



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

**“EI ARBITRAJE FORZOSO A LA LUZ DEL DERECHO
FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA.”**

Integrantes:

Carolina Aguilera Neira.
Francisca Cárdenas Parada.
Ángela Fuentes Pedreros.
María Paz Henríquez Tello.
Gonzalo Muñoz Garrido.
María Paz Muñoz Quezada.
Fernanda Stuardo Romero.
Leonardo Torres Figueroa.
Lorena Troncoso Gallegos.

Director del Semillero:

Gonzalo Cortez Matcovich.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la relación entre la institución de arbitraje forzoso en Chile y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, especialmente, en su vertiente de acceso de a la justicia. Sostenemos que acceder a la jurisdicción constituye un presupuesto fundamental de todo Estado de Derecho, el que puede ejercerse a través de diversas herramientas procesales, incluyendo los métodos alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje, pero si este acceso está condicionado por la disponibilidad patrimonial de los peticionarios, especialmente cuando aquella vía procesal es la única existente, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y su presupuesto del derecho de acceso a la justicia podrían verse afectados.

Para obtener una respuesta completa al problema planteado, se realizó una investigación de tipo teórico dogmático de la institución, acompañado con un método referencial cualitativo, donde a partir de entrevistas a árbitros y actuarios se buscó recoger la opinión de estos actores sobre el problema planteado. La investigación concluye con algunas propuestas de modificación a regulación del arbitraje forzoso, por lo tanto, este trabajo tiene una clara vocación de *lege ferenda*.

Palabras claves: Arbitraje, Arbitraje forzoso, Derecho a acceso a la justicia, Tutela judicial efectiva, Autonomía de la voluntad.

Abstract

This article provides an analysis of the relationship between the institution of compulsory arbitration in Chile and the fundamental right of an effective judicial protection, especially in its aspect of access to justice. We maintain that access to jurisdiction constitutes a fundamental assumption of any Rule of Law, which can be exercised through various procedural tools, including alternative dispute resolution methods such as arbitration, but if this access is conditioned by the economic capacity of the petitioners, especially when that procedural way is the only one existing, the fundamental right to an effective judicial protection and his budget of the right of access to justice could be affected.

In order to obtain a complete answer to the problem, the research was based on a dogmatic theoretical study of the institution and also on a qualitative referential method, where from interviews with arbitrators and actuaries it was sought to obtain the opinion of these actors of the exposed problem. The investigation concludes with some proposals of modification to the regulation of compulsory arbitration, therefore, this work has a clear *lege ferenda* vocation.

Keywords: Arbitration, Compulsory arbitration, Access to justice, Effective judicial protection, Freedom of choice.

I. Derecho a la tutela judicial efectiva

A grandes rasgos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser entendido como aquel derecho de toda persona para que se le haga justicia en aquello que reclama. Esto es, que cualquier persona pueda hacer efectiva su pretensión a fin de obtener una respuesta jurisdiccional, que sea el producto de un proceso que contemple un mínimo de garantías. Tras ello, el objetivo que persigue el ordenamiento constitucional, es otorgar igual jerarquía y protección a los instrumentos que tienen por objeto garantizar derechos fundamentales.

Doctrinariamente han existido varios intentos por definir la tutela judicial efectiva, tanto en el derecho nacional, como en el extranjero.¹ Se ha señalado que la tutela judicial efectiva, consiste en un derecho prestacional, por el cual se puede reclamar del Estado una debida protección jurídica de los derechos que se ejercen ante la justicia.²

En definitiva, y siguiendo a García y Contreras, podemos entender que el derecho a la tutela judicial importa el reconocimiento de un derecho que demanda del Estado la “debida protección jurídica, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.”³

Diversas Constituciones europeas, como la española de 1978⁴, consagran expresamente este derecho. Nuestra Carta Fundamental, por el contrario, no consagra expresamente el derecho a la tutela judicial, sin embargo, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional ha ido consolidando una doctrina que entiende implícito el derecho fundamental a la tutela judicial en el artículo 19 n° 3 de la Constitución. El precepto contempla la opción de toda persona de acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos. El artículo 19 n° 3 inciso 1° señala que la Constitución Política garantiza a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. “La Constitución (...) reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando que todos los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado”⁵

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional señala que el “*artículo 19, número 3° inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y*

¹ Al respecto, en doctrina nacional: Diego Sironvalle, Humberto Nogueira, Leandro Despouy; en doctrina extranjera: Brijin y Kohen, Couture

² GARCÍA y CONTRERAS (2013) pp.244

³ GARCÍA y CONTRERAS (2013) pp.244

⁴ Art. 24.1. *Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (2009) rol N°1535

*la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva*⁶". Así, el primer elemento que podemos reconocer en la tutela judicial efectiva, es la posibilidad de acceder libremente y sin obstrucción, ante los tribunales de justicia para reclamar una pretensión. Es presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho, que las personas puedan acceder al "proceso como medio ordinario de resolución de conflictos jurídicos".⁷

Tal como señalábamos anteriormente, la tutela judicial está referida a los instrumentos que garantizarán el ejercicio de los derechos fundamentales, de forma que no es posible separarla de las garantías mínimas de todo proceso, esto es, el debido proceso. Por ello, resulta indispensable que el reconocimiento de la tutela judicial efectiva enmarque su ejercicio dentro de un proceso que sea legal, racional y justo.

Ahora bien, es preciso señalar los requisitos o elementos que conforman el camino para llegar hacia la tutela jurídica efectiva. Al respecto, algunos autores han establecido sus elementos mínimos. Así, siguiendo a Bordali⁸, los elementos del derecho a la tutela judicial son: el derecho de acceso a la justicia, el derecho al recurso, el derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. En cambio, para García y Contreras⁹, los elementos son: el derecho a la acción, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a obtener sentencias motivadas.

El Tribunal Constitucional también se ha referido en variadas oportunidades al reconocimiento y contenido de este derecho.¹⁰ Ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye: el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

Como podemos observar, estos tres diversos tratamientos concuerdan en el derecho de acceso a la justicia o acceso a la jurisdicción, como derecho procesal indispensable para la configuración de la tutela judicial efectiva.

De lo expresado, es posible considerar que el tratamiento actual de la tutela judicial efectiva es totalmente doctrinario y jurisprudencial, cuya labor interpretativa ha resultado eficaz ante la ausencia de normativa constitucional y legal que la establezca expresamente. Ante ello, nos parece relevante destacar que en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, se busca establecer las reformas que sean atingentes a la consecución de una tutela

⁶ Sentencia de Tribunal Constitucional (2008) rol N° 1130

⁷ GARCÍA y CONTRERAS (2013), pp.329

⁸ BORDALÍ (2011) pp.329

⁹ GARCÍA y CONTRERAS. (2013). Pp. 238

¹⁰ Sentencias de Tribunal Constitucional rol 389 (2003), 478 (2006), 529 (2006), 533 (2006), 568 (2006), 654 (2006), 661 (2006), 806 (2007), 815 (2007), 986 (2007) y 1535 (2009).

judicial más cercana al ciudadano, cuya manifestación se traduce en garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos. Pero además de todas estas buenas declaraciones de voluntad contenidas en el mensaje de proyecto, la tutela jurisdiccional encuentra materialización normativa en el artículo primero del nuevo Código Procesal Civil. Así, el primer aspecto que se ha querido regular en el Código y específicamente en materia de principios generales, es el derecho de toda persona a recabar de los tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a al debido proceso.¹¹

II. Derecho de acceso a la justicia o acceso a la jurisdicción

De los elementos que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la justicia es el que merece nuestro análisis en la presente investigación. El fundamento de aquello se entenderá con mayor amplitud en las páginas siguientes; sin embargo, nos parece relevante anunciar que en el caso del arbitraje forzoso u obligatorio, el ejercicio de este derecho constitucional podría verse vulnerado. El tratamiento específico de esta hipótesis se abordará más adelante.

Tan complejo como definir la tutela judicial efectiva, ha resultado para la doctrina determinar con certeza un concepto y elementos del acceso a la justicia o a la jurisdicción. Siguiendo la tendencia doctrinaria moderna, podemos distinguir dos formas de abordar el acceso a la justicia, esto es, en un sentido restringido y en un sentido amplio.

