

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO CAMPO JURÍDICO:  
HACIA UNA COMPRENSIÓN DE LAS CONTRADICCIONES DEL SISTEMA A  
PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE  
JUSTICIA.

LAURA ALEJANDRA GUARNIZO CASCAVITA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA  
FACULTAD DE DERECHO  
Bogotá 2019



El arbitraje comercial internacional como campo jurídico; hacia una comprensión de las contradicciones del sistema a partir del derecho fundamental de la administración de justicia.

Monografía de Grado

Presentada como requisito para optar al título de Abogada

Presentado por:

Laura Alejandra Guarnizo Cascavita

Dirigido por:

Dra. Alejandra Molina García

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Facultad de Derecho

Bogotá – 2019

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor Temático

---

Jurado 1

---

Jurado 2

---

Fecha, \_\_\_\_\_ del mes de \_\_\_\_\_ del 2019

## AGRADECIMIENTOS

*“Ahora yo no sé si vas a poder leer esta carta, pero igual siento como una necesidad de decirte que yo contigo he sido más feliz de lo que los libros dicen que se puede” Eduardo Galeano, la canción de nosotros.*

*A la memoria de Jessica Guarnizo.*

*A mi familia con cariño, por la voluntad de reconstruirnos constantemente y hacer que la vida valga la pena.*

*A Cata, por su sensibilidad y apoyo, por prender la luz en momentos de interminable oscuridad.*

*La amistad merece siempre un lugar importante en el corazón, gracias Cata y María por creer que otros mundos son posibles.*

*Finalmente, a la universidad pública, para que sus puertas estén siempre abiertas.*

Las opiniones expresadas en el presente documento son de responsabilidad exclusiva de la autora y no comprometen de ninguna forma a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y/o su Facultad de Derecho

**RESUMEN:** El lector podrá encontrar una lectura del arbitraje desde elementos de la sociología jurídica, y los estudios jurídicos críticos que le permitirán entender algunos de los discursos, prácticas, intereses y relaciones de poder que están presentes en el arbitraje como campo jurídico (Bourdieu, 2000), para problematizar su concepto, contenido y alcance y la forma de materialización en América Latina a través de la constitucionalización y armonización legislativa que reproduce la ley modelo de la CNUDMI, el análisis se condensa en Colombia y Uruguay sin ser un ejercicio de derecho comparado. A su vez, se contrastan las contradicciones que se encuentran en la jurisdicción arbitral en constarse con el derecho fundamental a la administración de justicia o tutela judicial efectiva.

**Palabras claves:** Desarrollo, neoliberalismo, arbitraje, armonización legislativa, campo jurídico, uniformidad del derecho, tutela judicial efectiva.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA</b> .....	12
<b>1.1. Descripción del problema</b> .....	12
<b>1.2. Formulación del problema de investigación</b> .....	13
<b>1.3. Justificación</b> .....	13
<b>1.4. Objetivos</b> .....	15
<b>1.4.1. Objetivo general</b> .....	15
<b>1.4.2. Objetivos específicos</b> .....	15
<b>1.5. Formulación de hipótesis</b> .....	16
<b>2. MARCOS DE REFERENCIA</b> .....	16
<b>2.1. Marco jurídico</b> .....	16
<b>2.1.1. Ley Modelo de la CNUDMI</b> .....	16
<b>2.2. Marco metodológico</b> .....	20
<b>3. CAPÍTULO 1</b> .....	24
<b>PROBLEMATIZANDO EL CONCEPTO DE ARBITRAJE</b> .....	24
<b>3.1. Elementos de la sociología jurídica de Bourdieu</b> .....	24
<b>3.2. Entendiendo el arbitraje desde el desarrollo</b> .....	27
<b>3.3. El neoliberalismo como coyuntura de expansión del arbitraje</b> .....	31
<b>3.4. Aproximación al arbitraje como campo jurídico</b> .....	35
<b>4. CAPÍTULO 2</b> .....	49
<b>CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b> .....	49
<b>4.1. El arbitraje en la constitución Colombiana</b> .....	50
<b>4.2. La constitucionalización del arbitraje en Uruguay</b> .....	54
<b>4.3. Bloque de constitucionalidad</b> .....	57
<b>4.4. El bloque de constitucionalidad en Colombia</b> .....	60
<b>4.5. El bloque de constitucionalidad en Uruguay</b> .....	61
<b>4.6. Integración del arbitraje al bloque de constitucionalidad</b> .....	63
<b>5. CAPITULO 3</b> .....	66
<b>ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA: LA REPRODUCCIÓN DEL ARBITRAJE A PARTIR DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI</b> .....	66

5.1.	Aspectos preliminares: .....	68
5.2.	Internacionalidad voluntaria del arbitraje comercial internacional...	69
5.3.	Materias susceptibles de arbitraje .....	70
5.4.	Calidad de los sujetos para ser parte en el proceso de arbitraje.....	73
5.5.	Alcance del principio Kompetenz – Kompetenz.....	74
5.6.	De las Facultades de los árbitros .....	76
5.7.	Intervención y control judicial o colaboración al procedimiento arbitral 77	
5.8.	El recurso de anulación del Laudo .....	79
5.9.	Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales .....	80
5.10.	Otras disposiciones: .....	81
5.11.	La ley de arbitraje comercial internacional en Colombia .....	82
6.	<b>CAPÍTULO 4</b> .....	89
	<b>LAS CONTRADICCIONES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b> .....	89
6.1.	Alcance del derecho fundamental de la administración de justicia a partir de la jurisprudencia constitucional.....	89
6.2.	Órbita de protección .....	91
6.3.	Relación con el arbitraje .....	92
6.4.	Eficacia o arbitrariedad judicial – arbitral.....	94
a)	Libertad de escoger la ley: .....	96
	Acercamiento a los estudios jurídicos críticos .....	106
7.	<b>CONCLUSIONES</b> .....	109
8.	<b>PROPUESTA: EL CONTROL POLÍTICO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ARBITRAJE</b> .....	111
	<b>REFERENCIAS</b> .....	118
	Tabla 1 El arbitraje comercial internacional en Colombia.....	83

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional generalmente conocido como un medio alternativo para la resolución de conflictos se presenta con ciertas variaciones. Para que el lector pueda concebir cómo las instituciones jurídicas obedecen a un contexto y discurso, son mediadas por la intención de actores y poderes por lo tanto, las definiciones que jurídicamente se presentan implican muchas más esferas que lo llamado netamente jurídico, objetivizado y neutralizado.

Para ello, se toman algunos elementos propuestos por la sociología jurídica de Bourdieu, con el propósito de presentar al arbitraje comercial internacional como un campo jurídico, escenario de lucha y confrontación donde se evidencia la disputa por definir la fuerza y la verdad del derecho, como ejercicio del poder (Bourdieu, 2000). Para tal efecto, se toma el arbitraje desde la función jurisdiccional que representa y se contrasta con su desglose normativo para evidenciar una serie de contradicciones que genera el sistema.

La articulación del tema aquí propuesto se despliega en cuatro capítulos en los cuales se detallaran los conceptos que permiten modular el campo jurídico, su implantación normativa, el formalismo jurídico y las contradicciones que contiene la jurisdicción arbitral.

Así, en el primer capítulo el lector encontrará los conceptos de hábito y campo jurídico propuestos por Bourdieu, el desarrollo y neoliberalismo como elementos que reproducen estructuras de pensamiento junto con los discursos que fundamentan la institución jurídica del arbitraje. Ello, pone en contexto el proceso diferenciado de articulación normativa en el comercio internacional para la América Latina.

De ahí, se encontrará una aproximación del arbitraje como campo jurídico y escenario de disputa, cuya conclusión conlleva al estudio de las formas de implantación

y materialización del arbitraje en nuestra América a partir de una serie de transformaciones del Estado y los discursos de las libertades que permitieron su ejecución.

La primera de estas formas, es decir, la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno jurídico único y propio de América Latina, en la que algunos autores lo muestran de manera entusiasta y enfática como uno de los más grandes avances del derecho (Conejero, 2005). En el capítulo segundo, el lector de este trabajo encontrará, una articulación sistemática de esa constitucionalización como medio de formalismo legal (Teubner, 2000), también se hará una interpretación de los alcances y efectos que implica contener en los textos rectores el arbitraje, que genera otro tipo de lógica, libertades y límites, que desarticulan el entusiasmo en la reproducción naturalizada del concepto y beneficios del arbitraje.

Así mismo, se presentan algunos elementos teóricos del bloque de constitucionalidad y su importancia a la hora de hablar de integración normativa de principios y derechos humanos en su relación con el arbitraje; para ello, se tomarán como referentes jurídicos a Colombia y la República Oriental del Uruguay.

También se presenta la segunda forma de implantación del arbitraje para América Latina; la armonización legislativa como proceso mediante el cual se adopta el contenido normativo de una ley modelo desarrollada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI– que se transcribe de manera sistemática en el sur global. Por tanto, a través del desglose normativo de la adopción de la ley modelo en el Uruguay, se pueden entender sus efectos jurídicos como proyección a los otros países donde esté contemplada la disposición, sin ser Colombia una excepción.

En consecuencia, este capítulo no pretende ser un ejercicio de derecho comparado, puesto que los efectos de la ley modelo, entre otros, es la uniformidad del

derecho por lo que numerar las similitudes entre sistemas jurídicos se torna superfluo. Las diferencias por su parte, se centran en los límites constitucionales de cada ordenamiento jurídico, eje al que se hace referencia en el capítulo segundo.

De esta manera, se relacionan los elementos dogmáticos que dan sustento al arbitraje y plantea el escenario del fundamento normativo, de su uso cotidiano bajo la aplicación de la ley procesal que se desglosa en el capítulo tercero, bajo categorías como internacionalidad voluntaria, arbitrabilidad objetiva y subjetiva, facultades de los árbitros, colaboración del sistema judicial, medidas cautelares, recurso de anulación, régimen de costas, entre otras, cuya finalidad es entender la manera cómo funciona el arbitraje, su estructura normativa de corte procesal y sustancial en el ordenamiento jurídico.

Continuando con el desarrollo propuesto, en el cuarto capítulo se hace un estudio de la jurisprudencia constitucional y los presupuestos básicos que componen el derecho fundamental a la administración de justicia como a la función jurisdiccional del arbitraje con el fin de articular los elementos evidenciados en el capítulo anterior. En sí, este ejercicio se relaciona con el interés de la sociología jurídica y la necesidad de introducir en el campo del derecho privado una aproximación a los estudios críticos para comprender cómo se genera la naturalización de un concepto como el arbitraje, con toda la carga de connotaciones y significados que ello representa.

Para terminar el trabajo, se proponen una serie de elementos que podrían llegar a romper con la estructura del arbitraje, cambiar su lectura, usos y prácticas desde el ideal de la administración de justicia como derecho fundamental para la progresiva transformación y desuso del arbitraje.

## **1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. Descripción del problema**

El contexto de la globalización ha presentado ante la comunidad internacional la necesidad de ver en el arbitraje la única forma para una administración eficaz y que garantice los complejos flujos de redes y capitales que exhibe el escenario del comercio internacional. Con ello, se ha propendido a la naturalización del concepto de arbitraje bajo la fórmula de ser un medio o mecanismo de resolución de conflictos, ejercida por particulares y por fuera de la esfera del poder judicial de un Estado (Caivano, 2013), constituyéndose no solo en una alternativa en tanto medio de resolución de conflictos sino en el mecanismo específico para las controversias de índole internacional (Gaillard & Fernández Arroyo, 2013)

Esta postura es uno de los elementos que se buscan criticar, por cuanto dicha definición no refiere a los procesos jurídicos y políticos que han influido de manera directa en la materialización del arbitraje, sino que obedece a la presión internacional en los ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, estos aspectos son predominantes para América Latina como destinatarios del poder del desarrollo dentro del discurso universalista del arbitraje comercial internacional, ya que obvia elementos trascendentales desde la perspectiva de la administración de justicia como derecho fundamental, que pese a ser administrada por particulares, no desnaturaliza su propia función. Luego entonces, ello permite cuestionarse si el arbitraje comercial internacional en los sistemas jurídicos de Colombia y Uruguay se contradice con el derecho fundamental de la administración de justicia.

Por otro lado, se hace preciso entender como Naciones Unidas y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI– son actores que definieron el proyecto del arbitraje para América Latina. A causa de la presión que generan, la influencia y la implantación de los múltiples instrumentos que

ellos producen en los ordenamientos jurídicos internos, conforme a los matices y diferencias frente a la implementación, por medio de la constitucionalización del arbitraje, dado que, son la base para entender el alcance y límites de la jurisdicción privada. Por lo que el escenario del arbitraje comercial internacional aplicado en Colombia y Uruguay, permite entender este mecanismo como una política de gobernanza transnacional que transgrede el derecho de la administración de justicia.

En consecuencia, el marco legal proveniente de Naciones Unidas es un referente para entender que el arbitraje comercial internacional en América Latina es un producto del desarrollo y los instrumentos jurídicos que lo regulan son numerosos, colosales y de tal vinculación. En el arbitraje no es una opción, sino una imposición jurídica, política y económicamente construida sobre la mayoría de países de nuestra América y sus posibles contradicciones riñe con el derecho fundamental de la administración de justicia

## **1.2. Formulación del problema de investigación**

¿Cómo se materializa el arbitraje comercial internacional como campo jurídico en Uruguay y Colombia y sus posibles contradicciones con el derecho fundamental de la administración de justicia?

¿Es el arbitraje comercial internacional aplicado en Colombia y Uruguay una política de gobernanza transnacional que transgrede el derecho de la administración de justicia?

## **1.3. Justificación**

La presente investigación surge a raíz de la XI competencia de arbitraje comercial internacional, de la que participé como oradora en dos audiencias en representación de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. De esta

experiencia, además de los retos propios en la participación del evento y la oratoria, evidenció que el arbitraje, como institución jurídica, no se problematiza desde un análisis crítico, debido a que su definición se presenta naturalizada, que pareciera estuviese siempre dada, como si la misma no correspondiera a una categoría social y jurídicamente construida en atención a un contexto marcado por las relaciones internacionales; por los intereses económicos y políticos que influyeron de manera directa sobre la creación y alcance del concepto de arbitraje y se reflejaron como factores vinculantes en los ordenamientos jurídicos internos.

Luego, entender que el arbitraje comercial internacional como mecanismos de solución de conflictos no responde a una categoría dada e inamovible, sino que representa por el contrario, como cualquier otro, un concepto social y jurídicamente construido. Por tanto, es cambiante; permite pensar en otras posibilidades, alternativas y modificaciones de las que puede ser sujeto el arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, partiendo de un ordenamiento jurídico en concreto, como lo es Colombia y Uruguay, es posible comprender como la influencia no es más que un mecanismo de presión internacional, la cual se ve materializada en los Estados. De esta forma, respondiendo a la lógica del desarrollo, son apremiados a implementar importantes modificaciones a través de múltiples instrumentos jurídicos en favor del arbitraje, so pena de estar condenados al discurso de la oscuridad del subdesarrollo (Escobar, 2007). Por ello, se busca entender el arbitraje comercial internacional como campo jurídico y las posibles contradicciones que genere a partir del derecho fundamental de la administración de justicia.

Para evidenciar como se generan contradicciones al interior del sistema arbitral frente al derecho fundamental de administración de justicia y obedece, a una política de gobernanza transnacional que podría trasgredir el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Así mismo, se busca aportar en el debate académico y la producción epistemológica, no solo la posibilidad de re-pensar el concepto de arbitraje que ha sido una categoría naturalizada en América Latina, sino además, añadir algunos elementos que le permiten al arbitraje como institución permeada por los intereses privados, un margen de armonía con los ideales del derecho fundamental a la administración de justicia.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. Objetivo general**

Analizar el arbitraje comercial internacional como campo jurídico en Colombia y Uruguay y sus posibles contradicciones a partir del derecho fundamental de la administración de justicia.

### **1.4.2. Objetivos específicos**

- Entender el arbitraje comercial internacional como campo jurídico para la habilitación de la justicia privada a través de los elementos discursivos del desarrollo y neoliberalismo.
- Describir las formas de implantación del arbitraje en Colombia y Uruguay mediante la constitucionalización y armonización legislativa.
- Evidenciar algunas contradicciones del arbitraje comercial internacional en relación con el derecho fundamental de la administración de justicia.

- Proponer algunos elementos teóricos que posibiliten la transformación del arbitraje comercial internacional de acuerdo con el ideal de administración de justicia entendido como derecho fundamental.

### **1.5. Formulación de hipótesis**

El arbitraje al ser impartido por privados se encuentra permeado por un discurso que obedece a intereses privados y por ende, no es congruente con el ideal de administración de justicia como derecho fundamental.

## **2. MARCOS DE REFERENCIA**

### **2.1. Marco jurídico**

#### **2.1.1. Ley Modelo de la CNUDMI**

La ley modelo es un instrumento jurídico que ha sido fundamental para generar un marco legal que permite el desarrollo del arbitraje comercial internacional, en lo que se puede denominar el eje de una *cultura arbitral* (Conejero, 2005) y la consolidación de un orden jurídico arbitral (Gaillard, 2015) ya que delimita una guía para cumplir convenientemente el propósito de uniformar las legislaciones nacionales sobre arbitraje en los distintos países latinoamericanos.

El texto normativo de la ley modelo de 1985 y la reforma introducida en 2006, buscan que el arbitraje comercial internacional cuente con la autonomía suficiente para su correcto funcionamiento (Fernández & Perales, 2012), orientado bajo un marco normativo que ayude a su interpretación y aplicación de manera uniforme en base a la adopción de la ley en bloque (Gimenez, 2018) es decir, una aceptación de todas o gran parte de las disposiciones que la ley contiene, promoviendo un arbitraje único.

Como resultado, la ley modelo ha significado para el arbitraje comercial internacional el mayor de los instrumentos para dotar de homogeneidad la administración de justicia privada, sobre todo, en el contexto latinoamericano en el que se afirma que ha sido prácticamente el único referente (Conejero, 2005, p. 100) debido a la intención de la CNUDMI para vincular en el comercio internacional los países en vía de desarrollo de acuerdo a los lineamientos definidos por Naciones Unidas conforme a la Resolución 2205 XXI (ONU, 1966)

De ahí, que la ley modelo signifique una tendencia de armonización legislativa (Gimenez, 2018) infiere como alternativa jurídica a falta de un tratado internacional desarrolle de manera procesal el arbitraje. Por ello, su nombre corresponde a su objetivo principal, ser un modelo para otras legislaciones para evitar las “divergencias entre los principios y las leyes locales sobre arbitraje de los distintos países” (Conejero, 2005, p. 100)

### **Reglas de interpretación y aplicación:**

La CNUDMI a la hora de definir el ámbito de aplicación de la ley modelo ha fijado algunas reglas de interpretación: la primera, según la materia que se va a regular, arbitraje comercial internacional, por ende, lo que se presume se encuentra dentro de la esfera del comercio. La segunda, frente a la obligatoriedad de cumplimiento según el factor territorial, es decir donde está llamada a producir efectos jurídicos según exista implementación y la tercera, según la eficacia de la internacionalidad como factor que otorga competencia a los tribunales de arbitramento.

Frente a la primera regla de interpretación, entendida como objeto de aplicación, la referencia del texto normativo enumera una serie de actividades por ejemplo: las operaciones de suministro o intercambio de bienes y servicios, distribución, mandato o representación legal, factoring, arrendamiento, leasing, contratos de obra, consultorías, ingeniería, seguros, concesión de explotación,

cooperación industrial y comercial, transporte de mercaderías o pasajeros, sin limitarse únicamente a ellas (nota explicativa del artículo 1 de la ley modelo de la CNUDMI), lo que evidencia un margen amplio de actuación que busca incluir la mayor cantidad de categorías, para que al momento de su implementación no entren en conflicto, por lo menos teóricamente, con las normas de derecho interno que ejercen los Estados que homologan la ley modelo.

Desde el factor territorial, la regla general es que el cuerpo normativo producirá efectos atendiendo al país que haya adoptado sus disposiciones. En este sentido, se aplicará siempre y cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio que adoptó la ley modelo.

El elemento internacionalidad se puede entender como el vínculo o conexión con más de un ordenamiento jurídico (Gimenez, 2018) para lo cual, la ley modelo representa una doble alegoría, pues en principio, es un requisito que concurra alguno de los escenarios que permiten entender el carácter internacional del asunto, pero la interpretación de la ley consiente que se dé su aplicación en controversias que sin ser de carácter internacional sean arbitrables, puesto que se reconoce la “internacionalización voluntaria de una relación jurídica nacional” (Gimenez, 2018, p. 582), pues cuando las partes acuerdan el lugar del arbitraje en el extranjero (artículo 1, numeral 3, causal primera ley modelo de la CNUDMI) se desnaturaliza la competencia nacional mediante la aplicación del derecho internacional, lo que implica una ruptura con uno de los fundamentos del derecho internacional privado y es el carácter mismo de la internacionalidad (Gimenez, 2018)

### **Poder de los árbitros y medidas cautelares:**

Por otro lado, la ley modelo refuerza el poder y amplía las facultades de los árbitros, mediante las reformas introducidas en el año 2006 que además, se orientan a ampliar la definición del acuerdo arbitral en concordancia con el principio de

autonomía de voluntad de las partes, el reconocimiento e importancia de la tecnología y comunicaciones para configuración del acuerdo; la colaboración del sistema jurisdiccional estatal para dictar y ejecutar medidas cautelares (Sisqueiros, 2009), entre otros.

Respecto de las medidas cautelares se encuentra el siguiente régimen:

- a. La posibilidad que el juez del Estado sea un colaborador limitado del proceso de arbitraje para el reconocimiento y ejecución de las medidas (artículo 17 h - Ley Modelo) o para la práctica de pruebas (artículo 27 Ley Modelo).
- b. El juez que conozca medidas cautelares no emprenderá una revisión del contenido de la orden sobre la cual se solicita la ejecución (art 71 i, párrafo 2 – Ley Modelo)
- c. Las reglas para negar el reconocimiento de las medidas cautelares son taxativas y tendrán lugar cuando: (i) las partes del convenio arbitral estén afectadas de incapacidad; (ii) el acuerdo sea inválido en virtud de la ley escogida por las partes, o a falta de ésta, por la ley del país en que se dictó el laudo; (iii) por vulneración al debido proceso ya sea por la indebida notificación en la designación de un árbitro, o por la imposibilidad del ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones arbitrales; (iv) la decisión al interior de la controversia no se encuentra prevista en el alcance del convenio arbitral o exceda sus términos; (v) no se preste garantía para conceder la medida; (vi) si la medida ha sido revocada o suspendida (art 17 i y art 36 párrafo 1, literal a, numerales 1,2,3 y 4 – Ley Modelo); (vii) cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje y (viii) cuando el reconocimiento y ejecución sean contrarios al orden público del Estado (art 36 – Ley Modelo)

Por otro lado, dentro del proceso arbitral se evidencia una flexibilidad a la hora de elegir el lugar donde se pueda realizar el procedimiento, es decir, no adscrito a una institución; o respecto de los árbitros para estar presentes o no en las diligencias o a efectos de firmar el laudo, por cuanto no deben estar en el mismo lugar para ello. (Art. 20 y Art 31 párrafo 3 Ley Modelo)

En último lugar, la ley modelo establece que el único recurso del que es susceptible el laudo arbitral es la nulidad, el cual podrá adelantarse en el Estado donde se haya emitido, o en donde el laudo está llamado a producir sus efectos jurídicos, en todo caso, la acción se debe ejercer dentro de los tres meses siguientes de tomada la decisión. Este procedimiento se adelantará en la jurisdicción que determine cada Estado para el efecto.

## **2.2. Marco metodológico**

Derecho, sociedad y cultura en la formación jurídica es una línea de investigación que se define como “el espacio de observación y análisis de los vínculos jurídicos y sociales que se tejen entre la comunidad a partir de la creación y aplicación del derecho” (Unicolmayor, 2016)

Esta línea conforma los parámetros en las que se pueden circunscribir los temas de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, cuyo objeto de estudio se estructura alrededor de los vínculos que emanan de las relaciones jurídicas que repercuten de manera significativa en las dinámicas sociales. Por tanto, se parte del supuesto que representa el derecho en la estructuración de las diversas reglas de convivencia, códigos de comportamientos, formas de relacionarse, y reglas gramaticales que imponen las normas jurídicas.

El problema planteado en relación a la naturaleza problemática del arbitraje parece encajar en los parámetros establecidos por la línea de investigación Derecho,

sociedad y cultura en la formación jurídica. El alcance metodológico de la unidad de análisis planteada a lo largo del trabajo investigativo pretende describir y si se quiere, responder a los problemas que desde la concepción del arbitraje han permeado en su conceptualización así como en los modelos de implementación, resultando en una suerte de reproducción del mecanismo constitucional y legislativa que riñe con los principios propios del derecho a la administración de justicia en función a un modelo discursivo de reproducción desarrollista de la región. En tanto que evidencia una serie de contradicciones si se le mira desde el derecho fundamental de la administración de justicia y como resulta ser el producto de la implementación de una política de gobernanza transnacional que trasgrede los principios de la tutela judicial efectiva.

