


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or scholar, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a lion, and architectural elements like columns and arches. The Latin motto "SIBI CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA ACUTUM VITAE CETERAS COXOCTEM" is inscribed around the perimeter of the seal.

**DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDAD EN ARBITRAJES COMERCIALES PARA LA EFECTIVA
TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA EN GUATEMALA**

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MAGARIÑO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2020

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDAD EN ARBITRAJES COMERCIALES PARA LA EFECTIVA
TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MAGARIÑO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2020

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidan Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Karin Virginia Romero Figueroa
Vocal: Lic. José Domingo Matías Matías
Secretario: Lic. Jorge Aju Icu

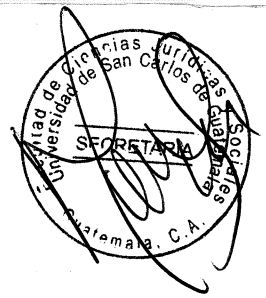
Segunda Fase:

Presidente: Lic. José Luis Portillo Recinos
Vocal: Lic. Alex Méndez
Secretario: Lic. Jaime Rolando Montealegre

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis" (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



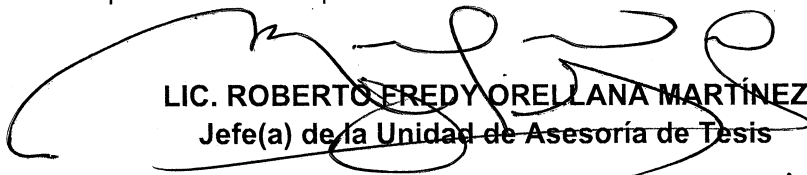
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 18 de junio de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS HUMBERTO MACZ CHE
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MAGARIÑO, con carné 201402624,
 intitulado DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN
ARBITRAJES COMERCIALES PARA LA EFECTIVA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

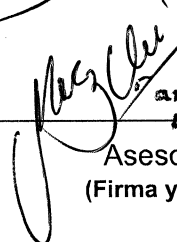
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 19, 06, 2018 f) _____

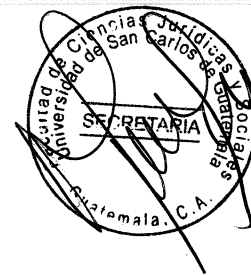

Carlos Humberto Macz Che
ABOGADO Y NOTARIO
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala

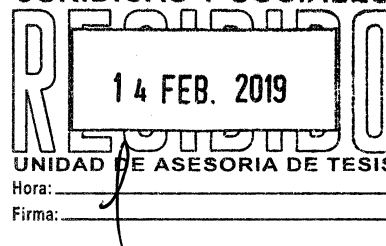


Carlos Humberto Macz Ché
Abogado y Notario
2da. Avenida 14-38 zona 1
Tel. 42989197



Ciudad de Guatemala, 23 de enero del 2019
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



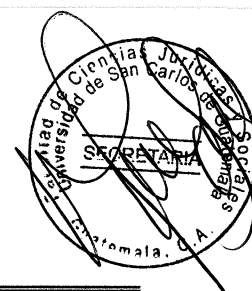
Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de emitir dictamen, en mi calidad de asesor del Bachiller JOSÉ MANUEL GÓMEZ MAGARIÑO, de conformidad con el nombramiento de fecha 18 de junio del 2018, del trabajo de tesis intitulado **“DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARBITRAJES COMERCIALES PARA LA EFECTIVA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA EN GUATEMALA”**.

