

cocaína la sustancia blanca comprada mediante la compra simulada, y la contentiva en siete bolsitas plásticas, encontradas en el lugar de los hechos (f. 28).

OMAIRA MCKAY en su declaración indagatoria legible de fojas 35 a 40 del expediente, negó toda vinculación con el delito investigado y afirmó que parte del dinero (\$4.00) que estaba en su poder al momento de allanarse su residencia se lo había dado su esposo "para comprar la comida del día".

El imputado, Luis Alberto Cortés Barsallo, se refirió a los hechos investigados mediante declaración indagatoria, afirmando que es consumidor de drogas y el propietario de la droga incautada en el cuarto 3 de la casa 8T-14. Agregó que vende drogas; que él le entregó a su esposa, OMAIRA DÍAZ MCKAY parte del dinero con que le pagaron por la venta de cinco carrizos plásticos contentivos de cocaína y que ella desconocía que él se dedicaba al tráfico de esta sustancia ilícita (fs.41-48, 54-57, 60-63).

Por su parte, Delmira Díaz Mckay, expuso lo ocurrido en la diligencia de allanamiento practicada, el día 2 de octubre de 2001, afirmando que cuando la policía requisó a su hermana, OMAIRA DÍAZ MCKAY, sólo le encontraron el dinero, que minutos antes le había dado Luis Alberto Cortés Barsallo, para comprar la comida (fs. 108-113).

### III. CONSIDERACIONES DEL PLENO

Lo probado en autos revela que Luis Alberto Cortés Barsallo, esposo de OMAIRA DÍAZ MCKAY, es el propietario de la droga incautada en la diligencia de allanamiento practicada en el cuarto N° 3 de la Casa 8T-14, ubicada frente a Repuestos Continentales, entre calle 14 y 15 del Corregimiento de Santa Ana y, el vendedor de la sustancia ilícita comprada por el informante-comprador de la policía momentos antes del allanamiento. Por lo expuesto, el apoderado judicial de la parte actora objeta la detención preventiva decretada contra OMAIRA DÍAZ MCKAY, no sin antes advertir a esta Corporación de Justicia, que los informes policiales señalan a Cortés Barsallo; más no a la prenombrada como vendedora de sustancias ilícitas y, que el dinero proveniente de la venta de cocaína que estaba en su poder, se lo entregó su esposo para comprar comida.

Estudiado el sumario, advierte el PLENO, que en el caso que nos ocupa se investiga la comisión de un delito contra la Salud Pública, tipificado en el artículo 258 del Código Penal y sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión. La existencia del delito se ha comprobado y a juicio de esta Superioridad, los indicios de responsabilidad contra la detenida OMAIRA DÍAZ MCKAY no tienen la gravedad que exige el ARTÍCULO 2126 del Código Judicial para mantener su detención preventiva. Lo anterior es así, porque a ella no se le encontró sustancia ilícita al momento de practicarse la diligencia de allanamiento, así como tampoco se le señala en los informes policiales como vendedora de drogas. Por otro lado, a pesar que de que tenía en su poder cuatro de los billetes utilizados en la compra simulada de cocaína, no hay indicios graves que corroboren su participación en el delito investigado, pues hasta el momento su esposo Luis Cortés Barsallo ha afirmado que el dinero proveniente de dicha venta, él se lo entregó a DÍAZ MCKAY para comprar comida; acaecimiento que también sostiene la hermana de la imputada.

En consecuencia, debe declararse ilegal la detención de OMAIRA DÍAZ MCKAY, con fundamento en el artículo 2126 y el numeral 3 del artículo 2152, ambos del Código Judicial.

Por consiguiente, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA ILEGAL la detención preventiva decretada contra OMAIRA DÍAZ MCKAY, y ORDENA que sea puesta en inmediata libertad, siempre y cuando no tenga otra causa pendiente por la cual deba permanecer detenida.

Notifiquese y Cúmplase

(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA

(fdo.) ARTURO HOYOS

(fdo.) CÉSAR PEREIRA BURGOS

(fdo.) ELIGIO A. SALAS

(fdo.) JOSÉ A. TROYANO

(fdo.) ADÁN ARNULFO ARJONA L

(fdo.) GABRIEL ELÍAS FERNÁNDEZ

(fdo.) ROGELIO FÁBREGA Z.

(fdo.) JOSÉ M. FAÚNDES R.

(fdo.) CARLOS H. CUESTAS

Secretario General

=====

### RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

PRUEBA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR LA FIRMA FORENSE ARIAS, FÁBREGA &

FÁBREGA, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE PYCSA PANAMÁ, S. A. CONTRA EL ARTÍCULO 17 DEL DECRETO LEY N° 5 DE 8 DE JULIO DE 1999. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

VISTOS:

Pendiente de decisión se encuentra la demanda de inconstitucionalidad presentada por la firma forense ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, en nombre y representación de PYCSA PANAMÁ, S. A., con el objeto de que se declare que es inconstitucional el artículo 17 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

I. NORMA JURÍDICA IMPUGNADA.

La norma acusada de inconstitucionalidad la constituye el artículo 17 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999, que es del tenor siguiente:

"ARTÍCULO 17: El tribunal arbitral deberá decidir, de oficio o a petición de parte, acerca de su propia competencia y del ámbito a que ésta se extienda, incluso pronunciándose sobre la invalidez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral.

