

LA JUSTICIA POR CONSENSO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE

DR. ROMÁN J. DUQUE CORREDOR* (2007)

SUMARIO

1. La desconfianza en la función pública de la administración de justicia. 2. La conflictividad social, el derecho de defensa de las personas y la Justicia estatal. 3. La naturaleza de servicio público de la Justicia Estatal y la solución de la Justicia propia para la convivencia. 4. La Justicia legal y la Justicia por consenso en el contexto constitucional. La desmonopolización de la solución de conflictos. 5. Influencia benéfica de la Justicia por Consenso. 6. La no incompatibilidad con la garantía del debido proceso. 7. Jurisdicción y orden dirimente privado de solución de conflictos. El debido proceso y el procedimiento de arbitraje. 1. Conceptos iniciales. 2. Fuentes constitucionales del derecho al arbitraje y naturaleza jurídica. 3. Sus consecuencias jurídicas y procesales. 4. Su constitucionalización y su carácter dirimente. 5. Precisión de los principios garantías del juez natural y del debido proceso aplicables en el arbitraje. 6. Mecanismos para garantizar el debido proceso en el procedimiento arbitral ante la libertad reconocida a las partes para someter sus controversias a arbitraje. 7. Carácter complementario de la jurisdicción ordinaria.

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1. LA DESCONFIANZA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La crisis de la justicia es un fenómeno universal. No sólo en Latinoamérica, en promedio, únicamente tres (3) personas de diez (10) confían en la justicia, dentro de una tendencia hacia la falta de credibilidad en el Poder Judicial. También en Estados Unidos se dice que el ochenta por ciento de sus pobladores considera que la Justicia no actúa satisfactoriamente. Pero esta Justicia es la del Estado que desde los Siglos XV y XVI se volvió una función pública. Esta concepción olvidó que la base de la sociedad es contractualista puesto que descansa en la convivencia y en las relaciones entre los particulares. Son los individuos los que negocian entre sí por lo que deberían ser ellos mismos quienes en verdad deben resolver sus disputas. Lo ideal es que de sus pactos surja también el modo de solucionar sus conflictos. John Rawls sostiene que cuando en una situación inicial existe igualdad es posible realizar acuerdos equitativos entre los participantes y que sobre esa misma base es posible prever todas las posibilidades en que pueden verse involucrados. Sin acuerdo de voluntades es imposible la convivencia que es el fundamento de la paz social y de la democracia, por lo que la autonomía de la voluntad sigue siendo un principio básico del Estado de Derecho democrático, dentro del conjunto de las libertades públicas.

2. LA CONFLICTIVIDAD SOCIAL, EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS Y LA JUSTICIA ESTATAL

Otro hecho reconocido es que las personas se pelean entre sí y que cada una puede y trata de defender su posición. Los conflictos son consecuencia del vivir en sociedad. Precisamente se crea el Estado, y que

por tanto es una invención humana, para solucionar esos conflictos, que los particulares no dirimen, incluso debe recordarse que el Estado es un acuerdo de voluntades o pacto social y posterior a la sociedad natural, y que como sociedad política el Estado es posterior a los individuos. Sin embargo, en la práctica, en la solución de los conflictos individuales, se ha invertido la regla: Primero, es la Justicia del Estado y después la de los individuos. Por eso la Justicia pasó a ser la del Estado y no la de las personas que son quienes hacen los negocios o pactos de donde se originan los problemas y además estos problemas son de los individuos y no del Estado. El árbitro del partido suplantó a los jugadores en las reglas del juego. Y esta inversión se convirtió en regla obligatoria del Derecho. Es decir en una ley. La Justicia, es pues, un servicio obligatorio que presta el Estado y en consecuencia, no pertenece a las personas cuyos problemas requieren soluciones. Por ello esta Justicia, pública y estatal, no es fruto de un acuerdo sino de una obligación y por tanto sus soluciones a esos problemas no garantizan la convivencia. Es, pues, una Justicia legal sin consenso que no garantiza plenamente la base de convivencia entre las personas.

3. LA NATURALEZA DE SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA ESTATAL Y LA SOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PROPIA PARA LA CONVIVENCIA

El carácter de servicio legal público de la Justicia es el origen de su crisis universal. O, porque es deficiente. O, porque no garantiza la convivencia. De modo, que se convierte la Justicia estatal en una Justicia fuera de tono con la sociedad. Entonces, como los hombres caminan antes que la ley del Estado y ésta detrás de los hombres, éstos buscan poner otro Derecho por delante. Su propio Derecho. Es así como para resolver la crisis de la justicia los hombres han inventado nuevas formas de Derecho de solución que no olviden la base contractualista de la sociedad. Esas formas tratan de asegurar la convivencia en la resolución de las controversias privadas. Se trata de alternativas para sus propios conflictos que no buscan tampoco la eliminación de la Justicia estatal sino el compartir con ella la solución de los conflictos privados.