Después de revisar el trabajo en mención y llevar a cabo una serie de modificaciones que fueron atendidas por el bachiller, realizando lo cambios pertinentes, me complace manifestar lo siguiente:

1. Contenido científico y técnico de la tesis: En la investigación se realizó un análisis de la aplicabilidad de los métodos constitucionales de tutela de derechos fundamentales en el arbitraje comercial de derecho, haciendo énfasis en el derecho de defensa que tienen las partes que se someten a la jurisdicción de un tribunal arbitral.
2. Metodología y técnicas de investigación utilizadas: Los métodos utilizados fueron el método jurídico-histórico, el método deductivo y el método analítico, mediante los cuales se comprobó la hipótesis planteada, partiendo de estudiar los procesos de arbitraje comerciales, el sistema de tutela de derechos fundamentales en el arbitraje y los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes para poder llegar a determinar la efectiva tutela del derecho de defensa en los procesos arbitrales mediante la aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte del tribunal arbitral. La técnica utilizada para reforzar la investigación fue la revisión bibliográfica.
3. Redacción: A mi consideración la redacción utilizada en la elaboración de la investigación es adecuada, en virtud que se utilizó un lenguaje claro, conciso y técnico, conforme las reglas ortográficas de la Real Academia Española.

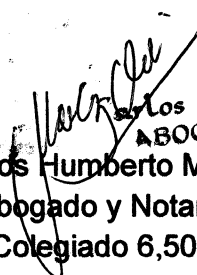
Carlos Humberto Macz Ché
Abogado y Notario
2da. Avenida 14-38 zona 1
Tel. 42989197



4. **Contribución científica:** Con la presente investigación se determinó que en los arbitrajes comerciales nacionales de derecho el árbitro debe, al momento de dictar el laudo, realizar una interpretación conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala, inaplicando la norma o normas que consideré son contrarias a la misma, todo ello con el objeto de garantizar plenamente el derecho de defensa. Proporcionando con ello, un gran aporte al sistema de protección de derechos fundamentales en el escenario arbitral.
5. **Conclusión discursiva:** La conclusión elaborada es correcta, puesto que se expone de forma concisa la evolución del constitucionalismo del arbitraje comercial en Guatemala, para luego establecer la deficiencias que el mismo presenta al momento de garantizar el derecho de defensa, determinando el mecanismo idóneo mediante el cual el árbitro puede tutelar plenamente dicho derecho.
6. **Bibliografía:** La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, resguardando el derecho de autor, asimismo, es valiosa fuente de información y de gran utilidad para consulta de estudiantes y profesionales que pueden llegar a interesarse en el tema.
7. Declaro expresamente que no tengo parentesco dentro de los grados de ley con el Bachiller José Manuel Gómez Magariño.

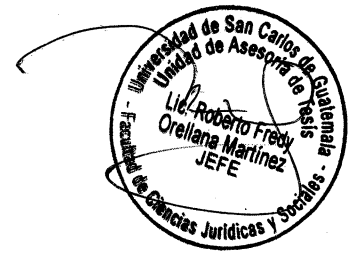
En virtud de lo expuesto, a mi consideración, el trabajo de tesis cumple con los requisitos para su aprobación, de conformidad con el artículo 31 del Normativo para la elaboración de tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual, en mi calidad de asesor, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted,


Licenciado
Carlos Humberto Macz Ché
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Humberto Macz Ché
Abogado y Notario
Colegiado 6,503



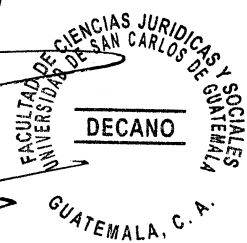
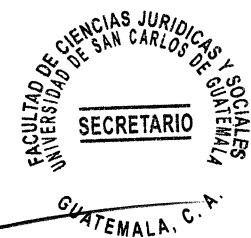
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de noviembre de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ MANUEL GÓMEZ MAGARIÑO, titulado DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARBITRAJES COMERCIALES PARA LA EFECTIVA TUTELA DEL DERECHO DE DEFENSA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por su protección y misericordia al permitirme levantarme después de cada caída.

A MI PADRE:

Manuel Gómez Zapón, por sus consejos, apoyo incondicional y por ser mí ejemplo a seguir en cada etapa de mi vida.

A MI MADRE:

Dora Patricia Magariño, por su sacrificio, paciencia y amor, porque en los momentos más oscuros siempre fue la luz que supo guiarme.