La excepción de incompetencia deberá ser promovida a mas tardar en el escrito de contestación a la demanda, en su caso.

El tribunal arbitral decidirá las cuestiones sobre su competencia, en una decisión de carácter previo, que se hará en el plazo máximo de un mes a partir de su constitución, sin perjuicio de su reproducción en el laudo. La decisión sobre la competencia podrá ser impugnada por las partes, con motivo del recurso de anulación, o en el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, según proceda."

LA NORMA CONSTITUCIONAL QUE SE CONSIDERA VIOLADA Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

La norma constitucional que el recurrente considera infringida es el artículo 32 de la Constitución Nacional, cuyo texto se transcribe seguidamente:

"Artículo 32. Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria."

La actora manifiesta que la norma por ella impugnada infringe el contenido del artículo 32 Constitucional de forma directa, por omisión, ya que el artículo 17 del Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999, desconoce una de las garantías esenciales amparadas por dicha norma, cual es la garantía de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

Señala que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 1999, atribuye al tribunal arbitral la facultad de conocer sobre la excepción de incompetencia que pudieran promover cualquiera de las partes. Además, indicó que el interés personal de los árbitros radica en que la decisión que emitan sobre la excepción de incompetencia tendría una incidencia directa en la remuneración que van a percibir por su actuación dentro del arbitraje.

Agregó, que los árbitros son remunerados por las partes, no por el Estado, por ende la posición del árbitro difiere de la posición del juez, ya que el Juez tiene un salario fijo pagado por el Estado. Además, manifestó que los honorarios de los árbitros suelen fijarse en atención a la cuantía de los intereses en discusión, por una parte, y por la otra, en atención a la complejidad de la controversia que deben resolver.

También indicó, que los árbitros al resolver favorablemente una excepción de incompetencia, el proceso arbitral concluirá en su etapa inicial, con muy poca actuación por parte de los árbitros. Es decir, la remuneración que recibirán los árbitros si reconocen la excepción de incompetencia, será menor que aquella que habrían recibido de haber mantenido la competencia y de haber conocido el proceso arbitral en todas sus fases, hasta dictar el laudo arbitral.

Finalmente señala que es evidente que los árbitros tienen un interés personal al examinar una excepción de incompetencia, y que ese interés personal puede llegar a afectar la imparcialidad que debe tener todo tribunal al impartir justicia, lo que atenta contra la garantía del debido proceso señala en el

artículo 32 de la Constitución Nacional.

### III. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Una vez admitida la acción de inconstitucionalidad, se corrió traslado al Procurador General de la Nación, quien a través de la Vista No. 8, de 3 de marzo de 2000, manifestó su opinión en los siguientes términos:

"Una vez analizado el planteamiento desarrollado por el postulante y de confrontación de la norma acusada con el artículo 32 de nuestra Carta Magna, opino que no se produce la alegada violación.

La función del Estado orientada a declarar y ejecutar el Derecho positivo por medio de órganos especiales institucionales es conocida como jurisdicción, y ella se encuentra atribuida a los tribunales, cuya función primordial es resolver los conflictos o controversias que se les presentan mediante procesos o mecanismos establecidos con esa finalidad.

Frente al tradicional, pero casi absoluto sistema jurisdiccional del Estado, han evolucionado otros modos alternos de solución de conflictos fundamentados en la manifestación cada vez más aceptada del principio de autonomía de la voluntad de las partes o de su poder para dictar la solución a sus conflictos. Es así como han surgido procesos o mecanismos como el arbitraje.

El arbitraje viene a ser entonces, un proceso adversarial de solución de conflictos, que se origina de común acuerdo entre las partes, ya que éstas al celebrar un contrato establecen a través de una cláusula arbitral, someter cualquier litigio o disputa que surja al Procedimiento Arbitral. En este mismo orden de ideas, también ha dicho el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, adscrito a la Cámara de Comercio e Industrias y Agricultura de Panamá, que el arbitraje es un procedimiento reconocido por la ley al cual pueden acogerse los particulares para lograr la solución de sus conflictos en forma privada, más rápida y eficazmente, sin tener que acudir a la justicia ordinaria, pudiendo obtener un fallo imparcial y definitivo, cuyos efectos son iguales a los de una sentencia judicial.

La figura del arbitraje trasciende el ámbito nacional y se orienta en normas de Derecho Internacional, existiendo en ese orden dos cuerpos legales destacables, en los que se reconoce el valor del laudo arbitral, éstos son: Convenido Interamericano sobre Arbitraje Internacional, suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975, y la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscritas en Nueva York el 10 de junio de 1958, en los cuales se dispone respectivamente que, "Las sentencias o laudos arbitrales... tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada" (Ver artículo 4) y se "reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada". (Ver artículo III)."