Por lo anterior constituye una línea de investigación con carácter interdisciplinario en la medida que articula el derecho, órbita que se aborda desde la dogmática y la hermenéutica jurídica, frente a las relaciones que se establecen entre los sujetos y las relaciones de poder, lo que es propio de la sociología jurídica.

### **Enfoque cualitativo**

El objetivo de cualquier investigación es adquirir conocimientos de la realidad con la intención de explicarla, comprenderla, transformarla, a través, de un conjunto de procesos que buscan resolver determinados problemas (Bonilla & Rodríguez, 1997), para el caso particular, el problema que corporiza el concepto de arbitraje, sus escenarios de intervención judicial así como sus bases constitucionales y jurídicas, de este mecanismo de justicia específico y concreto conduce al examen de una realidad social particular que significa una serie de abordajes diferenciales y característicos propias según los distintos enfoque de investigación: cualitativo y cuantitativo (Hernandez Sampieri, Bapista Lucio, & Fernandez Collado, 2010).

Estos paradigmas metodológicos plantean una serie de diseños, técnicas e instrumentos concretos al momento de indagar en el objeto de investigación, que

determinarán la naturaleza de cualquier proyecto académico, así como sus alcances teóricos y epistemológicos (Álvarez, 2011, p. 12). La elección de un determinado paradigma de investigación responde a la necesidad en términos de aportación que se le quiere dar al nuevo conocimiento, así como el tipo de análisis con el cual se quiere abordar, explicar y resolver el objeto de investigación.

La prelación del enfoque cualitativo en la presente investigación responde a las exigencias de la temática abordada, debido a la crítica sustancial y analítica que se desarrolla sobre el mecanismo de resolución de conflictos denominado arbitraje (Bonilla & Rodríguez, 1997).

La investigación cualitativa, halla sus fundamentos metodológicos en la hermenéutica y la fenomenología pues en los planteamientos cualitativos el objeto, significa, habla e insta a la reflexión, esta subjetividad propia de las ciencias sociales supera cualquier intención de cosificación del objeto de estudio, lo que plantea dinámicas más flexibles al momento de plantear un diseño metodológico (Álvarez, 2011, p. 32). La investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza de una realidad en concreto donde se comprende el objeto dentro de su propio marco de referencia.

El pensamiento cualitativo está abierto de forma permanente, pretende comprender el significado de los fenómenos; describirlos más allá de explicarlos en su causalidad, priorizando la comprensión y el sentido que los revisten (Bonilla & Rodríguez, 1997). En los procesos cualitativos se reconoce la interdependencia entre el sujeto y el objeto, y la problemática planteada no es ajena a dicha dualidad, tan es así que la unidad de análisis propuesta parte de la conceptualización del mecanismo en función de unas necesidades determinadas.

El paradigma cualitativo sin duda alguna responde no solo al el interés por dilucidar las complejidades del arbitraje evidenciando el discurso y los propósitos

atribuidos al arbitraje, las complejidades que le reviste a través de un desarrollo holístico en términos socio jurídicos, las posibles contradicciones que representa, y la lectura integradora como resultado de un sistema de gobernanza transnacional.

### **Técnica y diseño documental**

El diseño metodológico planteado corresponde a una investigación documental, que desde una postura descriptiva basada en un enfoque inductivo pretende analizar el arbitraje comercial internacional como campo jurídico en Colombia y Uruguay y sus posibles contradicciones a partir del derecho fundamental de la administración de justicia. Por ello, la presente monografía es una investigación descriptiva, los diseños documentales solo pueden llegar a intervenir en planteamientos metodológicos de tipo exploratorio (Bonilla & Rodríguez, 1997). Se itera acá lo que se busca es analizar un concepto a la luz de sus diversas vicisitudes como lo es el del mecanismo de solución de conflictos denominado arbitraje.

En último lugar, el carácter documental se estructura a lo largo de los capítulos lo que permite desarrollar el mecanismo, evaluando su carácter discursivo en términos de reproducción de un modelo particular y concreto. Partiendo de la ley, la doctrina y la jurisprudencia; este uso de fuentes apelan a un corte hermenéutico para la concreción de un abordaje técnico y adecuado del problema de investigación planteado, pues se examinan las bases discursivas de la institución.

### **Alcance**

La presente es una investigación descriptiva, el planteamiento del capítulo primero responde a una suerte de descripción del concepto de arbitraje, así como su modelo de reproducción. Para el desarrollo de dicho capítulo se emplean los elementos de hábito y campo jurídico propuestos por Bourdieu, lo que facilita el entendimiento

de los elementos simbólicos y discursivos que dotan de reconocimiento al arbitraje como mecanismo para la resolución de conflictos en el ámbito de la justicia privada.

Los capítulos subsiguientes hacen una descripción empleando una unidad de análisis crítica de los procesos de constitucionalización y armonización legislativa del arbitraje en la región, a partir del estudio de Colombia y Uruguay, sin ser un ejercicio de derecho comparado. Para finalmente, establecer las deficiencias y contradicciones del mecanismo de solución de conflictos en función al derecho fundamental de administración de justicia.

### **3. CAPÍTULO 1**

#### **PROBLEMATIZANDO EL CONCEPTO DE ARBITRAJE**

En el presente capítulo se busca evidenciar como ha sido concebido el concepto de arbitraje y reproducido históricamente como un producto del desarrollo, en tanto discurso y lógica de la infraestructura transnacional como elemento dirigido para América Latina.

Para ello, se tendrán en cuenta los conceptos de hábito y campo propuestos por Bourdieu, para entender cómo se integran sistemáticamente los elementos simbólicos y discursivos que dotan de fuerza y reconocimiento al arbitraje y el principio Kompetenz – Kompetenz como eje estructural de la justicia privada.

#### **3.1. Elementos de la sociología jurídica de Bourdieu**

El hábito desde Bourdieu (2000), obedece a un concepto técnico que se refiere a las estructuras y categorías jurídicas que se reproducen a través del tiempo y por tanto,

mantienen la distribución del poder debido a que limitan el escenario de disputa en el campo jurídico.

El hábito es una relación desde el campo, planteada por Bourdieu, comprende las implicaciones de la fuerza del derecho desde lo simbólico y material, su racionalidad, los actores, el formalismo jurídico como facilitador de la acumulación de capital que involucra lo económico, social y cultural, cuyo resultado es definir el *medio de violencia simbólica por excelencia*, lo que incluye la imposición de representaciones como el lenguaje, los conceptos, descripciones, divisiones categóricas, que en principio, son definidas por el monopolio del Estado (Bourdieu, 2000, p. 180)

Bajo esta lógica, el campo como estructura de análisis del discurso jurídico, está compuesto por: “categorías que estructuran la forma de percibir y apreciar los conflictos ordinarios y que orientan el trabajo destinado a transformar en confrontaciones jurídicas” (Bourdieu, 2000, p. 69)

En consecuencia, se encuentra en el campo jurídico un espacio limitado en función de la competencia jurídica, que deja por fuera a quienes no tienen la autoridad, ni la capacidad para interferir directamente en las peticiones o en la toma de decisiones. Por tanto, la competencia genera una doble relación de exclusión en virtud de la técnica y profesionalización del derecho (Bourdieu, 2000), es decir, se presenta el dominio técnico como una relación de poder y del saber entre profesionales y no profesionales. Además, a partir de la lectura técnica se genera una interpretación normativa autorizada, al respecto se estructura lo que debe ser una visión legítima, a partir de una relación de poder caracterizada por un reconocimiento de la autoridad del saber - conocimiento.

La segunda forma de exclusión de la competencia en el espacio limitado, se relaciona con la colonialidad del saber de acuerdo a Edgardo Lander, en el cual los saberes modernos se articulan con la organización del poder; (Lander, 2000) aunque

estas estructuras iniciaron con el colonialismo del que fue sujeto América. Esta lógica significó la constitución colonial de: “los saberes, los lenguajes, de la memoria y del imaginario” (Lander, 2000, p. 16), con lo cual el tiempo y el espacio se organizan y se introducen en una narrativa universal de la historia y la experiencia.

Así se materializa una posición privilegiada y de superioridad de acuerdo con el lugar de enunciación asociado al poder imperial, lo que ha generado sistemáticamente una naturalización de las verdades de occidente a partir de la negación de todo lo otro, como trivial, primitivo, no científico, no objetivo y que ubican al otro en un momento anterior al desarrollo humano (Lander, 2000, p. 22): “las categorías, conceptos y perspectivas se convierten no solo en universales para el análisis de cualquier realidad, sino igualmente en proposiciones normativas que definen el deber ser para todos los pueblos del planeta” (Lander, 2000, p. 23), luego entonces, objetivación y universalización son elementos de la naturalización de las estructuras mentales de representación que no son ajenas al derecho, ni mucho menos al área del derecho privado, específicamente en el arbitraje internacional.

El segundo eje del campo jurídico implica entender el espacio de lucha, que refiere a un enfrentamiento permanente entre las formas de comprender el derecho, la teoría y los principios que deben regir como elementos interpretativos en las distintas áreas, pues el derecho es interpretado por los estudiosos del derecho, quienes han sido influenciados por las distintas corrientes jurídicas, que en este caso es de protección al comercio internacional (Bourdieu, 2000)

En el tercer componente del campo jurídico, se encuentra un ámbito de regulación de conductas que determinan lo permitido y lo que se debe hacer. De este modo se explicita la conducta y funciones para los diferentes agentes e instituciones, aspecto que permite ver al derecho como una producción neutra y autónoma como requisitos necesarios para su validez. Seguido a ello, se presenta un escenario de crisis

de la regulación, compuesto por un cuestionamiento cíclico de las reglas de conducta definidas con antelación (Bourdieu, 2000).

En último lugar, en el campo jurídico se estima la presencia de fuerzas desiguales, como una correspondencia entre el poder al interior del campo jurídico y la posición de los agentes y las instituciones en el espacio social (Bourdieu, 2000)

Bajo este panorama se presenta el arbitraje como hábito y campo jurídico. A fin de estructurar el análisis por medio de la relación del desarrollo y del proyecto neoliberal para la consolidación del arbitraje. Se parte del concepto del convenio arbitral contenido en la ley modelo, para identificar como el arbitraje se consolida como resultado o producto del gobierno transnacional del desarrollo y como su lógica trae todo, menos neutralidad.

### **3.2. Entendiendo el arbitraje desde el desarrollo**

Definir el desarrollo es una labor compleja, en muchas ocasiones se trata de una palabra sobrecargada sin sentido crítico (Esteve, 1996, p. 52), pero puede entenderse a partir de una serie de elementos históricos, simbólicos y discursivos que lo caracterizan como un sistema de relaciones que permite la creación sistemática de objetos, conceptos y estrategias que determinan lo que puede pensarse y decirse (Escobar, 2007, p. 83).

Es decir, el desarrollo es un discurso, una lógica y una estructura del pensamiento moderno que ha creado subcategorías que fundamentan y legitiman su poder de intervención. Ha creado además, todo un sistema institucional y de gobierno transnacional que asiente su implementación, transmutación y adaptación a las diferentes condiciones sociales de las coyunturas políticas.

La idea del desarrollo cobro gran fuerza en el periodo de la segunda posguerra en medio de los esfuerzos por reconstruir a Europa, debido a que Estado Unidos ostentaba una posición predominante. Por eso, se atribuyó la facultad de presentar el progreso y la libertad como idearios a ser reproducidos en todo el mundo para el sostenimiento de la paz, bajo la guía de Estados Unidos como gran precursor de las libertades individuales (Lander, 2000).

Bajo este contexto, en el cuarto punto de la agenda del presidente Truman en 1949<sup>1</sup>, surge un nuevo elemento: la conceptualización de la pobreza como eje que

---

<sup>1</sup> Agenda Truman, 20 de enero de 1949: “en los años venideros nuestro programa de paz y libertad dará relieve a cuatro principales direcciones de acción: Punto 4. Tenemos que lanzarnos a un audaz programa nuevo para poner a disposición del mejoramiento y desarrollo de las regiones atrasadas los beneficios de nuestros adelantos científicos y de nuestro progreso industrial. Más de la mitad de las personas del mundo viven en condiciones que se acercan a la miseria; sus alimentos son insuficientes, son víctimas de enfermedades, su vida económica es primitiva y está estancada, su pobreza es una amenaza tanto para ellos como para regiones más prósperas. Por primera vez en la Historia, la Humanidad posee el conocimiento y la capacidad Para aliviar los sufrimientos de estos pueblos. Los Estados Unidos son preminentes entre las naciones en el desenvolvimiento de la técnica industrial y científica. Los recursos materiales que podemos poner a disposición para la asistencia de otros pueblos son limitados, pero nuestros recursos, imponderables en materia de conocimiento técnico, crecen constantemente y son exhaustivos. Yo creo que debemos poner a disposición de los pueblos amantes de la paz los beneficios de nuestros conocimientos para ayudarlos a realizar sus aspiraciones hacia una vida mejor. Y en cooperación con otras naciones, debemos favorecer las inversiones de capitales en regiones que necesitan un desenvolvimiento. Nuestro propósito debía ser ayudar a los pueblos libres del mundo mediante sus propios esfuerzos, a producir más comestibles, más vestidos, más materiales para el alojamiento, más fuerza mecánica para facilitar sus tareas. Invitamos a los otros países a poner en un pul sus recursos tecnológicos en esta empresa. Sus contribuciones serán acogidas muy calurosamente. Esto debe ser una empresa cooperativa, en la cual todas las naciones trabajen juntas mediante la O. N. U. y sus organismos dependientes dondequiera que sea practicable. Esto debe ser un esfuerzo mundial para alcanzar la paz, la abundancia y la libertad. Con la cooperación de los negocios, de los caudales privados, de la agricultura y del trabajo de este país, este programa debe incrementar en grandes proporciones la actividad industrial en otras naciones y realzar sustancialmente su nivel de vida. El viejo imperialismo —la explotación para el beneficio extranjero— no tiene lugar en nuestros planes. Lo que intentamos es un programa de desarrollo basado sobre los conceptos de un justo reparto democrático. Todos los países, incluyendo el nuestro propio, se beneficiarán de manera considerable de un programa constructivo para el mejor uso de los recursos humanos y naturales del mundo. 'La experiencia muestra que nuestro comercio con otros países se expande en la medida en que ellos progresan en el terreno industrial y económico. Una producción más grande es la llave de la prosperidad y de la paz. Y la llave de una producción más grande es la aplicación más amplia y más vigorosa del conocimiento científico y técnico. Sólo ayudando a los menos dichosos de sus miembros para que se ayuden ellos mismos puede la familia humana alcanzar una vida decente y satisfactoria, que es el derecho de todos los pueblos. Sólo la democracia puede suplir la fuerza vitalizante para mover los pueblos del mundo en una acción triunfal no sólo contra sus opresores humanos, sino también contra sus viejos enemigos: el hambre, la miseria y la desesperación.» (Verplaetse, 1950)

permitió todo un proceso de reestructuración, “de la cultura y la economía política” (Escobar, 2007, p. 49). En tanto la pobreza se ve como una amenaza para el progreso y la libertad. Dichos elementos se materializaron en la legitimación de la intervención de las regiones más atrasadas, lo que trajo consigo otros mecanismos de control en tanto relaciones de poder, conocimiento y dominación de quienes están legitimados de llevar ciencia, tecnología y progreso así, “[e]l tratamiento de la pobreza permitió conquistar nuevos territorios, convirtiendo a los pobres en objetos de conocimiento y administración” (Escobar, 2007, p. 50)

A partir de la creación de la pobreza, se estructuró un régimen de representación de la geopolítica mundial (Escobar, 2007) ya que esta categoría dio paso a la invención del tercer mundo como un nuevo escenario geográfico de intervención; se concibe a raíz de la clasificación de la sociedad en tres mundos: el primero, correspondiente a las naciones industrializadas libres; el segundo, de las naciones comunistas industrializadas y finalmente, el tercer mundo como las naciones pobres no industrializadas (Escobar, 2007, p. 55). Con la desaparición del segundo mundo al final de la guerra fría, el tercero persistió como destinatario de la primera ruta del desarrollo: el crecimiento económico: “la progresiva inserción del tercer mundo en el discurso de la erradicación de la pobreza se volvió un elemento indispensable para el orden mundial” (Escobar, 2007, p. 54)

Esta lógica reprodujo el imaginario de occidente de las naciones desarrolladas y libres como el ejemplo a seguir dentro del curso normal del progreso, toda vez que el desarrollo se presentaba a partir de la metáfora de la evolución, para concebir al otro como un organismo que no ha culminado su proceso de formación (Esteva, 1996, p. 53), lo que implicó ver al tercer mundo a partir del subdesarrollo, como una percepción del otro, de “un espejo invertido de la realidad de otros (...) [como condición indigna de la que hay que escapar:] (...) pensar en el desarrollo - cualquier clase de desarrollo- requiere primero percibirse como subdesarrollado, con toda la carga de connotaciones que ello conlleva” (Esteva, 1996, p. 53), así se estima que solo a través del desarrollo

se alcanzaría el progreso, la eliminación de la pobreza y de la miseria del tercer mundo a través del capital y nuevamente, del crecimiento económico.

Estas representaciones simbólicas requerían de implantación material, pues eran necesarias acciones contundentes para la eliminación de la pobreza, lo que representó un alto costo para aquellos que emprendieron el camino sin retorno del desarrollo, que, bajo la concepción del enfoque sangre, sudor y lágrimas - en adelante BLAST - implicó un sacrificio necesario<sup>2</sup> (Sen, 1998, p. 78), en tanto que al tercer mundo, sobre todo América Latina, se pidió que “privilegiara el capital privado, doméstico y foráneo, “[...] que creara el clima adecuado, incluyendo un compromiso con el desarrollo capitalista y el control del nacionalismo, la izquierda, la clase trabajadora y el campesinado” (Escobar, 2007, p. 68)

Gracias al desarrollo surgió un cúmulo de instituciones para la producción del discurso y articulación de las políticas e instituciones jurídicas para ser “registradas, estabilizadas, modificadas y puestas en circulación como formas de organización del poder” (Escobar, 2007, p. 88), estrategia que representó y representa uno de los mayores instrumentos para normalizar - normativizar el mundo bajo el dominio de la gobernanza transnacional.

Se denomina arquitectura internacional y gobernanza transnacional a la Organización de las Naciones Unidas y sus dependencias para el desarrollo, entre ellos la CNUDMI, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, sin ser las únicas que interfieren en el proceso de organización mundial a partir de su influencia preponderante en la política económica e intervención para el tercer mundo.

---

<sup>2</sup> Las clasificaciones BLAST (blood, sweat and tears – sangre, sudor y lágrimas ) y GALA (Getting by, with a little assistance – la ayuda internacional como un sistema de cooperación entre países) son categorías que buscan distinguir las dos corrientes principales, sin ser las únicas, del pensamiento en torno al desarrollo (Sen, 1998)

Esta breve contextualización permite entender cómo se articulan los objetivos de la CNUDMI para el favorecimiento del comercio mundial y la creación de leyes y criterios normativos para el arbitraje como elemento indispensable de la ruta del desarrollo y del comercio, del cual fue destinatario América Latina.

Como primera medida, es necesario mencionar que se trata de una dependencia que tuvo origen en la asamblea general de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1966. Fue creada con el objeto de encontrar soluciones a los obstáculos del comercio internacional, que conforme define la Resolución 2205 XXI del 17 de diciembre de 1966 de Naciones Unidas, se entienden como las diferencias que a nivel normativo se presentan entre los sujetos comerciales y los niveles de desarrollo disímiles, que requieren armonía (ONU, 1966) para un correcto flujo de ganancias e intercambios de bienes y servicios dentro del comercio.

En ese sentido, la valoración que se ha dado al comercio como eje que requiere la atención de Naciones Unidas ha sido trascendental, por tratarse de un elemento que según la mencionada resolución, se hace indispensable para “mantener la amistad, paz y seguridad entre los sistemas de países ” (ONU, 1966), es decir, la homogeneidad del derecho se plantea como un elemento necesario para la gobernanza transnacional, que tuvo este pronunciamiento formal desde 1966, comienzo y estructuración de toda un modelo de intervención con sus respectivos mecanismos jurídicos de salvaguardia, entre ellos, el arbitraje considerado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que ayuda a superar las controversias de los agentes económicos internacionales.

### **3.3. El neoliberalismo como coyuntura de expansión del arbitraje**

Para Edgardo Lander, el neoliberalismo se presenta como un modelo de civilización único y globalizado que se ha naturalizado como el único futuro posible y además, deseable:

como discurso hegemónico de un modelo civilizatorio, esto es, como una extraordinaria síntesis de los supuestos y valores básicos de la sociedad liberal moderna en torno al ser humano, la riqueza, la naturaleza, la historia, el progreso, el conocimiento y la buena vida (Lander, 2000, p. 11)

Por lo que comparte algunos elementos estructurales con el desarrollo, se presenta como discurso, como ideología y como modelo económico que ha logrado transformar y permear las más íntimas relaciones en la sociedad. Recoge los postulados del liberalismo económico, en el que cobran vital importancia las libertades individuales basadas en las garantías de la propiedad privada, en este nuevo contexto, se introduce además, la libertad del mercado y del comercio como ejes fundamentales del pensamiento neoliberal (Harvey, 2007).

para que cualquier forma de pensamiento se convierta en dominante, tiene que presentarse un aparato conceptual que sea sugerente para nuestras instituciones, nuestros instintos, nuestros valores y nuestros deseos así como también para las posibilidades inherentes al mundo social que habitamos (Harvey, 2007, p. 11)

Significa esto, la transformación de los sujetos sociales en hombres y mujeres económicos, categoría que se construyó a través de la expulsión de los campesinos de la tierra junto con la creación de la clase proletaria con su respectivo ingreso al mercado laboral en el cambio de las formas sociales y de los medios de producción mediante un régimen de violencia, disciplina y normalización (Lander, 2000, p. 21).

Luego entonces, es una categoría que persiste en el tiempo y que se refleja en las relaciones de individualismo y competitividad que niegan otras formas de entender el ser, ya que la sociedad no existe, se suprime por la relación económica de un gran cúmulo de individuos que deben esforzarse lo suficiente para materializar sus libertades individuales y un estilo de vida de acuerdo al progreso a través del consumo. Aquí la pobreza se presenta no como una condición histórica de relaciones desiguales de poder, sino como una condición personal ligada a la falta de voluntad y esfuerzo del sujeto.

Está caracterizado además, por la desregulación del Estado, en tanto que la intervención sobre las relaciones económicas se ve con sospecha y se atribuye que el mercado tiene la capacidad de autorregularse y traer consigo, el progreso. Por lo cual, se definen las funciones del Estado, en tanto debe favorecer los derechos de propiedad individual a través del imperio de la ley, al mismo tiempo que debe propender a ser más competitivo frente a otros Estados, ya que como afirma Harvey “debería buscar de forma persistente organizaciones internas y nuevos pactos internacionales que mejoren su posición competitiva como entidad en relación con otros Estados en el mercado global” (2007, p. 73).

Por ello, los acuerdos internacionales son necesarios para garantizar la seguridad jurídica de la inversión y flujo de capital como la transformación del Estado como cualquier otro sujeto económico; aunque ello representa una interesante paradoja, en la cual Instituciones “no democráticas ni políticamente responsables como el FMI”, [tienen la facultad de intervención por parte de elites y de] (...) “expertos en un mundo en el que se supone que el Estado no es intervencionista” (Harvey, 2007, p. 77)

La conclusión clara que podemos deducir de este análisis, es que el neoliberalismo no torna irrelevante al Estado ni sus instituciones. Sino que más bien, y con el objeto de hacerlo más funcional a sus propios intereses, producen una reconfiguración radical de las instituciones y de las prácticas estatales (...) (Harvey, 2007, p. 85)

Ahora bien, la consolidación del proyecto neoliberal se encuentra en la coyuntura política de las décadas de los años 80 y 90, momento de implantación y completo auge (Esteva, 1996), por la que instituciones como el consenso de Washington en su momento, dirigieron y crearon las políticas económicas de la que serían sujetos los Estados, mediante los Planes de Ajuste Estructural para el tercer mundo en un contexto particular de reestructuración de la deuda externa para la América Latina. Este panorama cobra gran relevancia, debido a que en las primeras décadas de implantación de las políticas del desarrollo, en vez de erradicarse la pobreza, los efectos fueron un aumento de la brecha de desigualdades (Rist, 2002).

