

El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico

Alfredo De Jesús O.

1. El derecho constitucional pareciera haber removido los cimientos del derecho del arbitraje. Las conferencias de los profesores Nicolás Gamboa Morales y Eduardo Silva-Romero han demostrado de forma brillante hasta que punto la alegada constitucionalización del derecho del arbitraje ha sido nociva para el buen funcionamiento de la institución.

La primera nos llamó la atención por el recuento y análisis excepcional de experiencias latinoamericanas lamentables en las que los procedimientos arbitrales se vieron afectados por intervenciones ilegítimas de los tribunales estatales fundamentadas en interpretaciones constitucionales aberrantes. La segunda por su énfasis en resaltar la incoherencia filosófica que plantea la trilogía Constitución-Derechos Fundamentales-Derecho Positivo, en el ámbito del derecho del arbitraje comercial internacional.

2. Antes de seguir con mi exposición considero necesario e indispensable por una cuestión de honestidad intelectual posicionarme frente al tema que nos ocupa y revelar mi participación en la organización de este congreso. En primer lugar, no debería hacer mis comentarios sobre las mencionadas conferencias sin expresar desde el inicio el profundo rechazo intelectual que me produce este fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en general, y muy particularmente, del derecho del arbitraje.

En segundo lugar, tampoco sería correcto entrar directamente en la discusión sin revelar que formo parte de los responsables de la concepción académica de las mesas de esta mañana y que la idea de presentar de forma separada las ventajas y los obstáculos de la constitucionalización del arbitraje no es nada inocente. Sólo esta división y la asignación de las conferencias a quienes me precedieron nos permitirían revelar, describir y criticar académicamente la nueva gran dificultad del arbitraje en los países latinoamericanos. Por último, debo agregar que siento un gran alivio porque los conferencistas que me precedieron fueron bastante provocativos en sus reflexiones lo que hace que mi tarea de comentarista sea bastante sencilla.

3. Uno de los elementos que considero importante resaltar de las conferencias de la mesa es la visita del profesor Silva-Romero a la teoría de los derechos humanos fundamentales. Pero más allá de la teoría de los derechos humanos fundamentales, a lo que él se refirió como sus “efectos perversos”. Esos efectos perversos que se producen, entre otras cosas, por las contradicciones que no pueden evitarse en un sistema incoherente en el que todos los derechos son indefinidos, ilimitados y, me permito agregar: supremos.

Pero lo anterior sólo puede ser tomado como un comentario general. Las limitaciones de tiempo me impiden comentar y destacar las numerosas paradojas a las que hizo mención. Sin embargo, por su valor simbólico y representativo de los términos absurdos de la teoría actual de los derechos humanos fundamentales me referiré brevemente a una de ellas, la más caricaturesca: el Estado como titular de derechos humanos fundamentales. Gamboa Morales señaló que uno de los elementos que ha contribuido a la interferencia del derecho constitucional en los arbitrajes, especialmente los internacionales, es el aumento de procedimientos arbitrales con partes estatales latinoamericanas. Al respecto, y en su análisis de las paradojas de la teoría de los derechos humanos fundamentales, Silva Romero recordó que la filosofía de estos derechos surgió como una manera de proteger los derechos naturales de los ciudadanos frente a los abusos del Estado. Resulta curioso constatar que ahora es precisamente el Estado o alguna de sus entidades o dependencias las que alegan violaciones a sus derechos humanos fundamentales por parte de los gobernados... Probablemente, un ejemplo revelador de que se ha ido demasiado lejos en la concepción de los derechos fundamentales.

4. Esta alusión a la teoría de los derechos humanos fundamentales merece otro comentario de mi parte y es que, aunque pueda parecer contradictorio, por el título de este congreso (“Constitucionalización del derecho privado”), considero que *el problema de fondo no es propiamente la constitucionalización del derecho privado y el arbitraje sino su fundamentalización*. Entendiendo por fundamentalización la pretendida dominación de los derechos fundamentales sobre todos los contenidos del derecho privado, degenerando, transformando y desnaturalizando todos los conflictos privados en controversias relativas a derechos humanos fundamentales, que deben resolverse no en base a normas de derecho privado sino en función de supuestos principios de derechos humanos fundamentales que por sus enunciados amplísimos y generales simplemente pueden interpretarse al son de los personajes y las circunstancias.

