

Los Árbitros y el Ius Imperium. ¿Compatibles o Incompatibles?

MA. Alvaro R. Castellanos Howell¹

SUMARIO: *Introducción; 1.- El Acceso y la Utilización de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, como Derecho Fundamental; 2.- Naturaleza Jurídica de las Funciones del Árbitro; 3.- Facultad de Decretar Medidas Cautelares o Medidas Anticipatorias; 4.- Comentarios a Iniciativa de Ley sobre Métodos Alternativos de Solución de Controversias sobre el tema de Medidas Cautelares y Anticipatorias; 5.- Conclusión.*

Introducción

Para Centro América, el tiempo recorrido desde la mitad de la década de los años noventa hasta la fecha, ha sido un período importante en cuanto a evolución legislativa aplicable a los métodos alternativos de solución de conflictos (en lo sucesivo, simplemente “MARC”). A partir del año de 1995 se aprobó una nueva legislación especial en Guatemala, que aunque se denomine “Ley de Arbitraje”, contiene asimismo una breve regulación sobre la conciliación. Desde entonces, los demás países de la región también han introducido reformas en sus respectivos sistemas legales al grado que hoy, hace escasamente algunos días antes de terminar este artículo, el último país que estaba pendiente en hacerlo, Nicaragua, promulgó su nueva Ley de Mediación y Arbitraje. En aproximadamente 9 años, Centro América es otra en cuestión legislativa aplicable a los MARC, logrando mayor armonización y uniformidad regional en esta materia. Es decir, toda la región centroamericana se ha dado a la tarea de actualizar, por decirlo así, su legislación aplicable a los MARC y hacerla más afín a convenciones o tratados suscritos y ratificados por la mayoría de nuestros países.² Han servido de modelo, en muchos de los casos, tanto el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”, por sus siglas

¹ Maestría en Derecho Internacional y Derecho Comparado, por la Universidad de Columbia, Nueva York (1990). Redactor inicial del anteproyecto de la actual Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República). Organizador y primer Presidente del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (1992-1996). Docente de la materia, tanto a nivel de pregrado como postgrado, en las Universidades Rafael Landívar, Francisco Marroquín y San Carlos de Guatemala. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (2002 a 2006). Correo electrónico: acastellanos@consortiumlegal.com

² Me refiero especialmente a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

en español o “UNCITRAL” por sus siglas en inglés), como la legislación española en esta materia. De ahí, que también en varios de los países del istmo centroamericano, hemos podido observar un crecimiento en cuanto al número de instituciones o establecimientos que se dedican a la difusión, facilitación y administración de los MARC. En los casos de Guatemala y Costa Rica, y más recientemente en El Salvador, el mismo Poder Judicial en esos países ha empezado a tomar más en serio y a ofrecer servicios de mediación o conciliación de manera sistemática, aunque no obligatoria. Asimismo, es justo reconocer que en la práctica referida específicamente al arbitraje, cada vez son más y más los contratos, inclusive con la administración pública en algunos países como Guatemala, que contemplan acuerdos arbitrales que ya no podrían seguirse considerando como “patológicos”, pues muchas veces se refieren a reglamentos preestablecidos para el desarrollo de los procedimientos respectivos. Sin embargo, un fenómeno muy interesante que se ha podido observar en Guatemala desde hace algunos años, es la intención de investir de mayores y más potentes facultades a los árbitros. Quizás ello se deba a que en algunos casos, la asistencia judicial que deben brindar los tribunales ordinarios a la justicia arbitral, no ha sido eficaz o simplemente no se ha dado, no obstante que, siguiendo casi literalmente el Modelo de Ley de la CNUDMI, así se ordena en circunstancias o situaciones puntuales por la misma ley vigente. Por ello, desde hace varios años, en seminarios, talleres y cursos, se ha podido reiterar que este es un aspecto que preocupa, principalmente al gremio forense aunque no tanto a los académicos o a los agentes que tienen a su cargo la administración de justicia ordinaria. Tan es así, que existe ya, una iniciativa de ley, terminada de preparar a finales del año 2004, que pretende dar sendas facultades, revestidas de *ius imperium* a los árbitros, no solo frente a las partes que le han dado origen y razón de ser al procedimiento arbitral sino ante todo, frente a terceros, incluyendo autoridades estatales, judiciales y no judiciales. A este último aspecto deseamos dedicar este breve análisis, con el objeto de determinar si ello es beneficioso o no para el desarrollo de los MARC en nuestro país, Guatemala, y en la región, si fuera el caso. Por ello, en el primer capítulo analizaremos hasta qué grado existe un reconocimiento en cuanto a la utilización de los MARC como un derecho fundamental de las personas. En el segundo capítulo analizaremos brevemente la naturaleza jurídica de las funciones del árbitro, para recordar si realmente existen o no

grandes similitudes entre un árbitro o un juez, al grado que empiecen realmente a fundirse en un solo concepto, o si por el contrario, sus diferencias son tales, que no dan cabida para más funciones que las que tradicionalmente se le reconocen a un árbitro hasta el día de hoy. En el siguiente capítulo analizaremos concretamente las facultades que a los árbitros generalmente se les reconocen en cuanto al otorgamiento de medidas cautelares. En el capítulo cuarto, haremos comentarios sobre algunos pasajes tanto de la exposición de motivos, como de los artículos contenidos en el anteproyecto guatemalteco sobre la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Controversias que están relacionados directamente con el asunto de las medidas cautelares o medidas anticipatorias, y finalmente, daremos nuestras conclusiones en el capítulo 5.