Para América Latina, el neoliberalismo llega como respuesta al fracaso de la estrategia económica de la teoría de modernización que trajo consigo industrialización sin desarrollo (Almandoz, 2013), y del modelo de sustitución de importaciones diseñado por la CEPAL, en tanto que estas estrategias implicaron un aumento de préstamos otorgados por la arquitectura transnacional en ayudas para el desarrollo, que sin lograr los resultados esperados, hizo que la región Latinoamericana entrara en una profunda crisis económica en la cual se colapsó el pago de la deuda externa (Rist, 2002) y se conoce como la década perdida para América Latina. La respuesta a este escenario fue un ajuste al pago de la deuda pero en cambio, los Estados debían cumplir con todo un plan de trabajo y de reformas para acceder al beneficio ofrecido por la arquitectura transnacional.

Además del alto costo social que representaron los programas de ajuste estructural -PAE- (Rist, 2002), en la práctica el neoliberalismo implicó: la privatización de las empresas públicas, que impactó directamente los servicios públicos y a la población, garantizar derechos de propiedad a la inversión y trato nacional a compañías extranjeras, repatriación de beneficios extranjeros, apertura de los bancos y del mercado al control extranjero, eliminación de barreras comerciales, dichas medidas se aplicaron en todas las dimensiones del espacio social, de los servicios públicos esenciales, medios de comunicación, transportes y de los derechos (Harvey, 2007), estas relaciones con el capital transnacional trajo inmersas las cláusulas arbitrales para la resolución de conflictos, como condición obligatoria dentro de los alcances jurídicos de los escenarios de intervención de los respectivos Planes de Ajuste Estructural.

Esta breve explicación deviene necesaria para comprender la relación entre neoliberalismo y arbitraje, por la transformación del Estado, la libertades individuales, el papel preponderante del comercio y de los intereses económicos que mediante múltiples estrategias jurídicas han permitido la implantación y funcionamiento del arbitraje al servicio y bajo la lógica del gobierno transnacional, en lo que se encuentra:

### **3.4. Aproximación al arbitraje como campo jurídico**

#### **Ámbito de regulación de conductas y crisis de la regulación:**

El espacio de regulación dentro del campo jurídico de Bourdieu, como se analizó, se caracteriza por reglas de conducta que determina lo que se debe hacer para los diferentes agentes e instituciones, para que la producción del derecho sea vista como algo neutro y autónomo de toda influencia externa, y que permiten en el espacio social una correspondencia frente a la validez del derecho, un ejemplo de ello lo presenta Bourdieu en las reglas concernientes a la administración de justicia (Bourdieu, 2000).

A propósito, se puede percibir como ha sido el proceso articulación del arbitraje en la lógica del aparato del Estado y como este ha favorecido su configuración, pues su desregulación o más bien, la reconfiguración radical de las instituciones y de las prácticas estatales (Harvey, 2007) al servicio del sistema económico permitió la privatización de los derechos y los servicios hasta uno de los ejes estructurales del Estado, esto es, la administración de justicia, puesto que el poder judicial hace parte del monopolio de este, implicando reconocer otros poderes y otros actores con dicha facultad.

El efecto implícito en el hábito del arbitraje, cuya definición de manera genérica corresponde a un medio de resolución de conflictos o método alternativo de resolución de conflictos, es una condición que actualmente es aceptada por la función jurisdiccional que desempeñan los árbitros (Caivano, 2017). Ahora bien, debido a que hay más materias del espacio social que son susceptibles de resolverse por esta vía, también se están admitiendo soluciones por ejemplo en el derecho de familia, (Fernández & Artuch, 2011) o inclusive en lo laboral (Garino & Tiscornia, 2017).

Se evidencia como se apela a los beneficios del arbitraje como elemento predominante dentro de la influencia comercial, en el prólogo de José María Alonso Puig a Soto Coaguila en el cual se insiste en el arbitraje como la forma idónea para garantizar el flujo de los negocios internacionales: “Estamos convencidos de que el arbitraje es una mejor solución que la jurisdicción ordinaria para dar solución a estos conflictos, despleguemos todo nuestro esfuerzo para convencer al mundo económico de la bondad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos.” (Alonso, 2011)

Aquí se encuentran una serie de elementos que permiten evidenciar la relación neoliberalismo-arbitraje, en tanto medio de resolución de conflictos o método alternativo, como dispositivo discursivo que naturaliza el hecho que existe más de una forma de administrar justicia y que esta función no es propia ni exclusiva del poder del Estado, efecto propio de la desregulación.

A su vez, el arbitraje se presenta como la alternativa que según algunos autores, legitima la jurisdicción privada para cubrir el alcance que los Estados no pueden ejercer, ya que manifiestan que el sistema procesal de la jurisdicción ordinaria es lento y poco fiable<sup>3</sup> deslegitimando de por sí, el poder judicial de los Estados, como si el arbitraje no adoleciera de múltiples carencias y conflictos en su creación, materialización y prácticas cotidianas.

Dicha categoría es otro elemento discursivo que se reproduce sin mayor reparo y naturaliza el concepto de conveniencia del arbitraje y de ineficacia de los poderes judiciales. Es así, que desde la infraestructura de gobernanza transnacional se presenta al tercer mundo bajo el paradigma de sistemas jurídicos ineficaces y que no generan la seguridad jurídica<sup>4</sup> suficiente para las dinámicas de la inversión y el capital internacional que permita desarrollar sus economías.

---

<sup>3</sup> Al respecto ver: (Donoso, 2011); (De Jesus, 2008); (Sisqueiros, 2009); (Figuroa, 2014); (Conejero, 2005); (Llain, 2014)

<sup>4</sup> Entiéndase seguridad jurídica, como la confianza que debe generar un sistema que permanece en equilibrio, para que las diferentes instituciones jurídicas se mantengan a través del tiempo,

Corriente defendida por el académico y economista del Banco Mundial, Paul Collier, quien ha diseñado múltiples estrategias de intervención en ayuda al tercer mundo para el desarrollo, el progreso y el crecimiento económico y que ve en el arbitraje una posibilidad para atraer la inversión que tanto necesitan las economías más precarias y deficientes del planeta:

El arbitraje internacional no es un ultraje a la soberanía, sino simplemente el reconocimiento de que un gobierno puede venirle muy bien exponer sus argumentos ante un organismo neutral en lugar de faltar a sus compromisos con toda impunidad. Los gobiernos a los que más puede favorecer esta mediación son aquellos cuya reputación está más en entredicho y están intentando limpiarla” (Collier, 2010, p. 253)

Es menester precisar que apoyar al arbitramento aduciendo falta de seguridad jurídica de un sistema judicial lento y poco fiable es una falacia, ya que como se presentará en el análisis de los capítulos siguientes, la materialización del arbitraje es tal, que jurídicamente cuenta con todos los mecanismos y la fuerza del derecho que garantizan su reconocimiento y obligatoriedad.

Se trata entonces, de una caracterización irresponsable de los organismos internacionales cuando refieren que el tercer mundo no cuenta con atractivos suficientes para el sector privado que garanticen la inversión, cuando lo cierto es que lo han llevado a la implementación casi que obligatoria de la institución jurídica. Esto además, ha significado una estigmatización de América Latina al comercio mundial, cuando no se acoge a arbitraje o bien, cuando interviene en los procesos arbitrales en ejercicio de su soberanía.

---

y de esta forma, las personas sepan las reglas que rigen en el Estado, sus derechos y obligaciones, siendo la manera de mantener las relaciones de poder, el favorecimiento a determinadas prácticas e instituciones y la permanencia de discursos e intereses en la obligatoriedad del derecho (Gallego, 2012). Así, en razón a la falta de confianza de los sistemas jurídicos, se recalca la recalcitrante necesidad del arbitraje.

Ahora bien, frente al carácter del sistema judicial lento, poco fiable como reflejo de la presunta falta de seguridad jurídica, algunos exponentes del arbitraje reconocen como poco fundamentada dicha postura, atendiendo a que la jurisdicción privada se torna preferente, no en razón de un sistema y poder judicial precario, sino por el auge de actores y relaciones económicas internacionales. Por tanto, se hace indispensable desestimar “el discurso autocomplaciente que pretende hacer del arbitraje el único mecanismo válido para la solución de controversias jurídicas internacionales, como si los demás solo pudieran dar como resultado una justicia de menor calidad” (Gaillard & Fernández Arroyo, 2013, p. 3), debido a que no se trata de un argumento sólido para desestimar uno u otra jurisdicción, por cuanto hay lugares donde los sistemas judiciales y arbitrales gozan de igual reconocimiento, como lo es el caso de Francia, Reino Unido o Suiza (Gaillard & Fernández Arroyo, 2013)

En consecuencia, se advierte al lector, que lo atractivo del desarrollo y del neoliberalismo no lo deje caer en el equívoco de interpretar al arbitraje desde la perspectiva naturalizada, genera un imaginario de América Latina rezagada del comercio internacional, como un prejuicio de marginalidad, pero si como destinataria de los efectos BLAST del desarrollo y del ajuste estructural del neoliberalismo, es decir, un campo idóneo para la intervención extranjera, pero sin capacidad de intervención en el extranjero.

### **Formalismo jurídico y espacio de lucha: La constitucionalización del arbitraje.**

Un efecto del reconocimiento y privatización del poder judicial se puede entender a partir del fenómeno de la constitucionalización del arbitraje, que integra el carácter obligatorio y sus criterios de interpretación dentro de los Estados, aspecto con gran impacto en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos, donde algunos ven como la modernización de los ordenamientos jurídicos y elogian su alcance (Conejero, 2005).

Mientras que desde una lectura menos entusiasta, encarna la crisis de la administración de justicia, por cuanto representa el poder de los privados, árbitros, de sustituir al Estado en determinadas materias, por regla general de alcance económico. Este ítem se desarrollará a mayor detalle en el capítulo segundo.

### **Espacio limitado y competencia jurídica**

Implícita, es la gestión de un cuerpo técnico de expertos y profesionales de la arquitectura transnacional del desarrollo para la creación de instrumentos jurídicos que permitan en nombre y bondades del comercio generar una homogeneidad jurídica para la práctica del arbitraje, siendo ésta, la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Aspecto que trae consigo otra serie de elementos de legitimidad y crisis dentro del sistema legislativo, que desde Bourdieu se representa como espacio limitado en función de la competencia jurídica y sus causales de exclusión (Bourdieu, 2000).

El siguiente aspecto trata de la ley modelo de la CNUDMI y en general sobre las leyes modelo. Hay quienes afirman que estos instrumentos jurídicos son una nueva forma de colonialismo legal, por cuanto los efectos que ellas causan en los ordenamientos internos generan una falta de legitimidad y desplazan la competencia en el proceso legislativo, pues las discusiones, posturas, debates y análisis situados, se desvanecen con una ley modelo, que como instrumento, busca que se adopte en integridad o con la mayor parte de disposiciones en bloque (Gimenez, 2018); exponiendo a una constante crisis al sistema legislativo. Lo que es, como afirma Giménez, un proceso de copiar y pegar en la legislación interna el texto de la ley modelo, donde la actividad legislativa local o nacional se suprime. (2018, p. 579)

Ello implica la cesión de la soberanía para que la infraestructura internacional haga las veces de legislador, desplazando la función propia del poder legislativo en los

Estados, cuyo deber como representantes del pueblo, es elaborar las leyes de la república, analizando su alcance, procedencia, conveniencia, efectos jurídicos, entre otros; aspectos todos que los privados se han reservado para sí.

Por cuanto quienes elaboran o redactan la ley modelo son expertos adscritos a las organizaciones transnacionales del desarrollo y poco o nada representan las posiciones en otras latitudes y realidades del mundo, pese a que la institución donde se concibe cuenta con miembros de gran número de países, en tanto que el contenido legal se discute y elabora en privado (Gimenez, 2018), pero se adopta de manera casi que obligatoria y unificada en las diferentes jurisdicciones del tercer mundo: “entonces, las leyes modelo no son el producto de un proceso democrático de producción del derecho, sino más bien una adhesión en blanco a propuestas elaboradas por órganos transnacionales y tecnocráticos de producción normativa” (Giménez, 2018, p. 579).

Lo que genera un círculo de elitismo jurídico, por la técnica, la profesionalización y lo oneroso, donde las partes deben asumir el pago de honorarios para los árbitros y en suma, de todo el proceso; es decir, hay sujetos que por su capacidad adquisitiva les está vedado el arbitraje, el acceso al medio de resolución de conflictos y por ende, a la administración de justicia como otra causal de exclusión y de trato diferenciado frente al goce efectivo de los derechos.

### **Espacio de lucha, los principios del arbitraje y el alcance de la jurisdicción arbitral: *Kompetenz - Kompetenz***

En la construcción del arbitraje se ha traído uno de los elementos más simbólicos y representativos de su legitimación y es el origen de la jurisdicción arbitral a partir de la autonomía de la voluntad de las partes (Fresnedo de Aguirre, 2012) ya que permea toda la racionalidad jurídica como fundamento discursivo y teórico, ello lo vemos reflejado en la redacción de la ley modelo de la CNUDMI:

Es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (Art 7 ley modelo de la CNUDMI)

La exclusividad del arbitraje obedece a la creación de una justicia privada, para decidir sobre privados y en privado. Sin embargo, para acudir a arbitraje no solo se requiere de la voluntad de las partes, es decir de un acuerdo nada más, como lo sugieren la mayoría de académicos, doctrinantes y la misma ley, sino que además, materialmente, se establece una condición especial que los sujetos deben generar algún tipo de influencia o representatividad en la transacción económica, bien sea como letrado en calidad de árbitro, o como agente económico interesado en los flujos de capital y acumulación: “la fuerza del arbitraje se debe a los actores del comercio internacional, a las organizaciones internacionales y a los Estados, en tanto agentes económicos que propenden al arbitraje como medio para la optimización de las operaciones” (Gaillard & Fernández Arroyo, 2013, p. 6)

Además de lo anterior, la ley modelo consagra una serie de principios propios del arbitraje y que poco a poco se han introducido en el reconocimiento internacional de la administración de justicia privada, por ejemplo, la uniformidad, la internacionalidad, la interpretación autónoma, el Kompetenz - Kompetenz, la inocuidad de las leyes nacionales como criterios de interpretación (Fernández & Perales, 2012), que representan la eficacia del arbitraje para asegurar el cumplimiento, reconocimiento y ejecución de las decisiones tomadas al interior del proceso arbitral.

Por su parte, El Kompetenz – Kompetenz es uno de los principios más importantes ya que define el alcance de la jurisdicción arbitral; este principio deviene del convenio arbitral, “es decir, de la voluntad de las partes de resolver sus controversias a través de un tribunal arbitral” (Andrade, 2007, p. 16) y por tanto, permite que el arbitraje se desarrolle con autonomía y suficiencia, toda vez que es la

facultad con la que cuenta el tribunal para declararse competente de conocer un caso o controversia, lo que representa el poder para pronunciarse sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral (Andrade, 2007). Aspecto que se denomina efecto positivo de este principio. A su vez, implica el reconocimiento que las jurisdicciones estatales u otras autoridades le dan a los tribunales de arbitramento, para que estos conozcan controversias de contratos que incluyan alguna forma de concurrir a arbitraje, efecto negativo del principio (Llain, 2014).

Los efectos positivo y negativo del Kompetenz- Kompetenz se encuentran reconocidos e implementados en la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional; de ello se deriva que los sistemas jurídicos que adoptan la ley modelo, con ella tendrán implícitos los efectos de este principio están pensados para garantizar la independencia, autonomía y eficacia de la jurisdicción arbitral frente a la jurisdicción estatal u ordinaria (Silva 2008 en Llaín 2014).

Ahora bien, se dirige la atención en el efecto negativo del Kompetenz – Kompetenz que se encuentra consagrado en el artículo 8 de la ley modelo de la CNUDMI, que contiene el deber de la jurisdicción estatal de remitir un asunto objeto de arbitraje a la jurisdicción arbitral, ya sea por solicitud de las partes y siempre y cuando el acuerdo (arbitral) no sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Claro está, que la actual redacción de la ley modelo, no inspira el imperativo del efecto negativo del Kompetenz- Kompetenz, al ser las partes las que deben solicitar el traslado a la jurisdicción arbitral, aunado a la posibilidad de los jueces estatales de pronunciarse sobre la nulidad, eficacia o ejecución del acuerdo. Sin embargo, esta situación por sí misma no condiciona al tribunal de arbitramento a esperar la resolución por parte del juez nacional y en todo caso, podrá adelantar el procedimiento necesario hasta proferir el respectivo Laudo.

Es importante recalcar que los jueces estatales si tienen la posibilidad de pronunciarse, a modo de excepción, cuando el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz y/o de ejecución imposible, por tanto, el Kompetenz – Kompetenz que faculta a los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre su propia competencia frente a la existencia y/o validez del acuerdo, no es una potestad privativa ni absoluta de los árbitros y no es el único escenario de intervención donde es posible cuestionar la validez y existencia del acuerdo, atendiendo a que la Convención de Nueva York en el artículo segundo, numeral tercero prevé esta misma posibilidad en sede judicial para la ejecución del Laudo:

Las cortes locales también tienen la autoridad para ejercer control sobre la validez del convenio arbitral cuando se les solicita su ejecución. Bajo las normas de la Convención de Nueva York, de haber una cláusula arbitral, las cortes locales están obligadas a someter a las partes al proceso arbitral, pero se reservan el poder de verificar si la cláusula compromisoria es inválida o ineficaz. Por consiguiente, esto implica una excepción dentro de la regla de que ninguna corte local puede pronunciarse sobre la competencia de los árbitros antes de que el propio tribunal arbitral lo haga (...) (Andrade, 2007, p. 21)

Ahora bien, la ley modelo de la CNUDMI prevé que las excepciones de falta de competencia puedan ir orientadas, a desestimar la existencia y validez del convenio arbitral o manifiestan que la controversia excede la facultad de los árbitros por falta de arbitrabilidad objetiva y frente a este particular, existe la eventualidad que coexistan conflictos de competencia, para lo cual servirán como mecanismos de defensa de la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral el artículo 8 inciso final, que busca que no se suspenda ni se condicione el proceso arbitral a la resolución del juez del Estado.

De esta suerte, el artículo 16 de la ley modelo de la CNUDMI, contempla tres presupuestos en los que se desarrolla el principio: El primero, implica la independencia del acuerdo arbitral del contrato que lo contiene, con el objeto que el acuerdo arbitral no se vicie de nulidad cuando el contrato principal corra esta suerte, ya que primará la voluntad de las partes de concurrir a arbitraje dentro del rango del efecto positivo de

este principio. Esta regla se aplica a la nulidad, a la inexistencia del contrato o del acuerdo, al cumplimiento de las obligaciones, a la terminación por mutuo consentimiento, novación, transacción, salvo renuncia expresa del convenio arbitral, (Figuroa, 2014) y cualesquiera otra forma de terminación y/o modificación del vínculo contractual o excepción que se plantee respecto del contrato principal que desestime la existencia y validez del acuerdo arbitral, para que el tribunal no se instaure competente; en los casos mencionados, el tribunal debe analizar y decidir, ya que se presume la independencia y subsistencia del convenio arbitral.

El segundo, es la oportunidad que se fija a las partes, contestación de la demanda, para proponer las excepciones relativas a la falta de competencia del tribunal o la excepción de exceder el mandato conferido, en cuyo caso, deberá interponerse tan pronto se percate el exceso dentro del proceso.

En el tercero, se aclara que las excepciones podrán resolverse como cuestiones previas o de fondo. Es decir, el tribunal las resolverá como previas para sanear el proceso y evitar posibles nulidades; o de fondo en la resolución de la controversia mediante laudo.

En todo caso, si el tribunal decide la excepción de falta de competencia y en su lugar se instaure para conocer el fondo del asunto, las partes tendrán la facultad de solicitar a otra autoridad, la designada por el Estado, en virtud del artículo 6 de la ley modelo de la CNUDMI, para que resuelva la excepción; para ello, también se fija una oportunidad que deberá ser ejercida dentro de los treinta días siguientes al recibo de la decisión, por medio de la cual el tribunal niega la excepción. Por ende, conforme al alcance del principio el tribunal de arbitramento podrá continuar con las actuaciones propias del proceso arbitral. Esto se traduce en: “la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial” (Llain, 2014, p. 151)

Estos elementos buscan blindar la jurisdicción arbitral de la injerencia judicial de los sistemas estatales, toda vez que la ley modelo limita las posibilidades de intervención; ya que los jueces de la jurisdicción estatal deben cumplir la “obligación de declararse incompetentes en una acción judicial en una materia reservada a los árbitros de acuerdo al convenio arbitral” (Figueroa, 2014, p. 71) o en su defecto, limitarse a conocer en los eventos en que la misma ley los faculta para tal fin; aspecto contenido en el artículo 5 de la ley modelo, en el cual se establece que no intervendrá ninguna autoridad judicial del Estado, salvo en los casos previstos por la misma ley.

Conforme a lo anterior, el artículo 6 de la ley modelo contempla que es deber de los Estados al adoptar la ley, designar a las autoridades judiciales competentes que podrán intervenir en el proceso arbitral y ejecutar funciones que requieran complementar, fijar, o aclarar aspectos importantes en la controversia que se somete a arbitraje, junto con la delimitación de posibles escenarios que requieran de intervención judicial.

Por ejemplo, la designación de árbitros cuando no hubiere acuerdo (art 11 numerales 3 y 4) la decisión sobre la procedencia de la recusación de árbitros, cuando ésta fuere negada por el tribunal de arbitramento (art 13 numeral 3); la cesación del mandato cuando el árbitro se encuentre en imposibilidad de ejercer las funciones conferidas por las partes (art 14); cuando sea otra autoridad la que deba pronunciarse sobre las excepciones de falta de competencia del tribunal o del exceso del mandato conferido (art 16 numeral 3). En el evento de prestar asistencia a los árbitros en la práctica de pruebas, (art 27). La anulación de laudos arbitrales por la autoridad judicial del país en donde se hará efectiva o no su ejecución (art 34)

Con todo, la protección que da la ley modelo a la autonomía de los árbitros frente a la intervención judicial es decisiva para comprender que la controversia se traslada hacia la jurisdicción ordinaria no afecta la competencia del tribunal y en estricto sentido, por mandato de la ley modelo, no habría lugar a la interrupción o

suspensión del proceso, en tanto que el tribunal de arbitramento podrá seguir con el trámite hasta tanto la decisión del juez estatal no se encuentre en firme (art 13 – numeral 3 y art 16 – numeral 3)

Por tanto, el Kompetenz - Kompetenz no debe confundirse como un asunto de litispendencia o prejudicialidad entre dos órganos facultados para conocer y decidir un caso en concreto, sino que es el favorecimiento claro y expreso a la jurisdicción arbitral para que actúe con eficiencia y autonomía sin intromisión del poder judicial estatal (Figueroa, 2014). Cabe señalar que son los Estados quienes al momento de adoptar la ley modelo definen el alcance de la intervención judicial en el proceso arbitral, se analizará dicho aspecto en el capítulo tercero entendiendo que en principio, este cuerpo normativo busca limitar, restringir o en su defecto, eliminar las posibilidades de intervención judicial.

En este primer capítulo se han abordado los elementos que permitan entender al arbitraje sin su abstracción cotidiana de los procesos políticos, jurídicos y económicos que son base de su formación, impactos y alcances de lo que significa la potestad de los privados para administrar justicia. Lo que permite comprender el arbitraje como campo jurídico en donde están presentes múltiples actores, funciones, intereses, discursos y relaciones de poder, por medio de los cuales se reproducen las prácticas cotidianas en torno a la implementación de una institución jurídica.

Estos procesos se ven implícitos en la materialización local de la institución del arbitraje y permite evidenciar como el poder transnacional reestructura el ordenamiento jurídico y a los Estados en virtud del discurso del desarrollo; se hace del Estado un sujeto económico y los discursos entorno a la libertades legitiman la estructura de operación del arbitraje. Desde la implementación de la ley modelo, se permea en el poder legislativo del Estado desplazando su propia competencia de elaborar las leyes. Se evidencia en consecuencia, como la competencia jurídica se traduce en relaciones de poder de conocimiento y colonialidad del saber, debido a que son los cuerpos

técnicos de Naciones Unidas quienes determinan el contenido, alcance y procedencia de las leyes a nivel global.

Desde la constitucionalización del arbitraje, se evidencia la crisis del poder judicial y de la administración de justicia del Estado, que se transmuta para que los privados tengan el reconocimiento y alcance para impartir decidir, generando además un elitismo jurídico que va en contravía del derecho fundamental a la administración de justicia.

Ambos procesos, constitucionalización y armonización legislativa corresponden a la coyuntura globalizada en la que se reposiciona el papel del comercio internacional como elemento necesario para el sostenimiento de la paz (ONU, 1966). Condición orientada al aumento de la competencia entre Estados, en cuyo caso se ven obligados a implementar las disposiciones normativas para estar al margen del comercio de la dinámica global, garantizando una reputación fiable que atrae la inversión extranjera, y por ende, el crecimiento económico. Luego entonces, el arbitraje se presenta como necesario al comercio permitiendo que la regulación de la institución jurídica se traduzca en una imposición de las relaciones de poder instruidas por la arquitectura de gobernanza transnacional.