La relación entre este fenómeno de fundamentalización del derecho privado y su constitucionalización es que el derecho constitucional moderno ha incorporado en el texto de las constituciones nacionales estos derechos humanos fundamentales como derechos subjetivos que pueden ser invocados frente a todos los poderes públicos, y en algunos países, incluso frente a los particulares. A estos efectos, para demostrar la identidad sustancial del problema de fondo (la concepción actual de los derechos humanos fundamentales) podemos ver que las mismas críticas que se hacen en Europa ante la omnipresencia de los derechos humanos fundamentales y la Corte de Estrasburgo en el derecho privado son prácticamente las mismas que hacemos en América Latina frente a la omnipresencia de los derechos constitucionales y nuestras Cortes y jueces constitucionales. Este pequeño paralelismo nos permite reafirmar que el problema de fondo no es la Constitución sino la concepción actual derechos humanos fundamentales: *la Constitución no es sino uno de los instrumentos de la fundamentalización del derecho*.

5. Los problemas que plantea la Constitución al adoptar esa concepción actual de los derechos humanos fundamentales se manifiesta de dos formas: a través de la aplicación directa de los derechos constitucionales y a través de la justicia constitucional. La primera porque la fusión conceptual de los derechos humanos como derechos subjetivos lleva a pensar, o por lo menos así se ha interpretado, que los derechos constitucionales por

considerarse derechos subjetivos pueden ser invocados directamente por los individuos para resolver una situación concreta. La segunda porque las constituciones “modernas” han creado mecanismos propios para proteger y garantizar los derechos constitucionales.

Lo anterior, como lo veremos más adelante enfocado al derecho del arbitraje, sólo trae como consecuencia un gran desorden que en la práctica, y aunque parezca increíble, permite que un individuo con el sólo hecho de alegar cualquier violación constitucional se salte las acciones y los procedimientos previstos en las leyes y los reglamentos, para utilizar las acciones y los procedimientos propios de la justicia constitucional según le convenga. A esto no podemos dejar de agregar que la mayoría de los países de América Latina, por la mezcla particular del sistema concentrado (europeo) y difuso (americano) del control de la constitucionalidad, han creado prácticamente un *sistema de justicia paralelo* en el que todos los jueces son a su vez jueces de la legalidad y también jueces de la constitucionalidad con regímenes de competencias y acciones propios de cada sistema. La situación plantea un *desorden de derechos, de procedimientos y de jurisdicciones*.

Nuestros comentarios sobre la constitucionalización del arbitraje girará en torno a dos ideas sucesivas y complementarias: La constitucionalización del derecho, en los términos en los que ha sido planteada, acaba con la estructura lógica y jerárquica del ordenamiento jurídico (I), alterando y acabando con la racionalidad y coherencia del derecho privado y del arbitraje (II).

I. La constitucionalización del derecho altera la estructura del ordenamiento jurídico

6. La representación más grave de la alteración de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico por el uso exacerbado de los textos y las interpretaciones constitucionales a través de la constitucionalización del derecho es el pretendido desplazamiento de la ley formal (dictada por el órgano legislativo) por la Constitución. El decano Louis Favoreau, uno de los grandes militantes de la constitucionalización en Francia, al explicar en qué consistía la constitucionalización de una rama del derecho, indicaba que “esa rama del derecho tiene base constitucionales que es necesario tomar en consideración en toda exposición pedagógica y en todo trabajo de investigación so pena de desconocer el derecho positivo”¹. Lo anterior no es sino una consecuencia lógica de su concepción de la *constitución como norma*², en franco rechazo de considerar el texto constitucional como un simple instrumento político, como un “derecho de preámbulo”³ sin valor jurídico.

Analizada desde este último punto de vista, como una norma jurídica, la Constitución juega un papel determinante en la creación y organización o reorganización del derecho. De hecho, Favoreau indica en su manual de “Derecho Constitucional” que uno de los

¹ LOUIS FAVOREAU. « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit ». In *Revue française de droit constitutionnel*. N° 1. 1990. p. 86

² LOUIS FAVOREAU. *Droit constitutionnel*. 8^e edition. Précis Dalloz. 2005. P 49 y ss

³ LOUIS FAVOREAU. « La constitutionnalisation du droit ». In *L'unité du droit*. Mélanges en hommage à Roland Drago. Economica. p. 41.

elementos del constitucionalismo moderno, caracterizado por el surgimiento de un sistema de control de la constitucionalidad implicaba una reorganización, una *reestructuración de la jerarquía de normas* en función de la Constitución⁴. Valga insistir en esto último: una reestructuración-reorganización en función no de la ley sino de la Constitución. La voluntad de desplazar -eliminar- la ley como eje del sistema jurídico y base del sistema democrático es evidente.

7. Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux son más enfáticos al desarrollar el capítulo dedicado a la Constitución y la jerarquía de normas jurídicas de su obra sobre “Derecho Constitucional”. En ésta, expresan que “si la ley guarda un rol esencial en la protección de los derechos y las libertades, ha dejado de ser *la* norma fundamental. Dos fuentes del derecho han venido conjuntamente a *competir con ella y suplantarla*, la Constitución en el orden interno y los tratados internacionales en el orden internacional”⁵.

Quizás las palabras más reveladoras de este anhelado desplazamiento de la ley por la Constitución las encontramos en el artículo de Favoreau titulado la “La constitucionalización del derecho” publicado en el Libro homenaje a Roland Drago. En el mismo asevera que “bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico había sido desplazado. En el siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX, el orden jurídico había tenido como eje esencial a la ley y a la Constitución como reguladora principal y todo se ordenaba en torno a esos dos polos. Hoy, el eje esencial es la Constitución y el regulador el Consejo Constitucional y el conjunto del ordenamiento jurídico se reorganiza entorno de esos dos polos. Las cosas ya no son como antes. La ley era “el maestro” supremo, hoy lo es la Constitución. Antes hablábamos de principio de legalidad, hoy de principio de constitucionalidad”⁶.

8. Pero este fenómeno y las anteriores aseveraciones deben ser analizadas con cautela, más aún en el contexto latinoamericano. La evaluación de la tesis del desplazamiento de ley por la Constitución por el hecho de que la teoría de la supremacía constitucional haya ubicado a la Constitución en la cumbre de la pirámide, no puede entenderse en ningún momento como la eliminación de la ley formal, so pena de ser considerada como absolutamente contradictoria. Si la Constitución, como sostienen los citados autores, crea una nueva estructura jerárquica en la que se incluye la ley formal, es inaceptable que luego pretenda eliminarse su obligatoriedad a través de la aplicación directa de alguna norma constitucional. Peor aún que se señale que ¡la Constitución crea la ley para luego competir con ella y suplantarla! Los autores franceses citados han utilizado para el desarrollo de sus posiciones teóricas experiencias muy distintas a las latinoamericanas. Con ello, en ningún momento queremos ni pretendemos restar valor científico a las teorías de estos juristas, pero sí alertar sobre las arenas distintas del constitucionalismo latinoamericano que si bien pareciera fundamentarse en los postulados de estos autores se debate en un escenario de control mixto del control de la constitucionalidad de la ley y de acciones directas para la

⁴ LOUIS FAVOREAU. *Droit constitutionnel...* p. 80. y ss

⁵ BERTRAND MATHIEU – MICHEL VERPEUX. *Droit constitutionnel*. Presses universitaires de France. 2004. p. 703 y ss.

⁶ LOUIS FAVOREAU. « La constitutionnalisation du droit »... p. 41

protección de derechos constitucionales inexistentes en Francia o de uso restringido en otros países como Alemania⁷.

En este sentido, el profesor Nicolas Molfessis otro de los estudiosos del fenómeno de la constitucionalización y que dedicó su tesis al estudio de la influencia del Consejo Constitucional en el Derecho Privado⁸ y naturalmente ha desarrollado más el tema⁹, ha alertado sobre el desorden normativo generado por la irrigación del derecho constitucional en las otras ramas del derecho, señalando que el ordenamiento jurídico francés no se encuentra adaptado a la constitucionalización del derecho. En este sentido, en un artículo titulado “La irrigación del derecho por las decisiones del Consejo Constitucional”, publicado en un número de la revista *Pouvoirs* dedicada al Consejo Constitucional, respondía a la pregunta “¿Dónde estamos?” de la siguiente manera: “perdidos sin ninguna duda entre soluciones contradictorias. El orden jurídico no está adaptado a la constitucionalización del derecho. Este avanza, pero en desorden y sin coherencia”¹⁰. Ciertamente, las reflexiones de Molfessis estaban encaminadas a promover una reforma de la justicia constitucional francesa que permitiera la unificación de criterios sobre la interpretación de la Constitución por los tribunales, pero constituye a su vez un dato importante que refleja la profunda diferencia entre el sistema constitucional francés y los sistemas latinoamericanos. Si en Francia se critica la falta de un sistema de control constitucional de la ley por el juez, en la mayoría de los países latinoamericanos criticáremos sus excesos.

