

**EL ARBITRAJE Y LOS ORDENAMIENTOS  
JURÍDICOS EN LATINOAMÉRICA: UN  
ESTUDIO SOBRE FORMALIZACIÓN  
Y JUDICIALIZACIÓN\***

**ARBITRATION AND LEGAL SYSTEMS  
IN LATIN AMERICA: A STUDY ON  
FORMALISATION AND JUDICIALISATION**

*Pablo Rey Vallejo\*\**

*Fecha de recepción: 25 de febrero de 2013*

*Fecha de aceptación: 6 de marzo de 2013*

**Para citar este artículo / To cite this article**

Rey Vallejo, Pablo, El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización, 126 Vniversitas, 199-237 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<199:AOJLFJ>2.0.TX;2-Q

---

\* El presente artículo forma parte integral del documento de tesis doctoral del autor.

\*\* Abogado de la Universidad de los Andes. LL.M. International Business Law de la Universidad de Londres – London School of Economics and Political Science.

## RESUMEN

El presente artículo de revisión bibliográfica, que constituye el primer documento del autor en el programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, describe el estado del arte en materia de formalización y judicialización del arbitraje en algunos ordenamientos de América Latina. Para estos efectos, se abordan temas como la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje, las estructuras legislativas monistas y dualistas, la constitucionalización de la figura y el fenómeno de la intervención judicial.

**Palabras clave autor:** Arbitraje, naturaleza jurídica del arbitraje, arbitraje doméstico, arbitraje internacional, monismo, dualismo, constitucionalización del arbitraje, judicialización del arbitraje, procesalización del arbitraje.

**Palabras clave descriptores:** Arbitramento, compromiso (derecho), arbitramento internacional, comisiones internacionales de investigación, revisión judicial.

## ABSTRACT

*The present paper is a bibliographical overview which constitutes the author's first document presented for his PhD in Law from the Universidad Javeriana. It presents the latest studies on formalisation and judicialisation of arbitration in some legal systems in Latin America. For this purpose, it will deal with matters such as the definition of the legal nature of arbitration, monism and dualism in legislative structures, the constitutionalisation of the figure and phenomenon of judicial intervention.*

**Keywords author:** *Arbitration, legal nature of arbitration, domestic arbitration, international arbitration, monism, dualism, constitutionalisation, judicialisation, arbitration processes.*

**Keywords plus:** *Arbitration, international commissions of inquiry, judicial review.*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. DEBATES TEÓRICOS QUE INCIDEN EN LA REGULACIÓN.- *A. Las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.*- 1. La visión procesalista.- 2. La visión privatista o contractualista.- 3. Visión híbrida, sincrética o ecléctica.- 4. Visión sui generis o teoría de la autonomía.- 5. Efectos prácticos de la clasificación.- *B. Diferencias entre arbitraje nacional e internacional: algunos criterios para admitir tratamientos diferenciales en la regulación arbitral.*- 1. Monismo.- 2. Dualismo.- 3. Consideraciones particulares sobre la dicotomía.- II. FACTORES INCIDENTES EN LA EXCESIVA FORMALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.- *A. La constitucionalización del arbitraje.*- 1. Posiciones en favor de la constitucionalización del arbitraje.- 2. Posiciones en contra de la Constitucionalización del arbitraje.- *B. Judicialización del arbitraje.*- 1. Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional.- 2. Otros espacios de intervención judicial.- 3. Procesalización del arbitraje.- CONCLUSIONES.

## **INTRODUCCIÓN**

El objetivo del presente trabajo es realizar una revisión bibliográfica sobre algunas de las problemáticas más relevantes del arbitraje comercial en América Latina, a saber: la excesiva formalización de la práctica arbitral en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual comprende, entre otros aspectos, temas relacionados con su constitucionalización y la formación de una jurisprudencia que fomenta una cultura desfavorable a la “liberalización” de este mecanismo de solución de controversias.

El punto de partida de esta revisión son los presupuestos filosóficos y teóricos en que se fundan las diversas visiones sobre el arbitraje; con base en doctrina latinoamericana y europea, recogeremos las discusiones vigentes en torno a la naturaleza jurídica de la figura. Enseguida, nos referiremos a los debates sobre la dicotomía del arbitraje nacional e internacional, dado que de esta distinción surgen fundamentos que alimentan el debate sobre la formalización de este mecanismo.

Finalmente, señalaremos algunas posturas frente al fenómeno de la constitucionalización del arbitraje, visualizaremos algunos aspectos positivos y negativos que han sido identificados por la doctrina y la jurisprudencia iberoamericana, para posteriormente recalcar las consecuencias prácticas que se derivan de esta tendencia. La última parte del trabajo tratará la judicialización y las crecientes tendencias a la procesalización de la figura para evidenciar cómo, en América Latina, a pesar de los esfuerzos por modernizar las legislaciones, surgen cada vez más obstáculos para consolidar este sistema de solución de controversias.

## **I. DEBATES TEÓRICOS QUE INCIDEN EN LA REGULACIÓN**

En la presente sección nos referiremos a dos temas de gran relevancia para abordar la problemática planteada en la parte introductoria de este texto: A. El debate doctrinario sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y B. La vigente distinción entre arbitraje doméstico e internacional.

## **A. Las diferentes posturas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje**

Sin lugar a dudas, uno de los debates que más interés cobra a la hora de abordar la temática de la procesalización o liberalización es el relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje. Si bien estas posturas son abordadas por la doctrina desde una perspectiva académica, casi que eminentemente anecdótica, sin interés aparente a la hora de describir la realidad de la práctica arbitral, es evidente que estos discursos tienen incidencia tanto en el proceso regulatorio como en la creación de instrumentos que facilitan las “injerencias” judiciales. Es así como, a priori, podemos deducir que una visión más “contractualista” y “voluntarista” de la figura puede determinar unos parámetros de mayor libertad a la hora de definir las formas y el procedimiento, mientras que una visión más “jurisdiccional” normalmente tiende a imponer mayores límites y rigorismos a la hora de implementar soluciones a las problemáticas enfrentadas. Las posturas híbridas, sincréticas o eclécticas también resultan ampliamente aceptadas en la actualidad por la doctrina vigente.

Un atractivo planteamiento sobre esta disquisición es el que encontramos en la obra de Bruno Oppetit<sup>1</sup>, en los siguientes términos:

*En diversas hipótesis, la misión conferida al árbitro va más allá del marco de la función jurisdiccional clásica, que le es ordinariamente otorgada. El árbitro tiende a convertirse en una especie de regulador de un contrato en proceso de formación o de ejecución, respecto del cual se le encomienda, según el caso, completarlo, adaptarlo a las nuevas situaciones o ajustarlo para que supere las divergencias que existen entre las partes. Esto nos conduce a preguntarnos sobre el verdadero título, en virtud del cual interviene: ¿lo hace en calidad de árbitro, es decir, como un juez investido de poder jurisdiccional? O ¿simplemente en calidad de tercero que actúa en nombre de las partes, como un mandatario común o un experto?*

### **1. La visión procesalista**

En la obra de Merino Merchán y Chillón Medina<sup>2</sup> se da cuenta de las diferentes posturas, con especial énfasis en los autores españoles.

1 Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje*, Legis, Bogotá, 289 (2006).

2 José F Merino Merchán & José M. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 3ª ed., Cizur Menor –Aranzadi, Navarra (2006).

En lo referente a esta primera visión, se expone que la doctrina más tradicional ubica el arbitraje en el terreno de lo procesal porque el proceso trata de resolver conflictos mediante la decisión de un tercero que es un juez. Los mencionados autores se refieren a Fenech y a Serra Domínguez y describen sus posiciones de la siguiente manera:

Para el primero, el estudio de la naturaleza del arbitraje no debe tomar como punto de partida la relación o el contrato existente entre las partes y los árbitros designados, sino más bien la función misma que estos desarrollan. En este orden de ideas, cuando las partes designan árbitros se comprometen a someterse a su decisión, admitiendo su obligatoriedad; por su parte, los árbitros resuelven una controversia jurídica —no económica— en la forma y con las características que lo hace un juez en una sentencia, es decir, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena, poder que solo puede devenir a los árbitros del Estado.

Para el segundo, los árbitros poseen autoridad pero no potestad, atributo exclusivo del Estado. Es por esta razón que los árbitros deberán solicitar el apoyo judicial respecto de aquellas decisiones que requieran la potestad, como la ejecución del laudo arbitral. Por consiguiente, aquellas decisiones con carácter meramente declarativo y constructivo, en sentido amplio, gozan de plena eficacia jurídica sin necesidad de intervención de ningún órgano estatal. En el mismo sentido que Fenech, Serra Domínguez vislumbra que el resultado del juicio jurídico impartido por el árbitro se encuentra provisto de la eficacia de la cosa juzgada, según lo dispuesto en los artículos 1821 y 1818 del Código Civil español, sin que este tema sea objeto de debate por la doctrina.