A MIS HERMANOS:

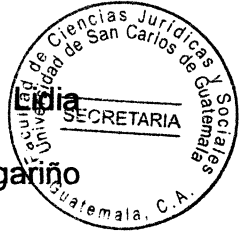
Andrea Magariño, Javier Gómez y Gabriela Gómez, por su apoyo y los momentos compartidos.

A MIS ABUELOS:

Gloria Amparo Juárez, Marcelina Zapón, Juan José Magariño (QEPD) y Felix Gómez, por sus consejos y cariño.

A MIS TÍOS:

Claudia Magariño, Josefina Gómez,
Gómez, José Gómez y Jorge Magariño
por su cariño y apoyo incondicional.



A:

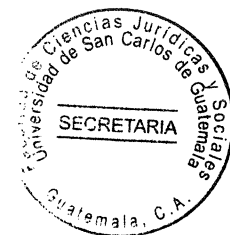
La XX promoción de la Jornada Matutina,
por su apoyo y compañerismo, con
especial cariño a Valery, Diego, Enny,
Lorena, Luis, Gabriel, Guillermo, Andrea,
Chemi, Plinio, Manolo, Dayana, Tinita,
Magda, Majo y Paola.

A:

Mi *alma mater*, la Tricentenario
Universidad de San Carlos de Guatemala,
pilar fundamental en la creación de un país
distinto.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales, en especial, a la Jornada
Matutina y sus **catedráticos**, quienes
inculcaron en mi la excelencia académica
y el amor por el derecho.



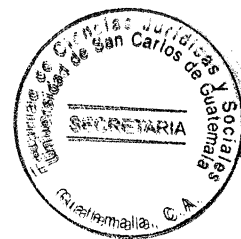
PRESENTACIÓN

La investigación pertenece a la rama del derecho privado, específicamente a la materia del derecho arbitral, siendo la misma de tipo cualitativo puesto que se procedió en un inicio a **investigar la institución del arbitraje comercial en Guatemala y su aplicación** en el marco constitucional, para luego poder realizar un análisis acerca de los instrumentos a utilizar en el arbitraje comercial para garantizar un plena protección de los derechos fundamentales.

El estudio se realizó en la república de Guatemala, en el período comprendido en el año 2014 al 2017, teniendo como objeto de estudio al arbitraje comercial y como sujeto de estudio a **los tribunales arbitrales en su papel de ser garantes de derechos fundamentales**.

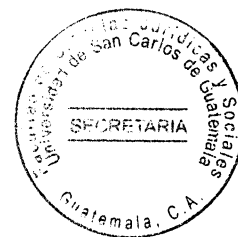
Como aporte académico, se determinó que en los arbitrajes comerciales nacionales de derecho el árbitro debe, al momento de dictar el laudo, realizar una interpretación conforme a la **Constitución Política de la República de Guatemala**, inaplicando la norma o normas que consideré son contrarias a la misma, todo ello con el objeto de garantizar plenamente el derecho de defensa.

