

Perspectiva constitucional del proceso judicial y arbitral

FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO
(Coordinador académico)

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
DEL PROCESO JUDICIAL Y ARBITRAL

COLECCIÓN
BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

La Colección Biblioteca Jurídica Uniandina se creó en el 2008.
Sus publicaciones se destacan por la variedad temática en las áreas de derecho privado, derecho público, derecho penal, derecho internacional, derecho procesal y teoría jurídica. Las obras que acoge son escritas, en su mayoría, por profesores de planta y cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Estos títulos se emplean, en gran parte, como textos-guía en las diferentes asignaturas que componen el pénsum del programa de Derecho de la Facultad.

COMITÉ EDITORIAL

Alfredo Pablo Rey Vallejo; Carlos Julio Giraldo Bustamante;
Diana Durán Smela; Juan Carlos Varón Palomino;
Mariana Bernal Fandiño; Renata Amaya González;
Sergio Carreño Mendoza; Mauricio Rengifo Gardezabal
y Marcela Castro Ruiz (directora de la colección).

FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO
(Coordinador académico)

**PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
DEL PROCESO JUDICIAL
Y ARBITRAL**



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Nombres: Arrázola Jaramillo, Fernando, autor, coordinador académico.

Título: Perspectiva constitucional del proceso judicial y arbitral / Fernando Arrázola Jaramillo (coordinador académico)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | xvi, 316 páginas : ilustraciones ; 16 x 23 cm. | Biblioteca Jurídica Uniandina

Identificadores: ISBN 9789587985306 (rústica) | 9789587985320 (e-book) | 9789587985313 (e-pub)

Materias: Derecho procesal | Constitucionalidad

Clasificación: CDD 347.05—dc23

SBUA

Primera edición: octubre del 2023

© Fernando Arrázola Jaramillo (coordinador académico)

© Pablo Rey Vallejo, María del Socorro Rueda Fonseca, Maia Ballesteros Jiménez, Eugenia Barraquer Sourdis, Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda, Liliana Otero Álvarez, David Ricardo Araque Quijano, Cindy Charlotte Reyes Sinisterra, Carolina Sierra Benavides

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.^a n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-530-6

ISBN *e-book*: 978-958-798-532-0

ISBN *e-pub*: 978-958-798-531-3

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.726>

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Samanta Sabogal

Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

Impresión:

Nomos Impresores S. A.

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 601 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Presentación	xv
--------------------	----

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL: ¿FACTOR DE TENSIÓN O DE DESARROLLO?

PABLO REY VALLEJO

Introducción	1
La constitucionalización del arbitraje: ventajas y desventajas	3
<i>Beneficios de la constitucionalización del arbitraje</i>	3
<i>Efectos nocivos de la constitucionalización del arbitraje</i>	6
Tratamiento constitucional del arbitraje en Colombia.....	8
<i>Primera etapa: la carta política de 1886</i>	9
<i>La Constitución de 1991</i>	12
Algunas experiencias del derecho constitucional iberoamericano: el arbitraje como derecho fundamental	14
<i>La asimilación “directa” en el texto constitucional</i>	16
<i>La asimilación “indirecta” del arbitraje como derecho fundamental</i>	26
<i>Procedencia de las acciones de amparo o tutela constitucional</i> ..	29
Conclusiones	32
Referencias.....	33
<i>Bibliografía</i>	33
<i>Jurisprudencia colombiana</i>	36
<i>Jurisprudencia extranjera</i>	36
<i>Legislación</i>	36

CAPÍTULO II

**EL DEFECTO FÁCTICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO

Introducción	39
La acción de tutela contra providencias judiciales	41
<i>Causales generales de procedibilidad</i>	41
<i>Causales especiales de procedibilidad</i>	46
El defecto fáctico	49
<i>Dimensión negativa y positiva</i>	50
<i>Defecto fáctico por omisión en el decreto o práctica de pruebas.</i>	51
<i>Defecto fáctico por ausencia de valoración del acervo probatorio</i>	55
<i>Defecto fáctico por valoración defectuosa del acervo probatorio</i>	58
<i>Concurrencia con defecto procedimental por exceso ritual</i> <i>manifiesto</i>	61
Conclusiones	65
Referencias	66
<i>Jurisprudencia</i>	66

CAPÍTULO III

**EL DESISTIMIENTO COMO FORMA ANORMAL DE TERMINACIÓN DEL
PROCESO Y LOS POSTULADOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA

MAIA BALLESTEROS JIMÉNEZ

Introducción	69
El desistimiento en la historia del proceso civil	72
<i>Forma clásica de terminación anormal del proceso</i>	72
<i>Más del europeísmo: el desistimiento unilateral y bilateral</i> <i>y la difamación judicial</i>	79
<i>El desistimiento como figura autocompositiva en el foro</i> <i>tradicional</i>	84
<i>Diferencias entre el desistimiento y el desistimiento tácito</i>	87

<i>Recepción en las distintas reformas procesales del derecho procesal colombiano</i>	88
Conclusión	105
Referencias.....	108
<i>Bibliografía</i>	108
<i>Jurisprudencia</i>	109

CAPÍTULO IV

EL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ANÁLISIS POSTERIOR A LA SENTENCIA C-443 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DEL 2019

EUGENIA BARRAQUER SOURDIS

Introducción	111
Contenido.....	111
Conclusión	128
Referencias.....	128
<i>Bibliografía</i>	128
<i>Jurisprudencia</i>	128
<i>Legislación</i>	129

CAPÍTULO V

IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL RECURSO DE APELACIÓN ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

