



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

González González, Lionel

Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas “decisoriae” y “ordinatoriae litis” vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XL, agosto, 2013, pp. 535-573

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173628597017>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LOS ÁRBITROS ARBITRADORES Y MIXTOS FRENTE
A LA CONSTITUCIÓN 1980:
NORMAS “DECISORIAE” Y “ORDINATORIAE LITIS”
VINCULANTES EN EL ARBITRAJE IRRITAL
Y EN LA JURISDICCIÓN DE EQUIDAD**

[Arbitrators in Law and Mixed Arbitrators in the Light of the 1980 Constitution:
Binding “*decisoriae*” and “*ordinatoriae litis*” Regulations in Informal Arbitrations
and Courts of Equity]

LIONEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ*
Universidad de Valparaíso, Chile

RESUMEN

Este artículo sostiene la existencia de normas obligatorias que deben cumplir los árbitros incluso los llamados a resolver de acuerdo con su prudencia o equidad. El fallo en equidad no puede infringir las normas constitucionales ni tampoco las normas legales que sean indisponibles para las partes. La infracción de ley también es posible en los fallos pronunciados por esta clase de árbitros, siendo necesario que el medio disciplinario establecido para corregir el error en que incurran contemple también esta posibilidad.

ABSTRACT

This article upholds that there are obligatory regulations arbitrators must comply with, even those *ex aequo et bono*. The equity judgment can neither infringe the constitutional norms nor the legal regulations that are obligatory for the parties. The law can also be breached in awards passed by these kinds of arbitrators. Therefore, it is necessary that the disciplinary measures established to correct their mistakes also consider this possibility.

RECIBIDO el 23 de enero y el ACEPTADO el 6 de mayo de 2013

* Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso, Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y alumno del Programa de Doctorado de la misma casa estudios. Correo electrónico lionelgonzalezg@hotmail.com El autor agradece los comentarios a la última versión del presente trabajo hecho por el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso; y en especial, a los profesores Claudio Meneses Pacheco, Felipe Gorigoitia Abbott y Andrés Peña Adasme.

PALABRAS CLAVE

Fallos en equidad – Fallos en equidad y Constitución Política – Fallos en equidad y orden público.

KEYWORDS

Equity judgments – Equity judgments and Political Constitution – Equity judgments and Public order.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho indiano no tuvo un estatuto arbitral propio y sistemático aplicable en materia de arbitraje, razón por la cual fue el Derecho castellano, que cobraba vigencia en el silencio de aquél, el que vino a cubrir la materia¹. Lo anterior determina que las raíces históricas de nuestra justicia arbitral deban buscarse en las *Partidas* de Alfonso X, especialmente en el título 4º de la Partida 3^a, que reglamentaba de un modo exhaustivo el juicio arbitral². Esta fue la legislación que inspiró más tarde a la *Lei de organización y atribuciones de los tribunales* de 1875, la cual sentó las bases más importantes del arbitraje civil interno, que persisten hasta nuestros días, puesto que dicha ley fue el antecedente inmediato del título 9º del actual *Código Orgánico de Tribunales* de 1943.

Si bien es posible encontrar referencias al sometimiento de las partes a compromiso en el artículo 143 del proyecto de *Constitución* de 1811, al compromiso extrajudicial, en el artículo 25 de la *Constitución* de 1818 o, en fin, al compromiso de litigantes, en el artículo 191 de la *Constitución* de 1822, en todos los casos antes indicados al compromiso se lo asocia con la transacción o la conciliación, y no como una fórmula heterocompositiva a cargo de un tercero imparcial con facultades jurisdiccionales. Una función de esta última naturaleza adscrita a la labor de los compromisarios recién asoma, como bien señala Vásquez Palma³, en la *Constitución* de 1823, cuyos artículos 176 a 179 regulaban los juicios prácticos⁴, previéndose en el artículo 178, a propósito

¹ Véase: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica, 2006), p. 56.

² ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Nociones generales sobre la justicia arbitral*, en *Revista Chilena de Derecho*, 26 (1999) 2, p. 411.

³ Aceradamente así lo destaca VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2009), p. 96.

⁴ Aplicables según el artículo 176 de la señalada carta: “Cuando se disputen deslinde, direcciones, localidades, giros de aguas, internaciones, pertenencias de minas y demás objetos que exigen conocimientos locales [...]”, sobre lo cual véase: CEBALLOS BUSTOS,

de los recursos contra sus resoluciones, que si tales jueces:”[...] se nombran como arbitradores, su sentencia es inapelable. Si proceden ordinariamente, se verificará la apelación ante uno o dos jueces nombrados de la misma forma”⁵.

Por otro lado, habrá de recordarse que el estatuto arbitral de naturaleza orgánica arriba aludido tiene su complemento funcional en el *Código Procedimiento Civil*, que data de 1902, y se encuentra contenido en los párrafos 1º, 2º y 3º del título 8º, libro III del señalado *Código*, que reglamenta el juicio arbitral.

De este breve repaso histórico asoma ya una conclusión de suma relevancia para las reflexiones que vienen: Nuestro estatuto arbitral moderno se forjó al alero de la *Constitución* de 1833, pues bajo su imperio se dictó la *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales* de 1875, que es el antecedente inmediato del *Código Orgánico de Tribunales* de 1943, en tanto que bajo la misma carta magna se promulgó en 1902 el *Código de Procedimiento Civil*, siendo de destacar que el señalado texto constitucional hubo de ser reemplazado por otro promulgado en 1925; y éste, a su vez, por otro que entró en vigor en 1980, el cual hizo confluir en su texto por vez primera los principios de supremacía constitucional y de juridicidad, hoy contemplados respectivamente en los artículos 6 y 7⁶ de la señalada carta política, toda una novedad en nuestros anales constitucionales.

Podría decirse, a modo resumen, que nuestro estatuto arbitral vigente no surgió bajo el atento examen de los principios de supremacía constitucional y de juridicidad con el significado que hoy les asigna el Derecho público chileno, lo cual conduce a plantear cuestiones de constitucionalidad sobre la justicia arbitral de la más variada índole, y de la mayor actualidad, a juzgar por las recientes publicaciones que últimamente abordan estos temas.

Algunos, por ejemplo, han planteado la inconstitucionalidad del arbitraje forzoso, por infringir, entre otros preceptos, el derecho a la tutela judicial efectiva⁷; en otro frente, hay quienes se preguntan si la facultad de fallar en equidad exime o no al arbitrador del deber de promoción y respecto de los derechos fundamentales⁸, interrogante con directa repercusión en la acción

Florencio (director), *Constituciones Políticas de la República de Chile. 1810-2005* (Santiago, Diario Oficial, s. d, [pero 2010]), p. 159.

⁵ Ibíd.

⁶ El artículo 7 CPol. 1980 trae su fuente del artículo 4 CPol. 1925, y éste, a su vez, del artículo 160 CPol. 1833; véase: *Constituciones*, cit. (n. 5).

⁷ Así JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)*, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 9 (Universidad de Talca, 2011) 2 , pp. 453-498.

⁸ Cfr. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 199.

de inaplicabilidad por constitucionalidad, que algunos creen improcedente⁹ por la especial naturaleza del fallo dado en equidad, en tanto que otros, entre quienes nos incluimos, lo estiman admisible¹⁰.

Estos y otros asuntos, se comprende, no sólo tienen relevancia para el arbitraje doméstico, sino también para el arbitraje internacional, hoy regulado en una ley especial, la N° 19.971, que contempla entre las causales de anulación del laudo arbitral la infracción del orden público chileno, concepto siempre voluble, pero de cuya mayor precisión depende la certeza y de paso el éxito de una legislación concebida para favorecer la inversión extranjera en Chile.

Este trabajo examina los artículos 6, 7 y 19 N° 3 inciso 6° CPol., a fin de establecer el alcance de dichos preceptos sobre la justicia impartida por los árbitros mixtos y arbitradores, al hilo de las cuales concluimos la existencia de normas *decisoriae* y *ordenatoriae litis* vinculantes en la jurisdicción a cargo de dicha clase de árbitros.

Pese al general sometimiento de los órganos del Estado a la *Constitución* y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6 CPol.), el estudio no incurre en el exceso de plantear la constitucionalidad de la justicia de fondo impartida por los arbitradores –sometida como sabemos al principios de equidad–, lo que no impide admitir, sin embargo, la existencia de ciertos límites fundados en la naturaleza indisponible del derecho material sobre el cual se pide al árbitro decidir, los cuales desaparecen allí donde, por el contrario, el derecho sea renunciable o disponible, atribución que precisamente habilita al amigable componedor para fallar sin necesario o estricto apego a la norma positiva que lo establece, consecuencia esta última que hacemos

⁹ MARTÍNEZ ESTAY, José - ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador*, en *Revista de Derecho Público*, 69 (Universidad de Chile, 2007) 1, pp. 407-416; MATORANA MIQUEL, Cristian, *El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Público*, 72 (Universidad de Chile, 2010), pp. 390-495; y TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La cosa juzgada en el control de constitucionalidad (y una lectura crítica a la ley 20.381 de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del tribunal (sic)*, en *Revista de Derecho Público*, 72 (Universidad de Chile, 2010), pp. 390-495.

¹⁰ Así, explícitamente: SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *La justicia arbitral ante la Constitución*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo, cit. (n. 1), p 107, y otros, de modo implícito, al estimar que un arbitrador no puede infringir en su fallos las disposiciones de la Constitución en virtud de lo establecido en el artículo 6 CPol.; así BERNALES PEREIRA, José, *Patricio Aylwin y el arbitraje*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo cit. (n. 1), p 337; o, en fin, admitiendo un orden público procesal que tiene su límite en la normativa constitucional, como COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Principios informativos del proceso arbitral*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo cit. (n. 1), p.121.

derivar de la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPol.).

Por otro lado, y ahora con relación al procedimiento aplicable a los árbitros mixtos y arbitradores, el trabajo compatibiliza el necesario origen legal de todo procedimiento con las facultades conferidas a las partes para fijar las normas rituales a las que deben someterse dicha clase de compromisarios, recordando que son las garantías del procedimiento (artículo 19 N° 3 inciso 6º CPol.), que no así todos sus extremos, los que deben estar legalmente establecidos, lo que deja amplio margen a las partes para convenir normas de sustanciación que mejor satisfagan sus necesidades de expedición y celeridad del arbitraje, en la medida que queden a salvo las garantías de un procedimiento racional y justo, contempladas en lo que aquí interesa en el artículo 637 CPC., que hoy debe reputarse de aplicación principal, entendiéndose que la Constitución hizo operar una tácita derogación de las normas que lo hacían operativo en el silencio de las partes.

Las normas materiales y de procedimiento vinculantes en la jurisdicción arbitral hacen que el trabajo desemboque, finalmente, en los medios de impugnación contra las resoluciones que las infrinjan, y contra lo que pudiera creerse, las premisas de este estudio, en lugar de amplificar dichos medios, contribuyen a precisar las causales que los hacen procedentes, por modo que ahora la falta o abuso grave que hace al recurso de queja contra el fallo de los arbitradores cobra un contenido objetivo –infracción del orden público material y procesal–, en lugar de la general y extrema iniquidad que hasta ahora maneja la jurisprudencia como motivo para hacer lugar al remedio disciplinario¹¹. Perfilados adecuadamente los contornos del recurso de queja, nos parece que no resulta apropiado mantener el recurso de casación en la forma, cuya coexistencia con el de queja no se justifica si a ésta le asignamos el preciso cometido de velar por el orden público procesal.

De este modo, si en el ámbito interno el recurso queja tuviera como preciso cometido el resguardar el orden público, material y procesal, habría sido dado un paso importante en el intento de homologar el arbitraje doméstico con el arbitraje internacional, pues el recurso de nulidad contemplado contra el laudo arbitral internacional tiene entre sus causales precisamente la infracción del orden público chileno (artículo 34, letra b), ii) de la Ley N° 19.971) sentida aspiración de la doctrina que alerta sobre los defectos de la dualidad del sistema arbitral¹².