9. Otro comentario sobre este preocupante tema del desplazamiento de la ley por la Constitución que proponen los doctrinarios de la constitucionalización de las ramas del derecho tiene que ver con el contenido del concepto de supremacía constitucional. En un artículo particularmente interesante, Michel Tropel demostró que la supremacía constitucional no es más que un mito. Después de analizar varias teorías sobre la supremacía constitucional para responder a las preguntas ¿Por qué es suprema la Constitución? y ¿En qué consiste la superioridad de la Constitución? concluye de manera “simple y brutal: la supremacía constitucional no tiene fundamento a pesar de las creencias y justificaciones diversas... la Constitución no es ni suprema, ni obligatoria. Ella solamente es tratada como suprema”¹¹.

Después de todo y a pesar de lo que puedan argumentar los normativistas, la supremacía de la Constitución no es más que una decisión política para organizar el Poder Público y el

⁷ DAVID CAPITANT. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Préface de Michel Fromont. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique. Tome 87. LGDJ. 2001 – THOMAS MEINDL. *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*. Préface de Dominique Rousseau. Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique. Tome 112. LGDJ. 2003.

⁸ NICOLAS MOLFESSIS. *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*. Préface de Michel de Gobert. Bibliothèque de droit privé dirigée par Jacques Ghestin. Tome 287. LGDJ. 1997.

⁹ MOLFESSIS, NICOLAS. «Les sources constitutionnelles du droit des obligations». In *Le renouvellement des sources du droit des obligations*. Association Henri Capitant. Lille, 1996. p. 66 y ss. – MOLFESSIS, NICOLAS. «La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux. In *Libertés et droits fondamentaux*. 12 édition. Paris 2006. Dalloz. p. 77 y ss.

¹⁰ MOLFESSIS, NICOLAS. «L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel». In *Pouvoirs*. Tome 105. Seuil. Paris, 2003. p. 100.

¹¹ MICHEL TROPER. «La suprématie de la constitution». In *Utopies entre droit et politique. Etudes en hommage à Claude Courvoisier*. EUD. Paris, 2005. p. 265.

ordenamiento jurídico de un Estado. La Constitución no es necesaria para la creación de derecho y más de dos mil años de documentación histórica sobre el derecho lo comprueban. Como bien lo recordaba recientemente el decano George Vedel: “la Constitución se construyó sobre el derecho y no el derecho sobre la Constitución”¹². La Constitución no es sino un concepto reciente, y más que un concepto jurídico su contenido es esencialmente político¹³, un instrumento de organización del Estado moderno. Volviendo al tema del desplazamiento de la ley por la Constitución y al tema de la supremacía deberíamos señalar que si la ley formal es uno de los elementos claves sobre los que se construye el Estado moderno es insensato pensar que la Constitución tenga por vocación competir con las leyes formales o suplantarlas como parecieran plantear algunos de los autores estudiados y algunas de las sentencias comentadas por los conferencistas de esta mesa redonda.

10. Por último, el profesor Favoreau identificaba tres efectos indirectos de la constitucionalización del derecho: su modernización, su unificación y su simplificación. Modernización porque a través de la aplicación de las interpretaciones constitucionales se transforma el derecho, modernizándolo¹⁴. La constitucionalización favorecería la unificación del derecho convirtiendo progresivamente las normas constitucionales en el fundamento común de las ramas del derecho relativizando las fronteras entre el derecho público y el derecho privado¹⁵. Simplificación por la constitucionalización del sistema de fuentes del derecho¹⁶.