Estas relaciones han generado un crecimiento acelerado no solo del discurso que legitima la práctica arbitral, sino su misma competencia a la que se adhieren más materias del espacio social dentro de su competencia. No solo se encuentran los factores comerciales, sino también los civiles en lo que se tenga la disposición de los derechos, algunos de familia, los laborales y así, se va inmiscuyendo todo el derecho en un derecho a arbitrar en base a las libertades individuales, y cada vez más, la dinámica es permitir que sea menos los asuntos limitados a que sean arbitrables, y se abre la puerta para que la mayoría de controversias sean objetivamente posibles de acudir al arbitramento.

En último lugar, se evidencia como el arbitraje ha creado progresivamente el diseño de principios y bases filosóficas que buscan el reconocimiento y legitimidad del espacio social para su funcionamiento. Efecto que se ha conquistado a través del denominado principio Kompetenz- Kompetenz que logra desdibujar la función de poder judicial e instrumentalizar el Estado a través de los operadores judiciales en favor del arbitraje. Debido a que se impone la obligación a los jueces de abstenerse de conocer y pronunciarse en disputas relativas al arbitraje, o si lo hicieran, sus decisiones no afectarán el proceso arbitral.

Esta serie de elementos previstos en el arbitraje como campo jurídico conllevan a ser cuidadoso y no obviar todas las connotaciones que implica reproducir de manera sistemática al arbitraje como un medio de resolución de conflictos.

## 4. CAPÍTULO 2

### CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

En virtud de los elementos discursivos vistos en el capítulo anterior, se configuró la habilitación de la justicia privada, esto a su vez, conlleva a diversos medios para su implantación material en los ordenamientos jurídicos. Para América Latina un rasgo distintivo fue la constitucionalización del arbitraje como fenómeno propio de la región que no se reproduce en otros lugares del mundo (Conejero, 2005). A saber, en el presente capítulo se analizara esta forma de adopción del arbitraje para entender el alcance constitucional de la institución jurídica. Así mismo, se presentaran algunos elementos relevantes desde la integración normativa partir del bloque de constitucionalidad y su procedencia en el arbitraje.

Como señala (Teubner, 2000), el formalismo jurídico están atravesado por un proceso de juridificación, en el que se comporta la expropiación del conflicto, esto es, la sustracción de las partes de la justicia estatal y por tanto, los movimientos alternativos de solución de conflictos o la justicia informal estarían solicitando una reapropiación del conflicto lo que conlleva a instrumentalización política del derecho (Teubner, 2000, p. 43).

Este efecto resulta de gran impacto porque explica el origen y alcance de las instituciones jurídicas y en este caso, del arbitraje. La juridificación, como expresión del derecho formal se materializa mediante la constitucionalización legal del sistema de derecho civil, también comercial del arbitraje, que al incluirlo al interior de los principios rectores del estudio del derecho junto con la constitucionalización del sistema económico, ciñen que la deslegalización sin más no sea posible, ya que la juridificación es el medio para garantizar la coerción del derecho para la consecución de fines materiales concretos (Teubner, 2000, p. 45)

Resulta necesario evidenciar que la constitución en cada país obedece a una dogmática diferenciada en virtud de los principios y la teoría de los derechos que articulan la armonía del ordenamiento jurídico. Así pues, la constitución se instituye como la norma de mayor jerarquía y por ende, su contenido deviene importante para entender el alcance de las instituciones jurídicas como medio de la materialización de los derechos (Ferrajoli, 2016). De ahí, que sea particular el fenómeno de constitucionalización del arbitraje que no se presenta en otros ordenamientos jurídicos (Gimenez, 2018).

Se atribuye la implantación del arbitraje como un esfuerzo para la consolidación de un orden jurídico arbitral legitimado a rango constitucional (Gaillard, 2015) o como el afianzamiento de una cultura arbitral como medio aprobación social de la institución jurídica y la aceptación de hábitos jurídicamente relevantes en favorecimiento del arbitraje (Conejero, 2005) de una u otra manera, la constitucionalización del arbitraje impacta con fuerza el espacio social y genera toda una lógica de reconocimiento, facultades, funciones y límites en los sistemas jurídicos. Se verá entonces, la articulación de los denominados orden y cultura arbitral frente a algunas tensiones que se generan desde los límites del Estado en virtud de la teoría de los derechos fundamentales en la constitucionalización del arbitraje.

#### **4.1. El arbitraje en la constitución Colombiana**

En Colombia, la constitución de 1991 nace en un contexto de tensión política que hacía necesario un cambio de los principios y dogmática del ordenamiento jurídico, producto de ese proceso. Colombia se define como Estado Social de Derecho cuya base fundamental es el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos y se adquiere un valor predominante de los derechos fundamentales, mínimos e irrenunciables en virtud de este principio. Ello ha generado un escenario de disputa en la pretendida autonomía del arbitraje y su relación con los derechos fundamentales de la constitución, veamos:

Artículo 116: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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. (Constitución política de Colombia) Subrayado fuera de texto.

De manera expresa, el arbitraje se habilita por disposición constitucional en dos dimensiones, la primera, la delegación de la función jurisdiccional a particulares para que sean administradores de justicia. La segunda, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para acudir a arbitraje, es decir la legitimidad mínima de la institución jurídica como una disposición de los sujetos.

A su vez, la constitución impone algunos límites importantes a la institución: por un lado, la condición transitoria de la función jurisdiccional de los particulares o privados, es decir, se trata de un carácter “excepcional”, en la que deben concurrir los dos presupuestos mencionados; la habilitación por la constitución y la ley para su ejercicio, y la autonomía de las partes para concurrir al arbitraje, sin que ello signifique un estado de permanencia como estatuto jurisdiccional. El segundo, y el más importante, sobre el cual se generan la mayor parte de distensiones al interior del arbitraje, recae sobre el hecho que la función jurisdiccional deviene de una facultad del Estado y propiamente del poder judicial para administrar justicia, y que de manera excepcional esta facultad es atribuida a particulares.

Luego entonces, la administración de justicia para el Estado colombiano es un derecho fundamental y una función pública que permite el desarrollo de otros derechos dentro del Estado Social de Derecho (Toscano, 2013). Como función, también por disposición constitucional -artículo 228 y 230 superior- representa deberes y reciprocidad en el ordenamiento jurídico; aspecto cuestionado al interior del arbitraje que considera un yerro comparar los árbitros a la calidad de jueces (Donoso, 2011), pero cuya función es administrar justicia, paradoja de la conveniencia, en la que se busca obtener las facultades e independencia del poder judicial, sin sus límites, controles y responsabilidades.

En concordancia, el artículo 228 de la constitución política establece que:

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Así mismo, el artículo 229 contempla el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, en tanto que:

El acceso a la administración de justicia es una creación del constitucionalismo del siglo XX y eleva a derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de Estado de Derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos- estos es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes – pueden ser, llegado el caso, defendido ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia. (Diez picazo, pp. 425 en Toscano, 2013, pp. 246)

Ello implica una remisión directa al artículo 29 de la carta, pues el acceso efectivo a la administración de justicia es un presupuesto previo del debido proceso (Toscano, 2013) así, estas disposiciones requieren una efectiva protección y garantía del Estado para que estos derechos puedan ser judicialmente protegidos (Toscano, 2013) puesto que su vulneración genera un “efecto bisagra” (Toscano, 2013), que conduce a la trasgresión de otros derechos fundamentales.

Por tanto, se demanda del Estado reforzar los derechos sustanciales mediante su protección procesal (Toscano, 2013) puesto que ello limita la arbitrariedad del Estado y en este caso, también de los jueces privados en su función de administrar justicia y por ende, hay un reconocimiento implícito de la dignidad de las personas que participan en el proceso jurisdiccional de cualquier naturaleza.

De este modo, Alberto Zuleta Londoño (2007) manifiesta que la mención expresa del arbitraje en la constitución no tuvo el impacto deseado cuando se pensó en su introducción en el ordenamiento jurídico, puesto que con la naciente constitución, el orden social y la teoría de los derechos fundamentales, se adoptaron criterios de ponderación de derechos que sujetan al arbitraje en observancia con la dignidad humana, la administración de justicia y el debido proceso y como factor económico, es reconocido dentro de los derechos patrimoniales cuya jerarquía es inferior a los ya mencionados, luego, la protección de los derechos fundamentales desdibujan los principios del arbitraje, como la autonomía de la voluntad, o el *Kompetenz- Kompetenz*, que garantiza la independencia de la institución (Zuleta, 2007).

Esta clasificación permitió que herramientas constitucionales puedan influir directamente sobre el arbitraje, como lo es la procedencia de la acción de tutela para amparar la posible vulneración de derechos fundamentales al interior del proceso arbitral en cualesquiera etapas procesales, así como su procedencia frente al laudo (Zuleta, 2007), en lo que se ha denominado vulneración de los derechos sustanciales por vía de hecho.

Este efecto implica unos límites no pensados y que superan las previsiones de la CNUDMI de los criterios de intervención en el arbitraje, teniendo en cuenta que una de las características del proceso arbitral es ser de única instancia, noción que se matiza por la ya mencionada procedencia de la acción de tutela. Dicho efecto también se genera frente a la anulación de laudos por causales no previstas en la Convención de

Nueva York, ya que las mismas son ampliadas en una lectura integradora y sistemática de los derechos fundamentales. Efectos que resultan de poco recibo frente a los defensores del arbitraje, de la gobernanza transnacional y de los agentes económicos del mercado, en el que se afirma además, que las normas imperativas no tienen ningún papel que desempeñar en el arbitraje, puesto que la autonomía de la voluntad de las partes es la antítesis de dichas normas (Radcati Di Brozolo, 2013), así mismo, se sostiene que:

En Colombia decidimos que para proteger constitucionalmente el arbitraje debíamos consagrarlo en la constitución. Hoy podemos afirmar que la lectura que se ha hecho del artículo 116 de la misma y la interpretación constitucional que han recibido las normas de arbitraje por parte de los jueces de nulación y del juez constitucional ha reformado dramáticamente la figura del arbitraje en el país, restando eficacia y aumentando el nivel de incertidumbre que lo rodea (Zuleta, 2007, p. 99)

Postura que no se comparte, y que enfáticamente se resalta desde la importancia y trascendencia de los derechos fundamentales, de la administración de justicia y debido proceso que generan jurídicamente un marco de control frente a lo avasallador que se ha introducido el arbitraje en los ordenamientos jurídicos.

#### **4.2. La constitucionalización del arbitraje en Uruguay**

Ahora bien, en Uruguay se presentan algunos matices atendiendo a que se trata de una constitución con mayor trayectoria, que se fundamenta en el Estado de derecho mediante el respeto de la dignidad humana, lo que permite hacer una lectura sistemática en base a la primacía de los derechos fundamentales similar a la presentada para Colombia.

Respecto de la implantación del arbitraje se reflejan varios antecedentes cuya referencia normativa se remonta desde 1892 a raíz del primer congreso sudamericano, cuya agenda contemplaba el tratado de derecho procesal internacional que se aprobó

en Uruguay mediante la ley 2.207, que entre otras materias, refería el reconocimiento y primeras menciones a la ejecución de las decisiones tomadas en un proceso arbitral de índole civil o comercial (Fresnedo de Aguirre, 2012) posición con la que se continuó en el segundo congreso sudamericano de 1940 que también fue aprobado por Uruguay (Fresnedo de Aguirre, 2012). Luego, en el año 1976 Uruguay aprobó la Convención de Panamá de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional) mediante la ley 14.534 de 1976 y en el año 1979 por ley 14.953 la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; ya en el año 1981 se adhiere a las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York de 1958 mediante la ley 15.229 de 1983 (Verdías & Garino, 2018); (Fresnedo de Aguirre, 2012)

Se tendrá como referencia la constitución Nacional de Uruguay de 1967, aunque sus disposiciones se encontraron limitadas y se haya producido una afectación sustancial a los derechos, libertades y garantías a raíz de la dictadura que se vivió en el país desde el 1973 y se aduce que a partir del 30 de marzo de 1985, recobró su imperio la Constitución de 1967 (Gros & Esteva, 2008), en la cual se consagran disposiciones relevantes para el presente estudio en la configuración del denominado orden jurídico arbitral y la introducción de la institución en el texto rector del ordenamiento jurídico (De Jesus, 2008).

Frente al contenido expreso de la institución jurídica tenemos el artículo 6 y 168 numeral 16 de la Constitución Nacional de la República Oriental del Uruguay - en adelante CN- . Así las cosas, artículo 6 superior dispone:

En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

De dicha disposición constitucional se desprenden varios elementos: el primero, la referencia que se tiene del arbitraje frente a los tratados, es decir un reconocimiento expreso del arbitraje que es elevado a rango constitucional que permite entender a Uruguay como sujeto de la comunidad internacional y de la importancia de estas decisiones para la armonía del ordenamiento jurídico interno. Segundo, la importancia económica del arbitraje, es decir, como un elemento necesario para potenciar el desarrollo del país y por ende, se propende a la integración económica regional en la que el arbitraje se torna fundamental como medio de resolución de conflictos por excelencia. Tercero, se extiende esta prerrogativa para que el arbitraje sea el método por el que se resuelvan las diferencias en materia de servicios públicos, independiente que estos sean prestados por el Estado, por privados nacionales o extranjeros. Generando factores de arbitrabilidad subjetiva a los diferentes sujetos que pueden obligarse por esta vía.

Por último, se evidencia la importancia del arbitraje como elemento para la perdurabilidad de la paz como el procedimiento preferente para evitar tensiones en materia internacional, siendo necesaria agotar dicha vía para la toma de una decisión de gran importancia nacional como decretar la ruptura de relaciones internacionales o inclusive referir a una declaración de guerra: “Decretar la ruptura de relaciones y, previa resolución de la Asamblea General, declarar la guerra, si para evitarla no diesen resultado el arbitraje u otros medios pacíficos” (artículo 168 numeral 16 de la CN)

Las mencionadas disposiciones se integran con lo contemplado por el artículo 10 de la CN del Uruguay, que al tenor dispone: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados” (artículo 10 de la CN), contenido que reconoce la autonomía con la que cuentan las personas en calidad de partes para renunciar al poder judicial. También genera el margen de movilidad de las materias que serán susceptibles de arbitraje ya que se introduce la categoría de orden público como límite dentro de la

arbitrabilidad objetiva. Estos elementos se ven con mayor detalle en la ley nacional de arbitraje comercial internacional “influenciada” en la ley modelo de la CNUDMI, la jurisprudencia Uruguaya y el Código General del Proceso.

### **4.3. Bloque de constitucionalidad**

El bloque de constitucionalidad es un concepto que se ha acuñado progresivamente por la doctrina y posteriormente por la jurisprudencia (Velandia, 2014), como aquellos principios y reglas de valor constitucional que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional comparten la mayor jerarquía normativa en el orden interno. A su vez, fungen como parámetros del control de constitucionalidad por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución por diversas vías convirtiéndose en principios y reglas de interpretación (Sentencia C-067 de 2003 en Velandia, 2014)

Permite además, la adaptación histórica de las constituciones a cambios y transformaciones sociales y políticas, ya que mantiene el dinamismo de los textos constitucionales debido a que las normas incorporadas sirven como mecanismo para el reconocimiento de nuevos derechos, en atención a los principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución (Uprimny, 2005).

Ello también implica un límite y la fijación de criterios para determinar que normas y principios serán integrados por cuanto: “la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del interprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional” (Uprimny, 2005, p. 19) en consecuencia, el bloque es, en tanto una norma de la constitución lo ordena y exige su integración.

La Corte Constitucional colombiana y posteriormente, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay han decantado las normas que se integran al bloque de constitucionalidad, estableciendo como criterio fundamental los principios inherentes a la condición humana, los que desarrollan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Razón por la cual no todos los tratados internacionales forman parte del bloque, por ejemplo, se excluyen aquellos de contenido económico por cuanto su objetivo no es la protección de derechos humanos en un sentido amplio, ético y político:

[...] ni los tratados de integración económica y comercial ni del derecho comunitario integran al bloque de constitucionalidad, ya que su objetivo no es el reconocimiento de derechos humanos sino la ordenación de aspectos económicos, comerciales, fiscales, aduaneros, de inversiones, técnicos, [...] de lo contrario se desnaturalizaría el control constitucional que convertiría a la corte constitucional en un órgano destinado a verificar la adecuación de las leyes frente a cualquier norma internacional que pudiera eventualmente tener algún impacto benéfico sobre los derechos humanos, lo cual es impracticable [...] (Corte Constitucional de Colombia) - reiteración de jurisprudencia criterios fijados en Sentencia C-256 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz, retomados en sentencia C-582 de 1999, entre otras.

### **Estructura y clasificación**

El bloque de constitucionalidad se diferencia atendiendo a las normas y principios que lo integran dependiendo su carácter imperativo, estricto sentido y de aquellas que no siendo de rango constitucional sirven de base para el control de otras disposiciones normativas, sentido lato (Uprimny, 2005) Entre los que se encuentran las leyes orgánicas y estatutarias cuyo rango es superior a las ordinarias y por tanto, son un referente de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la constitución para la creación legal y control constitucional.

Uprimny (2005) presenta algunos criterios para la clasificación y comprensión del bloque de constitucionalidad; menciona por un lado, que se puede sistematizar

según el listado y estandarización de las normas que lo integran para lo cual se tienen: (i) normas de rango constitucional, (ii) parámetros de constitucionalidad de las leyes y (iii) normas constitucionalmente relevantes para un caso específico, que son además, los criterios que se evidencian en los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre su alcance.

Así mismo, se tiene una clasificación en base a los procedimientos de incorporación de nuevos principios y derechos, para lo cual se parte de la tipología de las formas de remisión dentro del procedimiento o reenvió al bloque de constitucionalidad, en las que se identifican cinco técnicas (Uprimny, 2005).

1. Remisión a textos cerrados y definidos como los que integran la convención interamericana de derechos humanos.
2. Reenvió a textos cerrados pero con determinación amplia, como sucede en Francia con el preámbulo de la constitución de 1958, a través de la incorporación de “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república”.
3. Remisión a textos por desarrollar.
4. Remisiones abiertas a valores y principios mediante las cláusulas de derechos innominados.
5. La remisión a otros valores por medio del uso de conceptos indeterminados.

Colombia incorpora salvo la remisión cerrada -primera regla- todas las otras. Se tiene entonces remisión a textos cerrados pero indeterminados, como la referencia genérica a los convenios de la OIT, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Se confiere fuerza a textos por desarrollar como leyes orgánicas y estatutarias, las remisiones indeterminadas en el artículo 94 superior y también se recurre a varios conceptos abiertos como el preámbulo de la constitución, en la que Colombia está fundada en el respeto por la dignidad humana, la primacía de los derechos inalienables de la persona artículo 1 y 3 de la constitución y un orden social justo, artículo 2.

En último lugar, se tiene la incorporación en sentido lato en el artículo 151 –leyes orgánicas-, 152 y 153 –leyes estatutarias– de la constitución, ya que representan parámetros de constitucionalidad de normas que no son de rango superior.

#### **4.4. El bloque de constitucionalidad en Colombia**

El bloque es una categoría que se introduce en el ordenamiento jurídico colombiano hacia 1995 a través de la doctrina y la jurisprudencia, como “normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional” (Velandia, 2014) y que cobra fuerza de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte que han ido decantando el alcance del mismo.

La constitución política de 1991 trae consigo las mencionadas remisiones de incorporación de disposiciones internacionales que han sido la base para comprender el bloque de constitucionalidad que por regla general, hace referencia a tratados ratificados por Colombia, en los que se reconoce la obligatoriedad del derecho internacional de derechos humanos. Esto trae consigo la noción, en palabras de Uprimny, que la constitución es mucho más amplia que el contenido de su propio texto (2005, pp. 7)

En Colombia, el bloque de constitucionalidad se desarrolla por mandato de la misma constitución en atención a las siguientes disposiciones. (i) El artículo 4 reconoce que la constitución es la norma de mayor jerarquía. (ii) Artículo 9 de la carta hace un reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia como miembro de la comunidad internacional. (iii) El artículo 53 de la carta contempla los convenios internacionales del trabajo cuyo rango fue de legislación interna, pero se atribuye la intención de integrarlos frente al respeto y dignidad de los trabajadores, razón por la cual, no tiene el carácter de mera ley interna, sino que sus principios son de rango constitucional y por ende, integrados al bloque (Uprimny,

2005); (iv) Por su parte, el artículo 93 contiene el carácter interpretativo de los derechos de la constitución en correspondencia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, en principio, ratificados por Colombia y que por vía jurisprudencial mediante la interpretación del artículo 94 se han incluido los no ratificados pero que son inherentes a la condición humana. (v) En concordancia con lo anterior, el artículo 94 reconoce aquellos derechos recogidos en los tratados internacionales no enunciados, pero inherentes a la persona humana. (Vi) El artículo 101 que contempla los límites territoriales de la nación en virtud de los tratados internacionales y laudos arbitrales sobre la materia. (vii) El artículo 214 ha sido uno de los de mayor referencia de interpretación y pronunciación constitucional para definir los derechos mínimos que deben ser respetados e integrados al bloque, en virtud del respeto y garantía de los derechos humanos, libertades fundamentales y el derecho internacional humanitario que prevé por excelencia, el límite del poder de los estados de excepción.

En síntesis, el bloque de constitucionalidad en Colombia está integrado por el preámbulo, por el articulado de la constitución, los artículos de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia o no ratificados cuando se trate de derechos reconocidos en la carta o inherentes a la condición humana, la doctrina de los tribunales internacionales de derechos humanos, la doctrina de la OIT y de sus órganos de control, o por lo menos, como criterio relevante de interpretación, y en el sentido lato, por leyes estatutarias y orgánicas en lo correspondiente (Uprimny, 2005)

#### **4.5. El bloque de constitucionalidad en Uruguay**

El bloque de constitucionalidad en la República oriental del Uruguay se puede entender a partir de (i) el reconocimiento en materia de derechos humanos por interpretación del valor de la dignidad humana, artículo 72 CN; (ii) aprobación de los acuerdos y convenios, artículo 85 numeral 7 CN; (iii) facultades del ejecutivo para concluir y suscribir tratados y control a través del poder legislativo, es decir, los

tratados los suscribe el poder ejecutivo en cabeza del presidente de la república y los aprueba el poder legislativo a través de la Asamblea General (cuerpo legislativo del Uruguay) artículo 168 numeral 20 CN; (iv) competencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay para dictar juicios en cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados, artículo 239 numeral 1 CN. Y finalmente, el artículo 332.- de la CN, que se plasma de manera literal para su mayor comprensión:

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

Los mencionados artículos permiten entender que en el Uruguay se presenta la clasificación de remisión o reenvío al bloque de constitucionalidad mencionado en líneas precedentes, y que se integra al ordenamiento jurídico por el propio mandato constitucional.

En principio, en la República Oriental del Uruguay la aprobación de las convenciones, tratados y los derechos incorporados en estos instrumentos internacionales se reconocían mediante promulgación de ley nacional, pero no integrados al ordenamiento jurídico bajo la doctrina del bloque de constitucionalidad como referencia para el control constitucional, legal y la integración normativa del derecho (Uprimny, 2005).

Sin embargo, este concepto ha sido desarrollado por vía jurisprudencial a través Sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia - Uruguay (Formento & Delpiazzi, 2009), en la cual se ha establecido que las convenciones internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y se integran al ordenamiento jurídico en virtud del artículo 72 de la constitución, cuya base interpretativa hace de la dignidad humana el pilar de integración, su texto dispone que: “La enumeración de

derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (CN, 1967)

En relación similar a la presentada para Colombia, en el Uruguay hace parte del bloque de constitucionalidad:

a) Los derechos reconocidos a texto expreso en la constitución, b) los derechos originados en normas internacionales que son reconocidos como fundamentales por la comunidad jurídica universal; y c) los derechos que, por ser inherentes a la persona humana o a la forma republicana de gobierno, están implícitamente reconocidos, aunque no estén incluidos expresamente en la Constitución (Formento & Delpiazzo, 2009, p. 106)

#### **4.6. Integración del arbitraje al bloque de constitucionalidad**

Ahora bien, esta breve relación sobre el concepto de constitucionalidad, clasificación y alcance tanto en Colombia como en Uruguay, es importante para entender la relación del arbitraje en el constitucionalismo latinoamericano y su práctica cotidiana, ya que su incorporación merece un trabajo independiente, empero por la importancia en el presente trabajo de crítica al arbitraje, se analiza para darle mayor sustento a lo que se pretende en este escrito. Pues la sola introducción de la institución jurídica en los textos constitucionales no implica un poder y autonomía ilimitados, sino que su lectura sistemática permite concebir los límites en función de la primacía de los derechos fundamentales. Por tanto, el arbitraje debe estar en armonía con los principios del ordenamiento jurídico y en observancia de lo que los Estados han desarrollado por vía doctrinaria y jurisprudencial como bloque de constitucionalidad.