El acceso a la justicia en un sentido estricto o restringido se puede entender como aquel derecho humano que consiste en la “capacidad (posibilidad) para acudir a los tribunales y obtener una resolución justa sobre un conflicto o disputa”.¹² En un sentido amplio se puede considerar como un derecho humano de acceder a los tribunales de justicia, como a otros dispositivos que permitan a las partes resolver sus conflictos en forma directa y colaborativa, sea en mediación, negociación o conciliación. En ambos sentidos podemos advertir que lo esencial en el acceso a la justicia, es que se trata de un derecho humano, sea entendido en forma restrictiva o amplia. Sobre las observaciones específicas que puedan hacerse del sentido amplio de este derecho en relación con los mecanismos alternativos de resolución de controversias, volveremos más adelante.

Se puede considerar que el acceso a la jurisdicción contempla, a lo menos, los siguientes elementos, según lo ha establecido la Corte Suprema¹³:

- 1) Que cualquier persona puede poner en marcha la actividad jurisdiccional.

¹¹ Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil, en boletín 8197 – 07 actualmente “En tramitación”.

¹² Santos (2006), p. 417.

¹³ Véase Sentencia Corte Suprema rol 5195 – 2011 (3 septiembre de 2012)

2) Que el órgano jurisdiccional ha de dictar al final del proceso una resolución en la que se pronuncie sobre el fondo de asunto sometido a su conocimiento.

3) Que el órgano jurisdiccional ha de pronunciarse sobre todo lo que ha sido objeto de controversia entre las partes y ante él.

4) Que el pronunciamiento contenido en la resolución sobre el fondo de asunto llegue a ejecutarse, pues de otro modo la tutela no sería efectiva.

De estos elementos, podemos identificar al acceso a la justicia, como aquel derecho que implica que toda persona pueda recurrir a un órgano jurisdiccional para la solución de su controversia; pero que, además, va unida a una búsqueda de una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia a los conflictos de relevancia jurídica, siendo posible de esta forma garantizar los derechos humanos de todas las personas. Implica entonces, la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular.

III. Consagración normativa del derecho de acceso a la jurisdicción

El Derecho de acceso a la justicia no sólo es desarrollado en el derecho nacional, pues también se ha consagrado en numerosos instrumentos de derecho internacional. Se ha señalado que “un valor fundamental de dicha comunidad internacional es el de garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia de las personas¹⁴”, de no ser así, se cierra la única puerta de acceso, para el reclamo de otros derechos humanos y con ello podrían gestarse graves problemas sociales. Al respecto, la Organización de Naciones Unidas (ONU¹⁵), señala que el acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho, y esto se logra a través del derecho a la igualdad, sobre todo, para aquellos grupos de personas más vulnerables en un país. Por tanto, se deben adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promuevan el derecho de acceso a la justicia.

Importante es, por lo tanto, revisar la regulación del derecho de acceso a la justicia en los siguientes instrumentos internacionales:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos: en este instrumento se empieza a definir el contenido del derecho de acceso a la justicia, al señalar que *“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”*.

¹⁴ HIERRO (2002) pp. 11

¹⁵ Definición de la ONU sobre “Acceso a la justicia” accedido a través de <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: se entiende consagrado en el art. 14, al señalar *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos: se entiende consagrado en el art. 8 sobre las Garantías Judiciales y el art. 25 sobre Protección Judicial. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas sentencias, ha enfatizado la importancia del artículo 25, puntualizando que dicha disposición exige no sólo una adecuada regulación en la materia, sino que el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico¹⁶”. En palabras del juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Cançado, la obligación del artículo 25 “no se reduce a garantizar al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional de acceso a la justicia dotado de contenido jurídico propio que significa lato sensu, el derecho a obtener justicia¹⁷”.

d) Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad: este instrumento señala que “el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas Oficiales es uno de los factores clave para el aseguramiento y universalización del derecho de acceso a la justicia como verdadero derecho humano que debe ser garantizado a todas las personas” y agrega que “en el caso de personas y/o colectivos en condiciones de vulnerabilidad, el derecho de acceso a la justicia debe resguardarse y garantizarse en mayor medida por la especial situación en la que se encuentran.” “el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas Oficiales tiende a asegurar, garantizar y facilitar el acceso a la justicia de las personas y colectivos en condiciones de vulnerabilidad”.¹⁸

e) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

f) Observación General N°32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

g) Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁶ En este sentido, tratado desde el punto de vista del derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes

¹⁷ CANÇADO (2006). p. 755.

¹⁸ Guía Regional para la Defensa Pública y la protección integral de las personas privadas de libertad, elaborada por Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Accedido con fecha 10 de julio de 2017 a través de <<http://relapt.usta.edu.co/images/AIDDEF-guia-para-la-defensa-publica-y-la-proteccion-integral-de-los-privados-de-libertad.pdf>>

h) Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica.

i) Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia: Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas.

Las normativas citadas no son meras recomendaciones o consejos para los Estados miembros, sino que por el contrario, se reconoce en ellas una obligación para el Estado, que se traduce en un deber de actuar, de hacer. Le corresponde a los Estados miembros, incluido el nuestro, crear una institucionalidad que permita desarrollar y mantener mecanismos de protección de las garantías en el derecho interno.

Es importante destacar, que “este derecho implica abrir la “puerta” de los tribunales a todo tipo de derecho o interés que pueda requerir de tutela estatal”¹⁹. En nuestro ordenamiento, el acceso a los tribunales de justicia, por regla general, es gratuito, toda vez que no se requiere pagar algún tipo de arancel para poder requerir el amparo de algún derecho del cual se es titular, es decir, la administración de justicia es esencialmente gratuita. “En efecto, en nuestro país, los jueces son verdaderos funcionarios públicos, y como tales son remunerados con los fondos generales de la Nación; pero los litigantes, a su vez, deben soportar cargas tributarias moderadas, las cuales van a beneficiar a determinados funcionarios auxiliares de la administración de justicia por las actuaciones cumplidas en razón de su ministerio (ejemplo: derechos de los receptores, notarios, conservadores, archiveros, etc.) y honorarios de los abogados, todo ello sin perjuicio de lo que resuelva el tribunal en materia de costas. Por excepción, hay litigantes que están exentos de soportar estas cargas tributarias y son aquellos que gozan del privilegio de pobreza, el que puede revestir dos formas: legal (art 593 y 600 C.O.T.) y judicial (art. 591 C.O.T.), según sea su fuente u origen”²⁰

El principio de gratuidad en la administración de justicia ha sido expresamente reconocido en procedimientos nuevos, como el laboral (inc. I art. 425, y 431 C.T.).

Sin perjuicio de lo anterior, la tramitación de un juicio origina ciertos gastos por concepto de honorarios de abogados y procuradores, emolumentos de receptores, indemnización a los testigos, remuneraciones de depositarios, etc., gastos todos que se involucran en el concepto de costas, y no como presupuesto previo para el funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

En la misma línea, se debe tener en cuenta, que cosa distinta es que en ciertos casos la ley pueda exigir que se realicen trámites previos antes de recurrir a la jurisdicción, entre ellos, por ejemplo, el pago de una proporción de la multa aplicada por la Administración,

¹⁹ BORDALÍ (2011), pp. 11

²⁰ LÓPEZ (200) p. 63.

siempre que sea razonable, y no signifique un impedimento para acceder a la justicia. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha señalado en varias ocasiones²¹, que los casos en que la ley exige el pago de una proporción de la multa o sanción impuesta por la Administración²², no es inconstitucional. Lo será cuando tenga un: “carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo.”²³

El derecho a defensa gratuita, se garantiza en nuestro país, a través de asesorías jurídicas, por medio de las Corporaciones de Asistencia Judicial. En materias no penales estas Corporaciones constituyen el soporte principal del sistema de asistencia jurídica gratuita en Chile. Para las materias penales, esta justicia se materializa a través de la Defensoría Penal Pública.