Ante estos tres efectos me limitaré formular algunas reflexiones en base a las experiencias latinoamericanas que han sido mencionadas. Sobre la supuesta modernización: ¿La modernización del derecho le corresponde al juez constitucional o al legislador? Si pudiera admitirse una tarea en cierto modo compartida ¿Cuáles son los límites?, y sobre todo: ¿Quién impone los límites? En cuanto a la unificación del derecho, la propuesta teórica suena interesante, pero la práctica de muchos países latinoamericanos ha demostrado que muchos jueces constitucionales simplemente utilizan la Constitución para resolver el caso concreto sin entrar ni siquiera a ver lo que establecen las leyes formales. Entonces: ¿Unificación del derecho o aplicación directa de las normas constitucionales sustituyendo la ley formal? El argumento de la simplificación es el que me resulta más incómodo porque muchas veces cuando encuentro interpretaciones constitucionales en sentencias judiciales como preámbulo para la solución de un conflicto privado me da la impresión de que la alusión a las normas constitucionales se hace simplemente para disimular el desconocimiento del derecho de los contratos, de los bienes, de la familia o del arbitraje y para darle una apariencia o fachada jurídica a cualquier opinión más o menos razonada.

Así pues, la constitucionalización del derecho, en los términos en los que ha sido presentada, es un factor de desorden de la estructura lógica-jerárquica del sistema jurídico

¹² GEORGE VEDEL. « Propos d'ouverture ». In *La constitutionnalisation des branches du droit* (sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux). Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Economica. 1996. p. 16.

¹³ En general, Ver. *1789 et l'invention de la constitution*. Sous la direction de Michel Troper et Lucien Jaume. La pensée juridique moderne. LDGJ-Brylant. Paris, 1989.

¹⁴ LOUIS FAVOREAU. « La constitutionnalisation du droit »... p. 38.

¹⁵ LOUIS FAVOREAU. « La constitutionnalisation du droit »... p. 39.

¹⁶ LOUIS FAVOREAU. « La constitutionnalisation du droit »... p. 40.

que atenta directamente contra su coherencia. El caso particular del arbitraje es revelador de cómo la constitucionalización genera una ruptura con la racionalidad.

II. La constitucionalización del derecho altera la racionalidad del derecho del arbitraje

11. La experiencia de la constitucionalización del derecho del arbitraje ha sido muy cuestionada. Los casos reseñados por el profesor Gamboa Morales son una prueba fiel del uso inadecuado que se ha hecho de las normas y principios constitucionales para hacer frente a situaciones reguladas por el derecho del arbitraje. En este sentido, de los casos estudiados y otras experiencias más o menos importantes podemos percibir muy claramente una tendencia a utilizar los mecanismos propios de la justicia constitucional para lograr que los tribunales estatales interfirieran ilegítimamente en el desarrollo de los procedimientos arbitrales solicitando la suspensión o paralización definitiva de los mismos o anulando sus decisiones por vías distintas a las consagradas por los instrumentos nacionales o internacionales del arbitraje comercial.

Aunque por el hecho de que el árbitro carece de foro las decisiones de los tribunales estatales de la sede o de cualquier otro país son jurídicamente irrelevantes frente a ellos¹⁷, estas actuaciones generalmente no son indiferentes para las partes. La práctica ha demostrado que el empleo de los mecanismos de la justicia constitucional en materia de arbitraje solo ha servido para promover los litigios parasitarios y las tácticas dilatorias y son intentados generalmente por alguna parte recalcitrante a cumplir con su obligación de someterse al arbitraje a pesar de haber celebrado un acuerdo de arbitraje o a aceptar sus resultados o, simplemente, las reglas de juego.

12. En términos generales, podemos decir que el derecho del arbitraje reposa sobre dos pilares esenciales, por un lado, la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje y, por el otro, la validez y eficacia de los laudos arbitrales. No en vano los instrumentos internacionales del arbitraje comercial (principalmente la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá) se dedican prácticamente a reforzar, en el ámbito internacional, estos dos aspectos. Trabajo que fue complementado por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional¹⁸, al crear el recurso de nulidad en el lugar del arbitraje como única vía de recurso contra un laudo arbitral, de acuerdo a las causales taxativas que enumera la Convención de Nueva York en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.

¹⁷ EMMANUEL GAILLARD. « L'interférence du juge du siège dans le déroulement de l'arbitrage ». In *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*. Litec. Paris, 2004. p. 83.

¹⁸ Aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985. Ver, www.uncitral.org - Ver, GONZALO PARRA ARANGUREN. "Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985) sobre arbitraje comercial internacional". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 96. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1995. p. 177. - TATIANA DE MAEKELT. "Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano". En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 13. Caracas, 1999. p. 275. - CRISTIÁN CONEJERO ROOS. "El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo". En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, 2004. p. 255.

