



Revista de
Derecho
Privado

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES
ARBITRALES EN COLOMBIA**

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA
CHRISTIAN CAMILO GÓMEZ GÓMEZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.16>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Rev. derecho priv. No. 56
julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia

Resumen

De la investigación realizada surgieron preguntas como: ¿Puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una ley?, ¿La declaración de inconstitucionalidad puede invocarse en otros casos arbitrales?, ¿La función del control de constitucionalidad está en cabeza de los jueces constitucionales y no puede ser competencia de los árbitros? Para responder a estos interrogantes fue preciso estudiar cómo ha sido el desarrollo de esta figura procesal en Colombia y en algunos países del mundo, y por sencillo que parezca lo cierto es que es necesario tener claras las cargas del árbitro que, aunque de forma excepcional y transitoria tiene jurisdicción y competencia, su función guarda directa relación con lo que se conoce dentro del desarrollo jurisprudencial, de lo que significa una verdadera tutela jurisdiccional efectiva en el arbitraje colombiano.

Palabras clave: arbitraje, inconstitucionalidad, control de constitucionalidad, tribunales de arbitramento.

Constitutional review by arbitration courts in Colombia

Abstract

Some questions to answer: Can an arbitrator declare a law unconstitutional? Can this declaration of unconstitutionality be applied in other arbitration cases? Can constitutionality control be carried out by arbitrators or only by constitutional judges? It was necessary to study how procedural figure has been developed in Colombia and other countries.

It seems to be a simple answer, but the truth is that it is necessary to clearly explain the arbitrator's duty that exceptionally and temporarily has jurisdiction and competence. The arbitrator's function is directly related to jurisprudential development and to what is known as effective judicial protection in Colombian arbitration.

Keywords: arbitration, unconstitutionality, constitutionality control, Arbitration Courts.

Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia*

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA**
CHRISTIAN CAMILO GÓMEZ GÓMEZ***

SUMARIO

Introducción – I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD – A. *Constitución y supremacía constitucional* – B. *¿Qué es el control de constitucionalidad* – C. *Control de constitucionalidad en Colombia ¿modelo difuso o mixto?* – D. *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional* – II. ARBITRAJE – A. *Concepto* – B. *La potestad jurisdiccional del árbitro* – C. *Naturaleza jurídica* – 1. *Teoría contractualista* – 2. *Teoría jurisdiccionalista* – 3. *Teoría mixta* – D. *Constitucionalización del arbitraje: recepción en América Latina* – III. REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN PERÚ – IV. REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN ARGENTINA – V. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN COLOMBIA – A. *Competencia del árbitro para declarar la inconstitucionalidad de una ley* – VI. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Reyes Sinisterra, C. C. y Gómez Gómez, C. C. (Diciembre, 2016). Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.16>

Estudio producto del proyecto de investigación “Incidencias del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia”.

** Abogada de la Universidad Libre, seccional Cúcuta. Especialista en derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia. MSc en derecho procesal contemporáneo, Universidad de Medellín. Candidata a especialista en derecho comercial, Universidad Externado de Colombia. Docente de Derecho Comercial General, títulos valores. Asesora y consultora empresarial. Jefe del Área de Derecho Privado de la Universidad Libre de Cúcuta. Correo: cindy.reyes@unilibrecucuta.edu.co

*** Ganador tercer lugar Concurso Nacional de Derecho Comercial, organizado por la Universidad Externado de Colombia y el Colegio de Abogados de Medellín. Auxiliar de investigación del proyecto “Implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia”. Contacto: christian.gomez@unilibrecucuta.edu.co

Resultaría una contradicción imponer a los árbitros que fallen conforme a derecho, pero impedirles aplicar la propia Constitución.

Los autores

Introducción

Colombia es un país, por así decirlo, principiante en temas de arbitraje, dados los escasos cinco años de vigencia de la Ley 1563 de 2012, o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Sin embargo, dicha norma se ha constituido en uno de los mecanismos de solución alternativa más solicitados al momento de procesar, debido a las ventajas que ofrecen el arbitraje, su especialidad, rapidez y eficacia. No obstante, nunca ha existido un precedente que permita inferir que el árbitro es también un juez constitucional y pueda atribuírsele la competencia de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Es preciso aclarar que el proceso arbitral no aparece en Colombia con este Estatuto, por cuanto desde tiempo atrás la figura, incluso desde un margen constitucional, ya estaba habilitada, pero esta norma sí es un primer intento de adecuar el arbitraje a la tendencia internacional.

I. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Para abordar este tema es necesario precisar algunas nociones sobre lo que es una Constitución, y lo que significa el principio de supremacía constitucional, pues solo se puede hacer referencia al control de constitucionalidad

aplicando la Constitución como una norma jurídica vinculante para todo el aparato estatal, y es con esta herramienta procesal como se puede garantizar el mantenimiento de la democracia, ya que la Constitución viva y efectiva es la que posibilita el cumplimiento de todos los derechos

A. Constitución y supremacía constitucional

Siempre se ha explicado que las Constituciones son el producto de “revoluciones constitucionales”. Así lo afirma Valencia Villa (2010), en su obra *Cartas de batalla*.

