

El Control Constitucional del Laudo a través del Amparo. Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño

Mardoqueo Josafat Tóchez Molina*

Resumen: El laudo arbitral es la expresión máxima de la voluntad de las partes de terminar sus asuntos afuera de las decisiones judiciales, sin embargo, los países tienen esa potestad, - por su poder de *imperium*, - de regular el funcionamiento del arbitraje dentro de sus fronteras, de tal forma que algunos han establecido la posibilidad de que las decisiones dictadas en el laudo arbitral puedan ser revisadas a través del amparo cuando se reclame la violación a un derecho constitucional. ¿Es posible que el amparo sea el medio idóneo para controlar el laudo arbitral? Esta es una humilde propuesta realizada bajo el estudio del ordenamiento jurídico de un país que decidió reconocer al arbitraje como derecho fundamental pero que al mismo tiempo permite que sea el arbitraje objeto de control constitucional.

Abstract: The arbitration award is the maximum expression of the will of the parties to end their conflicts outside of judicial courts, however, countries have that power, - by their *imperium* power, - to regulate how the arbitration works inside their borders in such a way that some of them have established the possibility that the decisions made in the arbitration award may be reviewed through the amparo when the violation of a constitutional right is claimed. Is it possible that the amparo is the ideal form to control the arbitration award? This is a humble proposal made under the study of the legal system of a country that decided to recognize arbitration as a fundamental right but at the same time allows arbitration to be subject to constitutional control.

Palabras Claves: Arbitraje, derecho constitucional, control constitucional del laudo, derecho fundamental a arbitrar, arbitraje en El Salvador, garantías al derecho fundamental a arbitrar.

* Doctor en derecho privado con énfasis en arbitraje de la Universidad Dr. José Matías Delgado, máster en derecho de los negocios de la Universidad de Barcelona, máster en asesoría jurídica de la Universidad de Deusto, con postgrado en negocios internacionales de la Universidad Tecnológica, licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad Centroamericana, (UCA), abogado y notario salvadoreño, con diversos estudios en arbitraje internacional, ha sido conferencista en distintos eventos de arbitraje internacional, en países como México, Panamá, Honduras, entre otros, ha sido árbitro de equidad y derecho y ha asesorado a distintas empresas e instituciones gubernamentales de El Salvador sobre arbitraje, negociaciones y métodos alternos de solución de conflictos, así también ha participado como abogado litigante en arbitrajes domésticos, litigios comerciales, constitucionales y de derecho administrativo de diversa índole. Actualmente se desempeña como Ministro Consejero de la Embajada de El Salvador en Estados Unidos, con sede en Washington DC.

Keywords: Arbitration, constitutional law, constitutional control of the award, fundamental right to arbitrate, arbitration in El Salvador, warrants to the fundamental right to arbitrate.

Sumario: I. Introducción, II. El reconocimiento constitucional del arbitraje como Derecho Fundamental en El Salvador, III. El Derecho Fundamental a arbitrar y una propuesta sobre su garantía, IV. El amparo como garantía constitucional en El Salvador y su relación con el arbitraje, V. Conclusiones

I. Introducción

Cuando se pretende establecer la relación entre el arbitraje y el derecho constitucional surge la duda en los Estados si es posible controlar las decisiones arbitrales definitivas (denominadas laudos arbitrales) a través del amparo. Aunque la respuesta no es igual, - pues cada país es soberano de desarrollar la institución del arbitraje como mejor le parezca, - vamos a tratar de establecer en estas líneas una posición sobre esta interrelación entre el arbitraje y la Constitución basado en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Para empezar, debemos mencionar que los Estados, - como entes soberanos, - deciden como van funcionando las instituciones en cada uno de sus ordenamientos jurídicos, y para el caso concreto de nuestro país El Salvador, podemos decir que el arbitraje no ha sido la excepción. Sin embargo, la regulación en El Salvador no ha sido del todo bonancible con este método alternativo de solución de conflictos.

Hemos visto como cada uno de los países de la región centroamericana han ido

teniendo algunos avances en cuanto a la regulación y aplicación de principios necesarios en sus legislaciones; y con ello le van brindado confianza a los operadores jurídicos que practican el derecho arbitral internacional, pues el contar con leyes modernas de arbitraje que adoptan la esencia de lo que es y debe ser el arbitraje, permiten que el funcionamiento de la institución en la región sea más o menos similar.

