

EL ARBITRAJE FORZOSO EN CHILE¹
(UN EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO)
THE FORCED ARBITRATION IN CHILE

EDUARDO JEQUIER LEHUEDE*

Universidad de Los Andes (ejequier@uandes.cl)
Universidad Católica del Norte (ejequier@ucn.cl).

RESUMEN: La presente investigación trata de la figura del arbitraje forzoso actualmente vigente en Chile en materia de arbitraje interno. Se analiza concretamente la incongruencia que presenta dicha figura obligatoria en relación con los principios y derechos fundamentales de libertad, igualdad y tutela judicial efectiva que consagra la Constitución Política de 1980, y se propone en consecuencia una profunda revisión de la legislación vigente sobre esta materia.

ABSTRACT: This research deals with the figure of the forced arbitration in Chile, in the area of domestic arbitration. It analyzes specifically the inconsistency that presents this compulsory figure of arbitration in relation to the fundamental principles and rights of freedom, equality and effective judicial protection that enshrined in the Constitution of 1980, and it is proposed in consequence a thorough review of existing legislation on this matter.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje forzoso; arbitraje interno; Constitución Política de Chile de 1980; derechos fundamentales; inconstitucionalidad.

KEY WORDS: Forced arbitration; domestic arbitration; Chilean Political Constitution of 1980; fundamental rights; unconstitutionality.

INTRODUCCIÓN

Una simple revisión de la legislación común actualmente vigente en Chile sobre arbitraje privado interno, contenida en el Título IX, artículos 222 y siguientes, del Código Orgánico de Tribunales –COT–, amén de otras normas dispersas en diversas leyes especiales, nos lleva a constatar la subsistencia casi endémica en el ordenamiento jurídico chileno de una figura que, analizada a la luz del origen, naturaleza, contenido y finalidad del arbitraje, se presenta en esencia como una

¹ Artículo presentado el 17 de junio de 2011 y aprobado el 12 de agosto de 2011.

* Doctor en Derecho Universidad de Valencia, España. Magíster en Derecho de la Empresa, P. Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Comercial y Derecho Económico, Universidad Católica del Norte. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de los Andes.

contradicción con este último o, a lo menos, como un fenómeno que poco o nada tiene que ver con dicho instituto. Se trata, en concreto, de la figura del arbitraje forzoso, que a diferencia de lo que ocurre con la legislación comparada² y con la tendencia normativa internacional promovida desde 1985 por UNCITRAL, aun se mantiene enquistado en el ordenamiento positivo chileno a modo de resabio de una tradición jurídica que, según nos proponemos demostrar, choca incluso con el actual sistema de derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la propia Constitución.

La libertad de la persona humana y, como manifestación de la misma, la autonomía de la voluntad, constituye en efecto uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el ordenamiento constitucional chileno, lo que nos lleva a reflexionar por ende en torno a la figura forzosa del arbitraje en Chile y a su incardinación en el entramado constitucional vigente, de cara precisamente a los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1980.

A partir de lo que nos parece una confusión conceptual y dogmática que desdibuja sin duda la naturaleza jurídica y la función del arbitraje interno en Chile, la imposición *ex lege* de dicho mecanismo, en cuanto única vía heterocompositiva en materia de derechos disponibles, se manifiesta a través de criterios doctrinales³ y normas legales de reciente promulgación incluso, que promueven y consagran precisamente la figura del arbitraje forzoso⁴ sobre la base de criterios esencialmente pragmáticos aunque constitucionalmente cuestionables.

La situación descrita, por otro lado, no deja de ser sorprendente y hasta paradójica si consideramos que Chile cuenta actualmente con una moderna Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley N° 19.971, D.O. de 29 de septiembre

² Por excepción, legislaciones como la argentina y mexicana mantienen también la distinción entre arbitraje voluntario y forzoso.

³ En este sentido, para LETURIA “el tema de los arbitrajes obligatorios resulta fastidioso, pues obliga a entrar a debatir aspectos como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al rol del Estado en materias de Justicia”, agregando que “aunque esta discusión tenga a ratos mucho interés, felizmente podemos obviarla, al menos parcialmente y por ahora, señalando que el ámbito del arbitraje obligatorio debe quedar reducido a un mínimo, cuyos márgenes los determinará la prudencia y pragmatismo, mediante una decisión política”. LETURIA (2006), pp. 273 y 274. En el mismo sentido se pronuncia DORR, al señalar que “una reforma muy importante es la ampliación de las materias de arbitraje forzoso, ya que no siempre tiene justificación la gratuidad de la justicia...” DORR (2007), p.14.

⁴ Otras iniciativas, si bien no han llegado a ser ley, han buscado potenciar también dicha figura. Así ocurre por ejemplo con el Proyecto de Ley sobre Jueces Árbitros y Procedimiento Arbitral del año 1992 (Boletín N° 857-07), rechazado finalmente por la Cámara de Diputados.

de 2004), que recoge los principios y normas de la Ley Modelo UNCITRAL ya mencionada y que armoniza con las legislaciones sobre arbitraje de prácticamente todos los países del mundo occidental. Esta ley, amén de superar antiguas concepciones del arbitraje que desconocían su naturaleza misma por la vía de reconocer, por ejemplo, la facultad de los tribunales ordinarios para revisar el fondo y el mérito de las decisiones arbitrales mediante recursos procesales, fija la fuente de todo arbitraje en la autonomía de la voluntad de los interesados, desterrando por lo mismo –que no podía ser de otra forma– todo asomo de obligatoriedad en su origen y desarrollo.

El arbitraje interno de carácter forzoso, en síntesis, amén de insertarse en un sistema *dualista* del arbitraje, constituye un aspecto vetusto y obsoleto del ordenamiento positivo chileno que, por lo mismo, debe explorarse derechamente para desentrañar su verdadera naturaleza y acaso su ilegitimidad, según me propongo descifrar a lo largo de este estudio. No parece ya posible, entrado el siglo XXI, continuar evitando y obviando esta tarea, pues ello implica privilegiar criterios puramente prácticos e incluso de política judicial frente a normas constitucionales y principios dogmáticos que no admiten excepción; ni siquiera en el *minimum* que proponen todavía algunos autores, como ya se ha dicho.

A. EL ARBITRAJE ANTE LA CONSTITUCIÓN DE 1980. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE FORZOSO

Para abordar entonces la tarea que nos hemos propuesto, comenzaremos por describir de manera sucinta la figura del arbitraje forzoso para situarla, además, en su preciso contexto dogmático actual. A partir de ahí, nos detendremos en el estudio de los derechos fundamentales antes mencionados, que resultan directamente aludidos en la problemática que genera la figura del arbitraje forzoso u obligatorio: libertad, igualdad y tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al juez natural predeterminado por la ley.

1. UNA DISTINCIÓN PREVIA: INTERÉS PARTICULAR Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD; INTERÉS COLECTIVO Y PRINCIPIO DE NECESIDAD

Como ejercicio orientado a entender la dinámica con que operan la libertad y la autonomía de la voluntad en el arbitraje, en cuanto piezas o partes que catalizan el funcionamiento de este mecanismo de relaciones complejas y múltiples de propósito heterocompositivo, resulta necesario abordarlas previamente en cada uno de los ámbitos en que aquéllas pueden operar eventualmente, esto es: (a) en relación con el Derecho material disponible, y (b) en relación con el

Derecho procesal aplicable. De esta forma, podremos definir también la relación que existe entre el ejercicio de esa libertad, como fuente del arbitraje, con la naturaleza colectiva o particular de los intereses que se encuentran en juego en el caso determinado.

1.1 En cuanto al derecho material; libertad, autonomía, subsidiariedad y bien común

En términos generales, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al tratar este aspecto a la luz del ordenamiento constitucional chileno, la libertad y la autonomía de la voluntad corresponden a una concepción filosófico-valórica de la persona humana y de la sociedad en donde la primera, por el hecho de ser tal, prevalece sobre la segunda y sobre el Estado como depositario de la soberanía que reside en el pueblo.

La más clara manifestación de esta concepción liberal de la sociedad se produce especialmente en el ámbito económico y deriva, expresa o implícitamente, de las normas o principios que plasmados en la Constitución, delimitan la coexistencia de los intereses económicos, públicos y privados del colectivo social. Por la vía de reconocer y garantizar principalmente los derechos de propiedad y la libertad en materia económica, con mayor o menor énfasis en la potestad reguladora o de planificación que se le reserva al Estado, la Constitución delinea los contornos del sistema económico y fija sus pilares fundamentales, privilegiando la iniciativa de los individuos como agentes económicos e incentivando el desempeño de los cuerpos sociales intermedios por sobre la intervención empresaria estatal. Para ello, el ordenamiento jurídico les reconoce y garantiza a los individuos la titularidad sobre sus derechos subjetivos de carácter privado, facultándolos en consecuencia para disponer de ellos en un contexto de libertad, respetando por cierto las normas legales que regulan la actividad respectiva.

En este sentido entonces, los principios de subsidiariedad del Estado en materia económica y de autonomía de los grupos sociales intermedios constituyen, a fin de cuentas, dos caras de esta misma medalla denominada “libertad individual”. Así como la Constitución le reconoce a tales grupos la autonomía y la libertad de autorregularse para el logro de sus fines propios, así también –y consecuentemente– debe el Estado –y los grupos sociales mayores– abstenerse de irrumpir en el ámbito de actividad de los cuerpos sociales inferiores y, en último término, del individuo mismo. Dicho en otros términos, esta concepción de la sociedad implica que las organizaciones sociales mayores y el propio Estado deben dar paso a la libertad y a la autonomía del individuo y de los grupos

sociales intermedios, en la medida que éstos puedan llegar por sí solos al logro de sus objetivos particulares⁵. El principio de subsidiariedad deriva y depende así del reconocimiento de la libertad del individuo y se funda, en último término, en el concepto de bien común (que no es sino la derivación o el producto de la obra de todos quienes interactúan para lograrlo, llámense particulares, cuerpos sociales intermedios, sociedades mayores o el Estado mismo⁶), por lo que el Estado debe abstenerse de desplazar a los particulares o cuerpos intermedios en la consecución de sus iniciativas y asegurar, por el contrario, que el individuo y los demás grupos sociales cuenten con los derechos y garantías que resultan inherentes a su propio desarrollo.

En síntesis, y planteado lo anterior en el ámbito de solución de las controversias jurídicas, debe concluirse que si las partes son realmente titulares de sus derechos subjetivos disponibles, libres en consecuencia para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en torno a ellos e incluso para renunciar a los mismos en conformidad a la ley, nada impide que sean ellas también, con igual libertad, quienes decidan resolver sus conflictos por medios distintos a los establecidos orgánicamente y de manera permanente por el Estado.

1.2 En cuanto al derecho procesal

Como apunta también el profesor MONTERO⁷, la clave aquí está en definir cuál es el interés comprometido y preponderante en cada caso, si individual o colectivo.

⁵ Como lo señala Pío XI en "*Quadragesimo Anno*", los gobernantes deben entender que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más eficaz y próspera la condición del Estado. Por su parte, y refiriéndose a la intervención del Estado en el logro del bien común, Juan Pablo II señala en "*Centesimus Annus*": "(...) el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro". JUAN PABLO II (2006), p. 32.

⁶ Como señala Penna, "la participación de los bienes, sean materiales, sean espirituales, se traduce en una doble consideración: por un lado la acción del sujeto en la procura del bien común y, por otro, los beneficios que de ese bien común recibe el sujeto participante", de manera tal que "el bien de una totalidad de orden es el mejor bien de cada una de sus partes; cada uno realiza su propio bien sólo integrándose en el bien común". PENNA (1999), p. 28.

⁷ MONTERO (2004), pp. 103 y 104.

Cuando el interés comprometido en la norma jurídica es colectivo o, en otros términos, si la norma apunta a la tutela del interés de la colectividad, aquélla debe imponerse necesariamente a los particulares en todo su ámbito y consecuencias, sin espacio alguno para la discrecionalidad individual.

El principio de oportunidad es reemplazado entonces en estos casos por el principio de necesidad, según el cual el cumplimiento del supuesto de hecho contenido en la norma acarrea la obligación del Estado de poner en movimiento su actividad judicial o genera, según corresponda, el deber de reacción de alguno de sus órganos en orden a provocarla. Tal sería el caso del ejercicio de la potestad punitiva del Estado frente a la comisión de hechos delictivos, o de la función tutelar que se le impone ante casos de vulneración o amenaza grave de los derechos de un menor⁸.

Como contrapartida, cuando el interés comprometido y preponderante es el individual opera en plenitud el principio de oportunidad, según el cual la iniciativa para deducir o no un derecho en juicio la tienen exclusivamente las partes. Son ellas quienes a su vez determinan y delimitan libremente el interés que será objeto del proceso e incluso la terminación anticipada del mismo, aportando además los hechos. Por lo anterior, la sola verificación u ocurrencia del supuesto de hecho sobre el cual discurre la norma jurídica no genera *per se* la necesidad, como en el caso anterior, de dar curso a las consecuencias jurídicas previstas en la misma norma. Para ello será necesario que el titular del derecho subjetivo lo deduzca en juicio, formulando discrecionalmente su pretensión, lo que implica disponer del mismo en ejercicio de la libertad y la autonomía de la voluntad que el ordenamiento jurídico le reconoce a las personas.