Pero ¿qué es una Constitución? Para responder a ello se acude a Ferrajoli, quien aporta una noción estructural y axiológica. Según este autor “Constitución” es el estatuto de una institución política consistente en un conjunto de normas sobre la producción, dotadas de algún grado de efectividad, cuyo acto constitutivo es el acto constituyente y que, en democracia, tiene: a) como normas de reconocimiento de la esfera pública, la división de poderes, la representatividad política de las funciones de los gobiernos a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía; b) como normas de reconocimiento de la esfera privada, la producción, por obra del ejercicio de los derechos civiles, de las situaciones disponibles a ella pertenecientes; y c) como razón social, la garantía de los derechos de libertad y derechos sociales estipulados como vitales para sus normas sustantivas (Ferrajoli, 2007).

Precisado el concepto de lo que es una Constitución, haciendo referencia a tres niveles se abordará lo que es el principio de supremacía constitucional.

La supremacía constitucional podría definirse como la base del control de constitucionalidad, de acuerdo con el cual la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que establece las reglas, principios y valores que someten al resto de ese ordenamiento jurídico (Quinche Ramírez, 2014).

En Colombia se materializa en el artículo 4 de la Constitución Política de 1991, condicionando la posibilidad de aplicación normativa de toda la Constitución, del control de constitucionalidad, de la primacía de los derechos fundamentales, de la concreción del Estado social de derecho y de la vigencia del Estado constitucional democrático (Quinche Ramírez, 2014).

B. ¿Qué es el control de constitucionalidad?

Al principio de este documento se aclaró la importancia del control de constitucionalidad como herramienta procesal para asegurar la efectividad de los derechos establecidos en las Constituciones, ahora es necesario estudiar algunas nociones de lo que se puede entender por control de constitucionalidad.

Control: es comprobación, inspección, fiscalización, intervención. Controlar es someter algo a la revisión de alguien, a efectos de que ese

algo cumpla la verdadera finalidad para la que fue creado.

El control de constitucionalidad es, por lo tanto, el sometimiento de la normatividad específica a la norma general que es la Constitución, a fin de que aquella se enmarque dentro de los parámetros consagrados por esta, tanto en su forma como en su contenido (Reyes Blanco, 2007).

También podría definirse como una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales, ya que es un mecanismo contra mayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno (Bernal Pulido, 2005).

Quinche Ramírez (2014) define al control de constitucionalidad como el conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar el carácter normativo de esta, a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales de las personas dentro de un Estado, así como a permitir la realización de las reglas, principios y valores e instituciones propias del Estado constitucional democrático.

C. Control de constitucionalidad en Colombia ¿modelo difuso o mixto?

Analizar la figura del control de constitucionalidad en Colombia permite evidenciar los límites y alcances que esta posee, por ejemplo (Calde-

rón Ortega, 2014). Es por ello que este capítulo será de gran ayuda para responder algunos interrogantes planteados al principio de este escrito.

El órgano o los órganos a quienes se les encarga el control de constitucionalidad jurisdiccional, evidencia el modelo de control que ha sido adoptado. Siempre se ha hecho la distinción entre un control difuso de origen norteamericano y un control concentrado de origen europeo, sin embargo se podría afirmar que en América Latina estos modelos han sufrido parcialmente algunos cambios, hasta el punto de decir que se ha creado un tercero, conocido como modelo mixto de control de constitucionalidad. Para el caso que nos ocupa, el colombiano, la Corte Constitucional habla de la articulación de un modelo mixto, señalando puntualmente que “el sistema de control adoptado en Colombia es mixto en la medida en que combina elementos del sistema difuso y del sistema concentrado” (CConst., Auto 071/2001, M. J. Cepeda).

El control difuso de constitucionalidad, como se dijo, es de origen norteamericano y dispone que la defensa y el control de la Constitución corre a cargo de todos los despachos judiciales, sin importar su jerarquía en el sistema, es decir, todos fiscalizan la vigencia de la Constitución. Este sistema, en referencia a su recepción, en América del Sur según advierte Gozaini (2006) sufre un desajuste metodológico, ya que en estos países opera un sistema judicial articulado de modo diverso, y sobre todo, con un juez distinto, en el que desafortunadamente perviven concepciones arcaicas y resabia-

das del positivismo jurídico, que se creen inmutables.

El segundo modelo, el control difuso de constitucionalidad, tiene su origen en Europa. En este, el control lo realiza un único órgano especializado, al que se denomina tribunal constitucional. Jur una noción de esta institución, al señalar que “un tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos” (1994, p. 13).

Por lo que se puede concluir que en Colombia, el control de constitucionalidad se perfila con características de ambos, lo que lo hace un híbrido, o como lo ha llamado el tribunal constitucional, un control mixto de constitucionalidad.

D. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional

En Colombia, con la Constitución de 1991 surgió una nueva generación para el constitucionalismo y otras figuras relacionadas con el derecho (Sinisterra, 2013). El sistema constitucional sufrió una profunda modificación en lo que tiene que ver con el control constitucional; se creó un tribunal específico responsable de la guarda, protección y cumplimiento de la Constitución: la Corte Constitucional. Además, se abrió paso a la posibilidad de que particulares puedan administrar justicia, figura que

se estudiará y compaginará con el control de constitucionalidad más adelante, concretamente en el caso de los árbitros. Sin embargo, como punto de partida se debe hacer una distinción entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional.

Inicialmente, Gozaini (2006) refiere que la justicia constitucional atiende al valor de la decisión judicial, mientras que la jurisdicción remite al órgano que resuelve. Más precisamente, la jurisdicción constitucional es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales, mientras que la justicia constitucional se refiere a la fuerza normativa de la Constitución, relacionada con las técnicas de defensa que permiten asegurar su integridad y supremacía.

II. ARBITRAJE

Esta figura procesal adquiere cada día mayor relevancia, como puede incluso observarse en estudios sobre consumo (Sinisterra, 2016b). Y es de esperarse, debido a las tendencias de la globalización, que los sistemas jurídicos de los países adopten este medio de solución alternativa al proceso, especialmente en temas comerciales, donde las fronteras no presuponen un obstáculo en el arbitraje sino que, por el contrario, incentivan su uso, haciendo necesario un desarrollo positivo en materia de arbitraje comercial nacional e internacional.

A. Concepto

El arbitraje, en lenguaje común, evoca la facultad de arbitrar, presumiendo el garantizar el cumplimiento de unas reglas preestablecidas para la resolución de diferencias entre dos o más personas. En palabras de Fraga Pittaluga:

El arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero, denominado árbitro, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses, que recae sobre materias de libre disposición mediante un auto definitivo, denominado laudo, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico. (2000, pp. 29-30).

B. La potestad jurisdiccional del árbitro

Este punto se enfoca en los parámetros que el maestro Couture (1981) ha dado. Para este autor, la jurisdicción es la función mediante la cual se determina el derecho de las partes con acto de juicio, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.

De esta definición se desprenden tres importantes elementos: la litis, la cosa juzgada y la ejecución, necesarios de analizar en el proceso arbitral para poder deducir si en verdad el árbitro posee jurisdicción, incluso cuando existen vacíos tan importantes como los que respecto de las medidas cautelares se presentan, por ejemplo, en este tema (Sinisterra, 2016a).

En primer lugar, la litis. Es imposible negar el hecho de que sería ilógico acudir a un método de resolución de controversias sin que haya una cuestión litigiosa que lo justifique. En palabras de Fragga Pittaluga (2000), el conflicto de intereses intersubjetivos es presupuesto indispensable para la existencia del arbitraje.

En segundo lugar, la cosa juzgada. El maestro Couture habla de este concepto como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial, cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla” (1981, p. 327). Analizando esta definición en el contexto del arbitraje, se puede deducir que el final de la controversia se declara mediante un laudo y no una sentencia, pero este laudo tiene características de definitivo e irrevocable. Se podría afirmar entonces que los efectos procesales del laudo no son otros sino los de cosa juzgada.

En tercer lugar, la ejecución. Queda claro que al haber un sometimiento de las partes al arbitraje, con base en su acuerdo de voluntades, están sujetas a obedecer forzosamente la decisión que emana del laudo arbitral, pues de otra manera no tendría sentido someterse a un método cuya solución no puede ser eficazmente practicada.

De la definición que se plantea sobre la jurisdicción se puede inferir que el árbitro administra justicia. No obstante, muchos teóricos del derecho procesal sostienen que la jurisdicción es una función monopólica del Estado, hasta el punto de concebirla como un deber exclusivo de este. Sin embargo, el arbitraje ha venido

relegando esta posición; su esencia heterocompositiva, el carácter imparcial del tercero interventor y el efecto de cosa juzgada que produce han permitido que se hable de su carácter jurisdiccional, debido a que si entendemos la concepción de jurisdicción como una forma de resolver la controversia, no tendría sentido que el Estado fuera el único posibilitado para ejercerla, pues no se puede negar que los árbitros resuelven un conflicto jurídico intersubjetivo.

Pero si, por el contrario, se cree que la jurisdicción se trata de un poder coactivo, y sabiendo que la coacción es una potestad que solo puede ser ejercida por el Estado, se concluiría que los árbitros carecen de potestad jurisdiccional. A los efectos de esta investigación se acoge la primera definición, por considerar que la jurisdicción es la función de dirimir una controversia jurídica con fuerza definitiva y vinculante para las partes en conflicto. Ello con base en que es evidente que el sometimiento a la voluntad del árbitro excluye a las partes de la jurisdicción ordinaria, y es el árbitro quien por sí mismo tiene que ejercer la potestad jurisdiccional.