Como última observación, cabe aclarar que, aunque el enfoque general de la colección en la que se nos han permitido el honor de contribuir con este artículo, tiene un interés particular en el derecho comparado regional, por la extensión de este trabajo solo lo podremos hacer puntualmente en sus capítulos 1 y 3. En los otros, lo haremos cuando sea estrictamente necesario. Aún así, las conclusiones a las que arribamos, las vemos aplicables al menos, en toda la región centroamericana. No nos atreveríamos a trascender nuestro propio istmo en este último afán. Hacerlo, sería ya excesivamente osado, luego de pretender dar una visión regional centroamericana en el tema central que nos ocupa.

CAPITULO 1. EL ACCESO Y LA UTILIZACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

No es necesario hacer hincapié en la importancia que tiene, en países como Guatemala, la necesidad de poder encontrar fundamento en norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, del derecho que los ciudadanos o las personas en general, tienen de utilizar los MARC, especialmente, el arbitraje, por ser de tipo heterocompositivo y con el cual, formalmente, se sustituye a la administración de justicia común cuando así lo permita la materia objeto de la litis. No faltaron quienes, al menos en Guatemala, al promulgarse la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, levantaran cuestionamientos, algunas veces, alevosos, sobre su incompatibilidad con nuestro sistema constitucional, o más formalmente, con nuestra Constitución Política de la República,

vigente a partir del 14 de enero de 1986. Sin embargo, dada no solo la larga historia de los MARC y los compromisos de tipo internacional adquiridos por Guatemala en esta materia, como su incorporación durante los años 80 como Estado Parte a las Convenciones de Nueva York y Panamá³, rápidamente se superó esa etapa de “duda existencial constitucional”, tomando como fuerte asidero de su compatibilidad y cuna constitucional, el artículo 203⁴ de nuestra Constitución, al cual dedicaremos comentarios fundamentales, por ser protagonista principal de este artículo. Como se verá más adelante, este asidero constitucional ha sido el que la mayoría de autores o expertos locales en la materia han utilizado, pero bajo conciencia que el mismo no es precisamente, el asidero ideal. No creemos que el artículo 203 de la Constitución guatemalteca, que está inmerso en la parte orgánica de la misma, se haya redactado con el fin de dar solidez o cuna constitucional a los MARC y en especial, al arbitraje, pero a falta de otra norma más contundente o expresa, pues indirectamente podría hacer las veces de su fundamento constitucional. Ahora bien, notemos que en este aspecto particular, las Constituciones de Costa Rica, Honduras y El Salvador, tienen un puntual fundamento constitucional para el acceso y utilización del arbitraje como método alternativo a la solución judicial de los conflictos entre particulares. Así, la Constitución Política vigente en Costa Rica, aprobada el 7 de noviembre de 1949, estableció por primera vez con rango constitucional, en su artículo 43, el derecho humano individual de toda persona “*a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente*”⁵. En Honduras, es el artículo 110 de su Constitución vigente,

³ Ver pie de página anterior.

⁴ **Artículo 203.- Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar.** La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. **Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.** Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. **La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia** (el énfasis en los textos resaltados, es nuestro).

⁵ Según el Dr. Sergio Artavia, esta norma constitucional en Costa Rica, “tiene su origen histórico en las Ordenanzas Francesas de 1560 y 1673, que concluye en la Revolución Francesa, cuya Asamblea Constituyente – Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791 – adoptó en el artículo 5, el principio de que “el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo”. Artavia, Sergio *El Proceso Arbitral en Costa Rica*, Tomo 1, p. 17. Editorial Jurídica Dupas, 1996.

la que da pleno reconocimiento a nivel de rango superior en ese país, a los MARC. Literalmente, expresa “*Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento.*”⁶ Finalmente, en El Salvador, encontramos, en la parte dogmática de su Constitución (al igual que en el caso de Costa Rica) y reconocido por ende como un derecho humano individual, que el artículo 23 de la misma, prescribe lo siguiente: “*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.*”⁷ Tomando en cuenta estos claros fundamentos constitucionales en las cartas magnas de Costa Rica, Honduras y El Salvador, y ante todo, por contraste, pareciera que en Guatemala, el fundamento constitucional, de cierta manera palidece o se hace menos evidente. Basta decir que en el caso de Nicaragua, tampoco existe una norma constitucional como las mencionadas en los casos de Costa Rica, Honduras y El Salvador. Sin embargo, dados estos antecedentes y fundamentos constitucionales en la región centroamericana, reconociendo en su mayoría el derecho al que venimos haciendo alusión como un derecho humano individual o derecho fundamental, y no digamos aún, si reconocemos que probablemente uno de los antecedentes primarios de estas normas de tipo constitucional, sea a la vez, el artículo 5 de la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, creemos que, sin mayor reserva se puede llegar a concluir en sentido general y universal, que el derecho de resolver conflictos de manera alternativa a

⁶ Se cita en Honduras, como fundamento constitucional de la misma Ley de Conciliación y Arbitraje (Decreto No. 161-2000) la norma transcrita. Nótese sin embargo, que pareciera condicionar o restringir la posibilidad de utilizar la transacción (conciliación o mediación, por ejemplo?) o el arbitramento, a asuntos civiles. Dado que la mayoría de casos, aún, que generan la utilización de los MARC en nuestros países es en materia mercantil o comercial, no obstante podría interpretarse que cuando la Constitución de Honduras se refiere a asuntos civiles, lo hace, en contraste no con otras materias que no sean civiles, sino en aquellas en donde no tenga libre administración de bienes, o facultad, lato sensu, de transigir o hacer concesiones recíprocas, como la materia de familia, o materia penal, por ejemplo.