En este sentido el mismo autor, parafraseando a CALAMANDREI y refiriéndose concretamente a los principios dispositivo y de oportunidad en el proceso civil, señala que “el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica” (MONTERO, 2000, p. 330). Por la misma razón entonces, y en lo que aquí concierne, la iniciativa que se reserva a las partes interesadas para provocar o no la actividad jurisdiccional, desde que está orientada a satisfacer intereses privados (aun cuando indirectamente el interés colectivo se vea reflejado también en la paz social que resulta de la solución de las disputas individualmente consideradas), comprende también

⁸ En Chile, ejemplo de lo que señalo lo constituyen el artículo 68 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de Familia, en relación con el artículo 16 bis de la Ley de Menores, N° 16.618.

la posibilidad de optar libremente por otros medios alternativos de solución de sus disputas, distintos de la jurisdicción estatal; y entre ellos se encuentra precisamente el arbitraje.

2. EL ARBITRAJE FORZOSO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE ARBITRAJE INTERO

La figura del arbitraje forzoso, vigente hasta hoy en el ordenamiento positivo chileno, constituye una manifestación propia del derecho medieval⁹, surgida por lo mismo en una época de absolutismo en donde no se concebía siquiera la separación de funciones en el ejercicio del poder y en donde la justicia distributiva y conmutativa era impartida por y en nombre del rey, dada la ausencia de tribunales dedicados exclusivamente a ejercer la función jurisdiccional. La situación no cambió mayormente durante la época colonial latinoamericana, pues, como señala GOZAÍNI¹⁰, si bien en dicho periodo aparecen o se distinguen cuatro espacios de ejercicio del poder –“el gobierno, la justicia, la guerra y la administración”–, todos ellos derivan igualmente del monarca.

Situado por ende el origen del arbitraje forzoso en un contexto histórico que precede con mucho al constitucionalismo moderno y al *iusnaturalismo racionalista*, que surge a partir de las ideas reformistas liberales de fines del siglo XVIII, puede entenderse en consecuencia que en determinados casos su fuente no haya sido ya la voluntad de las partes sino, excepcionalmente, la voluntad del soberano impuesta por un acto de ley. En este esquema, que se mantiene hasta hoy en materia de arbitraje interno como se dijo, la voluntad de las partes es reemplazada por una decisión del Estado, proscribiéndose, por ende, el acceso de las partes a los órganos jurisdiccionales estatales como método de solución de sus controversias. Más aun, al no existir aquí un convenio arbitral la voluntad de las partes resulta del todo irrelevante, limitada simplemente a la designación de común acuerdo del árbitro –y en ocasiones ni siquiera eso¹¹– y a la determinación de sus facultades en conformidad a la misma ley, sea como árbitro de derecho, mixto o arbitrador (art. 223 del COT).

⁹ El arbitraje forzoso en el Derecho medieval castellano, antecedente inmediato de la legislación chilena en esta materia, tiene sus primeras manifestaciones positivas en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y éstas, a su vez, en regulaciones contenidas en el Derecho francés de los siglos XVI y XVII.

¹⁰ GOZAÍNI (2006), p. 305. El autor hace además una completa relación de las categorías fundamentales de órganos jurisdiccionales que existieron durante la colonia en Latinoamérica.

¹¹ Así por ejemplo, en el caso del arbitraje obligatorio regulado en el art. 40 de la Ley N° 19.281, que establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, las partes ni siquiera tienen la posibilidad de designar libremente al árbitro.

Sin embargo, y mirada la figura obligatoria del arbitraje interno a la luz de los derechos fundamentales de la libertad, igualdad y tutela judicial efectiva que estructuran el actual Estado de Derecho, la conclusión no puede ser la misma según nos proponemos demostrar.

En lo que concierne entonces al tratamiento normativo actual del arbitraje forzoso en el ordenamiento jurídico chileno, resulta pertinente reiterar que tal figura no se contempla en la actual legislación sobre arbitraje comercial internacional. Tratándose del arbitraje interno, en cambio, la señalada obligatoriedad se mantiene todavía en el artículo 227 del COT, sin perjuicio de los casos contemplados en otras leyes por aplicación del numeral 5º de la señalada norma. Por esta vía, en consecuencia, los casos de arbitraje forzoso adquieren en Chile una dimensión tan amplia como lo sea la voluntad del legislador, que como ya he dicho se ha mostrado especialmente proclive a perpetuar e incluso a incrementar la presencia de esta figura en el arbitraje interno.

3. ARBITRAJE FORZOSO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD

Frente a la controversia de carácter jurídico el ordenamiento positivo no sólo proporciona y reconoce entonces la vertiente jurisdiccional como alternativa única de solución. Junto con consagrar en efecto el derecho fundamental de las personas para acceder a los tribunales ordinarios en procura de tutela jurisdiccional, creando para ese fin toda una estructura orgánica y un marco procedimental permanente, el ordenamiento constitucional reconoce al mismo tiempo la libertad de las partes para que esa función heterocompositiva, cuando se trata de materias disponibles en Derecho, pueda realizarse a través de personas que no forman parte de esa estructura judicial permanente.

Partiendo de la base de que la competencia y la facultad de administrar justicia corresponden únicamente al Poder Judicial¹², ninguna incompatibilidad se

¹² Así lo señalan los artículos 117.3 y 149.1.5 de la Constitución española de 1978; y en Chile los artículos 76 y 77 de la Constitución Política de 1980, en relación con los artículos 1º y 5º del Código Orgánico de Tribunales. En Chile, sin embargo, a diferencia de la experiencia española, la doctrina mayoritaria ha sostenido que a la luz de las normas constitucionales y legales precitadas, los árbitros tienen el carácter de jueces de la Nación y, por ende, de tribunales especiales que forman parte del Poder Judicial y que ejercen la actividad jurisdiccional del Estado, sometidos por lo mismo a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. No compartimos sin embargo esta opinión, pues los árbitros, si bien son considerados como jueces por el Código citado y ejercen jurisdicción en el plano declarativo, no forman parte del Poder Judicial ni se identifican en modo alguno con los órganos permanentes que lo componen. Los árbitros *hacen* lo que el Poder Judicial, pero *no son* Poder Judicial.

genera al contemplar al mismo tiempo un cuerpo normativo que le reconozca a las partes la libertad para resolver sus disputas por medio de arbitraje, sujetándolas ya sea a derecho y a las mismas normas de procedimiento aplicables a los tribunales ordinarios, ya a criterios de equidad si así lo acuerdan además.

Desde sus orígenes más remotos, el arbitraje encuentra su fundamento y razón de ser en la libertad de las partes, quienes ejerciéndola optan precisamente por renunciar a la jurisdicción del juez ordinario predeterminado por la ley, para confiar la solución de sus conflictos al árbitro. Como dice Chocrón, “el arbitraje está regido por el principio de oportunidad ya que es una vía voluntaria a la que pueden acudir los particulares para resolver sus conflictos” (Chocrón, 2000), p. 20), disponiendo así de sus derechos e intereses en cuanto a resolver sus controversias por la vía arbitral o la judicial. Por lo mismo, el arbitraje reconoce en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las personas su propia esencia, que no puede por lo mismo ser desconocida o vulnerada sin destruir o desnaturalizar al mismo tiempo la institución arbitral en cuanto tal.

En consecuencia, el punto a resolver en lo que sigue de esta investigación deriva entonces de la hipótesis inversa a la recién planteada, esto es: (a) si en el ámbito de las materias que son disponibles conforme a derecho, impregnadas por lo mismo del principio dispositivo y regidas por la autonomía de la voluntad, el legislador –y por ende el Estado– está facultado para imponer el arbitraje como camino obligatorio y único de solución del conflicto jurídico, y (b) si por esa vía de prescindencia de la libertad, reconocida en la Constitución como derecho fundamental, se afecta o no al mismo tiempo el derecho fundamental de tutela judicial efectiva y acceso al juez ordinario predeterminado en la ley.

3.1 Libertad y arbitraje ante la Constitución Política de 1980

El arbitraje, en cuanto mecanismo alternativo de heterocomposición de conflictos de relevancia jurídica, reúne diversos elementos que lo caracterizan como una institución autónoma¹³, que aglutina una diversidad de relaciones jurídicas concomitantes que le dan contenido y lo estructuran en su fase subjetiva y material. Entre aquellos elementos fundamentales se encuentran, en lo que aquí interesa, la libertad que lo origina y justifica precisamente –por una

¹³ Distintas son las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje. Si bien no nos corresponde abordar su estudio pormenorizado en esta oportunidad, nos limitaremos a mencionarlas simplemente: a) la tesis contractualista; b) la teoría jurisdiccional, mayoritariamente seguida en Chile; c) la tesis intermedia o ecléctica, y d) la teoría más moderna y que compartimos, que considera al arbitraje como una institución autónoma. Sobre el particular puede consultarse a BARONA (2004), pp. 58 y 59.

parte— y la función heterocompositiva que le es propia —por la otra—, de carácter procesal por lo mismo.

Una visión conjunta de ambos aspectos entonces —fuente y función—, genera espontáneamente la necesidad de destacar de antemano la perfecta relación y complementariedad que existe entre el arbitraje y el acceso a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley, que al igual que la libertad se reconoce también con carácter esencial en la Carta Fundamental de 1980. En materia civil entonces, en donde rige el principio dispositivo y —por lo mismo— en la medida que el arbitraje encuentre su fuente en la libertad de las partes y en la autonomía de la voluntad, no hay atentado posible al derecho a la tutela judicial efectiva ni al acceso al juez ordinario predeterminado por la ley, como derecho fundamental. No insistiremos mayormente sobre este aspecto, pues sobre él la doctrina nacional y comparada es pacífica y uniforme.

Pues bien, llegados a este punto parece indispensable demostrar a continuación cómo la libertad de las personas y, con ella, la autonomía de la voluntad, tiene en la actualidad expresa y firme consagración en el ordenamiento constitucional chileno.

3.2.1. La libertad en su manifestación jurídica

Como apunta CASTAN¹⁴, la libertad como idea, principio y valor humano admite múltiples concepciones y facetas, dependiendo de si se la aborda desde un punto de vista metafísico, jurídico, político, económico, civil o de Derecho privado; y cada uno con problemas y cuestiones propias que en el tiempo han sido abordadas por diversas corrientes filosóficas, ya sea desde un punto de vista negativo como ocurre con el estoicismo, panteísmo, materialismo, positivismo, o desde un prisma afirmativo como lo hace el aristotelismo, agustinismo, tomismo, kantismo, existencialismo. En lo que aquí interesa, sin embargo, la libertad será analizada en su sentido esencialmente jurídico, esto es, como facultad o poder de actuar o no actuar, fundado en la propia naturaleza de la persona humana; lo que no implica —con todo— que se trate de una idea o concepción ajena e independiente de la libertad en su sentido físico, moral o metafísico¹⁵.

¹⁴ CASTAN (1992), p. 77. Del mismo modo, la libertad en su sentido jurídico también puede verse limitada por un mandato de índole moral (ético, religioso o social), pero sólo cuando la norma positiva lo recoge; así ocurre por ejemplo en Chile con el delito tipificado en el artículo 139 N° 2 del Código Penal, que sanciona a los que “*con acciones palabras o amenazas ultrajaren los objetos de culto, sea en los lugares destinados a él o que sirven habitualmente para su ejercicio, sea en las ceremonias públicas de ese mismo culto*”.

¹⁵ En palabras de Guzmán, en efecto, “se es, pues, libre ahí en donde no exista una ley física que impida o impela” (o sea, de poco me sirve la libertad jurídica de volar sin máquinas o artefactos si la ley física de

Aclarado lo anterior, resulta necesario destacar en esta parte, como cuestión previa y a modo de presupuesto dogmático de todo cuanto se dirá a continuación, el papel primordial que desempeña en el constitucionalismo moderno el reconocimiento y el respeto de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana, sean civiles, políticos o sociales, en cuanto sustrato material y garantía esencial inherente a todo Estado de Derecho, democrático y social, respectivamente. El Estado de Derecho, como apunta BANDRÉS, no es un simple calificativo que adorna a los Estados que detentan un ordenamiento jurídico sino que exige, mucho más que eso, “la sujeción de la Administración a la ley y a la definida orientación del Estado a la protección y realización de las exigencias de libertad, igualdad y seguridad de los derechos fundamentales del hombre” (BANDRÉS, 1987, p. 9).

