



**EL FIN DEL PARADIGMA DE LA CONFIDENCIALIDAD: HACIA LA
PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES**

Vicente Espinoza
Felipe Saldías
Dante Gariboldi
Carlos Bastías
Gonzalo Sanchez
Fernanda Blamey
Fernando Sciolla
Rebecca Valdés
Savka Covarrubias

Universidad de Chile

Profesor Director del Semillero: Javier Maturana

Resumen: Al arbitraje (como institución históricamente utilizada para resolver contiendas entre privados en forma paralela a la judicatura ordinaria) se le asocia típicamente con una percepción de secretismo, en razón de los distintos acuerdos que adoptan las partes al constituirlo, así como de las distintas normas de los centros de arbitraje. Sin embargo, en nuestro país no existe una consagración expresa de la confidencialidad o publicidad como principios rectores del proceso arbitral, ni un consenso respecto a sus límites, especialmente en lo que refiere a los laudos. Por esto mismo, el presente trabajo persigue ponderar la mejor opción respecto al límite de la confidencialidad en los arbitrajes que se realicen dentro de nuestro país, y señalar la necesidad de una toma de posición clara por parte de la legislación. Con ese fin, se realizará un breve análisis de la confidencialidad a nivel de principio del arbitraje y a nivel de derecho comparado; así como una revisión de su regulación en Chile, tanto para el arbitraje doméstico como internacional, para posteriormente indagar en los argumentos a favor y en contra de la confidencialidad o publicidad de los laudos arbitrales.

Palabras clave: Arbitraje - Confidencialidad - Laudo Arbitral - Publicidad

Abstract: Arbitration (as an institution historically used to solve conflicts between private parties in parallel to the regular system of justice) is typically associated with a perception of secrecy, in reason of the various agreements adopted by the parties and the different rules of arbitration centers. However, in our country there is not an express recognition of confidentiality or publicity as guiding principles of the arbitral process, nor consensus regarding its limitations, especially in relation to arbitral awards. Because of this, the present article seeks to assess the best option concerning the limitations of confidentiality in arbitrations carried out in our country, and to point out the need of taking a clear position in our legislation. To this end, a brief analysis of confidentiality will be conducted as a principle of arbitration and regarding its recognition in foreign law; as well as a review of its regulation in Chile, regarding national and international arbitration, to then inquire into the arguments in favour and against confidentiality or publicity of arbitral awards.

Keywords: Arbitration - Confidentiality - Arbitral Award - Publicity

I. Introducción

La confidencialidad se ha entendido inherente al arbitraje a lo largo de su desarrollo histórico, tanto a nivel internacional como nacional, sin cuestionar sus debilidades o deficiencias, comprendido como un principio rector del mismo y dejándose de lado las problemáticas que presenta, cerrando la puerta a la idea de publicidad. En materia de publicidad de sus laudos, Chile, a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante, CAM) se ha posicionado como un pionero en este tema a nivel latinoamericano. Sin embargo, consideramos que esta publicidad ha de llevarse a un siguiente estadio, mucho más amplio, de manera de poder solucionar las problemáticas que trae aparejada la confidencialidad de los laudos.

En un primer análisis, la confidencialidad produce múltiples problemas, ya que mientras el laudo permanezca en el secreto y el recelo de las partes, se hace, en primer lugar, difícil asegurar ciertos derechos de orden público que sólo podremos comprobar si este fuera público, como lo es la igualdad ante la ley ¿Cómo podemos asegurar que las partes estuvieron en igualdad de condiciones si no podemos acceder a la resolución del laudo, ni saber el cómo se llevó a cabo del procedimiento? e incluso más allá de esto ¿Cómo podemos asegurar la probidad de una sentencia que muchas veces ni siquiera será fundamentada conforme a los procedimientos normales de la justicia ordinaria, como en los casos de los arbitrajes dirigidos por árbitros arbitradores?

Es por ello que en el presente trabajo realizaremos un análisis sobre la confidencialidad en los procesos arbitrales, abordando su regulación positiva en el derecho comparado y nacional, y haciendo un balance respecto a las consecuencias que ha traído en materia de arbitraje doméstico e internacional, particularmente en lo que respecta a situaciones de desarrollo del Derecho, la injerencia que pueden tener respecto a intereses de la colectividad y, por último, atendiendo a la naturaleza jurisdiccional que se les da en nuestro país.

Asimismo, vamos a exponer algunos problemas puntuales que implica la adopción de una posición en pos de la publicidad de los conflictos arbitrales, como aquellos relacionados al secreto comercial, la vida privada de las partes, y el riesgo de escalamiento de los conflictos cuya resolución se persigue. Todo esto, con tal de poder elaborar una propuesta que sea capaz de conciliar ambas posiciones, manteniendo el arbitraje como una alternativa atractiva para la resolución de conflictos.

II. El principio de confidencialidad en el arbitraje.

1. Fundamentos teóricos de la confidencialidad.

No cabe duda de que una de las razones por las que en la actualidad las partes deciden recurrir al arbitraje para resolver sus controversias es la confidencialidad. En efecto, la publicidad de ciertos documentos confidenciales, o el solo hecho de que un tercero potencialmente interesado conozca la existencia del conflicto, podría significar un perjuicio para las partes.

Bien señala el profesor Silva Romero que *“es evidente que la publicidad de los procedimientos puede afectar el good will de las partes y exacerbar la hostilidad entre ellas. Por una parte, parece evidente que ningún mercader internacional querrá que los socios potenciales con los que podría emprender operaciones económicas conjuntas (“hacer*

negocios”) sepan que aquél, por ejemplo, no ha efectuado ciertos pagos. Por otra parte, parece también evidente que cualquier desavenencia podría agravarse en caso ser ventilada públicamente”¹.

Así, la confidencialidad es un principio de trascendental importancia dentro de los procedimientos arbitrales. Este principio tiene distintas manifestaciones y efectos que dependerán de la normativa aplicable y de la voluntad de las partes, y, en general, abarca a todas las actuaciones, documentos e información que se aporten ante el tribunal arbitral.

“Se entiende por confidencialidad el efecto que produce el acuerdo contractual entre las partes con el objetivo de obligarse entre ellas y, eventualmente, al árbitro o a la institución arbitral, a no entregar información revelada durante el arbitraje, incluyendo la opción de evitar la divulgación del laudo arbitral”².

No existe consenso en la doctrina respecto de cuáles son los alcances reales de la confidencialidad, es decir, qué tipo de actuaciones y documentos comprende. Fernando de Trazegnies propone la división de la cuestión de confidencialidad-publicidad en cuatro áreas.

“En primer lugar, nos encontramos con la confidencialidad sobre la existencia misma de la controversia que está siendo conocida por un tribunal arbitral”³.

“Una segunda área de confidencialidad puede ser el proceso durante su desarrollo”⁴.

“La tercera área está relacionada con la confidencialidad de los documentos y testimonios que se presenten en el arbitraje”⁵.

“Por último, la cuarta área, quizá la más puntual, es la relativa a la confidencialidad o publicidad de los documentos que produzca el tribunal como consecuencia del arbitraje; fundamentalmente, la resolución que resuelve el debate sobre la jurisdicción y la resolución que resuelve el debate sobre el mérito o fondo, esto es, el laudo arbitral”⁶.

En relación a los sujetos, se entiende que el deber de confidencialidad alcanza a las partes, árbitros y, en general, a cualquier persona que participe en el proceso.

En relación al deber de los árbitros, Pablo Cornejo señala que *“Respecto de ellos, existen cuerpos normativos de carácter no legal, pero igualmente vinculantes, que les imponen un deber de confidencialidad respecto de las actuaciones efectuadas en el proceso”⁷.*

Pese a su importancia, no es claro de dónde surge el deber de confidencialidad, es decir, cuál es su fundamento normativo. En ese sentido, es claro que, si la legislación aplicable consagra el deber de confidencialidad, el fundamento de ésta sería la ley.

¹ Silva Romero (2012), p. 38

² Lagos (2018), p. 134

³ De Trazegnies Granda (2007), p. 62

⁴ *Ibíd.*, p. 63

⁵ *Ibíd.*, p.63

⁶ *Ibíd.*, p.63

⁷ Cornejo Aguilera (2018)., p.1

La discusión se da ante la falta de regulación del principio de confidencialidad y sus alcances, como ocurre en el caso de Chile.