Finalmente, el trabajo arriba citado recoge una relación de autores europeos cuya visión encuadra dentro de este primer apartado: Walch y Hellwig en Alemania; Bonforte, Mortara y más recientemente Carnacini y Vechione en Italia. Valga anotar que estas mismas referencias bibliográficas son recogidas en el escenario nacional en la obra de Jorge Hernán Gil Echeverri, quien además menciona como pertenecientes a esta corriente a Cerneluti, Alcalá

Zamora, Hernando Morales Molina y Gilberto Peña Castrillón<sup>3</sup> en el ámbito latinoamericano<sup>4</sup>.

## 2. La visión privatista o contractualista

En referencia a René David y a Philippe Fouchard en la obra *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*<sup>5</sup>, se asegura que en Francia el arbitraje se ha definido como un instrumento con el que se resuelve una controversia cuyo interés radica en dos o más personas, que se somete al conocimiento de árbitros que derivan sus poderes de un acuerdo privado, no de las autoridades de un Estado, y que deben resolver dicha controversia con base en el citado acuerdo.

En el mismo sentido, Gaillard y Savage, citando el texto titulado *Répertoire de Droit International Privé Suisse* de Bernard Dutoit, François Knoepfler, Pierre Lalive y Pierre Mercier, refieren a una definición similar a la anteriormente recogida, ahora en el ámbito del derecho suizo, en el que se identifica a esta figura como un método privado de solución de controversias, basado en el acuerdo de las partes, cuya principal característica es que involucra el sometimiento de las disputas a individuos escogidos directa o indirectamente por las partes. Concluyen los autores que esta definición es pertinente incluso en el ámbito del arbitraje local, en el que solo bastaría agregar que el caso sometido a arbitraje es excluido del conocimiento de los jueces.

En España, el profesor Jaime Guasp<sup>6</sup> es considerado el abanderado de la postura privatista. En su criterio, la incorporación del compromiso en el Código Civil, más particularmente en el apartado dedicado a los contratos, da lugar a plantear el interrogante sobre el puesto que dicha figura ocupa en el ámbito del derecho sustantivo del derecho privado. Para responder a dicho interrogante, el tratadista español realiza dos consideraciones: la primera, en el

3 Gilberto Peña Castrillón & Néstor Humberto Martínez Neira, *Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá (2008).

4 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico*, 4ª ed., Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá (2010).

5 Emmanuel Gaillard & John Savage, Eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer Law International (1999).

6 Jaime Guasp, *El Arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona (1956).

plano de lo funcional, en la que ubica el arbitraje dentro de aquellos contratos llamados de “decisión”. La segunda, en lo estructural, la que antecede de una distinción entre los conceptos de procedimiento y proceso; en este sentido, afirma que no por el hecho de que el arbitraje se desarrolle por medio de un procedimiento, ello acarrea su adscripción al mundo del proceso. Por el contrario, considera que se trata de un contrato de tracto procedimental en el que los distintos contratantes escalonan procedimentalmente las diversas prestaciones que les corresponde ejecutar.

Gil Echeverry<sup>7</sup> encasilla dentro de esta tendencia al tratadista italiano Alfredo Rocco, quien considera el arbitraje como una transacción anticipada, así como a Chiovenda y Betti, quienes estiman que los árbitros no ejercen función jurisdiccional y que el laudo arbitral, así tenga los mismos efectos de una sentencia judicial, no es de tal categoría.

### **3. Visión híbrida, sincrética o ecléctica**

Silvia Barona Vilar<sup>8</sup> realiza una serie de planteamientos históricos y jurídicos de gran relevancia para explicar esta “tercera vía” de la concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje. Más aun, su posición sobre la precitada clasificación es de gran interés ya que no la considera baladí ni de alcance meramente teórico; por el contrario, sostiene que deviene esencial para integrar el sistema arbitral en su conjunto.

Según la mencionada autora, la concepción contractualista prevaleció esencialmente en las etapas en que el derecho privado dominaba el ordenamiento jurídico. No obstante, considera que en la actualidad, por lo menos en lo que respecta al derecho español, esta concepción no se sostiene ya que los componentes iuspublicistas, relativos a la naturaleza de la función del árbitro y los efectos atribuidos al laudo arbitral, no permiten abogar por una concepción puramente iusprivatista, eminentemente convencional.

En lo referente a la posición jurisdiccionalista o procesalista, fundada en los argumentos funcionales arriba referidos y los relativos

7 Jorge Hernán Gil Echeverry, op. cit., 111.

8 Silvia Barona Vilar, “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en Silvia Barona Vilar, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Cizur Menor – Aranzadi S.A., Navarra, 25-28 (2007).



a la fuerza ejecutiva y de cosa juzgada del laudo arbitral, distingue la profesora Barona Vilar el primer concepto como aquel en el que se da preponderancia a la naturaleza de la función jurisdiccional del árbitro y a la ejecutabilidad del laudo, mientras que el segundo alude a la consideración de *proceso judicial* atribuida al trámite arbitral.

En relación con las dos posturas mencionadas, entiende la tratadista que estas han sido superadas en nuestros días y que la doctrina mayoritaria opta por una visión ecléctica que comparte elementos característicos de cada una de ellas. En efecto, resultan innegables las consideraciones contractuales que dan origen al nacimiento del pacto arbitral al igual que aquellas que aluden a los visos jurisdiccionales del trámite y su conclusión con un laudo dotado de eficacia por ministerio de la ley. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español en providencias ATC 259/1993, SSTC 288/1993 y 174/1995.

Esta misma postura es esgrimida en el ámbito nacional por Gil Echeverry<sup>9</sup>, quien, recurriendo a los textos de Merino Merchán y Chillon Medina<sup>10</sup>, refuerza su posición con argumentos de Silva Melero, los cuales se cimentan sobre una división del arbitraje en tres etapas, a saber: 1) aquella en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, negocio de derecho privado; 2) otra en que la voluntad se plasma en un documento que asciende al nivel de mandato con la aceptación del encargo por parte de los árbitros; y 3) la fase en la que el árbitro, ungido de poder jurisdiccional, ejerce una actividad pública: la de juzgar.

#### **4. Visión sui generis o teoría de la autonomía**

Lew, Mistelis y Kröll<sup>11</sup> aluden a una de las más recientes visiones sobre la materia, atribuida a Rubellin-Devichi, según la cual el arbitraje tiene un carácter autónomo, que evoluciona bajo un régimen “emancipado”. Según esta postura, la naturaleza del arbitraje debería ser determinada, de hecho y de derecho, atendiendo a su práctica y finalidades. En este orden de ideas, el arbitraje no puede

9 Jorge Hernán Gil Echeverry, op. cit., 113.

10 Merino Merchán & Chillon Medina, op. cit., 232.

11 Julian Lew; Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya (2003).

clasificarse como eminentemente contractual o jurisdiccional, ni siquiera como una institución con carácter mixto.

Esta postura propugna por un reconocimiento del arbitraje en razón a lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace. En esta perspectiva, se reconoce que las normas aplicables al arbitraje se han desarrollado exclusivamente para permitir su adecuado funcionamiento.

## 5. Efectos prácticos de la clasificación

Para autores como Carlos Esplugues Mota<sup>12</sup>, el “arbitraje es arbitraje” y la discusión sobre la controvertida cuestión de su naturaleza es, hasta cierto punto, baldía. No obstante, de la posición expresada por Barona Vilar y la manera en que se aborda la temática en las obras de Merino Merchán y Lew, es posible deducir que, por el contrario, resulta de particular trascendencia visualizar la naturaleza del arbitraje para definir una postura particular en cuanto al alcance de las normas que lo regulan.

Esta impresión resulta consonante con la visión del tratadista Francisco González De Cossío<sup>13</sup> quien menciona sobre el particular: *“La discusión sobre la naturaleza del arbitraje dista de ser bizantina o una tormenta en un vaso de agua, con pocas ramificaciones prácticas. Tiene consecuencias prácticas importantes: la respuesta que los practicantes de la materia dan a problemas suscitados con esta materia. A su vez, la postura que las judicaturas locales deben tomar con respecto a esta institución”*.

Prosigue el autor: *“El apoyo de una postura sobre otra conlleva el reconocimiento (sea implícito o expreso) de que uno de los diversos elementos del arbitraje tiene más importancia que los otros. Ello puede ocurrir por diversas razones, sea por la afinidad que un abogado o académico en particular sienta en base a su formación y experiencia personal, o simplemente porque se considere que un elemento pesa más como característico de la institución. Debemos de cerciorarnos*

---

12 Carlos Esplugues Mota, “Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano”, en: Adriana Zapata De Arbeláez, Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, Dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 37-57 (2010).