La organización política y social ha sido concebida y creada por los individuos porque, previamente, éstos se han reconocido como titulares de ciertos derechos inviolables y preexistentes al Estado, inherentes y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico, cuya declaración y reconocimiento no posee por ende una dimensión constitutiva de los mismos sino, por el contrario, meramente declarativa y limitativa por ende del actuar del propio Estado. “Los hombres –dice ARAGÓN¹⁶–, mediante la Constitución, confían su gobierno al Estado, precisamente porque, mediante la Constitución, el Estado queda obligado a respetar la libertad. Los derechos de los ciudadanos son fundamentales no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es pueblo libre, sino además por que tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es, en la propia Constitución”.

De esta forma entonces, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución adquieren una dimensión axiológica desde que definen la estructura política y jurídica del Estado, configurando los elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. Por otra parte, la incorporación de tales garantías en la Constitución asegura asimismo el respeto de los derechos subjetivos que se les reconocen a los individuos, en cuanto manifestación esencial de la dignidad de la persona humana y, en lo que aquí concierne, de la libertad de los particulares como límite frente al poder del propio Estado.

gravedad me lo impide) y, como contrapartida, “como hay una ley que prohíbe hacer esclavos, nadie es jurídicamente libre para hacer esclavo a otro o no hacerlo, aunque tenga libertad física para hacerlo”. Por lo mismo, el autor define la libertad aplicada al ámbito jurídico como “una potencia de comportarse de una u otra manera, o de no comportarse, en donde las leyes físicas o jurídicas no hacen necesario ni imponen un determinado comportamiento”. GUZMÁN (2001), pp. 183, 184 y 185.

¹⁶ ARAGÓN (1998), p. 148.

En este último sentido además, y como señala BERLIN¹⁷, la libertad puede ser “negativa” o “positiva” según si el deber de abstención que impone al Estado consiste en que este último no haga algo a la persona (detener arbitrariamente por ejemplo) o, en cambio, en no impedir que se haga algo por el individuo y, en general, por los cuerpos sociales intermedios. En otros términos, la libertad adquiere así el carácter de un derecho fundamental de defensa frente al poder público, plasmada según se dijo en un deber de abstención del Estado en sentido estricto o, en otros casos, en la prohibición que la Constitución le impone en orden a no impedir que los particulares creen, modifiquen o extingan actos o relaciones jurídicas o, incluso, hechos puramente materiales.

Con todo, en la legislación chilena sobre arbitraje interno, que reconoce como se dijo la figura forzosa u obligatoria, la libertad del individuo resulta afectada en su doble manifestación, positiva y negativa: a) positiva, por cuanto el Estado obliga en determinados casos a las personas a seguir este único camino heterocompositivo, aun contra su voluntad y autonomía y no obstante tratarse de derechos e intereses esencialmente privados, por ende disponibles, y b) negativa, ya que el Estado impide al mismo tiempo que las personas recurran o hagan uso de un servicio o utilidad colectiva que resulta consustancial a un sistema de Estado democrático de Derecho, como es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales estatales de justicia o derecho al juez natural.

Sin duda que el poder público puede imponer límites materiales o formales a la libertad y a los derechos fundamentales en general¹⁸, en los casos y de la manera que la propia Constitución señale¹⁹; pero en ningún caso podrá el Estado y

¹⁷ BERLIN, Isafás, citado por DÍEZ-PICAZO (2005), pp. 41 y 42. NOGUEIRA destaca también esta misma dualidad positivo-negativa de la dignidad de la persona humana, señalando que ésta “es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente, a través de los derechos, el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.” NOGUEIRA (1997), p. 107.

¹⁸ En cuanto al carácter material de los límites a los derechos, contenidos en la misma normativa, el TC chileno ha declarado que éstos “suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”. Fallo del Tribunal Constitucional –FTC–, Rol N° 245, de 02 de diciembre de 1996. Los límites formales, por su parte, son aquellos en que el ordenamiento jurídico faculta a los operadores jurídicos para limitar o suspender temporalmente y en ciertos casos el ejercicio de los derechos.

¹⁹ Para los autores de la escuela del Derecho natural moderno, el estado humano sin leyes positivas era aquel en que el hombre era realmente libre. Fue a través del contrato social que ese estado natural del hombre dio paso al estado civil, en donde la ley jurídica –para distinguirla de la ley física o moral– vino a limitar

en particular el legislador, a pretexto de regular el ejercicio de tales libertades y derechos, afectarlos en su esencia al punto de hacerlos irreconocibles o impedir su libre ejercicio, como lo señala explícitamente el art. 19 N° 26 de la Constitución Política –CP– de 1980.

En este sentido, el Tribunal Constitucional chileno –TC– ha señalado que “*se debe entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible*”, agregando luego que “*se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete (al derecho) a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.*” (el paréntesis es propio)²⁰. El Tribunal Constitucional español –TCE–, por su parte, desarrolla el concepto de “contenido esencial” en términos también explícitos (muchos de los cuales son reiterados por la sentencia del TC chileno recién citada), aclarando en primer término que dicho concepto, contemplado concretamente en el art. 53 de la CE, “*se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales*”²¹.

En otros términos, junto con la declaración general de libertad, la Constitución incluye diversas declaraciones más específicas o acotadas de la misma, frente a las cuales el legislador no puede limitar o regular arbitrariamente; y ello sin perjuicio de aquellas libertades particulares no declaradas expresamente, que pueden igualmente deducirse de la declaración general.

3.2.2 *La libertad como derecho fundamental en la Constitución de 1980*

En el ordenamiento constitucional chileno, en concreto, la libertad en todas sus formas y los demás derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la

esa libertad y a encausarla a través del mandato imperativo o prohibitivo. De aquí que pueda constatarse entonces la existencia de una suerte de relación tensional entre la libertad y la ley jurídica, pues, como es evidente, la libertad jurídica se ve restringida en la medida que aumentan las leyes jurídicas que mandan o prohíben una determinada conducta u omisión.

²⁰ FTC, de 26 de enero de 1987, Rol N° 42, sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional de los Consejos Regionales de Desarrollo.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español –STCE– 11/1981, de 08 de abril, FJ. 8º, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 1981/11. A partir de esta sentencia se ha ido configurando en España una línea jurisprudencial en donde los derechos quedan configurados desde una doble perspectiva o dimensión, objetiva y subjetiva. Así, cada derecho fundamental tiene un contenido propio en donde se distingue lo que resulta esencial a su contenido –indisponible por lo mismo para el legislador– y lo que no lo es y que constituye el contenido complementario del derecho, en donde puede actuar la ley. Sobre esta doctrina puede consultarse a HORMAZÁBAL (2006), pp. 108 y ss.

persona humana, todos ellos incluidos como derechos subjetivos en la Constitución Política de 1980 y, por ende, inviolables para el propio Estado, “constituyen fundamento del orden jurídico de la Nación” (Fueyo, 1990, p. 26). Es en esta idea de dignidad de la persona humana²² en donde el concepto de derechos fundamentales encuentra además su contenido ético²³, de manera que la persona es digna al gozar precisamente de su libertad desde que ésta se identifica con la dignidad y, ambas a su vez, con la igualdad de las personas en naturaleza y derechos. Así lo declara explícitamente el artículo 1, inciso 1º, de la CP, al señalar que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, vinculando de esta forma a la dignidad con la libertad y la igualdad de las personas en cuanto fuente de derechos subjetivos públicos y trilogía que constituye el núcleo y sustento valórico de la institucionalidad chilena²⁴.

Por lo anterior entonces, corresponde al Estado reconocer y garantizar la dignidad de la persona y la libertad que le sirve de contenido y expresión, mediante la remoción de todos los obstáculos que se opongan a la misma y que no se justifiquen en la idea de igualdad en cuanto cauce y complemento de la primera²⁵. Como sostiene Nogueira, en fin, “la dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, de ser libre y racional”, lo que implica que los derechos esenciales que

²² No resulta fácil adentrarse en el estudio de este concepto de “dignidad”, más filosófico que jurídico, ni es el propósito de esta investigación. Sin embargo, resulta pertinente recordar las palabras de Kant en este sentido: “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”. KANT (1996), p. 434. Para GUZMÁN BRITO, por su parte, “mientras la habilidad y diligencia al trabajar tienen un precio de mercado y el ingenio, la imaginación vivaz y el humor un precio de afeción, la fidelidad en las promesas, la benevolencia por principios (no por instinto) tienen un valor intrínseco, o sea, dignidad”, la que se funda en último término –dice el mismo autor– “en la autonomía, vale decir, en la capacidad de darse una ley para sí mismo, que será ley en la medida de su posibilidad de universalización”. GUZMÁN (2001), p. 195.

²³ Cfr. PECES-BARBA (1995), p. 37.

²⁴ La fuente positiva inmediata del artículo 1º de la Constitución de 1980 es el artículo 1º de la *Declaración Universal de Derechos de las Naciones Unidas de 1948*, que señala precisamente: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)*”. Se fundan ambas disposiciones, como señala Guzmán, en la concepción *iusnaturalista* moderna de la persona humana, “cuyo punto de partida es la hipótesis de la libertad del hombre en el “estado natural”, cuya versión moderna remonta a Hobbes, repitieron Spinoza, Pufendorf y Locke, y retomó Russeau”. GUZMÁN (2001), p. 169.

²⁵ Las ideas de libertad e igualdad tienen conexiones innegables entre sí, pues se apoyan en un supuesto común: la naturaleza de la persona humana, libre e igual en todos los hombres. Ambas ideas no se excluyen sino que, por el contrario, se complementan en cierto modo, pues, como apunta CASTÁN, si la libertad “requiere una dirección interior que le aporte límites y cauces, la igualdad interviene para corregir las desviaciones de la libertad; aparece prácticamente como la libertad de todos los demás hombres frente a la libertad de uno solo”. CASTÁN (1992), pp. 84 y 86.

se desprenden de ella “(...) deben ser protegidos, garantizados, efectivizados y promovidos, a través de mecanismos eficaces en el ámbito nacional e internacional o supranacional” (NOGUEIRA, 1997, pp. 108 y 109).

Más aun, y así como en la Carta Fundamental de 1980 es posible identificar la existencia de cláusulas generales de dignidad y libertad de la persona (como ocurre con el recién citado artículo 1º inciso 1º y con el artículo 5º inciso 2º, que reconoce en el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana un límite al ejercicio de la soberanía), así también puede reconocerse en ella una cláusula general de reconocimiento y promoción del libre desarrollo de la personalidad, según aparece en el artículo 1º inciso 4º. Como señala CAZOR, en efecto, si bien el libre desarrollo de la personalidad no está explícitamente establecido como derecho fundamental en la Constitución de 1980, sí resulta posible derivarlo implícitamente de esta última disposición (art. 1º inciso 4º), “por cuanto la primacía de la persona humana, como valor constitucional, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales” (CAZOR, 2006, p. 11).

Así entonces, al declarar la Carta Fundamental que el Estado “*está al servicio de la persona humana*” y que, por lo mismo, debe propender a “*su mayor realización espiritual y material posible*”, se proclama necesaria y consecuentemente el derecho que tienen las personas a que en la búsqueda de esa felicidad y desarrollo personal el Estado no interfiera, a menos que resulte indispensable para resguardar los derechos que los demás tienen a su vez en igual sentido.

El reconocimiento de este derecho al libre desarrollo de la personalidad se constituye, por ende, en las más férrea cortapisa contra el omnipresente paternalismo del Estado, que pese a estar al servicio de las personas no resiste muchas veces la tentación de decidir qué es lo que más les conviene y cómo deben éstas conducir sus vidas, aun en el ámbito de sus derechos disponibles.

Se trata, pues, de la proclamación constitucional del ser humano como “juez de sus propios intereses” (CAZOR, 2006, p. 11), en la medida que en el ejercicio de los mismos se respeten, a su vez, la dignidad y los derechos de los demás. Como ha dicho en Chile el TC, en fin:

“12.- (...) el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los “reconoce y asegura”;

*que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...*²⁶.

En síntesis, la dignidad de la persona humana y, con ella, la libertad y la voluntad autónoma que se le reconoce en la Constitución Política de 1980, constituyen derechos fundamentales anteriores y superiores al ordenamiento jurídico y al Estado mismo, siendo labor de la norma jurídica el reconocerlos y garantizarlos según se desprende de las normas constitucionales antes citadas. En el Capítulo I de la Carta Fundamental, sobre *Bases de la Institucionalidad*, y más concretamente en su art. 1 inciso 1º y art 5 inciso 2º, se recoge claramente la inspiración *racional-iusnaturalista* de los llamados “derechos innatos” de la persona, propia de la tradición de los *Bill of Rights* de las colonias inglesas de América del Norte y de la Declaración francesa de derechos de 1789, en donde destacan la innata libertad y la innata igualdad de derechos que, en palabras del constituyente de 1980, “emanan de la naturaleza humana” (art. 5º inc. 2º de la CP de 1980). En esta concepción *iusnaturalista* de los derechos fundamentales, por ende, el respeto y la promoción de la libertad y la autonomía de la voluntad se erigen en un deber para el Estado y sus órganos (en su aspecto positivo) y, al mismo tiempo, en una limitante para el ejercicio de la soberanía que se le ha delegado por el pueblo (en su aspecto negativo), lo que resulta plenamente aplicable al arbitraje y al derecho opcional y esencialmente voluntario de optar –o no– por el mismo en cuanto herramienta de solución de controversias sobre materias disponibles²⁷.