Esto no significa necesariamente que el desarrollo en todos los países sea igual, pues el avance del reconocimiento y del funcionamiento de este método alternativo de solución de conflictos dependen de factores internos de cada país¹, pues el éxito está en la coordinación e integración del arbitraje dentro de cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Cabe destacar que hoy en día la práctica arbitral encuentra bastante uniformidad, pues se cuenta con un instrumento que ha alcanzado muy buena aceptación a nivel mundial en los últimos tiempos, nos referimos a Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (en adelante identificada como: LMUNCI-

¹ Entre los factores que consideramos más influyentes son: una ley moderna y adecuada para la práctica del derecho arbitral, así como el reconocimiento y estudio por parte del órgano Jurisdiccional del funcionamiento de la institución y la aplicación en sus sentencias de los principios básicos en los que descansa este método alternativo.

TRAL)². Esta norma de derecho no vinculante ha permitido que los países que pretenden adecuar su normativa interna a la práctica de arbitraje internacional la puedan adoptar de manera íntegra o parcialmente. Lo que da la tranquilidad a los países soberanos de regular el arbitraje como mejor se acople a sus ordenamientos jurídicos³.

Eso es lo que le da la riqueza al estudio de la institución, pues a pesar de que su regulación es casi similar, no todas las naciones son amigables con el arbitraje y de ahí que cuando se practica el arbitraje internacional, una de las tareas importantes del operador jurídico es determinar que foro puede ser conveniente o no a los intereses de su cliente.

Hoy por hoy, debemos reconocer que, el hecho de contar con una norma constitucional que le reconozca como derecho fundamental no necesariamente es una garantía de que la institución se desarrollará a plenitud, aunque si debemos ser enfáticos en señalar que los Estados que así la han regulado, - como un derecho fundamental, - tienen el deber de ir perfeccionando el terreno hasta hacerlo

fértil, para que la semilla que se siembra de la institución alcance pronto su plenitud.

Previo a ingresar a nuestro planteamiento, debemos advertir al lector que nuestra propuesta se basa en el ordenamiento jurídico salvadoreño y que debemos recalcar que en nuestro caso, al arbitraje se le regula de una manera peculiar con respecto a otros países, pues nuestro constituyente le dio una importancia a la institución del arbitraje de considerarle como un derecho fundamental, lo cual facilita la exposición de este ensayo con respecto a otros países, y que, permite que hagamos nuestra propuesta sobre el nivel de control que debe existir sobre el laudo arbitral a través del amparo.

Debemos decir que El Salvador, no es el único país que le adopta como tal, es decir, como un derecho fundamental sustantivo, pues hay otros países en la región que también así lo han hecho⁴, e incluso, ya existe alguna jurisprudencia en la región que ha determinado que el

² LMUNCITRAL, (UNCITRAL, 2006).

³ En el caso particular de El Salvador, la normativa vigente no ha sido acorde en su totalidad con la LMUNCITRAL, prueba de ello es la falta de regulación clara de la posibilidad de que los árbitros dicten las medidas cautelares Art. 32 Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2002). (en adelante identificada como LMCA), la decisión que a falta de acuerdo entre las partes de cómo debe dictarse el laudo arbitral en el arbitraje se deba resolver en equidad, Art. 59 inciso 2º LMCA la determinación del arbitraje como recurso y no como acción, Art. 67 y Ss. LMCA, entre otras. Gary B. Born, *International commercial arbitration. Commentary and material*, 2ª Ed., (La Haya: Kluwer law international, 2001), p. 30

⁴ Como unos ejemplos podemos mencionar el Art. 101 de la Constitución de Honduras, que tiene una redacción muy similar a nuestra Constitución. *Vid.* Art. 101 Constitución de Honduras, (Honduras, Asamblea Legislativa, 1982), o el Art. 43 Constitución de Costa Rica, (Costa Rica, Asamblea Legislativa, 1949) que señala que todas las personas tienen el derecho de terminar sus asuntos a través de la institución, entre otras.

arbitraje tiene el carácter de derecho fundamental⁵.

También hay que decir, que la decisión de los constituyentes de otros países fue distinta a la nuestra, ya que decidieron considerar al arbitraje como un derecho fundamental procesal⁶. Esto significa que su regulación se determina como un permiso especial para que el arbitraje coexista como parte de las funciones jurisdiccionales que le corresponden de manera monopólica a cualquier Estado. Con el hecho de reconocerle, se le da un permiso especial para que se desarrolle más no se reconoce como el derecho inherente a las personas, como lo hace la nuestra.

Otros países de la región optaron por consagrar a todos los medios alternos de solución de conflictos como derechos fundamentales, esta regulación más amplia permite que métodos como la mediación, la conciliación, la negociación, el arbitraje, los disputes boards, entre otros, puedan tener carácter de derecho fundamental⁷.

Es decir, la tendencia, - al menos latinoamericana, - ha sido en irle dando un espacio dentro de sus ordenamientos ju-

rídicos como una parte vital de su estructura, estableciéndoles como medios que permiten a los particulares acceder a la tutela judicial efectiva sin necesidad de llegar a un proceso judicial.