En tanto que al ser reconocido el arbitraje, como un medio para a resolución de conflictos, lo que representa es una función jurisdiccional, que no es otra cosa que la facultad que tienen particulares de administrar justicia (Caivano, 2017). Luego

entonces, es la administración de justicia un elemento desarrollado por los derechos humanos a nivel internacional.

Por tanto, no se debe caer en el equívoco, a través de una lectura descontextualizada de los artículos que contemplan el arbitraje en las constituciones latinoamericanas, para llegar a la errada conclusión que las convenciones que contemplan el arbitraje están integradas al bloque de constitucionalidad y por ende, fungen como criterios de interpretación y aplicación para el reconocimiento y ejecución del sistema arbitral, pues esta presunción desconoce la dogmática y principios en los que se fundamenta cada ordenamiento jurídico y la primacía de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional.

Los derechos fundamentales de la administración de justicia y debido proceso han sido ampliamente desarrollados por los derechos humanos, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos desarrolla lo que se denomina como Garantías judiciales y establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esto es, el acceso efectivo a la administración de justicia y ello implica una serie de garantías mínimas en una relación permanente con el debido proceso. Por ejemplo, la presunción de inocencia, igualdad material, el derecho de defensa y contradicción, contar con defensa técnica, derecho de no inculparse, derecho a la segunda instancia, cosa juzgada, juicio público, legalidad, entre otros.

Estos aspectos forman parte del orden público internacional y su vulneración conlleva directamente a la anulación del laudo:

[...] un laudo que viola los derechos humanos o que fue rendido en circunstancias donde durante el procedimiento se violó los derechos humanos de una parte, es nulo por ser contrario al orden público internacional el cual integra sin ninguna duda los derechos humanos (Graham, 2016, p. 7)

En efecto, es con base a estas disposiciones es en las que se encuentra inmerso el arbitraje, ya que hasta el momento, no es reconocido como un derecho humano, “no se trata de un derecho humano al arbitraje, sino que el arbitraje es un modo de jurisdicción que está regulado por los derechos humanos, como el del acceso a una justicia imparcial” (Graham, 2016, p. 5)

En conclusión, se puede entender como la articulación de las posibilidades jurídicas para el reconocimiento, aprobación y ejecución de múltiples normas que regulan, desglosan y legitiman el arbitraje como medio de resolución de conflictos o administración de justicia privada, es decir con independencia y ruptura del sistema judicial del respectivo Estado (Caivano, 2017) se buscaron consignar en las constituciones latinoamericanas, estas estrategias han sido diseñadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica para la inversión, el capital y el desarrollo.

Sin embargo, como manifiesta Zuleta (2007), la constitucionalización del arbitraje trajo unos efectos adversos a los esperados inicialmente, ya que el Estado, mediante la interpretación y aplicación sistemática de los principios que fundamentan el ordenamiento jurídico impone límites, y al tratarse de una función jurisdiccional, involucra estar sujeto a las disposiciones dentro del margen del derecho fundamental a la administración de justicia. Por tanto, la sola constitucionalización del arbitraje no permite su integración por vía bloque de constitucionalidad, y el bloque en sentido amplio refiere a los derechos humanos fundamentales de la justicia y debido proceso, que fijan nuevos límites y alcances de la jurisdicción arbitral.

## 5. CAPITULO 3

### **ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA: LA REPRODUCCIÓN DEL ARBITRAJE A PARTIR DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI**

En vista de las limitaciones para el ejercicio del arbitraje que trajo consigo la constitucionalización relacionada en el capítulo precedente, la armonización legislativa surge como respuesta, doble dimensión de operatividad transnacional que reproduce la naturalización del concepto. Busca entre otros, la ampliación de los efectos jurídicos de la ley en masa, sin importar el ordenamiento jurídico para dotar de mayor independencia y poder a la jurisdicción arbitral. Para lo cual, resulta necesario comprender la diferencia y efectos jurídicos entre la unificación, que presupone que un mismo cuerpo legislativo y normativo rige en más de un Estado mediante un vínculo de reconocimiento internacional y aplicación uniforme (Gimenez, 2018), como lo son los tratados internacionales, en cuyo caso, la ratificación del cuerpo normativo integra al Estado en la legislación mundial del derecho internacional, ya sea este público o privado.

Por su parte, en la armonización hay una “homologación” normativa, es decir, el órgano legislativo del Estado expide la ley modelo como si fuera propia, como si su contenido y motivación estuviese en el seno del ente encargado de legislar y en consecuencia, reproduce, total o parcialmente, el modelo que se adapta y se convierte en ley nacional, sin la presencia de un vínculo jurídico internacional a nivel de convención o tratado que obligue al Estado (Giménez, 2018), pues es el Estado mediante su poder legislativo y procedimiento interno quien reconoce la disposición normativa.

De esta manera, el derecho interno se armoniza con las disposiciones de la ley modelo. Ello genera la obligatoriedad del contenido de la ley, que para el arbitraje comercial internacional ha significado entre otros, la habilitación y reconocimiento de

la administración de justicia privada, que entre otros, limita los escenarios de intervención de los jueces estatales.

A su vez, implica la crisis de la legitimidad del poder legislativo de los Estados, al tratarse de una condición de copiar y pegar el texto de una ley redacta en la CNDUMI (Gimenez, 2018). Un segundo eje relacionado con la colonialidad del saber (Lander, 2000), en tanto que los textos jurídicos son pensados no desde los propios países, sino desde la óptica de un cuerpo técnico creado para su producción, como parte de la estructura del sistema de gobernanza transnacional.

Con las claridades mencionadas, en este capítulo se mostrara la estructura y alcance de esta forma de implantación del arbitraje mediante el desglose de las disposiciones normativas en el Uruguay y a partir de allí, una contextualización del arbitraje en Colombia. Con el presente, no se pretende realizar un análisis de derecho comparado, porque los insumos se tornan insuficientes al tratarse de una ley modelo que se reproduce con uniformidad en diferentes latitudes del mundo, las diferencias sustanciales en su aplicación están en la relación de límites que se pueden generar a nivel constitucional, aspecto que fue tratado en el capítulo anterior. Por tanto, las menciones hacia Colombia serán mínimas, por tratarse de una ley modelo siendo este uno de los mayores efectos y logros de la disposición normativa, lograr la uniformidad del derecho mediante la armonización legislativa.

La ley modelo data de 1985 con reformas introducidas en el 2006, cuyo contenido y aplicación son reproducidas en el ordenamiento jurídico del Uruguay y Colombia con total vigencia, sin embargo en la República Oriental del Uruguay es la promulgación más reciente en base a la ley modelo de toda América Latina.

## **5.1. Aspectos preliminares:**

La ley Uruguaya retoma de la ley modelo de la CNUDMI el principio de trato equitativo que contiene el derecho a la igualdad y al debido proceso para garantizar a las partes las oportunidades necesarias de hacer uso del derecho de defensa, (artículo 18 ley 19.636 de 2018); también parte de la redacción del ámbito de aplicación de la ley, puesto que las disposiciones serán aplicables al Arbitraje Comercial Internacional, e introduce dentro del texto normativo, la nota al pie del artículo primero de la ley modelo, es decir, sobre las materias que se entienden por comerciales (Verdías & Garino, 2018).

Esta primera diferencia se percibe como un esfuerzo para limitar las divergencias interpretativas sobre que es o no comercial y por ende, susceptible de arbitraje. A su vez, establece que la ley se aplicará en el territorio de la república cuando la sede del arbitraje sea en Uruguay, en ausencia de un tratado multilateral o bilateral y cuando las partes no hayan pactado disposición especial (Artículo 1 ley 19.636 de 2018). Aspecto clave que Reconoce al Estado como sujeto en el arbitraje, como un actor económico y además, prevalece las condiciones arbitrales que se consagran en los Tratados Bilaterales de Inversión – BITS- cuyo juez en materia de arbitraje es el CIADI adscrito al Banco Mundial.

Por su parte, las formalidades del acuerdo arbitral en Uruguay refieren a la necesidad de probar su existencia en armonía a las disposiciones de la convención de Nueva York, por tanto, el acuerdo arbitral debe constar por escrito, ya sea contenido en un contrato como cláusula compromisoria o pactado posterior al contrato, a través de un compromiso, formas en las cuales se reconoce el valor de las tecnologías y las comunicaciones, por lo que mínimo se requiere un intercambio de comunicaciones escritas (Artículo 7 Ley 19.636 de 2018)<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> La Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha negado el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros por no cumplir con los requisitos esenciales del acuerdo contenidos en la convención de

## **5.2. Internacionalidad voluntaria del arbitraje comercial internacional**

Uno de los elementos claves de la ley modelo es la internacionalidad aplicable al arbitraje, a la disputa, a los sujetos y a la sustancia de la misma ley. El elemento internacionalidad presenta en la ley Uruguay una variación importante, en tanto que no acepta la posibilidad que por la sola voluntad de las partes el arbitraje se torne en internacional, puesto que la ley modelo de la CNUDMI, en el artículo 1 numeral 3, literal b, causal primera, permite que un arbitraje sea internacional por la voluntad de las partes al escoger el lugar donde se llevará a cabo el procedimiento.

Esto debido a que la República Oriental del Uruguay corresponde a un sistema dualista de regulación de arbitraje (González & Gómez, 2011), por cuanto el alcance de la ley prevé el arbitraje comercial internacional en virtud de la categoría principal de internacionalidad recogido en la ley 19.636 de 2018 y el arbitraje interno o doméstico que se encuentra en el Código General del Proceso de Uruguay.

Por tanto, la internacionalidad voluntaria es rechazada de manera expresa por la jurisdicción uruguaya en la medida que “la sola voluntad de las partes no podrá determinar la internacionalidad del arbitraje” (artículo 1 numeral 4 ley 19.636 de 2018): “De este modo, se establece que la voluntad de las partes no es suficiente para calificar a un arbitraje en particular como internacional, sino que debe estarse a la naturaleza de la disputa en sí, objetivamente considerada” (Verdías & Garino, 2018, p. 70)

---

Nueva York, como lo es, que el pacto arbitral conste por escrito, como plena prueba del consentimiento de las partes para obligarse y que de esta manera no resulte ineficaz. Tal es el caso que se observa en las sentencias 85 de 2008 y 843 de 2017 de la Suprema Corte de Justicia, donde se niega el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional por la no suscripción del acuerdo por alguna de las partes, establece la Corte que: “No es posible entender que el documento que contiene el compromiso u obligación de sostener el diferendo a arbitraje, no está firmado por la accionada ya que requiere que el consentimiento de ambas partes para otorgar el compromiso arbitral, debe resultar claro, manifiesto e indubitable”. (Sentencia 843 de 2017 de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay)

Esta limitación complementa la armonía con el derecho interno, pues al estar contemplado y regulado el arbitraje doméstico no es posible que la jurisdicción uruguaya pierda competencia de su propio arbitraje (González & Gómez, 2011), por ende, cuando no se acrediten las causales de internacionalidad, bien sea de las partes, del negocio jurídico o de las otras formas contenidas para el efecto, la controversia estará sujeta a las disposiciones del Código General del Proceso -CGP- Uruguayo.

Ahora bien, dentro del arbitraje doméstico, será preferente la aplicación del CGP que contiene todo un título desde los artículos 472 hasta el 507 y únicamente, de manera subsidiaria, le serán aplicables al arbitraje comercial internacional en vacío normativo o ausencia de ley especial. Ello es posible en virtud del artículo 524 de código general del proceso, que establece que: “En defecto de tratado o convención, los tribunales de la República deberán dar cumplimiento a las normas contenidas en el presente Título” (art 524 – CGP).

### **5.3. Materias susceptibles de arbitraje**

En este ámbito convergen las disposiciones del derecho interno de Uruguay sobre lo que puede ser o no arbitrable, es decir, arbitrabilidad objetiva. Para comenzar, es preciso señalar que las disputas susceptibles de arbitraje son aquellas donde las partes tengan poder dispositivo del derecho y sobre las cuales no haya limitación legal.

El CGP de Uruguay establece la regla general sobre qué materias son arbitrables frente a lo cual dispone que: “no puede someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales esté prohibida la transacción” (art 476 CGP –Uruguay) es decir, el primer requisito para que concurra la arbitrabilidad objetiva es que la materia en disputa sea susceptible de transar.

En ese orden de ideas, el código civil de la República Oriental del Uruguay permite ilustrar algunos ejemplos que en materia civil son susceptibles de transacción, como: El título X del código civil dedica los artículos desde el 2147 hasta el 2166 a la transacción. En el artículo 2148 se establece el requisito que las partes sean titulares del derecho dispositivo o del objeto que someten a transacción, es decir cuenten con la titularidad del derecho para que la transacción no sea invalidada; para las personas jurídicas se habilita la transacción cuando esté contemplada en norma especial. Por su parte, el artículo 2153 del código civil presenta la posibilidad de transar sobre la acción civil que nace de un delito, mas no de la acción penal; a su vez, establece que no es posible transigir sobre el estado civil de las personas (2154); y contempla la transacción de alimentos, siempre y cuando sea aprobada judicialmente (2155).

Otro ejemplo de arbitrabilidad objetiva son las disputas que se originan en lo laboral individual, donde a nivel constitucional hay una referencia del arbitraje, a saber, el artículo 57 de la CN de Uruguay establece que: “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje”. Este remisión expresa de arbitrabilidad ha sido desarrollada por vía jurisprudencial en la República Oriental del Uruguay, donde se encuentra la sentencia 3619/2003 proferida en el juzgado letrado en lo laboral de 10 Turno y en sentencia 596/2017 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, que reafirma la postura de arbitrabilidad objetiva en conflicto individuales en materia laboral (Garino & Tiscornia, 2017).

Ahora bien, dentro de la ley 19.636 de 2018, el ámbito de aplicación es claro al señalar que las materias sobre las cuales recae el arbitraje deben ser de índole comercial, para lo cual incorpora una lista de posibles eventos que sin ser taxativas y excluyentes, sirven de referencia para definir que es arbitrable. Por lo que reproduce las disposiciones contenidas en la ley modelo de la CNUDMI, como:

el suministro e intercambio de bienes, o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de concesión o explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercaderías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera (artículo 1 numeral 7 ley 19.636 de 2018)

Adicional a las ya mencionadas, el artículo 7 del código de comercio de Uruguay, contempla otros actos de comercio que de acuerdo a su naturaleza son susceptibles de arbitraje:

La compraventa y el arrendamiento en general, lo relacionado con títulos valores, fábricas, comisiones, depósitos de mercancías, las sociedades anónimas, comercio marítimo, los empleados de los comerciantes, sus convenciones y salarios. Asimismo, prevé competencia exclusiva al arbitraje frente a todo lo relacionado con contratos de arrendamiento comerciales o mercantiles (artículo 601 código de comercio)

Adicional a ello, el código rural del Uruguay establece que son controversias susceptibles de arbitraje las relacionadas con la tenencia y propiedad de animales, construcción, reformas de cercas y alambrados y disputas conexas, con la salvedad de tratarse de materias internas sobre la ruralidad en Uruguay, se resolverán mediante jueces de paz en calidad de arbitradores, es decir, mediante fallos en equidad (artículo 21, 227 y 235 del código rural).

Del mismo modo, la ley 19.636 de 2018 en el artículo primero numeral 6, contempla que el ámbito de aplicación de la ley no afectará otras leyes especiales que regulen la competencia para el arbitraje u otras que lo prohíben, lo que permite que coexistan disposiciones especiales sobre arbitrabilidad objetiva en la República Oriental del Uruguay, por cuanto no afectó la vigencia ni derogó otras disposiciones.

Esto da una clara muestra sobre qué materias son arbitrables, respecto de las que no concurre arbitrabilidad objetiva, que entre otras se tienen las relativas al estado

civil de las personas, a la acción penal, el orden público internacional (artículo 539 del CGP), categoría que es recogida en la ley sobre arbitraje comercial internacional del Uruguay, como uno de los requisitos para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo, bien sea por falta de arbitrabilidad objetiva o vulneración al orden público internacional del Uruguay.

#### **5.4. Calidad de los sujetos para ser parte en el proceso de arbitraje**

La calidad de los sujetos para ser parte en el arbitraje no está definida ni delimitada en la ley, pero es un aspecto desarrollado por la doctrina como un elemento esencial del arbitraje y se define como arbitrabilidad subjetiva, es decir la calidad y capacidad e los sujetos para concurrir y obligarse en el arbitraje. Para entender este factor se examinó el código civil y el código de comercio uruguayos que definen las características de la capacidad de ejercicio, como presupuesto mínimo para contraer obligaciones, celebrar contratos, y por ende la facultad para pactar el arbitraje y obligarse a comparecer al proceso.

A saber, el artículo 280 del código civil establece que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, la cual se fija en los dieciocho años cumplidos; siendo el requisito para obligarse en negocios jurídicos, por ejemplo, para ejercer el poder dispositivo en relación a bienes raíces. A su vez, se contempla la especial prohibición de comprometerse a arbitraje sin el pleno goce de la capacidad de ejercicio, puesto que sin las mayoría de edad no se podrá: “hacer transacciones ni sujetar sus negocios a juicio arbitral” (artículo 310 código civil uruguayo).

Ello se complementa con lo dispuesto en el código de comercio por cuanto la capacidad para ejercer es un requisito que se define como la cualidad o el atributo de estar habilitado legalmente; además de la prerrogativa descrita en el artículo 280 y 310 del código civil, se deberá tener la libre administración de los bienes, contar con la

facultad de contratar y obligarse, y disponer de capital propio (artículo 8 y 9 del código de comercio).

Por lo que podrá ser sujeto, pactar y acudir a sede arbitral quien cuente con capacidad de ejercicio, disposición genérica aplicable a los particulares. A su vez, las personas jurídicas deberán contar con capacidad de ejercicio conforme a las leyes locales de la República Oriental del Uruguay para su constitución y funcionamiento. Finalmente, se sustrae por disposición constitucional, Art 6 CN, que podrán ser partes dentro del arbitraje el Estado por medio de las instituciones con capacidad legal y representación, los prestadores de servicios públicos y sobre los que no haya disposición en contrario que limite su capacidad o condición personal para ser parte dentro de un arbitramento.

### **5.5. Alcance del principio Kompetenz – Kompetenz**

La facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia representa uno de los medios con mayor fuerza para garantizar la independencia, autonomía y eficacia del arbitraje (Banifatemi, 2013). Hemos visto como el efecto positivo, es decir, la facultad del tribunal arbitral para pronunciarse sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral y el efecto negativo, como el deber de los jueces de remitir a la administración de justicia privada aquellas disputas que contengan alguna de las formas válidas para concurrir a arbitraje (Llain, 2014); son elementos esenciales en el arbitraje comercial internacional.

Sin embargo, en la tradición Uruguaya presenta algunos matices divergentes que se mantuvieron hasta la entrada en vigencia de la ley nacional de arbitraje en el año 2018. El efecto negativo del principio se encuentra en el artículo 8 de la ley 19.636 de 2018, que contiene el deber de los jueces de remitir el proceso arbitral al respectivo tribunal de arbitramento cuando medie solicitud de parte, y salvo que se compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Redacción que reproduce el

contenido de la ley modelo, y aunque no es la intencionalidad del texto, por términos de interpretación deja abierta la posibilidad que la obligación de remitir el proceso a los tribunales de arbitramento sea efectiva cuando mediare solicitud de parte, es decir, con un condicionamiento.

Esta postura se ha visto reflejada en decisiones judiciales antes de la entrada en vigencia de la ley, configurándose el efecto de renuncia al arbitraje, como se evidencia en el tribunal de apelaciones en lo civil de 7º turno, cuya decisión de negar una solicitud de nulidad dentro del proceso judicial marcó una fuerte tendencia de interpretación, debido a que el recurrente manifestaba que la controversia debió tramitarse por arbitraje y no mediante proceso judicial; argumentos que desestimó el tribunal por falta de validez al no ejercerse el derecho en la oportunidad procesal para ello, cuya consecuencia fue la renuncia al arbitraje. (Sentencia 297/2007 tribunal de apelaciones en lo civil de 7º turno en (González & Gómez, 2011))

En todo caso, con la entrada en vigencia de la ley, se estima que el momento oportuno para proponer la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer un asunto sujeto a arbitraje y viceversa, será al momento de la contestación de la demanda (artículo 16 de la ley 19.636 de 2018) Aunque es plausible que la jurisprudencia Uruguaya cambie de matices tras la entrada en vigencia de la ley que contiene de manera expresa el contenido y alcance de este principio, cuyo fin no es otro, sino que los jueces del Estado se inhiban de pronunciarse sobre una disputa que refiera a arbitraje.

Frente al efecto positivo: “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje” (Artículo 16 numeral 1 ley 19.636 de 2018). A renglón seguido, se dispone la separabilidad e independencia del acuerdo arbitral del contrato que lo contiene, con el objeto que la posible nulidad del contrato principal no afecte el convenio arbitral. Escenario que es previsto en la ley modelo de la

CNUDMI y reproducido en la ley uruguaya, como elemento sustancial que permite visualizar la actuación de los árbitros, para que en defecto de la posible nulidad, la competencia se mantenga sobre las materias en las que concurra arbitrabilidad objetiva.

En concordancia con lo anterior, al ser la redacción del principio Kompetenz - Kompetenz basado en la ley modelo de la CNUDMI, el análisis y efectos resultan bastante cercanos a los descritos en el capítulo 1. Sin embargo, se resaltan las siguientes diferencias: la ley uruguaya introduce además de las excepciones relativas a la falta de competencia, la oportunidad para interponerlas y los trámites que el tribunal puede dar a las mismas; la excepción de falta de legitimación por activa del demandante, esto es, cuando el sujeto que invoca la jurisdicción y la constitución del tribunal arbitral no cuenta con la calidad para ejercer dicha acción, bien sea por que no es parte del acuerdo de arbitraje u otra circunstancia que afecte su capacidad para actuar como accionante.

Sumado a esto, cuando la parte solicita al juez que se pronuncie sobre la respectiva excepción negada por el tribunal de arbitramento la ley uruguaya fija un término a la autoridad judicial resuelva en un máximo de 60 lo que se traduce como un límite temporal notable, para no restar eficacia al proceso de arbitraje y generar un ambiente de colaboración al procedimiento arbitral en sede judicial.

## **5.6. De las Facultades de los árbitros**

En este apartado se relacionan las facultades de los árbitros conforme a la armonía que despliega la ley uruguaya en una efectiva colaboración del sistema de justicia al proceso arbitral, estableciendo por ejemplo, mayores garantías para el decreto y ejecución de medidas cautelares, en tanto éstas pueden ser tramitadas de manera directa ante la autoridad judicial del Estado, sin que por ello se genere incompatibilidad entre las funciones y competencias de los jueces y de los árbitros:

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas. (Artículo 9 ley 19.636 de 2018)

En concordancia con lo anterior, toda medida cautelar emitida por un tribunal de arbitramento es reconocida como vinculante y será ejecutada por la jurisdicción Uruguaya, con lo que se establece de manera clara y directa que los jueces de la república son colaboradores del proceso arbitral y gozan de la misma competencia para dictar medidas cautelares, esto es, la posibilidad que las partes pueden acudir directamente ante el tribunal de arbitramento, o dirigirse a la jurisdicción ordinaria:

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se substancien o no en la República. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional. (Artículo 17 de la ley 19.636 de 2018)

Variación importante respecto de la ley modelo, la cual prevé que los jueces se encargan del reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y no, que las mismas se podrán tramitar directamente ante el juez de la república, lo que se traduce en un esfuerzo conveniente en favor del arbitraje en Uruguay. Como último elemento, se fija una vigencia de 30 días a las medidas cautelares emitidas por los jueces antes de iniciarse el procedimiento arbitral, para que en dicho termino las partes procedan a iniciar el arbitraje, elemento que dota de mayor celeridad a la jurisdicción arbitral.

### **5.7. Intervención y control judicial o colaboración al procedimiento arbitral**

La ley uruguaya define que el arbitraje comercial internacional es exclusivo y excluyente, por cuanto las partes renuncian acudir a la jurisdicción estatal para someterse a arbitraje (Verdías & Garino, 2018). Por ello se limita la intervención

judicial en el proceso arbitral, para que el Estado no tenga injerencia, en lo que la doctrina ha denominado el orden jurídico arbitral (Gaillard, 2015).