⁷ Nótese cómo el artículo 23 Constitucional de El Salvador, por sí mismo aclara, lo que el autor, en exégesis personal, comenta sobre el artículo 110 de la Constitución de Honduras. Hacemos el comentario, dada la similitud en la orientación general de ambas normativas de orden superior en sus respectivos países. No obstante, es muy interesante notar cómo la norma constitucional salvadoreña vincula el derecho al acceso y utilización de los MARC a la libertad de contratación, lo cual, no solo es una peculiaridad de la Constitución Salvadoreña el solo hecho de reconocer como derecho fundamental del ser humano la libertad de contratación, sino por su interesante vinculación de ese derecho como el fundamento clásico de los MARC.

la solución judicial de los mismos es un derecho fundamental de las personas. Es más, pareciera que “...como medio para dirimir este tipo de conflictos no sólo es legítimo, sino talvés (sic) una forma muy apropiada de hacerlo...”⁸. Es la forma originaria de hacerlo, nos atreveríamos a agregar. La Constitución Política de la República de Guatemala, al igual que otros textos constitucionales, contempla claramente el principio fundamental, que el reconocimiento de los derechos humanos recogidos en textos normativos tanto nacionales como internacionales, en todo caso se hace bajo el principio de no taxatividad, o dicho de manera positiva, son reconocimientos de tipo “*numerus apertus*.” Así, el artículo 44 de nuestra Constitución, bajo el epígrafe de “Derechos inherentes a la persona humana”, prescribe que “*los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.*” Para concluir con este primer capítulo y para resaltar que precisamente Guatemala, carece, al menos expresa o literalmente, de un artículo como el que contienen las Constituciones de los tres países centroamericanos que hemos comentado, cuando se negociaron los Acuerdos de Paz⁹, particularmente, en el Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, se contempló el compromiso por parte del Gobierno de Guatemala de establecer y aplicar procedimientos no judiciales ágiles, tales como el arreglo directo y la conciliación, para dirimir los conflictos de tierra y acceso a recursos naturales, como parte de la abultada conflictividad social. Dichos Acuerdos de Paz requerían la introducción de ciertas reformas constitucionales, aunque en este caso concreto, es decir, el de establecer y aplicar procedimientos no judiciales ágiles para la solución de conflictos, no era una de las causas para reformarla. La consulta popular realizada para tal efecto, con una votación bastante dividida, en donde el voto rural mayoritario dijo Sí, el el voto urbano mayoritario, dijo NO, prevaleciendo este último, trajo al traste una posibilidad de un reconocimiento expreso sobre el derecho fundamental de acceso y utilización a los MARC en la constitución guatemalteca. Pero

⁸ Extracto del fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No.1344 de 1995, citada por Artavia, Sergio, op. cit.; p. 18

⁹ Sobre la validez o no de los mismos, dado que han existido sectores en la sociedad guatemalteca que le han negado tal carácter, cabe comentar que el autor sí considera que son compromisos de Estado, desde el punto de vista formal. Así lo ha resuelto en algunas ocasiones la Corte de Constitucionalidad. Pero más allá de su validez formal, como compromiso de Estado, nosotros reconocemos su validez material en cuanto a que en muchos de esos acuerdos se contempla una verdadera agenda para reconducir al país por senderos más democráticos, mas incluyentes y más justos.

insistimos, y así nos pronunciamos, que la falta de reconocimiento expreso no es obstáculo para establecer que el derecho de someter los conflictos entre particulares a métodos no judiciales, es un derecho fundamental de las personas, tanto por las razones ya expuestas, como por mayores fundamentaciones sobre el origen y desarrollo de los derechos humanos que exceden los propósitos de este artículo. Por ende, no consideramos, ni necesario, ni conveniente en ciertos casos, fundamentar en el artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala, el asidero o fundamento constitucional de los MARC. Ya veremos más adelante, porqué nos atrevemos a hacer esta afirmación. Baste decir ahora que una norma como la contenida en el artículo 203, de larga tradición constitucional en nuestra historia, no fue pensada ni redactada para darle soporte jurídico de tipo supremo al derecho fundamental de la persona a utilizar los MARC cuando sea viable hacerlo. Así nos lo insinúa el solo hecho que el artículo 203, precisamente está en la parte orgánica de nuestra Constitución, y no en la dogmática, aunque también puedan reconocerse derechos fundamentales en aquella.

CAPITULO 2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUNCIONES DEL ÁRBITRO.

Raramente encontramos en legislación aplicable a la materia, una definición de árbitro. La ley guatemalteca, o la costarricense, por ejemplo, no son la excepción. Al contrario sucede en el caso de la legislación chilena, que en su artículo 222 define al árbitro o árbitros, como *“los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”*¹⁰. En Guatemala, de conformidad con el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas, las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente. Por ende, al consultar el citado Diccionario en su vigésimo segunda edición, encontramos que las acepciones 4 y 5 de dicha definición serían las relevantes: *“Persona que arbitra en un conflicto entre partes”* y *“Persona cuyo criterio se considera autoridad”*. También resulta interesante mencionar, que dentro de las muchas

¹⁰ Definición citada por Dr. Bernal, Rafael, *El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia.*; p. 65, Editorial Serviprensa, 2001.