RICARDO ANDRÉS RICARDO EZQUEDA

Introducción	131
Contextualización: un breve repaso por el trámite del recurso de alzada contemplado en el CGP y las modificaciones introducidas por el Decreto 806 del 2020 y la Ley 2213 del 2022	133
<i>Trámite de apelación de autos</i>	134
<i>Trámite de apelación de sentencias</i>	139
<i>Cambios introducidos por el Decreto Legislativo 806 del 2020 y la Ley 2213 del 2022: la legislación extraordinaria fruto de la pandemia originada por el SARS-COV-2</i>	151

Impacto de la jurisprudencia constitucional en el sistema de apelación regulado en el Código General del Proceso	157
<i>La carga de sustentación de la apelación ante el juez de segunda instancia: el debate de las salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia</i>	157
<i>La Corte Constitucional y la carga de sustentación de la alzada ante el ad quem</i>	159
<i>Cumplimiento del fallo de unificación de la Corte Constitucional</i>	163
Conclusiones	165
Referencias	166
<i>Bibliografía</i>	166
<i>Jurisprudencia</i>	166
<i>Legislación</i>	168

CAPÍTULO VI

LAS FACULTADES OFICIOSAS DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LILIANA OTERO ÁLVAREZ

Introducción	169
Noción	169
Características	171
Fines	173
Límites	177
Principio dispositivo y técnica de casación	180
Evolución	182
Las facultades oficiosas	184
<i>Causales distintas a las invocadas</i>	184
<i>Separación e integración de cargos</i>	187
<i>Cargos incompatibles</i>	189

<i>Selección del trámite</i>	190
Conclusiones	194
Referencias.....	195
<i>Bibliografía</i>	195

CAPÍTULO VII

LA TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES: ¿ES SUFICIENTE LA INTERVENCIÓN DE LOS JUECES PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LOS TRÁMITES ARBITRALES?

DAVID RICARDO ARAQUE QUIJANO

Introducción	197
La intangibilidad de los laudos arbitrales.....	200
<i>El principio general: breve referencia a la regulación en Colombia</i>	201
<i>La intangibilidad de los laudos arbitrales desde la óptica de otras jurisdicciones</i>	205
<i>Conclusión</i>	215
La tutela contra laudos arbitrales.....	215
<i>Las limitaciones normativas al control del laudo arbitral a través del recurso de anulación</i>	215
<i>El intento por ampliar la revisión de los laudos arbitrales —o las sentencias de anulación— por cuestiones de fondo a través de la acción de tutela</i>	219
<i>Conclusión</i>	240
Conclusión general: ¿es necesaria una reforma normativa para incluir causales de anulación del laudo arbitral fundamentadas en los defectos sustantivos y fácticos?.....	241
Referencias.....	242
<i>Bibliografía</i>	242
<i>Jurisprudencia</i>	244
<i>Legislación</i>	247
<i>Decisiones extranjeras</i>	247

CAPÍTULO VIII

**ASPECTOS PROBATORIOS CRÍTICOS RESPECTO DE LA REGULACIÓN
NORMATIVA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN COLOMBIA:
¿UN TEMA DE INTERÉS PARA EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y/O
CONVENCIONAL?**

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA

Introducción	249
Las medidas cautelares como una herramienta constitucional convencional para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva	252
Concepto	253
Las consecuencias que han generado la exigencia del <i>fumus bonis iuris</i> y del <i>periculum in mora</i> para la adopción de medidas cautelares innominadas en Colombia	261
La formulación de una nueva premisa normativa respecto a la adopción de medidas cautelares innominadas en el proceso civil en Colombia	264
Conclusiones	268
Referencias	272
<i>Bibliografía</i>	272
<i>Jurisprudencia</i>	275
<i>Legislación</i>	275

CAPÍTULO IX

**LA SUPRESIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL
PROCESO MONITORIO: UNA PARADOJA CONSTITUCIONAL DE LA
SENTENCIA C-031 DEL 2019**

CAROLINA SIERRA BENAVIDES

Introducción	277
La tutela judicial efectiva: un derecho fundamental de contenido procesal	279

Regulación y finalidad del proceso monitorio.....	284
Ataques al proceso monitorio en la jurisprudencia constitucional colombiana: el problema de las notificaciones	288
Las demandas de inconstitucionalidad relacionadas con el proceso monitorio.....	292
Análisis de la Sentencia C-031 del 2019.....	295
<i>Recuento de los antecedentes e intervenciones</i>	295
<i>Recuento de las consideraciones de la Corte</i>	298
Conclusiones	306
Referencias.....	308
<i>Bibliografía</i>	308
<i>Jurisprudencia</i>	309
<i>Legislación</i>	309
<i>Actos administrativos</i>	310
Sobre los autores	311

PRESENTACIÓN

FERNANDO ARRÁZOLA JARAMILLO

El libro *Perspectiva constitucional del proceso judicial y arbitral* es un proyecto originado en el Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y su contenido es el resultado del trabajo realizado por profesores de planta y cátedra de la misma facultad. Constituye un emprendimiento colectivo tanto de docentes como de abogados litigantes, y pretende plantear múltiples problemáticas de gran actualidad que evidencian la creciente constitucionalización del proceso judicial colombiano.