Esto indica que las tendencias constitucionalistas de nuestros países tienden a reconocerle dentro de un lugar privilegiado en su norma suprema, lo que debería de significar además que, al tener ese lugar privilegiado, independientemente de la fuente de inspiración por la cual se adopta la decisión de cada Estado de reconocerle como un derecho fundamental debería traer aparejada la integración dentro del ordenamiento jurídico como lo que es, un derecho fundamental y por tanto sujeto a su protección a través de ciertas garantías para que el mismo goce de eficacia.

II. El reconocimiento constitucional del arbitraje como Derecho Fundamental en el Salvador

Históricamente, el constituyente salvadoreño casi de manera constante ha desarrollado al arbitraje como un dere-

⁵ Sala de lo Constitucional, proceso de amparo referencia: 17-006813-0007-CO, (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2017)

⁶ Art. Artículo 139° N° 1 Inc. 2° Constitución de Perú, (Perú, Asamblea Constituyente, 1993) establece: *"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral."* Art. 116 Constitución de Colombia (Colombia, Asamblea Legislativa, 1991).

⁷ Vid. Arts. 253 y 258 de la Constitución de Venezuela (Venezuela, Asamblea Legislativa, 1999). El primero le constituye a los medios alternos de solución de conflictos como parte del sistema judicial y el segundo le establece como una obligación de promover dichos métodos a través de la ley. Art. 17 Reforma de la Constitución de México (México, Asamblea Legislativa, 2017).

cho fundamental en la Constitución⁸. No es sorpresa el destacar esta premisa, pues nuestra fuerte influencia constitucional como parte de la colonia española nos heredaron principios -valores que nos regularon desde 1812 cuando éramos parte de la colonia y en dicho momento histórico nos regía la Constitución de Cádiz, en donde se realizó una regulación específica del arbitraje como un derecho sustantivo de los españoles a terminar sus asuntos a través de la institución⁹.

A partir de dicho momento, el constituyente salvadoreño adoptó como nuestro ese reconocimiento sustantivo del derecho fundamental a arbitrar, y en la última Constitución vigente no fue la excepción, así, en el Art. 23 de la Constitución (en adelante Cn) se estableció de manera clara, justo después de regular el derecho a la libre contratación, el derecho que tienen las partes de someter sus asuntos de libre disposición a ser resuelta a través del arbitraje¹⁰.

Esto puede llevar a la falsa expectativa de considerar que el arbitraje se ha construido en un andamiaje fuerte y sostenible dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, si tomamos en cuenta que su génesis se establece desde una bendición constitucional¹¹, lo que permitiría hacer imaginar al lector que el arbitraje en nuestro país se desarrolla a plenitud, pero que, en la práctica, encuentra su principal obstáculo en la misma norma secundaria que le desarrolla.

Así, por ejemplo, podemos mencionar que en las tres normas procedimentales que regularon el arbitraje desde 1857 hasta el año 2002 se estatuyeron procedimientos arbitrales plagados de excesivo control judicial, y que no permitían que los árbitros ni las partes fueran los protagonistas de la resolución de los conflictos, pues la decisión siempre quedaba en manos de los jueces, quienes podían de una u otra manera te-

⁸ Decimos de manera constante porque casi en todas nuestras constituciones a excepción de la constitución de 1883 y 1944 se ha regulado el derecho a arbitrar dentro de nuestra Constitución. Para mayor profundidad sobre el tema: Vid. Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño* (San Salvador, 2020), p. 101, http://www.academia.edu/43619224/TESIS_DOCTORAL_MARDOQUEO_TOCHEZ (consultada el 16 de febrero de 2020).

⁹ Vid. Art. 180 Constitución de Cádiz, (España, Monarquía española, 1812): No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

¹⁰ Art. 23 Constitución de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983). "...Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento."

¹¹ José Roberto Tercero Zamora, "El Salvador," en: AA.VV., Adriana Zapata de Arbeláez, y otros, (Dir.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, (Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia, 2010), p. 412.

ner una incidencia dentro del desarrollo del procedimiento arbitral¹².

Es hasta la nueva ley de mediación, conciliación y arbitraje, que se genera una normativa más amigable con el arbitraje, pero que, al no haber adoptado de manera integral la LMUNCITRAL, siempre deja algunos problemas a la institución, siendo el último de estos problemas la regulación de el recurso de apelación del laudo arbitral dictado en derecho¹³.