Pero sí el evitar su ineficiencia. Como alternativas se presenta un nuevo escenario de la Justicia en el cual el Estado cede espacios de su monopolio judicial a la sociedad para que ésta actúe en su lugar para ganar niveles apreciables de satisfacción. En otras palabras, como ha dicho el colombiano, Luis Carlos SÁCHICA, es “volver *al juez escogido por las partes, un particular respetado con sentido de justicia*”, que “*devuelve la Justicia a su origen y a su verdad*”. Tan cierto es esta realidad, que por ejemplo, que en las sociedades de Estados y no de personas, como lo es la sociedad internacional, la regla es la solución de los conflictos entre las mismas partes contratantes de los tratados antes que por tribunales internacionales.

4. LA JUSTICIA LEGAL Y LA JUSTICIA POR CONSENSO EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL. LA DESMONOPOLIZACIÓN DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Justicia ésta, la de las propias partes, que por oposición, a la Justicia legal, se le denomina “*Justicia por consenso*”, porque surge del acuerdo entre los individuos para resolver sus propios conflictos libre y pacíficamente. Cuando mediante ese acuerdo ocurren a un tercero para que éste resuelva el conflicto, será un arbitraje. Cuando acuden al tercero para que los ayude a resolver la disputa, será mediación. Y, cuando el acuerdo es una fórmula para que las mismas partes a través de un tercero lleguen a un acuerdo propuesto por éste es conciliación.

En Venezuela, antes de la vigente Constitución de 1.999, el Código de Procedimiento Civil desde hace tiempo contemplaba el arbitramento mediante los compromisos arbitrales y las cláusulas compromisorias. Igualmente algunos tratados internacionales de estímulo y protección recíproca de inversión extranjera preveían el arbitraje para la solución de los conflictos. La Ley del Trabajo contempla igualmente desde hace algún tiempo la conciliación y el arbitraje para la solución de los conflictos colectivos de trabajo. También la Ley de Arbitraje Comercial desde 1.998 reguló el arbitraje institucional e independiente para las controversias mercantiles susceptibles de transacción. Y, finalmente la reciente Constitución de 1.999, en su artículo 258, de manera general

incorpora como parte del sistema de justicia al arbitraje, la conciliación o cualesquiera medios alternativos para la solución de conflictos, con el objeto, dice la Exposición de Motivos, que el Estado los fomente y promueva, dentro del mismo Estado, pero sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general. Así, a escala constitucional, la administración de justicia deja de ser monopolio exclusivo del Estado, cediendo terrenos jurisdiccionales los particulares, reservándose sólo la ejecución coactiva de las decisiones. Nace, pues, un nuevo orden dirimente de naturaleza privada de génesis constitucional frente al orden jurisdiccional público estatal, como alternativa a la cual los particulares pueden acudir para obviar la incapacidad del Estado de brindarle soluciones eficientes y oportunas a sus conflictos.

5. INFLUENCIA BENÉFICA DE LA JUSTICIA POR CONSENSO

Aparte de garantizar mejor la convivencia y la base contractualista de la sociedad, este nuevo orden de justicia privada beneficia, a su vez, al orden jurisdiccional público estatal. En efecto, ayuda a descongestionar los Tribunales y a reducir los gastos operativos judiciales y permite así destinar los recursos presupuestarios para aumentar el número de jueces y tribunales y sus servicios de información, y por ende, mejorar la eficiencia judicial.

Desde otro punto de vista, una justicia privada ayuda a los crecimientos de las economías que se ven entorpecidos con una justicia estatal ineficiente; disminuye la interferencia de intereses externos en la solución jurisdiccional de los conflictos; evita privilegios para algunas de las partes; amplía el acceso a la justicia; y evita los costos de una justicia tardía. Asimismo, el orden dirimente privado de solución de conflictos guarda una estricta relación de costo-beneficio; y que trata de atender directamente cada caso en forma particular y no en forma congestionada con otros casos. Además, este orden dirimente particular está obligado a producir un buen servicio a un bajo costo, en un ambiente de competencia entre quienes prestan ese servicio en el ámbito privado. En esta justicia, la información se convierte en una fuente

de eficiencia, a diferencia del servicio de justicia estatal. También los procedimientos empleados son simples y expeditos, lo cual reduce costos y tiempos. Y, evidentemente en un sistema de justicia en donde se promueva y desarrolle la justicia privada, en los países en los cuales la justicia estatal está rezagada y no es confiable, se garantiza a los procesos de crecimiento económico modelos de solución de conflictos más ciertos y más seguros para las transacciones que se celebre entre los particulares e inversores. La solución de conflictos mediante un orden dirimente privado es, pues, un modo de brindar seguridad jurídica. Los resultados, por ejemplo, de la mediación en los procesos laborales son una demostración de las ventajas para la justicia pública de la justicia por consenso.