13 Francisco González De Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México D.F. (2011).

*que ello sea por el convencimiento sobre el papel que un elemento de la institución del arbitraje juega en su práctica, y no porque no se preste suficiente atención a lo que sucede en la vida real del arbitraje comercial internacional. Como resultado de un análisis desligado de la realidad”.*

Ahora bien, es importante resaltar que la visión sobre la naturaleza del arbitraje que predomine en una determinada jurisdicción no es criterio absoluto para delinear sus alcances prácticos y la manera en la cual opera. Es de anotar, como ejemplo, que en escenarios diversos, en los que el arbitraje es concebido como una figura de carácter jurisdiccional o mixto, las soluciones legislativas y prácticas que definen sus alcances, por ejemplo, en cuanto a la mayor o menor libertad que tienen las partes para definir los aspectos particulares del procedimiento arbitral y la procedencia de ciertos controles de índole jurisdiccional, divergen de un lugar a otro.

En efecto, Fernando Mantilla Serrano<sup>14</sup>, quien acepta sin tapujos la naturaleza contractual del arbitraje y su tramitación jurisdiccional extrajudicial (postura ecléctica), aludiendo al caso colombiano cuya jurisprudencia ha optado por esta misma postura, señala que *“parece mentira que al comienzo del siglo XXI, mientras que en Europa y Estados Unidos se discuten cuestiones de actualidad en materia de arbitraje, como la vigencia del requisito escrito tanto para el acuerdo de arbitraje como para el laudo, la posibilidad de reconocer y ejecutar laudos que han sido anulados en su país de origen, la viabilidad de una instancia internacional para conocer de los recursos contra los laudos, etcétera, nos veamos aún obligados en ciertas latitudes a discutir y justificar lo que es el fin mismo del arbitraje: la posibilidad que tienen las personas capaces para, en materia sobre la cual tienen libre disposición, decidir la forma como su conflicto debe ser resuelto”.*

---

14 Fernando Mantilla Serrano, *El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral*, Revista Jurídica Jurisconsulta: Aspectos cruciales del arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 19-34 (2002).

## **B. Diferencias entre arbitraje nacional e internacional: algunos criterios para admitir tratamientos diferenciales en la regulación arbitral**

En una de las más importantes obras del arbitraje comercial internacional, Alan Redfern y Martin Hunter<sup>15</sup> no dudan en calificar al arbitraje internacional como un método de solución de controversias eminentemente privado, efectivo y con aspiraciones de instrumento universal para resolver controversias en el ámbito del comercio internacional. No obstante, señalan los reconocidos autores, existen diferencias económicas y jurídicas de fondo entre los arbitrajes que tienen un carácter internacional y aquellos que comportan una connotación eminentemente local, que derivan en que su práctica se desenvuelva en entornos y presupuestos completamente diferentes. Bajo estos presupuestos, consideran justificables, en ciertos casos, la aplicación de criterios diferenciadores para favorecer o limitar la liberalización del arbitraje y la existencia de ciertos controles jurisdiccionales en su trámite.

Esta visión puede derivar en estructuras legislativas particulares, como lo veremos a continuación:

### **1. Monismo**

Existen ordenamientos que comportan un único cuerpo normativo para regular el arbitraje nacional y el internacional, sobre la base, por ejemplo, de la Ley Modelo de Arbitraje de la Uncitral. Lo anterior significa que los trámites adelantados en estas sedes, independientemente de su nacionalidad, se rigen por un cuerpo normativo idéntico que tiende a ser bastante flexible y adaptado a estándares internacionales en cuanto a las funciones de los árbitros, la flexibilidad del procedimiento, los recursos existentes frente a las decisiones del tribunal arbitral, etc. Estos sistemas legales, por fundarse en cuerpos normativos singulares, se denominan monistas.

---

15 Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres (1999).

Para Esplugues Mota<sup>16</sup>, la voluntad de incorporar soluciones flexibles que faciliten el recurso al arbitraje se plasma en la mayoría de las normativas europeas que optaron por la denominada opción monista, ya que este tipo de regulaciones, en lo que respecta al arbitraje internacional, se limitan a introducir ciertos matices y reglas específicas cuyo contenido y grado de especialidad varían de país a país.

En el escenario iberoamericano, este es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela.

## **2. Dualismo**

En primera instancia, es menester precisar que todos los arbitrajes son “nacionales” en el sentido de que se llevan a cabo en un determinado foro, o sede del arbitraje, y que se deben someter a las normas imperantes en este. No obstante, las normativas que regulan el arbitraje en los diferentes Estados pueden divergir, en el sentido de que otorgan un tratamiento diferencial, dependiendo si el arbitraje que se adelanta en ese lugar enmarca o no dentro de los criterios de internacionalidad que su propia ley prevé. Estos ordenamientos, que consagran regulaciones diversas en uno y otro caso se denominan dualistas.

En este orden de ideas, en los arbitrajes con “vocación” de internacionalidad, las partes envueltas en la relación jurídica no suelen tener vínculo alguno con el lugar en el que se adelanta el arbitraje, dado que precisamente el lugar de la sede se escoge tomando en cuenta factores de neutralidad en relación con los extremos conflictuales y la controversia misma. Asimismo, el hecho de que los actores de los arbitrajes internacionales sean, por regla general, grandes compañías o entes con capacidad para desarrollar sofisticadas transacciones transnacionales, añade un ingrediente adicional para que las legislaciones que regulan esta clase de arbitraje en el entrono local resulten bastante más laxas o permisivas en cuanto a la fijación de reglas de procedimiento, escogencia de ley aplica-

---

16 Carlos Esplugues Mota, op. cit., 40.

ble, forma de nombramiento de árbitros, manera de conducir el arbitraje, etc.

Por el contrario, cuando de arbitraje local se trata, es frecuente observar que los Estados tengan mayor cautela a la hora de regular la práctica de este mecanismo. En efecto, podría afirmarse que el arbitraje doméstico guarda mayor prudencia en cuanto a permitir ciertas “libertades”, ya que se halla de por medio un elemento subyacente de “protección al consumidor de justicia”. Esta cautela se puede materializar, en mayor o en menor medida, en “camisas de fuerza” que prescriben procedimientos rigurosos, en la existencia de controles (incluso de “supervisión” como lo mencionan Redfern y Hunter) y en la procedencia de acciones de orden constitucional que permiten a los jueces intervenir en la actividad desarrollada por el tribunal arbitral.

En el entorno latinoamericano, esta estructura legislativa se encuentra vigente en el caso de Chile, Colombia, Cuba, Ecuador y Uruguay.

### **3. Consideraciones particulares sobre la dicotomía**

Como lo sostienen Merino Merchán y Chillón Medina<sup>17</sup>, no todos los países han entendido de la misma manera la autonomía del arbitraje internacional, ni la necesidad de legislar específicamente sobre la materia.

Los cuestionamientos que se derivan de esta dicotomía son planteados por estos autores en los siguientes términos: ¿Es necesario que los ordenamientos jurídicos nacionales reglamenten el arbitraje internacional de manera diferente al doméstico? ¿Lo que es bueno para el arbitraje interno es bueno para el internacional? Las condiciones y necesidades que alientan el tratamiento diferenciado del arbitraje internacional, ¿no son también las que deben orientar el desenvolvimiento del arbitraje interno?

Un primer acercamiento al tema lo podemos encontrar en la exposición de motivos de la Ley Española de Arbitraje, la cual se expresa sobre el particular en los siguientes términos:

---

17 Merino Merchán & Chillón Medina, op. cit., 910.

(...) en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general<sup>18</sup>.

Valga anotar que la normativa española en comento fue impulsada tras una serie de consideraciones relativas a que el derecho interno, no unificado, se consideraba inadecuado desde el punto de vista técnico para regular las relaciones del tráfico mercantil internacional. Esta visión tuvo en José Carlos Fernández Rozas<sup>19</sup> a uno de sus exponentes, quien expresó, en uno de sus textos, lo siguiente: “*Los desarrollos sectoriales del arbitraje en España, por su fuerte incidencia del poder público, vacían de contenido la institución no aportando en la práctica las suficientes garantías a las partes en litigio. Dicha tendencia ha de ser corregida a través de una reglamentación de carácter general. Si esto es así en el plano interno, la actual situación del arbitraje en España no se acomoda a las necesidades del tráfico externo*”.

Ahora bien, resulta evidente que existen algunos aspectos del arbitraje internacional y del arbitraje interno que no podrían tratarse ni medirse con el mismo rasero, ya que los intereses y las condiciones que dan origen a uno y a otro son diferentes, en su naturaleza. Ejemplo de ello puede ser lo relativo al tratamiento del

18 Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado No. 309, 46098 (26 de diciembre del 2003).

19 José Carlos Fernández Rozas, *La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro*, III Revista de la Corte Española de Arbitraje, 29-52 (1986).



orden público<sup>20</sup> y el que se le da a los recursos de apelación o de anulación de los laudos arbitrales<sup>21</sup>.

De lo anteriormente expuesto, es posible evidenciar dos visiones sobre el debate de la dicotomía que se podrían resumir en los siguientes términos:

La primera, fundada en el concepto de la autonomía del arbitraje internacional, en la que el debate no consiste en contraponer monismo a dualismo sino en establecer hasta qué punto una determinada legislación de arbitraje internacional, tiene más o menos efectos derogatorios de la regulación de arbitraje doméstico<sup>22</sup>. El problema, así planteado, supone la implantación de un baremo a las normas de arbitraje internacional para determinar el nivel de autonomía logrado respecto del arbitraje local en ese específico marco regulatorio.