Parte de la doctrina entiende que el principio de confidencialidad es inherente al proceso arbitral debido a la naturaleza privada del mismo. De esta manera, el principio de privacidad sería el fundamento de la confidencialidad en el arbitraje, puesto que tal emanaría de su propia naturaleza. En este sentido, las partes tendrían el deber implícito de la confidencialidad en virtud del principio de la buena fe consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, puesto que los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

En Chile, por ejemplo, se ha dicho que, aunque las partes no lo expresen, de todas maneras pesa sobre los árbitros el deber de confidencialidad.

“Pues bien, en el contexto de dicha prestación, como ha señalado Caivano resulta razonable asumir que al menos implícitamente se incorpora el deber de confidencialidad, solución que se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, conforme con el cual los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino también a todas aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”⁸

De manera tal que, para parte de la doctrina, la confidencialidad es una consecuencia natural del principio de privacidad, al punto que incluso llegan a confundirse.

En este sentido, parte de la doctrina ha señalado que *“Se ha sostenido que la naturaleza privada del arbitraje está íntimamente vinculada con el deber de confidencialidad en el sentido que la primera facilita a la última. Así, la privacidad sería inútil si luego de concluida la audiencia cualquier parte por propio interés pudiera hacer de conocimiento público la información relacionada al proceso. Consecuentemente si la difusión a terceras partes es libremente aceptada, esto equivaldría a difundir todo lo ocurrido en el "confesionario" o como el Justice Colman dice "esto sería equivalente a abrir las puertas del despacho arbitral a terceras partes.”⁹*

No obstante, no debe confundirse el principio de privacidad con el de confidencialidad. El principio de privacidad dice relación con la no intervención de terceros en el mismo y la naturaleza consensual del procedimiento arbitral.

Por ello, otra parte de la doctrina considera que, a diferencia de la privacidad, la confidencialidad no es inherente al proceso arbitral, por lo que las partes explícitamente deben pactar dicho deber. De esta manera, el fundamento de la confidencialidad se encontraría en la voluntad de las partes.

Como consecuencia de lo anterior, paralelamente ha ido surgiendo cada vez con más fuerza en la doctrina el debilitamiento del principio de confidencialidad, cediendo terreno ante el principio de publicidad.

⁸ *Ibíd.*, pp. 1-2

⁹ Chávez, Enrique (2009) p. 2

2. Regulación en el derecho comparado

Si analizamos el tratamiento que ha recibido el arbitraje en el exterior, podemos observar que “no ha habido un enfoque común entre los legisladores y las instituciones arbitrales”¹⁰ respecto a la confidencialidad, sino más bien una variedad de regulaciones con diferencias sustanciales no sólo en cuanto a la naturaleza de la confidencialidad como una cualidad natural o accidental del proceso arbitral, sino también respecto a sus límites; sin perjuicio que, en ciertos ordenamientos, se consagre la publicidad de los procedimientos arbitrales en forma expresa.

Como casos particulares, tenemos casos en los que la legislación guarda silencio frente a la confidencialidad de los procedimientos arbitrales, sin imponer siquiera un deber implícito de la misma, como en Brasil, Suiza y los Estados Unidos¹¹. Esto, claro está, sin perjuicio que las partes puedan convenir por sí mismas la confidencialidad dentro del arbitraje al que se sometan.

En el caso de los países que tienen una regulación explícita en su ley respecto a la confidencialidad del arbitraje, podemos encontrar, como se señaló *supra*, la posibilidad que se trate como un elemento inherente al arbitraje, o como un elemento accidental que debe ser pactado por las partes.

Dentro del primer grupo encontramos, por nombrar algunos países, a Francia, España, Costa Rica y Perú.

En el caso español, el deber de confidencialidad se consagra en el artículo 24.2 de la ley 60/2003 sobre arbitraje, con aplicación tanto en el arbitraje interno como internacional:

“Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.”

En Francia, el mismo deber se fijó con la reforma de su Código de Procedimiento Civil en el año 2011, cuyo artículo 1464, en su parte final, reza lo siguiente:

“Con sujeción a los requisitos legales, y salvo pacto en contrario de las partes, los procedimientos arbitrales serán confidenciales”

Es interesante destacar cómo en ambos casos no se señalan límites al deber de confidencialidad: no se fijan más excepciones que la voluntad de las partes.

En Costa Rica, la confidencialidad del arbitraje está señalada en el artículo 38 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional:

“Confidencialidad. El procedimiento arbitral será confidencial. Cuando el expediente deba ser conocido ante los tribunales de justicia, se le dará únicamente acceso a las partes y sus representantes. Salvo acuerdo expreso en contrario, el laudo, una vez que se encuentre firme, será público. En él constarán los nombres de los árbitros y de los abogados participantes;

¹⁰ Smellie (2013), p. 1. La traducción es nuestra.

¹¹ Ibid, p. 3.

sin embargo, por protección de las partes, estas serán identificadas únicamente mediante sus iniciales.”

Como se puede apreciar, la situación en Costa Rica es ecléctica, ya que, si bien se establece la confidencialidad del procedimiento, se consagra como regla general la publicidad de los laudos, pero con cierto grado de protección para las partes involucradas. En este caso se entiende, claramente, que la confidencialidad del proceso no es absoluta, sino que encuentra sus límites en la necesidad de que los tribunales ordinarios tengan acceso respecto al expediente completo, y en la publicidad del laudo (sin perjuicio que las partes puedan pactar una regla en contrario). No obstante las mencionadas excepciones, se puede entender que el proceso sigue siendo confidencial, puesto que la regla general implica un acceso restringido al expediente del arbitraje respecto a terceros.

En Perú, el Decreto Legislativo N° 1071 regula la confidencialidad tanto en el arbitraje interno como internacional, señalando en su artículo 51 que:

“1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.”

En este caso, la ley extiende el deber de confidencialidad no sólo a las partes y el tribunal, sino que a todos los intervinientes en el arbitraje, fijando como excepciones al mismo *i)* la exigencia legal que obligue a revelar cualquier actuación; *ii)* la revelación del laudo en ciertas situaciones en que se acude a sede judicial con posterioridad, o *iii)* cuando interviene el Estado como parte dentro de un procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de las excepciones señaladas, se puede entender que se protege en forma más estricta la confidencialidad del arbitraje completo (al menos si lo comparamos con el caso de Costa Rica), ya que en el caso peruano la publicación de los laudos no constituye la regla general.

En contraste con los sistemas reseñados, tenemos los países que tratan a la confidencialidad como un elemento accidental del arbitraje, el que debe ser convenido en forma expresa por las partes para ser operativa, como son los casos de Noruega, Nueva Zelanda y Ecuador.

En el ordenamiento noruego, la Ley de Arbitraje (*Lov om Voldgift*) de 2004 normó la confidencialidad en la sección 5 de su capítulo 1 en el siguiente sentido:

“Deber de confidencialidad y acceso público.

Los procedimientos arbitrales y los laudos arbitrales no estarán sujetos a un deber de confidencialidad, a no ser que sea acordado de tal forma por las partes en cada arbitraje particular.

Terceros podrán asistir a las audiencias del arbitraje sólo y en las formas acordadas por las partes”

En este sistema, si bien no se fija la confidencialidad como un elemento natural al arbitraje, se permite que las partes lo pacten expresamente. En cambio, la privacidad del arbitraje se establece como la regla general, al permitirse la asistencia de terceros extraños a las audiencias sólo por acuerdo de las partes y en la forma que establezcan.

La legislación neozelandesa regula la privacidad y confidencialidad de los arbitrajes en su Arbitration Act de 1996, reformada en 2007, específicamente en su sección 14, la que señala lo siguiente:

“14A. Los procedimientos arbitrales deben ser privados. Un tribunal arbitral debe conducir los procedimientos arbitrales en privado.

14B. Acuerdos arbitrales considerados para prohibir la revelación de información confidencial.

(1) Todo acuerdo arbitral al que aplique esta sección se estima que estipula que las partes y el tribunal arbitral no pueden divulgar información confidencial.

(2) La subsección (1) está sujeta a la sección 14C.”