acepciones que aparecen en la definición de Juez, en la misma fuente oficial de consulta, en la acepción figurativa, se menciona al árbitro, o juez arbitrador, definiéndolo como “*el designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial, para fallar el pleito conforme a derecho.*” Es obvio que esta última acepción de la definición de juez arbitrador, se refiere al árbitro de derecho. Ahora bien, podría el lector preguntarse cuál es nuestro afán en encontrar definiciones, si bien ya no legales o positivistas, al menos de tipo general o inclusive, de sentido común. Pues la razón, como se verá más adelante, y como ya se explicó brevemente en la introducción, es determinar si la corriente que desea asimilar o equiparar totalmente a los árbitros con los jueces de la jurisdicción común u ordinaria encargada regularmente al Estado, es correcta o no, o justificable o no. Pareciera obvia la respuesta para quienes son estudiosos de esta materia, en el sentido que, hay diferencias tan grandes entre unos y otros, que la equiparación plena simplemente no es viable. Sin embargo, como ya veremos, insisten algunas corrientes de pensamiento en esta posibilidad, con el fin de poderle dar al árbitro ciertas facultades con *coertio* frente, no solo a las partes arbitrales (como debería ser siempre, por supuesto) sino frente a terceros no vinculados directa o indirectamente al proceso arbitral. Vemos que la definición citada anteriormente, relativa al “juez árbitro” pareciera hacer hincapié en algo: que esa persona NO ES JUEZ OFICIAL. Por ende, averiguando sobre la naturaleza jurídica del encargo o las funciones que se le dan a un árbitro, nos atrevemos a adelantar que en realidad se trata que a un particular se le reviste con autoridad y facultad para resolver un conflicto entre las partes que lo han revestido, precisamente, de esa autoridad. Es decir, existe una directa delegación a un tercero, que generalmente, NO puede ser un juez oficial¹¹, del derecho que las partes mismas podrían haber ejercido para encontrar una solución mutua a un conflicto. Viene pues, íntimamente ligada esta observación, a la autonomía de la voluntad de las partes¹², lo cual, en este aspecto nos hace posicionarnos claramente en la teoría contractualista del arbitraje. Todo principia y nace de un acuerdo: el acuerdo arbitral¹³. Ahora bien, con el objeto de poder ir

¹¹ Muchísimas legislaciones aplicables al arbitraje, prohíben expresamente que un juez funja como árbitro. El caso de Guatemala no es la excepción. Artículo 14, numeral 3, Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República).

¹² O de “libertad de contratación”, como derecho humano individual, según el artículo 23 de la Constitución Salvadoreña, como ya fuera comentado anteriormente en texto.

¹³ En la legislación guatemalteca, como en otras legislaciones que han seguido de cerca el Modelo de Ley de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el acuerdo arbitral ha venido a sustituir o en algunos

arribando a conclusiones sobre la viabilidad o no de pretender una plena equiparación entre jueces oficiales, por decirlo así, y árbitros o jueces árbitros, ante todo, para ver si pueden compartir el *ius imperium* tradicionalmente delegado, sin reservas, a los primeros, creemos útil concluir este capítulo resaltando algunas diferencias y semejanzas entre unos y otros. Lo haremos de manera muy selectiva, y nos concentraremos en aquellas que sirvan para el propósito anterior. Por ende, aclaramos que habrán otras que aunque obvias o no tan obvias, no tienen mayor incidencia para la discusión que necesitamos generar. En este empeño, seguiremos de cerca, parafraseando la obra del Dr. Rafael Bernal, titulada “*El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*”.¹⁴ Empezando por las diferencias, aunque reiterando en alguna forma lo ya dicho, la primera nos dice que el juez deriva su imperio de la ley, en tanto el árbitro es facultado para ejercer sus funciones, directamente de la delegación que le hacen las partes, por lo que la función de los jueces es ordinaria, mientras que la de los árbitros es excepcional. La segunda diferencia que queremos resaltar, es que los jueces oficiales, son nombrados con carácter permanente, y aunque sus facultades jurisdiccionales son amplias, están delimitadas por la repartición de competencias que hace el legislador, es decir, el Estado mismo. En contraste, los árbitros son nombrados temporalmente, y sus facultades jurisdiccionales se extienden solo al caso al que se refiere el acuerdo arbitral que le da origen y sentido a su designación temporal y el procedimiento que deberán aplicar. Por representarlo de una manera dramática y más coloquial si se quiere, terminado el caso con la definitividad del laudo arbitral, estos árbitros no podrán recibir un nuevo caso si no existe otro acuerdo arbitral que así lo disponga y ni siquiera estarán seguros si volverán a actuar juntos como árbitros, en caso de tribunales arbitrales colegiados. En cambio, el pobre mismo juez oficial seguirá, en el mismo día, no digamos en el mismo mes, recibiendo más y más casos. Otra diferencia, la tercera en su orden, es que a los árbitros, si se les faculta expresamente, pueden emitir su lado en equidad o en algunos casos, basado en criterios eminentemente técnicos. Estas dos posibilidades le están vedadas al juez ordinario u oficial.¹⁵ Y una cuarta y final diferencia que reconoce la doctrina, pero que por ser

casos, a absorber, la tradicional caracterización y diferenciación entre pacto o cláusula compromisoria y contrato de compromiso.

