que haya relevancia jurídica, es necesario que la existencia, el contenido o la eficacia de un orden sea conforme a las condiciones creadas por el otro”⁴⁰. Siguiendo esta fórmula queda únicamente por identificar esas relaciones de relevancia que existen entre ambos órdenes jurídicos. Por un lado, la *lex mercatoria*, reconoce, bajo ciertas condiciones la existencia, el contenido y la eficacia del orden jurídico constitucional. Es por ello, entre otras cosas, que los árbitros del comercio internacional pueden, por ejemplo, alimentar la noción de orden público transnacional con los contenidos del orden público constitucional de carácter universal. Por el otro, el orden jurídico constitucional, reconoce, bajo ciertas condiciones, la existencia, el contenido y la eficacia de la *lex mercatoria*. Es por ello, entre otras cosas, que los jueces estatales, por ejemplo, están dispuestos, bajo ciertas condiciones, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales internacionales.

No se trata pues sino de plantear un diálogo serio entre constitucionalistas y arbitralistas en las arenas del pluralismo jurídico, lo que implica el reconocimiento de que un sujeto de derecho puede estar en contacto con distintos órdenes jurídicos⁴¹. Bajo esta premisa y considerando que tanto el orden jurídico constitucional como la *lex mercatoria* son órdenes jurídicos autónomos ninguno puede pretender imponer su visión al otro a través de una actitud absolutista, monista o exclusivista⁴². Tan absurdo sería que un constitucionalista pretendiera imponer una visión

³⁸ Georges Vedel, « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 14.

³⁹ La expresión “relaciones de relevancia” de Santi Romano, es utilizada para analizar los vínculos entre distintos órdenes jurídicos. Ver, Santi Romano, *L'ordre juridique*, Réédition présentée par Pierre Mayer, Dalloz, Paris, 2002, p. 106.

⁴⁰ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Réédition présentée par Pierre Mayer, Dalloz, Paris, 2002, p. 106.

⁴¹ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 434.

⁴² Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 434.

constitucional o publicista del arbitraje comercial internacional, como lo sería el que un arbitralista pretendiera imponer una visión *lex mercatorista* del derecho constitucional. Cada orden jurídico fija de forma autónoma y unilateral las condiciones bajo las cuales está dispuesto a reconocer la existencia, el contenido y la eficacia del otro.

6. Pero el terreno pluralista en el que debe desarrollarse la discusión para que pueda ser constructiva no será fácil de encontrar. Plantear una discusión seria sobre la naturaleza jurídica de los textos constitucionales y su función dentro del orden jurídico estatal nos llevará a un debate general de teoría del derecho en el que debe examinarse el alcance exacto del principio de la supremacía constitucional y su relación con las normas de rango infraconstitucional (leyes formales) y supraconstitucional (derecho internacional). Bien conocemos la falta de disposición de los constitucionalistas latinoamericanos a plantear cualquier debate que pueda significar una relativización del principio de la supremacía constitucional, especialmente en estos momentos, en los que se encuentra exacerbado al máximo por la influencia que ha ejercido en el derecho constitucional la constitucionalización de derechos humanos fundamentales.

La exacerbación del principio de la supremacía constitucional por la influencia de los derechos humanos fundamentales ha llevado a los constitucionalistas a un inconveniente fundamentalismo constitucionalista, convirtiendo la Constitución en un instrumento de fundamentalización del derecho⁴³. Esto los ha llevado a adoptar una visión absolutista y exclusivista del derecho constitucional. En materia de arbitraje, esta actitud exclusivista los ha llevado a interpretar la constitucionalización del arbitraje como la absorción del arbitraje por el orden jurídico constitucional y no como el reconocimiento, por parte de ese orden jurídico, de una institución autónoma perteneciente a un orden jurídico distinto⁴⁴. Bajo esta perspectiva reductora, el arbitraje pasa de ser una institución autónoma regida por principios y reglas propias a ser una institución más del derecho constitucional regida por los principios y normas constitucionales; el árbitro sería entonces un delegado de la “función constitucional” de administrar justicia y el laudo arbitral debería garantizar la vigencia de los valores constitucionales.

Normalmente, una visión exclusivista de esta naturaleza no tendría mayor importancia para los arbitralistas. Se trataría simplemente de una teoría más de otro sector hostil al arbitraje que todavía no ha sido capaz, por falta de conocimientos técnicos, de valorar la nueva institución en función de sus especificidades propias⁴⁵. Pero esta visión ha sido impuesta en algunas jurisdicciones latinoamericanas a través de los mecanismos de la justicia constitucional. De este modo, los asuntos que se plantean ante los tribunales estatales en materia de arbitraje están siendo transformados artificialmente en discusiones de derechos constitucionales⁴⁶, que sólo pueden ser solucionados a través de las normas constitucionales, los procedimientos del

⁴³ Alfredo De Jesús O. “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, en *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 393.

⁴⁴ Alfredo De Jesús O. “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”, en *Constitucionalización del Derecho Privado* (Dir. Christian Larroumet), Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 391.

⁴⁵ Esto no es extraño en los constitucionalistas, ni ocurre sólo con respecto al arbitraje. Los constitucionalistas parecieran creer que el derecho constitucional crea un juego de teoremas y axiomas y que todo el derecho se deduce de la conjunción lógica de algunos de ellos. Ver, Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 14.

⁴⁶ Cualquier discusión es presentada como una violación al derecho constitucional de acceso al juez natural, al debido proceso, etc.

contencioso constitucional⁴⁷ y los jueces de la justicia constitucional⁴⁸. El desorden de derechos⁴⁹, de procedimientos⁵⁰ y de jurisdicciones⁵¹ que esto ha generado no es sino una de las preocupaciones.

7. Pero las preocupaciones no se presentan únicamente en relación con la aplicación del derecho y los procedimientos creados por el derecho del arbitraje comercial internacional por los jueces estatales. El carácter expansivo del fenómeno pretende apropiarse también de la función de los árbitros del comercio internacional. En este sentido, también se ha intentado enmarcar y regular la actividad de los árbitros del comercio internacional dentro del orden jurídico constitucional favoreciendo el surgimiento de una verdadera cultura constitucionalista del arbitraje comercial internacional que es necesario combatir en todos sus frentes.

Teniendo claro el objeto que pretendemos enfrentar se hace necesario establecer el método a seguir. Estamos convencidos de que la comunicación entre constitucionalistas y arbitralistas debe trasladarse indefectiblemente de un ambiente exclusivista o monista a un terreno de pluralismo jurídico en el que cada orden jurídico se reconozca. De lo contrario, se plantearía un inútil diálogo de fanáticos, un diálogo de sordos, con el que no se llegaría a nada. A lo largo de estas líneas hemos sostenido que los constitucionalistas han pretendido envolver el arbitraje comercial internacional dentro del orden jurídico constitucional, posición distinta a la de los arbitralistas, que no han intentado envolver la Constitución dentro de la *lex mercatoria*.

Tomando en consideración estas premisas pareciera conveniente plantear la discusión, en primer lugar, en términos de una reivindicación de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional (I) y, en un segundo lugar, desarrollando las implicaciones de esa autonomía, analizando las relaciones de relevancia en materia de arbitraje entre el orden jurídico constitucional y la *lex mercatoria*, el orden jurídico transnacional específico de las relaciones comerciales (II).

⁴⁷ Incidentes de constitucionalidad, solicitud de aplicación del control difuso de la constitucionalidad, amparos constitucionales, etc.

⁴⁸ Los jueces constitucionales especializados o los jueces ordinarios actuando “en sede constitucional”, es decir, como jueces constitucionales.

⁴⁹ Entre derecho del arbitraje y el derecho constitucional.

⁵⁰ Entre los procedimientos creados por el derecho del arbitraje y los procedimientos del contencioso constitucional.

⁵¹ Entre los tribunales civiles y comerciales competentes en materia de arbitraje y los jueces constitucionales.

I. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

8. La autonomía del arbitraje comercial frente al orden jurídico constitucional no es sino una traducción de un aspecto específico de la autonomía del arbitraje comercial internacional respecto del orden jurídico estatal. Explicar la autonomía del arbitraje comercial internacional hace necesario referirnos a su fundamento (A) y su régimen (B).

A. El fundamento de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

9. El fundamento de la autonomía del arbitraje comercial se sostiene en su naturaleza jurídica, la cual destaca por su carácter voluntarista (1), por tener su origen en la voluntad de las partes y por su carácter transnacional (2), por su incorporación en un orden jurídico transnacional.

1. La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

10. La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial es de la esencia del arbitraje. Es en la voluntad de los operadores del comercio internacional, expresada a través del acuerdo de arbitraje y del contrato de árbitro, que se encuentra la fuente del poder jurisdiccional de los árbitros del comercio internacional, los términos y los límites de su misión y la fuerza obligatoria de sus órdenes y decisiones. El régimen del arbitraje comercial internacional se fundamenta y se estructura en función de la voluntad de los operadores del comercio internacional, del encuentro de sus voluntades. Ese encuentro de voluntades de acudir al arbitraje, el acuerdo de arbitraje, será seguido de un contrato de árbitro que investirá al árbitro del comercio internacional de todo su poder, de forma directa en el arbitraje independiente o de forma indirecta en el arbitraje institucional⁵².

En las últimas décadas, hemos sido testigos de la evolución de las relaciones comerciales internacionales por la transformación de la economía internacional en una economía global⁵³. De la evolución de una economía internacional, caracterizada por la circulación transfronteriza de bienes y servicios, a una economía globalizada, caracterizada por la circulación de bienes y servicios en un espacio global que no conoce el concepto de fronteras. De la evolución de una economía internacional en la que el Estado era el autor principal de la norma jurídica internacional, a una economía global, en la que el Estado, desbordado por el fenómeno de la globalización⁵⁴, ha perdido su protagonismo en la producción de normas en favor de un nuevo

⁵² Sobre la dimensión contractual del arbitraje comercial. Ver, Philippe Fouchard, « Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale », in *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 427. – Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001. p. 475, n° 590.

⁵³ Eric Loquin et Catherine Kessedjian, « Avant propos », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 7. – Charles-Albert Michalet, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 11.

⁵⁴ Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de la économie », in *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 471.

actor: los operadores del comercio internacional⁵⁵. La voluntad de los operadores del comercio internacional se ha convertido pues en un poderoso vector del derecho globalizado⁵⁶. Un derecho globalizado que ha influenciado las relaciones comerciales internacionales, los contratos del comercio internacional y las formas de negociarlos, interpretarlos y ejecutarlos⁵⁷, los litigios del comercio internacional y las formas de resolverlos⁵⁸.

11. El arbitraje comercial internacional es un mecanismo autónomo de resolución de las controversias relativas al comercio internacional producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional y las necesidades del comercio internacional. Una dimensión del derecho imposible de entender para cualquier individuo que pretenda, como algunos constitucionalistas, que el fenómeno jurídico llega hasta donde alcance el brazo normativo del Estado. De este modo, ante la incapacidad de comprender la naturaleza del fenómeno jurídico del arbitraje comercial internacional, surgen los problemas y las hostilidades. Ahí donde cualquier jurista vería una simple manifestación más del principio universal de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, algunos constitucionalistas, empeñados en conferirle una explicación a todo desde una perspectiva constitucional, se enfrentarían a dos posibilidades. Una de ellas, pluralista, los llevará a aceptar, o al menos a plantearse, que el derecho es un fenómeno amplio que existe más allá de la Constitución; otra, monista, los llevará a rechazar la existencia de un derecho fuera de la Constitución. La primera posibilidad se traduce en una actitud de apertura del espíritu jurídico, en una sana manifestación de pluralismo cultural y jurídico, la segunda, en una incomprensible y triste expresión de exclusivismo jurídico, de exclusivismo constitucional.

En todo caso, es esta posición exclusivista del derecho constitucional la que ha llevado a algunos constitucionalistas latinoamericanos a proponer una lectura publicista o constitucional del arbitraje tratando de forzar la incorporación del arbitraje comercial internacional, en contra de su naturaleza esencialmente privada, esencialmente voluntarista, dentro del orden jurídico constitucional. Bajo esta concepción, el arbitraje comercial internacional dejaría de ser un producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional para convertirse en una institución constitucional. El árbitro se convertiría en una especie de delegado de la “función constitucional” de administrar justicia, estaría obligado a aplicar el derecho constitucional y sus decisiones estarían sujetas al control constitucional ejercido por los órganos y los mecanismos de la justicia constitucional.