La subsección 14C aludida puntualiza situaciones en que las partes o el tribunal pueden revelar información considerada como confidencial, como ante el asesor de una de las partes, o si fuese requerido por la ley, el tribunal o la High Court¹², por nombrar algunos casos.

En una forma un tanto parecida a la noruega, se entiende la privacidad del arbitraje como un elemento inherente al mismo (aunque en este caso se señala en forma expresa), mientras que la confidencialidad se debe fijar por convención entre las partes. Lo que resulta atractivo de la regulación de la Arbitration Act de este país es, sin embargo, que trata en forma más rigurosa la liberación de información de los arbitrajes, particularmente desde la reforma del 2007, especialmente respecto a la liberación de información por parte del mismo tribunal arbitral, y la orden de entregar información proveniente de la High Court.

Por último, la la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador expresa, en su artículo 34, lo siguiente:

“Las partes, sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido”

¹² Tanto la orden de revelación por parte de un tribunal arbitral como de la High Court están reguladas en forma más detallada en las subsecciones 14D y 14E de la misma Arbitration Act, respectivamente

En este caso, se ha destacado que *“el principio de confidencialidad no es inherente al proceso arbitral en el Ecuador”*¹³, al requerir de un pacto expreso, y sin perjuicio de terceros, esto último en forma tal que, *“en el supuesto de que los efectos que se generen del proceso arbitral lleguen a afectar a terceros (...) estos dejarían de ser sujetos ajenos al arbitraje. Se convertirían en plenos sujetos procesales por lo que la confidencialidad no se tomaría en consideración respecto de ellos”*¹⁴.

Como situación especial, podemos señalar la regulación colombiana sobre arbitraje, que consagra en forma expresa la publicidad del arbitraje como uno de sus principios rectores, pero carece de un mayor desarrollo al respecto, y ha debido ser profundizada por distintos centros de arbitraje en la práctica.

De la lectura y breve análisis de algunos de los casos de regulación comparada del arbitraje, se hace evidente la inexistencia de un consenso respecto a la confidencialidad, al existir diversas posturas en torno a su carácter accidental o inherente a los procesos arbitrales. Así, puede constatar que diversas legislaciones adoptan distintas soluciones sobre esta materia, existiendo divergencia en torno a la definición/indefinición de los límites de la confidencialidad, así como respecto del tipo de límites que se definen cuando las leyes han abordado expresamente esta materia.

III. La confidencialidad en el arbitraje en Chile

Una de las razones que lleva a las partes a optar por el arbitraje para la resolución de sus conflictos es que a través de éste las partes evitan que su controversia sea conocida públicamente y protegen así información que, debido a su importancia comercial, deba contar con cierto resguardo.

Sin embargo, la importancia que las partes asignan al mismo no se compadece con la casi ausencia total de un tratamiento regulatorio en nuestra legislación, lo que queda meridianamente claro con sólo revisar someramente las disposiciones legales contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, en el Código de Procedimiento Civil e incluso en la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Frente a este panorama, las partes pueden legítimamente dudar si sus expectativas de confidencialidad serán satisfechas cuando deciden recurrir a un juez árbitro. No obstante, producto de la misma falta de regulación, la liberación de información y documentos atinentes a un arbitraje ha sido errática, desarrollándose distintas prácticas por parte de distintos centros arbitrales así como por árbitros ad-hoc, particularmente respecto a la divulgación de laudos arbitrales.

Estas prácticas se han desarrollado tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional, en base a la interpretación de los preceptos legales que, a falta de una estipulación concreta al respecto, entregan indicios que han sido objeto de diversas interpretaciones y análisis, como se mostrará a continuación.

¹³ Cepeda (2013) p. 7.

¹⁴ Ibid, p. 7.

1. Arbitraje nacional

Más allá de los fundamentos teóricos que sustentan o rechazan la confidencialidad del arbitraje, tal es una realidad instalada en el derecho nacional. Al revisar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, Código de Procedimiento Civil y la Ley N° 19.971 es posible advertir que la confidencialidad no ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico, ni mucho menos se han establecido sus límites.

Un estudio completo de la confidencialidad en el arbitraje nacional comprende el análisis del deber de confidencialidad del juez¹⁵, de las partes, y la confidencialidad del laudo arbitral. Sin embargo, en este trabajo el enfoque estará dirigido única y exclusivamente a este último punto.

La confidencialidad del laudo arbitral es un tema debatido abiertamente en la doctrina internacional, existiendo argumentos desde todas las posiciones. Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico nacional no existe norma legal expresa alguna que permita o imposibilite su aplicación, por lo que todo queda en manos de las partes o de la reglamentación especial de las instituciones arbitrales que pueden establecerla. En estas circunstancias la discusión se enmarca, como bien plantea Osvaldo Lagos¹⁶, en cuestiones fácticas como la accesibilidad de terceros para conocer el contenido de las resoluciones arbitrales.

En aquellos casos llevados a cabo por organizaciones y centros de arbitrajes es posible encontrar una política interna de accesibilidad a sus fallos, pero dicha política de selección de laudos no es de conocimiento público. Este es el caso del CAM Santiago, organización que en su página web expone: *“El CAM Santiago presenta a la comunidad jurídica y empresarial una selección de las sentencias arbitrales dictadas por árbitros del Centro desde 1994 hasta la actualidad. La publicación de las sentencias arbitrales on line constituye un elocuente testimonio del desarrollo del arbitraje institucional en nuestro país y permite dimensionar el creciente posicionamiento de los métodos alternativos de solución de controversias a nivel nacional”*¹⁷. Luego aclara *“Para salvaguardar la confidencialidad de los arbitrajes, todas las sentencias fueron sometidas a un proceso de edición para dejar en anonimato a las partes y los terceros involucrados”*¹⁸.

Misma situación es posible constatar en AIDA – Chile, institución que realiza arbitraje especializado en derecho de seguros, quienes en su página web limitan la búsqueda de fallos en los siguientes términos: *“Dejamos a vuestra disposición un conjunto de 25 fichas de fallos dictados por jueces árbitro pertenecientes a la nómina de nuestro centro las cuales contienen un breve resumen de cada litigio, nombre del árbitro, fecha de dictación, hechos, la legislación y doctrina aplicable al caso. El contenido íntegro de cada fallo se encuentra a disposición de los socios con sus cuotas al día en la Biblioteca que AIDA – Chile mantiene en el Colegio de Abogados de Chile A.G.”*¹⁹.

¹⁵ Más sobre este tema en: Caivano (2010); Ajibo (2015).

¹⁶ Op. cit. Lagos, p.185.

¹⁷ CAM SANTIAGO - Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. <http://www.camsantiago.cl/publicaciones1.html>

¹⁸ Ibid.

¹⁹ AIDA CHILE - Asociación Internacional del Derecho de Seguros. <http://www.aida-chile.cl/clp/arbitrajes/>

Cabe preguntarnos ¿la ley permite dicha restricción a la accesibilidad de los fallos? ¿Cuál es el criterio establecido en la ley?

La única regla atinente la podemos encontrar en el artículo 644 del Código de Procedimiento Civil, norma común a los párrafos que regulan los juicios seguidos ante árbitros de derecho y arbitradores, la que establece que: *“Los expedientes fallados por árbitros o arbitradores se archivarán en la comuna o agrupación de comunas donde se haya constituido el compromiso, en el oficio del funcionario a quien correspondería su custodia si se hubiera seguido el juicio ante los tribunales ordinarios”*. Norma concordante con la anterior es el artículo 455 N° 1 literal b) del Código Orgánico de Tribunales, el cual especifica como función de los archiveros la custodia de *“Los procesos afinados que se hubieren seguido dentro del territorio jurisdiccional respectivo ante jueces árbitros”*²⁰.

En relación a la materia estudiada, resulta de extrema relevancia lo establecido en el mismo artículo 455 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales, por cuanto tal establece que es función de los archiveros *“Facilitar, a cualquiera persona que lo solicite, el examen de los procesos, libros o protocolos de su archivo”*, sin perjuicio que cabe destacar que el N° 4 de esta norma establece que sólo se podrá dar testimonios de dichos documentos a las partes interesadas (lo que es concordante con el artículo 453 del mismo cuerpo legal).