Siguiendo estos pensamientos se diría, entonces, que el fundamento del arbitraje se da por la misma concepción de la ley, al ser esta quien faculta a los árbitros para administrar justicia transitoriamente. Sin embargo, la concepción que se adopta en esta investigación es contraria a dicha idea. No se puede desconocer que el arbitraje se origina en el acuerdo de voluntades de las partes, y son estas las que en virtud de un compromiso o cláusula compromisoria deciden acudir a este medio alternativo de re-

solución de controversias, con el fin de solucionar sus conflictos sin acudir al aparato estatal.

Aunque el arbitraje nazca de la voluntad de las partes a través de la cláusula compromisoria o el compromiso, no es un contrato sino una institución, pues como afirman Chillón y Merino:

Tiene fines de vida y medios de acción superiores en poder y duración a los individuos que los componen [pues se trata] de un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares. (1991, p. 102).

Entonces, se puede afirmar que el fundamento principal del arbitraje se da por el derecho natural de las personas de resolver sus controversias sin la injerencia del Estado. En la antigüedad ya se hablaba del arbitraje como un medio natural para la resolución de conflictos entre individuos de un mismo grupo familiar o social, donde el jefe de la familia o los mayores de la tribu eran los encargados de hacer justicia (Tweeddale & Tweeddale, 1999).

Es posible concluir, pues, que la regulación de las conductas humanas no necesariamente debe implicar la existencia de una autoridad. Como afirma Ferrer Correia, con el arbitraje el Estado admite no ejercer un “monopolio jurisdiccional absoluto” por las ventajas que este tiene, pues se trata de un “modo de administrar justicia, una forma privada de resolver los conflictos de intereses entre los ciudadanos y

de realizar la paz social” (1984, p. 80). Esta postura se afirma en palabras del maestro Chiovenda, para quien el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia ni delegada, no actúa ni obra solo por voluntad de la ley, sus facultades se derivan de la voluntad de las partes expresadas en conformidad a la ley, su decisión es irrevocable por voluntad de las partes pero no es ejecutiva, el Estado lo convierte en tal mediante un acto de un órgano jurisdiccional; con esto el laudo ya ejecutivo es equiparado al acto jurisdiccional (1977, pp. 194-195). Se podría concluir entonces que el derecho es en sí mismo una creación voluntaria del hombre para la autorregulación.

El árbitro no dirime la controversia en un litigio por disposición del Estado, sino porque los particulares le han concedido esta particular función, al nombrarlo mediante el convenio arbitral como aquel tercero imparcial que ha de juzgar la controversia (De Pina & Larrañaga, 1982).

C. Naturaleza jurídica

Según la doctrina son tres las corrientes que estudian la naturaleza jurídica del arbitraje:

1. Teoría contractualista

Considera que el arbitraje, al nacer de la voluntad de las partes, tiene un origen eminentemente consensual, lo cual permite que surja esta institución jurídica y por lo tanto llegue a desarrollarse.

Así mismo, afirma que en el arbitraje no existe de manera alguna el ejercicio de la función jurisdiccional, por cuanto los árbitros no disponen en sí de dicha potestad, que está en cabeza exclusiva de los tribunales de justicia.

Se basa en que, sin duda alguna, los árbitros administran justicia cuando emiten laudos arbitrales, sin embargo esos laudos pueden ser revocados posteriormente por un tribunal (Asencios Saenz, 2009).

2. Teoría jurisdiccionalista

Para esta corriente el arbitraje es en sí una institución de naturaleza jurisdiccional, debido a que, si bien es cierto los árbitros ejercen su función como tal porque las partes así lo han expresamente convenido en la cláusula arbitral, no menos cierto es que ejercen dicha función jurisdiccional porque así lo establece la ley, y por tanto es la propia ley la que le confiere al laudo arbitral los mismos efectos de una sentencia proferida por un tribunal de justicia (Asencios Saenz, 2009).

3. Teoría mixta

Entiende el arbitraje como una institución jurídica en su origen de naturaleza contractual, consensual, sin embargo eminentemente jurisdiccional en sus efectos, es por ello que sostiene que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional (Asencios Saenz, 2009).

Desde la década pasada, el mundo ha contemplado cómo el arbitraje ha dejado de ser un tema privativo de ciertos Estados, y cómo muchos países, incluidos aquellos proverbialmente reticentes a esta institución, están adoptando modernas legislaciones e incorporándose a importantes convenios internacionales sobre la materia. El éxito del arbitraje ha de medirse en que constituye un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos, en especial de los que se generan del intercambio comercial internacional. Curiosamente, a pesar de su importancia como método para resolver las controversias, y de haber sido sancionado por el Estado, el mecanismo del arbitraje se había mantenido hasta tiempos recientes fuera del punto de mira del derecho constitucional.¹ A lo largo de muchos años la investigación y profundización académica sobre el arbitraje comercial en América Latina se ha centralizado en los textos legislativos adoptados por las diferentes asambleas o cámaras de diputados, y en la comprobación de cómo dichas cámaras incorporan la legislación internacional producida por organismos de carácter global o regional.

D. Constitucionalización del arbitraje: recepción en América Latina

1. Aunque desde la perspectiva estadounidense, uno de los más importantes y recientes estudios de síntesis se debe a Peter B. Rutledge. (2012). *Arbitration and Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.