La jurisprudencia ha señalado que “dentro de la garantía del debido proceso, el derecho a ser escuchado tiene un rol fundamental puesto que tiene una estrecha ligazón con la igualdad en el acceso a la justicia”²⁴. Además, se ha manifestado que la existencia de un número relevante de normativa procesal permite que el acceso a la justicia sea efectivo. Así, citamos fielmente que “la normativa procesal precisamente tiende a consagrar y hacer efectivo el concepto de debido proceso y proporciona todas las herramientas legales que permiten efectuar las alegaciones pertinentes durante la tramitación de una causa, para enderezarla, si es que se tuerce su correcta sustanciación”.²⁵

Ahora bien, en cuanto a la gratuidad para acceder a la jurisdicción, ésta ha sido reconocida por la Corte Suprema²⁶, en la cual señala que no pueden existir normas contrarias a la gratuidad de la justicia y al principio de igualdad ante la ley.

IV. Mecanismos alternativos de solución de controversias

Señalábamos con anterioridad, que el acceso a la justicia puede materializarse a través del acceso a los tribunales ordinarios de justicia y también a través de mecanismos

²¹ Sentencias del Tribunal Constitucional causa rol: N° 792 (2007), N° 946 (2007), N° 968 (2007), N° 1046 (2008), N°1061 (2008)

²² Institución entendida tradicionalmente como: “Solve et repete”

²³ BORDALÍ (2011) pp. 331

²⁴ Véase Sentencia de Corte Suprema rol 5851 – 2015(Nulidad)

²⁵ C.C.A.F. Los Andes contra Martínez Molina Marco (CS 2802 - 2012)

²⁶ Agrícola El Nogal Limitada con Jorge Meyer Buschmann (CS 6142 -2013). Véase Sentencia Corte Suprema rol 6142 - 2013. Se destaca lo dispuesto en el artículo 44 del Libro IV del Código de Comercio, ya que la concibe como una norma imperativa, que obliga al peticionario de la quiebra, esto es al acreedor, a acompañar un vale vista o boleta bancaria, a la orden del tribunal, por UF 100, al momento de formular la solicitud de quiebra.

alternativos de resolución de controversias.²⁷ Ejemplos claros de ello, son la mediación, la conciliación, negociación y arbitraje. Entre ellas, vemos como antecedente previo para su establecimiento y posterior tramitación, el principio de voluntariedad, esencia de todo mecanismo alternativo.

Son las partes las que voluntariamente deciden someter la resolución de un asunto controvertido a estas herramientas colaborativas, las que guiarán a una solución de igual forma que una obtenida mediante la justicia ordinaria, pero generando un ambiente quizá más pacífico y menos adversarial entre las partes.

A pesar de ello, algunos mecanismos también pudieren imponerse coactivamente a las partes, a través de la ley. Tal es el caso de la conciliación, establecida como trámite obligatorio y esencial en el juicio ordinario; o los casos de arbitraje forzoso u obligatorio, contemplados en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales y en leyes especiales. En el primero de ellos, la consecuencia de su omisión, puede derivar en el ejercicio del recurso de casación en la forma; y en el evento de celebrarse pero fracasar, el juicio seguirá adelante y será el juez quien resuelva.

En el caso del arbitraje forzoso, la designación de un árbitro por las partes o el tribunal, constituye un paso previo para su funcionamiento. Por tanto, si las partes omiten aquel trámite, simplemente no habrá labor jurisdiccional. Así, la única posibilidad de que la justicia resuelva esas controversias es acudiendo a la institución del arbitraje, y que pasamos a analizar a continuación.

V. Breve crónica sobre la formación del arbitraje en Chile

Si bien el arbitraje nace en Roma, ha sido una institución cambiante en el tiempo. Desde su mismo origen la fuente única y esencial del arbitraje radica en la voluntad de las partes. Luego de ello, el *Liber Iudiciorum* (654 d.C.) marca el inicio de la concepción judicialista del arbitraje, por la potestad de juzgar que se les reconoce a los árbitros. Aquello se mantuvo en el Fuego Juzgo, encontrando aplicación en Chile hasta el siglo XIX. Con posterioridad, a través del Fuero Real, se reconocerá expresamente a las partes la facultad de designar de común acuerdo a un tercero imparcial que resuelva el conflicto, incorporándose además una primera manifestación legal expresa de arbitrajes prohibidos. Tras ello, la Partida III del Código de las Siete Partidas de 1256 trata ampliamente el arbitraje, colocando un especial énfasis al origen esencialmente voluntario. No obstante, también se contempla una primera manifestación de arbitraje forzoso en materia mercantil, específicamente en lo que concierne a las cuentas entre socios de una compañía, la que junto a otros usos y manifestaciones dispersas, constituyen la semilla del arbitraje forzoso sobre asuntos mercantiles en el Derecho Castellano y, desde allí, en el Derecho chileno actual.

²⁷ En base a la distinción entre acceso a la justicia en sentido estricto o sentido amplio

Tras el descubrimiento de América, se promulga la Nueva y Novísima Recopilación. Ambas mantienen la consideración del árbitro como juez y lo tratan conjuntamente con los jueces ordinarios. Lo relevante es que incorporan, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, la posibilidad de apelar de la sentencia, provocando la intervención de un juez ordinario en el conocimiento de la cuestión de fondo, produciendo una desnaturalización de la institución.

Producto de la corriente codificadora del siglo XIX, se presenta al arbitraje como alternativa de solución de conflictos y con preeminencia incluso frente al sistema jurisdiccional estatal.

En Chile se reconoció el arbitraje en múltiples Constituciones:

Una de las más importantes es la primera Constitución de 1818	Instauraba los Tribunales de la Paz, que en concreto eran jueces de primera instancia que se encargaban de la labor de arbitrar en forma previa al juicio y además reforzaba el cumplimiento y ejecución de los fallos arbitrales imponiendo una multa a las partes, que debía pagarse para admitir la apelación.
Por otra parte encontramos la Constitución de 1823	Presenta una regulación del arbitraje de forma más completa, estableciendo que las partes pueden ser compelidas en un plazo perentorio para designar como juez conciliador a una o dos personas para que solucionen la contienda.
Luego tenemos la Constitución de 1833	Encomienda a una ley especial regular tanto la organización como las atribuciones de todos los tribunales y juzgados de la república, creándose entonces la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales de Chile el 15 de octubre de 1875 que regula el arbitraje en el título XI artículos 172 a 191. Esta ley es la antecesora del Código Orgánico de Tribunales que contiene la regulación actual en materia de arbitraje en el título IX, artículos 222 a 243.

A su vez, el Código Civil en 1855 ya contemplaba normas sobre arbitraje, particularmente sobre arbitraje forzoso, en materia de partición de bienes, asimismo el Código de Comercio en 1867 respecto a las menciones en el estatuto de una sociedad colectiva, específicamente en la liquidación y división del haber social (art 354 n°9) y en materia de conflictos entre socios (art 354 n°10). Igualmente se regula el arbitraje en el Código de Procedimiento Civil, desde su promulgación en 1902, en el Título IX Libro tercero “Del juicio arbitral” en los artículos 628 a 644²⁸. En este sentido debemos recordar que las Siete Partidas se aplicaron en Chile hasta la dictación del Código de Comercio de 1865, la ley procesal de 1875 y finalmente el Código Orgánico de Tribunales. Del mismo modo, en Francia, el arbitraje obligatorio ya se encontraba en normativas de los siglos XVI

²⁸ JEQUIER (2015) pp. 218-219.

y XVII y especialmente en las ordenanzas del ministro Colbert, las que fueron recogidas posteriormente por el Código de Comercio napoleónico de 1807, que influyó también en el Código de Comercio chileno de 1865.

La figura del arbitraje forzoso se aplicó fundamentalmente a asuntos comerciales y societarios, conflictos propios entre comerciantes y entre parientes en el caso de las sociedades personalistas, todos los cuales requerían de una solución rápida y especializada para restaurar o mantener la paz familiar. Los socios, en efecto, eran por lo general familiares entre sí –o estaban vinculados al menos por íntimas relaciones de confianza–, pues en aquel entonces sólo se conocían las “compañías”, nacidas durante la baja edad media en el seno de las grandes familias italianas de comerciantes.

Es posible evidenciar, que el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se funda desde su más remoto origen, en la libertad y en la autonomía de la voluntad. Así también, ha permanecido constante e inmutable este aspecto fundamental, propio de la esencia del arbitraje. Se hace indispensable, por lo mismo, una pronta revisión de la normativa vigente en Chile sobre arbitraje interno, especialmente en materia de arbitraje forzoso.