...  
"Las consideraciones antes planteadas me conducen a no compartir el planteamiento del accionante, por cuanto son las partes quienes, generalmente, eligen a los árbitros, en función del conocimiento que se tienen de ellos, en cuanto a su profesión, pericia, su experiencia en la materia del conflicto; además de su confiabilidad en lo referente a neutralidad y aptitud para el juzgamiento.

Además, el hecho de que el tribunal arbitral conozca de su competencia, para nada incide en que el mismo sea imparcial, por el hecho de recibir remuneración de las partes.

La imparcialidad de los árbitros está garantizada por varios mecanismos desarrollados en el Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, en cuanto a su elección la cual corresponde a las partes y no a una en particular, la reglamentación para su escogimiento, así como los supuestos que impiden ser árbitros, y las causas de recusación."

"Sumado a lo anterior, tenemos que la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia puede ser impugnada por la parte que lo estime conveniente. Así, si el tribunal arbitral establece que es competente para definir el conflicto planteado

(competencia positiva), la misma puede ser impugnada por las partes, mediante un recurso de anulación que se surtirá ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo disponen los artículos 34 y 35 del Decreto Ley No. 5 de 1999, con lo cual se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las consideraciones que he dejado plasmadas, me llevan al convencimiento de que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 1999, que se refiere a la competencia no viola las garantías del debido proceso, ya que este aspecto no afecta la imparcialidad de los árbitros, por lo que así solicito al Pleno de la Corte Suprema de Justicia lo declaren en su oportunidad." (Ver de foja 10 a 22).

#### IV. ARGUMENTOS DE LAS PERSONAS INTERESADAS.

De acuerdo con el trámite procesal, luego de la última publicación del edicto a que hace referencia el artículo 2555 del Código Judicial (artículo actual 2564 del Código Judicial), se abrió un término de diez días hábiles para que todas las personas interesadas en el caso presentaran argumentos por escrito.

En esta etapa procesal se allega a la Corte, los alegatos finales de la firma forense ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, quien actúa en nombre y representación de PYCSA PANAMÁ, S. A., en los que se insiste en la procedencia de declarar inconstitucional el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999.

Además, fue aprovechada dicha etapa procesal por el Doctor Ulises Pittí, quien en nombre y representación de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, presentó escrito de oposición y alegatos al Recurso de Inconstitucionalidad presentado por la firma forense ARIAS, FÁBREGA & FÁBREGA, en representación de PYCSA PANAMÁ, S. A. contra el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999.

Por otro lado, el Doctor Ulises Pittí presentó nuevamente escrito de oposición y alegatos, en su propio nombre y representación, así como en nombre y representación del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá.

En lo medular de dichos escritos se señala que el convenio arbitral es un contrato en virtud del cual las partes, personas naturales o jurídicas, acuerdan someter una controversia que surja o que pueda surgir a juicio de uno o varios árbitros, quienes resuelven a través de una sentencia o laudo y que la misma tiene efectos de cosa juzgado.

Y que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se faculta a los particulares a realizar toda actuación no violatoria a la Constitución o a la Ley.

Seguidamente, señala que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 1999, no es inconstitucional, ya que son las propias partes contratantes las que en virtud del principio constitucional de la autonomía de la voluntad someten a la decisión de terceros (árbitros) la solución de sus controversias. A dichos terceros (árbitros), señala que le corresponde saber sobre qué están decidiendo y fijar los límites de su propia competencia.

Agrega además, que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 1999 en comento, no es inconstitucional, ya que al pactarse el convenio arbitral de conformidad con lo querido por las partes, las mismas quedan sujetas a un procedimiento que es señalado en el propio convenio arbitral. Manifiesta, que no hay arbitraje si no nace de un acuerdo cuya soberanía emana de las propias partes que deciden que sea de un tercero el que administre justicia.

Por otro lado agrega, que el propio Decreto Ley establece el recurso de anulación del laudo arbitral en su artículo 34.

Finalmente, hace unas conclusiones que pasamos a transcribir de seguido:

- "1. No es inconstitucional porque el convenio arbitral, piedra angular de la institución arbitral, desarrolla el principio de autonomía de la voluntad de las partes y le otorga competencia a los árbitros para que examinen su propia competencia, además de la aplicación del procedimiento convenido.
2. La competencia de los árbitros está limitada a decidir respecto de la capacidad de las partes para transigir al momento de suscribir el convenio y si las materias o asuntos sometidos a su decisión son materias arbitrales.
3. En derecho arbitral bien entendido, esto es la competencia de los árbitros. Este concepto, aunque ligado al anterior, no es sinónimo

de imparcialidad, tal como lo confunde el recurrente, porque imparcialidad es "Actitud recta, desapasionada, sin prejuicios ni prevenciones al proceder o al juzgar.

4. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, estas designan sus árbitros y pagan sus honorarios y ello no viola el artículo 32 de la Constitución Nacional, puesto que bajo ningún concepto se afecta la competencia de los árbitros ni su imparcialidad por el hecho de percibir estos, conforme a unas reglas preestablecidas, los honorarios atinentes a la prestación de sus servicios, conforme a su idoneidad y especialidad.
5. Aunado a lo anterior, las partes gozan del recurso de anulación cuando el laudo contiene decisiones que exceden el ámbito o alcance de la competencia del tribunal arbitral." (Fs. 60-61).