¹¹ “Inmoral, dolosa, manifiestamente inicua, absurda, contradictoria, ininteligible o imposible de cumplir”, son los calificativos que suelen utilizar los tribunales superiores de justicia para estimar que la falta o abuso que justifica el acogimiento del recurso de queja es grave; véase más abajo la n. 87.

¹² Véanse: ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La unificación del sistema arbitral en Chile*

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS ÁRBITROS ARBITRADORES

A diferencia de sus predecesoras, la *Constitución* 1980 plasmó de manera directa el principio de supremacía constitucional, proclamándolo explícitamente en el artículo 6, sin que exista registro de una formulación hecha en términos semejantes en nuestros anales constitucionales. Es cierto, dice el profesor Ríos Álvarez, “que en las deliberaciones que dieron origen a la Constitución del 25 este principio –de la supremacía– compareció en las intervenciones –y probablemente, en la intención– de la mayoría de sus redactores. Pero no hay en la Constitución del 25 ninguna disposición que refleje ni la sombra de la fórmula que con tanta claridad, rigor conceptual y fuerza normativa acuña el artículo 6º de nuestro actual Código Político”¹³.

Como sabemos, el citado precepto expresa que: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella./ Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*”.

El inciso 1º de la norma consagra el principio de la supremacía constitucional, al servicio de cuya eficacia el inciso segundo de la misma disposición contempla los de la general y directa obligatoriedad de los preceptos constitucionales¹⁴, merced a los cuales la carta fundamental determina el actuar del más variado tipo de sujetos, entre los cuales desde luego se cuentan los que la propia disposición señala; mas también otros, como la Nación y hasta propio el Constituyente¹⁵.

como objetivo de una futura reforma, en DE LA OLIVA Andrés - PALOMO VÉLEZ, Diego (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica, 2007), pp. 571- 94; y MEREMINSKAYA, Elina, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile*, en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique - GORJÓN GÓMEZ, Francisco (coordinadores), *Arbitraje y mediación en las Américas* (Santiago, CEJA, s. d [pero 2006]), pp. 97-112.

¹³ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Control difuso de constitucionalidad de la ley en Chile*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 46 (Valparaíso, 2001), p. 181.

¹⁴ La *Constitución* se hizo con ello autoejecutable, dejando de tal modo sin sustento la doctrina que miraba a la Constitución como un texto más político que jurídico, que permaneció inalterable, “pese a la consagración del recurso de inaplicabilidad de la ley, establecido en la Constitución de 1925”; sobre esto, véase: CALDERA DELGADO, Hugo, *Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo I: 'Bases de la Institucionalidad' de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 87 (1990) 1, sec. “Doctrina”, p. 25.

¹⁵ La inclusión de estos últimos fluye de la interpretación armónica del artículo 5 inciso 2º en relación con el artículo 6º CPol., sobre lo cual: GUZMÁN BRITO, Alejan-

Medido en términos de sometimiento, queda de manifiesto que la subordinación a la Constitución se encumbra hasta los niveles más altos, no existiendo persona, institución o grupo, cualquiera sea la función que desempeñe, portadora de alguna licencia especial que le permita prescindir de la *Constitución* en su accionar propio; y quien así procediera, atribuyéndose con ello una autoridad o derecho que la carta fundamental no reconoce, no sólo infringiría el artículo 6 CPol., sino también el artículo 7 inciso segundo del texto constitucional.

Los árbitros arbitradores no escapan a esta regla y como todos los órganos y autoridades que ejercen una función pública son agentes de la soberanía estatal, y en tal sentido, según expresa el profesor Silva Bascuñán¹⁶ “se les aplican los preceptos de la Constitución contenidas en el capítulo de las bases de la institucionalidad”, parecer con el que coincide el profesor Bernales Pereira¹⁷, para quien “un arbitrador no podría infringir en sus fallos las disposiciones de la Constitución Política de la República, en virtud de lo establecido en el artículo sexto de dicha carta”, predicamento que también comparte el profesor Guzmán Brito quien incluye a los árbitros, sin distinción, entre los sujetos imperados bajo la norma en estudio¹⁸.

Así, en términos aforísticos, podría decirse que: los árbitros arbitradores y mixtos son árbitros de derecho frente a la Constitución. De este modo la afirmación según la cual los árbitros arbitradores no pueden en sus fallos incurrir en infracción de ley¹⁹ adolece de una imprecisión, que impide mantenerla en esos mismos términos, no al menos por lo que concierne a las disposiciones constitucionales, y no tampoco, además, por lo que atañe a las normas *decisoriae* y *ordenatoriae litis* de orden público, de rango simplemente legal, a las que también deben obediencia los compromisarios mixtos y de equidad, según pasa a explicarse a continuación.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PODER PARA CONFERIR FACULTADES DE FALLAR EN EQUIDAD A UN ÁRBITRO

En artículo 6 CPol. coloca al árbitro arbitrador en un aprieto del que parece no tiene salida. En efecto, una cosa es que el amigable componedor deba obediencia a las normas constitucionales, conforme lo manda la primera parte

dro, *El Derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001), p. 85 ss.

¹⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *La justicia arbitral*, cit. (n. 9), p.105.

¹⁷ BERNALES PEREIRA, J., cit. (n .9), p. 338.

¹⁸ GUZMÁN BRITO, A., *El Derecho privado*, cit. (n .14), p. 88.

¹⁹ ROMERO SEGUEL, A., *Nociones generales*, cit. (n. 2), p. 425.

de dicho precepto, y otra muy distinta es que, además, deba someterse a las normas dictadas conforme a la carta magna, es decir, a la ley ordinaria, según reza la segunda parte del artículo en estudio. Los extremos de la norma en examen parecen no dejar campo posible para que el árbitro arbitrador ejerza su ministerio conforme a su leal saber y entender, no habiendo entre dicho compromisario y sus pares de derecho ninguna diferencia: ambos estarían sometidos en su fallo a la ley, en el más amplio sentido del término.

Pese a lo dicho, y en lo que a ley ordinaria se refiere, el dilema propuesto es más aparente que real, pues olvida considerar que entre las más antiguas y elementales clasificaciones que es posible hacer del Derecho, figura aquella que lo divide en público y privado, y son precisamente las normas de este último cuño las que hacen mayoría en el ámbito en el que se desenvuelven los compromisarios, cualquiera sea su clase, al punto que sólo en pequeña medida el *Código Civil* y el *de Comercio* contengan regulaciones imperativas de orden público²⁰. Ahora bien, el derecho privado, como acertadamente indica el profesor Guzmán Brito²¹ “está regido por el principio de libertad, según el cual los privados pueden regular la esfera de su competencia como quieran”, tanto así que los asuntos que hacen parte de su objeto bien pudieran no tener regulación legal, como por lo demás ocurrió por muchos siglos hasta que la intervención estatal vino simplemente a recoger con la forma de una ley lo que antes tuvo su fuente en la autonomía de la voluntad. Por su objeto, el derecho privado se encarga de asuntos de exclusivo interés particular y en esencia: “se refiere a las cosas y servicios con valor económico, como el derecho de la libre adquisición y conservación de las cosas y del libre cambio recíproco de éstas y de los servicios entre los individuos”²², de allí entonces que los derechos que surjan del tráfico de las relaciones entre los particulares miren al exclusivo interés individual de sus titulares y se encuentre por ende permitida su renuncia (artículo 12 CC.), punto que nos interesa remarcar, ya que este señorío para hacer abdicación de los derechos queda amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPol.), que protege las facultades esenciales del dominio, entre los cuales figura la de disposición.

Al hilo lo de lo expuesto, habrá de convenirse que si las atribuciones del titular del derecho subjetivo llegan incluso al extremo de renunciarlo, un imperativo lógico obliga concluir que cuenta también con un facultad anterior y menos radical que la renuncia, consistente en otorgar al tercero imparcial escogido para juzgar acerca del mismo que lo haga sin necesario

²⁰ GUZMÁN BRITO, A., *El Derecho privado* cit. (n. 14), p. 20.

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

o estricto apego a la norma de orden privado que lo establece, para lo cual habrá de señalar las razones precisas que lo hicieron apartarse del modelo legal por modo de no encubrir, so pretexto de fallar en equidad, la utilización de un sentimiento puramente cordial y privado, insondable para los demás, que los medievales llamaron equidad cerebrina o bursátil²³.

Nuestro planteamiento entonces no descansa en una renuncia anticipada y parcial del derecho material disputado, pues si así fuera no habría modo de explicar el derecho a recurrir contra el laudo arbitral, y difiere en tal sentido del que en su día formula Calamandrei para explicar las facultades del amigable componedor para fallar en equidad, pues a juicio suyo: “[...] al consentir [los compromitentes] en hacer decidir la controversia del modo diverso del que señalaría el derecho estricto, quieren renunciar implícitamente a exigir hasta el último límite lo que cada uno de ellos habría creído poder pretender si la litis hubiera sido sometida a una decisión rigurosamente jurídica”²⁴. Para nosotros no hay renuncia al derecho, sino al deber de apegarse al modelo legal que lo establece.

De este modo, la atribución legal conferida a las partes para otorgar al árbitro facultades de arbitrador tiene fuente constitucional, y proviene de la naturaleza de orden privado de la norma que instituye el derecho sobre el que toca al árbitro decidir, de la que bien pudieron las partes prescindir o modificarla al tiempo de contratar, lo que explica que también pueda conferirse al compromisario la especial facultad de dirimir el asunto sin necesario apego a su texto para hacer justicia en el caso concreto, atribución que reconoce la Constitución a las personas como manifestación del derecho de propiedad y de la autonomía de la voluntad. No habría en esto infracción al principio de juridicidad previsto en el artículo 7 CPol., pues el arbitrador sería una magistratura cuyas facultades o derechos vienen reconocidos por la propia Constitución (artículo 76 CPol.) y las leyes (artículos 222 y 223 COT.), ni se vulneraría lo establecido en el artículo 6 del mismo texto político, pues el alcance de dicha norma se proyecta únicamente sobre las normas de orden público.

²³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El juez entre la equidad y la ley*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 77 (1981) 1, sec. 1^a, pp. 1-15; y ÉL MISMO, *El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el Derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 18/19 (Universidad de Valparaíso, 1981), pp. 111-143.

²⁴ CALAMANDREI, Piero, *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad* (1921), ahora en ÉL MISMO, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. castellana de Sentis Melendo, S., Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945), p. 79.

IV. LA JURISPRUDENCIA Y LA LEY “DECISORIA LITIS” VINCULANTE EN LA JURISDICCIÓN DE EQUIDAD

La existencia de una ley *decisoria litis* vinculante en la jurisdicción a cargo de los compromisarios de equidad ha resultado para nuestros tribunales superiores menos evidente que una ley *ordenatoria litis* indisponible para las partes. Para demostrar lo anterior, bastará tener en cuenta que la competencia de los tribunales superiores para conocer del recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita, cuya renuncia se ha estimado ineficaz por infringir el orden público, es una creación pretoriana, y es muy anterior a la entrada en vigencia de *Constitución* de 1980.

Sin embargo, dos sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en 1993 vinieron a marcar una tendencia en sentido contrario. En una de ellas, dictada el 16 de septiembre de aquel año, el tribunal supremo resolvió que: “*Los árbitros deben fallar conforme a la equidad, y siendo éste un concepto objetivo, en su virtud deben los jueces árbitros respetar las normas de Derecho positivo que tienen carácter de orden público, entre las cuales cabe considerar el artículo 27 N° 13 de la Ley de Quiebras 18.175, el que en forma expresa dispone un trámite que en la especie no se ha cumplido [...]*”²⁵. Dos meses antes, el 22 de julio de ese mismo año, en la causa “Banco de Chile con juez árbitro”, el máximo tribunal había resuelto que comete falta o abuso el arbitrador que deniega la autorización prevista en el artículo 1464 N° 3 CC por cuanto una decisión de ese tipo “[puede] entrabar la libre circulación de los bienes y puede implicar una limitación al ejercicio de la función jurisdiccional del tribunal que intente hacer cumplir una sentencia firme”²⁶.