Sin embargo, el cumplimiento de este deber de archivar los procesos arbitrales y permitir su examen a cualquier persona es completamente dudoso dado que no existe fiscalización ni registro de los arbitrajes llevados a cabo. Por lo tanto no es posible tener conocimiento cierto de la cantidad de laudos arbitrales que efectivamente se encuentran en el Archivo Judicial.

Los problemas de accesibilidad y publicidad de los laudos generan otros conflictos como lo es la inestable previsibilidad de la jurisprudencia. No cabe ninguna duda que las sentencias definitivas de los tribunales de justicia cumplen un rol creador de derecho, resolviendo una contienda entre partes en un caso concreto. Esto mismo ocurre con los laudos arbitrales.

La aplicación del derecho no es algo que afecte solamente a las partes que ponen en conocimiento de un juez su conflicto, sino que afectan a la sociedad en su conjunto. Y aunque la jurisprudencia no sea considerada una fuente directa del derecho por la doctrina mayoritaria²¹, es de público conocimiento que en base a ella se establecen pautas de aplicación de la ley en casos de análogas condiciones. Por lo tanto, la restricción al conocimiento sobre la interpretación y aplicación de la ley lleva a que los operadores jurídicos no tengan completa certeza de cómo se resuelve determinado conflicto, lo cual afecta la seguridad jurídica de los justiciables.

Cabe destacar que la falta de visibilidad de los laudos restringe también el conocimiento jurídico, cuestión que muchas veces se ve como accesorio. Sin embargo, el trabajo de análisis, crítica o sistematización realizado por la doctrina en sus documentos sirven para una

²⁰ En este mismo sentido, la Guía del Mediador y Árbitro Financiero proporcionado por el SERNAC realiza una interpretación similar y establece como obligaciones del juez árbitro las siguientes: *“Una vez vencido el plazo para presentar la apelación, esto es, ejecutoriada la sentencia, se recomienda archivar los expedientes durante un tiempo prudencial en la oficina del juez árbitro para luego remitirlos al archivo judicial, según lo dispone el artículo 451 1° letra b) del Código Orgánico de Tribunales”* SERNAC (2014), p. 5.

²¹ Schiele (2008).

interpretación cada vez más clara de la ley, y para el estudio minucioso de aquellos fallos que son célebres dentro de la cultura jurídica.

2. Arbitraje internacional

a) Regulación de la Ley Modelo y su recepción en la Ley 19.971

En primer lugar, cabe señalar que ni la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 que sirvió de base para la Ley N° 19.971 que regula el Arbitraje Comercial Internacional en Chile, ni esta última regulan en forma expresa la confidencialidad del procedimiento arbitral. Con lo cual, podemos señalar a priori que no existen obligaciones de secreto para las partes, ni para los jueces²².

Sin duda, el principio rector que guía a las regulaciones anteriormente señaladas es el de la Autonomía de la Voluntad, el cual tiene como límite, además de la ley, el orden público y las buenas costumbres, razón por la cual deben respetarse las garantías de Igualdad entre las Partes y Debido Proceso²³. Por tanto, el análisis de la confidencialidad del procedimiento como principio debe entenderse en relación a la Autonomía de la Voluntad, pues ella regirá al arbitraje y tendrá primacía en sus reglas, conforme se consagra en la Ley Modelo de la UNCITRAL y la Ley 19.971.

Conforme ya se señaló, dichas leyes no tienen regulación expresa de la confidencialidad del procedimiento. Sin embargo, el artículo 19 letra a) de la Ley 19.971 regula la determinación del procedimiento, señalando en forma expresa que *“las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”*; de modo tal que el cuerpo legal regulador del Arbitraje Comercial Internacional reconoce en forma expresa, como ya se señaló, a la Autonomía de la Voluntad como la regla primaria y articuladora del procedimiento. Subsidiariamente, en caso de falta de acuerdo entre las partes acerca del procedimiento, el artículo 19 letra b) establece que *“el tribunal podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”*.

Por ello, la confidencialidad del procedimiento no es por sí un elemento *a priori* que se encuentre establecido como obligatorio en el arbitraje comercial internacional. No obstante, tal se encuentra dentro del marco de lo que la Autonomía de la Voluntad permite regular y establecer por las partes conforme a la Ley N° 19.971. De hecho, tanto para Dyalá Jimenez y Angie Armer²⁴ como para Eduardo Picand²⁵ una ventaja que representa el procedimiento arbitral internacional por sobre el proceso judicial ordinario es precisamente que permite establecer la confidencialidad (o privacidad como prefieren llamarle cierta parte de la doctrina) a diferencia de la justicia ordinaria que se encuentra obligada a la publicidad. En caso de falta de acuerdo de las partes sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral, corresponderá al tribunal arbitral establecer esto. En los casos de arbitrajes institucionales, como por ejemplo los sujetos a un órgano como lo es la Cámara Internacional de Arbitraje o el CAM Santiago, existirá para regular estas materias un reglamento elaborado por la institución que administra el arbitraje y, obviamente, siempre respetando las normas legales

²² Jimenez Figueres et. al (2005), pp. 320-321.

²³ *Ibíd.* pp. 311-317

²⁴ *Óp. Cit.* Jimenez Figueres et. al. pp. 320-321.

²⁵ Picand (2005). Tomo I, pp. 209-213.

aplicables sobre Arbitraje Comercial Internacional; con lo cual tendremos que recurrir a éste reglamento en caso de falta de regulación de la Confidencialidad en el Procedimiento.

b) Regulación de la Confidencialidad en instrumentos de Arbitraje Comercial Internacional de Derecho Comparado

Como ya se señaló, en general, la doctrina considera como una ventaja del Arbitraje Comercial Internacional sobre la justicia ordinaria (e incluso sobre el arbitraje doméstico) el que aquél otorgue herramientas que faciliten la confidencialidad del procedimiento. Así lo reconocen expresamente distintas fuentes que inspiraron la Ley 19.971 en Chile y distintos reglamentos.

A modo ejemplo, los artículos 20.7 y 21.3 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, disponen la protección del secreto comercial o industrial y la privacidad de las audiencias salvo autorización del tribunal. Esto también es reconocido y reiterado por los artículos 25.4 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 y el artículo 22.4 del Reglamento de Procedimientos del CIAC del 2001, los que establecen como regla que las audiencias serán a puertas cerradas²⁶.

Otra norma en concordancia con esto es, por ejemplo, el artículo 6° del Reglamento de Arbitraje del CIADI, el que contiene en forma expresa como deber para el árbitro el firmar un pacto de confidencialidad de toda su participación en el proceso. El artículo 15 de ese mismo instrumento establece la privacidad y el secreto del laudo. Sin embargo, se reconoce como excepción la Regla 23 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, el que señala que los registros del arbitraje serán públicos para toda persona²⁷.

Asimismo, puede constatarse que la confidencialidad es consagrada, como regla general, en los reglamentos de la mayoría de los grandes centros de arbitraje mundial. Así, por ejemplo, el artículo 6° del Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone la confidencialidad de la actividad de la Corte, junto al deber de mantenerla por parte de cualquier interviniente en ella. Del mismo modo, el artículo 15 de los Estatutos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial establece como deber para su Comité Ejecutivo el asegurar la confidencialidad, eficiencia y apoyo de los procedimientos. Por su parte el artículo 30 de las Reglas de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* establece que las partes aceptan como principio general mantener la confidencialidad, salvo acuerdo por escrito en contrario. El artículo 34 de las Reglas de Arbitraje de la *American Arbitration Association* dispone la confidencialidad como regla para toda información, salvo acuerdo contrario²⁸.

c) Límites a la Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional

Cabe señalar que, si bien la confidencialidad es considerada una ventaja del Arbitraje Comercial Internacional y que, si bien la Autonomía de la Voluntad permite pactarla, la confidencialidad no significa en ningún caso un principio absoluto, pues se reconocen límites a su aplicación en el procedimiento arbitral.

²⁶ Picand (2005). Tomo II, pp. 85-88.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

En primer lugar, Dyalá Jimenez y Angie Armer nos señalan que se reconoce como límite a la confidencialidad las disposiciones legales locales que obliguen a la entrega de información esencial relacionada con el mercado de valores, como lo es por ejemplo la obligación de informar del procedimiento arbitral en caso que éste constituya un hecho esencial conforme al artículo 10 de la Ley 18.045²⁹.