No obstante de los problemas legislativos señalados, hablar de arbitraje en El Salvador es hablar de un derecho sustantivo y autónomo, pues de la lectura del Art. 23 de la Cn se entiende que es un derecho propio de las personas, que no puede ser obstaculizado por nadie cuando se esté en presencia de actos de libre disposición de las partes y sea la vo-

luntad de estas decidir resolver sus conflictos a través de la institución, esto es así, porque históricamente el arbitraje ha sido visto como un derecho derivado de la libre voluntad de las partes, y sobre esta posición hay una interpretación conteste de la doctrina autorizada¹⁴.

Sin embargo, sea este considerado como un derecho derivado, o como lo interpretó nuestro ordenamiento jurídico: como un derecho autónomo, su íntima relación con el derecho constitucional conlleva a una protección especial del Estado para con la institución, aún y cuando sea producto de relaciones internacionales entre las partes, por ese derecho natural denominado libertad de contratación¹⁵.

¹² Todas nuestros códigos de procedimientos creados desde 1857 regulaban el arbitraje con una excesiva intervención judicial, en el caso de código de procedimientos judiciales civiles, criminales y de fórmulas de fecha 20 de noviembre de 1857 regulaba el arbitraje en los artículos 47 al 71, dicho documento fue publicado en la gaceta del Salvador, el 21 de noviembre de 1857. (Esta normativa se creó por orden del ejecutivo, en el cual se le dio la facultad a 3 jurisperitos de desarrollar y revisar la norma previo a darle el rango de ley) Como parte de la historia, esta normativa se puede encontrar en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112105366209&view=1up&seq=73>. Por cuestiones prácticas no hemos mencionado los otros códigos de procedimientos que se crearon y que regularon el arbitraje, pero fueron los códigos de procedimientos de los años 1863 y 1882 en dichas normativas se regularon exactamente igual los procedimientos arbitrales. A partir de la creación de la nueva ley en el año 2002 se adoptaron dentro de la nueva ley parcialmente la LMUNCITRAL. *Vid.* LMCA.

¹³ Art. 66 – A LMCA.

¹⁴ Rafael Verdera Server, Carlos Esplugues Mota “Del convenio arbitral y sus efectos. Art. 9,” en: AA.VV., Silvia, Barona Vilar. (Coord.). *Comentarios a la ley de arbitraje.* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), (Madrid: Civitas, 2004) p. 316, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on international arbitration*, (6ª edición (student version), (New York: Oxford University Press, 2015), p. 71, entre otros.

¹⁵ El derecho salvadoreño se hace descansar en tres derechos fundamentales a saber: igualdad, libertad y propiedad, de ahí que el derecho de libre contratación sea un derecho derivado de estos tres derechos, pues sólo hay una forma de relación patrimonial entre hombres libres e iguales y esa forma es el derecho de libre contratación a través del acuerdo de las voluntades. *Vid.* Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad referencia: 26 – 2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

III. El Derecho Fundamental a arbitrar y una propuesta sobre su garantía

Para muchos será un tema de discusión el hecho de que propongamos al derecho a arbitrar como un derecho fundamental. Es una discusión que suele ser más frecuente entre las personas que en sus ordenamientos jurídicos no cuentan con una mención explícita en sus constituciones como si lo decidió hacer el legislador salvadoreño.

Donde sí puede haber acuerdo indiscutible en la doctrina y en los operadores jurídicos es que el derecho a arbitrar necesita del apoyo de derechos básicos para su existencia como lo son: la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad de las partes. Desde luego que este enfoque constitucional nos lleva a ver que en todas las jurisdicciones alguna relación se tiene entre el arbitraje y los derechos fundamentales, aunque no se encuentre nominado expresamente en sus ordenamientos jurídicos dentro de la norma primaria.

Por otro lado, existe una opinión favorable de un sector de la doctrina autorizada que le ha propuesto para que sea considerado inclusive como un derecho humano¹⁶. Es decir, se le considera

como un derecho subjetivo e inherente a la persona humana que consiste en que la persona es libre de poder decidir si quiere o no que el Estado participe en la forma en que va a resolver sus conflictos.

Pero volviendo a nuestro país, cuando nuestro constituyente lo adoptó como un principio – valor dentro de nuestra norma suprema, además le otorgó al derecho fundamental a arbitrar la posibilidad de verse en el más alto pedestal de nuestro ordenamiento jurídico, pues con dicha decisión legislativa se le dio carácter de norma suprema, por tanto, desde dicha concepción, tiene la bondad de contar con todos los mecanismos de defensa para su restablecimiento cuando sea violentado de alguna forma por el sistema¹⁷.

Estas garantías que se enmarcan en el ordenamiento jurídico son las encargadas de proteger a los derechos fundamentales, de tal manera que, si no existieran las garantías, el derecho fundamental no sería más que letra vacía, pues no se podría

¹⁶ Francisco González de Cossío, “Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?”, en: *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 43 (2013): 147, <http://www.revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/35058/31982>. James Graham, “Arbitraje y derechos humanos”, en: *Perfiles de las Ciencias Sociales*, año 3, n° 6 (2016): 2, <http://www.3-ct.com/wp-content/uploads/2017/04/Arbitraje-y-derechos-humanos.pdf>. Entre otros.