HIPÓTESIS



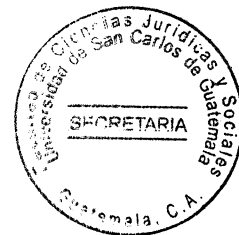
El árbitro debe garantizar la efectiva tutela del derecho de defensa, aplicando un control difuso constitucional de las normas aplicables a la resolución de la controversia, es decir, que tenga el árbitro la facultad de inaplicar una norma, en la cual se apoya las pretensiones de una parte, cuando esta sea contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala. En consecuencia, debe también aplicar la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del derecho aplicable para resolver la controversia.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La investigación realizada confirma la hipótesis planteada en base al resultado obtenido utilizando el método jurídico-histórico y el método analítico, partiendo del estudio evolutivo del constitucionalismo del arbitraje comercial en Guatemala y el análisis los procesos de arbitraje comercial de derecho, el sistema de tutela de derecho fundamentales en el arbitraje y los sistemas de control de constitucionalidad de la leyes para poder llegar a determinar la no efectiva tutela del derecho de defensa en el procedimiento arbitral, puesto que dicho derecho comprende el derecho que tiene toda persona que se le aplique en toda controversia una ley adecuada a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Derivado de lo anterior, la hipótesis planteada fue validada en virtud de ser el control constitucional difuso el mecanismo idóneo y adecuado para que el tribunal arbitral pueda garantizar plenamente el derecho de defensa que asiste a las partes, puesto que con esta facultad el árbitro podrá inaplicar una norma, en la cual se apoya las pretensiones de una parte, cuando esta sea contraria a la Constitución.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Arbitrajes comerciales.....	1
1.1. Definición de arbitraje.....	1
1.2. Naturaleza jurídica.....	2
1.3. Principios generales del arbitraje.....	4
1.3.1. Principio dispositivo.....	5
1.3.2. Principio de separabilidad.....	6
1.3.3. Principio <i>competence-competence</i>	7
1.3.4. Principio de temporalidad.....	8
1.3.5. Principio favor <i>arbitri</i>	9
1.4. Clases de arbitraje.....	10
1.4.1. Arbitraje institucional y <i>ad-hoc</i>	10
1.4.2. Arbitraje interno e internacional.....	11
1.4.3. Arbitraje voluntario y forzoso.....	12
1.4.4. Arbitraje en equidad y en derecho.....	13
1.5. Elementos del arbitraje de derecho.....	13
1.5.1. Las partes.....	13
1.5.2. El acuerdo de arbitraje.....	14
1.5.3. Facultades que confiere el acuerdo arbitral.....	15
1.5.4. La elección de los árbitros.....	15
1.5.5. La controversia.....	16
1.5.6. La decisión del tribunal arbitral.....	18
1.6. El derecho aplicable.....	18
1.6.1. La <i>lex arbitri</i>	18

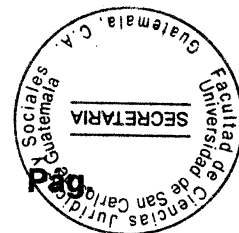
1.6.2. El derecho aplicable al fondo.....	19
1.6.3. Elección de un derecho estatal.....	20
1.7. El laudo arbitral.....	21
1.7.1. Definición.....	21
1.7.2. Clases de laudo.....	22
1.7.3. Forma del laudo.....	23

CAPÍTULO II

2. El sistema de arbitraje guatemalteco en el marco constitucional.....	25
2.1. El arbitraje una institución constitucionalmente relevante.....	25
2.2. Constitucionalización del arbitraje.....	27
2.2.1. Arbitraje como derecho humano.....	28
2.2.2. Arbitraje como parte del Organismo Judicial de Guatemala.....	30
2.3. Aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional.....	32
2.3.1. Exclusividad de la justicia estatal y arbitraje.....	33
2.4. El arbitraje en el cumplimiento de los objetivos del Estado Constitucional de Derecho.....	36
2.4.1. La protección de derechos humanos en el proceso arbitral.....	37

CAPÍTULO III

3. La tutela de los derechos humanos en los arbitrajes comerciales.....	39
3.1. Derechos humanos.....	39
3.1.1. Origen y desarrollo.....	39
3.1.2. Definición.....	41



3.1.3. Características.....	42
3.1.4. Mecanismos de protección de los derechos humanos.....	43
3.2. La aplicación horizontal de los derechos humanos.....	44
3.2.1. La eficacia de la aplicación horizontal de los derechos humanos en las relaciones jurídicas entre particulares.....	44
3.3. Tutela judicial efectiva y arbitraje.....	46
3.3.1. Contenido y alcance del principio de tutela judicial efectiva.....	47
3.3.2. Prolongación al procedimiento arbitral.....	49
3.4. El derecho de defensa en el arbitraje.....	51
3.4.1. Prolongación al procedimiento arbitral.....	52
3.4.2. La no efectiva tutela del derecho de defensa.....	53