En segundo lugar, Eduardo Picand nos señala que el secreto de la confidencialidad debe ceder en la eventualidad de que se produzca un perjuicio inmotivado y probado a alguna de las partes. (Como por ejemplo, lo refleja en la jurisprudencia internacional el laudo arbitral CCI N°6932, dictado por la Corte Francesa el año 1992). Así, a su vez, las reglas de la *London Court of International Arbitration* reconocen como excepción a la confidencialidad que la divulgación pueda ser solicitada a una parte i) por orden judicial, ii) para proteger o ejecutar un derecho o iii) para ejecutar o nulificar un laudo en procedimientos legales de buena fe ante una Corte estatal o cualquier otra autoridad judicial. A su vez, las reglas de la *American Arbitration Association* disponen como excepción el que la divulgación sea requerida por la ley aplicable, con lo cual se establece nuevamente una excepción³⁰.

IV. Argumentos a favor y en contra de la confidencialidad

Teniendo mayor claridad sobre la diversa regulación que existe respecto de la confidencialidad del arbitraje en el derecho comparado y habiendo constatado que falta regulación clara y expresa respecto de esta materia en nuestra legislación positiva, resulta necesario efectuar un análisis de *lege ferenda* en que se tengan en cuenta los valores a favor y en contra de la confidencialidad del arbitraje, de manera de efectuar una propuesta concreta de regulación que atienda a las problemáticas que rodean a este tema.

Por lo mismo, a continuación se efectuará un análisis de los distintos argumentos que se han expuesto en general a favor y en contra de la confidencialidad del arbitraje.

1. Argumentos a favor de la confidencialidad

La confidencialidad en el arbitraje se ha entendido como inherente a este³¹⁻³², porque se ha estimado que para las partes sería inconveniente una solución por una vía ordinaria de carácter público en tanto hacerlo podría implicar exponer detalles de su vida privada que pueden afectarlos de manera ominosa, atreer consigo una escalada del conflicto que puede salirse de las manos de la partes por culpa de los medios de comunicación o implicar revelar secretos comerciales que pueden hacer perder a una empresa su calidad de líder en el mercado, comprometiendo los intereses de los stake holders. En razón de lo anterior, las partes recurren al arbitraje con intenciones de mantener en el mayor secreto posible los detalles de sus casos y las resoluciones que allí se den, para evitar con esto los mayores problemas de la publicidad.

La postura basada en una **concepción contractualista del arbitraje**— también llamada privatista — plantea que durante todo el curso del proceso arbitral existe un deber de confidencialidad y privacidad inherente, al ser un proceso iniciado por privados, donde el

²⁹ Óp. Cit. Jimenez Fugueres et. al. pp. 320-321.

³⁰ Óp. Cit. Picand. pp. 85-88.

³¹ Op. Cit. Cornejo. pp. 1-3

³² Op. Cit. Caivano. pp. 123-128

Estado no debe entrometerse³³. De esta forma, el laudo arbitral, al ser un documento emanado del arbitraje, se entiende que debe ser confidencial, puesto que, de esta forma, mantenemos la esencia del arbitraje intacta³⁴. De ocurrir la situación contraria, tendríamos a un Estado inmiscuyéndose dentro de la autonomía de la voluntad de las personas³⁵, produciendo la erosión del arbitraje, al vulnerar la confidencialidad³⁶.

Dentro de los derechos que se pueden pasar a llevar con la publicidad del arbitraje se encuentran el **derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la vida privada**³⁷, pudiendo afectarse también los **derechos a la honra y a la propiedad intelectual** rescatados en la Constitución Política de la República y en el Pacto de San José de Costa Rica (que por el artículo 5° de la Carta Fundamental ha de entenderse como parte del ordenamiento nacional). Por lo anterior, parece ser inconveniente establecer la publicidad en asuntos en que las partes prefieren, por sobre todo, mantener el secreto en la protección de sus legítimos derechos. Para los sujetos que recurren al arbitraje buscando confidencialidad para proteger su imagen suele ser precisamente problemático aplicar las reglas de publicidad de la justicia ordinaria porque, en tal circunstancia, los detalles que se podrían dar del caso en cuestión los afectaría a un nivel tanto personal como profesional. Un ejemplo claro de esto se podría darse respecto a indemnizaciones por injurias entre dos figuras públicas importantes, como políticos o figuras televisivas, cuya imagen pública está en constante escrutinio, al punto que la divulgación de un conflicto legal de este estilo podría implicar el fin de su aprobación popular y carrera pública. Queremos hacer especial mención a estos derechos básicos de la persona que se ven afectados por la publicidad en el arbitraje³⁸, ya que resulta importante tener presente los problemas que podría traer la publicidad.

Otro problema que se puede originar con la publicidad del arbitraje está en la **escalada del conflicto** que puede darse, entendida como la *“intensificación de un conflicto con respecto a la extensión observada y los medios utilizados. Un conflicto creciente representa un sistema social en desarrollo por derecho propio, teniendo la legitimación de la violencia como característica clave”*³⁹, y donde Ury establece como mejor modelo de solución y para evitar este problema el *“tercer lado”*⁴⁰ (donde un tercero, indiferente al conflicto y que controle su impacto externo de la manera más objetiva posible, evitaría esa clase de problema, a través de una discusión tolerante y abierta).⁴¹ Lo anterior es ciertamente difícil de llevarse a cabo con un proceso público que constantemente se podría ver expuesto a comentarios maliciosos y desinformados entregados por los medios de comunicación, y que hoy en día se dan en el sistema ordinario. Basta ver lo que sucede con el proceso penal en Chile para entender que la publicidad del juicio puede también afectar a aquellas partes intervinientes que, al ser expuestas ante la prensa, se ven gravemente dañadas por la opinión pública, que muchas veces es desinformada e injusta, lo que lleva a que su conflicto alcance niveles más intensos de discusión, dejando de ser jurídico para pasar a ser político o personal.

³³ Op. Cit. De Trazegnies Granda. pp. 64-65.

³⁴ Zlatanska (2015). p. 32

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Merino (2008) p. 10

³⁸ Cremades et al. (2013) p. 34

³⁹ Bösch (2017) p. 1. La traducción es nuestra.

⁴⁰ Ury (1988) p. 3 y ss.

⁴¹ *Ibid.*

Entre los motivos que explican que las partes no quieran que las sentencias se hagan públicas está la divulgación de sus **secretos comerciales**. Una consecuencia eventual es el rechazo a la negociación con ellas por parte de otras empresas⁴². Asimismo, las partes podrían verse afectadas por hacerse públicas sus listas de clientes o acciones en la bolsa, y, como consecuencia, todo tipo de inversiones relacionadas a las mismas podrían caer drásticamente al revelarse sus secretos de mercado, de marketing, industriales, etc. Estas situaciones no podrían evitarse completamente eliminando los nombres de las partes de los laudos, como algunos argumentan, ya que en la actualidad nos encontramos frente a grandes facilidades para rastrear sus identidades⁴³.

Si bien el legislador nacional ha preferido a la publicidad como medio para que se entreguen las debidas explicaciones de las actuaciones judiciales como forma de legitimar el desempeño democrático de los jueces⁴⁴ y ha reconocido el carácter jurisdiccional del laudo, esto no puede llevarnos a la limitación de la confidencialidad al punto de eliminarla por completo del sistema, ya que ello implicaría pasar a llevar los intereses privados que llevaron a las partes, en primer lugar, a recurrir al arbitraje por sobre el sistema ordinario, precisamente para prevenir todos los problemas anteriormente mencionados.

2. Argumentos en contra de la confidencialidad

En un Estado de Derecho la privacidad se respeta como cualquier otra garantía constitucional, y sólo puede pasársele a llevar cuando los derechos con los que entra en conflicto son calificados como más importantes para el caso concreto⁴⁵ producto de un ejercicio de ponderación.