6. LA NO INCOMPATIBILIDAD CON LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Desde el punto de vista del debido proceso la justicia privada tiene su mejor fuente en la autonomía de la voluntad. Es decir, es un orden dirimente espontáneo y no impuesto. Su trámite es el que las partes acuerden por lo que su proceso es el adecuado al asunto y no uno general que sirve para todos los casos. Por ello sus procedimientos garantizan mejor la igualdad y la transparencia de las diferentes actuaciones. Por otro lado, las partes escogen cómo van a resolver sus conflictos y a sus propios jueces de modo que éstos son sus verdaderos jueces naturales y no los que el Estado les asigne. La justicia privada, por otro lado, no usurpa la función del Estado de ejecutar los fallos sino que trata que la ejecución se lleve a cabo voluntariamente fuera del Estado. Y, lo más importante, es que por ser una justicia de los ciudadanos el orden dirimente alternativo coadyuva al Estado para garantizar la convivencia entre las personas. No cabe duda, pues, que la solución dirimente de conflictos privados es parte del sistema de justicia, y por ello, en Venezuela se le reconoce expresamente como uno de sus componentes en el artículo 253 de la vigente Constitución.

7. JURISDICCIÓN Y ORDEN DIRIMIENTE PRIVADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Si jurisdicción etimológicamente es decir *el Derecho*”, con la finalidad de resolver conflictos, su solución no tiene por qué ser solo una potestad soberana del Estado, sino también de los ciudadanos mismos que son los que crean sus derechos y obligaciones. La verdadera razón de la jurisdicción es ponerles fin a los conflictos, por lo que en los casos de los pactos o acuerdos entre ciudadanos no puede existir dificultad para que ellos mismos arbitren sus propias fórmulas para resolver sus controversias. Así como ellas crean su propio Derecho para regular sus relaciones contractuales, también pueden crear su modo de “decirse” o de declararse entre ellos ese Derecho con esa finalidad dirimente. Por tanto, es otro orden dirimente con una finalidad igual al del Estado, puesto que ambos se crean para declarar el Derecho para resolver diferencias en casos de conflictos. Por esta razón este orden dirimente privado es también un sistema de justicia: con jueces y procedimientos propios. Pero a diferencia del orden jurisdiccional estatal descansa en la convivencia entre las partes y no en la derrota de una de ellas. Y por ello es una mejor instancia para conseguir la Justicia en cada caso. Por ello, si como decía John Rawls la verdad y la justicia no pueden ser objeto de transacciones, sin embargo, nada impide que las personas lleguen a acuerdos o pactos para tratar de encontrarlas y buscarlas de modo más cerca y seguro.

EL DEBIDO PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

1. CONCEPTOS INICIALES

El arbitraje como medio alternativo de justicia no es contrario al principio-garantía constitucional del debido proceso. Por el contrario, el arbitraje es un derecho constitucional que encuadra dentro de la garantía constitucional del juez natural y del debido proceso a que se contrae el Artículo 49 de la Constitución. Por su **origen constitucional** el arbitraje es un derecho nacido de la autodeterminación de la voluntad de los individuos y de su libre autonomía, cuyo fundamento son

las garantías relativas al ejercicio de derechos fundamentales, como señalaré a continuación:

2. FUENTES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AL ARBITRAJE Y NATURALEZA JURÍDICA

El derecho al arbitraje como medio de dirimir controversias de los ciudadanos se fundamenta en los siguientes derechos y garantías constitucionales: A) En **el derecho de propiedad** que permite disponer de los derechos y bienes privados, conforme se desprende del artículo 115 de la Constitución; Y; B) En la garantía de **la libertad de contratación**: que, a su vez, se fundamenta: 1) En el derecho de libertad económica prevista en el artículo 112 de la Constitución y 2) En el derecho a la libre competencia consagrada en el artículo 299, *ibidem*.

Y en cuanto a su naturaleza como derecho subjetivo el arbitraje consiste en la posibilidad de los ciudadanos de escoger por mutuo consentimiento una vía diferente a la jurisdiccional para solucionar sus conflictos contractuales o no contractuales. Y, asimismo, como derecho subjetivo también implica la facultad de accionar judicialmente para hacerlo valer cuando el acuerdo arbitral o la decisión de los árbitros no son respetados.

3. SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y PROCESALES

Jurídicamente el arbitraje implica la renuncia de la jurisdicción del Estado de manera exclusiva y excluyente en todas o algunas controversias, como se desprende del artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial. E, igualmente, representa la obligación de acatar la decisión de los árbitros particulares, según el contenido de dicho artículo. Mientras que desde el punto de vista procesal el arbitraje consiste en el establecimiento por las partes de sus propias reglas de procedimiento, tal como se puede concluir del texto del artículo 15, *eiusdem*. Pero también implica el sometimiento de las partes al procedimiento establecido en los reglamentos de los Centros de Arbitraje en los casos de los arbitrajes institucionales, conforme se desprende del artículo 12, *ibidem*.

4. SU CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU CARÁCTER DIRIMIENTE

Precisamente para no contradecir las garantías del juez natural y del debido proceso se consagró el arbitraje en la Constitución como procedimiento para resolver conflictos, en atención lo dispuesto en sus artículos 253 y 258. En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la finalidad dirimente del arbitraje como justicia alternativa, que no pertenece al Poder Judicial, y que se imparte por personas privadas de manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, que dictan sentencias que se convierten en cosa juzgada¹.

5. PRECISIÓN DE LOS PRINCIPIOS GARANTÍAS DEL JUEZ NATURAL Y DEL DEBIDO PROCESO APLICABLES EN EL ARBITRAJE

No cabe duda que si en el arbitraje constitucional y legalmente se reconocen a los árbitros poderes dirimientes, éstos son competentes para conocer de los asuntos que se le encomienden, en forma independiente e imparcial, y además, que la competencia de tales órganos se encuentra prevista con anterioridad en las leyes, por lo que encuadra el arbitraje perfectamente en las garantías a que se contrae el artículo 49, de la Constitución, en sus numerales 3 y 4). Por lo que si se entiende por debido proceso el derecho constitucional a ser juzgado por jueces naturales y competentes con las garantías establecidas en la Constitución, como se proclama en el artículo 49, antes citado en su numeral 4, el arbitraje constituye un proceso legal y seguro de resolución de conflictos donde se consagran las garantías que hacen de un trámite o procedimiento un debido proceso.

En efecto, para que pueda calificarse un procedimiento de un debido proceso legal, se requiere que en su trámite se consagren un mínimo de garantías constitucionales que se enuncian fundamentalmente en el artículo 49 de la Constitución, que son las siguientes: 1) Derecho

¹ Sentencia N° 1139 del 05.10.2000, Caso “Héctor Luis Quintero Toledo”.

de defensa. 2) Derecho de asistencia jurídica. 3) Derecho de notificación. 4) Derecho de acceso a las pruebas y de disposición del tiempo y de medios adecuados para la defensa, que otorga a los procedimientos carácter contradictorio del proceso. 5) Declaratoria de nulidad de las pruebas violatorias del debido proceso. 6) Derecho de recurrir de los fallos o decisiones. 7) Derecho de ser oído y juzgado por jueces naturales, competentes e imparciales. 8) Derecho de no revisar lo ya decidido. 9) Derecho de obtener una decisión fundada en un plazo razonable. 9) Derecho a la tutela de efectividad de lo decidido, contemplado en el artículo 26, *eiusdem*. Y; 10) Derecho a la informalidad o al no ritualismo exagerado, que se desprende del artículo 257, *eiusdem*.

Pues bien, ese conjunto de garantías del debido proceso existen en el arbitraje y son obligatorias porque el arbitraje : A) **Es Derecho positivo**: Sus reglas forman parte del ordenamiento jurídico en donde también tienen preeminencia la protección de los derechos humanos por aplicación de los artículos 2º y 23 de la Constitución. B) **Es un Valor jurídico**, ya que es un derecho tutelable jurisdiccionalmente como parte de la protección de la obligatoriedad de los contratos, que cabe en la tutela judicial efectiva contemplada en artículo 26 *eiusdem*. Y, C) Es **Proceso**, puesto que es un trámite convencional al cual la ley le da valor de procedimiento para regular las actuaciones de las partes, de los árbitros y del Estado y por ende, sus reglas son obligatorias, según el artículo 49, encabezamiento, *eiusdem*. Y, todo ello porque el debido proceso como derecho humano es irrenunciable, en toda situación procedimental, según el encabezamiento del artículo 19, *ibidem*. Y porque las normas y garantías constitucionales, como las del debido proceso, obligan a todos, en atención al mandato contenido en el artículo 7º, *ibidem*.