Si bien en ambas sentencias hay una invocación al orden público, explícitamente en el primer caso, o por referencia a su proyección en el objeto ilícito, en el segundo, es de lamentar que ninguno de dichos fallos haya hecho mayor exposición del fundamento por el cual el orden público se comporta como límite en la jurisdicción a cargo de amigables componedores. En este específico sentido, el mérito se lo lleva por completo una sentencia pronunciada por el juez árbitro don Jorge López Santa María, el 17 de agosto de 1981, poco tiempo después de la entrada en vigencia de la *Constitución*. Visionariamente, el sentenciador razonó en el considerando 18º diciendo que: “[...] la atribución que la ley chilena concede a los árbitros arbitradores o amigables componedores para sentenciar en el sentido que la prudencia y la equidad les dicte, no va tan lejos como para permitirles prescindir de normas

²⁵ Citado en *El arbitraje en la jurisprudencia chilena. Caso “Abdalá Morong, José”* (Centro de Arbitraje y Mediación, Santiago, 2005), p. 292.

²⁶ Ibíd., p. 293.

*legales de carácter imperativo o de orden público. Al parecer, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han establecido en forma perentoria este principio, esencial a la jurisdicción arbitral, lo que se puede atribuir a la relativa escasez de las sentencias arbitrales en Chile y, sobre todo, a que éstas rara vez son publicadas*²⁷. Ilustrando lo esencial del principio en otras latitudes, sostuvo que en: “*Italia, la Corte de Casación ha fallado unánimemente que no puede admitirse que las normas positivas de orden público sean desconocidas por los árbitros mediante la aplicación de principios o cánones de equidad*”²⁸. Precisó que, en Francia, el recurso contra el laudo arbitral tiene dos causales genéricas: “La violación de los derechos de la defensa o la transgresión por el árbitro, aunque tenga el carácter de amigable componedor, de una norma legal de orden público, planteamiento recogido en el fallo ‘Salmona con Compañía Francesa de Azúcar y de productos del suelo’, de 1977”²⁹. Muy pertinentes fueron en el fallo las citas de trabajos publicados en revistas especializadas en arbitraje de las cuales destacamos nosotras la de Jean Louis Devolve: “Todo árbitro, como todo juez, debe aplicar las leyes de orden público que tengan que ver con el contrato, haciéndolas prevalecer incluso sobre la voluntad de las partes³⁰ y la del holandés Albert Van Den Berg, sobre el arbitraje comercial en América Latina: “En lo relativo a la sentencia, muchas incertidumbres persisten respecto de los alcances de la amigable composición en relación con el árbitro de derecho. Pero una cosa es al menos indiscutible: el amigable componedor está, también él, obligado a respetar las normas legales imperativas y de orden público”³¹.

V. EL ARBITRAJE PROHIBIDO: DEFECTUOSA TÉCNICA DE PROTECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN MATERIA ARBITRAL

Desde antiguo han existido limitaciones para el sometimiento de ciertos asuntos a la jurisdicción de compromisarios. En nuestro medio, tales restricciones se reflejan en los artículos 229, 230 y 357 COT, que agrupan las materias que constituyen arbitraje prohibido.

La historia legislativa de estos preceptos revela claramente que con su establecimiento el legislador pretendió resguardar el orden público en el ámbito de la justicia arbitral, sustrayendo cierta clase de asuntos de esa jurisdicción. En torno al método empleado, la discusión parlamentaria de las

²⁷ En *Revista Chilena de Derecho*, 9 (1982), p. 634, juez árbitro Jorge López Santa María, pp. 623-639.

²⁸ Ibíd., p 634.

²⁹ Ibíd., p 634.

³⁰ Ibíd., p 635.

³¹ Ibíd.

normas pertinentes registra las dudas planteadas por el señor Fabres respecto de la protección de los derechos irrenunciables no incluidos en el listado del arbitraje prohibido. En efecto, en la sesión del 6 de agosto de 1874: “*Fabres observó en la Cámara de Diputados que la excepción establecida en el artículo 178 –hoy contenida en el artículo 229 COT– significaba que podían ser sometidas a arbitraje todas las demás cuestiones, que no versaran sobre alimentos o separación de bienes; lo que en realidad no puede ser conveniente, puesto que no deben ser materia de compromiso las cuestiones para las cuales la ley da acción pública, ni tampoco las cuestiones sobre derechos, cuya renuncia esté prohibida por la ley [...]. El señor Lira, contestando la observación del señor Fabres, espuso que en las causas en las cuales hai un interés público i en que se trata del estado civil de las personas no pueden tampoco ser sometidas a compromiso en virtud de lo dispuesto en el artículo 179. De manera que no existe el vacío que se ha creído encontrar*”³². Abundando sobre el punto, Lira dijo en la sesión del 22 de agosto de 1874 que: “*En todas aquellas causas en que va comprometido algún interés público establece la Lei como necesaria la audiencia o intervención del Ministerio Público; i en las causas en que debe ser oído el Ministerio Publico no cabe compromiso, según disposición del artículo 180*”. Agregó también que: “*el artículo 264 [hoy representado por el artículo 237 del COT] enumera especialmente alguno de los casos en que es necesario esta audiencia*”³³.

En opinión del profesor Aylwin Azócar³⁴, fuera del listado de materias que componen el arbitraje prohibido hay “otros asuntos no susceptibles de ser comprometidos, como los juicios criminales y los del trabajo; aunque el Código Orgánico de Tribunales no trata explícitamente de ellos, se deduce de la negativa de diversos textos”, agrega que la facultad conferida por las partes a los arbitradores de fallar con absoluta prescindencia de los mandatos imperativos de la ley “bien puede ocurrir, sin daño alguno, en los asuntos en que entran en juego únicamente los intereses privados de los litigantes, pero no cuando pueden verse afectados el orden público, las buenas costumbres o los derechos de los terceros extraños al juicio. Por estas razones –continúa– está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral”³⁵.

Por nuestro lado, compartimos las dudas de Fabres en cuanto a que el

³² En BALLESTEROS, Manuel Egidio, *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile* (Santiago, Imprenta Nacional, 1890), II, N° 1660, p. 100.

³³ Ibíd., p.103.

³⁴ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953), p. 119.

³⁵ Ibíd., p.118.

orden público haya quedado debidamente resguardado acudiendo al método del arbitraje prohibido. Desde luego, no comprendemos cómo puede alcanzarse dicha finalidad si frente a la confluencia de asuntos de arbitraje forzoso y prohibido, el inciso 2º del artículo 230 C.O.T hace prevalecer el primero sobre el segundo. Estimamos también que el orden público es una noción demasiado voluble como para ser acorralado enunciando a priori y en términos generales los rubros o materias en que se lo cree presente. Si bien, como dice Aylwin, por deducción de otras normas y por la lógica o la naturaleza misma del arbitraje, puede amplificarse el listado de asuntos que no admiten sometimiento al juicio de compromisarios, creemos que dicha extensión, hecha también en términos generales, tampoco soluciona cabalmente la eficaz protección del orden público, particularmente cuando lo que debe resguardarse no son grandes áreas del ordenamiento con marcado predominio del interés general, sino mandatos imperativos o prohibitivos concretos, diseminados en el ordenamiento en múltiples textos legales, muchos de los cuales reciben aplicación en asuntos o negocios de arbitraje forzoso o voluntario.

Así pasa, entre otros tantos ejemplos, con la Ley N° 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos, que regulando materias de arbitraje permitido, establece sin embargo la irrenunciabilidad de los derechos del arrendatario. Preocupa en este caso que la indisponibilidad de los derechos del arrendatario pueda verse amagada por la pretendida facultad del arbitrador de fallar sin sujeción a la ley que establece tales derechos. Un trabajo del profesor Antonio Bascuñán Valdés³⁶ responde acertadamente esta inquietud y lo lleva a decir que: “Los derechos irrenunciables que la Ley 18.101 confiere a los arrendatarios, derechos que dicen relación con las cuestiones de fondo de la relación contractual entre las partes, constituyen normas de orden público al tenor de lo previsto en el artículo 12 del *Código Civil*, por lo que el juez árbitro, sea que tenga la calidad de árbitro de derecho o de arbitrador debe respetarlas en la sentencia [...]”.

En Derecho comparado, la protección del orden público no se enfrenta acudiendo a listados de arbitraje prohibido. Para combatir la indomable elasticidad de esa noción y su omnipresencia en el ordenamiento, se emplea una fórmula general que permite la revisión del laudo, sencillamente, cada vez que en su dictación se infrinja el orden público. Así ocurre en España (artículo 45.5 Ley N° 36/1988)³⁷; en Panamá (artículo 34, Decreto Ley

³⁶ BASCUÑAN VALDÉS, Antonio, *El arbitraje en materia de arrendamiento de predios urbanos*, en *Estudios*, cit. (n. 1), p. 299.

³⁷ Artículo 45: “*El laudo sólo podrá anularse en los siguientes casos: 5º Cuando el laudo fuere contrario al orden público*”.

Nº 5 de 1999)³⁸; en Venezuela (artículo 44 *Ley de Arbitraje Comercial* de 1998)³⁹; en Bolivia (artículo 63 *Ley de Arbitraje y Conciliación* Nº 1770)⁴⁰–; y en Guatemala (artículo 43 Nº3 *Ley de Arbitraje*)⁴¹.

A nuestro juicio, la interpretación que hacemos del artículo 6 CPol. en materia de jurisdicción de equidad, constituye suficiente fundamento para imponer la observancia de mandatos y prohibiciones de orden público, cualquiera sea su ubicación dentro del ordenamiento, y suple la ausencia de una cláusula general al estilo de la empleada en el derecho comparado.

VI. ORDEN PÚBLICO. SIGNIFICADO

A diferencia del arbitraje interno, nuestra ley de arbitraje internacional (Ley Nº 19.971) sigue la tendencia del derecho comparado e incluyó entre las causales de anulación del laudo arbitral: la infracción del orden público chileno [artículo 34, b, ii)].

Sin embargo, y pese a los intentos de la jurisprudencia por definirlo⁴², perfilar los contornos del orden público resulta en extremo difícil, sobre su concepto: “[...] ningún autor, ningún jurista, ningún legislador ha dado una respuesta satisfactoria. Con razón ha dicho Mourlon, que estas cosas se

³⁸ Artículo 34: “*Contra el laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos tasados. 2 Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a la ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño*”.

³⁹ Artículo 44: “*La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público*”.

⁴⁰ Artículo 63 I: “*La autoridad judicial competente anulará el laudo arbitral, por las siguientes causales: Laudo arbitral contrario al orden público*”.

⁴¹ Artículo 43. 2: “*El laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando: b. La Sala de la Corte de Apelaciones compruebe: ii Que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala*”.

⁴² La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo pronunciado el 8 de junio de 1989, resolvió que: “*Los motivos que inspiran a las leyes de orden público son: asegurar el orden necesario a la organización social y el respeto de la moral pública, o proteger a ciertos incapaces o a quienes fueron víctimas de un perjuicio inmerecido. En efecto, son de orden público sólo aquellas leyes en que el legislador señala directa e imperiosamente la manera única de lograr el orden público o social. Se trata de materias de excepcional gravedad, como las relativas a la organización de los poderes públicos, a la constitución de la familia y a los derechos que de ellaemanan, a la organización de la propiedad raíz, a los requisitos de existencia y validez de los actos y contratos, que abandonados al libre arbitrio de los particulares llevarían a la anarquía social*”: en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 85, 2^a parte, sec. 2^a, p. 48, considerando 5º y 6º.

sienten mejor que se definen”⁴³. El mismo Portalis expresó: “[...] con toda la vehemencia de su verbo, no pudo decir del orden público otra cosa que es todo lo que, en las leyes, interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”⁴⁴.

Un auxilio hermenéutico resulta indispensable para mantener a raya los excesos que puedan cometerse en la interpretación de una cláusula tan abierta, de cuyo significado depende a fin de cuentas la estabilidad del laudo y el éxito del arbitraje, especialmente el internacional. Para ello habrá de tenerse en cuenta los criterios de excepcionalidad, de interpretación restrictiva y de evidencia u ostensibilidad del vicio que motiva la anulación. El primero de los principios, conforme a la exposición de los profesores Juan Carlos Marín González y Rolando García Mirón⁴⁵, plantea que debe respetarse el valor de cosa juzgada del laudo y su anulación no puede ser resultado del desacuerdo con el fondo de lo resuelto, en abono del cual citan una sentencia pronunciada por la Corte Europea de Justicia en 1999, oportunidad en que dicho tribunal resolvió que: “[...] las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales”.