El ordenamiento jurídico en Colombia ha realizado una clara transición de la interpretación taxativa y literal de las normas legales, bajo el imperio de la Constitución Política de 1886, a una interpretación sistemática de las mismas que se ajuste a los principios y valores en los que se funda la Constitución Política de 1991. Las leyes conservan su carácter como fuentes formales de derecho, pero cada vez más las normas constitucionales son consideradas las verdaderas depositarias del pacto social entre los asociados. El fenómeno de la constitucionalización del derecho se materializa de manera incontrovertible cuando la interpretación o aplicación de una norma legal no es posible llevarla a cabo sino de conformidad con los principios y valores consagrados en las normas constitucionales. Lo anterior, si bien puede originar alguna afectación al principio o valor de la seguridad jurídica, ha significado un importante avance en cuanto a la vigencia de los principios en los que se funda nuestra carta fundamental.

La constitucionalización del proceso judicial colombiano puede evidenciarse en cada uno de los actos procesales que lo integran, sin embargo, el control constitucional propiamente dicho se da principalmente a través de dos mecanismos constitucionales: la acción de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y siguientes de la Constitución Política, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Constitucional; y

la acción de tutela, la cual ha sido consagrada para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando aquellos han sido vulnerados o amenazados por alguna acción u omisión de autoridad pública o de un particular, y cuyo trámite corresponde a todos los jueces de la república según unas reglas especiales de competencia establecidas para el efecto.

Las normas legales que regulan los procesos judiciales y arbitrales han sido objeto de acciones de inconstitucionalidad en algunas ocasiones, así como el trámite de los procesos se ve afectado con alguna frecuencia por acciones de tutela que interponen los sujetos procesales al considerar contrarias a la Constitución diversas actuaciones adelantadas en estos. Las decisiones adoptadas en las referidas acciones de inconstitucionalidad o de tutela, si bien pueden resultar polémicas en algunos casos, dan lugar a interesantes debates académicos y sirven de inspiración para la elaboración de escritos como los que se presentan en esta obra, nutriendo la doctrina y convirtiéndose en elementos de reflexión para los estudiosos en la materia. El análisis de estos fallos se ha convertido en un insumo fundamental para el ejercicio profesional y constituye una fuente de derecho de obligada consulta, pues fija directrices y criterios de aplicación de normas procesales y sustanciales en el debate judicial. No resulta posible para los abogados ejercer el derecho ante los estrados judiciales sin entender a cabalidad el fenómeno de la constitucionalización del derecho.

El presente libro pretende convertirse en material de reflexión y consulta para abogados, funcionarios judiciales y estudiantes de Derecho, en la medida en que, a través del análisis de diversas e interesantes problemáticas del proceso judicial, expone de manera clara y contundente el fenómeno de la constitucionalización del derecho procesal, y la necesidad de comprender el papel determinante que hoy tiene el derecho constitucional en los asuntos del proceso. Es nuestro deseo que la presente obra pueda cumplir ese propósito.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL: ¿FACTOR DE Tensión O DE DESARROLLO?*, **

PABLO REY VALLEJO

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho privado es un fenómeno que se ha caracterizado por hacer evidentes unas tensiones profundas entre la autonomía privada y el interés general, lo que invita a realizar reflexiones transversales entre la libertad individual y los valores colectivos de la sociedad. Es aquí donde los principios de la autonomía contractual se fusionan con un cuerpo de normas imperativas que sustentan la organización misma del Estado¹.

Para los efectos de este escrito resulta merecedor de especial atención la constitucionalización del derecho procesal, dada la innegable cercanía que existe en nuestro país entre el arbitraje y esta particular área del derecho. Así, en un determinado sistema jurídico en el que se reconocen el acceso a la administración de justicia y el debido proceso como derechos constitucionales fundamentales y, a la vez, los tribunales arbitrales desempeñan funciones jurisdiccionales y los laudos se asemejan

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.727>.

** El presente capítulo forma parte integral de la tesis doctoral elaborada por el autor para el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

¹ Alexis Mourre, “Los méritos de la ‘constitucionalización’ del procedimiento civil y del derecho del arbitraje”, en *Constitucionalización del derecho privado: Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, de Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé, Paulina Andrés y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Universidad del Rosario/Convenio Andrés Bello, 2007).

a sentencias judiciales, resulta inescindible la relación entre el derecho constitucional y este específico mecanismo de solución de controversias.

En este orden de ideas, los vínculos entre arbitraje y Constitución se fundan en el hecho de que aquel se inscribe en el derecho de acceso a la administración de justicia y a los órganos del sistema nacional que la ponen en marcha². No obstante, es de anotar que en múltiples jurisdicciones el arbitraje no forma parte de dicha estructura, por lo que el análisis de esta problemática puede variar de un sistema jurídico nacional a otro, según las fórmulas constitucionales, legales y reglamentarias que lo consagran.

Dicho lo anterior, un análisis que trascienda el sistema nacional requiere tomar en cuenta las múltiples fórmulas existentes en la regulación del arbitraje y el impacto que dichas consagraciones imprimen a su práctica e instrumentación. En tal sentido, en el presente capítulo se analizará el contexto constitucional del arbitraje en Colombia, así como de algunos sistemas jurídicos latinoamericanos. Este estudio, así logrado, permitirá forjar una perspectiva más amplia sobre la relación entre el arbitraje y los textos fundamentales que supere la visión que desde más de treinta años ha soportado nuestro sistema jurídico nacional.

Es de resaltar que la relación entre las cartas políticas de los países de Latinoamérica y el arbitraje es de vieja data y en esas experiencias se han hecho patentes las tensiones entre el Estado, el orden público y la autonomía privada, lo que ha derivado, en algunos casos, en críticas al fomento del arbitraje³. Ahora bien, también se insiste en que la reputación “antiarbitraje” de algunos países de América Latina ha sido superada mediante la adopción de leyes modernas y la ratificación de convenciones internacionales que han sido esenciales para superarla⁴.