VI. Ámbito de regulación del arbitraje en Chile

Actualmente, dentro de los varios criterios que se usan para clasificar al arbitraje judicial, es posible encontrar una clasificación que atiende a las fuentes del arbitraje. Así, tenemos el arbitraje voluntario, arbitraje forzoso u obligatorio y el arbitraje prohibido.

1. Arbitraje voluntario

Excluyendo los asuntos de arbitraje forzoso u obligatorio y los de arbitraje prohibido, es la voluntad de las partes la fuente principal de jurisdicción de los árbitros. Para ello, las partes deben acordarlo, celebrando un convenio arbitral por medio del cual voluntariamente establecen que una determinada materia sea conocida por la justicia arbitral. Dentro de las características de este tipo de arbitraje, encontramos:

- a) No nace de la ley. Nace de la voluntad de las partes a través de un "convenio arbitral"
- b) En este tipo de arbitraje hay tres etapas para constituir el tribunal:
 - 1) La convención de arbitraje. En nuestro sistema el convenio arbitral puede provenir de dos actos: del contrato de compromiso o de la cláusula compromisoria.
 - 2) Nombramiento del o los árbitros
 - 3) Aceptación del o los árbitros.

2. Arbitraje prohibido

Se refiere a aquellas materias respecto de las cuales no es posible pactar arbitraje voluntario, ni tampoco la ley puede imponerla. Los encontramos en los artículos 229 y 230 del COT, que establece como materia de arbitraje prohibido:

- a) Las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre el derecho de pedir la separación de bienes entre el marido y mujer.
- b) Las causas criminales.
- c) Las causas de policía local.
- d) Las cuestiones que se susciten entre un representante legal y su representado.
- e) Aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial.

Todas estas materias se encuentran excluidas de todo tipo de arbitraje, sea forzoso o voluntario.

3. El arbitraje forzoso

En nuestro ordenamiento jurídico hay algunas materias que por mandato de la ley deben ser resueltas obligatoriamente por árbitros.

Tal situación es regulada por el art. 227 del COT: “Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

- 1) La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;
- 2) La partición de bienes;
- 3) Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;
- 4) Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;
- 5) Los demás asuntos que determinen las leyes.”

Por lo tanto, si ocurre algún conflicto de los señalados en este artículo, este debe ser resuelto por un tribunal arbitral, de la misma forma que cuando ocurran conflictos señalados en otras normas como materias de arbitraje forzoso, según la remisión del último numeral. Así entonces, encontramos normas especiales en los artículos 19 n°16 de la Constitución Política del Estado en relación con el artículo 386 del Código del Trabajo, artículos 441 y 1203 del Código de Comercio, artículo 26 de ley 18.690, artículo 40 ley 19.281, etc.

Además, se debe tener presente los dos últimos incisos del art. 227 del COT, esto es: “Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil. Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación

judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges.”

Por tanto, existe una situación en que las partes pueden evitar el arbitraje forzoso, y que se refiere exclusivamente a la liquidación de la sociedad conyugal o participación en los gananciales, ante el tribunal que esté conociendo de la separación judicial, nulidad de matrimonio o divorcio, y así lo acordaren ambas partes.

Por su parte, el art.228 del mismo cuerpo legal, nos señala: “Fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial.” Por tanto, evidentemente se trata de una materia taxativa en donde sólo los casos establecidos por la ley son asuntos de arbitraje forzoso.

4. Características del arbitraje forzoso

En cuanto a las características de este tipo de arbitraje, encontramos que:

- 1) Emanan de la ley: las partes sólo pueden designar al árbitro de común acuerdo y si no logran hacerlo, será la justicia ordinaria quien designe al árbitro. Esto requiere en primer momento la constitución del tribunal arbitral, seguido de la aceptación del o los árbitros.
- 2) Solo procede en los casos que la ley señala.
- 3) Las materias de arbitraje forzoso constituyen normas de competencia absoluta, son de orden público, apreciable de oficio por los tribunales e inderogable por las partes.

Sobre esto último, pudiere ocurrir que una parte no pueda pagar los costos del arbitraje y en tal caso no existe un tribunal competente para conocer del asunto. No pueden los jueces ordinarios, por carecer de competencia absoluta en razón del factor materia, y no puede el árbitro, puesto que para designarlo se presupone un requisito económico o patrimonial.

Sobre tal situación, nos sumamos a la crítica que hace el profesor Alejandro Romero Seguel, en que si el Estado “obliga a recurrir a una justicia pagada está renunciando a su condición de último mecanismo de solución de conflictos. Lo que se hace más sensible cuando los justiciables no puedan soportar los gastos de la justicia privada. Creemos que debería conservarse como principio de libre acceso a la justicia arbitral., pero en ningún caso imponer el arbitraje, ya que de ello pueden derivarse problemas de mayor ineficacia procesal que los considerados como causa remota para sustraerlos de la competencia de la jurisdicción ordinaria. No entendemos cómo se puede pretender asegurar la gratuidad de la justicia, obligando a los justiciables a recurrir a una justicia pagada. Ello sería como si para reconocer efectividad al derecho a la salud se obligue a los enfermos a recurrir a las clínicas privadas. Desde otro plano, el experimento del arbitraje forzoso convendría evaluarlo con prudencia, considerando, por ejemplo, que algunas de las pocas materias que

tradicionalmente han sido estimadas en nuestro medio como asuntos arbitraje forzoso. A la larga han generado un cúmulo de problemas sociales...”²⁹.

En doctrina, poco se ha abordado la realidad que enfrenta actualmente el arbitraje forzoso y cómo ello se condice con la garantía fundamental de acceso a la justicia por parte de los justiciables. En todo Estado de Derecho que se aprecie de ser tal, deben existir mecanismos accesibles a todas las personas, tanto para obtener defensa cuando se les vulneren garantías, como para perseguir una pretensión cuando le sea legítima.

Es necesario, por tanto, examinar cómo esta institución se condice actualmente con el derecho fundamental de acceso a la justicia o a la jurisdicción.

VII. Examen del arbitraje forzoso en relación con el derecho de acceso a la justicia

Por lo expuesto, hemos decidido analizar cinco aspectos, algunos de ellos tradicionalmente señalados como ventajas del arbitraje, que nos permitirán examinar la actual relación del arbitraje forzoso y el derecho fundamental de acceso a la justicia. Para ello, nos hemos valido de la experiencia de algunos abogados y académicos en la materia. En este sentido, trataremos las siguientes cuestiones:

- a) Autonomía de la voluntad en el arbitraje.
- b) Especialidad como ventaja del arbitraje forzoso.
- c) Confidencialidad en el origen y esencia del arbitraje forzoso.
- d) Celeridad como ventaja del arbitraje forzoso.
- e) Costo del arbitraje forzoso.

Cabe destacar que cada aspecto será estudiado desde la mirada del derecho fundamental de acceso a la justicia. Pasamos a tratar cada uno de ellos:

1. Autonomía de la voluntad en el arbitraje.

En virtud del inciso segundo del artículo 227³⁰ y el artículo 228³¹ del Código Orgánico de Tribunales, se desprende como principio general el carácter voluntario del arbitraje, amparado también por nuestra regulación constitucional que privilegia la iniciativa de los individuos como agentes económicos y la actuación de los cuerpos sociales intermedios por sobre la intervención del Estado. Para lograrlo, el ordenamiento jurídico les reconoce y garantiza a los individuos la titularidad sobre sus derechos subjetivos de

²⁹ ROMERO (1999) pp.405-430.

³⁰ “Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil.”

³¹ “Fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial.”

carácter privado, facultándolos en consecuencia para disponer de ellos en un contexto de libertad, respetando en todo caso las normas legales que regulan la actividad respectiva. En concordancia con lo anterior, son las partes quienes determinan las materias que serán sometidas a arbitraje y los límites de actuación del árbitro, salvo que la ley disponga otra cosa.

Dicho esto, el arbitraje forzoso al no ser voluntario constituye una contradicción en sí mismo, lo desnaturaliza, pues no debería hablarse de “arbitraje” si este no es consecuencia de la voluntad de las partes.