¹⁴ Dr. Bernal, Rafael, op. cit. pp. 67 - 69

¹⁵ Aclaramos que, no por ello, justificaríamos que entonces los Jueces deben resolver cual instrumentos mecánicos, aplicando con fríos silogismos y de manera literal, la ley a los casos concretos. Esto es un

precisamente objeto central de este limitado artículo no hacemos más que mencionarlo: el juez, como facultad inmanente, tiene imperio. El árbitro, en términos amplios, se le desconoce la posibilidad de contar con él¹⁶. En cuanto a las similitudes o semejanzas, la primera DEBERÍA ser, siempre, que tanto el juez como el árbitro tengan la misma función: encontrar la verdad real sobre la verdad formal. Una segunda semejanza, de suyo muy importante, es la fuerza y efectos que se le reconocen legalmente tanto al laudo como a la sentencia. Pueden ser ejecutadas coactivamente mediante los procedimientos respectivos. Aquí cabe una pregunta filosófica a tono con el tema central de este artículo: ¿podrían los árbitros ejecutar sus propios laudos? Anticipo, que no pero trataremos de razonar el porqué de nuestra negativa mas adelante. La tercera y última semejanza que mencionamos es que los poderes que los árbitros tienen FRENTE A LAS PARTES QUE HAN REALIZADO SU NOMRBAMIENTO COMO TAL, sea directa o indirectamente, en términos generales, son iguales a los de los jueces. Podríamos conceder, de alguna forma en contra de nuestra posición general, que los árbitros tienen un *ius imperium sui generis*. Lo tienen frente a las partes del proceso arbitral, y mientras dure el proceso con todas sus etapas e incidencias. Y luego, que el laudo que emiten, a cual manera de legado de sus creadores, queda impregnando de ese *ius imperium*, ahora sí, inclusive frente a terceros, una vez que nace formalmente el laudo, salvo causa de anulabilidad decretada. Antes de pasar a analizar, dentro de esta última cuestión del *ius imperium* en el siguiente capítulo, qué facultades tienen los árbitros en cuanto a decretar medidas cautelares o medidas anticipatorias en su caso y el alcance o efectos de esas facultades, nos parece importante citar algunos aspectos de la Ley de la Carrera Judicial de Guatemala (decreto 41 – 99 del Congreso de la República) que ya, de una manera normativa y no tanto doctrinaria, también pueden determinar en este caso, otras diferencias muy importantes entre jueces y árbitros. Por ejemplo, en esta legislación se establece que los jueces y magistrados ejercerán sus funciones en forma permanente e inamovible hasta que cesen en las mismas con arreglo a lo que dispone la Constitución Política de la República y la

problema de un malentendido o exacerbado positivismo jurídico que, principalmente, las Facultades de Derecho están llamadas a superar en la formación de los profesionales del derecho

¹⁶ También debemos reconocer que las legislaciones que se adscriben más cercanamente a la tesis procesalista o jurisdiccional como fundamentación general del arbitraje, han empezado a romper esta diferencia, otorgando mayores facultades con imperio a los árbitros. Sin embargo, queremos resaltar que una cosa es adscribirse o no a la tesis procesalista, y otra cosa es querer equiparar plenamente a los árbitros con los jueces, como veremos más adelante.

ley mencionada.¹⁷ Cabe hacer un énfasis en este momento, que entre otras cosas, la Constitución Guatemalteca reconoce a los jueces y magistrados en el artículo 206, el **derecho de antejuicio**. Es decir, tienen inmunidad procesal mientras no se declare, por la Corte Suprema de Justicia, que procede encausar a un juez o un magistrado al encontrar motivos suficientes o razonables para ello. Ya veremos por qué resaltamos esta inmunidad o privilegio de los jueces y magistrados de los tribunales oficiales, del Estado, o públicos, como sea que se les llame. Aunque habría otros preceptos normativos de la Ley de la Carrera Judicial muy interesantes de invocar para los propósitos que perseguimos en este artículo, tales como los relacionados con régimen disciplinario, sanciones y sistemas de control de desempeño para los jueces y magistrados, nos limitamos a citar una norma más. Se trata de la clasificación aplicable a la carrera judicial. Dice el artículo 13 respectivo que comprende únicamente a quienes por mandato constitucional ejercen jurisdicción y competencia en la administración de justicia y los divide en cuatro categorías o clases que no forman grado jerárquico, así: a) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; b) Magistrados de la Corte de Apelaciones y otros tribunales colegiados; c) Jueces de primera instancia; y d) Jueces de paz. Ya tomará sentido mas adelante, esperamos, el porqué citamos estos preceptos.

CAPITULO 3.- FACULTAD DE DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES O MEDIDAS ANTICIPATORIAS.

¿Pueden los árbitros decretar medidas o providencias cautelares o anticipatorias¹⁸? Para responder a esta interrogante, podrían tomarse dos vertientes. Buscar respuestas basándonos precisamente en algunas de las diferencias y similitudes ya marcadas en el capítulo anterior, o bien, de manera más práctica, buscar respuestas directamente en la legislación. Intentaremos hacer ambas. De conformidad con lo comentado en el capítulo anterior, si los árbitros tienen poderes coercitivos frente a las partes que le dieron origen y por ende a su nombramiento como árbitros, si aceptamos que ejercen una jurisdicción en el sentido de conocer y determinar a quien le corresponde la satisfacción o no de una pretensión y que esa jurisdicción, aunque temporal y específica para ese único caso, ya

¹⁷ Artículo 3, primer párrafo, Ley de la Carrera Judicial

¹⁸ Algunos autores distinguen las medidas o providencias cautelares tradicionales, de las anticipatorias, y estas últimas las ubican como institución de tradición procesal italiana.