Es lamentable constatar que en muchos países latinoamericanos la punta de lanza de las interferencias ilegítimas en los procedimientos arbitrales violando esos dos pilares creados por el derecho internacional y consagrado por la mayoría de las legislaciones nacionales latinoamericanas en materia de arbitraje, lo constituyen las acciones directas de protección de derechos constitucionales conocidas como acción de amparo, tutela o protección constitucional dependiendo de la jurisdicción en cuestión.

13. En el derecho venezolano se han presentado varias situaciones en las que se ha empleado el recurso de amparo constitucional para escapar o evadir de forma ilegítima a los efectos de un laudo arbitral. Considero que puede ser interesante traer esta experiencia porque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, después de un largo camino de desaciertos y de sentencias lamentables pareciera evolucionar hacia un régimen racional del control judicial de los laudos arbitrales¹⁹. El interés de la experiencia venezolana sobre la materia coincide con nuestro argumento sobre la importancia del mantenimiento de la vigencia y aplicación efectiva de la ley formal²⁰.

Al referirse a las experiencias venezolanas, el profesor Gamboa Morales hizo referencia al caso *Grupo Inmensa, C.A. y otros c/ Soficrédito Banco de Inversión, C.A.*²¹, como una experiencia positiva. Para el conferencista se trataba de un caso positivo porque la Sala Constitucional había declarado inadmisibles el amparo constitucional intentado contra un laudo arbitral doméstico. Sin embargo, si bien estoy completamente de acuerdo con el resultado de la decisión no considero que se trate una experiencia verdaderamente positiva. El motivo de mi desacuerdo se debe a la razón por la cual se declaró la inadmisibilidad del recurso de amparo constitucional, es decir, con la motivación de la sentencia. En este sentido, el recurso de amparo fue rechazado bajo el argumento de que el impugnante no había agotado la vía ordinaria de impugnación. En nuestra opinión, la Sala Constitucional incurrió en el error de considerar el recurso de nulidad como el *mecanismo ordinario de impugnación* y no como el *único mecanismo de impugnación* como lo establece muy claramente el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana²².

14. Se hizo también mención al caso *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A. y otros*²³, en el que por un error jurídico inexcusable, la Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar un recurso de amparo constitucional intentado contra un laudo parcial dictado por un tribunal arbitral con sede en Miami. El error en el que incurrió la Sala Constitucional en este caso consistió en asimilar un laudo arbitral extranjero a una

¹⁹ 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. Lima. 2006.

²⁰ ALFREDO DE JESÚS O. "The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela. In *Journal of International Arbitration*. Kluwer International. The Hague. (En Imprenta).

²¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 827 del 23 de mayo de 2001, en el juicio de *Grupo Inmensa, C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A. (Coresmalt)*, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta.

²² 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"... N° 40.

²³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 2.635 del 19 de noviembre de 2004, en el juicio de *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A. y otros*, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

sentencia judicial extranjera y por ello, en lugar de aplicar el derecho del arbitraje comercial aplicó la Ley de Derecho Internacional Privado, a pesar de que su Artículo 62 establece muy claramente que “salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales de regulan la materia”. El régimen de una sentencia judicial extranjera y de un laudo arbitral extranjero es completamente distinto en el derecho venezolano, tanto por la naturaleza de ambas decisiones como por sus efectos.

En este caso, lo único verdaderamente grave desde el punto de vista de la constitucionalización del derecho del arbitraje es que la acción que provocó el pronunciamiento de la Sala Constitucional no fue un recurso previsto en el derecho del arbitraje comercial sino un recurso de amparo constitucional. El pronunciamiento de fondo de la sentencia en nada toca argumentos constitucionales... quizás una corte con competencia en materia civil o comercial no hubiera incurrido en semejante desatino.

15. Pero a pesar del pésimo precedente del caso *Consortio Barr, C.A. c/ Four Seasons Caracas, S.A.*, y otros anteriores en los que se había admitido a través de *obiter dicta* que un laudo arbitral extranjero podía ser objeto de un amparo constitucional²⁴, la Sala Constitucional pareciera haber cambiado de criterio en un caso muy reciente. Se trata del caso *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc.*²⁵. En esta oportunidad la parte venezolana después de haber sido vencida en un procedimiento arbitral internacional (bajo las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje y con sede en Miami) que había aceptado libremente y en el que había participado hasta el final, tomó la decisión de ignorar el derecho del arbitraje comercial internacional y en este sentido intentó una acción de amparo constitucional ante la Sala Constitucional para evadir los efectos del laudo condenatorio.