12. Algunos jueces constitucionales latinoamericanos han defendido, de una forma u otra, más o menos absoluta, más o menos coherente, algunos de estos lineamientos. La Sala Constitucional venezolana, retoma algunos de ellos de forma muy limitada, aunque no por ello menos preocupante. En este sentido, si bien pareciera respetar el carácter voluntarista y privado del arbitraje, que según ella “representa otra cara de la jurisdicción” en relación con los órganos del Poder Judicial y que por ello “no puede considerarse... supeditada a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial”⁵⁹, tiene una tendencia a cambiar de actitud cuando el arbitraje “interesa la

⁵⁵ Eric Loquin et Catherine Kessedjian, « Avant propos », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 7.

⁵⁶ Eric Loquin, « La volonté des operateurs vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 91.

⁵⁷ En este sentido, no son extrañas las tesis que se dedican específicamente al estudio del derecho transnacional de los contratos. Ver, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Préface de Eric Loquin, CREDIMI, Volume 27, Litec, Paris, 2006. – Simon Hotte, *La rupture du contrat international, Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Préface de Jean-Michel Jacquet, Deffrénois, Paris, 2007, - Alfredo De Jesús O., *La cession du contrat international, Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, thèse en cours sous la direction de Denis Mazeaud à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas.

⁵⁸ Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de la économie », in *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 472.

jurisdicción venezolana”⁶⁰. Para la Sala Constitucional venezolana, si el arbitraje “interesa la jurisdicción venezolana”, entonces a los árbitros “imperativamente les corresponde asegurar la integridad de la Constitución” so pena de que sus laudos por no “adaptarse al sistema constitucional venezolano..., por inconstitucionales, se harán [sic] inejecutables”⁶¹. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Chile, al pronunciarse en el marco del control previo de la constitucionalidad del proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional⁶², señaló que algunos⁶³ de sus artículos “son constitucionales en el entendido que dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema [control directivo, correccional y económico sobre los tribunales] según quedó expuesto”⁶⁴, así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta”⁶⁵. Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia, no sólo considera que los árbitros “desempeñan funciones judiciales” sino que admite la revisión de la constitucionalidad de los laudos arbitrales a través del amparo o tutela constitucional bajo la figura de la “vía de hecho”⁶⁶ con el fin de evitar las arbitrariedades que menoscaben los derechos constitucionales fundamentales⁶⁷.

Si las interpretaciones que los jueces constitucionales de Colombia, Chile y Venezuela han hecho del arbitraje causan serias preocupaciones, las del Tribunal Constitucional del Perú causarían conmoción. El Tribunal Constitucional peruano no se ha limitado, como lo han hecho sus pares latinoamericanos, a manifestar, a través de gestos más o menos importantes, su hostilidad frente a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional. Por el contrario, ha elaborado una completa teoría constitucional del arbitraje para vehicular esa hostilidad. Es en este sentido que, partiendo de su teoría del “tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho” en la que el respeto de las leyes formales no sería más que un “valorismo legalista” contrario al

⁵⁹ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia No 1.139 del 5 de octubre de 2000, en el juicio de *Héctor Luis Quintero Toledo*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

⁶⁰ La expresión “interesa la jurisdicción venezolana” es difícil de entender, pero pareciera englobar la idea de que el asunto tiene o puede llegar a tener algún vínculo con los tribunales venezolanos. Ver, Alfredo De Jesús O., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, p. 63.

⁶¹ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia No 1.393 del 7 de agosto de 2001, en el juicio de Fermín Toro Jiménez, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Este criterio ha sido mantenido expresamente en materia de arbitraje comercial internacional. Ver, Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia No 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Compañía Anónima Venezolana de Televisión c/ Eleetronica Industriale, S.p.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz. (En la especie, un arbitraje internacional bajo las normas de la ICC) - Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional/N° 174, 14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc*, en *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*.15.2006. Obs. A De Jesús O. – en *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*.23.2006. Nota A. De Jesús O. (En la especie, un arbitraje internacional bajo las normas del ICDR-AAA).

⁶² Ley No 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

⁶³ En alusión a los artículos 5° y 34° del proyecto, relativos a la intervención de los tribunales en el arbitraje y a “la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”.

⁶⁴ Se refiere a que el artículo 5° del proyecto, sobre la intervención de los tribunales en el arbitraje “debía dejar a salvo la facultad que a aquella otorga el artículo 79 de la Constitución Política de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, e igualmente el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes que le confiere el artículo 80 de la Carta Fundamental”. El Artículo 80 de la Constitución chilena establece que “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución”.

⁶⁵ Tribunal Constitucional (Chile), Rol N° 420 del 25 de agosto de 2004, Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional.

⁶⁶ Corte Constitucional (Colombia), Sentencia del 22 de marzo de 2006, en el juicio del *Departamento del Valle c/ Concesiones de Infraestructura S.A.*

⁶⁷ Lorenzo Villegas-Carrasquilla, “La acción de tutela ¿Un nuevo mecanismo de revisión de laudos arbitrales en Colombia? Comentarios a la Sentencia T-920 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 7, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 321.

“principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución”, impone “una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado”. Al proceder de esta manera, llega al punto no sólo de afirmar que “la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución” sino que “la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes... sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en... la propia Constitución” y que es “de allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución”. Pero no es sólo eso, para el Tribunal Constitucional peruano “la jurisdicción 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”, por lo que “el árbitro o tribunal arbitral aparece... sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional”. Evidentemente, antes estas premisas, resulta “un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral”⁶⁸.

La negación de la naturaleza voluntarista del arbitraje no es más que un artificio producto de la miopía jurídica que produce el exclusivismo constitucional para forzar la incorporación del arbitraje comercial internacional dentro del orden jurídico constitucional. Esa pretendida incorporación forzosa del arbitraje comercial internacional dentro del orden jurídico constitucional, no sólo atenta contra su naturaleza voluntarista, también es contraria a su naturaleza transnacional.

2. La naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

13. La naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional, correlativa a su naturaleza voluntaria, es de la esencia del arbitraje. Al referirnos a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional, afirmamos que su régimen se fundamenta y se estructura en función de la voluntad de los operadores del comercio internacional. Voluntad que, por la evolución de una economía internacional a una economía globalizada⁶⁹, por la transformación del espacio internacional, transfronterizo, en un espacio global, afronterizo, y por el debilitamiento de la autoridad, el poder y el derecho del Estado, desbordado en materia de regulación económica por la globalización⁷⁰, se ha convertido en un poderoso vector del derecho global de las relaciones comerciales internacionales⁷¹. Un derecho global de las relaciones comerciales internacionales, un derecho transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales creado de forma espontánea por la comunidad internacional de operadores del comercio internacional, la *societas mercatorum*, para regular el orden jurídico transnacional, anacional y específico de las relaciones comerciales internacionales, la *lex mercatoria*⁷².

⁶⁸ Tribunal Constitucional (Perú), Sentencia del 28 de febrero de 2006, en el juicio de *Fernando Cantuarias Salaverry*, Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Ver comentario de Jorge Santistevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 15. – J. Domingo Rivarola Reisz, “Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 577.

⁶⁹ Eric Loquin et Catherine Kessedjian, « Avant propos », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 7.

⁷⁰ Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de la économie », in *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 471.

⁷¹ Eric Loquin, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit* (Dir. Eric Loquin et Catherine Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 91.

⁷² Philippe Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*,

La *societas mercatorum*, comunidad de operadores del comercio internacional, uno de los elementos institucionales de la *lex mercatoria*⁷³, detalladamente descrita en los trabajos de la célebre Escuela de Dijon⁷⁴, se encuentra al origen de la actividad normativa transnacional del comercio internacional⁷⁵. Una actividad normativa enriquecida permanentemente por las prácticas contractuales⁷⁶ (cláusulas estandarizadas, contratos tipos, condiciones generales de contratación, etc) por el derecho comparado⁷⁷ (normas sustanciales de los derechos estatales, de las convenciones internacionales, de los Principios Unidroit, de los Principios Lando, del Anteproyecto Gandolfi, etc) y por la jurisprudencia arbitral⁷⁸, con aspiraciones de uniformización del derecho del comercio internacional⁷⁹. Esa *societas mercatorum*, encuentra toda su unidad y su razón de ser, en el deseo de responder a las necesidades y los intereses del comercio internacional⁸⁰, de ahí su profunda estabilidad, su permanencia y su coherencia⁸¹. La *societas*

Litec, Paris, 1982, p. 97. – Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 373. - Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992. – Berthold Goldman, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993, p. 241. - Alain Pellet, « La *lex mercatoria*, « tiers ordre juridique » ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CREDIMI, Litec, Paris, 2000, p. 53.

⁷³ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 407.

⁷⁴ Llamada Escuela de Dijon por la procedencia de sus defensores, fue creada y piloteada por Berthold Goldman, («Frontières du droit et *lex mercatoria*», in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1964, p. 177 – « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », in *Journal de droit international*, Litec, Paris, 1979 p. 475 – « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993, p. 241.) y desarrollada por los trabajos de Philippe Kahn (*La vente commerciale internationale*, Préface Berthold Goldman, Sirey, Paris, 1961.), Philippe Fouchard (*L'arbitrage commercial international*, Préface de Berthold Goldman, Dalloz, Paris, 1965.), Eric Loquin (*L'amiable composition en droit comparé et international. Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Préface de Philippe Fouchard, CREDIMI, Litec, Paris, 1980.) y Filali Osmani (*Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, tome 224, LGDJ). Hoy en día, es seguida por Jean-Baptiste Racine (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public international*, Préface de Philippe Fouchard, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1999.) y Thomas Clay (*L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001), entre otros destacados juristas.

⁷⁵ La *lex mercatoria* es una institución que no se reduce a las normas que crea. Ver, Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 407. – Eric Loquin, « Les règles matérielles du commerce international », in *Revue de l'arbitrage*, N° 2, Litec, Paris, 2005, p. 443.

⁷⁶ Eric Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CREDIMI, Litec, Paris, 2000, p. 29.

⁷⁷ Eric Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CREDIMI, Litec, Paris, 2000, p. 34.

⁷⁸ Existe en la actualidad un debate interminable sobre la existencia de una “jurisprudencia arbitral” y los efectos de su eventual reconocimiento. El tema es especialmente complicado por los distintos efectos que las diferentes tradiciones jurídicas le otorgan a la noción de jurisprudencia. En todo caso, es innegable, como indica Pierre Mayer, que los laudos arbitrales pueden ser fuente de inspiración para otros laudos, por la autoridad de la razón más que por una razón de autoridad, pues no existen relaciones de jerarquía entre los distintos tribunales arbitrales. Ver, Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », in *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Tome 217, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, p., 425, n° 105.

⁷⁹ Eric Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CREDIMI, Litec, Paris, 2000, p. 51.

⁸⁰ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 409. – Philippe Leboulanger, « La notion d'intérêts du commerce international », in *Revue de l'arbitrage*, N° 2, Litec, Paris, 2005, p. 487.

⁸¹ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 409.

mercatorum, regida por sus propias normas, de carácter esencialmente transnacional, es controlada por el órgano jurisdiccional creado por ella: el arbitraje comercial internacional. No es en vano que suele decirse que el árbitro del comercio internacional es el juez natural de la *lex mercatoria*, el juez natural del orden jurídico transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales.

14. Es en ese orden jurídico transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales, la *lex mercatoria*, que se encuentra el orden jurídico del árbitro del comercio internacional⁸². Ese orden jurídico del árbitro del comercio internacional se caracteriza por su autonomía⁸³. Respaldado en las sólidas raíces de la voluntad de los operadores del comercio internacional, el orden jurídico del árbitro del comercio internacional, la *lex mercatoria*, es autónomo frente al orden jurídico constitucional, estatal y frente al orden jurídico internacional, interestatal.