dentro de ese contexto, es plena y vinculante para las partes ya mencionadas, entonces la respuesta debería ser que los árbitros sí deben tener plenas facultades para conocer y resolver sobre la petición y su respectivo otorgamiento o no de medidas cautelares o anticipatorias **que deban ser cumplidas o que estén dirigidas a las partes del proceso arbitral**. Nótese bien que decimos, ante las partes del proceso arbitral. Basados en ese mismo razonamiento que los poderes de los árbitros, su jurisdicción y sus facultades, todas ellas vienen de un acuerdo arbitral, por supuesto, reconocido en sus efectos por legislación emitida por el Estado respectivo, o sea, dicho de otra forma, que viene del acuerdo de voluntad de las partes, entonces esos poderes, esas facultades, y en suma esa jurisdicción de tramitar y resolver un procedimiento y todas sus incidencias para resolver finalmente un conflicto, deben quedar confinadas a las partes que han manifestado ese acuerdo de voluntades para ello. Decir lo contrario, sería reconocer que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes podría tener efectos vinculantes frente a terceros. Esta sería una respuesta inicial de tipo teórico o doctrinario, reconociendo también que en esta visión, si se quiere, conservadora de las funciones y atribuciones de un árbitro también debe quedar incluida la necesidad, si no ya la obligación que los tribunales del orden común, oficiales o Estatales, cooperen con los tribunales arbitrales cuando éstos necesitan hacer valer alguna resolución frente a terceros, ya sea decretándolas en su caso, o simplemente tramitando el apoyo necesario si fuera ese otro el caso. Pero busquemos ahora algunas respuestas de tipo normativo en legislación vigente. Guatemala, dado que sigue de cerca el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI, permite que los árbitros decreten u ordenen medidas o providencias cautelares frente a las partes del proceso arbitral. Pero si dichas partes no cumplen voluntariamente con las mismas, o si esas providencias cautelares deben requerirse en cuanto a su cumplimiento, a terceros ajenos al proceso arbitral, entonces la Ley de Arbitraje guatemalteca requiere que los árbitros pidan la asistencia o auxilio judicial, el que debe ser tramitado de conformidad con el artículo 9 de la misma ley¹⁹. Debemos notar que en nuestra legislación vigente, no se contemplan o regulan medidas anticipatorias, de manera diferenciada o distinta a las medidas precautorias o cautelares. En el caso de la

¹⁹ El artículo 22 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, bajo el epígrafe de “Facultades del Tribunal Arbitral de Ordenar Providencias Cautelares” regula lo descrito en el texto del cual deriva esta nota.

legislación costarricense, a manera de seguir con algún grado comparativo como el contenido al inicio de este trabajo, es muy interesante notar que la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos Y Promoción de la Paz Social (Decreto 7727) no contempla, al menos expresamente, ni siquiera la facultad que el tribunal arbitral o el árbitro, en su caso, decreta medidas cautelares, aún y cuando se trate de aquellas que las mismas partes del arbitraje deban cumplir, no digamos, aquellas que podrían estar dirigidas a terceros ajenos al proceso arbitral.²⁰ Respecto a la ley Hondureña, titulada “Ley de Conciliación y Arbitraje” contenida en el Decreto 161-2000 del Congreso Nacional, no existe una norma expresa o dedicada específicamente al tema de las medidas cautelares o precautorias como en el caso de las dos legislaciones anteriormente comentadas. Únicamente se hace alusión al tema de estas medidas en el artículo 41, último párrafo²¹, determinándose que el hecho de solicitar medidas cautelares antes o durante el proceso arbitral, ante las autoridades judiciales competentes, no se entiende como renuncia tácita al arbitraje o el acuerdo arbitral. Ello comprueba entonces que en Honduras se sigue un criterio más cercano o igual que el adoptado por Costa Rica. El caso de El Salvador es interesante, dado que, aunque el tema de medidas cautelares está previsto en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (Decreto 914 del año 2002) de la misma manera que en Honduras, es decir, dentro del tema sobre la renuncia al arbitraje, la redacción aclaratoria de cuándo no se considera que hay renuncia tácita al mismo, tiene una adición, comparada con el texto legal hondureño que, en nuestra opinión, puede entenderse como la posibilidad que algún otro órgano que no sea una autoridad judicial competente, podría haber ordenado una medida cautelar, y sea dicha autoridad judicial competente, en el ejercicio de su *ius imperium* quien ordene o conceda el cumplimiento de las mismas²². Finalmente, el caso de Nicaragua, quien, estrena su nuevo ordenamiento jurídico en

²⁰ El artículo 52 de la citada ley, prescribe lo siguiente: “*En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral.*”

²¹ Artículo 41. De la Renuncia al Arbitraje: ... 1), ...2)... 3)... No se considera renuncia tácita al arbitraje el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.

²² Artículo 32, último párrafo: “La renuncia al arbitraje se regirá por los siguientes principios: a)... b)... c)... . No se considera renuncia tácita el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias **o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas**” (el énfasis es nuestro).

materia de MARC a partir del 24 de agosto de 2005, es decir 60 días después de haberse publicado muy recientemente la Ley No. 540, que contiene la “Ley de Mediación y Arbitraje”, contiene una norma, en su artículo 43 que quizás es la más decidida en la región centroamericana en cuanto a otorgar más amplias facultades al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, inclusive frente a terceros, pero dejando a salvo como máxima autoridad en esta materia a los tribunales judiciales o comunes, pues estos últimos pueden revocar o dejar sin efecto esas medidas.²³

CAPITULO 4.- COMENTARIOS A INICIATIVA DE LEY SOBRE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE EL TEMA DE MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPATORIAS.