La segunda, en el que el modelo legislativo (monista o dualista) tampoco es el centro de debate, que se concentra en discutir hasta qué punto las normas de arbitraje nacional acogen una mayor o menor cantidad de estándares propios del arbitraje internacional. Esta visión cobra especial protagonismo en aquellos entornos en que la visión del arbitraje doméstico es supremamente rigorista y procesalista, al punto de considerar que, por ejemplo, la libertad configurativa del procedimiento arbitral es un elemento propio del arbitraje internacional y no un órgano vital de la figura misma<sup>23</sup>.

## **II. FACTORES INCIDENTES EN LA EXCESIVA FORMALIZACIÓN DEL ARBITRAJE**

A lo largo de la primera parte de este escrito hemos observado cómo la concepción de la naturaleza del arbitraje y la dicotomía entre arbitraje doméstico e internacional tienen un grado de incidencia relativo a la hora de explicar el fenómeno de la excesiva formaliza-

---

20 Jean Robert, *L'arbitrage: Droit interne – Droit international Privé*, 6ª ed., Dalloz, París, 310-318 (1993).

21 Merino Merchán & Chillón Medina, op. cit., 911.

22 Ibid., 907.

23 Fernando Mantilla Serrano entiende como elementos para identificar una regulación arbitral como adecuada, los siguientes: 1) validez y eficacia del convenio arbitral; 2) amplios poderes a los árbitros; 3) intervención judicial solo como apoyo al arbitraje; 4) intangibilidad del laudo arbitral. Fernando Mantilla Serrano, *La Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 29 (2005).



ción de la figura que tiene lugar en ciertas latitudes. En efecto, aun en escenarios comparativos en los que contraponemos ordenamientos jurídicos en los que predomina una visión ecléctica sobre la naturaleza del arbitraje, el contenido regulatorio y la práctica arbitral pueden variar significativamente entre estos. En el mismo sentido, podemos afirmar que la estructura de la normativa arbitral de un estado, en cuanto a la forma en como se aborda la regulación del arbitraje nacional e internacional, no necesariamente es indicativa de que el sistema esté más o menos cerca del cumplimiento de “estándares” deseables.

Procederemos ahora a estudiar una serie de fenómenos que consideramos pueden tener una mayor relevancia a la hora de explicar por qué, en algunos escenarios, el arbitraje no cumple satisfactoriamente con características que la doctrina le atribuye y que se consideran inherentes a este, tales como su universalidad, eficacia, flexibilidad, celeridad y economía, entre otros<sup>24</sup>. Estos tópicos son: la constitucionalización, la judicialización y la procesalización del arbitraje.

### **A. La constitucionalización del arbitraje<sup>25</sup>**

La inclusión de la constitucionalización del arbitraje en un apartado del texto que supone connotaciones negativas puede sorprender a aquellos que vislumbran la figura como una manifestación de particular carácter jurisdiccional y a los árbitros como verdaderos administradores de justicia. En este entendido, elevar al rango

24 Martin Domke, *Commercial arbitration*. Englewood Cliffs, Prentice Hall Inc., New Jersey (1965).

25 El tema fue tratado en el III Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latinoamericanos realizado en la ciudad de Bogotá en el mes de septiembre del 2006. Los conferencistas y las temáticas abordadas fueron, en su orden: Alexis Mourre (“Los méritos de la ‘constitucionalización’ del procedimiento civil y del arbitraje”), Eugenio Hernández-Breton (“El significado constitucional del arbitraje en Venezuela”), Narciso A. Cobo Roura (“De lo real y aparente”), Francisco Victoria-Andreu (“Virtudes de la constitucionalización del arbitraje”), Enrique José Arboleda Perdomo (“La constitucionalización del arbitraje”), Eduardo Silva Romero (“De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”), Nicolás Gamboa Morales (“Constitución y arbitraje ¿Un nuevo campo de tensión?”), Cristián Conejero Roos (“La Constitución y el arbitraje internacional: ¿Hacia un nuevo lenguaje?”), Alfredo De Jesús O. (“El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismo jurídico”) y Octavio del Moral (“La constitucionalización del arbitraje en Panamá”).

constitucional una institución cuya incidencia en el desarrollo social resulta de tal trascendencia es, por decir lo menos, natural.

No obstante, para aquellos que atienden al innegable origen contractual del arbitraje y fundan su percepción desde una perspectiva prevalentemente privada y de alcance particular, su incorporación en los textos constitucionales pareciera derivar en una incómoda asociación a un área completamente ajena a los preceptos que cimentan la figura.

Ahora bien, en el entorno latinoamericano<sup>26</sup> podemos encontrar abundante literatura en relación con la constitucionalización del arbitraje, dado que dicho fenómeno se encuentra presente en un sinnúmero de ordenamientos, tanto por la inclusión de la figura por vía

26 Alfredo de Jesús O., en su artículo titulado “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, enumera una serie de trabajos realizados sobre la materia, así: Hernández-Breton “Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”, en Irene de Valera, Coord., *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Serie Eventos 18, Caracas, 21 (2005). J. A. Graham, *La figura mexicana del amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 4, Thomson, São Paulo, 100 (2004). O. Marzorati, *El Arbitraje y la Constitución Nacional*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, No. 7, 58 (2005). E. Zuleta Jaramillo, *Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration*, 18 *J. Int. Arb.*, 475 (2001). F. González de Cossío, *El árbitro, ¿Autoridad responsable para el juicio de amparo?*, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, 605 (2005). J. Santistevan de Noriega, R. J. Caivano & J. D. Rivarola Reisz, publicados en la *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2 (2006) (*Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje y Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje*, respectivamente). De Alfredo, De Jesús O. & J. D. Abanto Torres, en la *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 3 (2006) (*La Sala Constitucional y el arbitraje comercial, Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el Derecho venezolano y El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*, respectivamente). de A. Wald y R. Garcia da Fonseca, en la *Revista Arbitragem e Mediação*, No. 13 (2007) (*O mandado de segurança e a arbitragem*). De A. De Jesús O., en la *Revista Arbitragem e Mediação*, No. 14 (2007) (*The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela*); de J. C. Fernández Rozas, en la revista mexicana *Cuestiones Constitucionales*, No. 16 (2007) (*La Constitución mexicana y el arbitraje comercial*). De J. Santistevan de Noriega, en la *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 4 (2007) (*Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral in toto*). Alfredo De Jesús O., *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*, en Evelio Verdera Y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., 2 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 1, IproLex, 29-80 (2009).

directa en el texto constitucional<sup>27</sup> o por el reconocimiento de esta como de categoría constitucional por cuenta de la jurisprudencia<sup>28</sup>.

Tal como lo señala Cristian Conejero Roos<sup>29</sup>, la relación entre las Constituciones Políticas de los países latinoamericanos y el arbitraje es de larga data y encuentra su origen en normativas anteriores incluso a la época de las independencias y en los textos constitucionales posteriores a ellas. En efecto, esta “ligazón” entre Constitución y arbitraje, sumada a una serie de consideraciones históricas, implicó que en algunos países de la región se renegara sobre el uso del arbitraje. Este fenómeno es aún perceptible en algunos Estados en los que el arbitraje es objeto de críticas que permiten desviar la atención sobre debates que son, en su esencia, de mayor relevancia en el campo de lo político, lo económico o lo social. No obstante lo anterior, esta tendencia no es del todo generalizada. En efecto, Bernardo Cremades y David Cairns<sup>30</sup> resaltan que a pesar de que es conocida la reputación “anti-arbitraje” que han tenido históricamente algunos países de América Latina, la adopción de leyes modernas y la ratificación de convenciones internacionales

27 Los textos constitucionales que en el escenario latinoamericano han reconocido el arbitraje son: Costa Rica, en la Constitución de 1949 (reformada), cuyo artículo 43 establecía que “*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente*”; Honduras, con la consagración del artículo 110 de la Constitución de 1982 (reformada), cuyo contenido rezaba que “*Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento*”; El Salvador, con la Constitución de 1983 (reformada), la cual en su artículo 23, asentó que “*Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles*”; Colombia, en el artículo 116 de la Constitución de 1991, que consagró que “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”; o la norma contenida en el artículo 202 de la Constitución de Panamá del 15 de noviembre de 2004, la cual dispone de forma similar a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la “*(...) administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales decidirán por sí mismos acerca de su propia competencia*”. En Fundación Estudios De Derecho Administrativo, *Compilación de las Constituciones Políticas*, Funeda, Caracas (1999). Se añade a este estudio los casos de Perú (arts. 62 y 63) y Paraguay (art. 248).

28 Francisco González De Cossío, *Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican Arbitration Statute*, 22 *Journal of International Arbitration*, No. 2, 163-166 (2005).

29 Cristian Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, en, Cristian Conejero Roos, et ál., Coords., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Legis, Bogotá, 57-108 (2009).