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de aplicación del control difuso constitucional por el tribunal arbitral para la efectiva tutela del derecho de defensa.....	57
4.1. Control Constitucional de las leyes.....	58
4.1.1. Control constitucional concentrado.....	59
4.1.2. Control constitucional difuso.....	60
4.1.3. El sistema mixto adoptado en Guatemala.....	60
4.2. El control difuso constitucional como mecanismo para la tutela del derecho de defensa.....	62
4.3. Control de constitucionalidad por el tribunal arbitral.....	62
4.4. Análisis de los efectos de la aplicación del control difuso constitucional en los arbitrajes comerciales de derecho.....	66
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

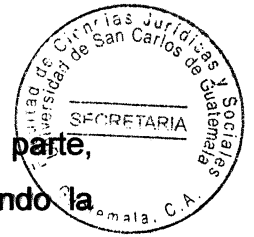


INTRODUCCIÓN

En los últimos años 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, y estando regulado disposiciones propicias al arbitraje en la Constitución Política de la República de Guatemala se hace trascendental realizar una investigación en la cual se determine los mecanismos idóneos para la efectiva protección de derechos fundamentales, como lo es el derecho defensa, en el proceso arbitral.

Los arbitrajes comerciales son de derecho, cuando el tribunal arbitral se encuentra sometido a un ordenamiento jurídico para resolver la controversia. Ahora bien, en todo ordenamiento jurídico existen derechos fundamentales que aplican en todos los sistemas de resolución de conflictos, como lo es el derecho de defensa, que comprende el derecho que tiene todo sujeto, parte en un proceso, a que se le aplique en toda controversia una ley adecuada a la Constitución Política de la República de Guatemala, sin embargo, actualmente los árbitros no poseen la atribución o facultad de aplicar un control difuso constitucional de las leyes aplicables a la resolución de la controversia, es decir, que las partes no pueden invocar, en el curso de un arbitraje, la no compatibilidad de la *lex arbitri* o la ley aplicable al fondo de la controversia, con la Constitución. Lo cual provoca que no exista una plena y efectiva tutela del derecho de defensa en el proceso arbitral.

Se estableció como objetivo general demostrar la no efectiva tutela del derecho de defensa en los arbitrajes comerciales alcanzándose dicho objetivo con la comprobación de la ausencia de mecanismos idóneos para garantizar la aplicabilidad de leyes acordes a la constitución. La hipótesis desarrollada es que el árbitro debe garantizar la efectiva tutela del derecho de defensa, aplicando un control difuso constitucional de las normas aplicables a la resolución de la controversia, es decir, que tenga el árbitro la



facultad de inaplicar una norma, en la cual se apoya las pretensiones de una parte, cuando esta sea contraria a la constitución. Lo cual se comprobó demostrando la jurisdicción que ejerce el árbitro en el proceso arbitral derivada del imperio de la ley, pudiendo tener el mismo la facultad de administrar un control constitucional de la leyes.

El contenido de la investigación esta estructurado en cuatro capítulos, el primero, hace referencia a los arbitrajes comerciales, refiriéndose este apartado a conceptos fundamentales del proceso arbitral y sus elementos; el segundo, se trata acerca del sistema de arbitraje guatemalteco en el marco constitucional, estableciendo la constitucionalización del arbitraje en Guatemala como razón por la cual es indispensable investigar la intervención del derecho constitucional en el mismo; el tercero, desarrolla la tutela de los derechos constitucionales en los arbitrajes comerciales, demostrando en este capítulo los derechos que son tutelados a su totalidad y cuales no lo son; finalmente, en el cuarto capítulo, se realiza la propuesta de aplicación del control difuso constitucional por el tribunal arbitral como mecanismo idóneo para la efectiva tutela del derecho de defensa.

Los métodos que se utilizaron fueron: el método jurídico-histórico, método analítico y el método deductivo. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y bibliográfica, con las cuales se obtuvo la información actual y suficiente para determinar lo fundamental del arbitraje en Guatemala.