Por lo anterior entonces, y extrapolando lo recién expuesto al ámbito preciso del arbitraje interno en la legislación chilena vigente, resulta inevitable concluir que la imposición del arbitraje como medio heterocompositivo de controversias,

²⁶ FTC, de 20 de octubre de 1998, Rol N° 280.

²⁷ Ninguna duda dejan al respecto las Actas pertinentes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución –CENC–. Así, y comentando el texto que se había propuesto para el actual artículo 5º inciso 2º CP por el comisionado Sr. Enrique Ortúzar, en la sesión N° 48 de 25 de junio de 1974 (“*La soberanía no reconoce otras limitaciones que las relativas al régimen democrático y a las garantías fundamentales que esta Constitución establece*”), el comisionado Sr. Jaime Guzmán señaló: “La soberanía (...) tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuera (el texto) en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva, pero sí se podría hablar del respeto a los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana” (el paréntesis es propio). Sobre esta base entonces, la CENC aprobó finalmente el siguiente texto: “*La soberanía no reconoce otra limitación que el respeto de los derechos que arrancan de la naturaleza humana*” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 402 de 14 de julio de 1978, pág. 3207). Esta redacción fue posteriormente modificada por el Consejo de Estado (aunque antes se había reemplazado ya, por iniciativa del mismo comisionado Sr. Guzmán, la expresión “arrancan” por “emanan”), agregándose la expresión “*esenciales*” después de “*derechos*”, que fue el texto finalmente aprobado en 1980.

que atañen no obstante a asuntos en que se involucra únicamente el interés particular de las partes en conflicto, constituye un atentado directo contra la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad que la Constitución Política de 1980 le reconoce a las personas en cuanto valores, principios y fines que configuran las bases de la institucionalidad chilena. Más aun, y como apunta Díez, en la Carta de 1980 el ejercicio de la libertad está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad, al punto que así lo consideró desde un principio la Comisión Constituyente al estimar indispensable el “*fortalecer el derecho de propiedad, base esencial de las libertades, ya que el control económico es el medio de ejercer el control político; todo con las debidas limitaciones que exija el bien común*” (DÍEZ, 1999, p. 41)²⁸.

En consecuencia, si la propia Constitución de 1980 reconoce y garantiza la libertad y la autonomía de las personas para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas que atañen a sus intereses y derechos particulares, como asimismo la facultad para disponer libremente y en conformidad a la ley de toda clase de bienes, corporales e incorporales (art. 19 N° 24 de la CP), debe hacer lo propio también respecto de la forma en que aquéllas resuelven las controversias que caen bajo la esfera de su dominio exclusivo, como manifestación de su libertad negocial.

Si a ello agregamos, por último, que los principios y fines consignados en el Capítulo I de la CP de 1980 constituyen normas jurídicas de aplicación directa, que impregnan y modelan además toda labor interpretativa de la restante normativa constitucional y de todo el ordenamiento jurídico en general, la conclusión recién apuntada se hace aun más evidente: las normas legales que imponen actualmente el arbitraje en los casos ya mencionados, originadas según se dijo en épocas de absolutismo en las que no se vislumbraba siquiera la concepción democrática del Estado de Derecho, se encuentran en directa oposición con aquellas cláusulas constitucionales y derechos fundamentales que exaltan la dignidad de la persona humana y garantizan su libertad e igualdad, las que el Estado y sus órganos deben respetar y promover por expreso mandato de los artículos 1° inciso 1°, 5° inciso 2°, 6°, 19 N° 2, 19 N° 3 inciso 1° y 19 N° 26 de la misma Constitución, y por el principio de legalidad que rige su actuar.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que al introducirse la figura del arbitraje forzoso por la *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales de*

²⁸ El mismo autor se refiere también a las expresiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, también citadas, las que se contienen en concreto en: *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Vol. 1, sesión N° 3, de 26 de septiembre de 1973, p. 3.

Chile, de 1875, no existía una disposición constitucional semejante al actual artículo 1º inciso 1º de la CP 1980, que asigna a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de las personas el carácter de Bases de la Institucionalidad chilena. La Carta Fundamental de 1833, vigente a esa época, simplemente no la incluía. De aquí entonces que el problema de constitucionalidad del arbitraje forzoso en Chile adquiere especial significación a partir de la CP 1980, considerando además que la Carta de 1925 tampoco contenía una declaración semejante (aunque aludía en cambio a libertades específicas).

Por otro lado, la disposición cuarta transitoria de la CP 1980, recordemos, señala que “*se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales*”, de manera que las normas sobre arbitraje contenidas en el COT, que tiene precisamente y para estos efectos el rango orgánico constitucional apuntado por la norma transitoria citada, en relación con el artículo 74 de la misma Carta Fundamental, sólo pueden aplicarse en la medida que no resulten contrarias a los derechos fundamentales consagrados por esta última.

No es entonces por la vía de obligar a someterse a arbitraje respecto de controversias sobre materias disponibles en Derecho, que el Estado debe abordar las dificultades prácticas que le genera la sobrecarga de su sistema de justicia. Semejante alternativa, reitero, amén de desnaturalizar la institución arbitral, se encuentra en abierta pugna con derechos fundamentales que le imponen al Estado y a sus órganos el deber de reconocer y respetar la libertad y la autonomía de la voluntad que inspiran la institución del arbitraje. La promoción del arbitraje, como alternativa a los órganos jurisdiccionales estatales, debe provenir de su fortalecimiento en cuanto mecanismo al que las partes pueden recurrir libremente en busca de soluciones de mayor calidad relativa, rapidez, eficacia y hasta de privacidad, pero nunca de una imposición del legislador. Para ello, pues, la actual legislación sobre arbitraje interno en Chile reclama una completa revisión y puesta al día, tal como ha ocurrido ya en materia de arbitraje comercial internacional.

3.3 La libertad como límite competencial del examen de constitucionalidad en el arbitraje; la doctrina del TC español

El carácter esencialmente voluntario del arbitraje, que surge según se dijo del ejercicio de la libertad que se le reconoce a las personas como derecho fundamental, constituye uno de los pilares –si no el principal– sobre los que se cons-

truye el sustrato dogmático de la institución arbitral, desde sus mismos orígenes. Como lo ha señalado insistentemente el TC español, la voluntariedad constituye el “*fundamento y motor*” del arbitraje, que por lo mismo “*sólo llega hasta donde alcanza la libertad*”²⁹.

Pues bien, y coincidente con tan explícita declaración, el mismo TC ha tenido oportunidad de ocuparse también de los efectos y consecuencias que se derivan de la doctrina recién apuntada, advirtiendo en tal sentido que aquéllas no sólo alcanzan o se aplican a la exclusiva esfera de ejercicio de las partes que han optado libremente por el proceso arbitral, sino también a la competencia del propio TC cuando el examen de constitucionalidad que se le requiere se enmarca o viene constreñido, precisamente, por esa misma libertad.

Es así como en su sentencia de 17 de enero de 2005, el TC considera que la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes constituye no sólo el fundamento de la institución arbitral, que permite entroncarla además con el entramado constitucional vigente³⁰, sino que además –y consecuencialmente– una limitante competencial en el ejercicio de sus funciones constitucionales propias. Pronunciándose sobre el alcance y los efectos del ejercicio de esa libertad, el TC declara en esta sentencia³¹:

“El arbitraje es un ‘medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)’ (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 4); y ‘aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional’ (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio [RTC 1988\701 AUTO], F. 1; y 179/1991, de 17 de junio [RTC 1991\179 AUTO], F. 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más

²⁹ Auto del Tribunal Constitucional –ATC–, de 20 de julio de 1993, Sala 1ª, Sección 1ª, Aranzadi Westlaw, RTC, 1993/259.

³⁰ Sobre la constitucionalidad del arbitraje en el Derecho español pueden consultarse entre otras las SSTC 43/1988 (RTC 1988\43), 233/1988 (RTC 1988\233), 15/1989 (RTC 1989\15), 288/1993 (RTC 1993\288) y 174/1995 (RTC 1995\174).

³¹ STC, de 17 de enero de 2005, N° 9/2005, en Aranzadi Westlaw, RTC 2005/9.

relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988\233]), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo". (F.J. 2º)

La sentencia citada, fundada precisamente en la autonomía de la voluntad de las partes, deja en claro entonces que tratándose del arbitraje todo examen de constitucionalidad de normas legales, realizado a la luz del art. 24 de la Constitución española –CE–, no puede incidir en aspectos de fondo ni orientarse a una revisión de mérito del respectivo laudo arbitral, sino sólo a aquellos aspectos de carácter formal o externo que encuentran fundamento en normas de orden público y en garantías procesales esenciales. En otros términos, y tal como se desprende de los ejemplos que ofrece la misma sentencia (*formalización judicial del arbitraje, anulación y ejecución forzosa del laudo*), el control que la ley le entrega en este sentido a los órganos judiciales apunta únicamente a la tutela formal del juicio arbitral o de sus garantías procesales, sin entrar a revisar el contenido decisorio del laudo ni la forma en que se ha valorado la prueba para llegar a esa decisión. Por lo mismo, el fondo de lo resuelto sólo podrá atacarse de manera indirecta, por la vía de la anulación misma del laudo que la contiene cuando se ha dictado sin jurisdicción para ello (ya sea por ausencia total de la misma o por incongruencia derivada de su extralimitación) o con errores *in procedendo* que constituyen infracción del orden público³². La jurisprudencia al respecto ha sido enfática en este aspecto³³.

4. ARBITRAJE FORZOSO E IGUALDAD ANTE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, tampoco parece razonable, a la luz del principio de igualdad consagrado como cláusula general en el artículo 1º inciso 1º de la CP 1980 y como derecho garantizado en el artículo 19 N° 2 y 19 N° 3 inciso 1º de la misma Carta Fundamental, imponer el arbitraje sólo a ciertos individuos –los que señale la ley– y no a otros que detentan una misma cualidad esencial³⁴. Tal discriminación, para resolver no obstante contro-

³² Este es precisamente el mecanismo impugnatorio que contempla la ley chilena sobre arbitraje comercial internacional, tributario como se dijo de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

³³ A modo de ejemplo pueden citarse las siguientes sentencias: Sentencia Audiencia Provincial –SAP– de Girona, Sec. 2ª, N° 147/2000, de 09 de marzo, en Aranzadi Westlaw, AC 2000/4983; SAP de Burgos, Sec. 2ª, N° 578/1999, de 08 de octubre, en Aranzadi Westlaw, AC 1999/7747; SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 14 de abril de 2003, en Aranzadi Westlaw, AC 2003/2028.

³⁴ Sobre este punto, el TC español ha señalado: “*El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 C.E.) opera,*

versias que son objetiva y subjetivamente similares o incluso idénticas entre sí, pugna derechamente con las normas constitucionales recién mencionadas, que aseguran por el contrario un mismo trato normativo entre iguales.

Así ocurre, por poner un ejemplo, con aquellos conflictos surgidos entre una empresa de Leasing Inmobiliario y su cliente arrendatario promitente comprador, cuya resolución se somete forzosamente por la ley al mecanismo arbitral regulado por el art. 40 de la Ley N° 19.281, ya mencionado. En tales casos, la obligación de recurrir a arbitraje se impone sólo a los contratos regulados por esta ley, en donde una de las partes es una persona natural, titular del ahorro a que se refiere el art. 1° de la ley y que administra además alguna de las entidades que la misma ley señala, y la otra una sociedad anónima de giro exclusivo autorizada en los términos del art. 11 del mismo cuerpo legal. Bastaría entonces con que una cualquiera de las partes no encajara con la señalada descripción legal (por ejemplo, que el arrendatario promitente comprador no hubiere ahorrado en los términos indicados, o que la inmobiliaria fuese una sociedad de personas o una sociedad anónima regida por las normas aplicables a las anónimas cerradas), para que la obligatoriedad del arbitraje dejase de ser tal, quedando libre, por ende, el acceso a los tribunales ordinarios de justicia.

En términos comparativos, sin embargo, los intereses involucrados en uno y otro caso se mantienen en la esfera estrictamente patrimonial de las partes y no difieren sustancialmente entre sí, por lo que no se vislumbra razón ni causa de interés general alguna para que la ley obligue, en unos casos determinados, a someter una controversia jurídica sobre intereses privados a arbitraje, cuando en cambio no lo hace en otros de similar connotación y naturaleza.