¹⁷ Una aproximación sobre el tipo de defensa de las normas fundamentales se puede encontrar en: Felipe Ignacio Paredes Paredes, *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno*, Barcelona, 2012, p.48, en: <http://hdl.handle.net/10803/85415>

hacer efectivo el derecho fundamental por ningún medio¹⁸.

Como tal, el Estado debe propugnar a través de la Constitución o inclusive a través de norma secundaria cuales son las garantías¹⁹ con las que cuenta el justiciable para poder hacerle frente a las violaciones que pudieran suscitarse en los derechos fundamentales – para el caso concreto el derecho fundamental a arbitrar-.

En ese sentido, nuestra posición es que, - con respecto al derecho fundamental a arbitrar y la intervención judicial para su control, - ya con la creación de la normativa vigente de arbitraje que se adoptó a través de algunos lineamientos de la LMUNCITRAL en el Art. 28 literal a de la LMCA, existe un principio básico que debe elevarse al grado de garantía, como lo es el principio de mínima intervención judicial²⁰. Que prácticamente establece que toda intervención judicial, antes, durante y después del arbitraje sólo es posible si la ley así lo permite.

Por tanto, de adoptarse como propia esta garantía del derecho fundamental a arbi-

trar, el compromiso del Estado debe de consistir en proteger de intervenciones inapropiadas de los administradores de justicia, en el sentido de que la única forma en cómo puede un tribunal avocar su participación en un procedimiento arbitral es que expresamente se lo señale la ley.

Esta debería de ser la primera barrera que encuentra el Juez Constitucional a la posibilidad de revisar el laudo arbitral a través del amparo, pues si se aplicara este principio como garantía del derecho fundamental a arbitrar, el sólo hecho de que no esté regulado como posibilidad de controlar el laudo a través del amparo en la norma, sería la forma de garantizar la eficacia del derecho de las partes a terminar sus asuntos a través de la institución.

Sin embargo, comprendemos la necesidad de discusión que debe realizarse respecto al hecho que como máximo ente de interpretación de la Constitución, la Sala de lo Constitucional ha determinado a través de la jurispruden-

¹⁸ Felipe Ignacio Paredes Paredes, *op cit.* pp. 32 – 33. Es decir, cuando un Estado decide darle el reconocimiento a un derecho fundamental en su Constitución conlleva además la obligación de todos los poderes públicos a respetar el derecho fundamental, y a partir de ahí el compromiso sin excepción de los poderes es de brindar las herramientas de protección a dicho valor fundamental.

¹⁹ La jurisprudencia Constitucional salvadoreña ya ha reconocido que las garantías de protección de derechos fundamentales puede realizarse a través de la Constitución, pero además se generan a través de norma secundaria. Así lo ha reconocido la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia: "...desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado directamente por la misma Constitución o por las normas infraconstitucionales provenientes de aquellos entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello." Sala de lo Constitucional, proceso de inconstitucionalidad 2 – 92, (Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1999).

²⁰ Vid. Art. 5 LMUNCITRAL. Este principio básico de mínima intervención judicial ha sido además retomado por el legislador salvadoreño en el Art. 28 Lit. a de la LMCA.

cia²¹ la imposibilidad de que existan zonas exentas de control constitucional y que el arbitraje no podría ser una excepción a la regla.

En realidad, este control constitucional si se da dentro del arbitraje, sólo que el órgano competente que lo realiza de acuerdo con el engranaje en que funciona el sistema jurídico no le corresponde a la Sala de lo Constitucional, sino que conforme a la ley de mediación, conciliación y arbitraje a quien le corresponde realizar este estudio es a las Cámaras de la República que conocen del recurso de nulidad²².

Este planteamiento que hacemos fue adoptado ya desde hace varios años por el Tribunal Constitucional de Perú, que inclusive hizo un cambio a los precedentes judiciales que venía manejando, estableciendo que: “El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de

conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.”²³

Nuestra posición respecto a la razón de por qué es un órgano inferior el que debe controlar el cumplimiento de la misión del árbitro de resolver los conflictos, se encuentra en el derecho fundamental a arbitrar y que, como parte de la firma de ese acuerdo de libre voluntad trae aparejada la renuncia a otros derechos, sustrayendo como primer principio el conocimiento del fondo de los asuntos sometidos al arbitraje del plano judicial.