6. MECANISMOS PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ANTE LA LIBERTAD RECONOCIDA A LAS PARTES PARA SOMETER SUS CONTROVERSIAS A ARBITRAJE

Para garantizar el debido proceso existen un conjunto de limitaciones cuya violación no solo invalidan el procedimiento arbitral, sino que

además representan la violación de principios y de normas constitucionales. Esas limitaciones se refieren al acuerdo arbitral y son las siguientes: a) Inarbitrabilidad de determinadas materias o asuntos, según el artículo 3° de la Ley de Arbitraje Comercial. b) Formalidad obligatoria de la escritura para el acuerdo arbitral, por prescripción del Art. 6°, *ibidem*. Y; c) Ineficacia de los arbitrajes previstos en los contratos de adhesión o en los contratos normalizados o estandarizados, en atención a lo dispuesto en el artículo 6°, *eiusdem*.

Asimismo, para garantía del debido proceso, se establecen reglas generales procesales inderogables. Así, se consagra: A) La obligatoriedad de los árbitros de derecho de fundar los laudos en las disposiciones de derecho, según el artículo 8°, *eiusdem*. E) La obligatoriedad de los árbitros de tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles, por mandato de la norma anteriormente citada. F) La obligatoriedad de incluir formalidades para las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de los árbitros, para los actos de tramitación del procedimiento y para la selección de lista de árbitros y tarifas de honorarios y de gastos administrativos en los reglamentos de arbitraje de los centros de arbitraje al cual las partes se sometan, conforme el artículo 12, *eiusdem*. G) La obligatoriedad de aplicar las reglas de procedimiento establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial, cuando las partes no establezcan sus propias reglas, en atención al artículo 15, *eiusdem*. H) La prohibición de incidencias, de acuerdo con el artículo 27, *ibidem*. I) El derecho a recusar los árbitros, previsto en los artículos 35 y 36, *ibidem*. J) El establecimiento de formalidades obligatorias para los laudos, que según los artículos 29 a 31, *ibidem*, se refieren a: Plazos, escritura, firmas, motivación, por regla general, fecha, lugar y notificación. K) El derecho a solicitar aclaratorias y complementación de los laudos, reconocido en el artículo 32, *eiusdem*. L) El derecho a impugnar el laudo, de conformidad con los artículos 43 y 44, *eiusdem*. Y; M) El derecho de las partes de hacer cesar en sus funciones al tribunal, que se consagra en el artículo 33, *ibidem*.

7. CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Aunque el arbitraje representa una renuncia a la jurisdicción ordinaria, sin embargo, ésta es complementaria de la justicia arbitral en los siguientes casos: 1) Desacuerdos en la designación de los árbitros en el arbitraje independiente y en los casos de inhibiciones o recusaciones no resueltos por el tribunal arbitral, ya que es el juez ordinario quien resuelve estas desavenencias, como se desprende de los artículos 17 y 38, de la Ley de Arbitraje Comercial. 2) La evacuación de las pruebas necesarias, en atención a lo que se prevé en el artículo 28, *eiusdem*. 3) La materialización de las medidas cautelares que requieran actos de ejecución *ibidem*. 4) El control mediante el recurso especial de nulidad de las garantías procedimentales para verificar: 4.1.) La capacidad de las partes para someterse a arbitraje. 4.2) El correcto ejercicio del derecho de defensa de las partes. 4.3) La legítima constitución del tribunal arbitral. 4.4.) La no-extralimitación del laudo arbitral. 4.5) De la no arbitrabilidad de la controversia y de la no-contrariedad del orden público de la materia decidida. Todo ello según los artículos 43 y 44, *eiusdem*. Y; 5) La ejecución de los laudos arbitrales, como lo disponen los artículos 48 y 49, *ibidem*.

De lo expuesto respecto del arbitraje entendido como debido proceso para dirimir conflictos y como medio de solución alternativo de controversias, se deriva, desde el punto de vista constitucional y procesal, que el acudir a la vía jurisdiccional pendiente un procedimiento de arbitraje o después de decidido constituye un fraude procesal como lo ha reconocido el Tribunal Supremo de Justicia². Así como, si se ha escogido el arbitraje por tratarse de la renuncia de la jurisdicción, ya los tribunales ordinarios no son los jueces naturales de las partes y de conocer éstos del asunto arbitrado, entonces, se violaría la garantía del debido proceso por la incompetencia inconstitucional que afecta al Poder Judicial.

² Sala Político Administrativa, Sentencia N° 01209 del 20.06.2001, Caso “Hoteles Doral C.A.”.