#### IV. DECISIÓN DEL PLENO.

Encontrándose, por tanto, el proceso constitucional en etapa de su decisión en cuanto al fondo, a ello se aboca el Pleno, previas las consideraciones que se dejen expuestas.

Observa el Pleno que la norma acusada de inconstitucional constituye el artículo 17 del Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, "Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación". La parte actora considera que dicho artículo infringe el debido proceso por cuanto que, desconoce una de las garantías esenciales amparadas por el artículo 32 de la Constitución Nacional, a saber, la garantía de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

La doctrina ha señalado que el arbitraje es una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que se presentaban entre las personas, toda vez que su origen se atribuye a la época primitiva de la sociedad en que la evolución cultural imponía deferir a terceros la solución de las disputas, aceptando de antemano y con carácter obligatorio la decisión que se tomara, ello indica que se estaba en presencia de una solución arbitral. En la actualidad, el arbitraje ha adquirido un gran desarrollo, se han suscrito y ratificado varios instrumentos internacionales, que se refieren a arbitraje y en el que se vinculan a diversos países iberoamericanos.

El Decreto Ley No. 5, de 8 de julio de 1999, en su artículo primero señala: "El arbitraje es una institución de solución de conflictos mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica de obligarse somete las controversias surgidas o que puedan surgir con otra persona, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada, de conformidad a lo establecido en el presente Decreto Ley."

El artículo 7 del mencionado Decreto-Ley No. 5, señala que: "El convenio arbitral, es el medio mediante el cual las partes deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no."

Por su parte, el Pleno de la Corte Suprema en resolución de 29 de octubre de 1992, al referirse a la institución del arbitraje señaló:

"Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo es un mecanismo ideado con la finalidad de resolver conflictos entre sujetos de derecho, sean antes de derecho público o personas jurídicas de derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

La doctrina privativista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado.

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma potestad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, si tienen facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ello implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos". (Advertencia de Inconstitucionalidad) presentada por la firma forense MORGAN Y

MORGAN, apoderada judicial de la sociedad C. FERNIE & CO., S. A., en el proceso que le sigue esta empresa a UNIVERSAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S. A."

Ahora bien, la disposición legal acusada de inconstitucional en el caso en estudio es el artículo 17 del Decreto Ley No. 5, que le atribuye al tribunal arbitral la facultad de conocer sobre la excepción de incompetencia que pueda promover cualquiera de las partes.

Frente a la censura hecha por la demandante, cabe determinar si el artículo 17 del Decreto Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, conculca el artículo 32 de la Constitución Nacional, que consagra la garantía fundamental del debido proceso.

El artículo 32 de la Constitución Política, dispone lo siguiente:

"Artículo 32: Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria".

Si bien es cierto, nuestra Constitución Nacional no consagra expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el artículo 32 de la Constitución también incluye el derecho de las personas de acudir a los tribunales de justicia, con el objeto de obtener la tutela de sus derechos.

En efecto, la Sentencia de 29 de octubre de 1992, del Pleno de la Corte Suprema, expedida precisamente en torno al tema de arbitraje, reconoce que el artículo 32 también incluye el derecho a la tutela judicial. Esta sentencia señala que "la resolución del Ministerio de Comercio e Industrias que ha sido impugnada también infringe el artículo 32 de la Constitución, porque al hacer obligatoria la cláusula compromisoria en contratos de adhesión, impide el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos. El artículo 32, que consagra la garantía del debido proceso, también contiene el derecho a la tutela judicial, la cual se cierra a la parte más débil en el contrato de adhesión, como consecuencia de la resolución administrativa cuya inconstitucionalidad se impetra".

En el presente caso, la Corte Suprema debe decidir si árbitros particulares, al conocer, según el Artículo 17 del Decreto Ley 5 de 1999, de una excepción de incompetencia, puede impedir a una persona que acuda a los tribunales de justicia a plantear una pretensión, según se lo garantiza el artículo 32 de la Constitución.

El autor ALE CAROCA PÉREZ, profesor de Derecho Procesal en la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, en una reciente obra sobre la Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, señala que: "La Tutela es la finalidad u objetivo que persigue el particular mediante el ejercicio de su acción procesal, y cuando dicha tutela es judicial quiere decir, otorgada por los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, la tutela judicial requiere siempre el previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto. Esta acción procesal le debe ser garantizada al ciudadano por la organización estatal, desde el mismo instante en que le ha prohibido la auto tutela mediante su acción directa." (CAROCCA PÉREZ, ALEX. "Garantía Constitucional de la Defensa Procesal". José María Bosch Editor. Barcelona. 1998. Pág. 110).

La doctrina nacional ha señalado que el debido proceso legal es: "una institución de carácter instrumental en virtud de la cual en todo proceso deben brindarse a la persona una serie de garantías y de protecciones que permitan a las personas una "lucha por el derecho", una defensa efectiva de sus derechos por medio del ejercicio del derecho de acción en virtud del cual las personas pueden formular pretensiones que deben ser resueltas por el Estado mediante el ejercicio de la función jurisdiccional." (HOYOS, ARTURO. El Debido Proceso. Editorial Temis, S. A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1996. p.58).