En efecto, este derecho no es absoluto, sino que tiene que pasar por ese filtro, - si las partes así lo deciden- de control del cumplimiento de las obligaciones que todo buen árbitro debería de conocer cuando acepta la misión de solventar los conflictos de los particulares, y es la obligación mínima de respetar dos derechos procedimentales que se encuentra aparejados al derecho a arbitrar, cuales son: el derecho de las partes a presentar su caso en igualdad de condiciones, (igualdad procesal) y el respeto incondicional a que las partes puedan defender sus posiciones y se les permitan utilizar

²¹ Sala de lo Constitucional, Resolución de admisión del proceso de inconstitucionalidad referencia 65-2019, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

²² Vid. Art. 67 y 68 LMCA.

²³ Vid. Tribunal Constitucional de Perú, recurso de agravio constitucional Sentencia definitiva en el proceso de recurso de agravio constitucional referencia: 00142 -2011 - PA/TC, Lima, (Perú, Pleno del Tribunal Constitucional, 2011) Dichas excepciones establecidas en la sentencia son: cuando no se le haya dado intervención a un tercero interesado dentro del procedimiento arbitral y cuando el tribunal arbitral no tome en consideración algún precedente constitucional vinculante.

todos los medios de defensa y participación en el procedimiento arbitral. (derecho de defensa)²⁴.

Esto significa que el arbitraje no debe verse como un proceso per sé, sino como un procedimiento constitucionalmente configurado, en donde se deben resguardar los derechos mencionados – igualdad procesal y defensa- pero que, desde el momento en que las partes deciden que su solución no será por la vía ordinaria, aceptan también que se deben sacrificar otros tantos derechos propios de un proceso, como por ejemplo: el derecho a juez natural, resoluciones fundamentadas en derecho²⁵ (cuando estamos en presencia de un procedimiento arbitral en equidad), entre otros.

Entonces, la protección y garantía constitucional del cumplimiento de estos dos derechos constitucionales que son los que se deben proteger dentro del procedimiento arbitral – conforme a nuestro ordenamiento jurídico, - debe de ser ob-

servado por los jueces que conocen del recurso de nulidad.

Claro está que, para poder salvaguardar este derecho constitucional, las causales que se deben establecer dentro del recurso de nulidad deben de cumplir con ese fin de proteger los dos derechos – igualdad procesal y defensa- pero además, deben de proteger el hecho de que el arbitraje siempre se debe realizar respetando el derecho interno de dónde se lleva a cabo el procedimiento arbitral y donde se hará efectivo el laudo arbitral y eso claramente implica que los árbitros deben de resolver los conflictos respetando el hecho de que hay ciertas materias que no son reconocidas por los ordenamientos internos como materia arbitrable.

De ahí que, para cumplir con el objetivo constitucional, los jueces que controlan la función del árbitro deben de contar con las herramientas necesarias para poder garantizar los derechos mencionados y salvaguardar²⁶, – en

²⁴ Constitucionalmente estos artículos se encuentran regulados en el Art. 2 y 11 de la Cn. (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983), además también creemos necesario manifestar que el derecho de audiencia se encuentra también aparejado al derecho fundamental a arbitrar, pero entendemos que el mismo se subsumen en el de defensa, pues si no se da participación y no se le hace saber sobre la existencia del proceso, ni se permite participar abiertamente a una parte se vulnera el derecho de defensa y audiencia).

²⁵ El hecho de que los laudos en equidad no estén fundamentados en derecho no significa que los mismos no estén debidamente motivados y a pesar de que nuestra Sala de lo Constitucional ha sido permisiva respecto a este tema, nosotros consideramos que dicha postura adoptada de que los laudos en equidad no deben ser motivados es un error. Sobre la postura de la Sala de lo Constitucional de que no se deben motivar los laudos de equidad en El Salvador: Vid. Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 461 – 2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

²⁶ Esto significa que de las causales que se deben adoptar íntegramente son las que contempla la LMUNCITRAL en su Art. 34 LMUNCITRAL, algo que no se ha logrado en El Salvador, pero que nosotros propugnamos porque se realice una lege ferenda sustituyendo el Art. 68 de la LMCA íntegramente por el Art. 34 LMUNCITRAL que regula las causales del arbitraje. Sobre nuestra propuesta integral. *Vid.* Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *op. cit.* pp. 233 – 238.

nombre del Estado, – el cumplimiento de que las materias arbitrables no afecten el orden público interno y de ahí podemos hablar que si se cumplen con estos derechos y con cuidar que los laudos arbitrables recaigan sobre materia arbitrable, el arbitraje cumple con su función de emitir justicia y por tanto, su resguardo como derecho fundamental debe mantenerse incólume de cualquier intervención ilegal judicial.