² Eugenio Hernández-Bretón, “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”, en *Constitucionalización del derecho privado: Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Américains*, de Christian Larroumet, Sebastián Ríos Labbé y Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 578.

³ Cristian Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: Un panorama general”, en *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, coordinado por Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila (Bogotá: Legis, 2009).

⁴ David Cairns y Bernardo Cremades, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 17, n.º 2002 (2002): 15-62.

Por otro lado, más adelante se demostrará que constitucionalizar el arbitraje no es el único vehículo para reconocerlo y validarlo en un determinado ordenamiento jurídico. Por el contrario, su incorporación en los textos constitucionales no es en absoluto necesario para darle plena eficacia y operatividad en los textos legales y reglamentarios. Su exclusión de una Constitución Política no deriva en su inexequibilidad, pues se trata de una figura cuyo fundamento es, primordialmente, la libertad económica y contractual.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS

El hecho de que un texto constitucional reconozca el arbitraje de manera expresa, bajo una fórmula específica (jurisdiccional, contractual, como derecho fundamental, etc.), resulta determinante para su desarrollo práctico. Así mismo, resultará factor determinante en la postura que debe asumir la jurisdicción constitucional para favorecer o restringir su autonomía, esto es, su mayor o menor dependencia de otros campos del derecho, como, por ejemplo, el procesal. Así, el desarrollo práctico del arbitraje como un mecanismo jurisdiccional o contractual es consecuencia de las formas en las que un ordenamiento jurídico lo concibe y en esto juega un papel primordial el sistema constitucional.

Beneficios de la constitucionalización del arbitraje

Como es evidente, son las mismas instancias constituyentes de los países que optan por reconocer el arbitraje en las cartas políticas quienes resaltan los beneficios de esta opción; en el mismo sentido, los legisladores y órganos jurisdiccionales que fundamentan sus decisiones en estos textos son quienes reconocen sus especiales bondades. Ejemplo de esto es la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se afirma:

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*⁵. (énfasis añadido)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de ese país, en sentencia del 17 de octubre del 2008, se pronunció sobre el particular así: “Desde una perspectiva histórico estructural del ordenamiento jurídico, la constitucionalización del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, es el resultado de la tendencia en el foro venezolano de reconocer al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos, lo cual se recogió en diversos textos legislativos” (aún antes de la entrada en vigor de la vigente Constitución).

A lo que añadió:

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 y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial⁶.

Por su parte, el constituyente peruano, que optó por reconocer el arbitraje en la carta política, dispuso en el artículo 139, inciso 1, capítulo VIII,

⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* n.º 5453. Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000.

⁶ Venezuela. Corte Suprema de Justicia, Expediente 08-0763, M. P. Luisa Estella Morales Lamuño, 17 de octubre del 2008.

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”.

Sin embargo, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, quien había visto con buenos ojos la “constitucionalización del arbitraje”, advirtió la inconveniencia de equiparar el arbitraje a una función jurisdiccional, 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”⁷.

Para algún sector de la doctrina peruana⁸, el texto constitucional referido evoca un problema “sistémico”. Si bien se considera positivo incluir un artículo sobre medios alternativos de resolución de conflictos en el texto constitucional, este debería formar parte del capítulo de los derechos de la persona dado que el arbitraje nada tiene que ver con la justicia ordinaria. En efecto, la autonomía que tienen las personas de solucionar sus conflictos, además de guardar una estrecha relación con la dignidad humana, se materializa en la libertad como derecho fundamental. En tal sentido, se añade, el acceso al poder judicial constituye, para algunos, la última alternativa, dado que el llamado “interés para obrar” opera cuando se han agotado todos los medios para satisfacer sus intereses.

Para Jorge Santistevan de Noriega, autor peruano que escribe en este contexto, la relevancia de la consagración constitucional del arbitraje ha permitido que el Tribunal Constitucional blinde esta institución de interferencias judiciales y de otra naturaleza, tal como sucedió en el caso *Cantuarias Salaverry y Algamarca*⁹.

⁷ Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, *Lineamientos para una reforma constitucional*, http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm

⁸ Jaime David Abanto Torres, “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 3 (2006): 137-194.

⁹ Perú. Tribunal Constitucional, *Caso Fernando Cantuarias Salaverry*, Expediente 6167-2005-PHC/TC, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados

Efectos nocivos de la constitucionalización del arbitraje

No obstante lo señalado anteriormente, para el citado autor una “hiper-constitucionalización” del arbitraje puede resultar contraproducente¹⁰. En tal sentido, reconoce que en los países europeos no se presenta este fenómeno y que esta circunstancia no ha impedido un desarrollo vigoroso de la figura. Es de anotar que tampoco los países de Norteamérica, incluyendo los de tradición anglosajona, ni los del Asia y África tomaron este camino, ya que el arbitraje se funda, principalmente, en el principio de libertad contractual y se desarrolla en entornos legales que favorecen su operatividad desde una perspectiva eminentemente práctica e instrumental, en el ámbito del derecho privado.