Actualmente casi todos los textos constitucionales latinoamericanos contienen disposiciones propicias al arbitraje, algunas de ellas resueltamente apreciables, y otras, aunque en modo indirecto, a través del reenvío que sus normas efectúan a los tratados internacionales. Indudablemente, el impresionante desarrollo del arbitraje se debe a dos instrumentos básicos: la Ley Modelo de la CNUDMI² sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) de 1958.

No obstante, en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto la importancia de las investigaciones en torno al impacto del derecho constitucional en la eficacia de la regulación nacional e internacional del arbitraje (Fernández Rozas, 2007).

Al margen de construcciones doctrinales, algunas de gran enjundia (Heller, 2000), puede afirmarse que la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno genuinamente latinoamericano, que se ha producido o por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales, o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una opción constitucional (CConst., C-836/2001, R. Escobar).

La constitucionalización del arbitraje solo puede ser vista como un fenómeno positivo, en

la medida en que las normas y los principios constitucionales sobre el particular se entiendan como meras guías de carácter político y no como normas supremas que puedan entrar en conflicto con otras de carácter infraconstitucional, como las normas especiales de arbitraje, o supraconstitucional, como los tratados internacionales sobre la materia (De Jesús, 2007).

La inserción del arbitraje en el tratamiento constitucional latinoamericano ha sido factible a partir de la confluencia de dos factores, principalmente. Por una parte, la constitucionalización del arbitraje, y por otra, el ascendiente del constitucionalismo en ese proceso. Desde una dimensión comparativa, la constitucionalización del arbitraje es un fenómeno casi específicamente latinoamericano, que se ha generado a través de la inserción de disposiciones concretas sobre la materia en los textos constitucionales, o por el reconocimiento vía jurisprudencial del arbitraje como una alternativa constitucional (Silva Romero, 2007).

III. REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN PERÚ

Esta controversia se ha suscitado especialmente en Perú, siendo expresiva de esta corriente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de septiembre de 2011 (Soc. Minera de Responsabilidad Ltda.), que extendió expresa-

2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

mente esa facultad a los tribunales arbitrales, argumentando que el arbitraje constituye una manifestación de la función jurisdiccional del Estado y, como consecuencia de tal reconocimiento, comparte la potestad de los órganos jurisdiccionales de hacer uso del control difuso (Rivarola Reisz, 2006). Y tras esta afirmación, el Tribunal establece algunas reglas para la aplicación del control difuso por parte de los tribunales arbitrales, que en realidad no es otra cosa que reiterar los mismos criterios previstos a nivel normativo y en su jurisprudencia respecto al tema.³ En consecuencia y como regla general en este preciso sistema, si en el marco del ejercicio de sus funciones los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, tendrán el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución.

La discusión tuvo un eco importante en Perú. El abogado Jorge Santistevan de Noriega, si bien al principio se declaraba “reacio” a la idea del control difuso en manos de los árbitros, entendió que “conforme a la evolución reciente

de la interpretación constitucional debe reconocerse la facultad de los árbitros para aplicar, *mutatis mutandi*, reglas similares a las que el TC ha determinado para el ejercicio del control difuso” (2007, p. 42).

IV. REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN ARGENTINA

En Argentina una de las primeras decisiones surgió del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, de gran prestigio en el medio. Resolvió el Tribunal que dentro del marco de la jurisdicción arbitral no se halla excluida la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos.⁴

Más adelante, uno de los órganos del mismo Tribunal Arbitral dictó otra resolución en la que decidió que puede plantearse la inconstitucionalidad de las normas, y el tribunal tiene competencia para resolver tal punto. Concretamente ha dicho:

3. En tal sentido, su fundamento 26 establece: “El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes” (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>). Este razonamiento ha sido reforzado con posterioridad al declarar el mismo Tribunal Constitucional improcedente la demanda interpuesta por Inversiones y Proyectos Álamo contra el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en que solicitaba dejar sin efecto e inaplicable un laudo arbitral que ordenó otorgar escritura pública de un contrato de compraventa a futuro, que a su entender era violatorio de sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

4. Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19.3.02, CIERP SA c/ Grinbank, Daniel Ernesto s/ resolución contractual, ED 198-464.

No existe óbice alguno para que un Tribunal Arbitral se expida sobre la validez constitucional de una normativa pues no es ese el objeto de la controversia sino la relación sustancial, que configura un caso, de carácter eminentemente privado, que le da origen al desarrollo de este proceso, en donde como consecuencia natural, este como cualquier otro tribunal que posea jurisdicción, puede expedirse, aun de oficio, sobre la constitucionalidad o no de una norma determinada (...) y que producirá efectos únicamente para las partes involucradas” (*IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A. y otros*, 2003).

Es más, en el mismo precedente se dijo que no es óbice de la competencia del tribunal arbitral, la circunstancia de que este deba resolver la cuestión propuesta *ex aequo et bono*, o sea, conforme a equidad, pues si por razones equitativas puede considerar la aplicación de una norma en desmedro de otra, no hay razón que le impida prescindir de una norma por resultar repugnante a la Constitución Nacional. Las decisiones del Tribunal cuentan con un sólido apoyo doctrinario.