En ese orden de ideas, las intervenciones judiciales en el proceso arbitral en el Uruguay han sido contenidas de manera taxativa dentro de la respectiva ley, que en síntesis refiere a tres grandes escenarios: “cuando se discute la validez del acuerdo arbitral, cuando se pretende que decreten y/o ejecuten medida cautelares durante un proceso arbitral o con anterioridad a él, y cuando se pretende la ejecución del laudo arbitral” (Fresnedo de Aguirre, 2012, p. 140). Para la intervención judicial, la autoridad competente para conocer de los asuntos en la jurisdicción uruguaya serán los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de conformidad con el artículo 501 del código general del proceso de Uruguay, incluida la anulación de los laudos. Se verá de manera más detallada los escenarios de intervención:

- a. En el principio *Kompetenz – Kompetenz* se mencionó el deber de los jueces de remitir el proceso arbitral a solicitud de parte, salvo que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, y se establece que el procedimiento arbitral no se suspenderá mientras el juez decide sobre la posible nulidad o validez del acuerdo, evento en el cual se podrá dictar laudo. (Artículo 8 ley 19.636)
- b. Cuando los árbitros estén en imposibilidad de ejercer funciones, la ley uruguaya establece que la autoridad judicial deberá decidir en un término máximo de 60 días sobre la cesación del mandato por falta de renuncia del árbitro o acuerdo entre las partes para revocarlo (Verdías & Garino, 2018)
- c. Los árbitros tienen el deber de información y las partes la posibilidad de recusarlos, y en caso que el tribunal arbitral niegue la solicitud, se podrá acudir a la jurisdicción ordinaria del Estado de Uruguay para efectos que el juez decida sobre la procedencia de la recusación, para lo cual contará con un término máximo

de 60 días para resolver. En dicho evento, la ley prevé que el proceso se suspenderá hasta tanto se resuelva la recusación o se cumpla el término de los 60 días sin que el juez haya emitido pronunciamiento que decida la recusación. (artículo 13, numeral 3 de la ley 19.636 de 2018)

- d. Cuando se plantea la excepción de falta de competencia ante la jurisdicción ordinaria, el juez que conozca de la excepción contará con un término máximo de 60 días para decidir, término en el cual no se suspende el procedimiento arbitral, quedando facultado el tribunal de arbitramento para proferir laudo, si a ello hubiere lugar. (artículo 16 ley 19.636 de 2018)
- e. En líneas anteriores se mencionó la posibilidad de acudir directamente a los jueces para las medidas cautelares, efecto similar se presenta para solicitar apoyo para la práctica de pruebas ante la jurisdicción ordinaria

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de la República para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas aplicables sobre medios de prueba. (Artículo 27 de la ley 19.636 de 2018)

### **5.8. El recurso de anulación del Laudo**

En el sistema Uruguayo el único recurso contra el laudo arbitral es la nulidad, cuyas causales son taxativas: (i) si existe incapacidad por alguna de las partes del proceso arbitral; (ii) se compruebe que el acuerdo es inválido, nulo o ineficaz; (iii) Se compruebe una indebida notificación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o un menoscabo al derecho de defensa y debido proceso, (iv) cuando la controversia no se encuentre prevista dentro del alcance del acuerdo arbitral o exceda los términos del mismo (v) se pruebe falta de arbitrabilidad objetiva o (vi) que el laudo sea contrario al orden público internacional de la República Oriental del Uruguay (Artículo 39 de la

ley 19.636 de 2018) cualquiera de estas causales serán objeto de revisión por parte del juez y solo procederá si se invocan dentro de los 3 meses siguientes al haberse proferido el respectivo laudo.

Por otro lado, la ley uruguaya introduce una variación importante frente al recurso de nulidad como único medio de impugnación y cuya decisión deberá ser proferida por el Juez del Estado de Uruguay, en la cual se insta al tribunal de arbitramento a que proceda a una autocomposición de la decisiones adoptadas para que desaparezcan los motivos que dieron origen a la petición de nulidad, evento en el cual el juez podrá suspender el respectivo trámite fijando el término para que el tribunal proceda con la instrucción de autocomposición:

El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad. (Artículo 39 numeral 4 la ley 19.636)

Los efectos jurídicos de la anulación del laudo conllevan a que la decisión pierde toda fuerza y no podrá ser ejecutado en otras jurisdicciones, conforme al derecho Uruguayo.

## **5.9. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales**

Para el reconocimiento y ejecución, la jurisdicción Uruguayana requiere el original o copia auténtica del laudo, copia original del acuerdo arbitral, traducción realizada por un traductor público nacional o agente consular del lugar donde se profirió el laudo, si el mismo estuviese en otro idioma. Finalmente, la ley finaliza con las causales para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo serán las mismas que se contemplan para el recurso de nulidad. Para el reconocimiento y ejecución de Laudos

internacionales la competencia es exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay

#### **5.10. Otras disposiciones:**

La ley uruguaya establece que cuando el Estado o una institución pública sea parte en el arbitraje, no será causal de recusación que el árbitro designado cuente además con la calidad de funcionario público (Verdías & Garino, 2018)

Frente a la aclaración o modificación del laudo arbitral, la ley uruguaya no contempla el requisito previo de la ley modelo, que exista acuerdo entre las partes para realizar la solicitud al tribunal, razón por la cual, quien tenga interés podrá presentar la petición directamente. Así mismo, toda corrección o interpretación forma parte integral del laudo. El termino con que cuenta el tribunal para proceder es de 30 días, salvo que se requiera un laudo adicional sobre pronunciamientos que no consten en el primer laudo, pero que hayan sido objeto de discusión y conocimiento en medio del procedimiento arbitral, para lo cual se fija el término de 60 días, prorrogables por otros 60 días (Artículo 33 ley 19.636 de 2018).

Finalmente, la ley uruguaya introduce todo un régimen de costas que no contempla la ley modelo, en el cual se establece que las costas deberán constar en el laudo, salvo que las partes hayan pactado la aplicación de reglamento de alguna institución; también establece que en caso de presentarse corrección, interpretación o laudo adicional (artículo 33 de la ley 19.636 de 2018) no habrá lugar a un cobro de honorarios adicionales.

Por regla general, las costas estarán a cargo de la parte vencida, sin embargo, como garantía del pago de las mismas, la ley prevé que las partes del proceso arbitral responderán solidariamente por este concepto. Así mismo, el tribunal tiene la potestad de exigir un pago anticipado de costas y en caso que las partes no procedan a su pago,

el tribunal podrá suspender e inclusive concluir el procedimiento arbitral (artículos 34 al 38 de la ley 19.636 de 2018)

### **5.11. La ley de arbitraje comercial internacional en Colombia**

Como es de esperarse mediante la implantación de una ley modelo a nivel global, la uniformidad del derecho llega a tal punto que las diferencias en el arbitraje se disipan y por tanto, una lectura integral del régimen constitucional da el panorama del margen de movilidad del derecho y sus instituciones jurídicas. Para lo cual, en el arbitraje una de las referencias más importantes es su función pública de administrar justicia.

En efecto, la corte constitucional ha decantado el arbitraje como administración de justicia reconocido (i) como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; (ii) de carácter temporal y excepcional (iii) cuyo ejercicio por particulares sigue siendo una función pública; (iv) tiene naturaleza procesal; (v) profiere fallos en derecho o en equidad; (vi) los árbitros tienen las mismas facultades jurisdiccionales y procesales que los jueces (vii) se desarrolla en los términos que señala la ley; (viii) debe ejercerse dentro de las fronteras que le fijan los preceptos constitucionales (Sent. C-378 de 2008, MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

También de esta lectura se desprende la responsabilidad de los árbitros, en atención a que gozan con facultades jurisdiccionales en extenso, pese a que la ley de arbitraje internacional colombiana no lo reconozca:

Por mandato legal, los árbitros cuentan prima facie con las mismas facultades procesales de las que disponen las autoridades judiciales estatales, esto es, el poder: (i) de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia; (ii) de coerción, para procurar los elementos necesarios a fin de obtener el cumplimiento de la decisión, y (iii) de documentación o investigación para practicar pruebas, valorarlas y encontrar la verdad procesal indispensable para

adoptar la decisión que corresponda. (Sent. C-378 de 2008, MP: Humberto Antonio Sierra Porto)

Otro elemento importante de la ley colombiana de arbitraje es la exclusión de la acción de tutela dentro del procedimiento arbitral pese a la primacía de los derechos fundamentales y los precedentes jurisprudenciales que han previsto su procedencia en el arbitraje, teniendo en cuenta que las causales en los medios de impugnación son taxativas y se rechaza la interposición de toda acción, siendo la tutela una acción constitucional. Por tanto, se evidencian las transformaciones que encarna la ley de arbitraje en discordancia con el orden constitucional.

Así mismo, se señala como la ley colombiana consigna dentro del mismo texto las cuestiones relativas al arbitraje nacional y las del internacional, como si se tratara de una armonización en la postura dualista de la jurisdicción privada, en la que se desglosa como la institución fuertemente radicalizada en el ámbito de lo local. Sin embargo, la ley nacional no será objeto de pronunciación en este análisis.

En último lugar, se presenta al lector a manera de síntesis el contenido de la ley colombiana de arbitraje internacional, y de la cual se extraen los referidos efectos la uniformidad del derecho, que tomando como base el desglose realizado para el Uruguay, las relaciones y categorías se reproducen en cualquier latitud del mundo que haya adoptado la ley modelo.

Tabla 1 El arbitraje comercial internacional en Colombia.

Ley modelo	Colombia
	Características y diferencias
Ámbito de aplicación	Se reproduce el contenido de la ley modelo y se enfatiza en que la vigencia de la ley no afectara acuerdos arbitrales en presencia tratados bilaterales de inversión u otras disposiciones.
Acuerdo de arbitraje	Se reproduce en integridad el contenido de la ley modelo.
Internacionalidad voluntaria	No está explícita la posibilidad, pero la ley permite su aplicación si se afectan los intereses del comercio

	internacional, - como causal nueva no contemplada en la ley modelo- (numeral C Art 62 ley 1563 de 2012), pese a que hay regulación propia para el arbitraje nacional.
Arbitrabilidad objetiva	Por regla general, en materia Comercial y civil por la libre disposición del derecho y concurre la posibilidad de transacción, pero también está permitido en contratación estatal y controversias contractuales con algunas limitaciones procesales y en conflictos laborales colectivos con disposición especial.
Arbitrabilidad subjetiva	Todos aquellos con capacidad de ejercicio, el Estado y las instituciones con personería jurídica.
Alcance jurisdicción por el principio Kompetenz - Kompetenz	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Permanece el efecto positivo, negativo y separabilidad del acuerdo arbitral. (Art 79 ley 1563 de 2012).</li> <li>• Cuando el tribunal niega las excepciones de falta de competencia, como ejercicio propio del alcance del principio Kompetenz- Kompetenz, no se contempla la posibilidad de intervención judicial para que el juez se pronuncie sobre dicha excepción. Por tanto, se suprime y en consecuencia, solo procede el recurso de anulación contra el laudo (Art 79 ley 1563 de 2012).</li> </ul>
Libertad para escoger la ley	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tanto la ley aplicable al fondo del asunto como la del procedimiento, a falta de acuerdo por las partes, podrán ser determinadas por el tribunal conforme lo considere más apropiado. (Art 92 y 101 ley 1563 de 2012).</li> </ul>
Libertad de la sede arbitraje	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Frente al silencio de las partes para escoger la sede y lugar del arbitraje, el tribunal podrá decidir atendiendo las circunstancias del caso y la conveniencia de la sede para las partes.</li> <li>• El tribunal podrá reunirse donde estime apropiado sin que se cambie la sede del arbitraje, esta libertad se extiende para deliberar o practicar pruebas (Art 93 ley 1563 de 2012).</li> </ul>
Libertad del idioma	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las partes pueden pactar el idiomas o idiomas en los que se desarrollará el arbitraje.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El tribunal puede pedir la traducción de documentos a los idiomas convenidos para el proceso arbitral.</li> </ul>
Facultades de los árbitros	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los árbitros no tienen obligación de ser abogados.</li> <li>• La orden preliminar no es ejecutable judicialmente.</li> <li>• Las medidas cautelares son vinculantes sin necesidad de reconocimiento y su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial.</li> <li>• Las causales para negar la medida cautelar son las mismas previstas en la ley modelo, se reproducen sin variaciones en Colombia y en el Uruguay.</li> <li>• Los árbitros podrán nombrar peritos.</li> </ul>
Colaboración y/o Intervención judicial	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La autoridad judicial solo puede intervenir en los casos definidos por la ley – y para los efectos de conocimiento, el competente será el juez civil del circuito o si en el proceso está inmiscuida una entidad del Estado, será el juez administrativo.</li> <li>• De manera expresa la ley colombiana establece que las autoridades judiciales colaboran al procedimiento arbitral como si se tratara de una comisión judicial (Art 100 93 ley 1563 de 2012).</li> <li>• A los jueces les está vedada la interpretación y análisis del contenido de las medidas cautelares.</li> <li>• Las medidas cautelares podrán ser dictadas por la autoridad judicial sin que por ello se genere conflicto de competencia en el arbitraje.</li> </ul>
Recurso de anulación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tanto la anulación como el reconocimiento y ejecución del Laudo arbitral Internacional son competencia de la Corte Suprema de Justicia.</li> <li>• Si ninguna de las partes tienen domicilio en Colombia pueden renunciar al recurso de anulación.</li> <li>• El recurso se debe ejercer al mes siguiente de notificado el laudo, presentándose una variación respecto de la ley modelo que prevé tres meses (Art 109 ley 1563 de 2012).</li> <li>• Las causales de anulación son taxativas, reproduce el contenido de la ley modelo, son las mismas que</li> </ul>

	<p>operan para negar el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y del Laudo arbitral (Art 108 ley 1563 de 2012).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El recurso será rechazado cuando sus causales no obedezcan a las contenidas en la ley o si fuere interpuesto fuera del término.</li> <li>• La ley fija términos para el trámite del recurso. Una vez presentada la solicitud, se correrá traslado a la contraparte por un mes para que presente las alegaciones a que hubiera lugar, y el límite con que cuenta a la autoridad judicial para resolver es de dos meses (Art109 ley 1563 de 2012).</li> <li>• Cuando en el arbitraje este presente una entidad o institución del Estado, el ministerio público tendrá la facultad de presentar el recurso de anulación.</li> <li>• Contra la decisión que resuelve el recurso de anulación no procede otro tipo de recurso o acción alguna.</li> </ul>
<p>Reconocimiento y ejecución laudos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuando la sede del arbitraje internacional sea Colombia, el laudo se podrá ejecutar directamente sin el procedimiento de reconocimiento, salvo que se haya renunciado al recurso de anulación, por cuanto se considera que son laudos nacionales (Art 111 ley 1563 de 2012).</li> <li>• Las causales para negar el reconocimiento del laudo son las mismas aplicables para la nulidad.</li> <li>• La ley colombiana excluye de manera imperante la aplicación de normas nacionales en presencia de vacíos normativos y remite a la complementariedad a instrumentos internacionales (Art 114 ley 1563 de 2012).</li> <li>• Así mismo, fija el trámite y los términos para el reconocimiento del laudo. Una vez presentada la solicitud, la Corte Suprema de Justicia correrá traslado de 10 días para posibles intervenciones, y vencido el plazo, adoptara la decisión durante los 20 días siguientes (Art 115 ley 1563 de 2012).</li> </ul>

Otras disposiciones	<ul style="list-style-type: none"> <li>• En el arbitraje nacional existe una procuraduría judicial del ministerio público, cuando en el proceso es parte una entidad pública, cuya finalidad es garantizar la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales (Art 49 ley 1563 de 2012), institución que permanece en el arbitraje comercial internacional cuando el Estado o sus instituciones son parte, y por ende, pueden interponer el recurso de anulación.</li> <li>• La corrección, adición o aclaración del laudo son iguales a la ley modelo.</li> <li>• Las causales de terminación de las actuaciones son iguales a las ley modelo.</li> </ul>
---------------------	--

*Tabla 1.* El arbitraje comercial internacional en Colombia. Fuente: elaboración propia para sistematización de la ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones

En este capítulo se pudo observar cómo se reproducen las disposiciones de la ley modelo como la materialización concreta de la “influencia” transnacional en los ordenamientos jurídicos de Uruguay y Colombia. Las variaciones que se introducen en el texto normativo de cada país, si bien son importantes, no alteran el contenido y objetivo del modelo, dotar de uniformidad el derecho y encontrar una aplicación práctica a los límites constitucionales fijados para el arbitraje a raíz de su constitucionalización.

Resulta importante señalar que la ley modelo es un instrumento procesal, por ello fue necesario el desglose del contenido normativo, del cual se extrae los efectos implícitos del principio Kompetenz - Kompetenz con su respectivo reconocimiento jurídico al interior del Estado, como factor que priva de competencia a la jurisdicción ordinaria.

También se evidenció cómo se transforman los operadores judiciales en agentes del arbitraje, pues su papel es fundamental para coadyuvar al procedimiento y aumentar

su eficacia. Por ello, las variaciones de la ley uruguaya y colombiana frente a la modelo han sido en gran parte para hacer de las intervenciones judiciales una colaboración activa y permanente al arbitraje; sobre todo, para los aspectos que han sido más lánguidos en el alcance de la jurisdicción arbitral, esto es, la eficacia y ejecución de medidas cautelares y la práctica de pruebas.

Dentro de este mismo efecto se pueden entender los límites temporales para las actuaciones judiciales, que blindan de celeridad el proceso arbitral, términos, en su mayoría, no superiores a 60 días, son un esfuerzo imperante por favorecer el arbitraje. Más si se observa en Colombia el término de 30 días para interponer recurso de anulación y los esfuerzos para desconocer los precedentes jurisprudenciales de la corte constitucional de los límites del arbitraje y la procedencia de la acción de tutela.

Por último, se destaca la presencia de un régimen de costas y el silencio absoluto que guardan tanto la ley modelo, la uruguaya y la colombiana frente a la responsabilidad de los árbitros. Elementos que generan todo un cúmulo de contradicciones que se tomaran nuevamente en el siguiente capítulo junto con sus implicaciones en la garantía del derecho fundamental de administración de justicia.

## 6. CAPÍTULO 4

### LAS CONTRADICCIONES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

En los capítulos anteriores se ha podido evidenciar como el arbitraje se consolidó como producto de unos elementos discursivos que permitieron desarrollar toda una institución jurídica para la salvaguarda de las lógicas de los intereses económicos, de clase y de capital, en las que las relaciones políticas son un agente importante para entender cómo se produce la objetivación de la estructura normativa y por influencia internacional se implanta en los ordenamientos jurídicos. Esto genera un margen de reproducción sistemática que limitan el control político e invisibiliza los debates sobre los intereses detrás de la naturalización del concepto de arbitraje.

También se observó cómo se implantó el arbitraje mediante la constitucionalización y la armonización legislativa, frente a esta última se precisó un desglose del contenido normativo tanto en Uruguay como en Colombia.

En el presente capítulo se relacionaran algunas de las contradicciones y deficiencias del arbitraje frente al derecho fundamental de la administración de justicia. Así mismo, se retomarán ciertos elementos de la sociología jurídica sin que implique un análisis sociológico, para propender por la transformación de hábitos y del arbitraje en función de una armonía con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

#### **6.1. Alcance del derecho fundamental de la administración de justicia a partir de la jurisprudencia constitucional**

El derecho fundamental de administración de justicia o tutela judicial efectiva conforme a la jurisprudencia constitucional, se puede definir como un servicio público que, como regla general, debe prestar el Estado, en tanto que los jueces, cuya “calidad

de administradores de justicia permanentes, no solo tienen el conocimiento de la realidad social del país, sino que permiten desarrollar el sentido y límites al ordenamiento jurídico” (Sent. C-1547 de 2000, MP: Cristina Pardo Schlesinger)

A su vez, implica el reconocimiento y facultad de todas las personas de poder acudir ante los tribunales de justicia en igualdad de condiciones, para que se ampare sus derechos e intereses legítimos o la protección del orden jurídico, lo que es implícito a otras garantías sustanciales, procedimentales y procedimientos previamente establecidos en la ley (Sent. C-437 de 2013, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Es un pilar de la creación del Estado en tanto poder judicial – Ejecutivo y Legislativo- (Gimenez, 2018).

Por ello, también es un elemento esencial que materializa los principios del Estado social de Derecho dentro del núcleo del debido proceso (Sent. C-1117 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño) y condición inherente a la dignidad humana (Sent. C-426 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil) que permite integrar de manera sistemática los principios del Estado y su connotación política y filosófica del poder constituyente.

Acceder a la justicia permite la realización material de los fines inmediatos y esenciales del estado: tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas (Sent. C-1117 de 2005, MP: Jaime Córdoba Triviño)

Es además, un instrumento que permite garantizar la convivencia armónica de la sociedad y exige por tanto, una aplicación oportuna y eficaz, procedimientos y recursos idóneos (Sent. C-426 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil), lo que conlleva a una aplicación sustancial y procesal de la ley a partir de criterios de interpretación sistemática que “obligue al operador a fijar su alcance consultando los principios, derechos y garantías que consagra la Constitución Política, los cuales, como es sabido,

constituyen a su vez la base o punto de partida de todo el ordenamiento jurídico” (Sent. C-426 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil)

Es un derecho fundamental de aplicación inmediata cuya configuración es legal, por cuanto es el legislador quien define su regulación. Hablar de administración de justicia no es solo el acceso del poder judicial, sino que su connotación material además, envuelve la necesidad que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido puesto en conocimiento, respetando el debido proceso y cuya resolución sea oportuna como goce efectivo de todos los otros derechos. Por ello, se afirma, que la vulneración de la administración de justicia conlleva un efecto bisagra de desconocimiento de otros derechos en el ordenamiento jurídico. (Toscano, 2013)

## **6.2. Órbita de protección**

El derecho fundamental a la administración de justicia supone una serie de elementos que lo integran, que sin ser los únicos son los mínimos sin los cuales se desnaturalizaría su función. Los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia han ido creando la sistematización de estos elementos, los cuales se sintetizan en:(C-1547/00, T-240/02, C-426/02, C-662/04, C-1117/05, C-437/13, entre otras)

- La oportunidad de iniciar acción ante los jueces competentes – derecho de acción como posibilidad de ser parte en un proceso
- Acudir al proceso en condiciones de igualdad
- Disponer de los recursos necesarios para ejercer los derechos dentro del proceso
- Tener la posibilidad de presentar peticiones y pruebas ante el juez.
- Implica que la autoridad judicial concluya con una decisión de fondo y motivada entorno a las pretensiones y excepciones
- La existencia de procedimientos adecuados, idóneos y efectivos
- Términos razonables para el desarrollo de los procesos

- Observancia propia de las otras garantías como el debido proceso, defensa y contradicción, y los principios del derecho procesal.
- Mecanismos judiciales, acciones y recursos
- Principio de efectividad

### **6.3. Relación con el arbitraje**

El arbitraje, como se mencionó en el capítulo segundo es una institución jurídica que por disposición constitucional, representa la posibilidad que los particulares administren justicia y en atención a la voluntad de las partes, puedan acudir a la jurisdicción arbitral tendiente a resolver conflictos jurídicos. La corte ha definido que lo determinante es la función que se ejerce –administración de justicia- y no la calidad de funcionario público de los jueces (Sent. C-1547 de 2000, MP: Cristina Pardo Schlesinger). Lo que hace del arbitraje un proceso, una facultad jurisdiccional, un procedimiento judicial.

Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, el Legislador define el marco general y las directrices de la actuación arbitral, (que también se ha visto, se trata de un legislador sin legitimidad en el contexto de gobernanza transnacional por la adaptación de una ley modelo):

En el entendido que la autonomía de la voluntad de las partes para acudir al arbitraje no puede ser un argumento que le impida al poder legislativo regularlo, y establece que la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que determine la ley con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia (Sent. C-330 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz)

Entonces, la existencia de la justicia arbitral como un *mecanismo alternativo para la solución de conflictos*, no puede hacerse al precio de desconocer los derechos fundamentales de las partes en litigio:

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 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 (Sent. C-330 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz)

Sostiene la Corte, además, que el arbitramento es de carácter excepcional y temporal que debe conllevar a fortalecer el poder judicial del Estado, en vez de privarlo de competencia. También que la onerosidad del mismo no puede ser entendido como un criterio para que el poder económico interfiera en la imparcialidad y garantía del acceso efectivo a la tutela judicial (Sent. C-330 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz)

La Corte ha sido clara al señalar que la vigencia del arbitramento como mecanismo de administrar justicia no puede convertirse en una forma de acotar el campo de acción de la justicia ordinaria -por naturaleza gratuita-, ni en un escenario en el que los derechos de alguna de las partes sean desconocidos como resultado del poder económico o jurídico que ejerce la otra. (Sent. C-330 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz)

En vista de lo anterior, en el arbitraje se evidencian una serie de dicotomías y contradicciones desde los elementos discursivos mencionados en el capítulo primero y con una fuerte materialidad frente al alcance constitucional fijado por la Corte y la función propia que engloba la interpretación y aplicación sistemática de derechos cuando se habla de administración de justicia, a continuación se relacionan algunas de las contradicciones encontradas.

#### **6.4. Eficacia o arbitrariedad judicial – arbitral**

Algunas de las contradicciones se basan en los elementos discursivos que por un lado propenden por la desregulación del Estado y las otras se confrontan frente a los límites constitucionales del arbitraje.