30 Bernardo Cremades & David Cairns, *El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores*, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, No. 17, 15-61 (2002).

sobre la materia han sido esenciales para superar esa reputación y han ayudado a que algunos de estos países alcancen los estándares impuestos por la economía global.

### **1. Posiciones en favor de la constitucionalización del arbitraje**

Como resulta evidente, la mayor cantidad de posiciones favorables al proceso de constitucionalización del arbitraje proviene de las mismas esferas constituyentes, legislativas y jurisdiccionales de los países que han optado por esta solución.

A manera de ejemplo, podemos señalar la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual dispuso:

*(...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (...). Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (...)*<sup>31</sup>.

En consonancia, la Corte Suprema de Justicia de ese país se ha pronunciado sobre el particular, en los siguientes términos:

*A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje*

---

31 Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453. Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000.

*y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial*<sup>32</sup>.

En el caso peruano, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional adoptó una posición intermedia, en el sentido de que la consagración constitucional de la figura no debía llevar aparejada una concepción jurisdiccional, lo cual determinaría unos alcances diferentes en cuanto a su tratamiento. La Comisión se pronunció en los siguientes términos: “*Se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación*”<sup>33</sup>.

No obstante lo anterior, el resultado último del proceso constituyente peruano optó por la constitucionalización y la “jurisdiccionalización” del arbitraje, al disponer, en el artículo 139, inciso 1, ubicado en el Capítulo VIII, Poder Judicial, lo siguiente: “*Artículo 139. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación*”.

Para Jaime David Abanto Torres<sup>34</sup> el texto constitucional peruano tiene un problema de “sistemática”. En su parecer, el arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, nada tiene que ver con la justicia ordinaria. Si bien considera positiva la inclusión de un artículo sobre medios alternativos de resolución de conflictos en el texto constitucional, el mismo, según su parecer, debería ubicarse en el capítulo de los derechos de la persona. En efecto, sostiene, la libertad es un derecho fundamental que se puede materializar en la voluntad libre que tienen las personas de solucionar sus conflictos y que tiene una estrecha vinculación con su dignidad. El acceso al poder judicial debería ser la última alternativa, aunque para muchos

32 Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sentencia del 17 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Luis Estella Morales Lamuño. Exp. No. 08-0763.

33 Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, *Lineamientos para una reforma constitucional*. Disponible en: [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate\\_constitucional/bases.htm](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm) (20 de mayo del 2012).

34 Jaime David Abanto Torres, *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 3, 137-194 (2006).

resulte la única. El llamado “interés para obrar”, así definido por Monroy Gálvez, tiene lugar cuando la persona ha agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional.

Otro sector de la doctrina peruana<sup>35</sup> considera que si bien la “híper-constitucionalización” del arbitraje puede traer más consecuencias negativas que positivas, la importancia del reconocimiento constitucional de la institución en el país suramericano ha permitido que el Tribunal Constitucional blinde al arbitraje de interferencias judiciales y de otro orden, como en el caso de las sentencias dictadas en los casos Cantuarias Salaverry y Algamaras.

En Colombia, la consagración del arbitraje en la Constitución Política de 1991 se constituyó en una novedad frente a la Constitución Política de 1886, la cual no preveía de manera expresa el arbitraje en su texto<sup>36</sup>. No obstante lo anterior, en términos de la Corte Suprema de Justicia, juez constitucional de la época, su constitucionalidad estaba plenamente sustentada en el artículo 60 de la Carta de 1886, en el que se incluía la expresión: “*y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley*”, ejercen poder judicial.<sup>37</sup>

En el proceso de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente optó por elevar el arbitraje a rango constitucional y por incluirlo como una modalidad de ejercicio jurisdiccional<sup>38</sup>. Esta tendencia se fortaleció con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y sus posteriores reformas llevadas a cabo en el 2010 y el 2012, así como por la reiterada jurisprudencia constitucional, dentro de la que podemos destacar los siguientes planteamientos:

*Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la*

35 Jorge Santistevan De Noriega, *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*, Revista Peruana de Arbitraje, No. 2, 15-66 (2006).

36 Cámara de Comercio de Bogotá, “La Constitucionalización del arbitraje”, en: Cámara de Comercio de Bogotá, *Notas de Arbitraje*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 137-172 (2008).

37 Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sentencia de 29 de mayo de 1969. Magistrado Ponente: Luis Sarmiento Buitrago.

38 Para consultar las diferentes ponencias que derivaron en el actual artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, ver: Mario Osorio, *Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Revista de Derecho Privado, No. 47, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1-47 (ene.-jun., 2012). Disponible en: <http://derechoprivado.uniandes.edu.co>

*Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales<sup>39</sup>.*

## **2. Posiciones en contra de la constitucionalización del arbitraje**

Jorge Santistevan De Noriega<sup>40</sup> se cuestiona sobre qué tan significativo es que el arbitraje esté reconocido constitucionalmente y qué tanto aporta este proceso para el desarrollo de este método de solución de controversias en el sistema jurídico de cada país. En estricto sentido, considera el autor que no lo es, alude al hecho de que ningún país europeo tiene semejante precepto constitucional sobre el arbitraje y que esta condición no ha impedido un desarrollo vigoroso de la institución. Menciona que tampoco lo tienen los países de Norteamérica, incluyendo los países de tradición anglosajona, ni los de Asia y África. En estos lugares del mundo, el arbitraje debe su funcionamiento al principio de libertad contractual y a entornos legales que favorecen su desarrollo.

En efecto, la no consagración de la figura en el texto constitucional no parece presentar desventaja alguna a la hora de su inclusión y efectivo desarrollo en el plano legal<sup>41</sup>. Tal es el caso, entre muchos otros, del ordenamiento español, en el que la Ley 60/2003, que regula lo relativo al arbitraje nacional e internacional,

39 Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

40 Jorge Santistevan De Noriega, *La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*, 3 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 1. Evelio Verdera Y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., IproLex 43-83 (2010).

41 Las discusiones sobre la constitucionalidad del arbitraje han tenido lugar tanto en países en donde se reconoce el arbitraje en la Constitución como en países en los que dicho fenómeno no opera. José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 300-311 (2008).



no encuentra referente o soporte alguno en la normativa superior. Sobre el particular, José Fernando Merino Merchán<sup>42</sup> critica con severidad aquellas posiciones que reniegan del arbitraje y claman por su inconstitucionalidad por el mero hecho de no existir mención de este en la Carta Política. En palabras del renombrado tratadista, la prescripción relativa a la exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado, se refiere a los diversos tipos de procesos judiciales, y el arbitraje no tiene un origen procesal en sí mismo sino que se funda en la inderogable autonomía de la voluntad de los ciudadanos como sujetos libres, lo que no implica su renuncia al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Santistevan De Noriega<sup>43</sup> se pregunta entonces ¿en qué radica la importancia del reconocimiento constitucional y cuáles son las diferencias prácticas entre los sistemas que constitucionalizan el arbitraje y en los que no? Desde su punto de vista, resulta apresurado proponer corolarios ya que no es posible concluir que el reconocimiento constitucional, per se, incentive o desincentive el arbitraje. No obstante lo anterior, refiere a la preocupación esgrimida por algunos autores como Eduardo Zuleta Jaramillo<sup>44</sup> y Fernando Mantilla Serrano, en cuanto a las consecuencias paralizantes que genera que la Constitución encuadre la figura en el marco de la jurisdicción oficial. De igual manera, recoge la posición de Fernando Cantuarias Salaverri y Roger Rubio, quienes a pesar de destacar el caso de la Constitución de Costa Rica como un evento particular en Latinoamérica, ya que en el texto superior la facultad de arbitrar se constituye en un derecho fundamental reconocido en el artículo 43 de la Carta Política, ello no necesariamente deriva en un adecuado desarrollo de la práctica arbitral.

De una manera más enfática, Alfredo De Jesús O.<sup>45</sup> alude al proceso de constitucionalización del arbitraje como parte de un fenómeno más amplio de constitucionalización de las diferentes

---

42 José Fernando Merino Merchán, *Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje*, en José Fernando Merino Merchán, Dir., *Curso de derecho arbitral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 21-50 (2009).

43 Jorge Santistevan De Noriega, op. cit., 47-48 (2010).

44 Eduardo Zuleta Jaramillo, *Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration*, en: 18 *Journal of International Arbitration*, No. 4, Kluwer Law International, 475-480 (2001).

45 Alfredo De Jesús O. *The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela*, 24 *Journal of International Arbitration*, Issue 1, Kluwer Law International, 69-79 (2007).



ramas de los derechos nacionales que ha venido entrabando la estabilidad de los sistemas de derecho civil por varias décadas. En su criterio, el problema de mayor envergadura consiste en que se ha venido reemplazando la legislación, como fuente primaria de derecho, por jurisprudencia constitucional, la cual es ampliamente conocida por su contenido político y sociológico, más que por su sustrato técnico-jurídico. En este orden de ideas, las controversias relativas al arbitraje no son resueltas por los estatutos legales sino por disposiciones de rango constitucional o, lo que es peor, por principios constitucionales definidos en las Cartas Políticas y en la jurisprudencia constitucional.