Uno de los más distinguidos juristas argentinos, Augusto Mario Morello, comentando el pronunciamiento en la causa “CIERP SA”, dijo que avalan la conclusión a que se llegó, los siguientes argumentos:

El punto de partida es que el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del poder judicial; la fun-

ción que cumple es propia de los órganos que cumplen este servicio, aunque pueden no tener todos sus atributos.

Siendo el asunto arbitrable, el tribunal no tiene cortapisas para asumir y definir, en las que necesariamente ha de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas.

El modelo de control difuso, que legitima a un juez de paz lego a declarar la inconstitucionalidad de una norma, extiende esa legitimación al tribunal arbitral; en definitiva el tribunal arbitral tiene también el deber de examinar las leyes en los casos concretos sujetos a su decisión, con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta.

El control de constitucionalidad, aún ejercido de oficio, no lesiona la presunción de legitimidad de los actos del Poder Legislativo, presunción meramente provisional y que por ende cede ante la comprobación y declaración de invalidez por el Poder Judicial o por árbitros.

Que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de la norma no afecta el orden público; en definitiva, se limita al caso, sin pretensión de generalidad; tal como sucede con la inconstitucionalidad declarada por los jueces. (Morello, 2010, p. 185).

Un pronunciamiento judicial apoya esta postura. Se planteó ante una Corte estatal una

acción tendiente a declarar que la inconstitucionalidad de ciertas normas dictadas como consecuencia de la emergencia económica, era materia que excedía de la competencia atribuida a un tribunal arbitral en el contrato; en otras palabras, la pretensión de la actora era la “no arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas”. La sentencia de 1ª Instancia desestimó *in limine* la acción declarativa propuesta, para lo cual arguyó:

Que el tratamiento de la constitucionalidad de ciertas normas fue —o debió ser— una contingencia de posible ocurrencia en el esquema del negocio (una compraventa de acciones) acordado por las partes.

Que aun cuando no lo hubieran tenido en cuenta, las partes no hicieron reserva alguna a fin de excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral.

Que el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación, según lo sostiene la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Con cita del precedente CIERP SA y del comentario del abogado Morello, se concluye que el planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas no excede la competencia del tribunal arbitral.⁵

V. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia, de 1991, encarga el ejercicio del control de constitucionalidad a la Corte Constitucional, a quien corresponde la guarda y protección de la Norma Superior. Así lo establece el artículo 246 de la Carta, sin embargo también es cierto que en el sistema interno existen otros órganos que pueden ejercer el control de constitucionalidad.

Los jueces que tienen la competencia para conocer sobre los actos materia de inconstitucionalidad, como se afirmó anteriormente, son: la Corte Constitucional, máximo órgano en la jurisdicción constitucional; el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.

La Corte Constitucional conoce de la constitucionalidad de los actos con fuerza de constituyente, de actos de convocatoria a un referendo, o de actos de convocatoria a una asamblea constituyente; igualmente, de los actos con fuerza de ley, proyectos de ley, referendos sobre leyes y consultas populares o plebiscitos de orden nacional, sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban.

El Consejo de Estado conoce de los actos y decretos de la Administración nacional por vicios de procedibilidad y vicios de inconstitucionalidad.

5. 1a. instancia Comercial de la Capital Federal, juzgado n° 10, “Otondo, César Alberto c/ Cortina Beruatto SA y otro s/ sumarísimo”, 17.3.03; confirmado por la CNCom., sala E, 11.6.03, con dictamen también favorable a la competencia arbitral del Fiscal de Cámara, LL 2003-F-744; JA 2003-IV-73.

Los tribunales contenciosos administrativos conocen de las acciones de nulidad cuando se fundan en razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad de los actos de las autoridades administrativas. (Reyes Blanco, 2007).

Aclarado en cabeza de quiénes está la facultad de control de constitucionalidad queda abordar la regulación del arbitraje.

En Colombia el arbitraje es regulado por la Ley 1563 de 2012, y tiene su fundamento constitucional en el artículo 116 de la Constitución Política, que autoriza en algunos casos, como en el arbitraje, a particulares para administrar justicia de manera transitoria. Se podría afirmar entonces, a partir de estos pocos enunciados, que el arbitraje no goza de una característica fundamental para determinar si posee jurisdicción, y es que su administración de justicia es transitoria y no permanente, adicionando a esto que se considera más como un mecanismo auxiliar de la justicia que no como un operador jurídico. En consecuencia, los árbitros no son operadores jurídicos, sin embargo negarle al árbitro la facultad de ejercer el control de constitucionalidad sería hacer que este incurra en violaciones a derechos fundamentales. Imaginemos por un momento el supuesto en el que las partes hayan estipulado en la cláusula arbitral alguna disposición que vaya en contra de los parámetros constitucionales y se convierta en violación a la norma jurídica superior, basándose en una libertad contractual que incluso puede llegar a causar violaciones constitucionales a una de las partes. Este tema, que sí ha sido debatido en otros sistemas de con-

trol de constitucionalidad como es el caso de Argentina, Brasil y Perú, aún no ha sido controvertido en el sistema de control de constitucionalidad colombiano.