La acción de amparo constitucional no tenía otro objetivo que enervar los efectos del laudo arbitral. En este sentido, alegando entre otras cosas que se le había violado el derecho a la defensa y al debido proceso, solicitaba nada más y nada menos que: ¡la suspensión de los efectos de laudo y su nulidad!. Ante esta acción la reacción de la Sala Constitucional fue bastante interesante. La sentencia de la mayoría, después de ratificar su jurisprudencia anterior sobre la admisibilidad del amparo constitucional en materia de arbitraje, se declaró incompetente para conocer la acción declinando la competencia en favor de un Tribunal Superior de Caracas. Sin embargo, la Presidenta de la Sala a través de un extenso voto salvado, expresó las razones por las cuales la acción intentada debía declararse inadmisibles *in limine litis*. Lo interesante del caso viene dado por la interacción entre la decisión de la mayoría y el voto salvado. Mientras la mayoría remitió el caso a un Tribunal Superior, el voto salvado prácticamente le indicó al juez de instancia lo que tenía que decir y los argumentos en los que debía fundamentar su decisión.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 1.981 del 16 de octubre de 2001, en el juicio de *Venezolana de Televisión, C.A. c/ Elettronica Industriale S.P.A.*, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

²⁵ TSJ/SCO/N° 174, 14 de febrero de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc.* *Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*. 15.2006. Obs. ALFREDO DE JESÚS O.

16. El voto salvado fue generoso al exponer las razones por las cuales debía rechazarse el amparo constitucional. La Presidenta de la Sala observó que el amparo constitucional sólo pretendía sustituirse a los mecanismos específicos de impugnación de los laudos arbitrales. En este sentido, señaló que “se trata – en el caso específico que nos ocupa- es de una rara especie de “acción autónoma de amparo constitucional” por ante esta Sala Constitucional, que **pretendía sustituirse** en los **mecanismos específicos** vinculados con la validez, ejecución o reconocimiento de un Laudo Arbitral dictado en el *extranjero* de acuerdo a las estipulaciones libremente pactadas por las **propias partes** en conflicto, a través de una **CLÁUSULA COMPROMISORIA DE ARBITRAJE** en un contrato de franquicia ...(omissis)... semejante pretensión de “nulidad” que, como ha sido advertido, se ha intentado erradamente a través de una rara especie de acción autónoma de amparo constitucional” (Destacados propios).

Después de varias consideraciones muy interesantes, el voto salvado argumentó una conclusión que retuvo toda mi atención y que justifica su mención en el marco de esta mesa por sus implicaciones al reafirmar el valor de ley formal dentro del sistema jurídico y la armonía que debe existir entre la Constitución y la ley. En este orden de ideas, para justificar su tesis de la inadmisibilidad del recurso de amparo constitucional contra laudos arbitrales encontró una respuesta muy sencilla: hay que cumplir con la ley porque cumpliendo con la ley se cumple igualmente con la Constitución. En este sentido, indicó que: “**todo lo anterior no desconoce ni contradice, la potestad y el deber otorgado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a esta Sala Constitucional y a todos los Tribunales de la República, de defenderla y velar por su recto cumplimiento aún frente a decisiones arbitrales dictadas en foros internacionales; pero ello, claro está de conformidad con las disposiciones sustantivas y adjetivas contenidas en dicha Carta Magna, los Códigos y Leyes Venezolanas y, por supuesto, en los Tratados Internacionales validamente suscritos aprobados y ratificados por la República. De lo contrario, nuestro foro estará promoviendo cualquier mecanismo inadecuado que, valiéndose de denuncias de inconstitucionalidad, pretenda desconocer toda una estructura jurídica sistemática que garantiza la operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el ámbito nacional e internacional**” (Destacados propios).

17. Afortunadamente, y como podía esperarse, el Tribunal Superior que resultó competente retuvo los conceptos del voto salvado de la Presidenta de la Sala Constitucional y en este sentido declaró la inadmisibilidad *in limine litis* de la referida acción²⁶, por existir un medio idóneo de impugnación creado por el derecho del arbitraje comercial.

En este caso, el *Comité Venezolano de Arbitraje*²⁷ presentó un *Escrito de Amicus Curiae*²⁸ ante el Tribunal Superior en el que se apoyaban los contenidos del mensaje que se hacían desde la Sala Constitucional.