En esta misma obra, sobre el carácter de la garantía constitucional prevista en el artículo 32 de la Constitución, se dijo: "La C.S.J. ha señalado que en dicha norma se consagra el derecho a la jurisdicción. Este último, dice la Corte, "no es más que la facultad que tiene toda persona de acudir al órgano jurisdiccional señalado por el Estado, en demanda de justicia o bien para que se le resuelva una pretensión jurídica e igual titular del derecho a la jurisdicción lo es aquel que es llevado a un proceso en su calidad de demandado y al haber acudido ambos, demandante y demandado, se cumple con la primera etapa de ese derecho a la jurisdicción lo cual desemboca en: a) que se cumplió la garantía del debido proceso, cuya esencia radica en el derecho de defensa, b) que se resolvió la pretensión mediante sentencia oportuna" (subrayado nuestro). En esa misma

sentencia la Corte señaló que el "derecho a la jurisdicción" significa "igualmente responsabilidad del Estado de velar porque ese derecho y esa función se satisfaga y en este aspecto, es encargo del Estado establecer el órgano del deliberante de estas controversias, asignarle jurisdicción y competencia y dictar las normas de procedimiento". (Op. Cit. p. 61-62).

El artículo 228 del Código Judicial, define jurisdicción como "la facultad de administrar justicia".

En este mismo sentido, el autor ALEX CAROCCA PÉREZ, en su obra Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, citado anteriormente, señala: "Hemos apuntado reiteradamente, que prohibida la acción directa para conseguir la autotutela, el ordenamiento debe asegurar a todo sujeto que estime que un interés no le es reconocido o respetado, puede acudir a los órganos jurisdiccionales, disponiendo el cauce procesal adecuado para ello, con la finalidad de perseguir a través de su acción procesal, un pronunciamiento jurisdiccional (favorable o desfavorable) que declare su derecho en el caso concreto, vale decir, puede procurar obtener la tutela judicial." (CAROCCA PÉREZ, ALEX. Op. Cit. Pág. 125).

En el plano internacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1984), aprobada por Panamá mediante Ley No. 15 de octubre de 1977, dispone: ARTÍCULO XVII: "Toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento breve y sencillo por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Queda claro entonces, y tal como se señaló la Corte Suprema, en la sentencia de 29 de octubre de 1992, tantas veces citada, que: "al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal sólo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas".

Todo lo anterior, pone de manifiesto que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, al atribuirle al tribunal arbitral la facultad de conocer sobre la excepción de incompetencia que pudiera promover cualquiera de las partes, es inconstitucional, pero por distintas razones a la expuesta por la accionante, ya que dicho artículo si resulta violatorio del derecho al debido proceso, toda vez que es evidente que se le está impidiendo el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos.

Una autolimitación del acceso a los tribunales voluntariamente acordada, como es el arbitraje, es conforme a la Constitución, pero el artículo 17 impugnado permite que a una parte se le niegue dicho acceso, en contra de su voluntad. Ello es así, porque atribuye a árbitros privados, al resolver la excepción de incompetencia y fijar su propia competencia, la potestad jurisdiccional de obligar a una parte a someterse al arbitraje aún si estima que los árbitros no son competentes para conocer de su pretensión. Esto implica una negación del derecho a la tutela judicial protegido por el artículo 32 constitucional.

Los tribunales de justicia han sido establecidos por el Estado para administrar justicia, y toda persona tiene derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado en demanda de justicia, para que se le reconozcan o restablezcan sus derechos cuando lo crea necesario, siendo los tribunales ordinarios los que deben decidir sobre la competencia del tribunal arbitral y no que sean los árbitros los jueces de su propia competencia, o más bien que sea una ley la que determine la incompetencia de los tribunales ordinarios en violación del artículo 32 de la Constitución.

Esta Superioridad colige, sin lugar a dudas, que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, desconoce una de las garantías esenciales amparadas por el artículo 32 de nuestra Carta Magna, que es derecho a la tutela judicial, elemento que integra la garantía constitucional del debido proceso, ya que se está negando el acceso a la justicia estatal o pública a la parte que lo considere necesario.

Debe entenderse que la excepción de incompetencia es, pues, del conocimiento de los tribunales ordinarios y que debe ser promovida ante éstos a más tardar en el escrito de contestación a la demanda, como se prevé en el párrafo segundo del artículo 17.

Por los razonamientos expuestos, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON

INCONSTITUCIONALES los párrafos primero y tercero del artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 "Por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación", por ser contrarios al artículo 32 de la Constitución Política vigente.

Notifíquese y Públiquesse en la Gaceta Oficial.