Es la naturaleza voluntarista y transnacional del orden jurídico del árbitro del comercio internacional lo que explica su autonomía frente al orden jurídico constitucional. El árbitro del comercio internacional es una institución de la *lex mercatoria*, no una institución del orden jurídico constitucional, a pesar de que su existencia sea reconocida por los textos constitucionales. Es por ello que se afirma que la fuente de poder del árbitro del comercio internacional deriva de la voluntad de las partes y no de una especie de “delegación constitucional”; que el árbitro del comercio internacional, por no encontrarse incorporado dentro de ningún orden jurídico estatal, no es un órgano jurisdiccional del orden jurídico constitucional y por lo tanto no se encuentra obligado a aplicar el derecho constitucional como sí lo están los jueces estatales, y; que los laudos arbitrales internacionales, por no estar incorporados en ningún orden jurídico estatal, no se encuentran sometidos al control de constitucionalidad al que sí están sujetas las sentencias judiciales en algunos países. Pero autonomía del orden jurídico del árbitro del comercio internacional no quiere decir independencia⁸⁴. Entre el orden jurídico del árbitro de comercio internacional, la *lex mercatoria*, y el orden jurídico constitucional existen importantes relaciones de relevancia que trataremos más adelante.

En definitiva, la naturaleza voluntarista y transnacional del arbitraje comercial internacional constituye el fundamento de su autonomía, la cual naturalmente se ve reflejada en el régimen de la institución.

⁸² Nuestra concepción del orden jurídico arbitral es la expuesta por Filali Osmani (*Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préface de Eric Loquin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1992, p. 405) y Thomas Clay (*L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 213, n° 259), en la que el orden jurídico arbitral se confunde con el orden jurídico anacional de la *lex mercatoria*. Sin embargo, esta visión no es unánime entre quienes defendemos la existencia de un orden jurídico arbitral autónomo. En este sentido, Jean-Baptiste Racine sugiere que el orden jurídico arbitral no debe confundirse con el orden jurídico anacional de la *lex mercatoria* sino que se trata de un orden jurídico arbitral autónomo frente a la *lex mercatoria* («Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international», in *Revue de l'arbitrage*, N° 2, Litec, Paris, 2005, p. 305).

⁸³ Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p 215 n° 261.

⁸⁴ Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 215, n° 261.

B. El régimen autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

15. La naturaleza autónoma del arbitraje comercial internacional, fundamentada en su carácter voluntarista y transnacional, definen su régimen. Un régimen cuya existencia (1), se caracteriza no sólo por su autonomía frente al orden jurídico constitucional, sino por su coherencia (2).

1. La existencia de un derecho autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

16. El derecho del arbitraje comercial internacional, el conjunto de normas que regulan el mecanismo jurisdiccional de la *lex mercatoria*, se caracteriza por su carácter transnacional. Es la naturaleza transnacional del orden jurídico del árbitro del comercio internacional lo que realza su autonomía frente al orden jurídico constitucional, también frente al orden jurídico internacional. Esta autonomía puede apreciarse en la manera constante y progresiva en la que el derecho del arbitraje comercial internacional, al igual que lo ha hecho el derecho del comercio internacional, se ha ido emancipando de la regulación propuesta en el orden jurídico estatal y en el orden jurídico internacional. No se trata pues, sino de la constatación de la realidad de las relaciones comerciales internacionales, su derecho, sus métodos y su sistema de justicia.

Las aspiraciones de regulación o de coordinación de las relaciones comerciales internacionales a través de los métodos del derecho internacional privado, el derecho del conflicto de derechos y jurisdicciones, el derecho de la territorialización, de la localización, de la “nacionalización” de los fenómenos internacionales de carácter privado, están siendo dejados en el pasado ante la nueva realidad de las relaciones comerciales internacionales, en la que no existen territorios, porque todo se juega en un mismo espacio global y universal, en el que los conflictos de derechos y jurisdicciones desaparecen ante la existencia de un derecho transnacional específico de las relaciones comerciales internacionales y un mecanismo transnacional de solución de controversias. El derecho del comercio internacional ha pasado a ser el objeto de una nueva disciplina⁸⁵ y el arbitraje comercial internacional un elemento de esa nueva disciplina.

17. La apreciación por parte del derecho de la realidad de las relaciones comerciales internacionales, de la internacionalización a la globalización, ha influido profundamente en el derecho del arbitraje comercial internacional. Si bajo un esquema de economía internacional se justificaba una apreciación del arbitraje comercial internacional a través de la perspectiva y los métodos del derecho internacional privado, bajo un esquema de economía globalizada se impone una apreciación del fenómeno a través de una perspectiva y unos métodos globales, verdaderamente internacionales, transnacionales.

La evolución del arbitraje comercial internacional de un fenómeno internacional regulado principalmente por un derecho nacional a un fenómeno internacional regulado por un derecho verdaderamente internacional, transnacional, puede apreciarse al constatar su emancipación de los métodos del derecho internacional privado y su reemplazo por métodos transnacionales⁸⁶, propios del mundo de las relaciones comercial internacionales, propios de la *lex mercatoria*. En este

⁸⁵ Philippe Fouchard, « La conception d’une nouvelle discipline », in *L’actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial, international et européen* (Dir. Philippe Fouchard et Louis Vogel), Editions Panthéon Assas, Paris, 2004. p. 21.

⁸⁶ Emmanuel Gaillard, “Thirty years of *lex mercatoria*: towards the selective application of transnational rules”, in *ICSID Review*, 1995, p. 208. – Emmanuel Gaillard, “Du bon usage du droit comparé dans l’arbitrage international » in *Revue de l’arbitrage*, N° 2, Litec, Paris, 2005, p. 375.

sentido, puede apreciarse que el método del conflicto de derechos, propio del derecho internacional privado, ha sido desplazado por el método de las reglas materiales, propio de la *lex mercatoria*, en todas las dimensiones del arbitraje comercial internacional. No es en vano que la aplicación de las reglas materiales transnacionales invoque la noción de autonomía: autonomía del derecho del arbitraje frente al orden jurídico constitucional y frente al orden jurídico internacional, autonomía del acuerdo de arbitraje internacional, autonomía del procedimiento arbitral internacional, autonomía del derecho aplicable al fondo de la controversia, autonomía del laudo arbitral internacional.

Pero resulta imposible limitarnos a constatar la existencia del derecho transnacional del arbitraje comercial internacional, sin referirnos a su coherencia.

2. La coherencia del derecho autónomo del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

18. La superación de las fronteras territoriales, la renuncia a la fragmentación del espacio comercial internacional en territorios nacionales promovida por el fenómeno de la globalización de las relaciones comerciales internacionales, su orden jurídico, la *lex mercatoria*, y su método de las reglas materiales transnacionales, ha asestado un duro golpe al “corazón del derecho internacional privado”⁸⁷, el método conflictual, el método de la negación del derecho internacional. Esto naturalmente se ha reflejado en materia de arbitraje comercial internacional. Como bien lo señala Thomas Clay, “el derecho internacional privado es el derecho del conflicto (conflicto de leyes o conflicto de jurisdicciones), mientras que el arbitraje es la negación de este tipo de conflictos, es el derecho de las reglas materiales que sobrepasan esos conflictos, es el derecho transnacional por excelencia”⁸⁸.

Así pues, el derecho del arbitraje comercial internacional ha superado las fronteras geográficas y jurídicas, ha dejado atrás las concepciones territorialistas propias del método conflictualista del derecho internacional privado, venciendo los factores de conexión que pretendían anclarlo, en contra de su naturaleza transnacional, en el orden jurídico del lugar donde se desarrollaba el arbitraje, en el orden jurídico de la sede del arbitraje, en el orden jurídico estatal de la sede del arbitraje. Las antiguas concepciones del arbitraje comercial internacional, concebidas por la escuela del derecho internacional privado veían en la sede del arbitraje, el factor de conexión esencial que delimitaría el ámbito de aplicación de la *lex arbitri*, la “ley del arbitraje”, constituida por el derecho nacional con vocación a aplicarse al arbitraje comercial internacional⁸⁹. Esa *lex arbitri* se tendría que aplicar de forma imperativa reduciendo la autonomía de las partes a lo que ésta permitiera. Esta concepción territorialista del arbitraje comercial internacional, contraria a su naturaleza transnacional, exponía el arbitraje no sólo a los particularismos locales de los distintos derechos nacionales sino al intervencionismo de los tribunales estatales⁹⁰. Naturalmente, bajo esta concepción, el arbitraje comercial internacional no pudo desarrollarse sino a través de algunas pocas sedes, en las que el derecho y los tribunales eran favorables al arbitraje.

⁸⁷ Yves Loussouarn, Pierre Bourel, Pacal de Vareilles-Sommieres, *Droit international privé*, 8^e édition, Dalloz, 2004, p. 62, n^o 62.

⁸⁸ Thomas Clay, “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?” En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales* (Coor. Fernando Mantilla-Serrano), Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2006, p. 194. – Thomas Clay, « Le siège de l’arbitrage international entre “ordre” et “progreso” », será publicado próximamente, en portugués, en la *Revista Brasileira de Arbitragem. Contra*, Sébastien Besson, « L’importance du siège de l’arbitrage », in *Revista Brasileira de Arbitragem*, N^o 13, São Paulo, 2007, p. 107.

⁸⁹ Sobre la noción “ley del arbitraje”. Ver, Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, Bruxelles/Paris/Genève, 2002, p. 83, n^o 112.

⁹⁰ Emmanuel Gaillard, « L’interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l’arbitrage », in *Autour de l’arbitrage, Liber amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, p. 83.

19. De este modo, el concepto de *lex arbitri*, la “ley del arbitraje”, paralelismo concebido por el derecho internacional privado del concepto de *lex fori*, la “ley del foro”, ha ido desapareciendo en estos tiempos en los que el derecho del arbitraje comercial internacional ha tomado distancia de los métodos del derecho internacional privado. El concepto de “sede del arbitraje” ha perdido todo el contenido construido a través de los métodos del derecho internacional privado, al punto de que hoy en día podemos preguntarnos si todavía es relevante para algo⁹¹. No podría ser de otra manera, el concepto de “sede” del arbitraje no era sino un sustituto, en materia de arbitraje, del concepto de “foro” del derecho internacional privado, el cual implica una localización estatal y la aplicación de las normas imperativas y de procedimiento del Estado⁹², cuestiones incompatibles con la naturaleza transnacional del arbitraje comercial internacional. El árbitro del comercio internacional, a diferencia de un juez estatal, no tiene un foro, o de forma más precisa, no tiene un foro nacional⁹³. El árbitro del comercio internacional tiene, como diría Berthold Goldman, “un foro que como aquel de las novelas de Balzac es el universo”⁹⁴.

Según la fórmula de Matthieu de Boissésou, “la sede ya no es un foro. El foro se ha desmaterializado. Se ha, en cierto modo, desplazado de un espacio material, el de un territorio, hacia un espacio simbólico, el del consentimiento de las partes”⁹⁵. La renuncia a territorializar, a localizar el fenómeno internacional del arbitraje comercial internacional, tiene naturalmente un número de consecuencias muy precisas que tocan el régimen de la institución resaltando toda su especificidad, toda su inteligencia, toda su coherencia. Retomando los argumentos de Philippe Fouchard, precisamente el hecho de no acordar ninguna prioridad a la aplicación del derecho de la sede del arbitraje, es lo que permite establecer los principios fundamentales aplicables a las cuatro etapas que suelen distinguirse cuando se habla del régimen del arbitraje comercial internacional⁹⁶. En este sentido, ni el acuerdo de arbitraje, ni el procedimiento arbitral, ni las reglas de derecho aplicables al fondo del litigio, ni el laudo arbitral internacional se encuentran sometidos al método conflictual del derecho internacional privado⁹⁷. Por el contrario, el acuerdo de arbitraje se rige por reglas materiales propias al arbitraje internacional, encargadas esencialmente de constatar la existencia del consentimiento al arbitraje y su conformidad con el orden público transnacional; el procedimiento arbitral es determinado por la voluntad de las partes, naturalmente respetando las garantías fundamentales de buena justicia; las reglas de derecho aplicables al fondo del litigio, son aquellas designadas por las partes o, a falta de elección, las escogidas por el árbitro sin necesidad de recurrir a las leyes de la sede ni a sus normas de conflicto, y; el control del laudo arbitral internacional se hace bajo los mismos estándares, sin

⁹¹ Thomas Clay, “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?” En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales* (Coord. Fernando Mantilla-Serrano), Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2006, p. 193.

⁹² Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 212, n° 258.

⁹³ Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 213, n° 258.

⁹⁴ Berthold Goldman: intervención después de la comunicación de Pierre Mayer sobre « Les lois de police », Comité français de droit international privé, 23 novembre 1985, Journée commémorative du Cinquantenaire, Travaux du Comité français de Droit international privé, 1988, p.117, citado por Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 213, n° 258.