Esta iniciativa, que contiene una breve exposición, fue preparada a finales del año 2004, como parte de un “paquete” de reformas legales que pretendían las máximas autoridades judiciales del país, para, en algunos casos, agilizar procedimientos y en otros, modernizar los mismos. Por ende, en esta iniciativa que comentaremos muy breve y selectivamente, la visión de quienes recibieron el encargo de prepararla, era sustituir totalmente el sistema legal vigente en Guatemala aplicable al arbitraje, pero en realidad, sustituyéndolo con una ley muy parecida a la vigente Ley de Arbitraje (Decreto 67-95), salvo cuatro aspectos de notoria diferencia que podríamos resumir así: a) regulación y control de los centros dedicados a la administración de mediaciones, conciliaciones o arbitrajes; b) inclusión, por primera vez, de la NEGOCIACIÓN como un método alternativo de solución de conflictos, dedicándole varias normas a ella; c) regulación más a fondo, de la conciliación y la diferenciación e inclusión, también, por vez primera, de la MEDIACIÓN, creando una supuesta diferenciación entre ésta y la conciliación; y d) finalmente, y no obstante la observación anterior que en materia de arbitraje, se deja en forma muy similar lo

²³ Artículo 43. Facultades del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares.: *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral a petición de cualquiera de ellas, podrá ordenar la adopción de medidas cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. Asimismo, el tribunal arbitral podrá solicitar de cualquiera de las partes una garantía apropiada en relación con esas medidas. Las autoridades o dependencias públicas así como las particulares a quienes el tribunal arbitral les solicite realizar algún tipo de acto o tomar algún tipo de medida para materializar la medida provisional cautelar, cumplirán con lo solicitado hasta tanto no reciban petición en contrario de dicho tribunal arbitral o una orden de un tribunal de la justicia ordinaria que disponga otra cosa.*”

contenido en el Decreto 67-95, SALVO algunos pequeños detalles que no cambian su esencia de todas formas, Y UN CAMBIO SIGNIFICATIVO: el de equiparar plenamente a los árbitros con los jueces y otorgarles plenas facultades o poderes, con su impronta de *ius imperium* ante cualquier parte o persona, para poder otorgar cualquier medida cautelar, y también, medidas anticipatorias, prestando este concepto los autores de la iniciativa, según su propia y breve exposición de motivos, de la legislación italiana, como ya se había expresado anteriormente. Solo al último tema identificado con el literal “d” anterior, nos dedicaremos de ahora en adelante. Lo primero que consideramos importante mencionar, citando textualmente la exposición de motivos, es el concepto siguiente: *“Es importante señalar que en la ley, con fundamento en lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se resalta que los tribunales de arbitraje tienen la misma jerarquía que los tribunales ordinarios con lo cual se deja claro su potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado así como de decretar providencias cautelares y las nuevas medidas anticipatorias, institución de tradición italiana que se incorpora a la legislación guatemalteca para hacer más eficaz la acción de los tribunales de arbitraje. Estas modernas instituciones colocan el proceso arbitral guatemalteco a la vanguardia internacional y permitirán que el mismo cumpla su finalidad de mejor forma (sic).”* Debemos aclarar que aunque la redacción de este texto pareciera referirse a una ley aprobada y vigente, en realidad se trata del anteproyecto, como es obvio. El texto constitucional completo del artículo 203 ha quedado citado en el pie de página número 4 de este trabajo. Juzgue, por favor, estimable lector, en qué parte de ese texto constitucional *se resalta que los tribunales de arbitraje tienen la misma jerarquía que los tribunales ordinarios, con lo cual se deja claro su potestad*, es decir, la de los tribunales de arbitraje, *de juzgar y ejecutar lo juzgado, **así como de decretar providencias cautelares....*** Ya dijimos, en el capítulo 1, que el fundamento o basamento constitucional en Guatemala, para utilizar, como derecho humano individual, los métodos alternativos de solución de conflictos, no tiene un reconocimiento expreso o puntual, pero sí tácito, derivado del artículo 44 de nuestra Constitución y derivado también de la tradición que ya puede marcarse, en nuestra región y en otros países y su historia, que éste efectivamente es un derecho humano individual, extensivo también a personas jurídicas como cualquier otro derecho fundamental que puede ser invocado por tales

personas jurídicas. Por ende, creemos que no es necesario recurrir al artículo 203 citado, para asegurar la viabilidad constitucional. En todo caso, el artículo 203, únicamente en cuanto a su tercer párrafo, complementaría y sustentaría la idea que los tribunales arbitrales pueden ejercer jurisdicción por estar reconocidos en ley. Pero ya, de ahí a decir que este artículo 203 constitucional equipara plenamente a los tribunales de arbitraje con los tribunales oficiales o públicos y que además les da facultades de decretar providencias cautelares, nos parece que se requiere de una gran capacidad para leer semejantes facultades, entre líneas. Y pasando ya al texto del anteproyecto, nos limitaremos a citar únicamente un artículo, por razones de espacio, que ya se acaba, y luego haremos un comentario general de dicha iniciativa. El artículo que queremos transcribir es el tres, en su segundo párrafo, que dice: “*Los tribunales de arbitraje que se establecen conforme la presente ley, se consideran de la misma jerarquía e inmunidades que los tribunales de jurisdicción ordinaria por consiguiente están facultados para decretar toda clase de providencias cautelares, medidas anticipatorias y otras resoluciones, así como para ejecutar lo juzgado* (Los énfasis son propios). ” Es muy importante comentar que, en la Ley de Arbitraje vigente en Guatemala, los únicos casos taxativamente normados en que se requiere apoyo o auxilio judicial, son: a) nombramiento de un árbitro cuando una de las partes se niega a hacerlo; b) determinación final en caso de recusación de un árbitro ya nombrado; c) revisión sobre la decisión de declaratoria de competencia que haga el mismo tribunal arbitral, bajo la facultad que éste tiene de decidir sobre aspectos de su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*); d) resolución sobre medidas cautelares que deban cumplir coactivamente las partes del proceso arbitral o terceros ajenos al proceso; y e) asistencia para la tramitación de pruebas, cuando fuera necesario. Por supuesto, ya en otra forma, también intervienen tribunales del sistema judicial si se impugna el laudo o si se pide su ejecución forzosa. Hacemos esta aclaración, pues es muy importante resaltar que en el anteproyecto de ley, no obstante lo que se pretende disponer con el artículo 3, segundo párrafo, en lo único que se elimina la asistencia judicial en dicho anteproyecto, es precisamente, en permitir que los tribunales arbitrales decreten toda clase de medidas precautorias o cautelares, y anticipatorias, sin necesidad de intervención judicial alguna y con plenos poderes vinculantes para cualquier persona. En todo lo demás, queda exactamente igual que en la legislación vigente, inclusive para la ejecución del laudo, que