La aplicación del constitucionalismo a las relaciones horizontales y su extensión a procesos arbitrales tiene por objeto una efectiva tutela de los derechos de las partes en el escenario arbitral, por lo tanto se entiende que derecho constitucional y los procesos arbitrales no son separables uno del otro sino que se complementan y en este sentido, dicha combinación convierte al arbitraje no solo en un método alternativo de resolución de conflictos sino también en un instrumento de protección de derechos fundamentales.

CAPITULO I

1. Arbitrajes comerciales de derecho

El arbitraje “se trata de un método privado de solución de controversias, que las mismas partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales”.¹

Es decir, que el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos, en el cual un tercero, que es escogido por las partes, resuelve una disputa.

1.1 Definición de arbitraje

Atendiendo a la etimología de la palabra, arbitraje es el vocablo que proviene del latín *adbiter*, formado por la preposición *ad* y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.

Se puede definir al arbitraje como “proceso de solución de conflictos, distinto a la jurisdicción estatal, mediante el cual se dirimen controversias entre particulares, y que surge de sus voluntades”.²

De dicha definición, se puede destacar tres elementos principales:

¹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Arbitraje y conciliación, alternativas extrajudiciales de solución de conflictos*. Pág. 10

² González Cosío, Francisco. *La escurridiza noción de arbitraje*. Pág. 11



- El arbitraje es voluntario;
- El arbitraje no implica proceso jurisdiccional; y
- El arbitraje es sustancialmente diverso a la jurisdicción estatal.

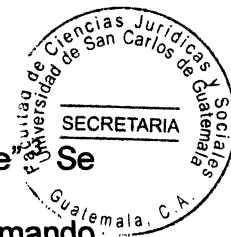
Asimismo, la Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo 4.2 define "Arbitraje: significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo".

Por lo tanto, el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, diverso a los ofrecidos por los tribunales del Estado, en el cual las partes, en base a la autonomía de la voluntad, refieren la disputa a uno o más árbitros, cuya decisión será vinculante y definitiva para las mismas.

1.2 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje es de amplio debate, sin embargo es posible destacar cuatro teorías que tratan de explicar la temática.

Teoría Contractualista: "Tiene como base principal el acuerdo de voluntades, la cual se encuentra plasmada en el contrato, donde las partes acuerdan someter una controversia a decisión del árbitro, quien a su vez se haya vinculado formalmente por el



contrato, donde se estipulan sus funciones en el desenvolvimiento del arbitraje establece por tanto que esta teoría se ubica en la esfera del derecho privado, tomando en cuenta que el acuerdo se celebra entre dos particulares, donde no interviene el poder público estatal, al no estar involucrado en ninguna instancia.

Teoría Procesalista: Esta teoría se basa en el carácter jurisdiccional, donde los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales por imperio de la ley, la cual es la única que puede determinar quienes tienen potestad para administrar justicia. Para esta teoría “el arbitraje es una institución de Derecho Público Procesal, por lo cual si la función del árbitro es dirimir controversias su labor es sustancialmente idéntica a la de un juez”.⁴

Teoría Ecléctica: “Esta teoría establece que cada una de las teorías cumple un papel importante en alguna etapa del proceso arbitral”.⁵ Por lo cual, si bien es cierto, desde un comienzo debe existir un contrato donde se encuentra demarcada una cláusula compromisoria, por medio de la cual las partes por un acuerdo previo aceptan el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos suscitadas en el transcurso del contrato – Teoría Contractualista-; también lo es, que debe existir un proceso determinado para el cumplimiento total del arbitraje – Teoría Procesalista- y que no basta con la voluntad de las partes.

³ Alberti Montoya, Ulises. **El arbitraje comercial**. Pág. 34

⁴ Bernal Gutiérrez, Rafael. **El Arbitraje en Guatemala, apoyo a la Justicia**. Pág. 29

⁵ Pinzón, María y Rodríguez, Tatiana. **De la naturaleza contractual del arbitramento, como método alternativo de soluciones**. Pág. 35.