En efecto, el arbitraje forzoso es una decisión impuesta por el Estado. Así, al imponer el arbitraje se impide a las partes el acceso directo a la justicia ordinaria, derecho reconocido por nuestra Constitución, cuyo ejercicio se ve vulnerado por estas circunstancias. Aquello, porque si bien las partes pueden disponer de los trámites del procedimiento en el convenio arbitral, una vez adoptado el arbitraje forzoso, es el acceso al mismo el que resulta más sensible. Cuando las partes no pueden resolver voluntariamente la controversia, conforme al COT, la única posibilidad que tienen es remunerar a la justicia para que sea ella quien resuelva.

Por tanto, en este aspecto son dos los asuntos que resultan cuestionables: la pérdida de voluntariedad como esencia de todo mecanismo alternativo, incluido el arbitraje, y la falta de reconocimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia cuando las partes no resuelven su controversia voluntariamente. Incluso, en este último caso, pudiere estimarse afectada la igualdad ante la justicia, puesto que cualquier otra persona que no pudiere resolver voluntariamente su conflicto, puede acceder a los tribunales de justicia. Si bien éste resulta un tema interesante, su tratamiento excede el núcleo de esta investigación.

2. Especialidad como ventaja del arbitraje forzoso.

La supuesta gran ventaja y conveniencia del arbitraje, es la especialidad que detenta el juez árbitro que soluciona la controversia. Situación que también se proyectaría en los casos de arbitraje forzoso, ya que si bien el justiciable no tendrá acceso a la Justicia Ordinaria, esta opción garantizaría una experticia que no necesariamente se manifestaría en los Tribunales.

Por nuestra parte cuestionamos esta supuesta ventaja. Principalmente porque consideramos que tiene un carácter eventual, pues su concurrencia está supeditada a una asertiva designación, que puede ser hecha tanto por las partes como por el juez. Además, se entrega todo a un criterio subjetivo cual es la persona del árbitro.

Una mirada interna, proporcionada por las opiniones de distintos árbitros de nuestra localidad, respalda nuestra postura, indicando que si bien existe una nómina en las Cortes de Apelaciones de jueces árbitros (para el caso de que dicha designación corresponda al juez por falta de acuerdo de las partes), no existe mayor exigencia en cuanto a la acreditación de especialidad ni un control de ella, en el sentido de que basta simplemente afirmar una especialidad o incluso no mencionar ninguna. Ante esta postura también hay

quienes aseguran que la especialidad existe y que los jueces, al hacer los nombramientos, lo hacen considerando la experticia del árbitro, pero nuevamente surge la opinión anterior, de que al no haber comprobación de dicha especialidad, cualquiera podría figurar como experto en la nómina, agregando que, los abogados al ver en ella una oportunidad laboral, ingresan sin más. También hay quienes sostienen que en cuanto a conocimiento procesal nadie va a estar más capacitado que un magistrado, pero que esto se puede salvar eligiendo a un buen actuario.

En cuanto a conocimiento sustantivo, efectivamente el árbitro podrá ser realmente un experto, siempre y cuando se elija adecuadamente. Por otro lado, hay otras opiniones que indican que ciertas materias contenidas en el artículo 227 del COT no requieren conocimientos técnicos o especializados en dicha materia por encontrarse detalladamente reguladas por la ley, como ocurre con la liquidación de la sociedad conyugal, cuyas normas son muy claras en cuanto al rito, por lo que hay que actuar más como liquidador que como árbitro; versus otras materias que efectivamente requieren el conocimiento especializado, como en sede comercial. Siguiendo esta misma línea, algunos árbitros son de la opinión de que no hay inconveniente de que las materias de arbitraje forzoso sean conocidas por tribunales ordinarios pues están igualmente preparados para solucionar el conflicto.

La nómina a que se refieren los entrevistados se encuentra regulada por el Autoacordado de la Corte Suprema N° 128 del 17 de Agosto de 2015, que en su artículo 3 relativo a su inscripción, señala que sólo deben acompañarse certificados que acrediten especialización, en caso de existir. Percibimos que no existe control respecto de la especialidad, pero aún si existiere en la práctica algún tipo de comprobación seguiría sin asegurarse la experticia porque el nombramiento de algún árbitro que figure en la nómina es preferente pero no exclusivo (artículo 7 del Autoacordado).

Quizás la especialidad, más que por los conocimientos del árbitro, está dada por la dedicación exclusiva al proceso arbitral. El hecho de que esta dedicación no pueda darse en tribunales ordinarios, por el volumen de causas que conocen, es un defecto que no puede ser entregado a las partes para que busquen solución fuera de la justicia ordinaria, ya que, es un deber que pesa sobre el Estado.

3. Confidencialidad en el origen y esencia del arbitraje forzoso.

Otra de las ventajas que le suele atribuir la doctrina a la justicia arbitral es su carácter confidencial que la distingue de la justicia ordinaria, que está regida por el principio de la publicidad, como lo señala el art. 9 Código Orgánico de Tribunales, el que ha sido recogido en la mayoría de los procedimientos especiales, tales como aquellos de materia penal, en el procedimiento laboral e incluso en materias de familia. Aunque es necesario tener presente que la confidencialidad no se presenta en todos los arbitrajes, ya que como se ha dicho anteriormente, en sede arbitral todo depende de la voluntad de las partes, por lo que sólo tendrá esta característica si éstas así lo pactan.

Podemos entender que someter un conflicto a arbitraje sería una forma de liberarse de la publicidad de las resoluciones judiciales y proteger la privacidad en materias sensibles

cuya publicación podría resultar perjudicial para las partes. Esta práctica se da con frecuencia en conflictos mercantiles: muchas empresas optan por esta vía de resolución de conflictos, ya que en un juicio se puede revelar información importante de sus procesos productivos, que no quieren que sea pública a su competencia. Se ha justificado esta práctica señalando que son asuntos de carácter patrimonial, por lo tanto no hay un interés público comprometido.

Según pudimos constatar en nuestra investigación, cuando al preguntar si se respetaba la confidencialidad se señaló que nadie más que las partes tienen acceso a los expedientes, siendo solamente público la designación del juez árbitro, quedando en reserva las demás actuaciones del juicio arbitral. Sin embargo, aunque el proceso sea confidencial el laudo arbitral regularmente es publicado al ser incorporado al registro público del Conservador de Bienes Raíces, por lo tanto, esta característica no es absoluta. Debemos considerar, por ejemplo, que en un juicio arbitral de partición de una comunidad hereditaria la posesión efectiva, ya sea como trámite administrativo o judicial, es pública, así como también sus demás aspectos -como el inventario de bienes-. No se vislumbra una diferencia ventajosa en mantener esta parte en reserva.

En otras materias también encontramos inconsistencias, como una rendición de cuentas en que los expedientes son públicos, y podría darse dentro el mismo juicio de partición, que es privado. Otra hipótesis en la que deja de ser confidencial es cuando las partes interponen un recurso jurisdiccional que debe ser resuelto en la justicia ordinaria, pasando el asunto a ser conocido de manera pública. Se ha restringido, por ejemplo, en arbitraje con el Estado, ya que se debe cumplir con el principio constitucional de la transparencia.

Esto nos hace pensar que es al menos cuestionable que la confidencialidad sea realmente una ventaja, en perjuicio de la publicidad, debiendo ser ésta la regla general y el secreto la excepción. Creemos que no se justifica que sean materias reservadas, por cuanto ciertos asuntos cuyo conocimiento es público revisten una calidad realmente delicada, sensible o frágil, como podría ser una demanda de daño moral por lesiones no fatales o las circunstancias de un divorcio unilateral por infracción a los deberes matrimoniales, por decir algunos ejemplos.

4. Celeridad como ventaja del arbitraje forzoso.

Otras de las ventajas que entrega el arbitraje, como bien sabemos, es la celeridad, bien entendida como la prontitud, rapidez, velocidad, según la RAE. En el procedimiento arbitral resulta ser una ventaja que se materializa en la prontitud en la solución de un conflicto.

De las entrevistas efectuadas se señala que esta prontitud depende, entre otras cosas, de la presencia de las partes en el proceso mismo, tanto al momento de entregar las reglas procesales en el convenio arbitral, como su presencia en los actos mismos del procedimiento. Resulta importante también la dedicación del árbitro, como su conocimiento de la materia y de aspectos procesales.