En materia procesal, el legislador ha entendido que este derecho a la privacidad debe dejarse de lado en pos de la publicidad, en atención a que una vez que la persona ingresa al sistema de justicia ordinario, acepta que tanto la demanda, la contestación, como los medios de prueba utilizados y la sentencia sean expuestas al públicos para el fácil acceso a la ciudadanía. Así se desprende del artículo 8 de la Constitución, el que establece que “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*” estableciendo con esto que solo excepcionalmente no habrá de aplicarse la publicidad de los actos del Estado y del Poder Judicial, el que, en tanto poder del Estado, está sujeto a la misma norma, lo que se ha reconocido en diversos Discursos de Inauguración del Año Judicial.⁴⁶

La importancia de la publicidad se reafirmó también en la reforma procesal penal, al señalar que ella “[...] *tiene una peculiaridad de eficacia social inconmensurable. El compromiso social que hay detrás de las sentencias públicas es enorme, porque las víctimas, los ciudadanos y los delincuentes advierten cómo opera el sistema y saben la reacción jurídica*

⁴² Op. Cit. De Trazegnies Granda. p.62

⁴³ Op. Cit. Zlatanska. p.32

⁴⁴ Ferrajoli (1998) p. 601 y ss.

⁴⁵ Específicamente en los casos de familia, cuando se pase a llevar los derechos de privacidad de las partes, en especial el niño, niña o adolescente, lo que se pasará a analizar más adelante.

*del Estado frente a estos atentados.*⁴⁷ En el sistema penal podemos ver que la publicidad prevalece en tanto se ha entendido que los asuntos penales son un tema que nos importa y nos afecta a todos por igual. Por ello se ha dicho que “*La relevancia pública del proceso penal, por la trascendencia social de lo que se enjuicia hace prevalecer la libertad de información en toda su extensión, respecto a los hechos*”⁴⁸. Su interés público hace poco concebible no establecer la publicidad externa de las sentencias en esta materia en cuanto su conocimiento nos ayuda a legitimar el sistema en su generalidad.

Ahora, las únicas excepciones que existen en nuestro ordenamiento establecidas expresamente por el legislador se encuentran en el sistema de familia. Esto sólo demuestra una vez más que la publicidad es un principio tan fuerte que solo en condiciones especiales habrá de limitarse.

Lo que quiere el legislador, en general, es la publicidad de las sentencias como medio de control y de compromiso social, y que esto sea aplicable para cada órgano jurisdiccional. Por lo mismo es que nos ha llamado la atención el vacío legal imperante respecto de la publicidad/confidencialidad del arbitraje y en específico del laudo, que ha llevado a entenderlo como confidencial; pero a su vez es imposible negar que la falta de regulación respecto a la confidencialidad del laudo arbitral ha generado un espacio de inseguridad jurídica tanto en Chile como en países vecinos⁴⁹.

Y como el lector hábil habrá de preguntarse en este trabajo ¿Por qué defender la publicidad del laudo arbitral si una de las razones por las que aceptamos su confidencialidad es para evitar los problemas referidos anteriormente? Por mucho que el legislador entienda la publicidad como regla general, tal vez la razón de dejar el arbitraje en un vacío fue precisamente para proteger el interés de los privados que, debido a la naturaleza, en principio, contractualista de la formación del arbitraje, podría no requerir de esta publicidad en tanto no habría, *a priori*, necesidad de su publicación.

No obstante lo anterior, un sector de la doctrina plantea la **naturaleza jurisdiccional del laudo**, entendiéndolo como parte de la labor jurisdiccional. De entenderse de dicha forma el arbitraje, al ser establecido por la ley, se sometería a las mismas reglas de publicidad que rigen para todos los órganos jurisdiccionales. En relación con ello, no debe olvidarse que en nuestro país el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales designa a los árbitros como tribunales, razón por la que el arbitraje debería someterse a las normas establecidas para éstos. En atención a lo anterior, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje llevaría a concluir que la sentencia es pública, puesto que sabemos que una de las bases del ejercicio de la jurisdicción es la publicidad, la cual, se encuentra consagrada normativamente en el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales.

Además, es sabido que la norma citada también establece que las excepciones al principio de publicidad deben ser establecidas por la ley, pues es el legislador quien debe establecer qué procedimientos o actuaciones serán secretas para las partes o para los terceros⁵⁰. Así, el laudo arbitral, al ser un acto de la jurisdicción que se asimila a la sentencia⁵¹, debe ser público por

⁴⁷ Historia de la ley de la reforma procesal penal.

⁴⁸ Tamayo (2012) p. 248

⁴⁹ Op. Cit. Cepeda. p. 8

⁵⁰ Maturana (2015), p. 53.

⁵¹ Si aceptáramos que la naturaleza jurídica del laudo arbitral es contractual, entonces caeríamos en una paradoja, puesto que para poder ejecutar los laudos – vistos como contratos – el tribunal podría estimar que no

extensión de dicho principio. Esto generaría como consecuencia la **armonía del ordenamiento jurídico**.

Por otro lado, la confidencialidad como elemento natural del arbitraje generaría graves conflictos en el **desarrollo doctrinal**, dado que limitar el acceso a los laudos arbitrales restringe severamente la construcción de conocimiento jurídico en el derecho nacional. En este sentido, cabe destacar que las discusiones doctrinales en torno a las interpretaciones hechas por los tribunales muchas veces sirven de base para las sentencias definitivas; por lo tanto, tales tienen importancia directa dentro de la fundamentación del laudo y de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios.

Además de esto, otra ventaja sería un posible **control de probidad de la sentencia** en tanto ésta, al publicarse y ser expuesta al soberano, requiere de una argumentación lo suficientemente sólida para convencer a la ciudadanía y legitimarse. La Constitución Política de la República de Chile, como bien señalamos anteriormente, consagra en el artículo 8° los principios de publicidad y transparencia, los cuales son de particular relevancia en un Estado democrático de derecho, por lo que sus alcances han irradiado a todas las funciones públicas. Por otro lado, la doctrina ha entendido que la publicidad es un principio que complementa a la probidad, puesto que se configura un verdadero control ciudadano, haciendo improbable actuaciones arbitrarias de quienes cumplen funciones públicas. Así, el tribunal constitucional ha dicho que: *“De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos;”*⁵²

No puede negarse que la solución de los conflictos es una función pública, la cual, en el caso del arbitraje, ha sido delegada a los particulares. La opción de sustraer los conflictos de la justicia ordinaria no implica que la solución del conflicto sea una función privada. En ese sentido, el juez árbitro debiera cumplir con los principios de probidad y transparencia, lo que implica una garantía básica para los ciudadanos en una sociedad democrática.

Por lo mismo, entendemos que la publicidad admite límites, los que estarán constituidos por el respeto de los derechos de las personas y secretos comerciales legítimamente reconocidos. Es por esto que admitimos que la publicidad total sería, si no perjudicial para el arbitraje, sí una traición al propósito para el cual se le creó. Por ello, se entiende que los medios de pruebas y el proceso en sí mismo puedan llegar a ser confidenciales debido a los temas sensibles que podrían llegar a tratarse en tales. Sin embargo ¿cuál es la razón para mantener los laudos en secreto y confidenciales? Si limitamos la publicidad en el proceso y los medios de prueba, la confidencialidad en el laudo no implica nada más que una sobreprotección contraria a la armonía del ordenamiento jurídico, una desadaptación a la publicidad como

se ejecutará – tal como no se puede ejecutar un contrato – si las partes no han podido rendir prueba en función de sus puntos de vista dentro de un proceso jurisdiccional.

⁵² Lean Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas (2007)

regla general, y que, además, sólo admite limitaciones legales ¿Será precisa y necesaria la confidencialidad del laudo? Nosotros consideramos que no, por todos los argumentos expuestos hasta el momento.

V. Balances finales y propuesta

1. Balance del Análisis

La confidencialidad de los arbitrajes ha sido por largo tiempo considerada como un elemento determinante en su elección como un medio de resolución de conflictos por parte de los particulares.

Sin embargo, pese a la importancia que se le da, la doctrina ha tendido a discrepar respecto a si es un elemento propio del arbitraje, atendiendo a principios como el de la buena fe, o si ha de ser pactado por las partes; así como sus límites.

En el caso de la regulación comparada, la configuración de la confidencialidad no es uniforme, ya que, a partir de los ordenamientos analizados, se pueden distinguir sistemas en los que se concibe como un elemento esencial de la institución, como Francia, España, Costa Rica y Perú; aquellos en los que se entiende que debe ser pactado por las partes en forma expresa, como Noruega, Nueva Zelanda y Ecuador; otros en los que simplemente no hay legislación expresa al respecto, como Estados Unidos y Brasil; e, incluso, situaciones que reniegan completamente de la confidencialidad, consagrando la publicidad de los procesos, como Colombia.