##### **Armonización**

Uno de los efectos que se ha referido a lo largo de esta disertación es la falta de legitimidad y crisis del poder legislativo a raíz de la armonización legislativa (Gimenez, 2018) que envuelve el arbitraje, al ser su contenido normativo desarrollado por un cuerpo técnico ajeno a los Estados – CNUDMI - cuyo máximo resultado es la ley modelo que propende representar la objetividad del arbitraje y por tanto, invisibiliza las relaciones de poder que interfieren en su definición en el sistema de gobernanza transnacional. Estos efectos se ven reflejados en la uniformidad del derecho que además procura eliminar los límites del arbitraje, entendidos como producto adverso de la constitucionalización (Zuleta, 2007) y la interpretación sistemática de los principios y fundamentos del ordenamiento jurídico.

También de manera interna, la armonización legislativa genera una especie de respuesta a su propio contrasentido, este es el proceso de adopción del modelo mediante ley nacional, ya Giménez (2018) se ha referido a este como la acción de copiar y pegar el texto de la ley acogiendo sus disposiciones en bloque, procedimiento mediante el cual se inserta de manera vinculante en el sistema legislativo de los Estados. Se considera importante retomar esta breve mención, pese a que sus efectos se hayan contemplado en campo jurídico como espacio limitado y competencia jurídica, ya que resultaría inapropiado omitirlo dentro de las contradicciones internas del sistema.

## **Elitismo y onerosidad**

Otro efecto al que se ha hecho referencia, es el argumento sistemático del auge del arbitraje como medio eficaz y preferente frente a la inseguridad jurídica e inoperancia del sistema judicial de los Estados. Aspecto que refleja unas connotaciones importantes al interior de la burocratización del *medio de resolución de conflictos*. En tanto que el reconocimiento del arbitraje significó la transformación de las instituciones del Estado y con ellas, el efecto privatizador bajo una relación económica, se traduce en la posibilidad de obtener una administración de justicia más pronta y eficaz.

Ello representa la paradoja que para los privados no se presenta la ineficacia instrumental del derecho, entendida como la imposibilidad de materialización efectiva de los alcances y contenidos normativos, se trata pues de “la diferencia entre lo establecido por el derecho por un lado, y la conducta de los actores del campo jurídico y de la ciudadanía en general, del otro” (Sandoval, 2003). Esto conlleva a que se desnaturalice la función de la tutela efectiva predominando el carácter elitista del proceso. En tanto que agentes económicos lo pactan para proteger sus intereses económicos y cuentan con medios suficientes para acceder a él, por ello, la relación pago determina la eficacia del medio, frente a la jurisdicción ordinaria la cual se relega y margina dentro de la administración de justicia.

## **Las libertades**

Hay un eje estructural entorno a múltiples efectos de las libertades como elementos discursivos y materiales en la transformación del Estado a raíz del neoliberalismo, que influyen de manera directa en el alcance del arbitraje junto con las contradicciones que genera, por ejemplo a) la libertad de escoger la ley, b) libertad para elegir los árbitros y su cualificación, c) la libertad de los derechos dispositivos y la reserva del arbitraje, d) libertad de los lugares y procedimientos arbitrales por último e) la libertad de internacionalidad.

**a) Libertad de escoger la ley:**

Los operadores arbitrales cuentan con poder discrecional para aplicar el derecho y escoger la ley más conveniente para el fondo del asunto cuando las partes no hayan ejercido esta misma facultad, libertad que pese a la defendida eficacia del arbitraje, rompe la armonía en la administración de justicia que deslocaliza (Gimenez, 2018) los principios de los ordenamientos jurídicos.

En Colombia, por ejemplo, entra en contradicción con el artículo 230 superior, el cual establece que los jueces actúan bajo el imperio de la ley, disposición aplicable a los árbitros en virtud de la función pública que desempeñan al administrar justicia, condición que se desdibuja al no tenerse claridad de cuál sería la ley y si necesariamente representa una ruptura con los principios fundantes del ordenamiento jurídico, luego entonces, es una alternativa que permite eludir los límites del orden constitucional en el procedimiento arbitral.

A su vez, representa un escenario de inseguridad jurídica para los sujetos que se someten al procedimiento al no ser pactada la ley aplicable por las partes, los árbitros podrán decidirla conforme lo estimen más conveniente a la disputa. Esto no solo significa una relación de verticalidad de los árbitros frente a los sujetos que acuden a su jurisdicción, sino que también implica una desnaturalización del principio de legalidad, ya que una amplia posibilidad de leyes puedan entrar a regular una misma situación jurídica dependiendo del alcance de cada una de ellas, estará sujeta la resultante del proceso. Además dicha facultad representa la posibilidad de favorecer con determinadas disposiciones normativas los resultados de una disputa, pues el ejercicio de asignar la ley más conveniente a la disputa, refleja un escenario de prejuzgamiento.

Aunado a ello, se resalta la flexibilidad exorbitante (Gimenez, 2018) de los árbitros frente al denominado imperio de la ley, ya que los jueces para impartir justicia, en caso que haya más de una posible ley aplicable, deben basarse en criterios objetivos, -por lo general, en base a conflictos de normas o por los efectos jurídicos de la

aplicación de la ley en el tiempo y los regímenes de transición, elementos que debe evaluar el operador judicial- para decidir por una u otra disposición, fenómeno completamente diferente a la posibilidad de escoger entre múltiples normas aunque sean jurídicamente producidas, como facultad de los árbitros.

#### **b) Libertad para escoger a los árbitros y su cualificación**

En el arbitraje es permitido que las partes puedan designar y escoger los árbitros a fin que personas cualificadas dependiendo la especificidad de la materia entren a resolver su controversia, logrando que por lo menos teóricamente esté presente la alusión a la independencia e imparcialidad para la toma de decisiones ante un precario sistema de recusaciones al interior de la jurisdicción arbitral.

El objetivo de estas líneas es contemplar algunos aspectos debatibles en esta libertad de poder designar los árbitros y una cierta oscuridad que genera la presunta especialidad y especificidad de los mismos; así, el primero está relacionado en la falta de formación jurídica y el segundo, su preferencia por la designación de expertos en el arbitraje, gurús, académicos y litigantes de gran renombre dentro del sector.

En primer término, se pregunta cómo una persona que va resolver una disputa jurídica mediante la adopción de una decisión en derecho, con plenos efectos jurídicos vinculantes que se plasmaran en el respectivo laudo arbitral, cuya magnitud no solo comprende los derechos y obligaciones entre las partes generalmente por su contenido económico, sino también la obligatoriedad de reconocimiento por los Estados, puede administrar justicia sin un mínimo formativo que le permita tener el panorama, las implicaciones jurídicas y los alcances de los derechos mínimos fundamentales en su función pública de administrador de justicia.

No se quiere significar con ello, la idea de reforzar el tan cuestionado formalismo jurídico, las relaciones de verticalidad y de poder entre los operadores

jurídicos, las partes, y la idiosincrasia elitista presente en el arbitraje. Tampoco se desconoce que hay múltiples y otros sistemas de administración de justicia que se apartan de las dictionomas producidas por la objetivización del derecho, como la justicia comunitaria (Ardila, 2010) o dentro de la esfera del derecho, los fallos en equidad que contemplan todo un reconocimiento jurídico (Sent. C-1547 de 2000, MP: Cristina Pardo Schlesinger) sin embargo, estas no son las connotaciones en el arbitraje comercial internacional.

Se reitera que son dudas razonables frente a la cualificación de los árbitros, pues existen expertos sin formación jurídica, no expertos sin formación jurídica y expertos en formación jurídica. Frente a los dos primeros, la presunta especificidad y cualificación riñe en el control dentro de la misma función jurisdiccional sino se garantizan unos mínimos formativos para un operador judicial arbitral como garantía del debido proceso y equivalencia de trato a un juez natural.

Los terceros, porque el carácter “excepcional” del arbitraje hace que sea un medio de relaciones cerrado, lo que algunos han denominado los conflictos de interés relativos a la designación de árbitros que posteriormente fungen como abogados litigantes dentro de los procesos arbitrales y así, sucesivamente (Fierro, 2014) generando un círculo de clientelismo en la práctica arbitral.

### **c) La libre disposición de los derechos y la reserva del arbitraje**

En virtud de la autonomía de libertad de las partes, se ha permitido apelar al discurso que las relaciones de derecho dispositivo no son de interés del Estado ni de la sociedad, porque ella, en la lógica del neoliberalismo no existe y solo está presente la relación entre múltiples individuos atravesados por la competencia. Por ello, se puede acudir al arbitraje y se legitima el poder de la individualidad de los sujetos para determinar esta posibilidad, como una doble efecto de la piedra angular del arbitraje (Fresnedo de Aguirre, 2012), por ello, la reserva es uno de los elementos más

interesantes del arbitramento, pues al tratarse de un asunto privado, sujeto a privados, la reserva se presenta como un derecho necesario e inherente de esta relación.

Sin embargo, una decisión a puerta cerrada desnaturaliza la publicidad propia de los procedimientos, máxime cuando hay asuntos que desdibujan la esfera privada de los contratos, de sus efectos y del interés, por ejemplo, cuando hay partes de derecho público, como lo es el Estado que se introduce en los procedimientos como un sujeto económico. Ahora, se ha manifestado de manera progresiva que la publicidad del procedimiento es predicable cuando comprometa los intereses generales en el orden público internacional (Caivano, 2017), ello significa que aunque el Estado sea parte, solo se conocerá, eventualmente la publicidad del laudo, no del proceso.

Si se trata de una reserva permanente, no es posible conocer el proceder de los árbitros para un mínimo de control político, también dificulta acceder a los desarrollos jurisprudenciales y los principios aplicables al arbitraje en disputas análogas, como a la materialización de la libertad de las partes para escoger la ley aplicable cuando no es posible conocer procesos y el contenido de las decisiones bajo dichas leyes. También impide la consulta e información para terceros y genera sendas dudas de las garantías que tiene una sociedad frente al derecho fundamental de la administración de justicia y fiabilidad del sistema jurídico cuando privados resuelvan un conflicto, sin que el mismo se pueda conocer.

En conclusión, la sola publicidad del laudo manifiesta la imposibilidad de estar al tanto de las garantías procesales del mismo. La reserva en la relación arbitral permite que la publicación de los laudos está sujeto a una mercantilización de la información mediante la dinámica de plataformas, suscriptores y pagos asociados a la compra de laudos para la práctica arbitral.

#### **d) Libertad de los lugares y procedimientos arbitrales**

La ley modelo y su adaptación en los diferentes países lleva implícita la libertad del procedimiento arbitral y de algunas libertades en cabeza de los árbitros, como la posibilidad de elegir los lugares, las diligencias y algunos aspectos procesales relativos a ellos, pese al discurso de la eficacia, se perciben algunas dificultades frente a esta flexibilidad.

Lo que se refiere a la facultad de programar las sesiones y deliberaciones permite que estas, como documenta Giménez (2018), se puedan adelantar en hoteles, cafés o restaurantes para llevar a cabo las diligencias correspondientes al proceso, la práctica de pruebas, la sustanciación, entre otros actos procesales de vital importancia. Sin embargo, se deja en entredicho si estos son los espacios idóneos para el desarrollo de tales diligencias y se cuestiona la rigurosidad, confianza y legitimidad del procedimiento dentro de un lugar tan inconsecuente para la adopción de decisiones, pues no siempre los tribunales de arbitramento cuentan con instituciones e instalaciones para adelantar las diligencias, condiciones que se obvian del impacto que sobre la administración de justicia el arbitraje pueda generar.

Otro punto es la flexibilidad de los árbitros para estar presente o no en cada uno de las etapas del procedimiento, que pese a los avances tecnológicos para la transmisión de datos en tiempo real, no se tiene certeza si el árbitro, en su calidad de administrador de justicia, cumple con la inmediatez necesaria, como principio que se encuentra sujeto el debido proceso para la toma de decisiones.

#### **e) Libertad de internacionalidad**

Por su parte, la ley modelo presenta unos esfuerzos importantes por sustraer cada vez más el límite de los Estados al arbitraje mediante la posibilidad de internacionalidad voluntaria, disposición que permite que un arbitraje nacional se

puede convertir en internacional por la voluntad de las partes, postura defendida por algunos autores, que lo ven como el curso normal del progreso y desarrollo de la institución jurídica (Sisqueiros, 2009), sin embargo, se disiente de este efecto como factor que priva de competencia puede llegar a trasgredir los principios y límites constitucionales, por tal razón, este factor ha sido uno de los puntos de reserva de los Estados en la adopción de la ley, como se ilustra en el Uruguay por el carácter dualista del arbitraje que lo divide en nacional e internacional con sus propias competencias.

### **Colaboración del sistema judicial**

Habría que decir también que en los discursos por la uniformidad del derecho para el arbitraje se relata una marginalidad sistemática a las intervenciones judiciales en el proceso arbitral, cuando de por sí la ley modelo logró limitar los escenarios de intervención e instrumentalizar a los jueces en favor del arbitraje, ya que su poder de análisis y la valoración de su función les está vedada. En cambio, son quienes por la fuerza y legitimidad del poder judicial deben ejecutar tanto medidas cautelares como coadyuvar a la práctica de pruebas, poderes de los cuales aún carece el arbitraje pero se subsanan con todo un régimen de colaboración de los jueces al procedimiento arbitral.

### **El particular régimen de costas**

Se quiere señalar en este elemento que pareciera lo más elemental, en como el régimen de costas introducido en la ley uruguaya y algunos matices en la colombiana, es un elemento que permite debatir y entender la lógica de los intereses económicos y las relaciones de poder al interior del arbitraje comercial internacional, puesto que la facultad de los árbitros de suspender e incluso de terminar el procedimiento arbitral por la falta de pago de costas, incluso anticipadas, refleja la mercantilización del acceso a la administración de justicia pese a que estas disposiciones no están contenidas en la

ley modelo. Desde el sistema uruguayo será función del control de constitucionalidad si esta disposición significa una denegación a acceso efectivo de la tutela judicial.

### **Doble instancia**

La naturaleza del arbitraje comercial internacional, al ser un proceso de única instancia cuyo único medio de impugnación es el recurso de nulidad bajo unas causales taxativas, no existe la apelación en contraste en la jurisdicción ordinaria, donde se garantiza la segunda instancia como elemento necesario del debido proceso.

Ahora bien, la segunda instancia, por regla general está concebida en los procesos penales como garantía fundamental del debido proceso, sin embargo, al ser el arbitraje comercial internacional de naturaleza comercial y con base a los elementos ya vistos de la autonomía de la voluntad de las partes y el derecho de disposición de las materias que se someten al arbitramento, se desvanece según dicha jurisdicción, la necesidad de la introducción de recursos, que además limitaría su eficacia (Caivano, 2013). Luego, un procedimiento de gran impacto, magnitud y altamente oneroso hace posible que se pregunte si es necesaria la doble instancia y en caso afirmativo, cuál sería su alcance.

Este eje ha sido abordado en el arbitraje y se encuentran algunas manifestaciones al respecto:

La primera es la idea de una corte internacional de arbitraje permanente que implicaría la introducción del recurso de apelación contra el laudo, lo que conlleva a preguntarse por una corte creada por quién, y dirigida por quienes y, si esta posibilidad permite una armonía entre el arbitraje y los presupuestos mínimos del derecho fundamental de la administración de justicia.

Por ejemplo se documenta el caso de Estados Unidos como pionero en crear una corte de apelaciones en el tribunal de la CIADI para el arbitraje de inversión, bajo la lógica del depósito judicial como prerrequisito para acceder a la doble instancia y garantía de pago frente a la posible pérdida del recurso (Verhoosel, 2007), propuesta en la que no se evidencia una solución a los problemas estructurales del arbitraje en sentido de reproducción de relaciones de poder y de un régimen burocrático en función del sistema económico, tampoco presenta una democratización del medio. En cambio, refleja la mercantilización del acceso efectivo a la tutela judicial en tanto que solo quienes realicen el pago podrán acceder a un eventual recurso (Verhoosel, 2007). Es decir, se constituiría en otra barrera para el acceso efectivo al derecho fundamental de la justicia en segunda instancia.

### **Responsabilidad de los árbitros**

La ley modelo y las adopciones de la misma guardan silencio sobre la responsabilidad de los árbitros en el ejercicio de la función pública como administradores de justicia, razón por la cual se presenta una breve disertación sobre esta posibilidad en el Uruguay mediante una integración sistemática de los principios constitucionales, ya que la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional del arbitraje en Colombia presupone el mismo régimen de responsabilidad para los árbitros que el de los jueces.

La dimensión ético-política de la administración de justicia permite pensar en la responsabilidad de los árbitros, en contraposición de una atribución mayor de facultades para que el arbitraje goce de verdadera autonomía y eficacia (De Jesús, O. 2008). Por tanto, las atribuciones de los árbitros significan una correlación con un deber ético por la función misma que se desempeña.

Como quiera la ley modelo y las leyes inspiradas en la misma guardan silencio frente a las actuaciones de tipo disciplinario y/o responsabilidades que pueden ser

sujetos los árbitros por no ejercer de manera adecuada y esperada la gestión encargada, evidenciando una falta de problematización del alcance de la función arbitral, limitando al mínimo el control sobre su ejercicio. Como se ha mencionado, la lógica del arbitraje no solo responde y se ajusta desde la perspectiva neoliberal de la prestación de un servicio, sino que esta se ha reconfigurado en la materialización del derecho a acceder a la administración de justicia, atendiendo nuevamente a la relevancia de esta alternativa que cada día trasciende más disputas que las de índole comercial.

En todo caso, como derecho e inclusive como servicio, el arbitraje debe responder a las garantías procesales que como administración de justicia o método de resolución de conflictos debe cumplir, por ello, la responsabilidad de los árbitros más que un debate vigente, es una necesidad del proceso de arbitraje que permite desarrollar de manera material la legitimidad del ejercicio y la confianza de las partes hacia la institución jurídica.

La Constitución Nacional de Uruguay permitiría desarrollar la responsabilidad de los árbitros por tratarse de derechos humanos y fundamentales que se ven inmersos dentro del proceso arbitral y podrían estar comprometidos por una decisión inadecuada tomada por los árbitros, en atención a que “todos los Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca” (Art 23 CN Uruguay), disposición que se complementa en tanto que el “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección” (Art 24 CN Uruguay)

Hay posturas que afirman que las calidades de los árbitros no se deben equiparar a los jueces para atribuir responsabilidades de la gestión desarrollada por los árbitros<sup>6</sup>, pero si propenden por aumentar sus facultades, capacidad de decisión y ejecución al interior de los Estados, esta incongruencia está llamada a repensarse desde la academia hasta la práctica de los procedimientos arbitrales.

Por ello, como afirma la Corte Constitucional Colombiana, la distinción no deviene en la calidad de sujeto, es decir, si en el arbitraje comercial internacional se es juez o árbitro, sino de la función que desempeña (Sent. C-426 de 2002, MP: Rodrigo Escobar Gil), el derecho que administra y la controversia que resuelve con observancia al debido proceso. Es por ello que, pese a no ser un juez de la república, en su labor de administrar justicia, si podría cometer agresiones contra los derechos de las personas, o en su defecto, separarse del orden de proceder, que en este caso, es facultado por las partes para el ejercicio de su función, o como refiere el artículo 24 de la CN de Uruguay, “la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”. Por tanto, resulta loable la posibilidad de concebir las responsabilidades atribuibles a los árbitros por no cumplir con integridad la función encargada.

Sobre todo, si en armonía con las normas constitucionales se observa lo establecido en el Código General del Proceso de Uruguay, en el cual se atribuye la responsabilidad de los árbitros de responder por los daños y perjuicios que llegaren a causar por no cumplir con el deber que les fue confiado por las partes:

Los árbitros que aceptaren el encargo lo consignarán con su firma al pie del compromiso o de un testimonio del mismo. La aceptación del cargo da derecho a las partes a compeler a los árbitros a su cumplimiento bajo pena de responder por los daños y perjuicios (artículo 483 –CGP Uruguay)

Si bien es cierto que la ley uruguaya guarda silencio frente a la responsabilidad de los árbitros también dejó abierta la posibilidad de aplicar las disposiciones del CGP

---

<sup>6</sup> Ver (conejero, 2005; (Andrade, 2007) (Caivano, 2013) (De Jesus, 2008) (Donoso, 2011)

frente a los aspectos no regulados o frente a vacío normativo. Razón por la cual, es factible desarrollar la teoría de la responsabilidad de los árbitros en la jurisdicción uruguaya, aunque esta persista de manera limitada, mediante una actuación de daños y perjuicios.

### **Acercamiento a los estudios jurídicos críticos**

En vista de lo anterior, se puede evidenciar unas contradicciones presentes al interior de arbitraje comercial internacional en la función pública como administración de justicia. Para ello, el primer ejercicio es un esfuerzo por desmitificar la objetividad con la que se presentan las instituciones jurídicas y desplazar la idea de realidades objetivas del derecho, que conllevan a la naturalización de conceptos y sus efectos jurídicos como válidos e inmutables y a su vez, invisibiliza las relaciones de poder y elementos discursivos que permiten su implantación material.

El presente análisis se sirvió de algunos elementos de la sociología jurídica de Bourdieu para entender el arbitraje como un campo jurídico y en consecuencia, proponer ciertos criterios para su transformación, en medio de una articulación con los estudios jurídicos críticos, en el que: “Si se desea cuestionar el discurso, lo propio es plasmar como se percibe ese campo jurídico” (Sandoval, 2003)

Esa es justo la representación que se tiene para el arbitraje comercial internacional y el formalismo jurídico mediante la creencia en la neutralidad del derecho que “al interior de una sociedad basada en el libre intercambio de bienes, condiciona las posibilidades de inclusión de criterios de justicia material” (Teubner, 2000), en las que se transforma del Estado al servicio del neoliberalismo y sus nefastos efectos de “difundir la creencia en la separación entre el campo jurídico y los demás campos sociales” (García & Rodríguez, 2003, p. 15) cuyas prácticas jurídicas dominantes sirven para reproducir el *statu quo* y por ello, no se problematiza el contenido y alcance del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

De acuerdo con Bourdieu, es característico del campo jurídico la capacidad que tienen los actores de imponer mediante el poder del derecho una representación oficial del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses. En otras palabras, los actores jurídicos buscan consagrar bajo las formas jurídicas generales las condiciones que permiten el avance de los intereses particulares que defienden o representan (García & Rodríguez, 2003, p. 21)

Bajo estas relaciones se puede entender el arbitraje en América Latina desde la perspectiva del campo jurídico como “copias defectuosas de los campos jurídicos de los países desarrollados que a su vez, son vistos como tipos ideales porque facilitaron exitosamente el desarrollo económico en los países del centro” (García & Rodríguez, 2003, p. 24), es decir, se reproducen los elementos discursivos del desarrollo, del crecimiento económico y de la lucha contra la pobreza en la materialización de una institución jurídica que se hizo necesaria para el auge del comercio, base y fundamento del crecimiento. Sin embargo, para América Latina esto significa una incongruencia “entre la adopción formal de dichos modelos y la existencia de prácticas y culturales jurídicas que les son contrarias” (García & Rodríguez, 2003, p. 37)

Por ello, la perspectiva crítica se trata de un esfuerzo por “cuestionar los fundamentos de las formas jurídicas y sociales dominantes con el fin de impulsar prácticas e ideas emancipadoras dentro y fuera del campo jurídico” (García & Rodríguez, 2003, p. 17). Con base a ello, es complejo determinar hasta qué punto suponer la superación de las contradicciones del arbitraje frente al alcance del derecho fundamental a la administración de justicia sea una idea emancipadora, que supere además, las connotaciones de formalismo jurídico propio del constitucionalismo y las interpretaciones constitucionales de cada institución, sin embargo, si incorpora un esfuerzo importante desde la materialidad del derecho, principios filosóficos y políticos, por lo que se trata de un buen punto de partida en esta tarea.

Los estudios críticos deben ir más allá de la demolición de la tradición con el fin de proponer prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que

encarnan valores de solidaridad e inclusión social y que representan alternativas viables y creíbles al estado de cosas existente (García & Rodríguez, 2003, p. 18)

A su vez, de acuerdo con el profesor Uprimny, los esfuerzos de los estudios críticos del derecho más que mostrar similitudes y diferencias del comportamiento de los sistemas jurídicos, ejercicio propio del derecho comparado, sería mucho más eficaz y políticamente comprometido, buscar respuestas a las preocupaciones de nuestras sociedades y pueblos, es decir, la identificación de problemas compartidos (Uprimny, 2003), como lo es la administración de justicia y su eficacia conveniente frente a actores económicos como se refleja en el arbitraje. Lo que evidencia las importantes acciones por tomar dentro de la garantía y materialización efectiva de los derechos fundamentales.