Por ello, es posible estimar que la presencia de esta característica en la práctica, va a depender de la relación entre las partes, de la actitud procesal de ellas, y también del tipo de árbitro que sea elegido para dirigir el conflicto. En este sentido, la práctica muestra que un litigio puede ocupar fácilmente los dos años para su resolución, si las partes presentan una actitud poco dispuesta o si básicamente han establecido las mismas reglas procesales que la justicia ordinaria, pudiendo existir plazos o trámites que devienen en dilatorios o innecesarios. Sobre esto último por ejemplo, pudiere estimarse que el nombramiento de un ministro de fe que autorice las actuaciones es totalmente innecesario cuando el árbitro tramita con firma electrónica avanzada.

Pudiere ser que todo aquello se deba a la poca cultura de arbitraje, lo que genera una reproducción del entorno judicial ordinario, y aquello especialmente se puede reflejar en las reglas que las partes establecen en el Comparendo de Constitución de Arbitraje. Por otro lado, en el caso puntual de la Cámara de Comercio y los Centros de Arbitraje, se suele establecer por ellos mismos, plazos máximos de duración.

La casuística es el núcleo de esta característica y puede presentarse como ventaja o desventaja, dependiendo del caso y, sobre todo, de la disposición de las partes frente a la resolución. En algunos casos, la amplia experiencia del árbitro o sus conocimientos procesales, facilita el guiar a las partes, especialmente en aquellas materias más complejas, o inclusive, frente a la poca disposición (ánimo) que tengan para sobrellevar el conflicto, la cual no pocas veces puede que no sea la más apropiada. Según las entrevistas realizadas, se afirma que hay “casos y casos”. Por tanto, es una característica que va ir variando de acuerdo al conflicto que corresponde atender, de modo que no es posible darla por sentada en la práctica de todo arbitraje forzoso.

En definitiva, la celeridad depende de la materia, la capacidad y calidad del juez árbitro, y la estrategia desarrollada por las partes.

Ahora bien, como señalábamos, el acceso a la justicia en un sentido amplio no solo contempla el derecho de activar la labor jurisdiccional, sino también que exista una respuesta eficaz y oportuna a ese requerimiento. Ante ello, pudiere estimarse en relación con el derecho de acceso a la justicia, que a pesar de la lentitud procesal, constituye en todo caso una ventaja frente a la justicia ordinaria. Sin embargo, esta investigación no se centra en efectuar una comparación teórica ni empírica de aquél supuesto, sino que entregar algunas reflexiones en torno a las características del arbitraje presentadas como esenciales.

Así, la celeridad de la labor jurisdiccional no puede quedar determinada en primera instancia por la disponibilidad patrimonial de las partes que se ven obligadas a recurrir a este tipo de justicia. Si bien es posible pensar que la celeridad es una ventaja a todas luces, debemos ver el paso previo a esa celeridad, que es el costo de acceso a la misma. La justicia no puede ni debe quedar entregada a la premisa de: “si quieres un juicio rápido y eficaz, paga para activar el aparato jurisdiccional”.

Los costos son inherentes a todo proceso judicial, pero el patrimonio de las personas no puede determinar que la justicia comience a funcionar o no.

5. Cuantía del arbitraje forzoso.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagra como base de la función jurisdiccional el principio de la gratuidad. La Constitución Política del Estado lo reconoce en los arts. 19nº2 y nº3 los que aseguran a todas las personas la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, estableciendo que “*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*”.

Este principio comprende dos aspectos, el primero es que las partes no remuneran directamente a las personas que ejercen la actividad jurisdiccional, puesto que ellos revisten el carácter de funcionarios públicos; y el segundo, es que las partes deben contar con asesoría judicial dentro del proceso para que exista igualdad en la protección de los derechos. Además se materializa a través de una serie de medios legales como los abogados de turno, la asesoría jurídica de las corporaciones judiciales, el privilegio de pobreza, entre otros.³²

De esta manera, y como lo ha señalado el profesor Eduardo Jequier, el Estado al monopolizar el ejercicio de la función jurisdiccional adquiere la obligación indelegable de garantizar el acceso a los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales en procura de tutela de sus derechos e intereses legítimos, debiendo remover cualquier limitación que obstaculice el ejercicio de este derecho.³³

Al relacionar dicho principio con la institución del arbitraje forzoso, el panorama resulta especialmente sensible. Los árbitros, que desde luego, ejercen una actividad jurisdiccional, requieren de un esfuerzo económico de las partes para poder funcionar, más allá de los desembolsos económicos que eventualmente deban asumir las partes para cubrir los gastos de sus respectivas defensas (que en algunos casos asumen la Clínicas Jurídicas) son las mismas partes las que deben pagar para que funcione el arbitraje, es decir, deben pagar para constituir el tribunal. “Cuánto gana un árbitro” fue una de las materias que intentamos dilucidar a través de las entrevistas, pudiendo obtener una línea común en las diferentes respuestas; desde luego, en la mayoría de los casos según los propios árbitros entrevistados es “caro”, en algunos casos además de pagarle al árbitro hay que pagarle al actuario; existen casos en que se fija un porcentaje de la masa partible para el árbitro, por ejemplo, en la partición de bienes. Como situación excepcional, a modo de ejemplo, podemos mencionar las tarifas previamente establecidas y publicadas por la CAM de Santiago. Cualquiera sea el caso, en definitiva, siempre va a depender de lo que se acuerde, pues no existen mayores criterios para fijar precio del arbitraje y en sede arbitral todo es conversable.

Este costo económico en el arbitraje forzoso constituye una barrera inicial para acceder a la justicia, pues si bien podría darse el caso en que una sola parte cubra con todos los gastos en un comienzo (generalmente será la parte demandante quien tiene más interés

³² JIMÉNEZ-PINEDA et al. (2004) p. 24

³³ JEQUIER (2011) p. 489

en iniciar y terminar rápido el proceso) para constituir el tribunal y luego al final en el laudo arbitral se cuadren las cuentas, por lo menos una de las partes tiene que asumir los gastos para poner en marcha el proceso y, si no es así, simplemente no funciona el arbitraje. Vulnerándose así el derecho a la igual protección en los derechos que consagra nuestra Constitución y con ello el principio de la gratuidad como base de la función jurisdiccional en sus distintos aspectos.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciendo que si la posición económica impide buscar la protección de la ley, queda discriminada por su posición económica y colocada en una situación de desigualdad. Lo que se ha señalado por el profesor Eduardo Jequier.³⁴

El establecimiento del arbitraje forzoso y la adjudicación de sus costos se han fundamentado históricamente en la existencia de una masa partible de la cual se pueden obtener los recursos para financiarlo. Pero este argumento no considera todas las situaciones en que se debe, según la ley, someter un asunto a arbitraje forzoso, a modo de ejemplo podemos señalar que tratándose de la partición de bienes, hay situaciones en que la masa partible se constituye por un patrimonio pequeño y si los asignatarios o herederos no llegan a acuerdo, es muy difícil solucionar el conflicto, pues son escasos los árbitros que estarían dispuestos a conocer el asunto. De manera que existe una doble problematización vinculado al costo económico del arbitraje. Por un lado, el costo que deben asumir las partes para constituir el tribunal y, por otro, el análisis económico que debe hacer el árbitro frente a comunidades pequeñas, donde hay, por ejemplo, un solo bien, y teme, legítimamente, que eventualmente se demore el pago de sus honorarios, diciendo derechamente no aceptar la labor de arbitrar para evitarse problemas o bien prefiriendo una solución que suponga vender el bien a un tercero para asegurar su pago, en desmedro de otra solución, como sería que uno de los comuneros se adjudique la propiedad pagándole a los demás su parte. Siendo esto último, según algunos, un incentivo perverso para el árbitro que va a asumir un trabajo y legítimamente espera que le paguen. De esta forma se vulneran doblemente los derechos de los particulares frente al arbitraje forzoso.

Sin perjuicio del argumento histórico antes señalado, el carácter costoso del arbitraje se ha reconocido, por algunos, como un inconveniente desde su propia incorporación en la “Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales”, sin ir más lejos, en la comisión redactora de la misma, en la cámara de diputados, se expresó por el señor Huneus su “propósito de disminuir en lo posible el número de casos de arbitraje forzado, que son costosos para los interesados” y que “de muy buena gana habría suprimido la comisión de todo arbitraje forzado”³⁵.