En el caso de Guatemala, con base en su Ley de Arbitraje, se concluye que se ubica dentro de esta teoría, “pues dicha ley delimita cada una de las etapas que se deben cumplir para culminar dicha controversia con un laudo arbitral, y asimismo el arbitraje emana de la voluntad de la partes plasmado en un acuerdo arbitral”.⁶

Teoría Autónoma: Esta teoría es la de más reciente creación y establece que “el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y por consiguiente, de carácter autónomo”.⁷ Por lo cual, esta teoría pregona que el arbitraje tendría sus propios principios y normas, independientes de cualquier otra rama del derecho.

1.3 Principios generales del arbitraje

Una práctica idónea de la función arbitral, es decir que este método alternativo a la jurisdicción estatal pueda resolver controversias de manera efectiva, debe regirse por varios fundamentos o directrices conocidos doctrinariamente como principios. Dichos principios pueden ser clasificados en diversas categorías, dependiendo a que parte asiste y el momento procesal en que debe aplicarse.

Estos principios son considerados propios de la figura del arbitraje, por lo cual evaluarlos en conjunto permiten diferenciarla de otras formas procesales de solución de controversias. Por lo tanto, se analizarán los de mayor relevancia para la materia.

⁶ *Ibíd.*

⁷ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Pág.16

1.3.1 Principio dispositivo

Es mejor conocido como el principio de la autonomía de la voluntad, y es el principio medular del arbitraje comercial según el cual “se permite a las partes acordar el sometimiento de la resolución de sus controversias a arbitraje en ejercicio de la libertad que les es jurídicamente reconocida”.⁸

Este principio se explica básicamente por ser el arbitraje un mecanismo privado para la resolución de controversias, que se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes han excluido el conflicto del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y se la entregan al conocimiento de un árbitro. La regulación del procedimiento también queda entregada a la autonomía de las partes, sin olvidar, que deben respetarse los límites establecidos por el orden público de los distintos estados y el derecho de defensa de cada una de las partes.

Este principio se manifiesta claramente en que son las partes quienes rinden en su oportunidad y forma las pruebas, limitándose el tribunal arbitral solo a dirigir la parte formal de esta. “Se manifiesta además, en que las partes en cualquier estado del proceso pueden ponerle fin antes de la dictación del laudo, por otros medios alternativos de solución, ya sea, por transacción, conciliación, avenimiento y desistimiento”.⁹ Es decir, que son las partes quienes tienen el impulso procesal. Por lo

⁸ Chocrón Giraldez, Ana María. **Los principios procesales en el arbitraje**. Pág.22

⁹ Toledo Álvarez, Christian. **Arbitraje comercial internacional. Características y principios**. Pág.45

tanto, la autonomía de la voluntad es un principio aceptado mundialmente en el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional.

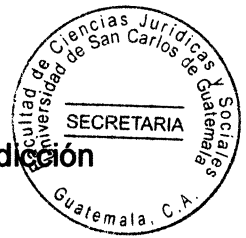
1.3.2 Principio de separabilidad

Este principio es también conocido como autonomía o independencia del acuerdo arbitral “se traduce en la independencia e inmunidad de la que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende, es decir, que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que implica la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato”.¹⁰

Actualmente, la doctrina es unánime al considerar que el acuerdo de arbitraje es distinto y totalmente autónomo con relación al contrato que la contiene o al cual hace referencia, de tal forma que se le da una naturaleza principal y no accesorio que resultaría en su ineficacia en caso el contrato principal contenga el mismo defecto. Por lo cual, es un principio que se acoge en todas las formas de arbitraje practicadas.