⁹⁵ Matthieu de Boissésou, “Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international”, in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, citado por Thomas Clay, *L'arbitre*, Préface de Philippe Fouchard, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. 213, n° 258.

⁹⁶ Philippe Fouchard, « Discussion de l'exposé du professeur Jean-François Poudret («L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé») », in *Revue internationale de droit comparé*, N°1, Société de législation comparé, 2004, p. 151.

⁹⁷ Philippe Fouchard, « Discussion de l'exposé du professeur Jean-François Poudret («L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé») », in *Revue internationale de droit comparé*, N°1, Société de législation comparé, 2004, p. 151.

importar el país en el que se haya emitido, sin importar que se haga en el marco de un proceso de anulación o de ejecución⁹⁸.

La coherencia del derecho del arbitraje comercial internacional se encuentra estrechamente ligada a su naturaleza transnacional. De este modo, poco a poco ha ido desapareciendo la exclusividad de las buenas sedes (París, Ginebra, Nueva York...). Las sedes ahora se multiplican y los arbitrajes comerciales internacionales empiezan a desarrollarse sin mayores problemas en lugares en los que antes era simplemente imposible. En un espacio comercial universal, globalizado, es inaceptable hablar de sedes buenas y sedes malas. La coherencia, una de las grandes virtudes del derecho transnacional del arbitraje comercial internacional, se traduce en el hecho de que ha convertido el universo en una gran sede favorable al arbitraje. Es por ello que un arbitraje comercial internacional, bien sea que se desarrolle en París o en Caracas, en Ginebra o en Rio de Janeiro, en Nueva York o en Bogotá, se realizará siguiendo los mismos parámetros, aplicando el mismo derecho y respetando los mismos valores.

Una vez desarrollados los aspectos de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional, no queda sino analizar sus implicaciones.

II. Las implicaciones de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional

20. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional tiene unas implicaciones de gran importancia, apreciables tanto en sus relaciones con el derecho constitucional (A), como con la justicia constitucional (B).

A. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al derecho constitucional

21. Para apreciar la dimensión de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente al derecho constitucional parece conveniente analizar, por un lado, lo que implica esa autonomía frente a las normas constitucionales (1) y, por el otro, la posición de las normas constitucionales frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional (2).

1. La autonomía del arbitraje comercial frente a las normas constitucionales

22. La necesidad de plantear la cuestión de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente a las normas constitucionales se debe a las aspiraciones de algunos constitucionalistas a que los árbitros del comercio internacional se sometan al derecho constitucional. Esta pretensión de sometimiento del arbitraje comercial internacional, detrás de expresiones como, por ejemplo, “que los árbitros deben asegurar la integridad de la Constitución”, implicaría que los árbitros del comercio internacional tendrían la obligación de aplicar imperativamente las normas constitucionales como si se tratara de un juez estatal. Esta no es sino una de las consecuencias de

⁹⁸ Philippe Fouchard, « Discussion de l'exposé du professeur Jean-François Poudret («L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé») », in *Revue internationale de droit comparé*, N°1, Société de législation comparée, 2004, p. 151.

la concepción de los constitucionalistas del árbitro del comercio internacional como una especie de delegado de la “función constitucional” de administrar justicia. Esto por considerar erróneamente que la función jurisdiccional es, por su naturaleza, una función pública, debido a su incapacidad de distinguir entre el aspecto funcional de la jurisdicción de su aspecto orgánico.

La esencia de la actividad jurisdiccional no se encuentra determinada por la naturaleza jurídica del órgano que la ejerce, sino por la actividad en sí, por su razón de ser, por su dimensión funcional, es decir, la solución por una persona neutral, bien sea un árbitro o un juez, de las controversias entre dos o más personas⁹⁹. El árbitro del comercio internacional es una persona neutral investida del poder de tomar una decisión de carácter vinculante en virtud de la voluntad de las partes. El árbitro del comercio internacional no es un delegado de ninguna función constitucional, ni es un órgano del Estado, ni emite sus laudos en nombre de ningún Estado, ni en nombre del pueblo de ningún Estado. El árbitro del comercio internacional se encuentra vinculado a las partes por un contrato, el contrato de árbitro, su misión jurisdiccional encuentra sus términos y sus límites en ese contrato. Su obligación de dictar un laudo definitivo que ponga fin a la controversia es de naturaleza contractual y lo emite en virtud del consentimiento de las partes. El árbitro del comercio internacional ni es un juez estatal, ni funciona como un juez estatal, ni es asimilable a un juez estatal. El árbitro del comercio internacional no tiene ninguna obligación de aplicar las normas constitucionales de ningún Estado, porque las normas constitucionales no forman parte del contenido contractual al que sí se encuentra sometido.

23. El árbitro del comercio internacional no tiene la obligación de aplicar las normas constitucionales, pero la ausencia de una obligación de hacerlo no implica que no pueda tomarlas en consideración si lo encuentra apropiado. La discusión es parecida, *mutatis mutandis*, al debate que se plantea en materia de aplicación de normas imperativas por los árbitros del comercio internacional¹⁰⁰. Las normas imperativas, concebidas dentro del método conflictual del derecho internacional privado, son aquellas normas que por su carácter especialmente imperativo deben aplicarse de forma inmediata evitando la aplicación de la norma de conflicto. Estas normas imperativas, “puntas de lanza del autoritarismo estatal”¹⁰¹, son aquellas “cuya observación es necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica de un país”¹⁰². Ampliando la noción y extrayendo su sustancia, su aspecto funcional, son aquellas cuya observación es necesaria para salvaguardar o preservar un orden jurídico. Llevando esta apreciación funcional al debate sobre la aplicación del árbitro del comercio internacional de las normas constitucionales, considerando las normas constitucionales como normas imperativas, llegaríamos a la misma conclusión: los árbitros del comercio internacional no tienen ninguna obligación de aplicar las normas constitucionales. Los árbitros del comercio internacional no están llamados ni a preservar ni a salvaguardar el orden jurídico constitucional, eso es trabajo de los jueces constitucionales. Pero hay otro argumento que nos permite llegar a la misma conclusión bajando la discusión de las nubes de los antiguos conceptos del derecho internacional privado, superados por el derecho del arbitraje comercial internacional: los árbitros del comercio internacional no son los destinatarios de las normas constitucionales.

⁹⁹ Dominique d’Ambra, *L’objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Préface de Georges Wiederkehr, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, LGDJ, Paris, 1994, p. 313. – Isabelle Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution a une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Préface de Michel Troper, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2005, p. 107, n° 123.

¹⁰⁰ Yves Derains, « Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 29. - Pierre Mayer, “Mandatory rules of law in international arbitration” in *Arbitration International*, Volume 2, N° 4, 1986, p. 274. - Christophe Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001.

¹⁰¹ Pierre Mayer, « Préface » à la thèse de Christophe Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2001, p. X.

¹⁰² Phocion Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », in *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1966, p. 1.

El mandato constitucional de aplicación de las normas constitucionales está dirigido a los jueces estatales, no a los árbitros del comercio internacional. Esto por la razón que mencionábamos anteriormente, los árbitros del comercio internacional no tienen la vocación de preservar o salvaguardar el orden jurídico constitucional. La discusión es similar a la que se presenta en materia de aplicación de las convenciones internacionales por el árbitro del comercio internacional¹⁰³. Las convenciones internacionales crean obligaciones internacionales que vinculan a los Estados que las han celebrado o que se han adherido a ellas. En principio, los árbitros del comercio internacional, por no ser órganos de ningún Estado, no se encuentran obligados a aplicar las convenciones internacionales. Los árbitros del comercio internacional no son los destinatarios de las obligaciones convencionales que surgen de las convenciones internacionales. Sin embargo, el hecho de no estar obligados a aplicar las convenciones internacionales, no implica que estos no puedan tomarlas en consideración a la hora de solucionar alguna controversia relativa al comercio internacional. La toma en consideración de las convenciones internacionales por el árbitro del comercio internacional, se llevará a cabo a través del método de las reglas materiales transnacionales propio de la *lex mercatoria*. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La eventual consideración del árbitro del comercio internacional de alguna norma constitucional será apreciada a través del método de las reglas materiales transnacionales propio de la *lex mercatoria*. No se trata ni de una aplicación directa de una norma constitucional ni, menos todavía, de una especie de control difuso de la constitucionalidad ejercido por el árbitro del comercio internacional.

La salvaguarda del orden jurídico constitucional no le compete a los árbitros del comercio internacional. Tampoco es algo que les interese. Pero sobre esto volveremos más adelante. Por los momentos enfoquémonos en la posición de las normas constitucionales frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional.

2. Las normas constitucionales frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional

24. El derecho constitucional latinoamericano sufre, en los actuales momentos, las consecuencias de un proceso inflacionario que todavía no termina, y que no afecta únicamente la aplicación del derecho del arbitraje comercial internacional por parte de los jueces estatales, sino la totalidad del derecho privado¹⁰⁴. Las constituciones latinoamericanas no sólo contienen las normas que regulan la forma de creación del derecho estatal y la organización del Estado, funciones esenciales del constitucionalismo kelseniano¹⁰⁵, también han consagrado listados interminables de derechos, unos fundamentales, otros no tan fundamentales y otros que son todo menos fundamentales. Este fenómeno tiene, al menos, dos explicaciones. Por un lado, la mayoría de las constituciones latinoamericanas vigentes son relativamente recientes y se han contagiado de la idea de incluir derechos fundamentales como derechos constitucionales. Por el otro, las nuevas constituciones latinoamericanas o sus grandes reformas, han surgido como consecuencia de procesos políticos más o menos complejos (caída de dictaduras, surgimiento de movimientos caudillistas, revoluciones, etc) que han convertido los textos constitucionales en interminables catálogos de promesas políticas. El número de artículos y la extensión de los textos constitucionales de Brasil, Colombia y Venezuela¹⁰⁶ no es sino una muestra de un fenómeno

¹⁰³ Pierre Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Lousouarn*, Dalloz, Paris, 1999, p. 275.

¹⁰⁴ Christian Larroumet (Dir.), *Constitucionalización del Derecho Privado*, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains - Universidad Externado de Colombia – Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

¹⁰⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1999. p. 224.

¹⁰⁶ ¡250 artículos en Brasil, 380 en Colombia y 350 en Venezuela!

agravado aún más por la influencia del constitucionalismo en América Latina. Es de esta manera que el arbitraje y, de forma más general, el derecho privado, llega a los textos constitucionales y al discurso constitucional.

La incorporación de derechos fundamentales en los textos constitucionales ha tenido un impacto importante en la teorización sobre el derecho constitucional. En este sentido, los constitucionalistas, han incorporado en el derecho constitucional todo el bagaje filosófico de la teoría de los derechos fundamentales, en especial, la supremacía de los derechos fundamentales y su efecto inmediato¹⁰⁷, creando una especie de superderecho constitucional, supersupremo y con efectos superinmediatos canalizados a través del concepto de derechos subjetivos constitucionales. Bajo esta concepción, contraria a la estructura piramidal del derecho estatal propuesta por Kelsen¹⁰⁸, la ley formal sería desplazada por la Constitución¹⁰⁹, el principio de legalidad desplazado por el principio de constitucionalidad¹¹⁰ y la aplicación de la ley formal sería desplazada por la aplicación directa de las normas constitucionales¹¹¹. Ciertamente, el constitucionalismo es una corriente de pensamiento¹¹² que aunque pueda ser profundamente criticada en todos sus frentes, especialmente por el hecho de haber sido concebida en un laboratorio teórico sin exposición al impacto real de la justicia constitucional¹¹³, no debe confundirse con los falsos militantes del constitucionalismo que simplemente aplican directamente las normas constitucionales por ignorancia del derecho de rango legal o internacional¹¹⁴. En todo caso, este fenómeno se encuentra al origen de un desorden jurídico inaceptable que ha permitido que el derecho constitucional, sus principios y sus interpretaciones encuentren una aplicación directa en materia de arbitraje, en perjuicio de las leyes internas sobre arbitraje comercial internacional y los tratados internacionales que interesan la materia.