Se trata, en fin, de un tratamiento normativo dispar hacia personas que se encuentran no obstante en situaciones sustancialmente iguales, con la consiguiente infracción del derecho fundamental antes mencionado desde que “*a una diferencia fáctica trivial se le atribuyen consecuencias jurídicas profundas*”³⁵.

como tantas veces hemos dicho, en dos planos distintos. De una parte frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria” (STC 144/1988, de 12 de julio, F.J. 1°, en Aranzadi Westlaw, RTC 1988/144). Sobre el concepto de igualdad puede consultarse también a LINARES (1980), p. 129.

³⁵ Así lo dijo la STC español 50/1991, de 11 de marzo, F.J. 4°, en Aranzadi Westlaw, RTC 1991/50.

Como se dijo en los párrafos precedentes, la igualdad innata de derechos de las personas emana de la propia naturaleza humana, igual en todos y para todos, por lo que el modo de ejercer esos derechos no puede ser de una forma para unos y de otra para el resto no obstante existir, entre todos, una cualidad esencial en común³⁶. Es por ello que el legislador no puede tampoco legislar desigual y arbitrariamente, pues, como señala el TCE, en la labor de creación del Derecho –igualdad en la ley– las diferenciaciones normativas sólo pueden considerarse como no discriminatorias cuando existe en ellas “una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador, con carácter general, la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente (STC 75/1983, fundamento jurídico 2º)”.³⁷ Por su parte, el TC chileno ha señalado al respecto que “la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias”.³⁸

Sin embargo, ninguna justificación *objetiva y razonable* aparece en la imposición del arbitraje para ciertos y determinados casos, cuando todos ellos tratan por igual sobre materias disponibles en Derecho. Del mismo modo, ninguna finalidad de carácter utilitario (*v. gr.* la descongestión del sistema de justicia estatal) puede legitimar un remedio que implica privar a unos de su libertad para decidir sobre el cauce heterocompositivo que prefieren para la solución de sus controversias jurídicas disponibles; y menos si por esa vía se impone a los particulares un gravamen que no guarda proporción alguna con el propósito de tal discriminación, al prohibírseles absolutamente el acceso –por esencia libre e incondicionado– a los órganos jurisdiccionales del Estado. Es precisamente por lo anterior que el TC ha vinculado directamente el derecho a la jurisdicción –a que nos referiremos más adelante– con el de igualdad ante la ley, al declarar:

“DECIMOSEGUNDO: Que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, que se denuncia como vulnerado, asegura a todas las personas ‘la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’, principio que despliega en un ámbito más específico el de igualdad

³⁶ Es lo que señala el encabezado del artículo 19 de la Constitución de 1980, al declarar que la Constitución asegura “a todas las personas:...”.

³⁷ STC 209/1988, de 10 de noviembre, F.J. N° 6, en Aranzadi Westlaw, RTC 1988/209.

³⁸ FTC de 31 de julio de 1995, Rol N° 219, Considerando 17º.

*ante la ley y cuyo fin es atribuir a quienes deben recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus derechos iguales condiciones para el ejercicio de los mismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias”.*³⁹

Más aun, la desigualdad ante la ley y la discriminación arbitraria aquí mencionada adquiere en el arbitraje forzoso una doble perspectiva o dimensión, que puede calificarse como externa o extrínseca e interna o intrínseca, respectivamente. A la primera nos hemos referido recién y apunta, como se dijo, a la discriminación que presupone la imposición legal del arbitraje en los términos ya descritos. La segunda, en cambio, constituye una discriminación y, todavía más, una contradicción ontológica de la figura forzosa del arbitraje en cuanto tal, desde que el Estado, en ejercicio de su *potestas* y por mandato de ley, le impone a los ciudadanos un mecanismo de solución arbitral de sus controversias sobre derechos e intereses disponibles que, sin embargo, carece del mismo imperio.

En efecto, la falta de *imperium* o *potestas* en el arbitraje se justifica como limitante del mismo frente a la jurisdicción ordinaria, por cuanto la función de los árbitros está determinada por el acuerdo de las partes y éstas, claro está, no han podido facultarlos para disponer del uso de la fuerza en el cumplimiento de sus decisiones (pues aquélla es atributo exclusivo del Estado). Sin embargo, cuando no son las partes sino la propia ley la que origina e impone el arbitraje “en reemplazo” de la voluntad de las primeras, la limitación recién apuntada y su razón de ser simplemente desaparecen. Por lo mismo, si no existe voluntariedad en el origen del arbitraje, tampoco debería discurrirse en base a ella para modelar, en tales casos, la fase de cumplimiento de las resoluciones arbitrales en general y del laudo en particular. En otros términos, si extrapolamos el argumento que justifica la ausencia de *imperium* por parte de los árbitros a los casos de arbitraje forzoso, en donde no es la voluntad de las partes sino la propia ley la que impone el arbitraje como único remedio heterocompositivo, tendría que concluirse entonces, *mutatis mutandi*, que a estos árbitros impuestos por la ley no les afectaría la limitante apuntada para la ejecución de sus resoluciones y laudos. Con todo, y como apunta COUTURE, “el juicio arbitral necesario tiene forma de proceso y órgano idóneo indicado por la ley, pero no tiene naturaleza jurisdiccional en razón de carecer los árbitros de *imperium*, que es uno de los atributos de la jurisdicción” (COUTURE, 1976, p. 35).

Hacemos estas reflexiones, entiéndase bien, no como una propuesta (pues nada está más lejos de nuestra intención que proponer semejante alternativa) sino, simplemente, como una forma de evidenciar cómo la institución del arbitraje

³⁹ FTC, de 8 de agosto, Rol N° 478-2006.

forzoso, incluso en su fase práctica, lleva a situaciones que no se concilian ni con la institución arbitral ni con la jurisdicción oficial, transformándose así en un híbrido al que se le priva de lo que le es consustancial en su origen, pero, al mismo tiempo, al que se le asignan las mismas ataduras –falta de *imperium*– que dimanar paradójicamente de esa esencia que se le desconoce.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE FORZOSO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ANTE LA CONSTITUCIÓN

Para concluir con esta investigación, centrada según se ha venido exponiendo en la libertad de la persona humana y en la autonomía de la voluntad como fuente y origen del arbitraje, resulta necesario abordar de igual forma el evidente conflicto de constitucionalidad que surge, de manera espontánea incluso, al confrontar la figura del arbitraje forzoso con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el ordenamiento constitucional. Ambos derechos esenciales –libertad y tutela judicial efectiva–, que en el ámbito del proceso civil se vinculan estrechamente a través de los principios dispositivo y de oportunidad, resultan sin duda afectados por el Estado cuando junto a ellos se instituye, con rango legal, un sistema que obliga a los justiciables a recurrir a la vía arbitral y que proscribе absolutamente, como contrapartida, el acceso a los órganos jurisdiccionales para la heterocomposición de conflictos sobre materias disponibles. Como aclara el TCE en efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva “*no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, (que) sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental; pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 de la CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos al derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio ‘sólo por Ley’ puede regularse (art. 53.1 de la CE)*”⁴⁰ (el primer paréntesis es propio).

Nos hemos referido antes a la libertad y a la igualdad como derechos fundamentales y a la necesaria supremacía de ambas en el ámbito del arbitraje. Veamos ahora entonces cómo se enfrenta esta figura forzosa de arbitraje con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su concreta vertiente de acceso a los órganos jurisdiccionales o derecho a la jurisdicción.

⁴⁰ STC 99/1985, de 30 de septiembre, en Aranzadi Westlaw, RTC 1985/99.

5.1. Concepto, fundamento y contenido del derecho a la jurisdicción

En términos generales, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el derecho que tiene toda persona de impetrar la intervención de los órganos jurisdiccionales para la tutela de los derechos, a través de un proceso que cuente con las garantías mínimas y esenciales. Tal derecho comprende entonces dos aspectos distintos aunque directamente vinculados entre sí, como son por una parte el derecho a la jurisdicción como garantía previa al proceso –a lo que nos referiremos a continuación– y el derecho a un proceso con todas las garantías por la otra, que incluye el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (o juez natural), la asistencia letrada, información de la acusación, proceso público sin dilaciones, derecho a la prueba, presunción de inocencia en el ámbito penal e implícitamente el derecho al juez imparcial.

Por lo anterior, y como dice también GONZÁLEZ, el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: “primero, el acceso a la justicia (que habrá de acomodarse a los diversos órdenes judiciales en que se estructura la jurisdicción en función de la materia sometida a su conocimiento⁴¹); segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos” (el paréntesis es propio. GONZÁLEZ, 1989, pp. 43 y 44). En esta tarea entonces, ineludible para el Estado según se dijo antes, la construcción del Poder Judicial por el constitucionalismo decimonónico y, con él, la función jurisdiccional permanente, independiente e imparcial de sus órganos, a través de vehículos procesales eficaces y garantistas, resultan esenciales y se erigen hoy en día, como dice BANDRÉS, “en uno de los pilares básicos para el sostenimiento del Estado de Derecho” (BANDRÉS, 1987, p. 10).

Con todo, ni esta función jurisdiccional ni aquella estructura orgánica se justifican por sí mismas si, al propio tiempo, no se le garantiza a los justiciables el libre acceso a la jurisdicción en procura de la tutela de sus derechos en juego. Así como el Estado priva a los administrados del *imperium* o *potestas*, reservándola de modo exclusivo y excluyente para sus propios órganos jurisdiccionales, así también debe garantizar entonces, con carácter general, el derecho a la jurisdicción que estos últimos ejercen en conformidad a la Constitución y la ley.

⁴¹ Como señala el TC español, en efecto, la tutela judicial efectiva “a dispensar por Jueces y Tribunales, habrá de acomodarse a la distribución de los varios órdenes jurisdiccionales existentes, con arreglo a sus respectivos ordenamientos procesales (...)”. STC 49/1983, de 01 de junio, en Aranzadi Westlaw, RTC 1983/49. En el mismo sentido STC 112/1986, de 30 de septiembre, en Aranzadi Westlaw, RTC 1986/112.

Ya se ha dicho *supra*, en efecto, que la concepción misma del Estado de Derecho se vincula o responde principalmente a la necesidad de limitar el poder del Estado y de institucionalizar además, con estricta subordinación al derecho y en base al principio de supremacía constitucional, un sistema de solución de los conflictos de intereses privados, colectivos o sociales que monopolice el uso de la fuerza y que proscriba, por ende, la autotutela como método de solución de los mismos. Como señala MONTERO⁴², es precisamente el advenimiento de la civilización y el rechazo consiguiente de esta primitiva fórmula de solución individual de conflictos lo que ha generado, como contrapartida, la obligación del Estado moderno de ofrecer, mantener y garantizar a los ciudadanos los cauces necesarios para la solución pacífica de sus controversias. Por ende, si el poder público impone por una parte a las personas un determinado sistema de solución de sus conflictos, que proscriba por cierto las iniciativas individuales y los sujeta en cambio a las pautas y convenciones que se ha dado el colectivo social en su vocación de justicia y paz, debe compensarlas como contrapartida de tal forma de garantizarles que esa defensa de sus intereses y derechos legítimos podrá ser solicitada al Estado en todo caso y por medio de instrumentos y garantías procesales básicas, en ejercicio de un derecho a la jurisdicción que asume, por ende, el rango de fundamental. Siempre en palabras de MONTERO, en fin, se trata de “un derecho subjetivo público frente al Estado, encaminado a que éste proceda a tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos mediante el proceso” (MONTERO, 1979, pp. 88 y ss.).

Más aun, para algunos autores el acceso a los tribunales es, más que un derecho, un poder que las personas tienen frente al Estado. Así lo sostiene GUIMARÃES⁴³, para quien la pretensión a la tutela jurídica es en efecto un poder que puede existir aun sin exigibilidad, lo que le imprime, por ende, un carácter estático, de poder preprocesal que existe con independencia de la acción; mientras que la expresión “derecho” –dice– debe quedar reservada a la acción procesal propiamente tal, necesariamente dinámica y vinculada a su ejercicio como derecho que se tiene contra el Estado. FIGUERUELO por su parte, refiriéndose al artículo 24.1. CE, señala también que el derecho a la jurisdicción consiste en el “poder atribuido a todos los ciudadanos para provocar la actividad jurisdiccional y obtener a través del proceso una sentencia determinada” (FIGUERUELO, 1990, pp. 31 y 32), o, en palabras de BERNALES, es “el poder, más que una facultad, de obligar al tribunal a proveer (...). Es un poder de los

⁴² MONTERO (1979), pp. 88 y ss.

⁴³ GUIMARÃES (2004), p. 78, nota 241, y pp. 82 y 83.

particulares o de un organismo determinado, puede ser el Ministerio Público, y un deber, función pública de los tribunales, de proveer” (BERNALES, 1975, p. 4). PRIETO-CASTRO⁴⁴, por último, sostiene que no estamos aquí ante un verdadero derecho a la jurisdicción, por no contener este último una prestación específica; opinión que sin embargo no compartimos, pues, con MONTERO y tal como lo ha sostenido también el TCE⁴⁵, consideramos que sí se trata de un derecho subjetivo público, cuyo objeto consiste precisamente en la sentencia o resolución jurisdiccional sobre el fondo del asunto controvertido, sea o no favorable para quien la solicita.