Por otro lado, en el ordenamiento nacional, pese a entenderse generalmente como una realidad, la confidencialidad no ha sido expresamente reconocida en el mismo, tanto respecto al arbitraje doméstico como internacional.

En el caso del arbitraje doméstico, no hay ninguna norma legal que permita o limite la aplicación de la confidencialidad, por lo que la liberación de documentos de los procesos, particularmente los laudos, queda sujeta a la normativa de los distintos institutos de arbitraje, por un lado, y al cumplimiento del deber de archivar los expedientes que tienen los árbitros en general, según el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de Tribunales.

La falta de regulación en esta materia tiene consecuencias prácticas, especialmente si nos referimos a la confidencialidad de los laudos arbitrales. Esto, en primer lugar, ya que los laudos, especialmente en arbitrajes de derecho, tienen una función de crear Derecho, por cuanto lo interpretan y establecen pautas en su aplicación; y, en segundo lugar, porque no hay un control respecto a la fundamentación que puedan tener los mismos, al ser de posesión exclusiva de los litigantes y el juez árbitro.

Si observamos la legislación respecto al arbitraje comercial internacional en nuestro país, la Ley 19.971 tampoco reguló esta materia en forma expresa. Sin perjuicio de ello, producto de la importancia atribuida al principio de la autonomía de la voluntad (tanto en la ley chilena sobre la materia, como en la Ley Modelo de la UNCITRAL en la que se inspira), la confidencialidad es un elemento que se puede pactar por las partes, a no ser que esté establecida en el reglamento de una institución arbitral. En concordancia con esto último, la confidencialidad se ha consagrado como la regla general en la gran parte de los centros de arbitraje más importantes a nivel internacional.

No obstante, la confidencialidad dentro del arbitraje comercial internacional tampoco se ha considerado como un absoluto bajo ningún contexto, reconociéndose como limitaciones a la misma la legislación local, los perjuicios inmotivados y probados a una de las partes, y la divulgación por órdenes judiciales.

Si analizamos la naturaleza jurídica de los laudos arbitrales, debemos atender a dos teorías respecto a la naturaleza del arbitraje como tal: la teoría contractualista y la teoría jurisdiccional. Si atendemos a la teoría contractualista, se entiende que, en base a la autonomía de la voluntad y el origen contractual del arbitraje, habría un deber inherente de privacidad y confidencialidad de todo el proceso arbitral, abarcando incluso al laudo. Por el otro lado, si atendemos a la teoría jurisdiccional, los arbitrajes se entenderían como procedimientos que no son susceptibles de ser inherentemente confidenciales en consideración al principio de publicidad que rige a los órganos jurisdiccionales.

En el caso chileno, no podemos dejar de recordar que los árbitros se consideran como jueces por disposición expresa del Código Orgánico de Tribunales, y que, por ello, sus actuaciones deben ser públicas, salvo disposición legal en contrario.

La confidencialidad de los laudos arbitrales configura una garantía para las partes no solo en lo que respecta al riesgo de escalamiento de sus controversias y a la vulneración de su vida privada, sino que también respecto a la seguridad que puedan tener en cuanto a sus negocios, su imagen dentro del mercado.

Si bien la legislación chilena ha considerado la publicidad como una regla general en el ordenamiento procesal en tanto garantiza derechos como la igualdad de las partes y asegura que terceros interesados en el asunto puedan informarse correctamente o ver como una sentencia les podría afectar de manera individual o colectiva, aún así, admite pequeñas excepciones. Si analizamos el proceso penal, por un lado, se puede hablar de una amplia publicidad de los procesos en razón de su relevancia y los valores comprometidos a nivel social; mientras que en los procedimientos de familia se ha consagrado el secreto relativo respecto a situaciones estimadas como delicadas por el legislador. En el caso de un procedimiento arbitral, dada su naturaleza, no sería óptimo fijar la publicidad en una forma absoluta, atendiendo los riesgos de escalamiento y la vulneración de la vida privada de las partes involucradas.

2. Propuesta de Lege Ferenda

Nuestro sistema jurídico no posee ningún tipo de regulación y/o limitación a la aplicación de la confidencialidad de los laudos, lo que ha producido los problemas prácticos expuestos con anterioridad.

La utilización de las cláusulas de confidencialidad está completamente entregada a las partes, especialmente a los centros de arbitraje, quienes usualmente dentro de su reglamento interno delimitan dicho aspecto.

Sin embargo, el sistema jurídico como tal no ha tomado postura, ya sea en favor de la publicidad, o en favor de la confidencialidad, cuya aplicación sea general y supletoria. En consecuencia, desde la perspectiva del Debido Proceso, creemos que su actual aplicación

afecta severamente la seguridad jurídica de los justiciables, dado que ha sido ambigua y poco uniforme.

Esta necesidad de regulación también iría en el mismo sentido del derecho comparado, puesto que la confidencialidad sí se encuentra reconocida o limitada, cual sea el caso, en diversos ordenamientos jurídicos y a su vez existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Estimamos que la confidencialidad debe constituir un elemento accidental respecto a los laudos arbitrales, de modo tal que, salvo pacto expreso en contrario, el laudo debe ser público, sin perjuicio de la posibilidad de censurar información (como por ejemplo el nombre de las partes y otros datos que afecten sus secretos comerciales o su intimidad). Sin embargo, cabe distinguir la publicidad que proponemos para el laudo arbitral en relación a dicho carácter en el procedimiento arbitral. Nos parece importante destacar los argumentos emitidos por los jueces norteamericanos con relación al caso *Hassneh Insurance con Mew*, que establecen "*el laudo y los motivos expuestos en dicho laudo eran de naturaleza distinta de los demás elementos del proceso arbitral (por ejemplo, notas, y transcripciones de la prueba, declaraciones testimoniales, presentaciones y escritos)*"⁵³, En este sentido, la propuesta de *lege ferenda* que se presentará a continuación, sólo será aplicable al laudo arbitral.

En base a la revisión de derecho comparado, al analizar el caso de Ecuador, creemos que es cercano a la propuesta que queremos presentar, puesto que se establece la confidencialidad como un elemento accidental. De esta forma, la regla general es que el laudo arbitral tenga el carácter de público, a no ser que las partes expresamente establezcan lo contrario.

Así, una regulación en torno a la publicidad de los laudos debe estar establecida, como regla general dentro del Libro III del Título VIII del Código de Procedimiento Civil, replicado en todas aquellas leyes especiales que regulen el arbitraje, expresado en un artículo que debiera establecer que las resoluciones que pongan fin a un procedimiento arbitral tienen el carácter público, sin perjuicio de que las partes convengan su confidencialidad. En caso de que las partes no logren acuerdo respecto a la confidencialidad del laudo, podrá el juez árbitro ponderar los intereses que fueron puestos en su conocimiento y determinar el carácter de la resolución.

La finalidad de la facultad entregada al juez busca resolver ciertos conflictos que se pueden producir debido a la indecisión de las partes y el interés público involucrado en la resolución de estas controversias.

Es de público conocimiento que la confidencialidad es estimada como una cláusula de estilo dentro del compromiso o cláusula compromisoria. Sin embargo, esta confidencialidad no puede ser considerada total y de alcance absoluto, por lo que se vuelve necesario establecer límites a ella y que tales sean de carácter objetivo, irrenunciables y de orden público.

Por ello, la confidencialidad debería ceder ante el riesgo de un perjuicio inmotivado y probado a una de las partes⁵⁴: esto es, que el secreto produzca algún daño a los intervinientes en el juicio arbitral con consecuencias jurídicas y/o pecuniarias, cuya forma de reparar y evitar sea precisamente a través de la publicidad del laudo. Este límite tiene que darse tanto en la etapa de juzgamiento del arbitraje (discusión y prueba) como en la de ejecución del

⁵³ Endara (2009), p. 39.