25. Pero respetar la Constitución no implica aplicar sus disposiciones de forma directa pasándose por encima todo el marco regulatorio de rango infraconstitucional o supraconstitucional. Sería absurdo sostener, por ejemplo, que la supremacía constitucional implica la creación, sobre la base de la Constitución, de un derecho paralelo y concurrente al derecho de rango legal dentro del orden jurídico estatal con vocación a regular las mismas

¹⁰⁷ Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7e édition refondue, PUF, Paris, 1989, p. 189, n° 135 – Louis Favoreau, *Droit des libertés fondamentales*, 3^e édition, Précis, Dalloz, Paris, 2005, p. 126, n° 147.

¹⁰⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1999, p. 224.

¹⁰⁹ Louis Favoreau, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, p. 41.

¹¹⁰ Louis Favoreau, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, p. 41.

¹¹¹ Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p. 703.

¹¹² Pilotada principalmente por Louis Favoreau (« *Droit constitutionnel*, Précis, 8^e édition, Dalloz, Paris, 2005) – « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, Paris, p. 41. – « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », in *Revue française de droit constitutionnel*, N° 1, 1990, p. 86.), seguida, entre otros, por Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (*Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 2004 – *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998).

¹¹³ El constitucionalismo es una corriente doctrinal de origen francés que, entre otras cosas, utiliza como ejemplo base para sus desarrollos el sistema de justicia constitucional del *judicial review* del derecho de los Estados Unidos de América. Pero lo cierto, es que el orden jurídico francés no conoce la justicia constitucional, por lo que en Francia nunca se ha podido medir el impacto real de la pretendida “activación” de la Constitución. La doctrina francesa está al tanto de esto. Recientemente Nicolas Molfessis escribió que “El orden jurídico [francés] no está adaptado a la constitucionalización del derecho”. Ver, Nicolas Molfessis, “L’irrigation du droit par les décisions du Conseil Constitutionnel”, in *Pouvoirs*, Tome 105, Paris, Dalloz, 2003, p. 100.

¹¹⁴ No es extraño encontrar que algunos jueces constitucionales redacten largas sentencias intentando disimular su ignorancia sobre aspectos técnicos del derecho privado, decorando una opinión más o menos razonada con dos o tres normas o principios constitucionales. Por ejemplo, un juez constitucional latinoamericano, declaró recientemente que las cláusulas resolutorias son inconstitucionales porque constituyen una usurpación de las funciones del Poder Judicial. Curiosamente, en la sentencia ni siquiera se menciona qué es una cláusula resolutoria.

situaciones. La supremacía constitucional, es una decisión de naturaleza política que tiene una finalidad muy específica y muy seria: poner orden. Orden en la organización del aparato estatal, orden en el proceso de creación de las normas jurídicas estatales. El propio Kelsen estaba convencido de esto al hablar de la supremacía constitucional y construir el orden jurídico estatal en forma de pirámide con la Constitución en la cúspide¹¹⁵. Por eso no es extraño escuchar que la supremacía constitucional no es más que un mito, por el hecho de que la Constitución no es verdaderamente suprema sino que simplemente es tratada como si fuera suprema¹¹⁶. Con esto no buscamos rechazar el principio de la supremacía constitucional. Por el contrario, buscamos reivindicarlo y volver a llenarlo de contenido. La inflación del derecho constitucional sólo lo ha devaluado, lo ha vulgarizado, convirtiéndolo en un derecho más. En un sistema en el que todos los derechos son supremos, ningún derecho es verdaderamente supremo. La supremacía constitucional viene dada por el hecho de que las normas de rango legal deben estar conforme a sus preceptos, no por la aplicación directa de sus disposiciones.

La idea de poner orden detrás del principio de la supremacía constitucional no se aprecia únicamente desde el punto de vista de la organización del derecho estatal, sino también en la medida en que permite establecer las relaciones de relevancia entre el orden jurídico constitucional del Estado con los distintos órdenes jurídicos, internacionales, anacionales, etc. Decía Santi Romano que “para que haya relevancia jurídica, es necesario que la existencia, el contenido o la eficacia de un orden sea conforme a las condiciones creadas por el otro”¹¹⁷. Desde esta perspectiva, puede entenderse perfectamente las relaciones entre el orden jurídico constitucional del Estado y la *lex mercatoria*. Las relaciones de relevancia entre ambos órdenes jurídicos autónomos (constitucional y *lex mercatoria*) existen en la medida en que ambos reconocen, bajo ciertas condiciones, la existencia, el contenido y la eficacia del otro. Por un lado, la *lex mercatoria* reconoce, bajo ciertas condiciones, la existencia, el contenido y la eficacia del orden jurídico constitucional. Por ello es que, por ejemplo, la *lex mercatoria* reconoce al árbitro del comercio internacional la potestad para analizar las normas constitucionales y extraer sus reglas materiales con vocación universal para alimentar la noción de orden público transnacional. Por el otro, a su vez, el orden jurídico constitucional reconoce, bajo ciertas condiciones, la existencia, el contenido y la eficacia de la *lex mercatoria*. Es por esto que el orden jurídico constitucional, bajo ciertas condiciones, está dispuesto a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales internacionales. Las condiciones impuestas por el orden jurídico constitucional, para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales no son otras que las previstas en los tratados internacionales que ha ratificado y su legislación interna con vocación a aplicarse a los arbitrajes comerciales internacionales. En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales la cuestión es muy clara. El orden jurídico constitucional, al ratificar la Convención de Nueva York y por disposición expresa de este tratado, está dispuesto a aplicar, a través de sus tribunales estatales, las normas previstas en ese tratado internacional sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional, a menos que su derecho estatal sea más favorable a la eficacia del laudo arbitral internacional.

¹¹⁵ En este sentido, Kelsen escribía que “Como venimos de decirlo, la norma que constituye el fundamento de validez de otra norma es en relación a ésta una norma superior. Pero es imposible que la búsqueda del fundamento de la validez de una norma se lleve al infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Ella debe terminar necesariamente con una norma que supondremos última y suprema... la norma suprema no puede ser sino *supuesta*... Nosotros llamaremos una norma de este tipo, una norma supuestamente suprema: la norma fundamental (*Grundnorm*)”. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1999. p. 194.

¹¹⁶ Michel Troper, « La suprématie de la constitution », in *Utopies, Entre droit et politique, Études en hommage à Claude Couvoisier*, Editions Universitaires de Dijon, Dijon, 2005, p. 259.

¹¹⁷ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Réédition présentée par Pierre Mayer, Dalloz, Paris, 2002, p. 106.

El arbitraje comercial internacional es autónomo frente al derecho constitucional. También lo es frente a la justicia constitucional.

B. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a la justicia constitucional

26. Para apreciar la dimensión de la autonomía del arbitraje comercial internacional frente a la justicia constitucional parece conveniente, contrastar, por un lado, lo que implica esa autonomía frente a los mecanismos de la justicia constitucional (1) y, por el otro, la relación de esos mecanismos frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional (2).

1. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a los mecanismos de la justicia constitucional

27. La consecuencia lógica del hecho de que el árbitro del comercio internacional es autónomo frente al derecho constitucional implica necesariamente que es igualmente autónomo frente a la justicia constitucional. Sin embargo, la complejidad del “modelo latinoamericano”¹¹⁸ de justicia constitucional amerita profundizar el argumento. Los países latinoamericanos han concebido originales sistemas de control de la constitucionalidad que deben ser reseñados brevemente. Por un lado, la mayoría de los países han adoptado el sistema de *control concentrado de la constitucionalidad* de las leyes, a imagen del Modelo Europeo de Cortes o Tribunales constitucionales, un control de carácter abstracto, ejercido *a priori* y por vía de acción y cuyas decisiones gozan de efectos *erga omnes*¹¹⁹. Por el otro, han adoptado igualmente el sistema de *control difuso de la constitucionalidad*, a imagen del *judicial review* norteamericano, en el que todos los jueces son a su vez jueces de la legalidad y jueces de la constitucionalidad, que se ejerce *a posteriori* y por vía de excepción y cuyas decisiones no gozan sino de un efecto *inter partes*. Adicionalmente, los países de la región han adoptado una vía de acción directa para la protección de los derechos constitucionales contra los actos u omisiones de las autoridades del Estado (control vertical), o incluso, contra las personas privadas (control horizontal). Es esta última vía de acción lo que se conoce como amparo constitucional.

Pero los árbitros del comercio internacional se encuentran al margen de la justicia constitucional, no la ejercen ni se encuentran en contacto con ella. La cuestión es evidente en materia de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Los árbitros del comercio internacional no son órganos del Estado, menos aún Tribunales constitucionales especializados. El argumento no es otro que el de la fuerza de la evidencia. Sin embargo, la situación pareciera no estar tan clara en cuanto al control difuso de la constitucionalidad de las leyes. En este sentido, entre nosotros, el jurista argentino Roque J. Caivano ha propuesto el debate sobre si los árbitros pueden o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes¹²⁰. En su análisis, y después de estudiar las normas sobre el control difuso de la constitucionalidad en Argentina y algunas sentencias judiciales afirma que “no existe norma ni principio jurídico alguno que se oponga a

¹¹⁸ Los países de América latina han creado su propio modelo de justicia constitucional, una mezcla del sistema europeo y del sistema norteamericano del control de la constitucionalidad, con algunas variaciones y con algunas originalidades como el amparo constitucional. Ver, Michel Fromont, *La justice constitutionnel dans le monde*. Dalloz, París, 1996, p. 27. – Patricio Navia and Julio Ríos-Figueroa, «The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America», in *Comparative Political Studies*, Volume 38, N° 2, Sage Publications, 2005, p. 189.

¹¹⁹ Sobre el sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes en América Latina. Ver, Humberto Nogueira Alcalá, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

¹²⁰ Roque J. Caivano, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 107.

que los árbitros puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión”¹²¹. El debate fue seguido en Perú por Jorge Santistevan de Noriega quien, si bien al principio se declaraba “reacio” a la idea del control difuso en manos de los árbitros, afirma que “conforme a la evolución reciente de la interpretación constitucional debe reconocérsele la facultad de los árbitros para aplicar, *mutandis mutandis*, reglas similares a las que el TC [Tribunal Constitucional] ha determinado para el ejercicio del control difuso...”¹²². Pero estas conclusiones no son satisfactorias para nosotros por, al menos, dos motivos esenciales. En primer lugar, porque las normas sobre el control difuso están dirigidas a los jueces estatales, nunca a los árbitros. Los árbitros tampoco pueden caer en el error de creerse jueces constitucionales. Estarían violando los términos de su misión contractual. En segundo lugar, porque consideramos que el debate no se ha planteado en los mejores términos. En este sentido, para nosotros la cuestión no es determinar si los árbitros pueden o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino la de determinar y analizar la sensibilidad de los árbitros ante un planteamiento de inconstitucionalidad. En esta línea de ideas, consideramos que el árbitro del comercio internacional puede no ser completamente indiferente ante algún planteamiento de inconstitucionalidad. Sin embargo, su apreciación de la controversia se realizará a través del método de las reglas materiales transnacionales, un método completamente distinto al del control difuso de la constitucionalidad que ejercen los jueces estatales. Si lo considera conveniente, el árbitro del comercio internacional podrá analizar el grado de antijuridicidad de la norma en cuestión y su compatibilidad o no con el orden público transnacional. Pero no más que eso. Es por esto que insistimos con vehemencia que el árbitro del comercio internacional no está llamado a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

28. Ha quedado establecido que el árbitro del comercio internacional no está llamado a ejercer ningún tipo de control de la constitucionalidad sobre ninguna norma. Queda entonces por determinar cuál es la situación del árbitro del comercio internacional frente al amparo constitucional latinoamericano. El amparo constitucional latinoamericano tiene sus orígenes en la reforma de 1847 de la Constitución mexicana de 1824, en la cual quedó establecido que “Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”¹²³. En términos generales, el amparo constitucional latinoamericano, bajo la influencia de la teoría de los derechos humanos, ha pasado a ser una acción judicial para la protección de los derechos constitucionales en su más amplio sentido¹²⁴, que se tramita a través de un breve procedimiento sumario y puede ser intentada por cualquier persona sin importar su nacionalidad o su capacidad jurídica¹²⁵. Al principio, como puede apreciarse en el antecedente mexicano, el amparo constitucional fue concebido para proteger a las personas de las autoridades públicas, para protegerlos de los excesos de poder del Estado. Esta sigue siendo la tendencia en algunos países

¹²¹ Roque J. Caivano, “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 137.

¹²² 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 arbitral *in toto*”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Grijley, Lima, 2007, p. 42.