De la mano de la excepcionalidad comparece el principio de la interpretación restrictiva, directriz con arreglo a la cual se recomienda a los jueces cuidarse de incorporar nuevas categorías al orden público, estrategia a la que resulta muy atractivo acudir por los litigantes para atacar la eficacia del laudo, pero de indeseables efectos en el prestigio de la institución, según ha puesto de manifiesto la profesora Elina Meremiskaya⁴⁶.

En fin, el principio de evidencia de la infracción mira a la profundidad del examen que resulta necesario realizar para constatar judicialmente la vulneración del orden público, materia sobre la cual González de Cossío⁴⁷

⁴³ VODÁNOVICH, H., Antonio, *Curso de Derecho civil* (4^a edición, Santiago, Nascimento, 1971), I, p. 162.

⁴⁴ Citado por PESCIOL VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho civil. Título Preliminar del Código Civil* (reimpresión de la 2^a edición Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978), I, p. 307.

⁴⁵ Cfr. GARCÍA MIRÓN, Rolando - MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 25 (julio de 2011) 1, pp. 127-130.

⁴⁶ MEREMINSKAYA, Elina, *Eficacia de las sentencias arbitrales internacionales en el derecho ruso y alemán*, en PICAND ALBÓNICO, E., cit. (n. 1), p. 777.

⁴⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Orden público y arbitrabilidad: duelo dinámico del arbitraje*, en *RIJ*, 32 (2008), cit. por MARÍN GONZÁLEZ - GARCÍA MIRÓN, cit. (n. 45), p. 129.

concluye que: "La ilegalidad debe saltar a la vista del juzgador. Si es necesario emprender un análisis forzado, exhaustivo, que admite una argumentación alternativa que evadiría la actualización de la causal, no se está en presencia de un auténtico orden público".

VII. LA CONSTITUCIÓN COMO INSTRUMENTO TUTELAR DEL PROCESO

Proceso y derecho se entrelazan en una relación de medio a fin⁴⁸. Couture lo expuso con acierto al afirmar que el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. "Lo grave –expresaba–, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen en su intención, una garantía de justicia; pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste el derecho: La tutela del proceso –concluyó Couture– se realiza por imperio de las previsiones constitucionales"⁴⁹.

La prelación de estatutos procedimentales aplicables al juicio seguido ante los árbitros arbitrajadores y mixtos, tal como aparece dispuesta por la ley procesal (artículo 223 inciso 3º COT. y artículo 636 CPC.), adolece de una imperfección que priva al proceso de la función tutelar que debe cumplir en el juicio seguido ante esa clase de compromisarios, defecto que, como dice Couture, debe subsanarse acudiendo a la carta fundamental.

Precisamente, las próximas reflexiones se encaminan a establecer que, por aplicación del principio de la supremacía constitucional, debe repositionarse a la ley como la primera fuente reguladora del procedimiento seguido ante los árbitros mixtos y de equidad; única manera de dar cumplimiento al mandato del artículo 19 N°3 inciso 6º CPol., que comete a ley, y no a las partes, el establecimiento de las garantías de un racional y justo procedimiento.

1. *Las garantías de un racional y justo procedimiento son materia de ley.*

Establece el artículo 19 N° 3 inciso 6º CPol.: "Toda sentencia de un

⁴⁸ Sobre el punto dice DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984), I, p. 5: "Las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos".

⁴⁹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil* (reimpresión de la 3^a edición, Buenos Aires, Depalma, 1978), p.48.

órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Correspondrá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La norma transcrita plasma en nuestro medio la institución que surgiera en el derecho anglosajón con el nombre de “due process of law” o debido proceso legal.

Con las expresiones “*legalmente tramitado*” y “*correspondrá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo*”, queda en evidencia que para nuestro constituyente tales garantías son materia de ley (artículo 60 N° 2 CPol.).

Pronunciándose en el mismo sentido, en fallo dictado el 24 de febrero de 1987, el Tribunal Constitucional reconoció el necesario origen legal de los preceptos que aseguren el debido proceso, sosteniendo que: “*Que este vacío legal, que genera la inconstitucionalidad anotada, no puede subsanarse por el Tribunal Calificador de Elecciones mediante los autos acordados que la ley autoriza a dictar, ya que este órgano sólo está facultado para expedirlos con el objeto de completar las normas que se establecen en esta ley para las gestiones que se tramiten ante el Director del Servicio Electoral; pero no para crearlas cuando no existe norma al efecto. Y ello es lógico que así sea, porque es materia de ley establecer las reglas fundamentales que aseguren un racional y justo procedimiento*” (rol N° 43, considerando 64)⁵⁰. Años más tarde, en fallo pronunciado el 28 de septiembre de 1999, y con motivo de la reforma constitucional que condujo a la creación del Ministerio Público, el mismo tribunal resolvió que el debido proceso: “[...] no sólo debía regir para los órganos que ejercen jurisdicción, sino también para aquellos que, como el Ministerio Público, no tienen tales facultades, por lo que se estimó indispensable incorporar, también⁵¹, a las exigencias de que sea el legislador el que fije la racionalidad y justicia de los procedimientos, los relativos a la dirección de la investigación, que se le encomienda al nuevo organismo autónomo que se crea”⁵².

En consecuencia, no a otro que al legislador le incumbe dar las reglas de

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y 3 de junio de 1992* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 47.

⁵¹ Comentando el fallo del Tribunal Constitucional, el profesor Raúl Tavolari Oliveros asignó particular importancia al adverbio “también”, que emplea el considerando recién transrito: “Insisto en el adverbio también del considerando 17, porque, por su intermedio, recuerda el tribunal que al legislador le corresponde establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento –debido proceso en el lenguaje del tribunal– deber que se extiende a las investigaciones, Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 96 (1999) sec. 6^a, p. 204.

⁵² Rol N° 293, considerando 17.

procedimiento que aseguren el debido proceso, no resultando admisible que en este caso la función legislativa se delegue en un órgano diverso del Estado, o en los particulares; pues, como bien dice el profesor Silva Bascuñán: “Es inevitable entender que la Constitución prohíba la delegación de funciones que ella confía, puesto que si se autoriza, se alteraría la distribución de competencias cuya determinación representa la finalidad sustancial de su preceptiva [...]”⁵³.

Lamentablemente, la implicancia del artículo 19 N° 3 inciso 6º CPol., que comentamos, en la jurisdicción a cargo de árbitradores ha pasado inadvertida; pues, tal cual ocurre con el artículo 6º CPol., hasta antes de la promulgación de la *Constitución* de 1980 no existía norma que confiara al legislador el establecimiento de las reglas fundamentales del enjuiciamiento.

2. Contenido preciso del encargo hecho por el constituyente al legislador.

El encargo hecho al legislador no consiste en la regulación de todos los extremos del procedimiento; lejos de ello, al constituyente le basta con el establecimiento de las garantías de un procedimiento racional y justo, vale decir, nuestra carta fundamental se conforma con la instauración de las bases rituales elementales que legitiman el ejercicio de la jurisdicción⁵⁴. Por lo general, sin embargo, el legislador excede el cometido básico hecho por el constituyente y llega con su normativa a todos los recodos del procedimiento

⁵³ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro., *Tratado de Derecho Constitucional* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV, p. 149. Puede anotarse además que la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallos pronunciados el 30 de agosto de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 97 (2000) 2, sec. 2^a, p. 58; 2 de octubre de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 97 (2000) 2, sec. 2^a, p. 68; 9 de marzo de 2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 98 (2001) 1, sec. 2^a, p. 16; 25 de julio de 2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 98 (2001) 2, sec. 2^a, p. 90; y 25 de octubre de 2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 98 (2001) 2, sec. 2^a, p. 132, declaró nulo lo obrado ante los llamados “jueces tributarios”, basando dichas sentencias en la indelebilidad de la función jurisdiccional en autoridades administrativas.

⁵⁴ En palabras de la Corte Suprema, el debido proceso es aquel: “[...] a lo menos constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de los cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros”. Corte Suprema 3 de mayo de 2010, rol N° 990-2010; y en igual sentido las sentencias del mismo tribunal de fecha 4 de noviembre de 2010, rol N° 5529-2010; 24 de agosto de 2010, rol N° 4001-2010; 22 de julio de 2010, rol N° 8932/2010; 5 de julio de 2010, rol N° 3338-2010 y 24 de julio de 2010, rol N° 1552-2010.

valiéndose de las reglas técnicas que permitan el mejor desarrollo de tales garantías en función de la mayor racionalidad y justicia del enjuiciamiento.

Es importante tener en cuenta lo anterior, pues el constituyente instruyó al legislador establecer un mínimo, de modo que no habría reproche de constitucionalidad si este último habiendo establecido las reglas mínimas de procedimiento, permitiera a las partes desarrollarlas convencionalmente, dándole la forma que mejor satisfaga sus intereses de celeridad y seguridad jurídica, cuya es precisamente la situación de los árbitros mixtos y arbitradores. No es razonable pensar, dice Ortells Ramos⁵⁵: “[...] que sólo una determinada forma es idónea para realizar las garantías, de manera que las opciones legislativas [y las de las partes allí donde esté permitido] sobre las formas quedan abiertas siempre que no haya perjuicio para las garantías”.

3. Las garantías del debido proceso son aplicables a toda clase de procedimiento.

Conforme a nuestra constitución, las garantías de un racional y justo procedimiento deben anteceder a toda sentencia que emane de un órgano que ejerza jurisdicción, cualquiera sea la naturaleza del asunto o el carácter del tribunal encargado de su conocimiento, o el origen o título del cual arranque su competencia⁵⁶. Al respecto no caben distinciones de ningún tipo. Tan explícito fue el constituyente, que ordenó al legislador establecer tales garantías: *s i e m p r e*.

El carácter multifacético de tales resguardos viene, además, reconocido por los artículos 14 N° 1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y 8 N° 1 del “Pacto de San José de Costa Rica”, los cuales hacen aplicables las “garantías judiciales” que tales disposiciones mencionan a la sustanciación de cualquier acusación penal o “para la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter”.

No hay razón entonces para suponer que a los árbitros arbitradores no les alcance la garantía constitucional y supranacional del debido proceso.

⁵⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Formas del procedimiento y garantías fundamentales*, en *Ius et Praxis*, 16 (2010) 1, p. 396.

⁵⁶ La garantía del debido proceso goza de la mayor extensión, tanto así que en el fallo pronunciado el 4 de enero de 1995, rol N° 195, considerando 10º, letra b), el Tribunal Constitucional resolvió que: “La norma constitucional presupone dentro del debido proceso legal la existencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debiéndose entender por tal no solamente aquella que definen los códigos procesales sino tal como lo explica el profesor José Luis Cea en su Tratado de la Constitución de 1980 (página 275) que ella abarca todas la resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o los bienes ajenos”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 92 (1995) 3, sec. 6^a, p. 6.

4. Repercusiones en el procedimiento seguido ante compromisarios mixtos y de equidad.

Tan extendida tutela pone en entredicho la vigencia de la facultad conferida a los compromisarios mixtos y de equidad⁵⁷, en cuanto a sustanciar los procesos a su cargo sujetos únicamente a las reglas de procedimiento que las partes hayan señalado en el acto constitutivo del compromiso, y en defecto de tal estipulación, a las normas rituales que para esa clase de árbitros establecen los artículos 636 a 643 CPC.

Semejante licencia entra de lleno en oposición con el artículo 19 N° 3 inciso 5º CPol., ya que las garantías del debido proceso que el constituyente aspira a resguardar, asegurando su observancia mediante un imperativo legal, quedan aquí entregadas a la voluntad de las partes; y no pocas veces, por desgracia, a la voluntad de una de ellas.