Para el citado autor, la constitucionalización del arbitraje solo puede ser vista como un fenómeno positivo en la medida en que las normas y los principios constitucionales sobre el particular sean vistos como meras guías de carácter político y no como normas supremas que puedan entrar en conflicto con otras de carácter infra-constitucional, como las normas especiales de arbitraje, y supra-constitucional, como los tratados internacionales sobre la materia.

Particularizando la problemática, Conejero Roos<sup>46</sup> encuentra que las consecuencias más preocupantes que se deducen del binomio Arbitraje – Constitución en América Latina, se pueden concretar en cuatro grandes manifestaciones:

- La búsqueda de protección efectiva de los derechos individuales y/o garantías fundamentales en el escenario arbitral. Dentro de esta categoría de decisiones, se refiere el caso *Corporación Tododabor, C. A. vs. Hageen-Daz International Shoppe Company, Inc.*, en el que una corte venezolana revisó un laudo arbitral extranjero, dictado conforme a las reglas AAA en Miami, a través de una acción constitucional de amparo con la que protegió los derechos de la parte venezolana.
- El establecimiento de limitaciones a la actuación del Estado y sus entidades fundadas en el poder del constituyente y/o en nociones difusas de interés público. Sobre este particular, invoca los siguientes casos: *Companhia Paranaense de Energia vs. UEG Araucaria Ltda (Brasil)*; *Eriday vs. Entidad Binacional Yacireta*

---

46 Cristian Conejero Roos, op. cit., 94.

(Argentina); y Venezolana de Televisión, C. A. vs. Elettronica Industriales SPA (Venezuela). Todos los casos anteriores dentro del marco de la nacionalización de contratos estatales.

- La aplicación de normas de orden constitucional a los árbitros, derivadas de la calificación de estos como jueces. Particularmente, la impugnación de sus decisiones por las vías por las que normalmente se atacan las decisiones de carácter judicial. Tal es el caso, nuevamente, de Venezolana de Televisión, C. A. vs. Elettronica Industriale SPA.
- La existencia de controles de carácter constitucional de las leyes, lo que implica que las disposiciones que tienden a regular los aspectos propios de la materia arbitral sean objeto de cotejo permanente a través de acciones encaminadas a obtener declaratorias de inconstitucionalidad por parte de los estamentos judiciales competentes. Tal es el caso, en materia de arbitraje internacional, de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, en la que el alto tribunal declara la exequibilidad condicionada del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 de 1996, contentivo de uno de los criterios de internacionalidad<sup>47</sup>.

De lo anterior podemos destacar que el proceso de constitucionalización afecta incluso las decisiones que se dictan en el escenario del arbitraje comercial internacional, pese al llamado principio de la autonomía que ha sido ampliamente defendido por la doctrina. Es el caso del ya citado Alfredo De Jesús O.<sup>48</sup>, para quien el arbitraje comercial internacional no debería someterse a las normas constitucionales ni a los mecanismos de la justicia constitucional de ningún país; en su criterio, los árbitros del comercio internacional se encuentran al margen de la justicia constitucional, no la ejercen ni se encuentran en contacto con ella, ya que no son órganos del Estado, menos aun tribunales constitucionales especializados<sup>49</sup>. El argumento, para De Jesús O., no es otro que el de la fuerza de la evidencia.

---

47 Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

48 Alfredo De Jesús O, op. cit., 75 (2009).

49 Roque J Caivano, *Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 107-153 (2006).

Ricardo Luque Gamero, *El arbitraje y el control de la constitucionalidad*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 5, 109-140 (2007).

## **B. Judicialización del arbitraje**

Como lo hemos esbozado tangencialmente, la constitucionalización del arbitraje trae aparejada una serie de consecuencias en cuanto al tipo de acciones y el grado de intervención judicial que se pueden desarrollar en una determinada jurisdicción. Este espacio de intervención resulta de una naturaleza diferente a aquel que se presenta por cuenta del funcionamiento mismo del arbitraje y su interacción con los procedimientos judiciales ordinarios, como lo veremos a continuación.

### **1. Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional**

En lo que respecta al derecho de amparo constitucional en el escenario arbitral, podemos identificarlo como una de las manifestaciones con mayor relevancia por sus consecuencias prácticas en el debate de la judicialización. Sobre el particular, son variadas las soluciones que ofrecen los derechos en Iberoamérica. Veamos algunos ejemplos:

En España, Estado cuya Carta Política no hace referencia alguna al arbitraje, el Tribunal Constitucional se ha resistido reiteradamente a controlar la actividad arbitral por vía del recurso de amparo, salvo que se sucedieren especiales circunstancias: en primer lugar, que se produzca una violación de un derecho fundamental y que dicha infracción sea advertida y denunciada por quien la padece; en segundo lugar, que la violación al derecho fundamental no haya sido reparada en sede de anulación pese a haber sido puesta en conocimiento del competente<sup>50</sup>.

En México, el juicio de amparo “*constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano*”. No obstante, sostiene Francisco González De Cossío<sup>51</sup>, que esta institución no es para todo y mucho menos para el árbitro que no es, en términos del derecho mexicano, una “autoridad responsable”, dado que no satisface los requisitos de la

50 José Fernando Merino Merchán, op. cit., 33 (2009).

51 Francisco González De Cossío, *El arbitraje y la judicatura*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México D.F. (2007).

definición legal, ni su función enmarca dentro de las interpretaciones extensivas que judicialmente se han hecho de esta figura. Ahora bien, una vez finalizado el trámite arbitral, todos aquellos actos emanados de los jueces (no de los árbitros) pueden ser recurridos mediante el juicio de amparo.

En Costa Rica, el recurso de amparo ha sido utilizado como una vía indirecta para impugnar actuaciones de tribunales arbitrales; sin embargo, esta posición no ha sido acogida por los magistrados constitucionales, que reiteradamente han denegado las acciones de amparo relacionadas con procesos arbitrales. En efecto, la Sala Constitucional ha establecido que la vía de amparo no es procedente para controlar las actuaciones y resoluciones arbitrales, dado que las leyes especiales sobre la materia contienen los remedios procesales necesarios y constitucionalmente pertinentes para ello; estando restringida la vía de amparo exclusivamente para temas de violación a derechos constitucionales. De esta manera, ha quedado definido el criterio de su no intervención en el arbitraje, fundado en el hecho de que esta es una figura cuya normatividad especial resulta suficiente para determinar la competencia de otros órganos judiciales que conocen y resuelven posibles violaciones legales que se deriven del laudo arbitral, siendo improcedente su reclamación ante esa jurisdicción especializada<sup>52</sup>.

En Colombia, tomando en cuenta las facultades y poderes de los árbitros, así como el alcance y la naturaleza de sus funciones desde el punto de vista constitucional y legal, la Corte Constitucional ha dispuesto reiteradamente que en virtud del artículo 86 de la Norma Superior, la acción de tutela o amparo constitucional puede ser ejercitada por cualquier persona, natural o jurídica, en todo momento y lugar, para perseguir la protección de sus derechos constitucionales fundamentales eventualmente vulnerados o amenazados por una autoridad pública. De igual manera, ha previsto la Alta Corporación, conforme al artículo 42 del Decreto 2591, la acción también procede contra particulares en cualquiera de los siguientes supuestos: (i) cuando estén encargados de la prestación de un servicio público, (ii) cuando su conducta afecte grave y directa-

---

52 Alberto Fernández López, *Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No. 8937 de 2011*, en Evelio Verdera Y Tuells & José Carlos Fernández Fernández Rozas, Eds., 4 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3, IproLex, 797-811 (2011).

mente el interés colectivo, o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. La procedencia de dichas acciones se prescribe para cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable<sup>53</sup>. Bajo estos presupuestos, no existe duda de que la tutela procede contra determinadas actuaciones u omisiones de los árbitros o de los jueces que tengan a su cargo resolver cuestiones relativas al arbitramento, como el recurso de anulación<sup>54</sup>.

En Chile, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el Proyecto de Ley sobre Regulación del Arbitraje Comercial Internacional, en el sentido de que los artículos relativos a la intervención de los tribunales en el arbitraje y a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, no excluían la posibilidad de que la Corte Suprema ejerciera las atribuciones constitucionales de control directo, correccional y económico sobre los tribunales, así como las acciones que contempla la Carta Política en favor de quienes puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales<sup>55</sup>.

En Venezuela, además de los casos previamente esbozados por Conejero Roos y que fueron objeto de referencia en el presente trabajo, la Sala Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que si bien el arbitraje conserva un carácter voluntarista y privado, que además no puede considerarse supeditado al poder judicial, cuando el asunto “interesa la jurisdicción venezolana”, entonces a los árbitros les corresponde imperativamente asegurar la integridad de la Constitución, so pena de que los laudos que no se adapten al sistema constitucional venezolano resulten inejecutables<sup>56</sup>.