Ejemplo de esto es la Constitución española, que no contiene ninguna referencia a este método de solución de conflictos y su regulación se limita exclusivamente al escenario legal, más específicamente a la Ley 60 del 2003, que regula tanto lo relativo al arbitraje nacional como al internacional. Esta circunstancia ha desatado espacios para debatir la constitucionalidad del arbitraje en ese país, postura que no ha estado exenta de justificadas críticas¹¹. Los argumentos que llaman a la exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado solo puede circunscribirse al ámbito de los procesos judiciales, mientras que el arbitraje, que se funda en la inderogable autonomía de la voluntad de los ciudadanos para ejercer sus libertades, debe quedar por fuera de todo debate relativo al ejercicio de aquella función jurisdiccional exclusiva de los entes estatales¹².

García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con el voto discrepante en el Fundamento n.º 20, pero coincidente en el fallo, del magistrado Gonzales Ojeda.

¹⁰ Jorge Santistevan de Noriega, “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 3, n.º 1 (2010): 43-83.

¹¹ José Fernando Merino Merchán, “Fundamentos públicos y constitucionales del arbitraje”, en *Curso de derecho arbitral*, dirigido por José Fernando Merino Merchán (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 21-50.

¹² Las discusiones sobre la constitucionalidad del arbitraje han tenido lugar tanto en países en donde este se reconoce en la Constitución como en países en los que dicha circunstancia no opera. José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina* (Madrid: Iustel, 2008).

Así las cosas, conviene considerar la relevancia del reconocimiento constitucional expreso del arbitraje, así como profundizar en cuáles son las diferencias prácticas entre los sistemas jurídicos que optan por esta fórmula y los que no. Sin embargo, como lo veremos más adelante, podría considerarse apresurado llegar a conclusiones sobre si esta práctica, *per se*, redundaría en beneficios o afectaciones al arbitraje, especialmente en lo que hace al respeto por su autonomía¹³.

No obstante, este relativismo no es del todo compartido por la doctrina latinoamericana. Cabe resaltar, entre otros casos, algunas posturas expuestas por autores como Eduardo Zuleta Jaramillo¹⁴ y Fernando Mantilla Serrano, quienes ponen de presente algunos efectos “paralizantes” de la constitucionalización del arbitraje, especialmente cuando esta fórmula inserta el mecanismo en cuestión dentro del marco de la jurisdicción oficial y se produce así una frecuente y trombosa interacción entre los tribunales de arbitramento y las demás instancias del sistema judicial, por ejemplo, a través de las acciones de amparo o tutela constitucional.

Ahora bien, es necesario abordar el proceso de constitucionalización del arbitraje como parte de un fenómeno más extenso de constitucionalización de los derechos nacionales, cuya influencia en diversos aspectos del derecho civil, entre otros, ha resultado innegable. Para el tratadista venezolano Alfredo De Jesús O., el mayor inconveniente ha resultado ser el reemplazo de la legislación, como fuente primaria de derecho, por jurisprudencia constitucional impregnada de contenido político y sociológico, con limitado sustrato técnico-jurídico. Así, concluye, los debates propios del arbitraje no son resueltos por los estatutos legales sino por disposiciones y principios constitucionales definidos tanto en los textos superiores como en la jurisprudencia constitucional. Por consiguiente, según su criterio, la constitucionalización del arbitraje constituye un aporte positivo en la medida en que dichas disposiciones y principios se entiendan como unas guías de contenido político y no como disposiciones sustanciales que potencialmente entran en conflicto con las normas especiales de arbitraje y los tratados internacionales sobre la materia¹⁵.

¹³ Santistevan de Noriega, “La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú”.

¹⁴ Eduardo Zuleta Jaramillo, “Special Constitutional Action to Preserve International Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 18, n.º 4 (2001): 475-480.

¹⁵ Alfredo De Jesús O., “The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela”, *Journal of International Arbitration* 24, n.º 1 (2007): 69-80.

Finalmente, Christian Conejero Roos¹⁶ identifica algunos espacios de tensión derivados de la interrelación entre el derecho constitucional y el arbitraje en América Latina, que resume así: (1) la búsqueda de protección efectiva de derechos individuales o garantías fundamentales en el escenario arbitral por vía de acciones constitucionales de amparo dictadas, aun en contra de laudos extranjeros o decisiones provenientes del arbitraje internacional; (2) el establecimiento de limitaciones a la actuación del Estado y sus entidades, fundadas en el poder del constituyente así como en nociones difusas de interés público; (3) 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 providencias de carácter judicial; y (4) 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 acciones encaminadas a obtener declaratorias de inconstitucionalidad por parte de los estamentos judiciales competentes.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA

Si bien la práctica arbitral ha crecido exponencialmente en el país a lo largo de los últimos años, resulta difícil afirmar que dicho desarrollo haya tenido origen en la evolución del escenario constitucional y no por cuenta de los múltiples y fructíferos esfuerzos que han realizado los operadores arbitrales nacionales, especialmente los centros de arbitraje.

El panorama constitucional del arbitraje en Colombia no ha sido del todo homogéneo en el curso de nuestra historia reciente. Aun así se identifican dos grandes etapas en su evolución: la primera, bajo la carta política de 1886, en la que el arbitraje no se encontraba incorporado en el texto fundamental, y la segunda, que inició con la promulgación de la Constitución de 1991, en la que, acertada o desacertadamente, como se evalúa más adelante, la figura se incorporó en su texto.

¹⁶ Conejero Roos, “El arbitraje comercial en Iberoamérica: un panorama general”, 94.

Primera etapa: la carta política de 1886

Aunque el arbitraje no surgió en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, su consagración en la norma superior constituyó una novedad frente a la carta fundamental de 1886, en la que esta figura no se encontraba incorporada. No obstante lo anterior, para la Corte Suprema de Justicia, juez constitucional de la época, su constitucionalidad estaba plenamente sustentada¹⁷.