Asimismo, yendo más lejos, podría argüirse acerca de la posibilidad de que un tribunal arbitral ejerza el control de constitucionalidad de una ley o decreto de oficio. En un supuesto distinto, una de las partes en un arbitraje podría solicitar que se le hicieran extensivos los efectos del laudo dictado en otro proceso arbitral, en el que se declarara la inconstitucionalidad de una norma. Como puede verse, las posibilidades son infinitas y constituyen digna arena para el debate. No en vano se ha incluido entre los temas controvertidos del arbitraje, la atribución de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (Sacristán, 2012).

Podría decirse que darle un calificativo de juez constitucional a un árbitro sería impensable en el sistema colombiano, pero ello no es tan ilógico. Las razones del porqué se abordarán en el siguiente aparte.

A. Competencia del árbitro para declarar la inconstitucionalidad de una ley

Las facultades que asisten a los árbitros deben ser ejercidas con la misma circunspección y responsabilidad con que las ejercen los jueces, es decir, interpretar las normas que están en juego tratando de armonizarlas con el principio constitucional, considerándolas

como inconstitucionales solo en el caso que no puedan resolver esa cuestión de constitucionalidad, como una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el pronunciamiento del laudo. Nada impide la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida por los jueces y tribunales, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado.⁶

La potestad de los árbitros de llevar acabo la resolución de controversias sobre materias de libre disposición para las partes conforme a derecho encuentra precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral (Cremades, 2006).

Es de entenderse entonces que la aplicación del control difuso de constitucionalidad no es una facultad de los árbitros, sino un deber, y que su no aplicación implicaría la intervención de la justicia constitucional.

Los ejemplos de Argentina y Perú han resultado de gran ayuda en la interpretación de las preguntas que se realizaron al principio de este escrito, y para entender cuáles han sido las razones jurídicas utilizadas en estos sistemas para dilucidar por qué un árbitro sí puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, no

como una facultad, sino como un deber constitucional.

¿En una controversia en donde el pacto arbitral pierde vigencia, operatividad o validez frente al planteo de inconstitucionalidad que formule una de las partes, puede el árbitro realizar entonces un examen de constitucionalidad a esa cláusula? De la experiencia internacional con Argentina y Perú se puede afirmar que aunque los árbitros no sean operadores jurídicos, es decir, no pertenezcan al Poder Judicial, constituyen verdaderos jueces, con facultades decisorias y potestad de resolver definitivamente un conflicto de intereses entre particulares. Es decir, están dotados, por ley, de idénticas potestades y funciones que los magistrados oficiales (con excepción de la *coertio* y de la *executio*).

El sometimiento de un conflicto a la competencia de un tribunal arbitral puede tener un origen contractual o convencional; la función que este desempeñará será de carácter eminentemente jurisdiccional. En este sentido, el arbitraje representa un sistema de resolución de conflictos con carácter jurisdiccional, toda vez que procura la observancia mínima de las pautas necesarias para el desarrollo del debido proceso legal, y porque los árbitros tienen la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual que decida una determinada contienda (*iuris-dictio*). El pronun-

6. Por ejemplo, la Constitución española y la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyen la potestad jurisdiccional del Estado a jueces y tribunales, quienes tienen la facultad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado (Cremades, 2006).

ciamiento que se obtiene en el proceso arbitral tiene aptitud para erigirse en cosa juzgada para las partes.

Existe consenso en la comunidad jurídica en orden a que la jurisdicción es “la potestad de decir el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente al efecto”. El Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba (Argentina), en el auto Oliva, Oscar vs. Disco S.A. y Otro, sostuvo que dicha facultad no se encuentra hoy monopolizada ni centrada exclusivamente en el Estado, sino que cede en casos puntuales frente a otros organismos o autoridades nacionales e internacionales. Y es así como la jurisdicción asiste claramente a los árbitros, quienes deben decidir las contiendas con ajuste y sustento en el ordenamiento jurídico vigente. En esta línea, los árbitros son verdaderos jueces, cuya función (al igual que la de los magistrados del Poder Judicial), es dar solución a un conflicto, declarando el derecho y definiendo la justa composición que asegure entre las partes la paz y la justicia. Y, siendo que los jueces ejercen el monopolio del control de constitucionalidad, es claro que los árbitros se hallarán también dotados de competencia para ejercer dicho control, en tanto la cuestión incida en la relación contractual específica que debe ser juzgada.

Entonces, si es competencia de los árbitros declarar la inconstitucionalidad de una ley, al igual que los jueces deben aplicar todo el derecho, que es una realidad sistemática donde se encuentra como cúspide la Constitución.

VI. CONCLUSIONES

El control de constitucionalidad ejercido en Colombia es un modelo mixto, pues presenta características tanto del control concentrado como del control difuso. Este tipo de control es resultado de algunos ajustes metodológicos aplicados en América del Sur.