²⁶ Tribunal Superior Sexto, 9 de junio de 2006, *Corporación Todosabor, C.A. c/ Haagen Dazs Internacional Shoppe Company, Inc. Boletín del Comité Venezolano de Arbitraje*.18.2006. Obs. ALFREDO DE JESÚS O.

²⁷ El Comité Venezolano de Arbitraje es una asociación civil venezolana sin fines de lucro, independiente y no gubernamental que tiene como objeto la promoción del arbitraje y los otros medios alternativos de resolución de conflictos a través del aporte científico y académico. Ver. www.cvarbitraje.com

²⁸ Los *Amici curiae* son, en términos literales, los amigos de la curia, los amigos del juez. No son testigos, ni expertos, ni árbitros, ni conciliadores, ni mediadores, ni partes, ni terceros intervinientes. Son simples

*

* *

18. Como hemos visto, también en materia de arbitraje los efectos de la constitucionalización han creado un desorden de derechos, procedimientos y jurisdicciones. En este sentido, las experiencias latinoamericanas comentadas por los conferencistas y las venezolanas que hemos reseñado, demuestran que los litigantes en lugar de resolver los conflictos relativos al arbitraje comercial en función del derecho del arbitraje, a través de los procedimientos creados por el derecho del arbitraje y a través de las cortes competentes indicadas por el derecho del arbitraje, han intentado resolver sus controversias relativas al arbitraje no con el uso del derecho del arbitraje sino del derecho constitucional, a través de los procedimientos de la justicia constitucional y ante los jueces constitucionales.

Esta constatación no puede sino llamarnos a la reflexión. Como no tiene sentido la coexistencia de sistemas paralelos de justicia dentro de un mismo ordenamiento jurídico la reflexión tiene que estar orientada a determinar en qué momento y en dónde nos equivocamos. Creemos que esto nos llevará necesariamente a redefinir el rol de las Constituciones dentro de los ordenamientos jurídicos especialmente su supuesto carácter normativo y su supremacía, reestableciendo el valor de la ley como eje central del ordenamiento jurídico.

19. Siguiendo las palabras del decano Vedel, creemos que es necesario reaccionar y evitar la construcción de “un universo jurídico sobre el fundamento de un imperialismo ‘constitucionalista’ en el cual la Constitución, su juez y sus comentaristas posean todas las llaves y custodien todas las vías”. La configuración de una *dictadura de jueces constitucionales* en la que la norma (constitucional), su interpretación y aplicación quede en manos de las mismas personas y cuyos límites sean los únicos que ellos, los jueces constitucionales, en interpretación de *sus* normas decidan aceptar.

En varias ocasiones hice alusión y critiqué fuertemente la teoría actual de los derechos humanos fundamentales, rechazando lo que considero un peligroso “fundamentalismo de los derechos fundamentales”²⁹ y la fundamentalización del derecho en general. Pero no deseo ser incomprendido sobre este punto. No estoy en contra del respeto de los derechos humanos fundamentales. Todo lo contrario, soy muy consciente de la importancia de su consagración y de la existencia de mecanismos eficaces para su protección. En este sentido,

personas, generalmente asociaciones sin fines de lucro u organizaciones no gubernamentales, académicas o científicas que intervienen de manera espontánea y benévola o por haber sido invitados por el juez o por las partes para ofrecer informaciones. Con antecedentes remotos en el derecho romano, las intervenciones a título de *Amicus curiae* se popularizaron en los países de tradición jurídica anglosajona, y luego en los procedimientos ante jurisdicciones internacionales. Sin embargo, cada vez es mayor la aparición de *Amici curiae* en países de tradición jurídica romano-germánica como la nuestra.

²⁹ FRANCOIS TERRE. « Sur la notion de libertés et droit fondamentaux ». In *Libertés et droits fondamentaux* (sous direction Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet.). 12 édition. Dalloz. 2006. p. 6.

siento el temor de que, como todo proceso inflacionario, la inflación de los derechos humanos fundamentales los lleve consecuentemente a su devaluación.

La vulgarización del recurso de amparo constitucional y su desviación de una acción especial para la protección de los derechos constitucionales-fundamentales en un “recurso-sirve-para-todo” constituye sin duda alguna una grave señal de alerta que nos indica que no vamos por un buen camino.