¹²³ Rafael Chavero Gazdik, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001. p. 16.

¹²⁴ Debe recordarse también que en los textos constitucionales latinoamericanos es frecuente encontrar cláusulas constitucionales abiertas que permiten protección constitucional de derechos fundamentales que no estén expresamente consagrados en el texto constitucional.

¹²⁵ Allan Brewer-Carías, *The latin american “amparo”, A general overview*, unpublished, p. 15

en los que está excluida la posibilidad de ejercer esta acción contra las personas privadas¹²⁶, a diferencia de tantos otros que admiten esta posibilidad contra cualquier persona privada¹²⁷ y otros que lo permiten contra algunas categorías de personas¹²⁸. Algunos comparatistas destacan las características que lo unen a los mecanismos existentes en algunos países europeos para la protección de derechos constitucionales¹²⁹, pero a nuestros efectos interesa destacar sus similitudes con el mecanismo anglosajón del *injunction*, medidas típicas de los sistemas del *common law*, pero que han logrado infiltrarse en los países latinoamericanos, tradicionalmente países de derecho civil, a través del mecanismo de las medidas cautelares innominadas, pero también, y muy especialmente, a través del amparo constitucional.

Esta similitud del amparo constitucional latinoamericano con el *injunction* anglosajón reviste una importancia mayor en materia de arbitraje comercial internacional. El amparo constitucional latinoamericano abriría las vías puertas para que una parte recalcitrante y hostil al arbitraje intente escaparse de los efectos obligatorios y obligacionales derivados del acuerdo de arbitraje por el simple hecho de alegar una violación constitucional. En este sentido, el amparo constitucional latinoamericano es un mecanismo capaz de traer a los arbitrajes comerciales internacionales con elementos latinoamericanos todo el bagaje cultural anglosajón de los *anti-suit injunctions*¹³⁰ y los consecuenciales *anti-arbitration injunctions*. En todo caso, la posibilidad de *anti-arbitration injunctions* a través de amparos constitucionales existe¹³¹. La situación no es la misma en aquellos países que limitan el ejercicio del amparo constitucional contra las autoridades del Estado que en los países en los que puede intentarse contra personas privadas. Los países que han restringido el recurso de amparo contra los actos de las autoridades han podido evitar hasta ahora la utilización del amparo constitucional para interferir en el arbitraje al menos de forma directa¹³². En los países en los que el amparo constitucional puede ejercerse contra las personas privadas es distinto. El amparo constitucional pudiera eventualmente dirigirse contra alguna de las partes que intervienen en el arbitraje o incluso contra los árbitros. Pero la situación debe plantearse en los mismos términos en los que se presenta el tema de los *anti-suit injunctions* en el arbitraje comercial internacional. La naturaleza constitucional de la acción no agrega ni resta nada al debate. En este sentido, como

¹²⁶ Es el caso de Brasil, El Salvador, Guatemala, México y Panamá. Ver, Allan Brewer-Carías, *The latin american "amparo", A general overview*, unpublished, p. 22

¹²⁷ Es el caso de Argentina, Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Allan Brewer-Carías, *The latin american "amparo", A general overview*, unpublished, p. 22.

¹²⁸ Es el caso de Colombia, Ecuador y Honduras. Allan Brewer-Carías, *The latin american "amparo", A general overview*, unpublished, p. 22.

¹²⁹ Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*. Dalloz, Paris, 1996, p. 30.

¹³⁰ Emmanuel Gaillard, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », in *Revue de l'arbitrage*, N°1, Paris, 2004, p. 47. – Emmanuel Gaillard (Editor), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI series on international arbitration, N° 2, Juris Publishing, Inc, 2005.

¹³¹ En el caso *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, un tribunal superior de Caracas, en el marco de un procedimiento de amparo constitucional emitió una orden dirigida, entre otros, a los miembros del tribunal arbitral, con el objeto de suspender los procedimientos. Sobre este caso, Ver, Horacio A. Grigera Naon, "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences", in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 335. – Alfredo De Jesús O., "La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano", en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, p. 63.

¹³² Por ejemplo, en México la situación pareciera estar contenida por los momentos por considerar que el árbitro no es una "autoridad responsable" a los efectos del juicio de amparo. Pero la cuestión se encuentra en plena discusión. Ver, Francisco González de Cossío, "El árbitro, ¿Autoridad responsable para el juicio de amparo?", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, p. 605. – James A. Graham, "La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 4, Thomsom, São Paulo, p. 100. La situación es parecida en Brasil, donde el mandato de seguridad, versión brasileira del amparo constitucional latinoamericano, pareciera estar contenido. Sin embargo, consideramos que la situación podría cambiar en cualquier momento. Ver, Arnoldo Wald y Rodrigo Garcia da Fonseca, "O mandato de segurança e a arbitragem", em *Revista Arbitragem e Mediação*, N° 13, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 11.

recuerda Emmanuel Gaillard, la regla en la materia es que está prohibido prohibir¹³³. Los árbitros del comercio internacional tienen el poder de determinar su propia competencia¹³⁴ y el deber de llevar a término su misión jurisdiccional. Como decía Philippe Fouchard, en un mundo ideal los tribunales estatales se abstendrían de dictar este tipo de medidas¹³⁵, pero ante ellas “la indiferencia es la mejor forma de proceder”¹³⁶. El árbitro del comercio internacional es autónomo frente al orden jurídico constitucional y, por ello, puede ignorar cualquier orden de suspender o terminar los procedimientos que pueda dirigirle cualquier tribunal estatal en el marco de un procedimiento de amparo constitucional.

Hemos visto que una de las consecuencias de la autonomía del arbitraje comercial internacional es evitar el contacto del árbitro del comercio internacional con los mecanismos de la justicia constitucional. Veamos la posición de la justicia constitucional frente a esa autonomía.

2. Los mecanismos de la justicia constitucional frente a la autonomía del arbitraje comercial internacional

29. Las relaciones entre los jueces estatales y los árbitros del comercio internacional suelen explicarse a través de las nociones de juez de apoyo y de juez de control del arbitraje. Por un lado, los jueces estatales apoyan a los árbitros del comercio internacional, remitiendo a las partes al arbitraje si alguna de ellas ha recurrido a ellos a pesar de la existencia aparente de un acuerdo de arbitraje, colaborando en materia de medidas cautelares, en materia probatoria, etc. Por el otro, los jueces estatales controlan a los árbitros del comercio internacional a través del control judicial del laudo arbitral internacional, a través del recurso de nulidad ante los tribunales de la sede del arbitraje o a través del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional. Dicho esto, debe determinarse el papel que juegan los jueces constitucionales en las labores de apoyo y control del arbitraje comercial internacional. En lo relativo a la función de apoyo del arbitraje es claro que los jueces constitucionales no juegan ningún papel. *Los jueces constitucionales no son los jueces de apoyo del arbitraje*. Esto por una razón muy sencilla. Los jueces constitucionales no son los jueces designados como jueces de apoyo del arbitraje por las leyes internas sobre arbitraje comercial internacional. En términos generales, los países latinoamericanos han designado a los tribunales con competencia en materia civil o comercial como jueces de apoyo del arbitraje. Esto se explica por la naturaleza del arbitraje comercial internacional. Sólo los tribunales estatales competentes en materia civil o comercial tienen los conocimientos técnicos necesarios para cumplir sus funciones de asistencia sin intervenir de forma ilegítima en los procedimientos arbitrales. Por los mismos motivos, la cuestión también es muy clara en cuanto a los jueces de control del arbitraje. *Los jueces constitucionales no son los jueces de control del arbitraje*. Sin embargo, la experiencia práctica latinoamericana hace necesario profundizar sobre este último aspecto.

¹³³ Emmanuel Gaillard, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », in *Revue de l'arbitrage*, N°1, Paris, 2004, p. 47.

¹³⁴ Pierre Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », in *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Tome 217, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1990, p. 319.

¹³⁵ Philippe Fouchard, “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies?”, in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (Editor. Emmanuel Gaillard), IAI series on international arbitration, N° 2, Juris Publishing, Inc, 2005, p. 154.

¹³⁶ Philippe Fouchard, “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies?”, in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (Editor. Emmanuel Gaillard), IAI series on international arbitration, N° 2, Juris Publishing, Inc, 2005, p. 156.

En algunos países latinoamericanos es posible impugnar una sentencia judicial por vía de amparo constitucional si se considera que ésta viola o atenta contra un derecho constitucional¹³⁷. Esto ha llevado a algunos constitucionalistas a interpretar que de la misma forma en que una sentencia judicial puede ser impugnada a través de un amparo constitucional, también lo puede ser un laudo arbitral. Al fin y al cabo, la sentencia judicial y el laudo arbitral tendrían en común el hecho de ser decisiones jurisdiccionales. Pero esto no es sino una muestra de la incompreensión de la especificidad del arbitraje comercial internacional por parte de algunos constitucionalistas. El derecho del arbitraje, tanto a nivel interno como internacional, ha previsto un único recurso contra los laudos arbitrales internacionales: el recurso de nulidad o anulación. Ese recurso de nulidad permite un control mínimo sobre el laudo arbitral internacional que impide la revisión de la controversia por el tribunal estatal. Se trata de un recurso altamente técnico diseñado para evitar que al ejercerse el control judicial sobre el laudo arbitral internacional, se desvirtúe uno de los objetivos del arbitraje comercial internacional: la exclusión de los tribunales estatales del conocimiento de la causa. En América Latina, lamentablemente la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional peruano han admitido la posibilidad de impugnar un laudo arbitral a través de un amparo constitucional, la primera a través de la figura de la “vía de hecho”¹³⁸, el segundo a través del concepto de “procedimiento irregular”¹³⁹. En Venezuela, la Sala Constitucional había mantenido una línea jurisprudencial según la cual los laudos arbitrales internacionales podían ser impugnados a través de un amparo constitucional¹⁴⁰. Sin embargo, esta línea fue revertida a través de un interesante voto salvado de la Presidenta de la Sala¹⁴¹ que motivó una sentencia, de un Tribunal Superior de Caracas, en la cual se declaró la improcedencia *in limine litis* de una solicitud de amparo constitucional bajo el argumento de que el amparo constitucional no es el medio idóneo para impugnar un laudo arbitral internacional¹⁴². La argumentación del

¹³⁷ Es el caso de Colombia, Honduras, Guatemala, México, Panamá y Venezuela. Ver, Allan Brewer-Carías, *The latin american “amparo”, A general overview*, unpublished, p. 24.

¹³⁸ En el derecho colombiano, la “vía de hecho” es una “arbitrariedad que desconoce el debido proceso”. Esto ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a establecer que “cuando alguna de las partes de un proceso arbitral considere que en su caso el Tribunal de Arbitramento incurrió en una arbitrariedad que desconoce el debido proceso y ésta no encuadre dentro de las causales de los recursos existentes; procederá la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente”. Ver, Lorenzo Villegas-Carrasquilla, “La acción de tutela ¿Un nuevo mecanismo de revisión de laudos arbitrales en Colombia? Comentarios a la Sentencia T-920 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana”, en *Revista de Arbitragem e Mediação*, N° 7, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 324.

¹³⁹ En el derecho peruano, la noción de “procedimiento irregular”, contraria a la de “procedimiento regular” a la que se refiere el Artículo 6° de la Ley N° 23.506 (“No proceden las acciones de garantía... contra resolución judicial emanada de procedimiento regular”), simplemente denota un procedimiento en el que no se han respetado los derechos procesales de rango constitucional. El empleo de esta noción en materia de arbitraje ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que en materia de “laudos de la jurisdicción arbitral, no será viable articular una garantía constitucional tratándose de laudos derivados de proceso o procedimiento regular. En el segundo caso, en cambio, sí será pertinente el uso de las garantías constitucionales al tratarse de laudos emitidos tras procesos o procedimientos arbitrales manifiestamente irregulares”. Tribunal Constitucional (Perú), Sentencia del 26 de octubre de 1999, *Pesquera Rodga, S.A. c/ Naves Industriales S.A.*

¹⁴⁰ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Elettronica Industriale, S.p.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz - Sentencia N° 2.635 del 19 de noviembre de 2004, *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán – Ver comentario de Alfredo De Jesús O., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, p. 63.