De otro lado, los preceptos legales que confieren la atribución que comentamos a los árbitros mixtos y a los arbitradores⁵⁸, contravienen también el precepto constitucional del artículo 19 N° 26 CPol., ya que las garantías de un racional y justo procedimiento ante esa clase de árbitros, representadas en este caso, según veremos, por los artículos 637 a 643 CPC., quedan sujetas a una condición, a saber: que las normas de sustanciación que convengan las partes no resulten incompatibles con tales garantías, o peor aún, que el pacto no contenga una cláusula que derechamente excluya la observancia de aquellas..

No se piense, sin embargo, que el conflicto planteado se resuelve negando a las partes la facultad de señalar reglas de procedimiento a los compromisarios mixtos y de equidad; por el contrario, dicha prerrogativa permanece inalterable, aunque debe admitirse, eso sí, la existencia de un núcleo procedimental indisponible en la jurisdicción a cargo de dichos árbitros, representativo de las garantías de un debido proceso, legalmente establecido, que concebido originalmente con carácter supletorio debe ahora reputárselo como principal.

5. Tácita derogación de los artículos 223 inciso 3º, 224 COT. y 628 y 636 CPC.

El artículo 223 inciso 3º CO, establece: “*El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado*

⁵⁷ A los que explícitamente que cabe incluir como órganos sujetos a la garantía constitucional en estudio; así SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), VIII, p. 78.

⁵⁸ Nos referimos al artículo 223 inciso 3º COT. y 636 CPC.

en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”.

Una redacción similar emplea el inciso 1º del artículo 636 CPC.

Las normas anteriores quedaron tácitamente derogadas desde la entrada en vigencia de la constitución de 1980, cuyo artículo 19 N°3 inciso 5º entrega al legislador, y no a las partes litigantes, la regulación del proceso previo conducente a la dictación de la sentencia por parte del órgano que ejerce jurisdicción.⁵⁹

Idéntico comentario cabe hacer respecto del artículo 224 COT. y del artículo 628 CPC., que en cuanto permiten conceder al árbitro de derecho facultades de arbitrador con relación al procedimiento –instituyendo así al árbitro mixto–, pugnan con la norma constitucional antes dicha⁶⁰.

6. Consecuencias de la derogación.

La derogación que comentamos es tácita y parcial, es decir, elimina del precepto legal todo lo que fuere contrario a la Constitución y lo deja subsistente en el resto, con lo cual la eliminación no afecta a toda la proposición normativa contenida en los artículos 223 inciso 3º COT. y 636 inciso 1º CPC., sino aquel pasaje según el cual el arbitrador “[...] no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso [...]”.

De este modo, y siendo rigurosos, la consecuencia que trae consigo la derogación no consiste en prohibir a las partes pactar reglas de procedimiento, sino sólo impedir que el estatuto ritual prevalente y hasta incluso excluyente de todo otro aplicable en la justicia a cargo de los compromisarios de equidad sea el convenido por las partes, burlando por esa vía la previsión constitucional según la cual las garantías del procedimiento racional y justo deben siempre tener su origen en la ley.

Tales garantías están hoy representadas en el artículo 637 CPC., que establece las reglas mínimas de procedimiento aplicables al juicio seguido ante los amigables componedores; disposición que, según veremos más adelante,

⁵⁹ La derogación se extiende a toda regulación procedural que no sea obra del legislador; pues, como afirma TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El proceso en acción: Tramitación de la acción constitucional chilena de protección* (Santiago, Libromar, 2000), p. 470: “[...] Vigente la nueva regla constitucional, que entrega, exclusivamente a la ley, la determinación de las normas que constituyen los procesos previos, sobre las que deben fundarse las sentencias de los órganos de la jurisdicción, aquellas disposiciones dictadas con ese mismo fin por otros órganos que los legislativos y contenidas en otras fuentes formales, que no la ley, deben entenderse derogadas [...]”.

⁶⁰ La derogación tácita, sin embargo, no es obstáculo para la impugnación del precepto contrario a la Constitución por la vía de la acción de inaplicabilidad; así CORDEIRO QUINZACARA, Eduardo, *Principios y reglas*, en *Ius et Praxis*, 15 (2009) 2, p. 30.

presenta la generalidad suficiente para permitir a las partes escoger el modo más apropiado para desarrollar convencionalmente las garantías procesales en él contenidas, con lo cual el arbitraje conserva el carácter flexible que lo caracteriza sin que por ello prescinda de las garantías del debido proceso.

VIII. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DEBIDO PROCESO

Advierten los procesalistas que: “La determinación del conjunto de garantías que constituyen el denominado “debido proceso” puede constituir una tarea infinita desde que, como suele acontecer con los conceptos jurídicos, intérpretes, legisladores, catedráticos, en fin, operadores diferentes, aportan desde sus diversas visiones, elementos que sin resultar enteramente encontrados entre sí, enfatizan aspectos distintos en la relación del justiciable con la jurisdicción”.⁶¹

Sobre el contenido abierto del debido proceso la Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que: “[...] corresponde a los tribunales ir enriqueciendo su concepto a través de la jurisprudencia [...]”⁶².

Pese a los difusos contornos del debido proceso, existen ciertas garantías que se repiten en la enumeración de los elementos que a juicio de la doctrina y jurisprudencia lo componen, y que, al menos en nuestro medio, quedan reflejados en el debate que sobre tales garantías se suscitó en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. Sobre el particular, nos recuerda el profesor Evans de la Cuadra que: “[...] especialmente en la sesión 101, de 9 de enero de 1975, en que se oyó al profesor José Bernales, y en la sesión 103, de 16 de enero del mismo año, se desprende que los elementos que constituyen el racional y justo procedimiento son los siguientes de modo muy escueto: ‘a) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; b) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; c) sentencia dictada en un plazo razonable; d) sentencia dictada por un órgano imparcial y objetivo, y e) posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetivo’”⁶³.

Resulta interesante consignar que la enunciación de las garantías anteriores presenta gran coincidencia con la que, por su lado, ha hecho la

⁶¹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El proceso*, cit. (n. 55), p. 539. También COUTURE Eduardo, cit. (n. 47), p. 153, quien explica que: “No existe una teoría general de la tutela constitucional del proceso, en el sentido de enumeración conclusiva de soluciones. La tesis sentada para un derecho positivo, puede no tener validez para otro”.

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 97 (2000) 2, sec. 2^a, considerando 4^o, p. 59.

⁶³ En EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), II, pp. 28-29.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que en su dilatada experiencia histórica de vigilancia constitucional del proceso contempla los siguientes motivos de inconstitucionalidad: *i)* por falta de citación; *ii)* por falta de emplazamiento; *iii)* por privación de audiencia; *iv)* por privación de prueba, por privación de recursos; *v)* por privación de revisión judicial y por inidoneidad del juez.⁶⁴

Las enunciaciones anteriores son, por lo demás, coincidentes con la que se ha hecho a propósito del control de la ejecución de las sentencias extranjeras, incluyéndose entre las garantías integrantes del orden público procesal: “la imparcialidad del juez, el conocimiento de la demanda o acusación; el derecho a contestarla; a conocer y contradecir la prueba de cargo; a producir propia prueba y a que el sentenciado resuelva sobre los términos del debate y con el respaldo de las probanzas producidas, en sentencia debidamente motivada”⁶⁵.

Identificados entonces los elementos que integran el contenido mínimo del debido proceso, corresponde ahora indagar si la ley que regula el procedimiento seguido ante los árbitros arbitradores y mixtos recoge tales garantías y satisface la exigencia del artículo 19 N° 3 inciso 6º CPol.

1. Las reglas mínimas del procedimiento en el juicio seguido ante los árbitros arbitradores y mixtos.

Frente al excesivo formalismo y lentitud de la justicia ordinaria, la jurisdicción arbitral ofrece mayor flexibilidad y rapidez en sus procedimientos, constituyendo estas características sus principales atractivos. No debe extrañar, en consecuencia, que el párrafo 2º del título 8º del libro III CPC. desarrolle, en escasos siete artículos, la ritualidad básica del juicio seguido ante arbitradores, consultando materias relativas a la audiencia de los interesados y prueba de sus alegaciones (artículo 637); recepción de la causa a prueba (artículo 638); manera de practicar los actos de instrucción (artículo 639); forma de la sentencia (artículo 640); manera de adoptar los acuerdos (artículo 641); recurso de apelación (artículo 642) y régimen de ejecución de la sentencias (artículo 643).

De las normas citadas, destaca el inciso 1º del artículo 637, cuyo texto refunde el sentido y propósito de las restantes del párrafo, advirtiéndose con su establecimiento el deseo del legislador de garantizar, al menos, el derecho

⁶⁴ COUTURE, Eduardo, cit. (n. 47), p. 153 ss.

⁶⁵ AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite - PÉREZ RAGONE, Álvaro - ROMERO SEGUÍ, Alejandro, *Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional. Un examen desde la justicia procedural y el debido proceso en el derecho positivo chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (Primer semestre de 2011), p. 457.

a ser oído, a probar las alegaciones que se formulen y a ser juzgado por un órgano imparcial que falle conforme a los dictados de la equidad.

Tenemos así que, de manera escueta, pero no por ello menos eficaz, los artículos 637 a 643 recogen los elementos básicos del debido proceso⁶⁶, que mencionamos más arriba, debiendo destacarse que sobre tales disposiciones ha resuelto la jurisprudencia:

a) En cuanto a las notificaciones: “*Si bien el recurso de protección no procede contra actos jurisdiccionales y resoluciones judiciales, si procede cuando por esta vía se incurre en conductas manifiestamente ilegales o irregulares que vulneran los derechos del artículo 20 de la Constitución Política. Además, procede si el árbitro no se atiene a las reglas de procedimiento y fallo acordadas en el acto constitutivo, llamado compromiso, conforme reza el artículo 636 del Código de Procedimiento Civil, y si las partes nada expresan, debe atenerse a las llamadas ‘normas mínimas’ reguladas en los artículos 637 a 643 del mismo texto legal, por tanto, si las partes autorizan a resolver sin forma de juicio y renuncian a los recursos, el árbitro debe cumplir con las ‘normas mínimas’, incluso respecto de las notificaciones, de lo contrario no existe emplazamiento eficaz sino sólo apariencia de juicio, de tal modo que cumplir la sentencia emanada de tal juicio, vulneraría el derecho de propiedad afectando bienes del recurrente, conforme al artículo 19 número 24 de la Constitución Política*”⁶⁷.

b) Sobre los actos de sustanciación: “*No se cumple con las exigencias que constituyen las garantías mínima, si el arbitrador presta una declaración en que otorga a las partes un cierto término de días para hacer valer sus respectivas pretensiones, sin que se hayan determinado las audiencias en las que se llevaría a cabo el juicio arbitral, ni el régimen de notificaciones de las resoluciones del árbitro, y sin que además ninguna de las presentaciones de las partes aparezca proveída por el árbitro designado*”⁶⁸.

c) Sobre la recepción de la causa a prueba: “*La circunstancia de tratarse de un juicio arbitral ante un árbitro arbitrador no exime de la obligación de recibir la causa a prueba cuando, como ocurre en la especie, se han controvertido los hechos, porque si bien es cierto que el asunto propuesto debe ser resuelto conforme a la prudencia, no lo es menos que el sentenciador debe adquirir convicción por los medios de prueba en cuanto a los hechos en que se sustentan la acción y las excepciones, y, habiendo existido controversia al respecto necesariamente debió*

⁶⁶Tal carácter les asigna, derechamente, el profesor ROMERO SEGUEL, A., *Nociones Generales*, cit. (n. 2) p. 423.

⁶⁷Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de abril de 1994, en *Gaceta jurídica*, 166, p.86.

⁶⁸Corte Suprema, 24 de septiembre de 1986, en *Gaceta jurídica*, 75, p. 19.