(fdo.) JAIME A. JACOME DE LA GUARDIA	(fdo.) ARTURO HOYOS	(fdo.) ELIGIO A. SALAS
(CON SALVAMENTO DE VOTO)		
(fdo.) JOSÉ A. TROYANO		(fdo.) ADÁN ARNULFO ARJONA L.
(CON SALVAMENTO DE VOTO)		(CON SALVAMENTO DE VOTO)
(fdo.) GRACIELA J. DIXON C.		(fdo.) ROGELIO A. FÁBREGA Z.
(CON SALVAMENTO DE VOTO)		
(fdo.) JOSÉ MANUEL FAÚNDES	(fdo.) MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA	
	(fdo.) CARLOS H. CUESTAS G.	
	Secretario General	

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ADAN ARNULFO ARJONA L.  
Y JAIME A. JACOME DE LA GUARDIA

Con el mayor respeto y consideración nos vemos precisados de apartarnos de la decisión adoptada por la mayoría apoyados en las razones que a continuación explicamos:

#### LOS ARGUMENTOS DE LA MAYORIA

La decisión de mayoría considera que el artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 1999 es violatorio de la Constitución Nacional porque permite que los arbitros puedan, de oficio o a petición de parte, decidir por sí mismos acerca de su competencia y del ámbito que la misma comprende. En este sentido, el fallo de mayoría sostiene, en esencia, que ésta disposición legal supuestamente pugna con la Constitución Nacional por cuanto restringe el derecho a la tutela judicial que es una de las garantías que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que se deriva del artículo 32 de la Carta Magna.

#### ANALISIS Y REFUTACION DE LA TESIS DE MAYORIA

En nuestro concepto, luego de un ponderado análisis del punto en controversia, hemos arribado a la conclusión de que la tesis de mayoría no es congruente con los principios técnicos que gobiernan el proceso arbitral, como pasamos a exponer seguidamente:

1. La propia decisión de mayoría reconoce que el arbitraje como institución no se encuentra en conflicto con la Constitución Nacional, afirmación que es definitivamente exacta si se toma en cuenta que el artículo 195 de la Carta Política autoriza en su numeral 4° que el Presidente de la República pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual se hace necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

2. El arbitraje constituye, entonces, un medio o cauce reconocido para que tanto los particulares como el Estado puedan dirimir sus controversias, a través de la expedición de un laudo capaz de producir los efectos de cosa juzgada igual a lo que acontece con las sentencias que expiden los Jueces Estatales.

3. La doctrina y la legislación especializada en materia de arbitraje reconoce como principio universal que los propios árbitros están autorizados para decidir su ámbito competencial de conformidad con el instrumento de compromiso suscrito por las partes en litigio. En esa línea de pensamientos resulta insoslayable tener en consideración los siguientes apuntamientos científicos:

a. Los tratadistas españoles JOSE M°. CHILLON MEDINA Y JOSE FD°. MERINO MERCHAN en su conocido TRATADO DE ARBITRAJE PRIVADO INTERNO E INTERNACIONAL (Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1978, Pág.413) han formulado las siguientes observaciones:

"El Poder de los Arbitros para conocer y decidir acerca de su propia competencia.

Este poder, en el plano teórico, es la directa consecuencia del carácter jurisdiccional del que aparecen investidos los árbitros, con las limitaciones que anteriormente hemos señalado. Mal se avendrían a realizar la labor encomendada por las partes, si no dispusieran de este poder mínimo para examinar, en primer lugar, la legitimidad de su actuación dentro del proceso incoado. Si el efecto peculiar del pacto arbitral, de orden positivo, es atribuir



competencia a los árbitros para decidir sobre la discrepancia que opone a las partes -lo que correlativamente trae en consecuencia la incompetencia de los Tribunales Judiciales- es obligado reconocer a los árbitros el poder para que, por si mismos, o a demanda de una de las partes, examinen prima facie el título por el que intervienen en la contienda y la extensión de sus poderes". (El destacado es propio)

b. Los distinguidos profesores franceses PHILIPPE FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN en su conocida obra TRAITE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (Litec, París, 1996, Pág.415) señalan:

"... La regla de competence-competence participa, sin embargo, de la idea de que no hay lugar de sospecha a priori sobre los árbitros de que éstos no puedan estar a nivel o con la debida mesura para arribar por ellos mismos a una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad. Esta filosofía es igualmente la que se funda sobre el terreno de la arbitrabilidad, y la jurisprudencia le ha confiado a los árbitros el cuidado de aplicar las reglas de orden público (competencia desleal, lucha contra la corrupción etc.) sujeto al control ulterior de la jurisdicciones estatales".

En el caso que nos ocupa, el artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 1999 simplemente reconoce éste principio universal que tiene vigencia en el arbitraje y que se justifica para evitar que la institución se desnaturalice mediante la interferencia de la jurisdicción estatal, la cual sólo en determinados casos tiene cabida (Vgr. Recurso de Anulación contra el laudo que ha incurrido en alguna de las causales reconocidas por la Ley).

Es imprescindible tener en cuenta que importantes Convenciones Internacionales en materia arbitral que han sido suscritas y ratificadas por la República de Panamá reconocen valor al principio de que los árbitros tienen facultad para decidir sobre su propia competencia, sin perjuicio de que el laudo pueda ser revisado posteriormente en este aspecto por alguna instancia jurisdiccional del Estado (Cfr. Ley 11 de 23 de octubre de 1975 por la cual se aprobó la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional y su reglamento de procedimiento artículo 21 numeral 1; Ley N°5 de 25 de octubre de 1983 por la cual se aprobó la Convención de New York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras artículo 5 Literal C).