Esto inclusive, nos lleva a hacer un apunte, y es que, cuando el juez realiza el control judicial, - cuando proceda, - debe tener también siempre en mente, que su intervención de control debe recaer sobre el procedimiento, más nunca sobre la decisión sustantiva y de fondo propuesta por los árbitros, quienes deberían de ser quienes tengan la última palabra sobre la solución del conflicto, pues esa es la orden que directamente dan las partes a los árbitros cuando deciden someterse al arbitraje, es decir, la idea con la cual se suscribe por las partes un acuerdo arbitral es que quieren siempre mantenerse lejos de la solución de sus conflictos en las sedes judiciales.

IV. El amparo como garantía constitucional en el salvador y su relación con el arbitraje

El amparo tiene como finalidad el proteger a los justiciables de las violaciones a las categorías constitucionales que contempla la Carta Magna²⁷. Su fundamento se encuentra en el Art. 247 de la Constitución salvadoreña que literalmente dice: Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

Se trata entonces de un mecanismo de protección de derechos de las personas que se proyecta para proteger los derechos para un caso en concreto²⁸. El proceso de amparo es una garantía constitucional porque se ha configurado para la protección de los derechos fundamentales, de tal forma que, cuando una persona se siente agraviada por una autoridad en sus derechos constitucionales, se permite que esta busque el restablecimiento de sus derechos a través de un proceso, que es extraordinario y especial, de tal forma que su configuración sólo debe ser posible si se han agotado todas las medidas ordinarias que el ordenamiento jurídico prevé para su protección²⁹.

²⁷ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 238 – 2003, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

²⁸ Manuel Arturo Montecinos Giralt, *El amparo en El Salvador*, (San Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2005), p. 53.

²⁹ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 727-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005).

Pero su función no es exclusivamente bajo la dimensión subjetiva³⁰, sino que además se establece que con el reconocimiento que se hace de la Sala de lo Constitucional como máximo interprete de la Constitución se proyecta además una dimensión objetiva, en cuanto a que la jurisprudencia que se va generando por la Sala para casos concretos sirve además como parámetro de interpretación de la constitución para otros casos similares y del alcance constitucional de cada uno de los derechos que se protegen³¹.

El amparo, - a la luz de lo establecido en el Art. 12 inciso 2º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, - procede contra actos de autoridad³². De ahí que, si se tomara el concepto de autoridad de manera estricta, podría llevar a determinarse que sólo procede contra aquellas personas que detentan un poder que

proviene de sus funciones públicas como parte integrante del Estado³³.

Sin embargo, esta postura ha sido superada por nuestra Sala de lo Constitucional a través de su jurisprudencia, señalando que el término autoridad no sólo relaciona al poder que emana del Estado, sino que además el poder se da en relaciones de particulares, cuando algunos particulares producen actos limitativos de derechos constitucionales realizando actos de autoridad material³⁴.

De ahí que, la teoría que permite actos contra particulares parecería ser la puerta abierta para que el proceso de amparo proceda contra laudos arbitrales. Esto se prevé de la forma en como se procedió a admitir algunos amparos fundamentados en esta posibilidad de reconocer a los árbitros como autoridad y que, por ese criterio sus decisiones si

³⁰ Entendida la dimensión subjetiva como la protección individual para el caso concreto que se busca el restablecimiento del orden constitucional para el justiciable. Para que esto suceda el agravio que se reclama dentro del proceso debe de configurarse no en cualquier tipo de agravio, sino que el agravio que se exige debe de consistir a un agravio de un derecho de carácter constitucional. Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 16 – 2004, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004).

³¹ Manuel Arturo Montecinos Giralt, *op. cit.*, pp. 56 – 57. Sala de lo Constitucional, proceso de amparo referencia: 22-A-94 y AC. 27-M-94, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1996).

³² Art. 12 Inc. 2º Ley de procedimientos constitucionales (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1960) que literalmente dice: “La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violenten u obstaculice su ejercicio...”

³³ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 239 – 1997 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997) así era concebido hace muchos años en El Salvador el concepto autoridad: Para lo efectos del proceso de amparo, el concepto de autoridad comprende aquellas personas o instituciones que forman parte de alguno de los órganos del Estado o que realicen actos de autoridad por delegación de los mismos; es decir, que hagan uso de la facultad de imperio del Estado o que realicen actos unilaterales y coercitivos que se impongan a los gobernados, produciendo la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas que afecten sus derechos individuales.

³⁴ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 771 – 2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008).

eran susceptibles de dicho control cuando alguna de las partes alegara violación en sus derechos constitucionales³⁵.

Sobre el particular creemos necesario recalcar en este punto que es imposible que el amparo pueda controlar el funcionamiento del arbitraje en El Salvador, y que el arbitraje debería de encontrarse fuera del radar de la Sala de lo Constitucional. Esto es así, porque el arbitraje como derecho fundamental, no puede ser atacado por una garantía constitucional que se encuentra ahí para hacerle eficaz, pues el arbitraje no puede ser objeto y parámetro de control constitucional³⁶.