*decretarse un término para que las partes cumplieran con la carga que deriva de sus afirmaciones*⁶⁹.

d) Sobre el derecho a probar las alegaciones que se formulen: “*La facultad del árbitro arbitrador de fallar en conciencia no lo exime de la obligación de fundamentar sus decisiones, ni autoriza la arbitrariedad judicial, y por ello cabe concluir que se incurre en falta cuando se coarta a una de las partes la posibilidad de que pueda impetrar las diligencias de prueba que hagan posible que la sentencia que se debe dictar sea fruto de la convicción que emane de los antecedentes y pruebas concretas que se alleguen al proceso y no solamente de apreciaciones puramente subjetivas de los sentenciadores*⁷⁰”.

e) Sobre el deber de fundar las sentencias: “*Los árbitros arbitradores deben ceñirse en las sentencias que dicten a las exigencias del artículo 640 del Código de Procedimiento Civil; el incumplimiento en la sentencia de alguna de las formalidades contempladas en tal disposiciones puede invocarse como causal del recurso de casación*⁷¹”. También se ha resuelto que: “*El fallo de autos no cumple con la exigencia establecida en el artículo 640 número 3 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no contiene las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia, exigencia de la cual el árbitro no puede evadirse porque el fallo en conciencia no significa autorizar la arbitrariedad judicial, ni permitir afirmaciones sin fundamento, para resolver la contienda*⁷²”.

Disposiciones del *Código Orgánico de Tribunales* complementan el plexo de garantías anteriores, asegurando, por una parte, el derecho a la revisión de lo resuelto por una instancia superior, mediante el recurso de queja contra la sentencia arbitral (artículo 545 COT.), y por otra, la imparcialidad del árbitro, a quien le resultan aplicables las causales de implicancia y recusación previstas para la justicia ordinaria⁷³.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 1997, en *Gaceta jurídica*, 204 (1997), p. 76.

⁷⁰ Corte Suprema, 2 de enero de 1989, en *Fallos del Mes*, 362 (1989), p. 910.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de marzo de 1986, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 83 (1986) 1, sec. 2^a, p. 3.

⁷² Corte Suprema, 10 de agosto de 1972, en *Fallos del Mes*, 65 (1972), p. 173. Sobre el significado del fallo en equidad GUZMÁN BRITO, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992,), p. 81, afirma: “[...] todas la veces que sea lícito fundar un fallo o un dictamen en la equidad natural, eso no excusa de tener que razonar sobre la base de premisas objetivas, ciertas y verificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina”,

⁷³ La imparcialidad es un atributo consustancial a la condición de juez, y para evitar cualquier desviación en tal sentido, le resultan aplicables al árbitro las causales de implicancia y recusación previstas para los tribunales ordinarios; sin embargo, un estudio

2. *Influencia de la autonomía de la voluntad en los procedimientos ante árbitros mixtos y arbitrajadores.*

El constituyente ordenó al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento (artículo 19 N° 3 inciso 6º CPol.). Quiso con ello asegurar la observancia de un núcleo ritual indisponible, constitutivo de un debido proceso, no sujeto a condición y de aplicación previa a la sentencia del órgano que ejerza jurisdicción.

Obsérvese, sin embargo, que de entre las muchas formas que permiten resguardar una garantía del debido proceso –el emplazamiento, por ejemplo–, el constituyente no tomó partido por ninguna de ellas en particular, tampoco impuso al legislador hacerse cargo de otras reglas de tramitación que no constituyan, al mismo tiempo, garantías de un racional y justo procedimiento. Pese a ello, ordinariamente, el legislador da forma concreta a las garantías del procedimiento racional y justo, al igual que regula los demás extremos no esenciales del mismo.

Ahora bien, pensamos nosotros que, establecida la garantía del procedimiento racional y justo por el legislador, nada impediría que fueran las mismas partes, en los procedimientos seguidos ante árbitros mixtos y arbitrajadores, las que acuerden la modalidad que ésta adoptará en concreto, siempre que con ello no se afecte la garantía en su esencia. Igual convenio podría recaer, desde luego, sobre las demás reglas no esenciales del procedimiento.

La constitución no prohíbe a las partes señalar reglas de procedimiento, tan sólo impide que las que constituyan garantías de un debido proceso rijan o no a voluntad de las mismas.

Cierto es que el derecho procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones del Estado, es un derecho público, pero ello no significa, como dice Couture: “que todas las leyes procesales sean de orden público”⁷⁴. Los

ha puesto de relieve que al no afectar a los árbitros la prohibición de ejercer la abogacía, el escaso desarrollo del deber de información en el arbitraje nacional y la libertad de los árbitros para participar en la contingencia política, tales inhabilidades no siempre resultan suficientes, Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral*, en *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2001) 3, p. 509.

⁷⁴ COUTURE, Eduardo, cit. (n. 47), p. 69. Sobre la naturaleza de orden público de las normas procesales, CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal orgánico* (5^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), I, p. 17, distingue entre las que establecen la organización y atribuciones. Las primeras son siempre de orden público, mientras que las segundas: “[...] es imposible dar una pauta de aplicación general: lo más acertado es analizar cada norma de procedimiento en particular para tratar de desentrañar si es de orden público o no. Por lo demás, los propios Códigos Procesales se encargan de señalar casos de normas de procedimiento que han sido establecidas en el sólo interés de los litigantes y que pueden renunciarse; por ejemplo, la renuncia de los términos probatorios, de los recursos y, aun, de algunos trámites

tribunales superiores admiten la derogación y modificación de leyes de procedimiento, siempre que con ello no se comprometan las garantías encaminadas al resguardo de los derechos del acreedor o del deudor⁷⁵.

Puede afirmarse entonces que: es indisponible, por ser de orden público, la garantía en sí misma –el emplazamiento, el derecho a ser oído, el tribunal imparcial– y no la forma concreta que ésta adopte en la práctica; tampoco lo son las demás reglas de procedimiento, que por su naturaleza no integran el núcleo del debido proceso –medios de prueba, manera de apreciarlos, cómputo de plazos, etc–.

IX. UNA ERRÓNEA CREENCIA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE INFRACCIÓN DE LEY EN LA JURISDICCIÓN DE EQUIDAD

Durante mucho tiempo la jurisprudencia y doctrina nacionales han negado toda posible infracción de ley en la jurisdicción de equidad a cargo de arbitradores.

Tal predicamento se funda en la premisa de no estar sujetos tales jueces, en sus procedimientos y en su fallo, a norma legal que determine la forma como deben actuar. La propia ley abona tal postura, pues, de un lado, declaró improcedente el recurso de casación en el fondo contra las sentencias de los arbitradores (artículo 239 inciso 2º COT.), principal medio destinado a corregir la infracción ley, y, de otro, puso límites a los demás recursos encaminados al mismo fin, permitiendo a las partes disponer de ellos mediante la renuncia de los mismos, cual ocurre con la apelación y la casación en la forma (artículo 239 inciso 1º CPC.). Subsiste, sin embargo, como medio indisponible, el recurso de queja contra las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores (artículo 545 inciso 1º COT.), pero debe admitirse que el acogimiento de dicho recurso, tras la modificación introducida por la Ley N° 19.374, se ha tornado más difícil al exigirse como presupuesto la configuración de una falta o abuso grave, existiendo, disímiles criterios para apreciar la magnitud o gravedad de la falta o abuso.

En los párrafos anteriores se expuso que los amigables componedores deben obediencia a ciertas normas *decisoriae* y *ordinatoriae litis* de orden público, diseminadas en nuestro ordenamiento. El sometimiento obligatorio a tales disposiciones nos permite concluir que los árbitros arbitradores

en general, lo que nos indica el doble carácter que pueden presentar estas normas frente al concepto de orden público”.

⁷⁵ Corte de Santiago, 22 de julio de 1930, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 39, sec. 1^a, p. 300; Corte Suprema, 27 de agosto de 1913, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 12, sec. 1^a, p. 10.

son, al menos frente a ellas, y particularmente, frente a la constitución, árbitros de derecho.

En tal sentido, en el plano simplemente teórico, no se divisa entonces razón alguna para que el legislador haya limitado, o peor aun, desecharo, medios de impugnación destinados a corregir eventuales infracciones de ley en que incurran los arbitradores en el ejercicio de su función.

Partiendo de la premisa que el error de derecho también es posible en la jurisdicción de equidad, emprendemos en lo que viene una revisión crítica de las causales de procedencia e improcedencia de los recursos ordinarios y extraordinarios contra el laudo arbitral pronunciado por los árbitros arbitrares. Inspira a este análisis el propósito de asignar finalmente al recuso de queja la función de corregir la infracción de ley material o adjetiva en la jurisdicción a cargo de los amigables componedores. Veamos:

1. El recurso de casación en el fondo.

El artículo 239 inciso 2º del COT. establece en términos categóricos la improcedencia del recurso de casación en el fondo contra las sentencias dictadas por los arbitradores. Por su lado, el artículo 767 CPC. concede el recurso de casación en el fondo contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por un tribunal de segunda instancia constituido por árbitros de derecho.

Malamente, se dice, podría tener cabida el señalado recurso contra la sentencia definitiva del arbitrador, como quiera que dicho medio de impugnación fue establecido para invalidar las sentencias dictadas con infracción de ley, mientras que el amigable componedor no falla con arreglo a ellas, sino que según su leal saber y entender. Todavía más, hay quienes como Aliaga Grez argumentan que: “No cabría el recurso en análisis ni aun cuando el arbitrador expresara que se ha basado en tal o cual ley y, a juicio de la parte que se siente agraviada, éste hubiere interpretado erróneamente esa ley, porque –al margen de lo categórico que son los textos legales– él es libre para interpretarla según la prudencia y equidad natural y no queda sujeto a las reglas generales de interpretación de la ley que da el CC. en su Título Preliminar”. Además, “[...] si el arbitrador hace suya una ley, lo hace en cuanto fiel expresión de lo naturalmente justo y equitativo y no en cuanto ley en su sentido positivo”⁷⁶.

Sobre la procedencia del recurso de casación en el fondo contra la sentencia de los arbitradores, sostendemos, por nuestro lado, que se imponen

⁷⁶ ALIAGA GREZ, Álvaro, *Los recursos procesales en el juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985), p. 103.

ciertas precisiones derivadas de la existencia de ciertas leyes *decisoriae litis*, presentes en todo el ordenamiento, que resultan vinculantes para el arbitrador en su fallo, de modo que, de ser ellas vulneradas en la sentencia no hay motivo para despreciar el recurso de casación en el fondo como medio destinado a corregir semejante infracción. Las mismas razones que en su día justificaron la concesión del recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita, podrían sustentar la concesión del recurso de casación en el fondo por infracción del orden público sustantivo. En el último tiempo, parte de la doctrina marcha en esa misma línea sosteniendo que: “[...] la circunstancia que una sentencia aplique la equidad no puede convertirse en obstáculo para su control por la vía de la casación. Nos justifica en esta apreciación la circunstancia que la jurisprudencia ha tenido que sentar pautas o criterios que dan luces sobre las infracciones que pueden resultar de la apreciación de la equidad, dejando en claro que esta forma de decidir el conflicto no es sinónimo de arbitrariedad o abuso de poder”⁷⁷.

Pese a lo dicho, somos de la idea de no incluir al recurso de casación en el fondo dentro del elenco de medios de impugnación contra del laudo pronunciado por el árbitro arbitrador, mas no porque éste no pueda incurrir en error de derecho al pronunciar la sentencia, sino porque la anulación del laudo por dicho específico motivo bien puede cumplirlo el recurso de queja, entendido como medio disciplinario previsto para corregir la infracción de la ley *decisoria litis* vinculante en la jurisdicción de equidad, concentrando en lo posible en dicha vía los reproches de fondo contra la decisión arbitral, por modo de tender a homologar dicho remedio con el recurso de nulidad previsto para el arbitraje internacional (artículo 34 N° 2, ii), Ley N° 19.971).

Bajo este prisma debe entenderse que hay falta o abuso grave en toda decisión adoptada por el árbitro arbitrador que suponga la infracción de un precepto de rango constitucional, especialmente si se trata de una garantía fundamental, y en toda norma de naturaleza simplemente legal que tenga el carácter de orden público por tratarse en ambos casos de normas vinculantes en el ejercicio de la jurisdicción a cargo de los amigables componedores.