El arbitraje se ha constitucionalizado en la mayoría de los países de Suramérica, al haber sido incorporado en la Constitución o desarrollado por medio de la jurisprudencia.

El control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales encuentra su fundamento en la protección de la Constitución Política, a la cual no solo están sometidos los jueces, sino también los árbitros. Ignorar la aplicación de este control implicaría enfrentarse a la justicia constitucional.

No existe en Colombia alguna normativa que impida interpretar que los tribunales arbitrales no puedan declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Todos los jueces se hallan habilitados para formular la declaración de inconstitucionalidad, y la sentencia que se dicte en ese sentido produce efectos únicamente entre las partes. En consecuencia, si los árbitros están dotados por ley de idénticas potestades y funciones que los jueces, no existe ninguna razón válida para privarlos del ejercicio del control de constitucionalidad de las normas, con incidencia en el caso concreto sometido a juzgamiento.

Referencias

1. Asencios Sáenz, Y. (2009). *Arbitraje y Constitución* (Tesis doctoral). Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú.
2. Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
3. Calderón Ortega, M. A. (Junio de 2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia. *Academia & Derecho*, 8(5), 71-98.
4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836 de 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; 9 de agosto de 2001).
5. Corte Constitucional de Colombia. Auto 071 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa).
6. Chillón Medina, J. y Merino Merchán, J. (1991). *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid, España: Civitas.
7. Chiovenda, J. (1977). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid, España: Editorial Reus.
8. Couture, E. (1981). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.
9. Cremades, B. M. (2006). El arbitraje en la doctrina constitucional española. *Arbitra- tion. Revista Peruana de Arbitraje*, (1), 185-220.
10. De Jesús, O. (2007). *The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela*. *Arbitration. Revista Internacional de Arbitraje*, (1), 69-80.
11. De Pina, R. y Larrañaga, J. (1982). *Instituciones de derecho procesal civil*. México, D.F.: Editorial Porrúa.
12. Favoreau, L. (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, España: Ariel.
13. Fernández Rozas, J. (2007). *La Constitución mexicana y el arbitraje comercial*. *Cuestiones Constitucionales*, (16), 159-204.
14. Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia*. Madrid, España: Trotta.
15. Ferrer Correia, A. (1984). *Da arbitragem comercial internacional*. *Revista de Direito e Economia*, x-xi, 3-51.
16. Fraga Pittaluga, L. (2000). *El arbitraje en el derecho administrativo*. Caracas, Venezuela: Editorial Torino.
17. Gozaini, O. (2006). *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

18. Heller, K. (2000). *Constitutional Limits of Arbitration*. *Stockholm Arbitration Review*, (1), 7-21.
19. IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A. y otros s/restitución de bienes (Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires; 7 de marzo de 2003).
20. Ley 1563 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. *Diario Oficial* No. 48.489 de 12 de julio de 2012
21. MBV Commercial and Export Management Establishment/Resil Indústria e Comércio Ltda (Supremo Tribunal Federal, 12 de diciembre de 2001).
22. Morello, A. M. (2010). *¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?* En R. Bernal Gutiérrez, Y. Derains y F. Mantilla Serrano, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
23. Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El control de constitucionalidad*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
24. Reyes Blanco, S. (2007). *Características procesales del control de constitucionalidad en Colombia*. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, (4). 3-25.
25. Rivarola Reisz, J. D. (2006). *Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje*. *Artitration. Revista Peruana de Arbitraje*, (2).
26. Sacristán, S. B. (2012). *Control de constitucionalidad y arbitraje*. *Revista Brasileira de Infraestrutura, RBINF*, 1(1), 41-52. Obtenido de <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Arbitraje%20y%20control%20de%20constitucionalidad.pdf>
27. Santistevan de Noriega, J. (2007). *Tribunal constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral "in toto"*. *Artitration. Revista Peruana de Arbitraje*, (4), 3-48.
28. Silva Romero, E. (2007). *De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina*. En C. Laurromet (Dir.), *Constitucionalización del derecho privado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia/Universidad del Rosario.
29. Sinisterra, C. R. (Enero de 2013). *La valoración del documento electrónico en Colombia*. *Academia & Derecho*, 6(4), 87-110.
30. Sinisterra, C. R. (Enero de 2016a). *Las medidas cautelares anticipatorias e innominadas en el proceso arbitral en Colombia*. *Vniversitas*, 65(132), 389-421.

31. Sinisterra, C. R. (2016b). *El arbitraje de consumo: reflexiones para un nuevo esquema arbitral en Colombia*. En C. A. Colmenares Uribe (Coord.), *Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica*. Cúcuta, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez/ Universidad Libre de Cúcuta.
32. Tribunal Constitucional de Perú. Sala Plena. *Sentencia de recurso de agravio constitucional, 21 de septiembre de 2011, expediente 00142 - 2011 - PA/TC*. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>
33. Tweeddale, A., & Tweeddale, K. (1999). *A Practical Approach to Arbitration Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
34. Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Panamericana.