4. La atribución que reconoce a los árbitros el artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 1999 no vulnera, a nuestro juicio, el derecho a la tutela judicial, ya que si la propia Constitución y la Ley le otorga el reconocimiento al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos esa tutela judicial también se garantiza de esa manera, pues, como bien anota el tratadista español LORCA NAVARRETE "tan constitucional es la tutela judicial efectiva que prestan los Juzgados y Tribunales como la tutela procesal efectiva que prestan el árbitro o árbitros" (Derecho de Arbitraje Interno e Internacional, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, Pág.323).

5. En adición a lo expresado cabe apuntar que en España, país en donde ha tenido gran desarrollo la noción de la tutela judicial efectiva, el punto sobre la competencia fijada por los árbitros no ha sido considerado violatorio de dicha tutela, tal como se desprende de la sentencia de 9 de octubre de 1989 que dictó el Tribunal Constitucional de ese país que en su parte pertinente expresó:

"En la motivación cuarta y bajo el número 5 del mismo precepto procesal que las anteriores, se alega que la sentencia recurrida, al haberse desatendido de la función jurisdiccional respecto del tema litigioso, ha infringido el artículo 24 de la Constitución, en cuanto consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos, e intereses legítimos, sin ninguna alegación que justifique dicha argumentación; motivo que lógicamente ha de sucumbir, por cuanto: 1. El ordenamiento jurídico español, concede a los particulares la posibilidad de optar por la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (art.1809 y ss. y especialmente a estos efectos el 1814 del Código Civil); 2. Haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto en el artículo 1.255 del citado cuerpo legal, los aquí contestantes concertaron acudir al cauce extrajudicial -arbitraje- para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieren surgir; 3. El art.24.1 CE, que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de Jueces y

Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, más no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial -arbitraje en este caso- como aquí han hecho". (Citado en la obra de ANA MARIA CHOCRON GIRALDEZ, LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL ARBITRAJE, J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, Pág.221).

6. El derecho de la tutela judicial, por tanto, no se ve comprometido ni restringido por el hecho de que los árbitros puedan fijar ellos mismos su ámbito competencial, pues, además de ser éste un principio universal que se reconoce en el arbitraje, la parte afectada sí cuenta con la oportunidad de suscitara una revisión jurisdiccional del Estado mediante la promoción del Recurso de Anulación del laudo tal como lo consagra el artículo 34 numeral 1 literal C del Decreto Ley N°5 de 1999. Es decir, que aún en el caso de que los árbitros incurran en error al interpretar el ámbito de su propia competencia, la parte puede promover contra el laudo dicho Recurso de Anulación, con lo cual se está garantizando y preservando, precisamente, el derecho a la tutela judicial y al debido proceso.

7. La sentencia que expidió el Pleno el 29 de octubre de 1992 no puede servir de fundamento al criterio planteado por la mayoría, por la sencilla razón de que en aquella ocasión el tema en discusión se refería a una cuestión completamente distinta. La sola lectura de aquella decisión pone de manifiesto que en aquel entonces se cuestionaba la validez de una cláusula compromisoria incluida dentro de Contratos de Adhesión en los que la parte más débil muchas veces quedaba sometida a la predisponente en cuanto al modo de dirimir las controversias. En ese caso, consideramos que si se justificaba la declaratoria de inconstitucionalidad, ya que, como producto del fenómeno de la adhesión, la parte contractualmente débil se le vedaba el acceso a la justicia del Estado, imponiéndole el foro arbitral. El caso que motiva la decisión que no compartimos es radicalmente distinto por las razones legales y científicas antes expuestas. La tutela judicial efectiva está garantizada por la Ley mediante el Recurso de Anulación del Laudo en el caso de que los árbitros incurran en el error al calificar su propia competencia.

8. En conclusión, estimamos que declarar inconstitucional la disposición prevista en el artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 1999 configura una decisión técnicamente cuestionable a la luz de la Ley, doctrina científica y del derecho comparado, y lamentablemente opinamos que tal criterio debilitará notablemente la institución arbitral, pues, propiciará inconvenientes perturbaciones en la marcha del proceso arbitral debido a la intervención de los Tribunales Estatales.

En virtud de que esta posición no ha sido compartida por la mayoría de los Honorables colegas, respetuosamente dejamos sentado que SALVAMOS EL VOTO.

Fecha Ut Supra.

(fdo.) ADAN ARNULFO ARJONA L.  
(fdo.) JAIME A. JACOME DE LA GUARDIA  
(fdo.) CARLOS H. CUESTAS  
Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS  
GRACIELA J. DIXON Y JOSE A. TROYANO

Con todo respeto, por no estar de acuerdo con la mayoría de los Magistrados que componen el Pleno, por este medio salvamos el voto, dejando externada nuestra opinión de la siguiente manera:

La sentencia señala que "la Corte Suprema debe decidir si árbitros particulares, al conocer, según el artículo 17 del Decreto Ley 5 de 1999, de una excepción de incompetencia, puede impedir a una persona que acuda a los tribunales de justicia a plantear una pretensión, según se lo garantiza el artículo 32 de la Constitución."