a la fecha requiere intervención judicial directa, no obstante que pareciera insinuar el artículo 3 del anteproyecto que se otorga facultad a los tribunales de arbitraje de ejecutar sus propios laudos. Esto denota, en nuestra opinión, que quienes prepararon el anteproyecto que venimos comentando, tenían una fijación especial en el tema de medidas cautelares. Si fuera sustentable, sin cuestionamiento alguno, que los tribunales de arbitraje realmente se equiparan en funciones, atribuciones e inclusive, en inmunidades, a los tribunales que forman parte del Organismo Judicial, la pregunta entonces es ¿por qué los redactores del anteproyecto no fueron plenamente consistentes, y eliminaron entonces toda necesidad de intervención judicial en los procedimientos arbitrales, incluyendo la ejecución de los laudos, que lo enunciaron, pero no lo contemplaron? Trataremos de dar, al menos nuestra respuesta, en el capítulo final que contiene la conclusión de este trabajo.

CAPITULO 5.- CONCLUSIÓN.

Basándonos en todo lo expuesto y comentado hasta ahora, creemos que no es pertinente seguir el criterio adoptado en el anteproyecto de ley que se ha preparado en Guatemala. Por muchos motivos, entre ellos, especialmente las diferencias que hemos resaltado entre árbitros y jueces. Simplemente no vemos viable, ni constitucional ni legalmente, que se pretenda equiparar plenamente a los mismos, en cuanto a funciones, atribuciones, facultades, obligaciones y privilegios o inmunidades. ¿Podríamos pensar realmente que un árbitro tenga derecho de antejuicio? ¿O que deba hacer una carrera “arbitral” (por no poderla llamar judicial) sujeta a controles de desempeño, y eventuales sanciones? ¿cómo compatibilizar todo eso, con el carácter temporal y extraordinario de las funciones de un árbitro? Todas estas respuestas, a la luz de la legislación guatemalteca al menos, particularmente a la luz de la Ley de la Carrera Judicial comentada, serían negativas en nuestra opinión. Más bien, imposibles de pensar tan siquiera. Reiteramos que el fundamento constitucional que debe darse al derecho de utilizar métodos alternativos de solución de conflictos, como lo hacen muchos países, es el que consiste en un derecho humano individual o un derecho fundamental. No debemos por ende, cimentarlo en artículos como el 203 de la Constitución Guatemalteca, que no persigue ese fin. Como mucho, este artículo tiene un efecto complementario e integrador. Si queremos lograr que

avance un poco más la utilización, concretamente, del arbitraje, reconociendo mayores facultades y autonomía a los árbitros en materia de medidas o providencias cautelares o provisionales, en todo caso se podría seguir la modalidad adoptada por la legislación nicaragüense, que es más reservada, no pretende equiparar a los árbitros con los jueces en cuanto al ejercicio del *ius imperium* que estos últimos tienen frente a la ciudadanía o las personas en general, ni llega al extremo de afirmar que los árbitros pueden ejecutar sus propios laudos arbitrales. Es cierto que hemos podido observar, como se dijo antes, un debate interesante en cuanto a conceder mayores y más eficaces atribuciones a los árbitros en esta importante y a la vez, delicada materia. Pero en el afán de lograr ese propósito, creemos que no se debe caer más bien en graves despropósitos. Pareciera que en el caso de la propuesta contenida en el anteproyecto trabajado en Guatemala, casi pudiera decirse que hay una obsesión por otorgar el *ius imperium* a los árbitros en materia de medidas cautelares y otras medidas, como las llamadas anticipatorias, y esto, refleja algo más de fondo y quizás preocupante. Refleja una práctica forense, que no siempre es deseable, a nivel de la administración de justicia en general, en juicios prolongados, formalistas y que generalmente no resuelven el fondo del asunto, el tratar de obtener en los albores de los litigios, medidas cautelares o provisionales que, dictadas u ordenadas irreflexiva o abusivamente, o solicitadas inconscientemente, puedan convertirse en cuasi-sentencias, con el fin de forzar a soluciones transadas entre las partes, en especial, aquella que se ve afectada por tales medidas sin poderlas revocar o sustituir al menos, de manera eficaz. Y todo eso, pareciera que con estas propuestas como la contenida en el anteproyecto de ley comentado, se quisiera también trasladar al arbitraje, cuando este no es ni debe ser lento, formalista o solemne ni quedarse en la búsqueda de la verdad formal. Cerramos entonces con dos reflexiones: una al gremio de abogados, de no fomentar una práctica que no tiende a reforzar el concepto de una verdadera administración de justicia, al querer ganar los juicios, sean arbitrales o no, con cuasi-laudos o cuasi-sentencias; y la segunda, a quienes tienen a su cargo la administración de justicia, para que precisamente no provoquen este tipo de prácticas, al no resolver, de manera pronta y cumplida, los casos que se les encomiendan.