Ahora bien, establecido que las normas constitucionales y las de orden público imponen desde ya límites al árbitro arbitrador, conviene indicar que en opinión del profesor Rodríguez Grez⁷⁸ las normas de mero orden privado también gravitarían como limitantes en la función de aquél dado que la propia ley –según explica el aludido autor– está: “fundada en la equi-

⁷⁷ ROMERO SEGUEL, Alejandro - AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite - BARAO-NA GONZÁLEZ, Jorge, *Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Ius et praxis*, 14 (2008) 1, pp. 243-246.

⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 267-268.

dad y en valores que el legislador al aprobarla incorporó en ella”, de modo que si el arbitrador decidiera apartarse del contenido equitativo de que es portadora la ley : “así se trate de situaciones reguladas por normas de interés privado, confrontará su decisión con una fórmula sancionada al más alto nivel por los poderes colegisladores. En tal caso, debe en su fallo justificar dicha circunstancia, consignando las razones que lo mueven a proceder de esta manera. De lo contrario infringe gravemente sus deberes”.

Romero Seguel y Díaz Villalobos objetan el planteamiento de Rodríguez Grez pues, en su parecer: “podría llevar a desconocer que en una de sus manifestaciones el juicio de equidad tiene naturaleza creadora e irrepetible, que no tiene por qué guardar relación con la legalidad vigente”⁷⁹.

El planteamiento del profesor Rodríguez Grez, si bien guarda conexión con el nuestro, no es sin embargo idéntico, pues siguiendo su razonamiento el acogimiento del recurso de queja tendría su causa en un actuar arbitrario o falto de fundamentación por parte del amigable, en tanto que en el nuestro lo sería derechamente por infracción de ley.

2. En cuanto al recurso de casación en la forma.

El inciso 1º del artículo 239 COT. reconoce la procedencia del recurso de casación en la forma en contra de la sentencia del arbitrador, para ante el tribunal que habría conocido del mismo si se hubiera interpuesto en juicio ordinario.

El recurso es renunciable y susceptible de ser sometido a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior.

La renunciabilidad de este recurso es coherente con la amplísima facultad conferida a las partes para señalar reglas de procedimiento, siendo incompatible con un modelo fundado en la ritualidad libremente convenida, el establecimiento de un recurso indisponible destinado a reprimir la infracción de leyes *ordenatoriae litis*, que no son vinculantes para el arbitrador, máxime cuando, siendo extraordinario, sus causales pueden no hallarse en consonancia con las reglas de tramitación dadas por las partes.

Precisamente, para favorecer la adaptabilidad del recurso en relación con el procedimiento que llegaran a acordar las partes, el artículo 796 CPC. establece que en los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores son trámites esenciales los que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso; y, si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los números 1º –el emplazamiento de las partes– y 5º –la

⁷⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro - DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, *El arbitraje interno y comercial internacional* (Santiago, LexisNexis, 2007), p 263.

agregación de los instrumentos con citación o bajo el apercibimiento que corresponda– del artículo 795 CPC.

Ahora bien, desde la perspectiva de nuestro análisis, la renunciabilidad del recurso de casación en la forma contra la sentencia del arbitrador pugna con la indisponibilidad de ciertas garantías representativas del debido proceso legal, cuya observancia se logra mediante este recurso. Tan evidente es el interés público comprometido en las causales del recurso de casación en la forma, que el artículo 775 CPC. autoriza al tribunal a invalidar de oficio las sentencias cuando advierte la configuración de alguna de ellas⁸⁰.

Abona, en nuestro concepto, la indisponibilidad que planteamos, el tratamiento jurisprudencial de las causales de incompetencia del tribunal –artículo 768 N°1 del C.P.C.– y ultrapetita (artículo 768 N°4 CPC.) del recurso en estudio. Numerosos fallos de los tribunales superiores de justicia⁸¹, han estimado que una y otra causal, en tanto resguardan la competencia, materia de orden público procesal, no admiten ser renunciadas por los litigantes.

El mismo argumento, decimos nosotros, bien puede extenderse al resto de las causales del recurso de casación en la forma, pues en todas ellas subyacen motivos de orden público en su establecimiento.

Baste pensar, por sólo mencionar algunas de ellas, en la causal prevista en el N° 2 del artículo 768, que vela por la imparcialidad del juzgador, o en la del N° 6, que hace lo propio respecto de la certeza y eficacia de la resoluciones judiciales cuando la cosa juzgada hubiere sido oportunamente alegada por las partes.

Otro tanto cabe indicar de las causales que agrupa el N° 9 del artículo 768 del CPC. Respecto de ellas, se nota un desapego del legislador en la protección del orden público procesal en la jurisdicción a cargo de arbitradores, en la medida que el artículo 796 del citado Código entrega primeramente a las partes la fijación de los trámites que se consideren esenciales, y sólo a falta de estipulación de aquéllas, contempla el emplazamiento de las partes y la agregación de los instrumentos oportunamente presentados por ellos como trámites de los que no puede prescindirse.

⁸⁰ Sobre el punto, otra opinión sustenta Espinoza Solís de Ovando, para quien el recurso de casación en la forma es renunciable, quedando a salvo el interés público comprometido en su interposición, precisamente, mediante la facultad del tribunal superior de invalidar de oficio. A juicio nuestro, en cambio, esta última facultad opera como un resguardo complementario, que juega cuando la intervención oficiosa del tribunal se funda en causales no alegadas por el recurrente, Cfr. ESPINOZA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil* (Santiago, Distribuidora Universitaria Chilena, 1980), pp. 128 y 129.

⁸¹ Sin ánimo exhaustivo, véanse: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 10, sec. 1^a, p. 353; *Fallos del Mes*, 233, p. 47; *Fallos del Mes*, 270, p. 129; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78, sec. 1^a, p. 48; *Fallos del Mes*, 360, p. 733; y *Fallos del Mes*, 401, p. 126.

En verdad, no se ve razón por la cual el artículo 796 del C.P.C no haya incluido la recepción de la causa a prueba (artículo 795 N° 3 CPC.) entre los trámites esenciales, siendo de recordar que se ha resuelto que la omisión de esta diligencia, cuando se ha suscitado controversia entre las partes sobre los hechos, constituye una falta grave por parte del arbitrador⁸². Igual comentario merecen la omisión de diligencias probatorias cuya omisión podrían causar indefensión (artículo 795 N° 4 CPC.) y la citación para alguna diligencia de prueba (artículo 795 N° 6 CPC.), que también fueron olvidados dentro del listado de los trámites esenciales en los juicios seguidos ante arbitradores. Se trata de hipótesis plenamente factibles de ocurrir en la práctica y en ambos casos se ven afectados tanto el derecho a la prueba como el derecho de audiencia, garantías que subyacen en el artículo 637 CPC., que según hemos dicho en otra parte resume las garantías del procedimiento racional y justo en la jurisdicción a cargo de amigable componedores⁸³.

Mención aparte merece la causal del N° 5 del artículo 768 CPC., que concede el recurso de casación en la forma cuando la sentencia ha sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos del artículo 170 del mismo *Código*. Se afirma que siendo este recurso extraordinario, y por ende de derecho estricto las causales que autorizan su concesión, sería improcedente cuando la sentencia del arbitrador se dictara con infracción de las exigencias del artículo 640 CPC., norma a la que no hizo referencia el legislador al contemplar la respectiva causal que otorga el recurso.

Pese a lo anterior, los tribunales superiores han acogido igualmente recursos de casación en la forma contra la sentencia dictada por el arbitrador por infracción de requisitos formales⁸⁴, criterio que compartimos pues no puede perderse de vista que detrás de las exigencias de los artículos 170 y 640 CPC. subyace el propósito del legislador de evitar la arbitrariedad judicial, garantía asegurada constitucionalmente en el artículo 19 N° 2 CPol.

3. Recurso de queja.

Pese al carácter eminentemente disciplinario del recurso de queja, este medio de impugnación cumple en la jurisdicción a cargo de arbitradores la función de recurso de mérito⁸⁵, lo cual se traduce en que su acogimiento no sólo aparejará la aplicación de una sanción para el juez autor de la falta o abuso, sino que también permitirá la modificación o enmienda de la resolución impugnada, siempre que se trate de una sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores (artículo 545 COT.).

⁸² Véase más arriba la n. 69.

⁸³ Véanse los capítulos XIII y XV.

⁸⁴ Véanse las notas 71 y 72.

⁸⁵ ROMERO SEGUEL, *Nociones*, cit. (n. 2), p. 425.

Los informes legislativos que precedieron a la dictación de la Ley N° 19.374 DO. de 18 de febrero de 1995), demuestran que se decidió conferir tal carácter al recurso en estudio, por cuanto contra los fallos los arbitradores no procede el recurso de casación en el fondo, por lo que el recurso de queja termina siendo el único medio de que dispondrán las partes en caso de que el árbitro arbitrador falle en forma aberrante, sin respetar principios básicos de equidad⁸⁶.

Ahora bien, entre las críticas que cabe dirigir a este recurso se cuenta no sólo el impreciso significado de la causal que habilita su acogimiento, sino también el sentido que le han atribuido los tribunales, pues por falta o abuso grave se ha llegado estimar aquel exceso en que incurre la sentencia que llega al extremo de ser: “*inmoral, dolosa, manifestamente inicua, absurda, contradictoria, ininteligible, o imposible de cumplir*”⁸⁷.

Pensamos que tan alto umbral de exigencia para el acogimiento del recurso de queja contra el fallo pronunciado por el amigable componedor, lo reduce a casos verdaderamente remotos, haciéndolo inoperante como instrumento de control de las decisiones de esa clase de compromisarios.

En nuestro concepto, la falta o abuso grave debe apreciarse con un criterio objetivo y realista, como sería considerar que ella concurre cada vez que el arbitrador infrinja algún precepto legal de orden público, bien consista en ley material o adjetiva, particularmente, si la infracción implica derechamente el desconocimiento de una norma constitucional.

Una jurisprudencia fundada en un criterio como el propuesto contribuiría a delimitar los difusos contornos del orden público y haría de la queja un verdadero instrumento para corregir el error de derecho en la jurisdicción de equidad.

Un entendimiento y desarrollo de recurso de queja en los términos propuestos haría de él un verdadero recurso de nulidad y con ello el medio de impugnación previsto para laudo arbitral doméstico tendería a coincidir en su contenido con el previsto para la anulación del laudo arbitral internacional.

⁸⁶ Así se consignó en el informe de la Comisión de la Cámara de Diputados, cuando se explica a la Plenaria el proyecto aprobado por el Senado. Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen* (Santiago, ConoSur, 1996), p. 27.

⁸⁷ Corte de Santiago, 5 de agosto de 1997, en RGJ, n° 206, p. 78. Véanse también el Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, julio 7-7, 1998 rol N° 2357-98; agosto 1-8, 1998, rol N° 1872-98; diciembre 6-9, rol N° 3394-99; agosto 2-5, 1999, rol N° 1818-99; agosto 3-5, 1999, rol N° 2291-99; agosto 5-5, 1999, rol N° 2128-99; septiembre 1-7, 1999 rol N° 2504-99 y diciembre 5-9, 1999, rol N° 3419-99;

4. El recurso de apelación.

Los artículos 239 inciso 2º COT. y 642 CPC. reconocen la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia de los arbitradores, sujeto, empero, a dos limitaciones, a saber: *i) Que* las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresen que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter; y *ii) Que* designen las personas que han de desempeñar este cargo.

Sobre las limitaciones a la procedencia de este recurso se ha resuelto que ella: “no se refiere al fallo de un incidente de competencia, sino a las resoluciones que dicen relación con el negocio mismo sometido a arbitraje y que, por fundarse en la prudencia y en la equidad, no pueden ser apelables, salvo el caso de excepción que en aquel texto legal (inciso 2º del artículo 239 COT.) se contempla⁸⁸.

Aylwin Azócar⁸⁹, sin embargo, discrepa del predicamento anterior, afirmando que: “si no se ha establecido un tribunal de arbitradores de segunda instancia, el designado debe resolver todos los asuntos, principales o incidentales que se promuevan en el juicio, incluso los relativos a su propia competencia, en única instancia, sin perjuicio de los recursos de casación en la forma y de queja que puedan proceder, el primero de los cuales será siempre admisible por incompetencia y por ultrapetita, aún cuando las partes lo hubieran renunciado”.