En el caso del Perú, la situación no resulta del todo lejana a las experiencias de Colombia, Chile y Venezuela. En palabras de

53 Jorge Enrique Ibáñez Najar, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá (2009).

54 Alberto Zuleta Londoño, “La protección constitucional del arbitraje”, en Fernando Mantilla Serrano, Coord., *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, Legis, Bogotá, 67-99 (2007). Manuel José Cepeda Espinosa, “La Constitucionalización del arbitraje en Colombia”, en Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains & Fernando Mantilla Serrano, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 151-171 (2010).

55 Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 420, 25 de agosto del 2004.

56 Sala Constitucional. Sentencia 1393. Magistrado Ponente. J. E. Cabrera Romero. 7 de agosto de 2001.

Alfredo De Jesús O.<sup>57</sup>, refiriéndose a la Sentencia del 28 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional, este

*(...) no se ha limitado, como lo han hecho sus pares latinoamericanos, a manifestar, a través de gestos más o menos importantes, su hostilidad frente a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional. Por el contrario, ha elaborado una completa teoría constitucional del arbitraje para vehicular esa hostilidad. Es en este sentido que, partiendo de su teoría del “tránsito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho” en la que el respeto de las leyes formales no sería más que un “valorismo legalista” contrario al “principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución”, impone “una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado”. Al proceder de esta manera, llega al punto no sólo de afirmar que “la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución” sino que “la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes (...) sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en (...) la propia Constitución” y que es “de allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución”. Pero no es sólo eso, para el Tribunal Constitucional peruano “la jurisdicción arbitral (...) no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada”, por lo que “el árbitro o tribunal arbitral aparece (...) sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional.*

De lo anteriormente señalado, resulta evidente que la posibilidad de cuestionar resoluciones arbitrales por la vía del proceso constitucional en este país suramericano es incontrovertible.

## **2. Otros espacios de intervención judicial**

Precisa María Fernanda Vásquez Palma<sup>58</sup> que los efectos negativos del pacto arbitral derivan en la exclusión de la jurisdicción estatal para someter a su conocimiento ciertas controversias definidas por las partes, en aquellas materias que el ordenamiento jurídico permite. No obstante, la interacción entre el sistema arbitral y la justicia estatal es necesaria, pues si bien el primero es autónomo e

<sup>57</sup> Alfredo De Jesús O., op. cit., 45-46 (2009).

<sup>58</sup> María Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana*, en Evelio Verdera Y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., 3 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3, IproLex, 766-788 (2010).

independiente, ello no significa que los tribunales estatales queden completamente al margen de un procedimiento arbitral. *“Las relaciones entre los tribunales judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio donde el arbitraje no se presenta en ningún caso como una posición contraria a aquélla, ni como un ‘compartimiento estanco’, al contrario, entre ambas vías de resolución de conflictos existe un amplio abanico de posibilidades de interacción”*.

No obstante lo anterior, resulta evidente que esta interacción entre los sistemas debe plantearse en términos de colaboración, que permite un grado limitado de control, y no en el plano de la intromisión. En efecto, cuando existe un grado de intervención de la jurisdicción estatal que transgrede los límites deseables, el arbitraje se desnaturaliza y pierde su eficacia.

En el escenario latinoamericano, gran parte de las normativas de arbitraje internacional han consignado el principio de intervención limitada de los tribunales que propone la Ley Modelo de la Uncitral. Este principio supone que el legislador defina claramente las instancias en las cuales podrán intervenir los jueces, lo que genera mayores certezas a las partes y a los árbitros sobre el alcance de la interacción tantas veces referida. Adicionalmente garantiza, en cierta medida, la exclusión de cualquier poder residual que pudieran tener los tribunales en función de otras normas domésticas<sup>59</sup>.

No obstante lo anterior, para Paolo Di Rosa y Rafael Cox-Alomar<sup>60</sup>, en los últimos años se ha venido consolidando una cultura intervencionista de la judicatura latinoamericana en el escenario arbitral. Atribuyen esta cuestión a la poca “receptividad” que algunos jueces tienen respecto de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de la resolución de sus controversias. La poca difusión de la figura del arbitraje y el escaso conocimiento de algunos funcionarios judiciales y abogados sobre la materia, fomentan la utilización de las vías judiciales para evitar concurrir al trámite arbitral, impugnar los laudos o impedir su reconocimiento o ejecución. Más aun, consideran los mencionados autores que

59 Cristian Conejero Roos, op. cit., 90.

60 Paolo Di Rosa & Rafael Cox-Alomar, *El control judicial del arbitraje: ¿siempre tributario de un foro local?*, en Fernando Mantilla Serrano, Coord., *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, Legis, Bogotá, 241-251 (2007).



*“esto no sólo es atribuible al temor tanto de los jueces como de los abogados locales de perder protagonismo e influencia, e inclusive en el caso de estos últimos de perder trabajo, sino además al espectro de la corrupción como acicate para el intento de supeditar el arbitraje al plano legal local”.*

Sobre este particular, es preciso señalar que en América Latina los tribunales han abierto espacios de intervención que superan los límites deseables y que, incluso, versan sobre cuestiones diferentes a aquellas que las normativas definen en sus catálogos limitativos. Dentro del abanico de mecanismos que merece la pena resaltar, están: (i) las órdenes de paralización de los arbitrajes o *anti-arbitration injunctions*, (ii) las medidas cautelares para suspender procedimientos arbitrales, y (iii) el recurso de anulación cuando se le da un alcance no previsto en la normatividad especial.

Finalmente, es posible señalar que la “jurisdiccionalización” del arbitraje, normalmente a través de los textos constitucionales, ha abierto nuevos espacios de judicialización respecto del árbitro y su función. Ejemplo de ello es la procedencia de acciones disciplinarias contra estos operadores, en los términos en que normalmente proceden contra los integrantes de las jurisdicciones estatales; en el mismo sentido, este fenómeno ha abierto espacios de debate en relación con los llamados “conflictos de competencia” que involucran a tribunales de arbitramento y a jueces estatales, lo que presupone no solo el desarrollo de una función jurisdiccional por parte de los árbitros sino la inclusión misma de los tribunales de arbitramento dentro de la estructura de la rama judicial del Estado.

### **3. Procesalización del arbitraje**

Sobre la situación de la procesalización del arbitraje en América Latina, comentaba un autor ya referenciado en este texto:

*En un pasado no muy lejano los arbitralistas latinoamericanos de la época tuvieron que enfrentarse a los procesalistas quienes, con Código de Procedimiento Civil en mano, aseguraban que el arbitraje no era más que un procedimiento judicial especial más, lo que los llevaba al error de asimilar el árbitro a un juez y el laudo arbitral a una sentencia judicial con todas las consecuencias que de ello derivan. Esa discusión fue superada de forma favorable para el movimiento arbitralista. En esa época uno de los argumentos más simbólicos para justificar la autonomía del arbitraje frente al Derecho procesal era que el arbitraje ya no*



*se encontraba regulado en los códigos de procedimiento civil latinoamericanos. La discusión con los constitucionalistas, a falta de argumentos simbólicos, debe enfocarse más que nunca en el fondo del asunto. Las constituciones latinoamericanas han consagrado disposiciones relativas al arbitraje, ahora sólo queda interpretar su significado*<sup>61</sup>.

No obstante lo anterior, no es posible afirmar con absoluta certeza que los ordenamientos latinoamericanos se encuentren exentos del fenómeno de la procesalización. Por el contrario, el caso del arbitraje doméstico colombiano es uno de sus exponentes más representativos. Este sistema arbitral, dualista y constitucionalizado, parece reconocer en su cuerpo normativo la libertad de las partes para fijar reglas de procedimiento. No obstante, la infortunada jurisprudencia constitucional sobre el particular ha sido interpretada en el sentido de que dicha autonomía solo puede ser ejercida ante el vacío de la regulación, plagada de instituciones procedimentales y referencias al Código de Procedimiento Civil local<sup>62</sup>. Esta tradición excesivamente rigorista que ha marcado las tendencias del derecho arbitral colombiano en los últimos años, tiende a consolidarse en el proyecto de reforma legislativa que actualmente cursa en el Congreso de la República y que adopta la normativa unificadora para el caso del arbitraje internacional<sup>63</sup>.

Ahora bien, el escenario de la procesalización no parece ser una patología enquistada exclusivamente en el ámbito de algunos ordenamientos latinoamericanos. En efecto, la doctrina arbitral internacional ha denunciado prácticas que si bien no encuentran su fundamento en estructuras legislativas rígidas y formalistas, se han caracterizado por sus altos niveles de institucionalización y complejidad, a tal punto que la práctica no diverge en gran medida de la procedimentalización de la justicia estatal. Los partidarios de procesalizar el arbitraje utilizan de manera recurrente técnicas del litigio judicial en el procedimiento arbitral, trasladando así el derecho de defensa al arbitraje, en la idea de que se debe evitar al

61 Alfredo De Jesus O., op. cit., 38 (2009).

62 Pablo Rey Vallejo & Y Tatiana González Abaunza, "El arbitraje y las nuevas tecnologías", en: Nelson Remolina Angarita, Coord., *Derecho y TIC 10.0*, Temis, Bogotá, 270-279 (2011).