Esta posición no significa que el arbitraje esté lejos del escrutinio o control judicial, pues para ello se han establecido ya los recursos que proceden respecto al arbitraje, - de tal forma que para contar con una integración óptima del arbitraje y el control del laudo bajo los parámetros propuestos debe cambiarse el sistema de recursos y adoptarse los propuestos por la LMUNCITRAL respecto a la integración literal de las causales de nulidad del laudo arbitral.

Además, siguiendo la línea de lo expresado, debemos también adoptar como país el hecho que el amparo si procede en dos situaciones claras, pero que en ninguna de ellas se refiere a las actuaciones de los árbitros, sino que cuando exista un problema con la actividad judicial; y estas causales deberían de ser: a. Cuando un juez se abrogue competencia sin estar previamente autorizado por la ley para hacerlo, por violentar la garantía al principio de mínima intervención judicial y b. Cuando la Cámara que conozca del recurso de nulidad falle en su obligación de la protección constitucional del laudo arbitral.

Pero en este último caso la incidencia contra el laudo no es oportuna, sino que sería el Estado el encargado de indemnizar al justiciable, por haber fallado en el control constitucional realizado a través del órgano competente conforme a lo establece el artículo 245 de la Constitución, es decir siendo los jueces que conocieron del recurso de nulidad los responsables de la indemnización directa y subsidiariamente el Estado de El

³⁵ Sala de lo Constitucional, en el proceso de amparo referencia: 144 – 98 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999). En este proceso se admitió la demanda en contra de un laudo arbitral dictado en equidad, aunque al final se sobreseyó, esto no obsta a que exista ese peligro de que se sienta la Sala en la curiosa necesidad de avocarse una competencia que no le corresponde.

³⁶ El derecho constitucional como norma suprema es un principio – valor que debe ser protegido por todas las autoridades sin distinción, de ahí que retomamos las palabras del voto disidente de la doctora Victoria Marina de Avilés respecto a que por la naturaleza misma del proceso de amparo no es atendible que el amparo proceda en contra de un derecho fundamental porque sería un absurdo que coincida el objeto y el parámetro de control. Sala de lo Constitucional, proceso de inconstitucionalidad 63 – 2007 Ac. (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

Salvador³⁷, sin que esta decisión de la Sala de lo Constitucional pueda afectar en ninguna medida la decisión final del laudo arbitral.

V. Conclusiones

La determinación de nuestros países de conceptualizar al arbitraje en las constituciones no es necesariamente sinónimo de que el arbitraje se desarrolle plenamente, pero si debería de ser un compromiso del Estado el brindarle las protecciones necesarias para conseguir el crecimiento de la institución como lo que decidieron reconocerle: como un derecho fundamental.

Históricamente El Salvador le ha brindado un valor al arbitraje como derecho fundamental, sin embargo, el principal obstáculo para su crecimiento se desarrolla en las normativas secundarias que le regulan, donde se establecieron excesivas participaciones judiciales y que en la actual ley no se adoptó de manera íntegra la LMUNCITRAL, con lo que se han generado confusiones y desconfianza innecesaria en el funcionamiento de la institución en los operadores jurídicos.

El considerar al arbitraje como un derecho constitucional conlleva en que el Estado debe de dotarle de ciertas garantías, entre la más importante para este estudio a nuestro juicio es el reconocimiento del principio de mínima inter-

vención judicial como una forma eficaz de impedir el excesivo intervencionismo ilegal de los jueces previo, durante y después del procedimiento arbitral.

El arbitraje debe ser visto como un procedimiento y no como un proceso, pues las partes al aceptar someterse a la institución renuncia también a otros derechos constitucionales propios del proceso y que no son parte del procedimiento arbitral, en ese sentido se debe entender cumplida la función del árbitro respetando derechos de igualdad procesal y derecho de defensa de las partes y cumpliendo con la obligación de dictar un laudo ejecutable. El cumplimiento de estos parámetros son controlables a través de los tribunales competentes para conocer sobre la nulidad del laudo arbitral por las causales específicamente establecidas en la ley, pero deben mantenerse afuera del radar de la Sala de lo Constitucional por ser suficiente e idóneo el control mediante el recurso de anulación.

El control constitucional del laudo a través del amparo constitucional no es el mecanismo idóneo de control del laudo, pues siendo el arbitraje un derecho fundamental este no puede ser a la vez objeto y parámetro de control constitucional, por tanto, el amparo es un medio eficaz para protegerle, no para atacarle.

³⁷ Para mayor abundancia sobre nuestro planteamiento: *Vid.* Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, op. cit. pp. 238 - 246.