Por otra parte, en la actualidad, en otras latitudes la tendencia es a suprimir los casos de arbitraje forzoso. Hay numerosas resoluciones de tribunales extranjeros y de la Corte Europea de Derechos Humanos, que han afirmado que obligar a un particular a resolver una controversia por medio de un tribunal arbitral, impuesto por la ley, vulnera las garantías

³⁴ IDEM NOTA 33 (PAG. 20).

³⁵ BALLESTEROS (1890), pp.87

fundamentales del debido proceso, en cuanto limita el acceso a la justicia. Así también, en España, país que históricamente ha sido uno de nuestros modelos a seguir en estas y otras materias, ya se ha eliminado el arbitraje forzoso, asumiendo de una vez por todas, que tal institución atenta contra el derecho de tutela judicial efectiva, y en concreto, con el derecho de acceso a la justicia.

VIII. Intentos de reforma

En nuestra historia legislativa se han efectuado múltiples propuestas en materia de arbitraje forzoso, al respecto, debemos mencionar que legislativamente existió un intento de reforma en la materia. El Proyecto de Ley Boletín N° 857-07, presentado por mensaje presidencial en el año 1992 y archivado finalmente en 2002 propuso ampliar las materias de arbitraje forzoso. Este proyecto aspiraba a conjugar armónicamente los principios de gratuidad y oportunidad de la justicia para efectos de ampliar las materias de arbitraje forzoso u obligatorio, entre otras cosas. Señala el proyecto, que esa amplitud de materias se efectúa tomando en consideración la cuantía de los asuntos y se propuso un numeral en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, que se refería a aquellos asuntos susceptibles de determinación pecuniaria y que excedan de 1.000 unidades tributarias mensuales, que versen sobre los derechos y obligaciones, cumplimiento e incumplimiento, validez o nulidad e interpretación de determinados actos y contratos que se indican.

Además, se han propuesto modificaciones para el acceso gratuito en materias de arbitraje forzoso, específicamente en el caso de la partición de bienes. Al respecto, el Proyecto de Ley Boletín n°6275-07 señala que no existe actualmente un remedio procesal para las personas de escasos recursos económicos para pagar los honorarios del árbitro, toda vez que las Corporaciones de Asistencia Judicial no se encuentran habilitadas para llevar arbitrajes.

Por ello, se propuso ampliar el ámbito de cobertura del privilegio de pobreza para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las personas de escasos recursos, para los casos de arbitraje forzoso, o en su defecto, permitir que algunas entidades que se dedican a la defensa jurídica gratuita estén facultadas para asumir los arbitrajes a requerimiento judicial. Este proyecto no ha prosperado, puesto que desde su moción del año 2008, aún continúa en primer trámite constitucional. Sin embargo, lo relevante es que al respecto, el máximo tribunal, a pesar de informar favorablemente la idea de legislar sobre esta materia, señaló que quien requiere partir bienes necesariamente tiene patrimonio y no necesitaría utilizar estos beneficios. Desde ya, esto nos parece una generalización llevada al extremo y que no considera todas las realidades de nuestro país.

Por otra parte, fruto del trabajo de una comisión integrada por diferentes expertos que sesionó desde abril hasta agosto del año 2013, existe un anteproyecto de la ley sobre arbitraje interno, el cual se creó bajo el alero de los principios que motivaron la Reforma Procesal Civil y si bien aún no es ley de la Republica, está en tramitación en el Congreso Nacional y cuenta con un alto apoyo desde la academia. Dentro de los objetivos de este proyecto encontramos precisamente la consagración del principio de autonomía de la

voluntad y, vinculado a ello, la eliminación de los casos de arbitraje forzoso regulados en el Código Orgánico de Tribunales. Sin perjuicio de que la propuesta no comprenda las hipótesis de obligatoriedad contenidas en leyes especiales, lo que hace el proyecto, al proponer la eliminación de los casos del art. 227 del Código Orgánico de Tribunales, es reafirmar, una vez más, que el arbitraje como institución se basa en el principio de la autonomía de la voluntad y cualquier norma que suponga su obligatoriedad atenta contra la esencia del mismo. Además, este proyecto reconoce que “forzar a los ciudadanos a someter la solución de sus conflictos a la decisión de un tribunal arbitral importa una barrera de acceso a la justicia para todos aquellos que no cuentan con los medios económicos para su financiamiento”³⁶

IX. Nuestra propuesta

El objetivo del presente trabajo ha sido principalmente reflexionar sobre la relación actual entre el arbitraje forzoso y el derecho fundamental de acceso a la justicia, así entonces, señalaremos brevemente nuestra propuesta, que podría hacerse cargo de las materias comprendidas en el artículo 227 del COT, la que en ningún caso pretende aspirar a ser la mejor ni única solución para la situación evidenciada, pero que desde nuestro punto de vista podría ser efectiva.

La propuesta principal de nuestro trabajo consiste en suprimir todo tipo de arbitraje forzoso que exista en nuestro ordenamiento jurídico y reemplazarlo por el arbitraje voluntario, pero en relación a la cuantía del asunto, de tal forma que se respete el elemento esencial de esta institución, que es la voluntariedad y se asegure a todas las personas el derecho de acceso a la justicia contemplado implícitamente en el artículo 19 n°3 de la Constitución Política del Estado. Así, estas materias serían conocidas por la justicia ordinaria, idealmente por tribunales especializados -en los asuntos que efectivamente lo requieran-. Sin desconocer que su creación e implementación sería una medida a largo plazo, por el altísimo costo que significaría para el Estado, proponemos que en los actuales tribunales civiles se implemente, mientras se logra un tribunal especializado, un tipo de capacitación a sus funcionarios en dichas materias.

Considerando, además, que el arbitraje es un mecanismo que permite la descongestión de los tribunales, planteamos el establecimiento de cuantías para determinar la procedencia del arbitraje obligatorio, es decir, que hasta determinado monto las partes tengan la opción de someter el conflicto al conocimiento de un tribunal ordinario (o eventualmente especial) o al conocimiento de un tribunal arbitral y que a partir de ese monto, el asunto deba conocerse por un tribunal arbitral, manteniendo el arbitraje forzoso en esos casos.

³⁶ Vásquez Palma, María (2008). Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional. Publishing Chile. Thomson Reuters, pp. 169- 174

Por último, no creemos que el Estado deba asumir los costos del arbitraje forzoso porque, si de una inversión se tratare, esta debería ser para implementar los tribunales especializados, o en su defecto, capacitar a los que ya existen.

Conclusiones

En la investigación realizada, podemos señalar que la tutela judicial efectiva consiste en derecho de toda persona para que se le haga justicia en aquello que reclama. Uno de los elementos de este derecho es el acceso a la justicia, que consiste en el derecho de toda persona a presentarle sus pretensiones a un Tribunal de Justicia sin mayores limitaciones y recibir una respuesta eficaz y oportuna por parte de éste.

Hemos estudiando que desde sus orígenes el arbitraje nace desde la voluntariedad de las partes por la necesidad de llegar a una solución de calidad que satisfaga el interés de todas, evitando deteriorar las relaciones entre ellas, lo que podría darse al recurrir a los tribunales ordinarios de justicia.

Ante ello, durante el transcurso de los años, aquella esencia no se ha modificado. Sin embargo, ha ido desnaturalizándose al establecerse como obligatorio.

Es posible, al menos cuestionar, supuestas ventajas del arbitraje forzoso. Así, en cuanto a la especialidad se ha señalado que se cumple en parte por la mayor dedicación de tiempo que puede otorgarle el árbitro a la causa, por el volumen mínimo de ellas que conoce a la vez, bastando eso para un conocimiento cabal del asunto sin necesidad de tener estudios especializados en la materia. Sin embargo, parece cuestionable la forma de selección de los especialistas, de modo que aquello incide directamente en la forma de resolución de conflictos. En cuanto a la confidencialidad, nos parece que tiene una fundamentación histórica que no cumple con los estándares procedimentales de la actualidad, ya que se contrapone al principio de publicidad en materias que no justifican su carácter de secreto o reservado. Además, existen materias igualmente sensibles conocidas por justicia ordinaria.