La mencionada corte, en decisión del 29 del mayo de 1969^[18], analizó el artículo 58 superior que definía la justicia como un servicio público a cargo de la nación. Y en varios apartados de este fallo reafirmó la visión contractualista del arbitraje, fundada en la decisión autónoma de los particulares de otorgar a los árbitros la facultad de resolver su conflicto con fuerza de sentencia. No obstante, señaló que la función jurisdiccional podían ejercerla no solo las cortes y tribunales existentes en la época, sino también aquellos otros órganos de similar categoría creados por la ley. En este sentido, las leyes 105 de 1931 y 02 de 1938, consagratorias del arbitraje, se constituyeron en un desarrollo de dicho presupuesto.

En este orden de ideas, a la luz del sistema jurídico imperante en el marco de la Constitución de 1886, es posible afirmar que este instrumento de solución de diferencias no contaba con unas características significativamente distintas a aquellas que se le atribuyen el día de hoy. En efecto, por cuenta de la referencia contenida en el texto superior y la jurisprudencia analizada, era permitido el ejercicio de función jurisdiccional a aquellos estamentos judiciales que la ley expresamente autorizara.

¹⁷ Cámara de Comercio de Bogotá, “La constitucionalización del arbitraje”, en *Notas de arbitraje* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá/Uniempresarial, 2008), 137-172.

¹⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 29 de mayo de 1969, M. P. Luis Sarmiento Buitrago, *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVII, n.º 2338, 58-68. En esta sentencia se declara la exequibilidad de los artículos 1214 y 1227 de la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil) y de la Ley 2.ª de 1938, “Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria”. Lo anterior, dada la solicitud de declaratoria de inexequibilidad presentada por Álvaro Copete Lizarralde por estimar que estas disposiciones violan el artículo 58 de la Constitución Política (1886), el cual consagra que la justicia es un servicio público a cargo de la nación, por lo que la institución del arbitramento sería inconstitucional.

Para la Corte, dentro de este último grupo se encontraban los tribunales de arbitramento, que, si bien contaban con unas características especiales, se ubicaban en un plano similar al de los tribunales y juzgados que formaban parte de la jurisdicción permanente, dado que su viabilidad estaba sustentada en la autorización constitucional para crear “tribunales y juzgados”.

Para algunos autores, la citada jurisprudencia significó un importante avance en cuanto a la visión contractualista de la figura, a pesar de haberse reafirmado la ubicación del arbitraje en el plano de los órganos judiciales creados por la ley. Para este sector de la doctrina, si se hubiese reiterado esta línea jurisprudencial, la práctica del arbitraje doméstico en Colombia sería hoy mucho más adecuada, y de esta manera otros sistemas de arbitraje de América Latina que replicaron el modelo colombiano se hubieran beneficiado¹⁹.

La visión contractualista del arbitraje, expresada en la sentencia del 29 de mayo de 1969, sufrió una serie de mutaciones dentro del mismo escenario constitucional, cuando, en sentencia del 21 de marzo de 1991, la Corte se desprendió de los parámetros y lineamientos trazados en el pronunciamiento de 1969. En esta última providencia, la Corte hizo un particular énfasis en la visión jurisdiccional del arbitraje y asimiló la función de los tribunales de arbitramento al ejercicio de derechos políticos, exclusivos de los ciudadanos colombianos²⁰.

Esta decisión le dio otra perspectiva a la visión primigenia que tenía el máximo órgano constitucional de la época sobre el arbitraje, en la cual se entendía que los tribunales de arbitramento tenían plena validez, por cuenta del mandato constitucional, de permitir a la ley crear tribunales y juzgados, pero que sus funciones estaban principalmente soportadas en la plena autonomía de la voluntad de las partes. Bajo esta premisa

¹⁹ Cámara de Comercio de Bogotá, “La constitucionalización del arbitraje”.

²⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Expediente 2227, M. P. Pedro Escobar Trujillo; marzo 21 de 1991. Esta providencia de la Corte Suprema de Justicia analiza la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Carlos Alberto Jáuregui contra el artículo 8.º del Decreto 2279 de 1989, “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares”. Según el accionante, esta norma quebranta los artículos 2.º, 10.º, 15 (en concordancia con los artículos 150, 155, 157 y 158), 16 y 58 de la Constitución nacional (1886), dado que permite a los extranjeros ejercer la administración de justicia. En ese sentido, la Corte declaró la inexequibilidad de la disposición bajo examen.

se dio al traste con la visión de que dichos tribunales no administraban justicia “en el nombre de la República de Colombia”, sino por cuenta de aquella manifestación libre, típicamente privada, a la cual el Estado soberano le atribuía una fuerza vinculante tal que el producto de su ejercicio, el laudo arbitral, se asimilaba a una decisión de carácter judicial.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de marzo de 1991, se pronunció en los siguientes términos:

En sentencia de 29 de mayo de 1969 (M. P. Luis Sarmiento Buitrago, *G. J.* tomo CXXXVII, número 2338, pág. 58), por la cual se declararon exequibles las normas legales a la sazón vigentes sobre procedimiento arbitral y cláusula compromisoria, la Corporación abordó el tema de la naturaleza del acto arbitral, aludiendo a las dos grandes posiciones que se han expuesto sobre el particular: la que lo considera como un acto jurídico de derecho privado, mediante el cual los involucrados en un litigio confían convencionalmente su solución a unos delegados particulares (delegación que se hace a la luz del contrato de mandato) y cuya decisión adquiere fuerza obligatoria por virtud del principio del respeto a la voluntad contractual [...] y la que lo concibe como un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente éste permite a los particulares, a saber, la de impartir justicia cuando las partes no pueden o no quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable. La Corte, en la sentencia de que se trata, se abstuvo de optar por una u otra teoría, con el considerando de que cualquiera de ellas fundamentaba la declaratoria de exequibilidad de las normas que en ese entonces se encontraban bajo su examen.