¹⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional/N° 174, 14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc.*, en *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*.15.2006. Obs. A De Jesús O. – en *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*.23.2006. Nota A. De Jesús O. – Alfredo De Jesús O. “Court upholds Right of Review of International Arbitral Award Through Motion of Amparo Constitucional”, in *Institute for Transnational Arbitration Monthly Report* (Editors, Roger Alford and Seem Maleh), May 2006, available at <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

¹⁴² Juzgado Superior Sexto, 9 de junio de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen-Dazs International Shoppe Company, Inc.*, en *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*.17.2006. Obs. A. De Jesús O. – Alfredo De Jesús O. “An Amparo Constitucional is not the Proper Recourse Against an Arbitral Award”, in *Institute for Transnational Arbitration Monthly*

voto salvado se fundamentó en el hecho de que existía un recurso específico para la impugnación y que no se podía utilizar un amparo constitucional para desconocer y evitar la aplicación del derecho del arbitraje de rango legal e internacional¹⁴³. Sería deseable que en el futuro la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Perú cierren las puertas a una institución innecesaria que lo único que hace es demostrar su hostilidad frente al arbitraje. Igualmente esperamos que la Sala Constitucional venezolana se alíne con las posiciones de su Presidenta y de los tribunales superiores, especialmente por ser un tema que ridiculiza a las jurisdicciones latinoamericanas ante la evolución del derecho del arbitraje comercial internacional. Mientras las tendencias modernas de los países desarrollados favorecen la eliminación del recurso de nulidad¹⁴⁴ o la limitación de los efectos de la sentencia de anulación¹⁴⁵, los jueces constitucionales latinoamericanos insisten en crear nuevas vías de impugnación de los laudos arbitrales.

30. Evidentemente, ante la imposibilidad de intentar un recurso de amparo constitucional contra un laudo arbitral internacional surgirán las preocupaciones de algunos constitucionalistas. Esa preocupación, por cierto muy justificada, los llevará a preguntarse cómo es posible que un laudo arbitral que viole la Constitución pueda ser ejecutado por los tribunales estatales. Pero esto tiene una explicación de fondo y es que el concepto de “laudo arbitral inconstitucional” al que hacen referencia las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina¹⁴⁶, del Tribunal Constitucional peruano¹⁴⁷ y de la Sala Constitucional venezolana¹⁴⁸ no es sino un falso

Report (Editors, Roger Alford and Seem Maleh), August 2006, available at <<http://www.kluwerarbitration.com>>.

¹⁴³ En este caso, el *Comité Venezolano de Arbitraje*, un *think-tank* venezolano en materia de arbitraje, presentó un *Escrito de Amicus Curiae* ante el Tribunal Superior en el que se apoyaron los contenidos del mensaje que se hacían desde la Sala Constitucional. El escrito de Amicus curiae puede consultarse en <<http://www.cvarbitraje.com>>.

¹⁴⁴ Por ejemplo, en Suiza y en Bélgica se permite, bajo ciertas condiciones, la renuncia anticipada al recurso de nulidad del laudo arbitral internacional. Ver, Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, Bruxelles/Paris/Genève, 2002, p. 826, n° 838. - Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 683-684, n°s 25-68, 25-70.

¹⁴⁵ Por ejemplo, los tribunales franceses (casos *Hilmarton* y *Putrabali*) han reconocido y ejecutado laudos arbitrales internacionales que habían sido anulados por las jurisdicciones de la sede del arbitraje. En los Estados Unidos de America el criterio del caso *Chromalloy*, en el que se reconoció y ejecutó un laudo arbitral internacional anulado en la sede, fue revertida recientemente en el caso *Termorio*. Sobre la cuestión en general, Ver, Philippe Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », in *Revue de l'arbitrage*, N° 3, Litec, Paris, 1997, p. 329. - Philippe Fouchard, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales » *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 457. - Emmanuel Gaillard, “Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international” in *Journal de droit international*, N° 4, Litec, Paris, 2007, p. 1163. - Jean-Baptiste Racine, «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international», in *Revue de l'arbitrage*, N° 2, Litec, Paris, 2005, p. 305. - Thomas Clay, “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?” En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales* (Coor. Fernando Mantilla-Serrano), Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2006, p. 194. - Thomas Clay, « Le siège de l'arbitrage international entre “ordre” et “progreso” », será publicado próximamente, en portugués, en la *Revista Brasileira de Arbitragem*. - Thomas Clay, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, *inédito*. - Thomas Clay, note sous Cass. 1re civ, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c/ Sté Rena Holding*, in *Journal de droit international*, N° 4, Lexis-Nexis, Paris, 2007, p. 1236.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Sentencia del 1 de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles, S.A., c/ Hidroeléctrica Norpatagónica, S.A.* - Ver comentario de Roque J. Caivano, “Alcances de la Revisión Judicial en el Arbitraje: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina in re ‘Cartellone’ ”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 5, Comité Brasileiro de Arbitragem, Thomsom, São Paulo, 2005, p. 159.

¹⁴⁷ Tribunal Constitucional (Perú), Sentencia del 28 de febrero de 2006, en el juicio de *Fernando Cantuarias Salaverry*, Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. Ver comentario de Jorge Santistevan de Noriega, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 15. - J. Domingo Rivarola Reisz, “Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 577.

¹⁴⁸ Sala Constitucional (Venezuela), Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Elettronica Industriale, S.p.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz - Sentencia N° 2.635 del 19 de

concepto que crea confusión. Técnicamente hablando, no existen “laudos arbitrales inconstitucionales”, sino “laudos arbitrales contrarios al orden público”. Pero vayamos por partes. La noción de orden público es uno de los puntos de contacto entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la *lex mercatoria* que configuran las relaciones de relevancia entre estos órdenes jurídicos autónomos. A estos efectos vale recordar nuevamente la formulación del jurista italiano Santi Romano, “para que haya relevancia jurídica, es necesario que la existencia, el contenido o la eficacia de un orden sea conforme a las condiciones creadas por el otro”¹⁴⁹. Esta relación de relevancia, muy teórica en apariencia, puede apreciarse a plenitud a través del ejemplo práctico del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales y la cuestión del orden público.

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales las relaciones de relevancia entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la *lex mercatoria* se vehiculan, entre otras cosas, a través de la aludida noción de orden público. Por un lado, la *lex mercatoria*, bajo ciertas condiciones, reconoce la exigencia, no sólo del orden jurídico constitucional, sino también del orden jurídico internacional, de que los laudos arbitrales internacionales respeten el orden público. Por el otro, el orden jurídico constitucional, está dispuesto a reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional si este no es contrario al orden público. El orden jurídico constitucional ha decidido vehicular esa relación con la *lex mercatoria* y el orden jurídico internacional a través de la noción de orden público al ratificar la Convención de Nueva York, la cual establece, en su artículo V que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral puede ser denegado si éste es contrario al orden público. De este modo es que, por ejemplo, el respeto del derecho universal al debido proceso¹⁵⁰, detrás de la protección ante la “vía de hecho” o del “procedimiento irregular”, que tanto preocupa a la Corte Constitucional colombiana y al Tribunal Constitucional peruano, será garantizado a través del control judicial del laudo arbitral internacional a través de la noción de orden público. En otras palabras, la noción de orden público permite una comunicación de las exigencias del orden jurídico constitucional, del orden jurídico internacional y la *lex mercatoria*. Por ello, no hay ninguna necesidad de inventar conceptos propios de un orden jurídico para imponérselo a otros que no lo comprenden. Se trata simplemente de una cuestión de técnica jurídica. El orden jurídico internacional y la *lex mercatoria* han propuesto hablar respectivamente de orden público internacional y de orden público transnacional. Por su parte, la mayoría de los órdenes jurídicos constitucionales del mundo han aceptado, al ratificar la Convención de Nueva York, la propuesta del orden jurídico internacional de hablar de orden público internacional, otros más favorables al arbitraje han decidido adoptar una noción de orden público verdaderamente internacional, transnacional. Pero el tono de esa comunicación entre los distintos órdenes jurídicos autónomos a través de la noción de orden público merece ser afinado.

31. Afirmar que la noción de orden público es uno de los puntos de contacto que configuran las relaciones de relevancia entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la *lex mercatoria*, hace necesario que su contenido sea precisado. En este sentido, es perfectamente válido y deseable que los jueces de control del arbitraje, jueces que actúan en el marco del orden jurídico constitucional, se pregunten sobre lo que debe entenderse por orden público a los efectos del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional y qué papel juega la

noviembre de 2004, *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, con ponencia de la Magistrado Carmen Zuleta de Merchán – Ver comentario de Alfredo De Jesús O., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, p. 63.

¹⁴⁹ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Réédition présentée par Pierre Mayer, Dalloz, Paris, 2002, p. 106.

¹⁵⁰ El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en todos los textos constitucionales latinoamericanos, en las convenciones internacionales sobre derechos humanos y, a su vez, es uno de los elementos esenciales de la noción de orden público transnacional.

noción de “orden público constitucional”, que les es más familiar, en este contexto. Precisamente porque la noción de orden público a los efectos del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral vehicula el punto de comunicación entre el orden jurídico constitucional, el orden jurídico internacional y la *lex mercatoria*, merece una acepción específica, restringida y técnica. No se trata del orden público del lenguaje común, se trata de una noción precisa con un contenido específico. Pero qué noción de orden público debe aplicar el juez estatal, el orden público constitucional, el orden público internacional o el orden público transnacional. Al respecto, el juez de control del arbitraje debe referirse a la noción de orden público que establece la Convención de Nueva York, a menos que su derecho interno sea más favorable a la eficacia de los laudos arbitrales internacionales. Al hacerlo se encontrará con que el Artículo V de la Convención de Nueva York establece que el juez de control podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional si comprueba que el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral internacional sería contrario al “orden público de ese país”. Pero qué entender por el “orden público de ese país”. Ante esta pregunta hay dos posibilidades de interpretación que merecen nuestra atención, una literal, otra teleológica.

La primera vía interpretativa, la literal, de ese “orden público de ese país” podría llevar al juez de control a pensar que la noción de orden público a la que se refiere la Convención de Nueva York, es al orden público interno general del país en el cual se ha solicitado el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional. Bajo esa primera aproximación, los contenidos específicos del orden público constitucional podrían encontrar alguna aplicación en la materia. La segunda vía interpretativa, la teleológica, llevará al juez de control a reflexionar sobre la finalidad de la Convención de Nueva York. Al hacerlo, descubrirá que la finalidad de la Convención de Nueva York no es otra que la de facilitar la eficacia de los laudos arbitrales internacionales. Esta reflexión lo llevará naturalmente a plantearse, como lo ha hecho la Corte de Casación francesa, que “un laudo arbitral internacional es una decisión de justicia internacional”¹⁵¹ y que como tal debe ser controlada bajo estándares internacionales¹⁵². Por ello la noción de orden público a la que se refiere la Convención de Nueva York no puede tratarse sino del orden público internacional. Ante esta constatación surgirá otra interrogante que permitirá aclarar el argumento. Si la Convención de Nueva York hace referencia al “orden público de ese país” cómo afirmar que se refiere a un orden jurídico internacional. Puede afirmarse teniendo en cuenta que la noción de orden público a la que se refiere la Convención de Nueva York es a la noción de orden público internacional adoptada por el país en el que se solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional. Naturalmente un juez de control acucioso se preguntará si esta interpretación teleológica o finalista es fiel con la letra del Convención de Nueva York. Esta inquietud merece una última reflexión.

32. Debe tomarse en consideración que la Convención de Nueva York, es un tratado de 50 años de edad, negociado en una época en la que el derecho del arbitraje comercial internacional estaba asociado al método conflictual del derecho internacional privado. Pero el derecho del arbitraje comercial internacional ha evolucionado dejando el método conflictual del derecho internacional privado, para abrirse las puertas a una dimensión verdaderamente internacional, transnacional. Por ello es que, entre otras cosas, en la actualidad ya ni siquiera hablamos de “laudos arbitrales extranjeros”, terminología utilizada por la Convención de Nueva York, sino de “laudos arbitrales internacionales”. La referencia a un laudo arbitral como extranjero, conferirle una nacionalidad, incorporarlo, forzosamente y en contra de su naturaleza, dentro de un orden jurídico estatal, sería contrario e incoherente con el ambiente global en el que se desarrollan

¹⁵¹ Thomas Clay, note sous Cass. 1re civ, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c/ Sté Rena Holding*, in *Journal de droit international*, N° 4, Lexis-Nexis, Paris, 2007, p. 1236.