Por otro lado, en cuanto a la celeridad, estimamos que, a pesar de la clara ventaja de la justicia arbitral, esa rapidez y eficacia no puede quedar entregada obligatoriamente a la disposición patrimonial de las partes, sino solo en la medida que esa elección sea en total respeto de la autonomía de la voluntad. En cuanto al costo estimamos que derechamente vulnera el acceso a la justicia, por cuanto lo condiciona a la situación socioeconómica de las partes que podrían no tener disponibilidad actualmente para costear el inicio de un procedimiento arbitral, como son los honorarios del árbitro, o bien podría tratarse de causas de poca cuantía que supusieren un perjuicio económico mayor al que resultaría si fuese conocido por la justicia ordinaria.

Finalmente podemos señalar que, independiente de la alternativa que sigamos, se requiere una solución que garantice los derechos expresados precedentemente, fomentando las soluciones pacíficas y de calidad que puede otorgar un especialista con estudios en la materia, sin ventilar asuntos propios de la intimidad de las personas, evitando escándalos y/o divulgación de información privada, que no implique barreras más allá que las meramente formales para entablar una pretensión legítima ante la justicia ordinaria, de manera gratuita y eficaz.

No queda más que esperar, que estas reflexiones puedan servir de motivación u orientación para las futuras reformas en la materia.

Agradecimientos

Como equipo de investigación, queremos agradecer la disponibilidad de los árbitros y actuarios que han colaborado en esta investigación, motivados por un interés puramente académico. Sus respuestas, ideas y reflexiones efectuadas en las entrevistas realizadas, proporcionan un importante contenido en este trabajo, que no podemos finalizar sin al menos mencionarlos. Previo acuerdo con los entrevistados, mantendremos la privacidad de las entrevistas.

Agradecemos por su colaboración a:

Eduardo Jequier Labbé. Universidad de los Andes.
José Luis Diez. Universidad de Concepción.
Manuel Barría Paredes. Universidad de Concepción.
Mauricio Ortíz Solorza. Universidad Católica de la Santísima Concepción.
Maximiliano Escobar Saavedra. Universidad de Concepción.
Rodrigo Bordachar Urrutia. Pontificia Universidad Católica de Chile.
Samy Hawa Arellano. Notaría García Carrasco.
Gonzalo Cortez Matcovich. Universidad de Concepción.

Bibliografía citada

Ballesteros Ríos, Manuel (1890). La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile. Santiago, Imprenta Nacional. II N° 1660.

Bordalí Salamanca, Andrés (2011). “Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial”. Revista Chilena de Derecho. Vol 38 N°2

Cançado Trindade, Antônio (2007). Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia: votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006, Porrúa.

García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez Pablo (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. Revista de Estudios Constitucionales. Núm. 2-2013.

Hierro, Liborio L (2002). El concepto de justicia y teoría de los derechos”, en Díaz, Elías y Colomer, José Luis, Estados, justicia y derechos, Madrid, Alianza.

Jequier Lehuédé Eduardo (2011). El arbitraje forzoso en Chile 1 (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno), Estudios Constitucionales, Vol 9 n°2 Santiago, 2011.

Jequier Lehuédé, Eduardo (2015). Antecedentes históricos jurídicos del arbitraje interno en Chile, planteamientos para una revisión estructural impostergable. Ius et Praxis, Vol. 21 N°2, Talca, 2015.

Jimenez Barahona, Tomas - Pineda Tabach Magdalena, -Salmona Maureira Francisco (2004). Derecho procesal orgánico, tomo II, parte especial, los órganos jurisdiccionales, los árbitros, los auxiliares de la administración de justicia y los abogados.

López Gandía Juan. (2011). Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, Alejandro (1999). Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista Chilena de Derecho, Vol 26 N°2.

Santos Pastor (2006). Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial, Valencia, Tirant LoBlanch.

Jurisprudencia citada

Bahamondes Moreno con Ramírez Araya, Pinto Gimpely y Beriestain Hernández (2011): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2011 (casación en el fondo), rol 5195

Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Andes con Martínez Molina (2012): Corte Suprema, 22 de mayo de 2012, rol 2802

Agrícola el Nogal limitada con Jorge Meyer Buschmann y Mario Meyer Buschmann. (2013): Corte Suprema. rol 6142

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez (2009): Tribunal Constitucional rol n°1535 (2009)

Requerimiento de inaplicabilidad por Carolina GajardoSalazar (2008): Tribunal Constitucional rol n° 1130 (2008)

Control de constitucionalidad (2003) Tribunal Constitucional rol n° 389 (2003)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (2006):Tribunal Constitucional rol n° 478 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad por Juan PabloLongueira Montes (2006):Tribunal Constitucional rol n° 529 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Nelson ÁvilaContreras (2006): Tribunal Constitucional rol n° 533 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por Rodrigo Gonzalez Torres (2006): Tribunal Constitucional rol n° 568 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por Patriccio Jamarne Banduc (2006): Tribunal Constitucional rol n° 654 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad por Laura Filomea Soto González (2006):Tribunal Constitucional rol n° 661 (2006)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por Inmobiliaria PY S.A. (2007): Tribunal Constitucional rol n° 806 (2007)

Requerimiento de inaplicabilidad por Patricio Rodrigo Meneses Farías (2007): Tribunal Constitucional rol n° 815 (2007)

Requerimiento de inaplicabilidad por Aarón David Vásquez Muñoz (2007): Tribunal Constitucional rol n° 986 (2007)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por María Rocío Zamorano Pérez (2009): Tribunal Constitucional rol n° 1535 (2009)

Requerimiento de inaplicabilidad por Hernán Pfeifer Frenz (2007):Tribunal Constitucional rol n° 792 (2007)

Requerimiento de inaplicabilidad por FM Seguridad S.A.(2007): Tribunal Constitucional rol n° 946 (2007)

Concepción, 31 de julio de 2018

Certificación de datos personales

Se certifica que los siguientes alumnos de pregrado, participantes del Tercer Concurso Semillero de Derecho Procesal 2018, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, son alumnos de la carrera de Derecho de la Universidad de Concepción, en el presente año:

María Paz Muñoz Quezada, RUT 18.962.351 – 8, Bureo #2397 Andalue, teléfono 957657433, San Pedro de la Paz, mariapa@udec.cl, noveno semestre de pregrado

Francisca Andrea Cárdenas Parada, RUT 19.087.234 – 3, Los Claveles 311 casa 16 Huertos Familiares, San Pedro de la Paz, francardenas@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

Carolina Alejandra Aguilera Neira, RUT 19.251.368 – 5, Sargento Aldea 295 Rafael, Tome, caraguilera@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

María Paz Henríquez Tello, RUT 18.986.159 – 1, Avenida Juan Bosco 1863, dpto. 303, Concepción, marihenriquezt@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

Lorena Alejandra Troncoso Gallegos, RUT 17.847843 – 5, Edmundo Larenas 218 Barrio Universitario, Concepción, loretroncoso@udec.cl, noveno semestre de pregrado

Fernanda Isabel Stuardo Romero, RUT 18.811.182 – 3, Enrique Molina 72, Barrio Universitario, Concepción, fstuardo@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

Ángela Lorena Fuentes Pedreros, RUT 18.569.580 – 8, Angol 47 dpto 1011, Concepción, afuentespedreros@gmail.com, noveno semestre de pregrado

Gonzalo Israel Muñoz Garrido, RUT 18.303.235 – 6, Pasaje Habacuc 37 Villa Camilo Escalona, Lota, gonzamunoz@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

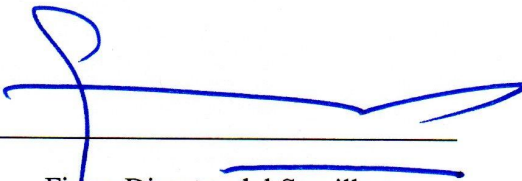
Leonardo Javier Torres Figueroa, RUT 19.089.432 – 0, Las rosas 1754 casa 3, Huertos Familiares, San Pedro de la Paz, letorres@udec.cl, noveno semestre de pregrado.

Autoridades

Rector Universidad de Concepción: Carlos Saavedra Rubilar, rector@udec.cl

Decano Facultad de Derecho: Teodoro Rodolfo Walter Díaz, twalter@udec.cl

Director del Semillero: Gonzalo Cortez Matcovich, gcortez@udec.cl



Firma Director del Semillero

Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Víctor Lamas #1290 Casilla 160C, Fono
412204000, Concepción