Y agregó: “Pero en esta ocasión la Corte estima imprescindible precisar la naturaleza de la función arbitral y de los actos arbitrales, ya que de ello depende, en su sentir, la definición sobre la exequibilidad o inexecutable de la norma acusada, como se verá”.

Posteriormente concluyó:

Un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales. [...] Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada en un

proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho.

El escenario descrito permite deducir que la visión contractualista o jurisdiccional del arbitraje y, por consiguiente, las consecuencias prácticas de su alineamiento en una u otra categoría, pueden surgir espontáneamente en un idéntico escenario de ausencia de consagración constitucional, por cuenta de la inclinación conceptual del máximo juez de la materia. Lo anterior se advierte y se reafirma con el hecho de que el contenido de las normas estudiadas en ambos casos, leyes 105 de 1931, 02 de 1938 y Decreto 2279 de 1989, respectivamente, no tuvo mayor incidencia en el sentido de las conclusiones adoptadas.

La Constitución de 1991

Los antecedentes jurisprudenciales inmediatos al proceso constituyente de 1991 fueron determinantes en las discusiones que sobre el arbitraje ocurrieron en el seno de la Asamblea Nacional que dio origen a la carta política de 1991.

Desde los primeros debates se observó la voluntad expresa de incorporar el arbitraje en el texto constitucional. En ese primer impulso, algunos de los artículos propuestos referían a la posibilidad de que los particulares interviniesen en la administración de justicia a través de las figuras de los “tribunales de conciencia” y de los “tribunales de conciliación o arbitramento”. Sobre estos últimos se recalcaba que podrían proferir fallos en equidad²¹.

En debates posteriores, los textos considerados evolucionaron en el sentido de atribuir al legislador una mayor libertad configurativa, ya que la posibilidad que tendrían los particulares de intervenir en la administración de justicia estaría dada en los términos en que determinara la ley²². En este mismo sentido, pero resaltando que dichos fallos tendrían

²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Comisión Cuarta, *Gaceta Constitucional*, n.º 81 (mayo 24 de 1991).

²² *Ibid.*, n.º 119 (16 de agosto de 1991).

un control judicial y no estarían sometidos exclusivamente a la equidad, se presentó una proposición sustitutiva que se debatió en el seno de la plenaria del estamento constituyente²³. Finalmente, y tras haber debatido sobre los posibles alcances indeseados de la norma, en cuanto a que esta otorgaría al legislador un marco regulatorio demasiado amplio, se adoptó una disposición que posteriormente se convertiría en el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se advertía sobre la posibilidad de que los particulares pudieran ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad²⁴.

En lo pertinente, el texto originalmente aprobado fue redactado en los siguientes términos: “ARTÍCULO 116. [...] 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”.

La citada norma fue modificada parcialmente por el artículo 1.º del Acto Legislativo n.º 03 del 2002, en el cual se incluyen como particulares habilitados para tal función a los jurados en causas criminales. Dicha complementación no tuvo incidencia alguna en lo que nos concierne.

Esta tendencia por elevar el arbitraje a rango constitucional y por incluirlo como una modalidad de ejercicio jurisdiccional se fortaleció posteriormente con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y luego con la reforma llevada a cabo en la Ley 1285 del 2009. En una primera instancia, el texto original de la Ley 270 de 1996 dispuso:

²³ Mario Osorio, “Arbitraje: Un caso en contra de la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (2012): 1-34, <http://derechoprivado.uniandes.edu.co>

²⁴ “Este proceso, cuya constitucionalidad se pretendió cuestionar sobre la base errada de que el Estado no puede delegar la administración de justicia, halla en la Constitución de 1991 el primero y más importante sustento legal que erradica toda discusión en torno al punto, cuando en el artículo 116 de la Carta se establece 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’, que en la actualidad, no son otros diversos a los señalados en la Ley 1563 de 2012”. Hernán Fabio López Blanco, *El proceso arbitral nacional* (Bogotá: Dupré Editores, 2013), 51

ARTÍCULO 13. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: [...] 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

La reforma adelantada en la Ley 1285 del 2009 trajo consigo una serie de modificaciones de gran relevancia en cuanto a la materia arbitral, y la posibilidad de las partes de escoger las reglas de procedimiento:

ARTÍCULO 6.º. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: [...] 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso.

Tomando en cuenta los presupuestos constitucionales arriba descritos, así como el desarrollo “cuasi-constitucional” que ha tenido la figura en el plano de la norma estatutaria, se procede a describir los presupuestos “marco” del arbitraje a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aún aplicable para la actual legislación contenida en la Ley 1563 del 2012, haciendo especial énfasis en las características que ostenta el arbitraje como mecanismo de carácter jurisdiccional y la consagración de herramientas de amparo o tutela constitucional para la protección de derechos fundamentales en este ámbito.

ALGUNAS EXPERIENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO: EL ARBITRAJE COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Constitucionalizar el arbitraje no es la única manera de reconocerlo como mecanismo válido y legítimo de solución de controversias, alternativo

al sistema jurisdiccional permanente. Como se verá más adelante, en algunos países europeos en los que el desarrollo del arbitraje ha resultado particularmente atractivo, los textos constitucionales no contienen referencia alguna a esta figura. Un ejemplo de esto es España.