63 Fernando Mantilla Serrano, *El anteproyecto de ley de arbitraje: entre Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en: Periódico Ámbito Jurídico, Editorial Legis S.A., Bogotá (26 de julio del 2011).

máximo la sorpresa de las partes con eventualidades imprevistas, situación que ha dado mayor carácter detallista al procedimiento<sup>64</sup>.

Por otro lado, el desarrollo del comercio internacional ha chocado con el fortalecimiento de las estructuras de los Estados y el resurgimiento de nacionalismos, lo que no ha permitido una unificación plena del arbitraje internacional ni una consolidación del concepto de autonomía respecto de los ordenamientos estatales. Las batallas judiciales que se libran en torno a los conflictos de jurisdicción han alejado al arbitraje de su tradicional concepción pacificadora y restablecedora de armonía<sup>65</sup>.

---

64 Bernardo Cremades, *Arbitraje y desarrollo económico mundial*, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación – Servilex*. Disponible en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php> (22 de mayo del 2012).

65 Merino Merchán & Chillon Medina, op. cit., 855.

## CONCLUSIONES

El estudio de la formalización del arbitraje en América Latina supone la necesidad de indagar sobre algunos debates de índole teórico y de política legislativa, a efectos de determinar el alcance que estos tienen en el desarrollo de la práctica arbitral en el continente. La polémica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje no es árida y sus manifestaciones en un determinado ordenamiento jurídico determinan ciertos rasgos característicos de la figura a la hora de su implementación. En el mismo sentido, las discusiones doctrinarias sobre monismo-dualismo parecen encontrar sustento en la contraposición de visiones más o menos conservadoras frente al tratamiento regulatorio del arbitraje nacional e internacional.

No obstante lo anterior, el presente estudio del estado del arte sobre la materia nos indica que de las posturas teóricas y las estructuras legislativas adoptadas por los Estados no pueden derivarse conclusiones definitivas sobre la manera en que funciona el arbitraje y su nivel de formalización.

Por otro lado, encontramos que sí es posible avizorar relaciones directas entre la excesiva judicialización y formalización del arbitraje con su proceso de constitucionalización, ya que para efectos de proteger derechos y garantías fundamentales, gran parte de las jurisdicciones de América Latina ha encontrado en las acciones de amparo o tutela constitucional el instrumento más valioso para la consecución de dicho fin.

En este mismo sentido, podemos afirmar que la regulación del arbitraje en varios de los casos estudiados dista de ser autosuficiente, ya que en la práctica se ha permitido que a través de mecanismos judiciales, que no son inherentes a la naturaleza de la figura, se abra la puerta para la intervención judicial en un plano que, lejos de ser colaborativo o de apoyo a los tribunales arbitrales, adquiere visos de intervencionismo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, 3a ed., Sweet and Maxwell, Londres (1999).
- Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje*, Legis, Bogotá (2006).
- Emmanuel Gaillard & John Savage, Eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer Law International, La Haya (1999).
- Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México D.F. (2011).
- Francisco González de Cossío, *El arbitraje y la judicatura*, 1ª ed., Porrúa, México D.F. (2007).
- Fernando Mantilla Serrano, *La Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid (2005).
- Gilberto Peña Castrillón & Néstor Humberto Martínez Neira, *Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis S.A., Bogotá (2008).
- Jaime Guasp, *El Arbitraje en el derecho español: su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona (1956).
- Jean Robert, *L'arbitrage: Droit interne – Droit international Privé*, 6a ed., Dalloz, París (1993).
- Jorge Enrique Ibáñez Nájara, *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá (2009).
- Jorge Hernán Gil Echeverry, *Nuevo régimen de arbitramento: manual práctico*, 4 ed., Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá (2010).
- José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid (2008).
- José F Merino Merchán & José Ma. Chillón Medina, *Tratado de derecho arbitral*, 3 ed., Editorial Aranzadi S.A. – Cizur Menor, Navarra (2006).
- Julian Lew, Loukas Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya (2003).
- Martin Domke, *Commercial arbitration*, Englewood Cliffs – Prentice Hall, Inc., New Jersey (1965).

### Contribuciones en obras colectivas

- Alberto Zuleta Londoño, “La protección constitucional del arbitraje”, en: Fernando Mantilla Serrano, Coord., *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, Legis, Bogotá (2007).
- Cámara de Comercio de Bogotá, “La Constitucionalización del arbitraje”, en: Cámara

- de Comercio de Bogotá, *Notas de Arbitraje*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C. (2008).
- Carlos, Esplugues Mota, “Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso Latinoamericano”, en: Adriana Zapata De Arbeláez; Silvia Barona Vilar & Carlos Esplugues Mota, Dirs., *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2010).
- Cristian Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, en: Cristian Conejero Roos, et ál., Coords., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Legis, Bogotá (2009).
- José Fernando Merino Merchán, “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”, en: José Fernando Merino Merchán, Dir., *Curso de derecho arbitral*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2009).
- Manuel José Cepeda Espinosa, “La Constitucionalización del arbitraje en Colombia”, en: Rafael Bernal Gutiérrez, Yves Derains & Fernando Mantilla Serrano, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*, 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá (2010).
- Pablo Rey Vallejo & Tatiana. González Abaunza, “El arbitraje y las nuevas tecnologías”, en: Nelson Remolina Angarita, Coord., *Derecho y TIC 10.0*, Temis S.A., Bogotá (2011).
- Paolo Di Rosa & Rafael Cox-Alomar, “El control judicial del arbitraje: ¿siempre tributario de un foro local?”, en: Fernando Mantilla Serrano, Coord., *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, Legis, Bogotá (2007).
- Silvia Barona Villar, “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia,” en: Silvia Barona Villar, *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Aranzadi S.A. – Cizur Menor, Navarra (2007).

## Revistas

- Alberto Fernández López, *Algunos criterios relevantes sobre el arbitraje en Costa Rica tras la Ley No. 8937 de 2011*, Evelio Verdera y Tuells & José Carlos Fernández Fernández Rozas, Eds., 4 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3, IproLex (2011).
- Alfredo De Jesús O., *The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela*, 24 *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, Issue 1 (2007).
- Alfredo De Jesús O., *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*, Evelio Verdera Y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., 2 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 1, IproLex (2009).
- Bernardo Cremades, *Arbitraje y desarrollo económico mundial*, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación - Servilex*. Disponible en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-11.php> (22 de mayo del 2012).
- Caivano Roque J., *Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje*, *Revista Peruana de*

- Arbitraje*, No. 2 (2006).
- David Cairns Bernardo Cremades, *El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores*, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, No. 17 (2002).
- Eduardo Zuleta Jaramillo, *Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration*, 18 *Journal of International Arbitration*, No. 4, Kluwer Law International (2001).
- España: perspectivas de futuro*. III *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (1986).
- Francisco González De Cossío, *Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican Arbitration Statute*, 22 *Journal of International Arbitration*, No. 2 (2005).
- Fernando Mantilla Serrano, *El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral*, *Revista Jurídica Jurisconsulta: Aspectos cruciales del arbitraje*, No. 5, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá (2002).
- Jorge Santistevan De Noriega, *La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*, Evelio Verdera y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., 3 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 1, IproLex (2010).
- José Carlos Fernández Rozas, *La situación actual de arbitraje comercial*, en: Jaime David Abanto Torres, *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 3 (2006).
- Jorge Santistevan De Noriega, *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2 (2006).
- María Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana*, Evelio Verdera y Tuells & José Carlos Fernández Rozas, Eds., 3 *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3, IproLex (2010).
- Mario Osorio, *Arbitraje: un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, *Revista de Derecho Privado*, No. 47, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1-34 (ene.-jun., 2012). Disponible en: <http://derechoprivado.uniandes.edu.co>
- Ricardo Luque Gamero, *El arbitraje y el control de la constitucionalidad*, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 5 (2007)

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-347 de 1997. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviría Díaz.
- Corte Suprema de Justicia. Colombia. Sentencia de 29 de mayo de 1969. Magistrado Ponente: Luis Sarmiento Buitrago.
- Corte Suprema De Justicia De Venezuela. Magistrado Ponente: Luis Estella Morales

Lamuño. Sentencia del 17 de octubre de 2008. Exp. No. 08-0763.

Sala Constitucional. Sentencia No. 1.393, 7 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: J. E. Cabrera Romero.

Tribunal Constitucional. Sentencia No. Rol 420, 25 de agosto de 2004.

## **Exposiciones de motivos**

Boletín Oficial del Estado No. 309. Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, 26 de diciembre de 2003. p. 46098.

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lineamientos para una reforma constitucional. Disponible en: [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate\\_constitucional/bases.htm](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm) (20 de mayo del 2012).

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo del 2000.

## **Otros medios**

Fernando Mantilla Serrano, *El anteproyecto de ley de arbitraje: entre Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en: Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, Legis S.A. (26 de julio del 2011).