Para ello, en una aproximación a un estudio crítico del arbitraje, se buscó tener un entendimiento sistémico para comprender las implicaciones éticas y políticas del derecho (Teubner, 2000), aspecto que no es ajeno al arbitraje comercial internacional visto como campo jurídico, en el que confluyen múltiples dinámicas, actores, intereses, símbolos, relaciones de poder e instituciones sociales que constituyen la práctica del derecho (García & Rodríguez, 2003).

Por todo ello, se acude a los estudios jurídicos críticos para la transformación del hábito que objetivizado, significa todo, menos el acceso efectivo a la tutela judicial, y permite cuestionar los valores que ha instituido la arquitectura de gobernanza transnacional, para afirmar que no hay nada “universalmente valido en los presupuestos que utilizamos la mayoría de juristas, ni en los principios que rigen el sistema de solución de conflictos al interior del derecho” (García & Rodríguez, 2003, p. 11)

## 7. CONCLUSIONES

Se evidenció como el campo jurídico propuesto por Bourdieu es un elemento importante para poder entender los actores, intereses, relaciones de poder y discursos tras la naturalización de una institución jurídica. Para el presente caso, el discurso del desarrollo es un primer eje importante que genera la fuerza con la que se vinculó el arbitraje para América Latina, pues con la creación del tercer mundo, la arquitectura de gobernanza transnacional se abrogó la tarea de crear un ordenamiento jurídico para garantizar la implementación del desarrollo y crear la seguridad jurídica para este proyecto en el que se ha inmiscuido el contexto global.

Por ello, los últimos 71 años se presentan como el contexto del arbitraje, desde el punto cuarto de la agenda Truman en 1949, pasando a la creación de la CNUDMI en 1966, la innovadora ley modelo de arbitraje comercial internacional en 1985 y las enmiendas realizadas a la misma en 2006, tuvieron como principal objetivo no solo definir los parámetros del derecho al interior de los Estados.

Este efecto trajo la uniformidad del derecho bajo la mencionada armonización legislativa. Lo que implica la crisis de los sistemas de gobernanza y del poder legislativo de los Estados, en el que se adopta una ley mediante la convalidación del procedimiento, es decir, copiar y pegar bajo el rótulo del Estado el contenido normativo de la ley modelo (Gimenez, 2018).

Sin embargo, este proceso no se logró solo a raíz de la ley modelo, sino que encontró su auge e implementación con la apertura económica neoliberal y el ascenso del discurso requirió de la transformación de las instituciones del Estado para su implementación. Luego entonces, las libertades individuales, la desregulación, la omnipresencia del mercado, la transformación del Estado como sujeto económico, fueron elementos discursivos que llevaron directamente a la materialización del tipo ideal del arbitraje, que habilitó la creación de la justicia privada.

Por otra parte, este proceso no llegaría al éxito sin una completa materialización, por un lado, la influencia internacional logró uno de los fenómenos más particulares en la historia del constitucionalismo (Conejero, 2005) como lo es la constitucionalización del arbitraje. Empero, los efectos en las constituciones latinoamericanas tuvieron un giro inesperado con la articulación e interpretación sistemática de la carta de derechos, en vez de representar la mayor libertad y flexibilidad del arbitraje, significó unos límites importantes en armonía con los principios y derechos fundamentales. Sobre todo, la primacía de la administración de justicia como derecho humano, que debe ser garantizado junto con los elementos que lo conforman y su órbita de protección, de manera independiente a si es administrada por el Estado o por privados.

Razón por la cual, la doctrina del bloque de constitucionalidad fijo nuevos límites al arbitraje y su condicionamiento para los principios integradores en los que se funda el ordenamiento jurídico, el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos. Creando la prevalencia de la tutela judicial efectiva y su alcance al arbitraje.

En vista de lo anterior, una de las respuestas más convenientes para superar esta contradicción que creó el mismo sistema frente a los límites fijados por la constitucionalización del arbitraje, fue la nombrada ley modelo, que abrió paso a múltiples condiciones que revisten de mayor autonomía y alcance al arbitraje. Por ejemplo, traer la naturalización del mito que la administración de justicia es mucho más eficaz si se lleva a manos de privados; o una amplia gamas de libertades individuales que legitiman el discurso y la práctica arbitral; la instrumentalización del sistema judicial y de los jueces ordinarios para favorecer el desarrollo de la institución, por su tan perseguida pero aún limitada capacidad de acción frente obligatoriedad y reconocimiento del derecho; la desnaturalización del acceso efectivo a la tutela judicial en la doble instancia o su denegación directa con regímenes de costas, donde prima el sentido pecuniario al derecho en sí mismo.

Esta serie de elementos evidencian no solo las contradicciones al interior del sistema, sino su incapacidad para la materialización del derecho fundamental de administración de justicia por la función pública que representa, y deja de manifiesto las relaciones de poder y los interés que se debaten en medio de una institución jurídica.

Por ello, se trajo de presente la importancia de los estudios jurídicos críticos, cuya base teórica presupone la transformación del derecho mediante la comprensión de sus elementos estructurantes, para generar una producción jurídica que responda a las necesidades del espacio social y genere condiciones emancipadoras para el goce y materialización efectiva de los derechos, por fuera de la órbita de los intereses y relaciones de poder propios del campo jurídico en las que está circunscrito la producción del derecho.

## **8. PROPUESTA: EL CONTROL POLÍTICO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL ARBITRAJE**

En concordancia con los estudios jurídicos críticos, la propuesta que aquí se presenta tiene por objetivo generar algunos elementos teóricos que posibilitarían la transformación del derecho y del hábito del arbitraje, como medio para llegar a una materialización efectiva de los derechos, en particular, el acceso efectivo a la tutela judicial.

En los acápites anteriores se reflejaron algunas de las contradicciones que contiene el sistema arbitral que impiden un goce efectivo del derecho fundamental a la administración de justicia. Siendo el eje principal de la función que representa este medio de resolución de conflictos, resulta entonces un mecanismo que defiende y reproduce el *statu quo*, los intereses económicos y de clase, haciendo de la justicia un imaginario cuya única eficacia está sujeta a las relaciones económicas y a los privados que garantizan su celeridad. Por tanto, aquí se consignan algunos elementos

importantes para superar las contradicciones presentadas en armonía con la órbita de protección del derecho fundamental a la administración de justicia.

El primer margen de acción está orientado desde el ejercicio del control político o controles políticos como sugiere Esteva (1996) para “la construcción interna desde la experiencia, lucha y compromiso político, para lo cual se requiere de una “consciencia pública de los límites del desarrollo fuertemente enraizada en la sociedad” (Esteva, 1996, p. 73).

Condición ineludible para entender el arbitraje como producto de los elementos discursivos y teóricos del desarrollo y del neoliberalismo, que a falta de una consciencia pública conlleva a la reproducción sistemática y naturalizada del concepto de arbitraje como un medio de resolución de conflictos. Sin embargo, el reconocimiento del campo jurídico genera la posibilidad para la sociedad, los operadores jurídicos, los usuarios a ejercer una presión que permita su transformación y la materialización de los principios básicos de la órbita de protección de la tutela judicial efectiva en la función pública que desarrollan los privados en el arbitraje.

El control político significa la posibilidad de transformación del hábito, pues implica la plena consciencia de la serie de contradicciones presentes al interior del sistema. Por lo cual, se hace necesario enfatizar la falta de legitimidad de la producción normativa a cargo de cuerpos especializados adscritos a la arquitectura y gobernanza transnacional, como lo es la ley modelo y la CNUDMI y en su lugar, se apunta reapropiar la función de los poderes públicos de los Estados y del legislativos para la elaboración de sus propios textos normativos.

De allí que no se repita el yerro y las implicaciones propias de la armonización legislativa, sino que se piense en el contexto y necesidades de los países, generándose una ruptura con la tradición legislativa y las relaciones de colonialidad del saber y jurídica que se reproducen en los sistemas jurídicos de América Latina (Lander, 2000)

y del *tercer mundo* (Escobar, 2007) sujetas a la gobernanza transnacional. Por lo que se resalta la importancia de la producción jurídica desde el sur en contexto de globalización incluye la discusión de los instrumentos jurídicos internacionales y la posibilidad de democratizar tanto su contenido como efectos jurídicos.

Este proceso permitirá entender que el derecho, como cualquier otro campo, es una construcción social, en la que están inmersas múltiples dinámicas, actores, intereses, capitales, discursos y por tanto, no obedece a conceptos naturalizados, pero que han sido institucionalizados de tal manera, que parecen ya dados, neutrales, objetivos e inmutables

“no es de extrañar que el derecho oficial, más que un sistema normativo entendido en términos modernos como un sistema independiente y racional, debe ser re conceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes actores interactúan en el proceso constructivo” (García & Rodríguez, 2003, p. 48)

Aunado a ello, el control político legitima la creación de límites al elitismo presente en el arbitraje bajo la lógica de la mercantilización de la administración de justicia, puesto que dichos valores se han materializado en la ineficacia del derecho salvo para los que pagan el servicio (Sandoval, 2003). En su lugar, resulta preferente pensar en que los sistemas jurisdiccionales recobren plena vigencia de las garantías mínimas del Estado social de derecho y a los ciudadanos retorne la confianza legítima sobre el poder judicial, para que el arbitraje deje de desplazar competencia y administre justicia de manera conveniente y parcializada dependiendo de la capacidad de pago y del intereses que busque proteger.

Bajo la dinámica del control político se proponen una serie de elementos que podrían dar respuesta a las contradicciones del sistema en armonía con la tutela judicial efectiva, y en consecuencia, ir desarticulando progresivamente la lógica del arbitraje:

- En primer lugar, las contradicciones presentes en la libertad para escoger la ley. Se hace necesario desarticular el criterio de conveniencia fijando en consecuencia, algunos criterios que delimiten este poder de los árbitros en consonancia con los límites fijados para los jueces para determinar la ley aplicable a cada caso.
- En un segundo escenario, respecto de la libertad para escoger a los árbitros y su cualificación, para garantizar el debido proceso y fallos en derechos se sugiere la fijación de un mínimo de requisitos para ser árbitro, como se fijan en la jurisdicción ordinaria para ser juez.
- Así mismo, se requiere de un sistema de libre consulta donde conste el contenido de los respectivos currículos vitae y su relación con actores económicos, bien sea como árbitros o como abogados litigantes, señalando en qué casos judiciales y su relación con empresas o sectores económicos.
- A partir de estos elementos básicos, construir el desarrollo de un verdadero régimen de recusaciones e inhabilidades para frenar el ciclo de clientelismo y conflictos de intereses (Fierro, 2014) entre abogados que después fungen como árbitros y viceversa.
- En relación a la libertad de los derechos dispositivos y la reserva del arbitraje, es importante desmitificar la creencia que la reserva es un derecho inherente a la práctica arbitral por la sola voluntad de la partes, pues en todo proceso judicial la publicidad es un elemento básico del derecho fundamental al debido proceso. Por tanto, la publicidad debe ser permanente, aún más, cuando uno de los sujetos en el arbitraje sea una entidad del Estado, o la litis del proceso arbitral sea de interés social, cultural o económico para las comunidades, o en su defecto para el mismo Estado.

- Se sugiere para la materialización de esta transformación y como garantía de todas las demás, crear un sistema de procuraduría judicial permanente que asista y documente los procesos arbitrales para que se garantice los derechos fundamentales al interior del proceso como la publicidad de este y del laudo arbitral.
- Aunado a ello, se sugiere la creación de una plataforma y/o sistema de consulta de información de libre acceso, que elimine la mercantilización de la información y decisiones arbitrales, donde se pueda consultar y descargar directamente los casos, como lo son los sistemas de consulta de jurisprudencia de la rama judicial.
- Frente a las libertades de los lugares y procedimientos arbitrales, se hace indispensable la limitación que las diligencias judiciales no se podrán adelantar en lugares poco adecuados para ello, como cafés, hoteles y restaurantes, que además, pueden llegar a favorecer las relaciones de parcialidad y clientelismo, como limitar la publicidad de los procedimientos.
- En segunda medida, consignar la obligación para los árbitros, como administradores de justicia, de garantizar el principio de inmediación que hace parte de la base del debido proceso en la tutela judicial, para que la flexibilidad de estar presente o no de las diligencias judiciales no sea una opción sino una obligación. Para que cuando son nombrados asuman la función con la completa carga y rigurosidad que esta privatización de la justicia por alcance constitucional representa.
- Con ocasión a la libertad de internacionalidad, se considera que esta disposición debe ser completamente revaluada, ya que es una posibilidad introducida con la ley modelo que deslocaliza (Gimenez, 2018) y relega la competencia nacional a los sujetos transnacionales.

- Por otro lado, la instrumentalización de los jueces y del derecho en favor del arbitraje es uno de los más grandes retos por cambiar, puesto que este es uno de los efectos que ha logrado materializar la jurisdicción arbitral y todos sus elementos políticos y discursivos. Luego entonces, se requiere devolver la competencia a los jueces y la confianza al sistema jurisdiccional para que, cada vez sea el aparato judicial el que se fortalezca y no, la administración de justicia privada, como refiere la Corte Constitucional Colombiana, sobre el carácter excepcional y transitorio del arbitraje (Sent. C-330 de 2000, MP: Carlos Gaviria Díaz), carácter que también se ha desdibujado, porque cada vez es más común y permanente la práctica del arbitraje.
- Se insiste en el pleno desarrollo y defensa del régimen de responsabilidad de los árbitros como está previsto para Colombia, y como es factible implementar para Uruguay, apelando no a la calidad de los sujetos -privados-, sino de la función que desempeñan - administradores de justicia-.
- El acceso efectivo a la administración de justicia implica la garantía de una segunda instancia despolitizada.
- En último lugar, los regímenes de costas no pueden negar el acceso a la administración de justicia.

La serie de límites enunciados significan la posibilidad de una transformación progresiva del arbitraje que conlleve a su desuso, en tanto que la desregulación por sí misma se presenta como un escenario utópico y poco realizable debido al grado de juridificación (Teubner, 2000) del arbitraje. Ello conllevaría en primer lugar a un proceso de reforma constitucional que se avizora muy distante para la realidad latinoamericana.

Sin duda, la propuesta aquí plasmada estará sujeta a múltiples críticas en favor y en contra, siendo uno de los impactos que se persigue en el desarrollo de la monografía para lograr la problematización del arbitraje como campo jurídico. No sin antes señalar que el margen de los elementos de la administración de justicia no es el único camino para plantear una crítica al arbitraje, pero si permite entender las fallas estructurales del sistema.

Por ello, es necesario propender por el cambio del arbitraje, puesto que el estado de implementación es tal, que resulta imposible y utópico una ruptura instantánea con sus presupuestos que han logrado permear todo el sistema jurídico y avasallar un discurso legitimador de su importancia y necesidad. Lo que ha conllevado a un crecimiento de su competencia a otros tipos de controversias, asegurando un lugar de permanencia en la cotidianidad. Por tanto, se considera que estas transformaciones progresivas conllevaran al desuso de la institución y a la materialización de las garantías efectivas constitucionales.

Aún aquellos que todavía convencidos de que las metas del desarrollo son ideales pertinentes para los llamados subdesarrollados, deben reconocer honestamente las actuales imposibilidades estructurales para la materialización universal de las metas [...] el cinismo de quienes, conociendo tales límites [y contradicciones de la jurisdicción arbitral] siguen proclamando el mito, deben ser expuestos públicamente (Esteva, 1996, p. 73)

Por tanto, el control político y el rechazo social son las mayores herramientas jurídicas para nuestra América y la transformación de hábitos en la construcción de una sociedad mejor. Por ello, el arbitraje debe re -pensarse estructuralmente, y se hace un llamado a la convergencia por la defensa de los principios fundamentales de la dignidad humana y del Estado Social de Derecho para esta tarea, en la que se reivindique el alcance del derecho fundamental de la administración de justicia.

## REFERENCIAS

- Almandoz, A. (2013). industrialización, urbanización y modernización sin desarrollo en la Latinoamérica del siglo XXI. En I. Duque Franco, & I. Duque Franco (Ed.), *Historiografía y planificación urbana en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Alonso, P. J. (2011). Prólogo. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. Tomo I*. Grupo Editorial Ibañez.
- Álvarez, M. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa guía didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Andrade, Q. K. (2007). Los problemas derivados de la aplicación del principio Kompetenz - Kompetenz en un régimen jurídico en el que no se ha perfilado adecuadamente su alcance. *Tesis de grado para la obtención del título de abogado*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Ardila, A. E. (2010). Justicia Comunitaria y Sociedad Nacional. Apuntes alrededor de la experiencia colombiana. *Just governance group - Revista cuarto intermedio*, 80-104. Obtenido de <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/135justiciacomunitariay sociedadnacional.pdf>
- Banifatemi, Y. (2013). La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina? En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje comercial internacional* (págs. 81-108). Bogotá: Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política - CDEP- .
- Bonilla, C. E., & Rodríguez, S. P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*. Bogotá: Uniandes.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu, & T. Gunther, *La fuerza del derecho* (R. C. Morales de Setién, Trad., págs. 155-220). Bogotá: Siglo del hombre Editores, Ediciones UniAndes, Instituto Pensar.
- Caivano, R. J. (2013). La renuncia a los recursos. En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (págs. 133-164). Bogotá: Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política- CEDEP. .
- Caivano, R. J. (2017). Arbitrabilidad y orden Público. *Foro Jurídico*, 62-78.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay. (26 de Febrero de 2010).

Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay. (Marzo de 2014).

Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982). (Marzo de 2014).

Collier, p. (2010). *El club de la miseria, Qué falla en los países más pobres del mundo*. Randhome Hause Mondadori S.A. Colección de bolsillo.

Conejero, R. C. (2005). La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina. Un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1), 89-138.

Constitución de la República Oriental del Uruguay. (1967).

Constitución Política de Colombia. (1991).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-988 de 2004 (MP. Humberto Sierra Porto).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-378 de 2002 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1547 de 2000 (MP: Cristina Pardo Schlesinger).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-437 de 2013 (MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1117 de 2005 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-426 de 2002 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-330 de 2000 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

De Jesus, O. A. (2008). La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. En F. Mantilla Espinosa, & C. Pizarro Wilson, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (págs. 41-62). Bogotá: Universidad del Rosario.

Donoso, B. A. (2011). Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional CNUDMI. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2, 147-176.

Escobar, A. (2007). La problematización de la pobreza: la fábula de los tres mundos y el desarrollo. En A. Escobar, *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo* (págs. 47-100). Caracas: Fundación Editorial el perro y la rana.

- Esteva, G. (1996). Desarrollo. En W. Sachs, & s (Ed.), *Diccionario del desarrollo. Una guía del conocimiento como poder* (págs. 52-78). New Yersey: Proyecto Andino de Tecnologías Campesinas - PRATEC.
- Fernández, A. D., & Perales, V. P. (2012). Las contribuciones de la CNUDMI / UNCINTRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva. *Revista de Derecho Comparado (Argentina)*(20), 37-67.
- Fernández, R. J., & Artuch, I. E. (2011). Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En C. C. Soto, *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Tomo I* (págs. 745-786). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ferrajoli, L. (2016). Derechos fundamentales y democracia constitucional. En L. Ferrajoli, *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo* (págs. 11-45). Bogotá: Universidad Libre.
- Fierro, V. E. (2014). Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del Double - Hatting. *Arbitraje PUCP*, 59-69.
- Figuerola, V. J. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*(4), 71-81.
- Formento, A., & Delpiazzo, J. M. (2009). Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 101-113.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2012). El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo. *Revista de Derecho*(7), 115-151.
- Gaillard, E. (2015). *El orden jurídico arbitral*. Bogotá : Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Grupo Editorial Ibañez.
- Gaillard, E., & Fernández Arroyo, D. (2013). introducción. En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (págs. 1-10). Bogotá: Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política - CEDEP.
- Gallego, M. C. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social. *Jurid*, 70-90.
- García, V. M., & Rodríguez, C. A. (2003). Derecho y Sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. En V. M. García, & C. A. Rodríguez, *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (págs. 15-66). Bogotá: ILSA - Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Universidad Nacional de Colombia, Ediciones Antropos Ltda.

- Garino, P., & Tiscornia, A. A. (2017). La Suprema Corte de Justicia Uruguaya reafirmó la arbitrabilidad objetiva de los conflictos individuales de trabajo. *Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca - IUDICIUM-*, 101-108. Obtenido de <http://campus.usal.es/~iberusal/iudicium/numeros/iudicium3.pdf>
- Gimenez, C. C. (2018). Internacionalización Subjetiva, Deslocalización de La Jurisdicción, Y Desnacionalización del Derecho En La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de La CNUDMI: Las Paradojas del Sistema Jurídico Global. (. *Subjective Intern*, 577-590.
- González, S., & Gómez, F. (2011). El acuerdo arbitral en Uruguay, tendencias jurisprudenciales. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Tomo II* (págs. 799-807). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Graham, J. (2016). Arbitraje y derechos humanos. *Perfiles de las ciencias sociales*, 6(3), 1-11.
- Gros, E. H., & Esteva, G. E. (2008). La evolución político - constitucional de Uruguay entre 1975 y 2005. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 399-433. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100013>
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del Neoliberalismo*. Madrid: Ediciones Akal, S.A.
- Hernandez Sampieri, R., Bapista Lucio, P., & Fernandez Collado, C. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Lander, E. (2000). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. En E. Lander, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (págs. 11-40). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO.
- Ley 1563 de 2012, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.
- Ley 19.636 de la República Oriental del Uruguay. (2018). *Por medio de la cual se aprueban normas para el arbitraje comercial internacional*.
- Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. (1985 ). *Con enmiendas 2006*.
- Llain, A. S. (2014). El rol del principio de competence - competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*(24), 143-168.

- ONU. (17 de 12 de 1966). Resolución 2205 XXI. *Por medio de la cual se crea la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.*
- Radcati Di Brozolo, L. (2013). Las normas imperativas y el arbitraje internacional. En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (págs. 189-224). Bogotá: Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política - CEDEP.
- Rist, G. (2002). Las periferias y el estudio de la historia. En G. Rist, *El desarrollo: historia de una creencia occidental*. Madrid: Catarata.
- Sandoval, C. (2003). La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en "América Latina" comentarios y alternativas a la propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos . En V. M. García, & C. A. Rodríguez, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (págs. 183-198). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA-, Universidad Nacional de Colombia, Ediciones Antropos Ltda.
- Sen, A. (1998). Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. *Cuadernos de economía*, XVII(29), 73-100.
- Sisqueiros, J. L. (2009). La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. (U. N. México, Ed.) *Revista de Derecho Privado, nueva época*, 7(21-22), 125-133.
- Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia 365 de 2009. Obtenido de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=308677>
- Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia 843 de 2017.
- Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia 85 de 2008.
- Teubner, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En P. Bourdieu, & T. Gunther, *La fuerza del derecho* (R. C. Morales de Setién, Trad., págs. 81-152). Bogotá: Siglo del Hombre Ediciones, Ediciones UniAndes, Instituto Pensar.
- Toscano, L. F. (2013). Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de derecho privado*, 237-257.
- Unicolmayor. (2016). *Proyecto Educativo de Programa - Derecho*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

- Uprimny, R. (2003). ¿Una sociología jurídica latinoamericana o un programa de investigación en sociología jurídica para América Latina. En V. M. García, & C. A. Rodríguez, *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (págs. 67-73). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA\_, Universidad Nacional de Colombia, Ediciones Antropos Ltda.
- Uprimny, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/238077572\\_EL\\_BLOQUE\\_DE\\_CONSTITUCIONALIDAD\\_EN\\_COLOMBIA\\_Un\\_analisis\\_jurisprudencial\\_y\\_un\\_ensayo\\_de\\_sistematizacion\\_doctrinal](https://www.researchgate.net/publication/238077572_EL_BLOQUE_DE_CONSTITUCIONALIDAD_EN_COLOMBIA_Un_analisis_jurisprudencial_y_un_ensayo_de_sistematizacion_doctrinal)
- Velandia, S. A. (2014). El bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico colombiano. En S. A. Velandia, *Justicia Nacional o Jurisdicción Interamericana: el control de convencionalidad en relación con el bloque y control de constitucionalidad colombianos* (págs. 123-184). Bogotá: Universidad La Gran Colombia.
- Verdías, M. M., & Garino, P. J. (2018). La Nueva Ley De Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay. Diferencias Respecto a La Ley Modelo Uncitral. *Revista de Derecho (15105172)*, 17(34), 67-78.
- Verhoosel, G. (2007). Los nuevos retos del arbitraje: ¿la judicialización del arbitraje es inevitable? una corte internacional de apelaciones: ¿un mal necesario? En S. F. Mantilla, *Arbitraje internacional. Tensiones actuales* (págs. 245-365). Bogotá.
- Verplaetse, J. (1950). El punto cuarto del presidente Truman. *Cuadernos de estudios africanos*(9), 97-118. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2495515>
- Zuleta, L. A. (2007). Las tensiones del arbitraje en Colombia. La protección constitucional del arbitraje. En S. F. Mantilla, *Arbitraje internacional. Tensiones actuales* (págs. 67-100). Bogotá.