Aunque el debate se ha centrado exclusivamente en la competencia del tribunal, bien pudiera extenderse a otras materias que, por ser de derecho y no de equidad, habilitan a un tribunal del primer tipo para conocer del recurso de apelación contra el fallo del arbitrador.

Pese a lo dicho, todo cuanto se expuso acerca del recurso de queja y su orientación a cubrir bajo la causal de falta o abuso grave todo posible error de derecho en la aplicación de la ley material o adjetiva, vale aquí para excluir cualquier intento de asignarle idéntico propósito al recurso de apelación, pues no parece coherente contemplar un recurso ordinario para corregir un error en aplicación de la ley.

5. La acción de inaplicabilidad.

La mayoría de los autores estima que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no procede contra las resoluciones pronunciadas por

⁸⁸ Corte de Santiago, 16 de abril de 1952, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, , 49, sec. 2^a, p. 49; Corte de Talca, 5 de noviembre de 1956, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, , 53, sec. 2^a, p. 101. En sentido diverso, *Gaceta jurídica*, 143, p. 35.

⁸⁹ AYLWIN AZÓCAR, cit. (n. 32.), p 525. Lo sigue en esto último ALIAGA GREZ, cit. (n.71), p. 46.

los jueces árbitros arbitradores. La razón, dice Aliaga Grez⁹⁰, es la misma que hace improcedente el recurso de casación en el fondo. Del mismo parecer son los profesores Maturana Miquel⁹¹, Tavolari Oliveros⁹², Martínez Estay y Romero Seguel⁹³. Estos tres últimos autores se suman a la improcedencia de esta acción constitucional añadiendo como argumento de texto que esta última procede en cualquier gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial (artículo 93 N° 6 CPol.), condición que no tienen los árbitros arbitradores.

No compartimos los argumentos expuestos en el párrafo anterior. Quienes se inclinan por la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad contra las decisiones de los árbitros arbitradores olvidan que éstos se encuentran sometidos en el desempeño de sus funciones a normas *decisoriae y ordenatoriae litis* de orden público, de cuya aplicación bien podría resultar un efecto contrario a la *Constitución* que justifique la interposición de una acción de inaplicabilidad, conclusión que resulta igualmente válida para la inmensa mayoría de casos en que el leal saber y entender del árbitro lo lleva a la aplicación voluntaria de un precepto legal de orden privado con idénticos efectos contrarios a la carta fundamental.

Por otro lado, no existe registro en la historia de las Leyes números 20.050 y 20.381 por las cuales respectivamente se reformó de la *Constitución* y se dotó de un nuevo estatuto orgánico del Tribunal Constitucional, de haber querido excluir a los tribunales arbitrales del control de este último tribunal.

A nuestro entender, cuando la Constitución (en su artículo 93 N° 6) y la *Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional* (en su artículo 31 N° 6), mencionan a las magistraturas ordinarias y especiales, no es con el propósito de excluir a los tribunales arbitrales, sino al contrario, la contraposición que allí se presenta entre uno y otro tipo de tribunal tiene el valor de incluir dentro de los especiales a todos los que no sean ordinarios. Esta, por lo demás, es también la opinión Alejandro Silva Bascuñán, quien dice: “[...] los jueces arbitrales constituyen ‘tribunales especiales’ [...] y en esa calidad se les aplica el artículo 93 N°6 de la Carta [...]”⁹⁴.

Piénsese que un entendimiento diverso sustraería del control constitucional incluso a los propios árbitros de derecho, respecto de quienes la observancia de la ley no es una cuestión sobre la que quepa discusión. De este modo, hay buenas razones para estimar que la omisión de los árbitros –cualquiera sea su clase– en el artículo 96 N° 3 CPol. está más cerca de un

⁹⁰ ALIAGA GREZ, cit. (n. 71), p. 105.

⁹¹ MATORANA MIQUEL, cit. (n. 9), p. 433.

⁹² TAVOLARI OLIVEROS, *La cosa juzgada*, cit. (n. 9), p. 486.

⁹³ MARTÍNEZ ESTAY - ROMERO SEGUEL, cit. (n. 9), p 410.

⁹⁴ SILVA BASCUÑÁN, *La justicia arbitral*, cit. (n. 10), p. 107.

olvido del legislador que de una opción consciente de excluir sus decisiones del control constitucional.

Además, dos sentencias del Tribunal Constitucional abonan la interpretación que aquí ofrecemos. En efecto, el 25 de agosto de 2004, conociendo de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional, dicho tribunal estimó que la competencia de la Corte de Apelaciones para conocer del recurso de nulidad que esa ley introdujo como único recurso contra el laudo arbitral era válida: “[...] en el entendido que deja[n] a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema [para conocer del recurso de queja], así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la carta política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley [cuyo es el caso de la acción de inaplicabilidad]”⁹⁵. En el segundo pronunciamiento, de 7 de julio de 2009, el Tribunal Constitucional acogió el pedido de doña María Ximena Osorio Sagredo para declarar inaplicable la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, de la que se intentaba hacer aplicación en la causa rol N° 10.913, en la que conocía como árbitro arbitrador el intendente de Fondos y Seguros de Salud⁹⁶.

Es que, en definitiva, no parece posible que el constituyente, al establecer el recurso en estudio, haya querido excluir a una magistratura de la república –en este caso a los árbitros, cualquiera sea su clase– del control de constitucionalidad.

X. CONCLUSIONES

Al terminar este trabajo creemos haber demostrado:

1º Que, desde que entre nosotros rige la *Constitución* de 1980, resulta claro que existen normas *decisoriae* y *ordinatoriae litis* que imponen límites a los árbitros mixtos y arbitradores en la sustanciación, o en la tramitación y fallo de las causas sometidas a su conocimiento.

2º Que la primera norma del ordenamiento a que deben obediencia esa clase de jueces es la *Constitución*.

3º Que por mandato del artículo 6 de la misma carta fundamental, tales árbitros deben también someterse a las normas legales, *decisoriae* u *ordinatoriae litis*, de orden público.

4º Que, pese al límite anterior, goza el árbitro arbitrador de amplio campo para ejercer la jurisdicción de equidad que detenta, pues domina en el ámbito

⁹⁵ Rol N° 420, considerando 17º.

⁹⁶ Rol N° 1218; sentencia incluida en el trabajo del profesor TAVOLARI OLIVEROS, *La cosa juzgada*, cit. (n. 9), p 486.

del arbitraje forzoso y voluntario, dentro del cual es lícito al amigable componedor desempeñarse, las normas de orden privado, que confieren derechos que miran exclusivamente al interés individual de su titular.

5° Que la facultad de disposición que tales normas confieren, en uso de la cual puede su titular llegar incluso renunciar el derecho, explica la atribución del arbitrador para fallar sin necesario apego a la norma que establece el derecho.

6° Que por aplicación del artículo 19 N° 3 inciso 6° CPol., las normas de procedimiento, contempladas en los artículos 637 y siguientes CPC., tenidas por mucho tiempo como supletorias de la voluntad de los litigantes, pasaron a constituir el estatuto principal de tramitación, aplicable a los árbitros arbitradores y mixtos.

7° Que el régimen legal de procedimiento, a que deben someterse una y otra clase de árbitros, no impide a las partes señalar para ellos reglas de tramitación, en tanto ellas cumplan la función de desarrollar o dar forma concreta a las garantías del debido proceso.

8° Que, fundada en la errónea creencia de no estar sometidos los árbitros mixtos y arbitradores a norma legal en la sustanciación, o en la tramitación y fallo de las causas asignadas a su cargo, se han impuesto límites a los medios de impugnación que permiten el control jurisdiccional de los fallos dictados por esa clase de compromisarios.

9° Que en toda infracción a una norma constitucional o legal, *decisoria u ordenatoria litis* de orden público, hay una falta o abuso grave que debe corregirse mediante el recurso de queja contra el fallo del arbitrador.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite - PÉREZ RAGONE, Álvaro . ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional. Un examen desde la justicia procedural y el debido proceso en el derecho positivo chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (2011, 1^{er} semestre).
- ALDUNATE LIZANA Eduardo, *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing, 2008).
- ALIAGA GREZ, Álvaro, *Los recursos procesales en el juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985).
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953).
- BALLESTEROS, Manuel Egidio, *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile* (Santiago, Imprenta Nacional, 1890), II.
- BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, *El arbitraje en materia de arrendamiento de predios urbanos*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica, 2006).

- BERNALES PEREIRA, José, *Patricio Aylwin y el arbitraje*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica, 2006).
- CALDERA DELGADO, Hugo *Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo I “Bases de la Institucionalidad” de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 87 (1990) 1, sec. “Doctrina”.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal orgánico* (5^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992).
- CEBALLOS BUSTOS, Florencio (director), *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2005* (Santiago, Diario Oficial, s.d. [pero 2010]).
- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN *El arbitraje en la jurisprudencia chilena* (Santiago, 2005).
- CORDERO QUINZACARA, Jaime, *Principios y reglas*, en *Ius et Praxis*, 15 (2009) 2.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil* (reimpresión de la 3^a edición, Depalma, Buenos Aires, 1978).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984), I.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica, 2006).
- ESPINOZA SOLÍS DE OVANDO, Alejandro, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil* (5^a edición, Santiago, Distribuidora Universitaria Chilena, 1980).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986).
- GARCÍA MIRÓN, Rolando - MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 24 (julio de 2011) 1.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Orden público y arbitrabilidad: duelo dinámico del arbitraje*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 32 (México, 2008).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El juez entre la equidad y la ley*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981) 1, sec. 1^a.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el Derecho chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 18/19 (Universidad de Valparaíso, 1981).
- GUZMÁN BRITO, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992).
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)*, en *Estudios Constitucionales*, 9 (Universidad de Talca, 2011) 2.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Sentencia arbitral*, en *Revista Chilena de Derecho*, 9 (1982).
- MARTÍNEZ ESTAY, José - ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador*, en *Revista de Derecho Público*, 69 (Universidad de Chile, 2007) 1.

- MATURANA MIQUEL, Cristian, *El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Público*, 72 (Universidad de Chile, 2010).
- MEREMINSKAYA, Elina, *Arbitraje doméstico e internacional en Chile*, en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique - GORJÓN GOMEZ, Francisco (coordinadores), *Arbitraje y mediación en las Américas* (Santiago, CEJA, s. d [pero 2006]).
- MEREMINSKAYA, Elina, *Eficacia de las sentencias arbitrales internacionales en el derecho ruso y alemán*, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2006).
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Formas del procedimiento y garantías fundamentales*, en *Ius et Parxis*, 16 (Universidad de Talca, 2010) 1.
- PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho civil. Título Preliminar del Código Civil* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978).
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Control difuso de constitucionalidad de la ley en Chile*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 46 (Valparaíso, 2001).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro - AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite - BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge, *Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Ius et praxis*, 14 (2008) 1.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro - DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, *El arbitraje interno y comercial internacional* (Santiago, Lexis Nexis, 2007).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *La unificación del sistema arbitral en Chile como objetivo de una futura reforma*, en DE LA OLIVA Andrés - PALOMO VÉLEZ, Diego (coordinadores), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Nociones generales sobre la justicia arbitral*, en *Revista Chilena de Derecho*, 26 (1999) 2.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO., *Tratado de Derecho Constitucional* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen* (Santiago, ConoSur, 1996).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *El proceso en acción: Tramitación de la acción constitucional chilena de protección* (Santiago, Libromar, 2000).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La cosa juzgada en el control de constitucionalidad (y una lectura crítica a la ley 20.381 de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del tribunal (sic))*, en *Revista de Derecho Público*, 72 (Universidad de Chile, 2010).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y 23 de junio de 1992* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2009).
- VODÁNOVIC H, Antonio, *Curso de Derecho Civil* (4^a edición, Santiago, Nascimento, 1971).