De esta forma entonces, el derecho a la jurisdicción deviene a fin de cuentas en un instrumento del derecho fundamental a la defensa jurídica y de la correlativa obligación que el Estado tiene de prestarla, incluso respecto de situaciones jurídicas que no merezcan la protección judicial y que, por lo mismo, resulten desestimadas finalmente en una sentencia judicial sobre el fondo del asunto (pues en su concepción abstracta, el derecho a la acción es distinto del derecho subjetivo material, tanto en su objeto cuanto en sus presupuestos⁴⁶).

Como señala MERINO, la jurisdicción constituye una potestad irrenunciable para el Estado “de la misma forma que es irrenunciable la potestad para dictar leyes o servir a la comunidad por medio de la gestión ejecutiva de los gobernantes”; y ello requiere –como dije antes– “un conjunto de instituciones, llamadas Tribunales, cuya misión primordial es resolver los conflictos que se presentan en una comunidad (...) mediante un juez predeterminado por la Ley y a través de un procedimiento igualmente fijado por una Ley”. (MERINO, 2004, pp. 26 y 27). Los ciudadanos tienen, por ende, un verdadero derecho subjetivo e irrenunciable a que el Estado se estructure orgánicamente e implemente las herramientas procesales mínimas para la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los primeros⁴⁷, de modo de satisfacer los imperativos de justicia de toda sociedad organizada en cuanto fin y deber primordial del poder público.

⁴⁴ PRIETO-CASTRO (1952), p. 18, nota 126.

⁴⁵ La jurisprudencia del TCE sobre esta materia puede consultarse en: PICÓ I JUNOY (1997), pp. 63 a 65, y en PULIDO (2001), pp. 672 a 718.

⁴⁶ *Cfr.* MONTERO (2000), pp. 242, 243 y 246. PRIETO-CASTRO aclarando también que el derecho a la jurisdicción no involucra el derecho a una sentencia favorable sino sólo a una sentencia sobre el fondo, señala precisamente que la primera alternativa es incluso irrealizable desde que la determinación de si alguien tiene o no la razón, “si la postura que defiende es o no ajustada a Derecho (a la norma que regula el sector vital de que se trate), es algo que no saben ni los propios interesados, cuanto menos el Juez”. PRIETO-CASTRO (1952), p. 77.

⁴⁷ Como señala GUIMARÃES, no es para prestar cualquier tutela que el Estado monopoliza la jurisdicción, sino la tutela judicial apropiada al derecho material que la parte trae a juicio, es decir, “el Estado que es

Así lo reconocen actualmente los ordenamientos constitucionales modernos⁴⁸ y también el Derecho internacional, como se desprende por ejemplo de los artículos 8º y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; del artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de enero de 1959; del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; y en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

5.2. Arbitraje y derecho a la jurisdicción

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, también hemos señalado a lo largo de esta investigación que la fórmula expuesta, Estado-Juez, no es en modo alguno la única posible para resolver los conflictos jurídicos sobre materias disponibles en Derecho. Una cosa es entonces que el Estado reconozca efectivamente el derecho fundamental a la jurisdicción y otra muy distinta, por cierto, es que esa vía sea la única posible, obligatoria por descarte.

Como apunta MONTERO –a propósito de la jurisdicción precisamente–, “el particular podrá o no acudir a ella, y también puede optar por vías diferentes, que pueden ser incluso heterocompositivas” (MONTERO, 2004, P. 104), como ocurre con el arbitraje. La opción por uno u otro camino, sin embargo, presupone distintos grados de participación o voluntariedad entre las partes, pues mientras el acceso al primero –el órgano judicial– depende sólo de la voluntad unilateral de quien decide poner en marcha el aparato jurisdiccional, asumiendo su contraparte la carga de comparecer y actuar ante él, el segundo exige en cambio el acuerdo previo de todas las partes en conflicto, manifestada en forma legal.

Por otra parte, debe advertirse que ni siquiera la libre opción por la vía arbitral implica una completa renuncia de las partes a su derecho de acceso a la jurisdicción de los órganos judiciales. MERINO, explicando el alcance de la exclusividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales a que se refiere el art. 117.3 de la CE de 1978, señala en este sentido que esa exclusividad comprende precisamente a los diversos tipos de procesos judiciales. Sin embargo –agrega–, y si bien el arbitraje no tiene un origen procesal propiamente tal (pues surge de la voluntad de las

titular de la potestad jurisdiccional debe colocar a disposición de los ciudadanos un instrumento (proceso) capaz de amoldarse a los intereses en conflicto, para poder así proporcionar justicia en un tiempo adecuado a los consumidores de los servicios jurisdiccionales...” GUIMARÃES (2004), p. 77, nota 236.

⁴⁸ Así por ejemplo el artículo 24.1. de la CE de 1978; el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, y los artículos 24.1 y 113 de la Constitución italiana.

partes y de la libertad que la Constitución les reconoce), la opción por el mismo “no implica renuncia absoluta de las partes a su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, consagrado en el artículo 24 de la Constitución” (MERINO, 2004, p. 26), lo que se refleja claramente en el sistema de anulación del laudo que contempla actualmente la ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, de competencia de los órganos judiciales precisamente.

Si a lo anterior agregamos que serán también los órganos judiciales los encargados de designar eventualmente a los árbitros y los que deberán ejecutar luego lo resuelto por estos últimos, la conclusión necesaria es que ambas vías de solución de conflictos, arbitraje y jurisdicción judicial, resultan finalmente complementarias entre sí en el entramado constitucional y legal que las contempla y regula.

5.3. Arbitraje forzado y tutela judicial efectiva en la Constitución Política de Chile de 1980

Cabe destacar, en primer término, que en virtud de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de 1980, la enumeración contenida en el artículo 19 de la misma Carta fundamental no es taxativa. Según la disposición constitucional recién citada, pues, forman también parte del contenido material de la Constitución los derechos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior implica, por ende, que el catálogo de garantías constitucionales, consignado en el Capítulo III de la misma CP, se ha visto significativamente enriquecido por los convenios internacionales que ha suscrito el Estado chileno y, en lo que aquí concierne, por aquellas normas que, contenidas en tales tratados, reconocen explícitamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo anterior entonces, aunque por razones de estricto orden didáctico, resulta pertinente analizar el tratamiento normativo de la garantía aquí apuntada partiendo por las normas de Derecho internacional que la integran y complementan:

5.3.1 Tutela judicial efectiva y derecho a la jurisdicción en el Derecho interamericano

En concreto, y en lo que aquí concierne, el derecho de acceso efectivo a la jurisdicción se encuentra expresamente recogido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos vigentes y aplicables en Chile con la supremacía que les atribuye el artículo 5º inciso 2º de la CP de 1980.

En virtud de tales normas entonces, el derecho de acceso a la jurisdicción consiste en la obligación que tienen los Estados Parte –entre ellos Chile por cierto–, de garantizar el derecho de los ciudadanos a ser oídos públicamente por los tribunales y cortes de justicia, desarrollando para ello recursos judiciales sencillos, efectivos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes. Como señala NOGUEIRA, en fin, “el acceso efectivo a la jurisdicción (...) debe cubrir todos los derechos constitucionales y los asegurados por las convenciones internacionales” (NOGUEIRA, 2001, p. 31), siendo obligación de los Estados Parte, a través de medidas legislativas o de otro carácter, garantizar tal derecho por la autoridad jurisdiccional, desarrollar la acción o recurso judicial y garantizar el cumplimiento de las decisiones emanadas de la resolución que haya estimado procedente el recurso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos– CIDH–, por su parte, ha tenido también ocasión de precisar el alcance del artículo 8º de la Convención cuando se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “*juez o tribunal competente*”, señalando al respecto que “*cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana*”⁴⁹.

5.3.2 Tutela judicial efectiva y derecho a la jurisdicción en la CP 1980

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la configuración constitucional de este derecho de acceso a la jurisdicción no encuentra en la Carta Política chilena el mismo y concreto diseño que muestra en tal aspecto, por ejemplo, la CE de 1978 (art. 24.1). Más explícita ha sido en cambio la CP al consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantías procesales o, como se dijo antes, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías, lo que sí aparece expresamente consagrado en el artículo 19 N° 3 al asegurar a todas las personas el derecho a la defensa jurídica (incisos 2º y 3º), el derecho al juez natural (inciso 4º), el derecho a un debido proceso y a un procedimiento o investigación racional y justos (inciso

⁴⁹ CIDH, sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 71, Tribunal Constitucional Vs. Perú (fecha de consulta: 16 de junio de 2011). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.doc.

5º), la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (inciso 6º), el principio de legalidad de las penas (inciso 7º) y el principio de tipicidad de las conductas penalmente sancionadas (inciso 8º).

La anterior constatación, sin embargo, no implica en modo alguno que tal derecho, inherente según se dijo a la persona humana y pieza estructural del moderno Estado de Derecho, no tenga una especial consagración en la Ley fundamental chilena. Antes por el contrario, su reconocimiento en el modelado constitucional se encuentra estrechamente vinculado a la igualdad de tratamiento de las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y surge, por lo mismo, del texto del recién mencionado artículo 19 N° 3 de la CP cuando asegura, a todas las personas, “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*” (inciso 1º), en relación con el artículo 76 de la misma Carta Fundamental y al que ya me he referido.

Al respecto, resulta pertinente recordar que el texto del actual artículo 19 N° 3 de la CP se origina precisamente en la indicación hecha por el comisionado Silva Bascuñán, en la Sesión 100ª de la Comisión Constituyente, cuyo texto era el siguiente:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

Nº 3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en relación al castigo de sus infracciones.

Toda persona tiene derecho a recurrir a asesoramiento de abogado y ninguna autoridad o individuo podrá impedir o perturbar la debida intervención del letrado.

Corresponde al Estado otorgar asistencia jurídica, a quienes para hacer efectivos los derechos que las leyes les reconocen, no puedan prestárselos por sí mismos.

Toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de recurso contra actos que los violen.

Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”.

En lo que concierne concretamente al derecho de acceso a la jurisdicción (inciso 4º de la indicación), el propio comisionado explica que el texto propuesto “proviene de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, documentos estos entre los que existe apreciable similitud en esta materia” y en los que se afirma –dice–, “el derecho de toda persona para ocurrir a los tribunales y se sostiene la igualdad ante la justicia”, concluyendo por ello que tal principio debe afirmarse

en la Constitución “por cuanto le parece que es absolutamente incongruente establecer diversos derechos, declaraciones y libertades si después, en la práctica, garantías como la libertad, la igualdad y otras, no están amparadas por un órgano con jurisdicción adecuada”. Precizando luego el alcance de la expresión “Tribunales”, y comentando las observaciones previas del comisionado Sr. Guzmán, el mismo comisionado aclara que “en la mente de todos los miembros de la Comisión está siempre, en la idea de administración de justicia, la imagen del Poder Judicial o de sus órganos y no la de la justicia que se busca en razón del bien común, que es todo movimiento eficaz de la colectividad hacia el bien general”⁵⁰. Por último, en la sesión 101ª el mismo comisionado explica el alcance del inciso 4º de la indicación mencionada (acceso a la jurisdicción), en los siguientes términos:

*“(...) es la igualdad en la vivencia de los derechos consagrados por la ley sustantiva, o sea, en el ejercicio y en la vida de los derechos, y, entonces, procura en su contenido establecer diversas normas. En primer lugar, está la norma general de que no sólo en la formulación doctrinaria y abstracta y de la norma positiva debe haber igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino que después, en todos los órganos de la Constitución y para todas las personas que viven en la sociedad política, en la práctica de esa norma ya promulgada debe haber real igualdad en el ejercicio de todos esos derechos.”*⁵¹

Comentando, sin embargo, la indicación mencionada, los comisionados Ovalle Quiroz y Evans de la Cuadra consideraron que la inclusión del inciso 4º antes mencionado resultaba innecesaria por cuanto, a su entender, el derecho a la jurisdicción ya estaba comprendido en términos amplios en el inciso 1º de la misma indicación, que asegura según se dijo “*La igual protección en el ejercicio de los derechos (...)*”⁵². Además, y como lo advirtió el mismo comisionado Evans (recogiendo las observaciones anteriores del comisionado Guzmán), la referida norma podía ser “fuente de gravísimas dificultades en el futuro, pues a quienes han sido objeto de alguna restricción, conculcación, limitación de sus derechos o a quienes se les haya impuesto alguna obligación, que puedan considerar perjudicial o improcedente, en el seno de sociedades intermedias a que pertenecen, les va a abrir la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia, en circunstancias que al integrarse a aquéllas han aceptado, expresa o tácitamente, que todas las

⁵⁰ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, República de Chile, Sesión 100ª, de 6 de enero de 1975, pp. 3 y ss.