Indica la sentencia, a manera de conclusión, que en efecto, aunque por otras razones distintas a las alegadas por el accionante, el artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999 es inconstitucional, "ya que dicho artículo resulta violatorio del derecho al debido proceso, toda vez que es evidente que se le está impidiendo el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos" y por otro lado, el artículo impugnado permite que a una parte se le niegue el acceso a los tribunales, en contra de su voluntad ya que "atribuye a árbitros privados, al resolver la excepción de incompetencia y fijar su propia competencia, la potestad jurisdiccional de obligar a una parte a someterse al arbitraje aún si estima que los árbitros no son competentes para conocer de su pretensión", lo que según el proyecto de sentencia, implica una negación del derecho a la tutela judicial contenido en el artículo 32 Constitucional, relativo al debido proceso.

En nuestra opinión, el tribunal arbitral ejerce jurisdicción y los árbitros tienen la facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración (Resolución de 29 de octubre de 1992, del Pleno de la Corte). Por tanto, los árbitros tienen la facultad de administrar justicia en casos especiales (arbitraje). Y ello le es reconocido expresamente por el artículo 3 del Código Judicial.

En base a la jurisdicción que la ley le otorga a los árbitros (a nivel constitucional y legal), es que adquieren la potestad de tomar decisiones, pero ello dentro de los límites que las partes le señalan en el convenio arbitral o al momento de someter la controversia a las consideraciones del tribunal. En otras palabras, los árbitros se constituyen en verdaderos jueces y al decidir sobre su competencia, es decir, sobre la materia objeto del arbitraje, no hacen más que reconocer el derecho sustantivo que obliga a las partes a cumplir lo pactado, que es ley entre ellas, siendo precisamente esta ley o convenio arbitral o algún otro reglamento previamente establecido, el que señala el procedimiento legal que se ha de imprimir al proceso arbitral, que de no cumplirse, entonces sí se estaría violando el debido proceso y con ello el artículo 32 Constitucional.

Los árbitros, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Judicial, administran justicia y participan de las funciones jurisdiccionales, tienen poder de decisión y aunque no formen parte del engranaje del Órgano Judicial se asimilan a los jueces ordinarios.

Los jueces ordinarios, de conformidad con los artículos 713 y 717 del Código Judicial, también deciden, de oficio o a petición de parte, sobre su propia competencia y no por ello podríamos afirmar que las disposiciones sobre "Conflicto de Competencia" contenidas en el Código de Procedimiento son inconstitucionales, ya que en nuestro concepto ello implicaría restarle poder a la jurisdicción de que están investido, jurisdicción con poder que ejercen conforme les señala la ley en cuanto a procedimiento se refiere, con miras a reconocer el derecho que pretenden las partes.

Entendida la Tutela Judicial Efectiva, como el derecho de los particulares a recurrir ante un órgano investido del poder de la jurisdicción para que decida mediante resolución en firme sobre el derecho que reclaman, es innegable que esta no constituye una facultad ajena a la de los árbitros, quienes también administran justicia, es decir, brindan a los particulares el derecho a que sus conflictos sean resueltos con todas las garantías que la ley pone a su disposición ya que como hemos señalado, esta no es facultad exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia, como deja entrever la sentencia, al negarle a los árbitros la posibilidad de resolver sobre su propia competencia.

Por lo expuesto, contrario a la opinión de la mayoría, de la cual disintimos por cuanto consideramos que los Tribunales Arbitrales son organismos que también aseguran una Tutela Judicial Efectiva, opinamos que los párrafos 1° y 3° del artículo 17 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, no son violatorios del artículo 32 Constitucional, por lo que, respetuosamente, salvamos el voto.

Fecha Ut Supra.

(fdo.) GRACIELA J. DIXON

(fdo.) JOSE A. TROYANO

(fdo.) CARLOS H. CUESTAS G.  
Secretario General

=====

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS PROVEÍDOS DE FECHAS 6 DE JULIO DE 2001 Y DE 26 DE JULIO DE 2001, PROFERIDOS POR EL JUZGADO PRIMERO MUNICIPAL DE FAMILIA DENTRO DEL PROCESO DE ALIMENTOS INICIADO POR LISETTE DE LA CARIDAD QUINTERO SUÁREZ, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS LISETTE JOAN Y JOSÉ GREGORIO TORO QUINTERO. MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PEREIRA BURGOS. PANAMÁ, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

VISTOS:

La licenciada Kathia Lee Duque, actuando mediante poder otorgado por Ayrupino Toro Lozano, ha formalizado acción inconstitucionalidad contra los proveídos de fechas 6 de julio de 2001 y de 26 de julio de 2001, proferidos por el Juzgado Primero Municipal de Familia dentro del proceso de alimentos iniciado por Lisette De La Caridad Quintero Suárez, en nombre y representación de sus hijos Lisette Joan y José Gregorio Toro Quintero.