Sin embargo, en la casi totalidad de los sistemas latinoamericanos el legislador superior optó por incorporar el arbitraje al texto fundamental²⁵. Ahora bien, como es evidente, los procesos constituyentes que han tenido lugar en el hemisferio derivaron en fórmulas de diferente índole, desde el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo de solución de controversias con carácter eminentemente jurisdiccional, en el que la función arbitral es asimilable a la de un juez, como en el caso colombiano, hasta aquellas en las que es entendido y tratado como un derecho fundamental del ciudadano que busca una alternativa efectiva al sistema judicial para terminar sus diferencias de carácter patrimonial.

Algunas constituciones latinoamericanas siguieron la pauta establecida por la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, que en su artículo 5.º establecía: “El derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus controversias por la vía del arbitraje no puede ser

²⁵ Los países que en el escenario latinoamericano han reconocido el arbitraje en los textos constitucionales 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: “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 consagró, en el artículo 116 de la Constitución de 1991, 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”; Panamá, en el artículo 202 de la Constitución del 15 de noviembre del 2004, 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”. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, *Compilación de las constituciones políticas* (Caracas: Editorial Funeda, 1999). Se añaden a este estudio los casos de Perú (arts. 62 y 63) y Paraguay (art. 248).

vulnerado por actos del poder legislativo”. En este mismo sentido, la Constitución de Cádiz de 1812 dispuso en su artículo 280 el derecho inalienable de los ciudadanos españoles de “terminar sus diferencias por medio de jueces-árbitros, elegidos por ambas partes”²⁶.

Ahora bien, la consagración del arbitraje como derecho fundamental puede derivarse de la misma literalidad del texto constitucional, o bien de la interpretación que los jueces encargados de desarrollarlo le hayan dado a la institución, pese a que en la norma fundamental no se haya empleado dicha fórmula. Dentro de los casos que podemos destacar para ilustrar la primera alternativa están las constituciones de Costa Rica, El Salvador y Honduras, mientras que, en casos como el venezolano, la carta no dispone una fórmula similar, pero su desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha llevado al arbitraje a una categoría de derecho fundamental.

Independientemente de lo anterior es necesario precisar que ninguna de estas alternativas puede garantizar que el funcionamiento del arbitraje, en la práctica, vaya a estar libre de intromisiones indebidas o que su efectivo ejercicio se encuentre plenamente asegurado. Por esta razón, a continuación se describirán algunas de las más importantes características del entorno del arbitraje como derecho fundamental en estos países, para posteriormente reflexionar sobre las consecuencias prácticas que han traído consigo este tipo de fórmulas.

La asimilación “directa” en el texto constitucional

El artículo 43 de la Constitución Política de Costa Rica reconoce el arbitraje como un derecho que ostentan las personas, y la jurisprudencia constitucional ha reconocido su aptitud como mecanismo voluntario y expedito para la solución de conflictos²⁷. El texto del mencionado artículo reza: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”.

²⁶ Hernández-Bretón, “Significado constitucional del arbitraje en Venezuela”.

²⁷ Carlos Gómez Rodas y Francisco Gómez Fonseca, “Costa Rica”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro*, dirigido por Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 309-333.

A primera vista, esta modalidad de constitucionalización del arbitraje parece constituir una fórmula en la que la visión contractualista prevalece sobre la jurisdiccional, por lo que, en principio, el fenómeno de la judicialización tendería a impactar el trámite en una menor medida. En efecto, la consagración del arbitraje como derecho y no como mecanismo “enquistado” en el sistema judicial aparece como una alternativa en la que su “fuerza” emerge de la autonomía de la voluntad, y en la que el sistema regulatorio se debe constituir en un mecanismo para lograr su plena efectividad. Sin embargo, esas conclusiones *prima facie* no pueden ser validadas sin realizar un análisis detallado de las normas imperantes y algunas decisiones judiciales, a partir de las cuales se identifiquen los verdaderos alcances del sistema, integralmente considerado.

Para estos efectos, es menester señalar que en este país centroamericano el entorno legal del arbitraje está compuesto por la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727 del 27 de diciembre de 1997), reglamentada en su capítulo IV por el Decreto Ejecutivo n.º 32152 del 27 de octubre del 2004 en lo que respecta al arbitraje doméstico, y por la Ley 8937 del 2011 en lo que se refiere a la regulación del arbitraje internacional.

Llama particularmente la atención el hecho de que en Costa Rica las normativas arbitrales han regulado de forma diversa el arbitraje doméstico y el internacional, y que el legislador asumió un marco normativo “generoso” en el ámbito del arbitraje con elementos extranjeros, fundamentalmente basado en la Ley Modelo de la CNUDMI. No obstante, en lo que respecta a la práctica arbitral doméstica, algunos autores han destacado la visión particularmente “judicializada” que existe del arbitraje, al punto que esta se ha extendido, incluso, al arbitraje internacional.

Sobre el particular, Eduardo Silva Romero, exconsejero adjunto, consejero y secretario general adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), escribió:

En América Latina, y en Costa Rica en particular, el arbitraje doméstico y el procedimiento judicial se regulan por normas muy similares e impregnadas de un gran formalismo. Los tribunales y los practicantes del arbitraje en estos países, en consecuencia, acostumbran a que en el arbitraje, tanto doméstico como internacional, se apliquen las formas procesales, algunas veces en extremo rígidas, del proceso judicial [...]