⁵¹ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 101ª, de 9 de enero de 1975, p. 25.

⁵² *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 100ª, de 6 de enero de 1975, pp. 11 y 17.

materias relacionadas con sanciones, obligaciones, limitaciones, restricciones, etcétera, sean resultas conforme a los propios estatutos o reglamentos de las sociedades intermedias”⁵³.

Sin detenernos –por innecesario– en el análisis pormenorizado de las observaciones recién transcritas, lo cierto es que ellas resultan de especial interés en cuanto privilegian la libertad que se le reconoce a quienes han optado por someterse voluntariamente a los estatutos o reglamentos internos de sociedades o cuerpos sociales intermedios, que contemplen precisamente –en lo que aquí concierne– fórmulas de solución de los conflictos surgidos entre sus miembros. En tales casos, como lo explica también el comisionado Guzmán⁵⁴, la ley debe respetar la autonomía de los cuerpos sociales intermedios y, por ello, constituye un error entender que los tribunales de justicia pueden entrar a conocer “de materias que caen dentro de la autonomía de las sociedades intermedias, ya que muy fácilmente las personas que se vieran afectadas por un conflicto dentro de una sociedad intermedia y que se mueven dentro del campo de la autonomía de ellas mismas, pudieran querer recurrir a los tribunales de justicia para hacer valer derechos que entendieran violados, pero que en realidad deben solucionarse de acuerdo con los estatutos y mecanismos internos de esa sociedad intermedia, preservando con ello una autonomía que es un bien mayor (...)”.

En otros términos, y en lo que aquí interesa resaltar, los constituyentes reconocen sin duda en esta parte la necesidad de consagrar de modo irrestricto el derecho de acceso a la jurisdicción; pero al mismo tiempo y en armonía con lo anterior, destacan y reconocen la libertad que la Constitución le asegura a los cuerpos sociales intermedios y a los ciudadanos en general para someterse voluntariamente a mecanismos alternativos de solución de sus controversias, distintos de los tribunales de justicia, con la obligación consiguiente de aceptar sus resultados. Es, en síntesis, lo que ocurre precisamente con la institución del arbitraje cuando se respeta su voluntariedad esencial; y es lo que no ocurre en cambio con la figura del arbitraje forzoso, en donde no hay ni derecho a la jurisdicción ni voluntariedad en la génesis del respectivo proceso arbitral. La misma razón apuntada, por lo demás, refuerza la idea que hemos planteado antes respecto de la necesidad de reformular y terminar definitivamente con el actual sistema de revisión jurisdiccional del laudo arbitral en sus aspectos de fondo, aun vigente en Chile para asuntos de arbitraje interno.

⁵³ *Ibid.*, pp. 17 y 18.

⁵⁴ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 101ª, de 9 de enero de 1975, p. 13.

En síntesis, y como señala HORMAZÁBAL⁵⁵, resulta obvio que para que una persona pueda reclamar de la justicia la protección de la ley, es necesario que pueda acceder a ella. La misma y evidente conclusión, en fin, unida al mandato de los artículos 14 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 5º inciso 2º de la CP de 1980, es la que justifica el voto en disidente consignado en la sentencia del TC que se pronunció sobre el Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente:

*“(...) tal disposición impide y cercena el ejercicio del derecho fundamental reconocido a toda persona para ocurrir a la Justicia en demanda de sus derechos (artículo 19, N° 3, inciso primero, de la Constitución Política), y además vulnera el artículo 19, N° 26, de la misma Carta Fundamental pues impone una prohibición que afecta la “esencia” del referido derecho fundamental, ya que se permite al afectado su intervención solamente como tercero y no como demandante. Ello significa, además, vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), pues incurre en una discriminación carente de toda razonabilidad, y también el artículo 5º, inciso 2º, de la Carta Fundamental, desde que el legislador infringe (...) su deber de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como es el derecho de ocurrir ante la Justicia, sin trabas ni limitaciones, ni mucho menos prohibiciones, como en este caso en que se cercena su legitimación activa como demandante no obstante tener sus derechos afectados por la acción de un tercero”.*⁵⁶

En otra ocasión, el mismo TC ha declarado la inconstitucionalidad de aquellas normas legales que imponen consignaciones previas e indeterminadas para acceder a los órganos judiciales, que en casos determinados pueden llegar a sumas de tal entidad que impiden del todo el ejercicio de este derecho a la jurisdicción. Así por ejemplo, en su sentencia de 30 de agosto de 2006 señala:

“Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, a ‘la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’, y a la ‘defensa jurídica’ pudiendo,

⁵⁵ HORMAZÁBAL (2006), p. 119.

⁵⁶ FTC, de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185/94, voto en contra del Ministro señor Servando Jordán y del abogado integrante don Eduardo Soto Kloss.

*por esta vía, sustraerse, en este caso, del control jurisdiccional actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad”.*⁵⁷

De esta forma entonces, y siendo la Constitución una norma jurídica suprema que forma parte del ordenamiento jurídico en su conjunto, de aplicación directa por lo demás al tenor del artículo 6º de la misma Carta fundamental, todo y cualquier obstáculo al libre ejercicio del derecho a la jurisdicción en su esencia constituye un atentado al mismo derecho fundamental, que la Constitución proscribiera del todo. En consecuencia, y visto lo anterior en el marco del arbitraje impuesto por la ley, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es manifiesta desde que no sólo se lo limita en su ejercicio, sino que lisa y llanamente se lo prohíbe del todo al negarse el acceso de los justiciables a los órganos jurisdiccionales del Estado, en procura de tutela de sus derechos e intereses legítimos y disponibles.

Lo anterior, por último, es sin perjuicio de la manifiesta y arbitraria discriminación que involucra la imposición del arbitraje como vía heterocompositiva, a lo que ya nos hemos referido.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARBITRAJE OBLIGATORIO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Especial mención requiere en esta parte la figura de arbitraje “obligatorio” contemplada en el artículo 19 N° 16 inciso 5º de la Constitución Política de 1980, en materia de negociación colectiva.

A primera vista, la Constitución Política de 1980 parece reconocer aquí la figura del arbitraje forzoso, regulada a su turno en los artículos 355 y siguientes del Código del Trabajo –CT–. Sin embargo, y tal como ocurre en España con el arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga⁵⁸, un análisis más atento de la norma

⁵⁷ FTC, de 30 de agosto de 2006, Rol N° 536-2006, Considerando 9º.

⁵⁸ En el Derecho español la figura del arbitraje voluntario en materia laboral se encuentra contemplada en el Real Decreto Ley N° 5/1979, de 26 de enero. Avalado por la fructífera experiencia en otros países y por la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya recomendación N° 92 propugna precisamente el establecimiento de arbitrajes voluntarios, el art. 4º del señalado Real Decreto Ley crea los denominados “*Tribunales Arbitrales Laborales*”, a los cuales podrán someterse los empresarios y trabajadores para la resolución de “*todas las controversias, tanto individuales como colectivas de trabajo, que surjan entre ellos, sin otras limitaciones que las que se establezcan reglamentariamente*”. Sin embargo, el artículo 10 inc. 1º del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, consagra como obligatorio el arbitraje para poner fin a la huelga cuando es de larga duración e irroga además un “*perjuicio grave de la economía*”

constitucional recién citada y de su regulación legal, también mencionada, lleva a concluir que ni estamos ante un caso de arbitraje propiamente tal, ni menos ante uno de carácter forzoso.

Desde luego, resulta necesario destacar que son sólo dos los supuestos en que el CT entrega efectivamente esta solución obligatoria excepcional, los que por su gravedad trascienden por cierto el solo interés individual de las partes en conflicto:

a) Cuando esté prohibida la huelga y el cierre temporal de empresa o *lock out* (art. 355 inc. 2º CT), y

b) Cuando procediendo la huelga o el *lock out* empresarial, sus características, oportunidad o duración lleven al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, a ordenar la reanudación de aquellas faenas cuya interrupción podría causar grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (art. 385 del CT).

Asimismo, la particularidad de esta figura radica también en que en los dos casos apuntados el árbitro respectivo no tiene libertad alguna para decidir, debiendo optar simplemente en su fallo por una de las dos propuestas en juego (la de la empresa o la del sindicato) sin poder optar por una alternativa distinta ni incluir, en su sentencia, las proposiciones de una u otra parte (art. 363 del CT).

De esta forma, y por tratarse aquí de una negociación que apunta finalmente a la celebración de un contrato colectivo entre las partes, pareciera que la figura aquí descrita se acerca más a la del *arbiter bonus vir* del Derecho romano (llamado a integrar una relación jurídica incompleta), que a la de un árbitro-tercero dirimente. Más aun, en el arbitraje la heterocomposición de la controversia jurídica debe resultar necesariamente de la decisión libre e independiente del árbitro, sin cortapisas ni condicionantes de ninguna especie, lo que en este caso evidentemente no ocurre. El árbitro, una vez designado, se desvincula del todo de las partes para actuar de manera independiente respecto de ellas, subjetiva y objetivamente, y si bien es cierto que el entendimiento entre las partes será siempre un fin que el árbitro podrá buscar y favorecer, este último podrá llegar a constituir una limitante de su propia función jurisdiccional, como ocurre con este aparente “arbitraje obligatorio”.

nacional”, lo que podría considerarse a primera vista como contraria a la jurisprudencia del TCE y de la unanimidad de los tribunales superiores de justicia. Con todo, no existe tal contradicción si se tiene en cuenta el carácter colectivo de los intereses puestos en juego en la huelga, que trascienden por lo mismo la sola esfera individual.

En síntesis, el arbitraje que aquí se plantea no es propiamente un arbitraje, sino una manifestación de la intervención del Estado en el ámbito de la tutela de los intereses colectivos. Esa intervención, pues, cuya esencia bien podría considerarse como contraria a la ética en ciertos extremos (como ocurre por ejemplo con el instituto de la prescripción o con el propio derecho de huelga), se justifica sin embargo por razones de utilidad social⁵⁹.

7. ARBITRAJE FORZOSO Y PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

Por último, debe destacarse también que la figura del arbitraje forzoso constituye adicionalmente un atentado al derecho de acceso a la jurisdicción en cuanto vulnera el principio general de gratuidad de la justicia, garantizado implícitamente en Chile por los artículos 19 N° 2 y 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980.

Hemos dicho antes que el Estado, al monopolizar el ejercicio de la jurisdicción y el uso de la fuerza, adquiere como contrapartida la obligación indelegable de garantizar el acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales, en procura de tutela de sus derechos e intereses legítimos. Por lo mismo, y como también se ha dicho, sobre el poder público pesa en consecuencia el deber de remover toda y cualquier limitación que entorpezca u obstaculice el ejercicio del derecho recién apuntado y, correlativamente, el cumplimiento de la obligación prestacional que el Estado asume en tal sentido.

Pues bien, y como es evidente, la imposición de pagos o erogaciones económicas, consustanciales al instituto arbitral en lo que al árbitro y su función respecta,

⁵⁹ En el ámbito de los derechos e intereses individuales, todo ciudadano tiene efectivamente derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo mismo, en materia de arbitraje nadie puede ser obligado a someterse al mismo en contra de su voluntad. Tratándose del interés colectivo, en cambio, sí que parece posible, como planteamiento legal, que la tutela del mismo se haga por, ante o a través de un ente supraindividual, que asume un carácter de cauce tutelar distinto de los tribunales de justicia. Así ocurre precisamente con la figura que se comenta, orientada a imponer el término de la huelga en los casos ya apuntados. Su denominación como “arbitraje”, sin embargo, evoca una falsa aproximación a la institución arbitral propiamente tal, pues poco o nada tiene en común con esta última. En estos casos, por mencionar sólo alguna de las diferencias radicales, el “árbitro” debe cuidar especialmente de no perjudicar el proceso de negociación colectiva entre las partes y su intervención debe ser la mínima posible, para no perjudicar la capacidad negociadora directa de los involucrados. Por lo mismo, el laudo arbitral no puede convertirse en estos casos en una determinación enteramente alternativa y distinta a la posición de cada parte en conflicto, lo que constituye una limitación impensable como elemento del arbitraje propiamente tal. El árbitro, una vez designado, se desvincula del todo de las partes para actuar de manera independiente respecto de ellas, subjetiva y objetivamente. Sin duda que el entendimiento entre las partes será siempre un fin que el árbitro podrá buscar y favorecer; pero no al punto de que ello se constituya en una limitante de su propia función jurisdiccional, como ocurre con este aparente “arbitraje obligatorio” que pone fin a la huelga.

constituye sin duda una importante barrera de acceso a la jurisdicción, que atenta nuevamente contra el derecho mencionado en aquellos casos en que es la ley la que obliga a seguir la vía arbitral como único mecanismo heterocompositivo.