⁵⁴ Óp. Cit. Picand.

laudo. Sin embargo, estimamos que no sólo debe establecerse para las partes en juicio, sino que también debe otorgarse a los terceros que puedan tener un interés jurídico o pecuniario con las consecuencias del arbitraje.

El otro límite que puede establecerse a la confidencialidad del arbitraje y que va en concordancia y en relación con el anterior es el requerimiento judicial a fin de proteger un derecho y ejecutar o nulificar un laudo⁵⁵.

En ese sentido, complementando la regulación de la publicidad del laudo, un precepto podría indicar que, cuando las partes convengan la confidencialidad de este, si por razones de orden público o cuando el juez árbitro lo estime necesario, podrá admitirse una versión pública del mismo.

VI. Conclusión

La confidencialidad en el arbitraje es un elemento que, si bien se presenta en una gran cantidad de procedimientos, no puede ser considerado pacíficamente como un elemento de su esencia o, por el otro lado, que deba ser pactado en forma clara por las partes en su momento. Esto se ha constatado tanto en la doctrina, así como en distintos ordenamientos extranjeros que han regulado la materia.

En el caso de nuestro país, sin embargo, no podemos referirnos a una consagración clara del principio de confidencialidad, sino que nos encontramos frente a disposiciones que simplemente dan luces respecto al mismo, específicamente en lo que respecta al archivado de procedimientos, en el arbitraje doméstico, y a la autonomía de la voluntad, en la regulación del arbitraje internacional.

En consideración a los argumentos señalados, estimamos que la legislación debe apuntar a la publicidad general de los laudos arbitrales, otorgando a las partes la posibilidad de fijar su confidencialidad. La confidencialidad que pacten las partes respecto a la resolución final del procedimiento no puede ser absoluta de ninguna manera, por lo cual se deben establecer límites claros a los pactos de confidencialidad, y que conlleven la publicidad de la misma.

Nuestro ordenamiento, en la actualidad, no puede desviar la mirada respecto a un elemento tan importante como lo es la confidencialidad en el arbitraje, por cuanto es un elemento que, si bien interesa a las partes intervinientes, también tiene implicancias que pueden ser ajenas a estas. Es por ello que se hace necesario ponderar los intereses en juego, con tal de poder satisfacer los intereses y necesidades involucradas, manteniendo el arbitraje como una alternativa atractiva y eficiente para la solución de conflictos.

⁵⁵ Ibid

Bibliografía citada

Ajibo, Kenneth (2015). "La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución". Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional. N°2 Vol 3. Universidad Nacional Autónoma de México.

Bösch, Richard. (2017). Conflict Escalation. Oxford Research Encyclopedia of International Studies, Oxford.

Caivano J., Roque (2010). "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo". Lima Arbitration. N°4. Lima.

Cepeda, Carla (2013). "El arbitraje y la importancia del principio de la confidencialidad". USFQ Law Review, vol. 1, N° 1. Quito.

Chávez Bardales, Enrique. (2009) "Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional", Revista Iberoamericana de Arbitraje. Disponible en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html>. [Fecha de consulta: 15 de julio de 2018]

Chung, Katie y Hwang, Michael (2009). "Defining the indefinable: Practical problems of confidentiality in arbitration". Journal of International Arbitration, vol. 26, N° 5, pp. 609 - 645.

Comrie-Thomson, Paul (2016). Necessary and Practical: A National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards. Victoria University of Wellington Legal Research Paper, Student/Alumni Paper No. 46/2016. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2817308>. [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2018]

Cornejo Aguilera, Pablo (2018) Confidencialidad y arbitraje ¿Cómo se protege en Chile?. Informativo Online CAM Santiago, boletín No. 7. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2018/JUN/docs/PabloCornejo.pdf>. [Fecha de consulta: 20 de julio de 2018]

Cremades, B. M. y Cortes, R. (2013). The principle of confidentiality in arbitration: necessary crisis. Journal of Arbitration Studies 23(2), pp. 25-38.

De Trazegnies Granda, Fernando (2007). La Publicidad en el Arbitraje. Ius et veritas N° 35 pp. 62-69 Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12284/12847>. [Fecha de consulta: 19 de julio de 2018]

Drahozal, Christopher (2015). Confidentiality in consumer and employment arbitration. 7 Yearbook on arbitration and mediation. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2716412>. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2018]

Endara, Francisco (2009). "La Confidencialidad en el arbitraje. El caso de Ecuador.". Revista Crea, Número 6 año 6, pp. 31-43.

Ferrajoli, Luigi (1998). Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta. 3ra edición.

Jimenez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie. (2005) "Notas sobre la Nueva Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional". Revista Fueyo Lanieri No. 4, Santiago de Chile.

Lagos Villarreal, Osvaldo (2018). "La Publicidad del Arbitraje", en: María Fernanda Vásquez (coord.), Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Santiago: Ediciones Thomson Reuters.

Lepin Molina, Cristian. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. Revista chilena de derecho privado, No. 23, Santiago, pp. 9-55.

Maturana, Cristián (2015). Tribunales, Árbitros y Auxiliares de la Administración de Justicia.

Merino Merchán, José (2008) "Confidencialidad y arbitraje". Revista del Club Español del Arbitraje No. 2, Madrid, pp. 75 - 95. Disponible en: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2018]

Momberg, R (2011). "La Transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del Derecho de Contratos Chileno". Estudios de Derecho Civil N°7, pp. 377-391.

Picand Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005.

Pizarro, Carlos (2016). "La unificación del Derecho de las Obligaciones. Contrastes de dos mundos". Disponible en http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/unificcacion_derecho_carlospizarro.pdf [Fecha de consulta: 10 mayo 2018]

Schiele, C (2008). "La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia". Ars Boni et Aequi, N° 4, pp. 181 - 200. Disponible en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf> [fecha de consulta: 19 de julio de 2018]

Schmitz, Amy (2006). "Untangling the privacy paradox in arbitration". Kansas Law Review, vol. 45, pp. 1211 - 1252.

SEPTIMA SUBCOMISIÓN. (2017) "Derecho de la Competencia y Derecho del Consumidor". Disponible en <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Preliminar-7Subcomision.pdf> [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2018]

SERNAC (2014). Guía del Mediador y Árbitro Financiero. Disponible en <https://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-del-Mediador-y-%C3%A1rbitro.pdf> [Fecha de consulta: 19 de julio de 2018]

Silva Romero, Eduardo (2012) "Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internaciona". Lima Arbitration N°5. Disponible en

http://www.limaarbitration.net/LAR5/Eduardo_Silva_Romero.pdf [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2018]

Smellie, Richard (2013). Is arbitration confidential?. Fenwick Elliott LLP. Disponible en <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/articles-papers/arbitration-confidential>. [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2018]

Tamayo Carmona, Juan A. (2013). El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, (15), pp. 234-251.

Ury, William, Brett M., Jeanne y Goldberg B., Stephen. (1988). “Getting Disputes Resolved”. Harvard: Jossey Bass Editorial.

Zlatanska, Elina (2015). “To publish, or not to publish arbitral awards: that is the question”. International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, vol. 81, N° 1.

Normas citadas

Código Civil

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Ley N° 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada. Diario Oficial, 28 de agosto de 1999.

Ley N° 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Diario Oficial, 29 de septiembre de 2004.

Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Diario Oficial, 5 de enero de 1991.

Ley 60/2003 (España), de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado 309, 26 de diciembre de 2003.

Decreto N° 76 - 714 (Francia), Code de Procédure Civile. 29 de julio de 1976.

Ley N° 8.937 (Costa Rica), de Arbitraje Comercial Internacional. 27 de abril de 2011.

Decreto legislativo 1.071 (Perú), que Norma el Arbitraje. Publicado en Diario Oficial El Peruano, 10 de julio del 2008.

Lov om Voldgift (Noruega). 14 de mayo de 2004.

Ley de Arbitraje y Mediación (Ecuador). Publicada en Registro Oficial 532, 25 de febrero de 2005.

Ley N° 1563 (Colombia), Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Publicada en Diario Oficial 48489, 12 de julio de 2012.

Historia de la ley del Código Procesal Penal.

Jurisprudencia citada

Lean Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas (2007): Tribunal Constitucional, 9 de agosto de 2007 (requerimiento de inaplicabilidad). Rol N° 364-06. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl> [Fecha de consulta: 18 de julio de 2018]