¹⁵² Jean-Pierre Ancel, “A Corte de Cassação Francesa e a Arbitragem”, em *Revista Brasileira de Arbitragem*, N° 7, Thomson, São Paulo, 2005, p. 54.

actualmente las relaciones comerciales internacionales y sus arbitrajes. Plantear el tema de la fidelidad a la Convención de Nueva York es evocar más que su letra o su apariencia, su espíritu y su sabiduría. La letra, la apariencia de la Convención de Nueva York se ha desgastado con el pasar del tiempo y la evolución del fenómeno internacional que buscaba favorecer y promover. Luce vieja y poco adaptada a la realidad del arbitraje comercial internacional. Pero detrás de las apariencias, su espíritu ha quedado intacto a pesar de los años. Ese espíritu encuentra toda su fuerza en su finalidad de promover y favorecer la eficacia de los laudos arbitrales internacionales. Sin duda alguna, ser fiel a la Convención de Nueva York es mantenerla en vigencia a través de una interpretación teleológica, finalista y dinámica, es ser fiel con su espíritu, es mantenerla viva y, sobre todo, mantenerla joven. De esta manera, podremos recordar la Convención de Nueva York cuando rememoremos aquella bella frase según la cual la juventud no es una etapa de la vida sino un estado del espíritu.

Esa interpretación teleológica no es sólo una forma de interpretar la Convención de Nueva York, es la única deseada por la propia Convención de Nueva York. En este sentido, ella misma y como los grandes sabios, reconoció que no viviría para siempre y por ello preparó el terreno para que sus ideas siguieran vigentes a pesar de su desgaste físico. De este modo, estableció en su Artículo VII, que sus disposiciones encontrarían aplicación sólo en el caso en el que el derecho del país en el que se solicitase el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral internacional no fuera más favorable. De este modo, la aplicación de una posición más favorable es la verdadera forma de ser fiel con la Convención de Nueva York y hablar de “la posición más favorable” nos ubica indefectiblemente en el campo de la teleología. Paradójicamente, como lo afirma Thomas Clay, la mejor forma de ser fieles con la Convención de Nueva York es no aplicarla, porque esto significaría que se estaría aplicando un derecho más favorable¹⁵³. El derecho del arbitraje comercial internacional ha adquirido una dimensión verdaderamente internacional, transnacional. No habría mejor forma de ser fieles con la Convención de Nueva York que adoptando una noción de orden público transnacional a los efectos del control judicial al momento del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Pero no es sólo por el hecho de que la Convención de Nueva York haya escogido ser interpretada de forma teleológica que debe ser complacida. La ratificación de la Convención de Nueva York por 142 países la ha convertido en el tratado internacional con mayor éxito en la historia del derecho internacional de las relaciones privadas. Eso hace que merezca una interpretación fiel con sus finalidades y su espíritu. La Convención de Nueva York merece ser complacida, merece una “segunda juventud”¹⁵⁴, por ello resulta conveniente dejar de lado los particularismos locales del orden público constitucional, para aplicar un estándar internacional, una noción de orden público internacional o, en el mejor de los casos, verdaderamente internacional, transnacional, acorde con la naturaleza de los laudos arbitrales internacionales. A pesar de que la gran mayoría de los laudos arbitrales internacionales son ejecutados de manera espontánea, la eficacia de los laudos arbitrales internacionales reposa en gran parte en su ejecución forzosa por los tribunales estatales. Es pues una gran responsabilidad confiada a los tribunales estatales. Sería una pena que esta confianza fuese defraudada.

¹⁵³ Thomas Clay, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, *inédito*, p.12.

¹⁵⁴ Thomas Clay, “La Convención de Nueva York desde la perspectiva de la doctrina francesa”, *inédito*, p.13.

Conclusión.

33. La autonomía del arbitraje comercial internacional frente al orden jurídico constitucional, estatal y frente al orden jurídico internacional, interestatal, es una manifestación jurídica producto de la globalización de la economía. El comercio internacional se ha globalizado y esa globalización ha arrastrado naturalmente al arbitraje comercial internacional¹⁵⁵. La conformación natural y espontánea de un tercer orden jurídico anacional o transnacional de las relaciones comerciales internacionales, distinto del orden jurídico estatal y del orden jurídico interestatal ha sido una de sus expresiones más espectaculares. Entre estos tres órdenes jurídicos existen numerosos puntos de contacto que generan relaciones más o menos complejas. De este modo, la coordinación entre las normas nacionales, las normas internacionales y las normas transnacionales del comercio internacional es deseable para favorecer el desarrollo no sólo del arbitraje comercial internacional sino también, y muy especialmente, de las relaciones comerciales internacionales.

Esa coordinación entre estos distintos órdenes jurídicos pasa necesariamente por el reconocimiento entre ellos, el reconocimiento de su existencia, de sus contenidos y de su eficacia¹⁵⁶. Ese reconocimiento entre los distintos órdenes jurídicos pasa indefectiblemente por una lógica pluralista, es decir, admitiendo que el derecho es un fenómeno plural. En un momento, el fenómeno jurídico se explicó a través del modelo del derecho estatal, reduciendo el orden jurídico a un orden normativo de coacción, a un modelo de positivismo estatal. Esta visión monista, fue superada en el momento en que se reconoció la existencia de un orden jurídico internacional. El derecho internacional no tenía elementos de coacción similares a los del Estado, sin embargo, los Estados reconocían su carácter obligatorio¹⁵⁷. Esto llevó a plantear una nueva visión del derecho. El derecho no se reduciría al orden normativo de coacción de Kelsen sino quizás se entendería mejor, por ejemplo, como un sistema de racionalización de relaciones sociales¹⁵⁸. De este modo, la visión monista del derecho evolucionó a una visión dualista y la concepción del derecho estuvo marcada durante mucho tiempo por ella, admitiendo, por un lado, el derecho estatal y, por el otro, el derecho interestatal o internacional. Bajo esta concepción dualista, todos los órdenes jurídicos eran creación de los Estados y el derecho internacional sería exclusivamente el derecho que regularía las relaciones entre los Estados. En definitiva, la noción de orden jurídico estaría estrictamente vinculada al derecho público estatal o interestatal¹⁵⁹. Bajo esta visión, la doctrina de las fuentes del derecho estaba dominada por un positivismo jurídico para el cual toda norma jurídica tenía que ser de origen estatal¹⁶⁰.

El fenómeno de la globalización de la economía y la consecuente globalización de las relaciones del comercio internacional reveló la incapacidad del orden jurídico estatal y del orden jurídico interestatal para producir normas adaptadas a las nuevas realidades. Paralelamente, los observadores empezaron a notar que entre los distintos operadores del comercio internacional existían relaciones que trascendían la simple competencia, que existían ciertos vínculos de

¹⁵⁵ Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de la économie », in *Écrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 478.

¹⁵⁶ Ver, Santi Romano, *L'ordre juridique*, Réédition présentée par Pierre Mayer, Dalloz, Paris, 2002, p. 106.

¹⁵⁷ Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 374.

¹⁵⁸ Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 374.

¹⁵⁹ Michel Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 374.

¹⁶⁰ Philippe Kahn « La lex mercatoria et son destin » in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial, international et européen* (Dir. Philippe Fouchard et Louis Vogel), Editions Panthéon Assas, Paris, 2004. p. 25.

solidaridad, que esa solidaridad se fundaba en necesidades e intereses comunes y que esas necesidades e intereses comunes estaban generando de forma espontánea ciertas normas jurídicas. Es de este modo que la doctrina, desde los años 1960, empieza a hablar de la *lex mercatoria* como un tercer orden jurídico. Un tercer orden jurídico en relación con los dos ya reconocidos, el orden jurídico estatal y el orden jurídico interestatal. Un tercer orden jurídico específico de las relaciones comerciales internacionales cuyas fuentes eran de carácter estrictamente privado. De esta manera, al sistema dualista (orden jurídico estatal y orden jurídico interestatal) cuyas normas eran de origen público (derecho público interno y derecho internacional público), se agrega un tercer orden cuyas normas son de origen privado (derecho anacional o transnacional). Por estos motivos, en la actualidad, no hay lugar para hablar de teorías monistas y dualistas. El derecho es un fenómeno plural y por ello debemos hablar de pluralismo jurídico.

34. El choque filosófico y cultural que se ha producido por la incorporación del arbitraje dentro del discurso constitucional se resume en el choque entre una concepción pluralista y una concepción monista del derecho. Por un lado, los arbitralistas, los *lex mercatoristas*, percibimos el derecho como un fenómeno plural en el que las normas de origen público, de origen estatal (sean internas o interestatales), y las normas de origen privado, de origen transnacional, juegan un papel importante en la regulación de los fenómenos jurídicos internacionales. Por el otro, los constitucionalistas latinoamericanos, todavía se encuentran impregnados del positivismo jurídico estatista y siguen adoptando una visión monista o, en el mejor de los casos, dualista del fenómeno jurídico. En definitiva, se muestran hostiles a admitir el derecho como un fenómeno plural, se muestran hostiles a la idea de que el fenómeno jurídico existe más allá de la Constitución.

Esta concepción anacrónica del derecho, defendida consciente o inconscientemente por algunos constitucionalistas latinoamericanos se ha visto agravada por el contorsionismo intelectual que, sobre la supremacía constitucional, han propuesto los militantes del constitucionalismo. Esto los ha llevado a pretender comprender, razonar y explicar la totalidad del fenómeno jurídico a través de la Constitución, como si la totalidad del fenómeno jurídico tuviera su origen en la Constitución. Pero convencerlos de su error no parece una tarea imposible. Al margen de lo que puedan pensar sobre la *lex mercatoria* y, en general, sobre el derecho como un fenómeno plural, el estudio del origen del derecho estatal y del derecho constitucional debería ser suficiente para sacarlos de su engaño. En este sentido y siguiendo los argumentos de George Vedel sería interesante invitar a los constitucionalistas a revisar los libros de derecho romano, de historia del derecho y de historia del derecho constitucional. Al hacerlo, se darán cuenta de que la idea de una “constitución” o de una “norma fundamental” no es sino un invento relativamente reciente y que “la Constitución se construyó sobre el derecho y no el derecho sobre la Constitución”¹⁶¹. A esos efectos, más de 2000 años de documentación histórica sobre la existencia del derecho antes de la idea de constitución deberían ser suficientes.

Seguramente la toma de consciencia sobre el tiempo que le ha tomado a la humanidad la “invención” del contrato, la responsabilidad, la acción en justicia, el arbitraje y del hecho de que los “constituyentes” no jugaron ningún papel en este proceso de creación, los lleve a reflexionar sobre el lugar del derecho constitucional dentro del fenómeno jurídico. Los jueces constitucionales no son superestrellas llamadas a “deducir el derecho” a través del derecho constitucional¹⁶². El derecho constitucional no es una serie de axiomas y teoremas que permiten la deducción o justificación de los detalles de las manifestaciones jurídicas ni un texto sagrado

¹⁶¹ Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 14.

¹⁶² Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 14.

para ritos parroquiales¹⁶³. “El juez constitucional no es un profeta ni un guía, es un censor... el juez constitucional es el detentador de un instrumento de control... él no debe ceder a la tentación, a veces seductora, de “jugar” con ese instrumento”¹⁶⁴. “El derecho es plural. No se reduce a la Constitución. Esta no es ni un Decálogo ni un axioma... el juez constitucional no es ni una Musa, ni un director de orquesta, ni un general. El es sólo un censor, no es quien decide. El respeto de la Constitución es un deber sagrado para el legislador y naturalmente para el juez. No se impone... al Constituyente”.¹⁶⁵

El desarrollo del arbitraje comercial internacional presenta nuevos desafíos para la cultura jurídica latinoamericana. Esperamos que las pistas plasmadas en este trabajo faciliten la comprensión de la dimensión de esos desafíos y contribuyan a la reflexión sobre un debate que no tiene sino sus mejores días por delante.

PUBLICADO EN *ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO EN HOMENAJE A CHRISTIAN LARROUMET*,
(COORD. FABRICO MANTILLA ESPINOSA Y CARLOS PIZARRO WILSON),
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, BOGOTÁ, 2008.

¹⁶³ Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 16.

¹⁶⁴ Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 17.

¹⁶⁵ Georges Vedel, « Propos d’ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit* (Dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1998, p. 17.