Lo anterior, más aun, repercute nuevamente y de manera directa en un desigual tratamiento de la ley respecto de quienes, sin embargo, se encuentran en una misma situación objetiva. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en efecto, “*si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en situación de desigualdad ante la Ley*”.⁶⁰

El Estado, en síntesis, no puede imponer cobros a los ciudadanos por el solo hecho de poner en ejercicio la jurisdicción, pues se trata como se ha dicho de un deber prestacional irrenunciable e indelegable para el poder público. Sin embargo, la sola imposición de la vía arbitral constituye en este sentido una nueva y adicional infracción al derecho de acceso a la jurisdicción, desde que se impide o entorpece su ejercicio toda vez que no se cuente con los recursos suficientes para ello. En tales casos, en fin, el ejercicio del referido derecho quedará condicionado a que el árbitro designado para conocer del asunto litigioso lo haga gratuitamente o a que, en caso contrario, la parte pague los honorarios que aquél proponga o los que fije en su caso la justicia ordinaria, quedando expuesta incluso al cobro ulterior de los mismos ante —ahora sí— los órganos judiciales del Estado.

En otros términos, en estos casos de arbitraje forzoso el Estado obliga a pagar por el ejercicio de un derecho fundamental esencialmente gratuito pues niega, en términos absolutos, el acceso a sus órganos jurisdiccionales. Sin embargo, y tratándose del cumplimiento de la obligación de pago de honorarios que se origina, remota pero necesariamente, del desconocimiento inicial del derecho fundamental recién apuntado, el Estado reconoce el libre acceso a los órganos, pese a que en ambos casos los respectivos derechos subjetivos puestos en juicio (el invocado por la parte obligada a someterlo a arbitraje y el ulterior derecho de cobro del árbitro) pueden ser similares o hasta idénticos entre sí, disponibles en todo caso para ambos titulares. También en este aspecto, entonces, la figura del arbitraje forzoso constituye un atentado contra el derecho a la jurisdicción y a la igualdad en el ejercicio de los derechos, que la Constitución Política de 1980 asegura no obstante a todas las personas.

⁶⁰ Corte Internacional de Derechos Humanos, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos. Opinión Consultiva OC 11/90*, de 10 de agosto de 1990 (fecha de consulta: 15 de junio de 2011). Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2200/50.pdf>

CONCLUSIONES

1.- El arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se funda desde sus más remotos orígenes históricos en la libertad y en la autonomía de la voluntad.

2.- La libertad en que se funda el arbitraje constituye un derecho fundamental de la persona humana, reconocido tanto en la CE 1978 como en la CP 1980, respectivamente.

3.- La figura del arbitraje, que se mantiene actualmente en el ordenamiento jurídico chileno para asuntos de arbitraje interno, constituye un atentado al derecho fundamental de la libertad y la igualdad de las personas ante la ley, ambos consagrados en la CP 1980.

4.- El arbitraje forzoso constituye también un atentado contra el derecho de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, consagrado también en la CP 1980 como parte de la protección que la misma Carta fundamental asegura en el ejercicio de los derechos.

5.- El arbitraje forzoso constituye una figura de excepción ya erradicada en el derecho comparado, con muy escasas e incluso relativas excepciones.

6.- Existen en el ordenamiento jurídico chileno y español figuras de arbitraje aparentemente forzoso, como el que se aplica a los casos de huelga y negociación colectiva, que constituyen sin embargo legítimos mecanismos de intervención Estatal para la tutela de intereses colectivos, y no arbitraje.

7.- Se hace indispensable una pronta revisión de la normativa vigente en Chile sobre arbitraje interno, que suprima toda manifestación de arbitraje forzoso sobre materias disponibles en Derecho y que, reconociendo además la naturaleza y fines de la institución arbitral, proscriba toda injerencia y potestad revisora de la decisión arbitral por parte de los órganos jurisdiccionales, a través de los recursos procesales del derecho común deducidos en contra del laudo respectivo. El régimen de control jurisdiccional debe ser necesariamente externo y de anulación, como el que actualmente consagra precisamente en Chile la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, y en general la Ley Modelo UNCITRAL de 1985.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, República de Chile.

ARAGÓN REYES, Manuel (1998): *Estudios de Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

BANDRÉS, José Manuel (1987): *Poder Judicial y Constitución* (Barcelona, Editorial Bosch).

- BARONA VILAR, Silvia (2004): “Introducción”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, (coord. Silvia Barona Vilar), AA.VV. (Madrid, Editorial Civitas).
- BERNALES PEREIRA, José (1975): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, República de Chile, Sesión 101^a.
- CASTAN TOBEÑAS, José (1992): *Los Derechos del Hombre* (4^a edición, Madrid, Editorial Reus S.A.).
- CAZOR ALISTE, Kamel (2006): *Derecho Constitucional* (Apuntes, Coquimbo, Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte).
- COUTURE, Eduardo J. (1976), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3^a edición –póstuma–, Buenos Aires, Editorial Depalma).
- CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana M^a (2000): *Los principios procesales en el arbitraje* (Barcelona, Editorial Bosch).
- DÍEZ URZÚA, Sergio (1999): *Personas y Valores. Su protección Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005): *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid, Editorial Civitas).
- DORR, Carlos (2007): “Las Reformas que faltan” (entrevista de Deborah Con K.), en *Revista del Abogado* (Nº 40, julio de 2007), Santiago, Colegio de Abogados de Chile.
- JUAN PABLO II (2006): *Centesimus Annus* (carta encíclica), 1º de mayo de 1991, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Ediciones Paulinas).
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1990), *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva* (Madrid, Editorial Tecnos).
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): “*Instituciones de Derecho civil moderno*” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2006): “Funciones del juez en los procesos constitucionales”, en *Estudios Constitucionales* (año 4, Nº 1), Universidad de Talca, Chile, Librotecnia, Talca.
- GUIMARÃES RIBEIRO, Darci (2004): *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva* (Barcelona, Editorial Bosch).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2001): *El Derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006): *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad* (Santiago, Editorial LexisNexis).

- KANT, Immanuel (1996): *Grundlegund zur Metaphysik der Sitten II*, edición bilingüe (Barcelona, Editorial Ariel).
- LETURIA I., Francisco J. (2006): “Ampliación del ámbito del arbitraje”, en *Justicia Civil y Comercial. Una reforma pendiente*, AA.VV. (Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile).
- LINARES QUINTANA, Segundo (1980): *IV Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra).
- MERINO MERCHÁN, José Fernando (2004): *Estatuto y responsabilidad del árbitro: Ley 60/2003, de Arbitraje* (Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi).
- MONTERO AROCA, Juan (2004): *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, coord. Silvia Barona Vilar, AA.VV. (Madrid, Editorial Civitas).
- MONTERO AROCA, Juan (2000): *Derecho jurisdiccional*, Tomo I, Parte General (10ª edición, Tirant, Valencia,).
- MONTERO AROCA, Juan (1979): *Introducción al Derecho Procesal: jurisdicción, acción y proceso* (2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): *Dogmática Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1995): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- PENNA A., Silvano (1999): “La relación Persona y Estado y el nuevo orden mundial”, en *Ius Publicum* (Nº 3), Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, Editorial Bosch).
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIS, Leonardo (1952): *Tratado de Derecho Procesal* (Madrid, Editorial Sáez), Tomo I.
- PULIDO QUECEDO, Manuel (2001): *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (3ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
Constitución española de 1978.

- Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949.
- Constitución de la República de Italia, de 22 de diciembre de 1947.
- Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile.
- Código Penal de la República de Chile.
- Código del Trabajo de la República de Chile.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, de 4 de enero de 1959.
- Declaración Universal de Derechos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
- Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.
- Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (D.O. de 29 de septiembre de 2004).
- Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia (D.O. de 30 de agosto de 2004).
- Ley N° 19.281, que establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa (D.O. de 27 de diciembre de 1993).

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Sentencias nacionales

- a) *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de los Consejos Regionales de Desarrollo (1987)*: Tribunal Constitucional, 26 de enero de 1987, Rol N° 42.
- b) *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente*: Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185.
- c) *Requerimiento de Diputados y Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1°, de 10 de enero de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales*: Tribunal Constitucional, de 02 de diciembre de 1996, Rol N° 245.
- d) *Requerimiento de Diputados acerca del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas*: Tribunal Constitucional, de 20 de octubre de 1998, Rol N° 280.
- e) *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Guido Girardi Lavín respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en la causa rol*

Nº 2257-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago: Tribunal Constitucional, de 8 de agosto de 2006, Rol Nº 478-2006.

- f) *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios*: Tribunal Constitucional, de 30 de agosto de 2006, Rol Nº 536-2006.

2. Sentencias extranjeras

- a) *Recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo (RCL 1977\490 y NDL 29184) de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo*: Tribunal Constitucional español –TCE–, de 8 de abril, Nº11/1981.
- b) *Recurso de amparo promovido por don Germán V. G. contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo número 1, de Madrid, de 2 de marzo de 1981 y de la Sala VI del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1982*: Tribunal Constitucional español, de 1 de junio de 1983, Nº 49/1983.
- c) *Recurso de amparo interpuesto por doña Bärbel M. B. contra Sentencia del Juzgado de Instrucción de Motril*: Tribunal Constitucional español, de 30 de septiembre de 1985, Nº 99/1985.
- d) *Recurso de amparo interpuesto por la Sociedad mercantil “Marcos Soldadura, Sociedad Anónima” contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos (La Coruña), de fecha 30 de marzo de 1985, y contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1987*: Tribunal Constitucional español, Nº 1053/1987.
- e) *Recurso de amparo contra Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimocuarta), de 19 febrero 1986*: Tribunal Constitucional, de 24 de febrero de 1998, Nº 43/1988.
- f) *Recurso de amparo promovido por doña Pilar L. de la P. y doña Josefa G. J., respecto de la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de abril de 1987*: Tribunal Constitucional español, de 12 de julio de 1988, Nº 144/1988.
- g) *Recurso de amparo promovido por don Jesús G. G. contra Sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 19 de junio de 1985*: Tribunal Constitucional español, de 10 de noviembre de 1988, Nº209/1988.
- h) *Recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por el Gobierno Vasco y por la Junta de Galicia contra determinados preceptos de la Ley Nº 26/1984, de 19 de julio, General para*

la Defensa de los Consumidores y Usuarios: Tribunal Constitucional español, de 26 de enero de 1989, Nº 15/1989.

- i) *Recurso de amparo promovido por “Almacenes la Fe, Sociedad Anónima”, “La Fe, Compañía de Seguros, Sociedad Anónima” y por don José Luis V.P., don Baudilio V.V., doña Catalina P.R., don José F.G. y don Enrique José G.G., contra el Decreto 404/1986, de 4 de diciembre, de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Galicia y contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1988*: Tribunal Constitucional español, de 11 de marzo de 1991, Nº 50/1991.
- j) *Recurso de amparo interpuesto por Compañía “Juliana Constructora Gijonesa, S.A.” contra la sentencia de 10 de noviembre de 1992, de la Audiencia Provincial de Madrid*: Auto del Tribunal Constitucional español, de 20 de julio de 1993, Sala 1ª, Sección 1ª, Nº 395/1993.
- k) *Recurso de amparo formulado contra sentencia de la sección cuarta de la audiencia provincial de Bilbao, de 8-2-1991, sobre anulación de un laudo arbitral*: Tribunal Constitucional español, de 4 de octubre de 1993, Nº 288/1993.
- l) *Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona, respectivamente, en relación con el párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por supuesta vulneración de los artículos 14, 24.1, 53.1, 53.3 y 117.3 de la 174/1995*: Tribunal Constitucional español, de 23 de noviembre de 1995, Nº 174/1995.
- m) *Recurso de nulidad de laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Burgos, expediente Nº 823/1999, promovido por la compañía mercantil “Iberbutano, SL” contra doña Mercedes M. A.*: Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 2ª, de 08 de octubre de 1999, Nº 578/1999.
- n) *Recurso de nulidad de laudo arbitral, expediente de arbitraje núm. 17/1999, promovido por don Ramón Ll. U., y don Leopoldo S. M. contra don Antoni Nicolau S. G.*: Audiencia Provincial de Girona, Sec. 2ª, de 09 de marzo, Nº 147/2000.
- ñ) *Recurso de nulidad de laudo arbitral presentado contra el Laudo de fecha 28-03-2002, dictado por el Tribunal Arbitral de Manresa, expediente promovido por “D. PACK-DIESA, SL” contra D. Claudio*: Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 14ª, de 14 de abril de 2003, Nº 402/2002 (AC 2003/2028).
- o) *Recurso de amparo contra el Laudo arbitral dictado el 25-04-2001 y contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo Primera) de 24-09-2002*: Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2005, Nº 9/2005.

3) Sentencias de tribunales y organismos internacionales

Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, magistrados del Tribunal Constitucional del Perú Vs. Estado del Perú: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de enero de 2001.