Lo anterior no significa que pueda existir cláusula arbitral sin un negocio jurídico que fundamente la escogencia del arbitraje como método para resolver las controversias que de él deriven sino que en caso existan vicios que puedan acarrear su invalidez o incluso la inexistencia del contrato o negocio jurídico subyacente, estos no se trasladan de forma automática a la cláusula, por lo que puede continuar siendo eficaz y ser aprovechada para dirimir controversias relacionadas con vicios del contrato y las

¹⁰ Matutes Morales, Claudia. *El arbitraje comercial internacional*. Pág. 206



posibles consecuencias que ello conlleve, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal.

En conclusión, la separabilidad tiene por efecto que: a) La invalidez del contrato principal no invalida necesariamente el acuerdo arbitral; b) La invalidez del convenio arbitral no afecta necesariamente el contrato principal; y c) El derecho aplicable al acuerdo arbitral puede ser distinto al que gobierne el contrato principal.

1.3.3 Principio de *compétence-compétence*

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el principio de separabilidad, y es el principio por el cuales reconoce al tribunal arbitral la facultad inherente de poder decidir objeciones sobre su propia jurisdicción.

Este principio se encuentra conformado por dos elementos: “a) El tribunal arbitral tiene la facultad de pronunciarse sobre su jurisdicción; y b) Que concatenado a dicha facultad, es necesario que se reconozca la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral del contrato subyacente, de manera que si la controversia versa sobre la validez o existencia de la cláusula arbitral, se reconozca al tribunal arbitral la facultad de poder decidir sobre dicho aspecto y en consecuencia poder indicar si tiene o no competencia para conocer las controversias que se relacionen o deviene del contrato”.¹¹

¹¹ Edfem, Alan y otros. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Pág. 59.

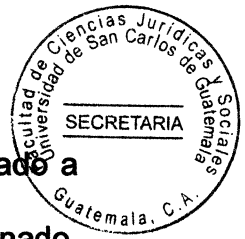
De esta forma lo regula la Ley de Arbitraje de Guatemala en su artículo 21.1:” El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato no entrañara por ese solo hecho la nulidad de la cláusula en el que conste el acuerdo de arbitraje”.

Por lo tanto, basado en este principio el tribunal arbitral puede determinar:

- La existencia de una clausula arbitral
- Validez de la cláusula arbitral
- Alcance de la cláusula arbitral

1.3.4 Principio de temporalidad

Como ya se ha establecido, el arbitraje surge del acuerdo de las partes de someter controversias específicas a un tribunal arbitral. En virtud de lo anterior, el arbitraje no es una figura de carácter permanente, sino que surge de un acuerdo para manifestarse en caso se genere una controversia en un relación contractual o extracontractual. Es así como se manifiesta el principio de temporalidad del arbitraje que alude al desarrollo y conclusión del mismo dentro de un tiempo determinado.



“Este principio también incluye el aspecto jurisdiccional transitorio, por ser otorgado a particulares nombrados como árbitros para administrar justicia en un caso determinado, y por ende en un plazo inminente”.¹²

En ese sentido, el arbitraje otorga la facultad temporal a terceros de emitir una resolución para finalizar una controversia sometida a su conocimiento por las partes, por lo que una vez emitido el laudo, la facultad otorgada desaparece.

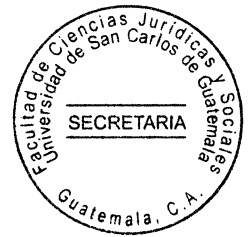
1.3.5 Principio de favor *arbitri*

Este principio busca proteger la voluntad de las partes de someterse a arbitraje para evitar que sus disputas sean conocidas en la jurisdicción estatal. “Por medio de este principio se genera una presunción favorable al arbitraje, de manera que se otorga un trato preferencial al arbitraje en caso de duda sobre su aplicación”.¹³

Con base en este principio, se busca que las partes no resten efectividad y traten de sustraerse del acuerdo que voluntariamente negociaron si no se encuentran conformes con el desarrollo del arbitraje, salvo en casos extremos como la vulneración de sus derecho de defensa.

¹² Castillo Freyre, Mario, *El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Pág. 194

¹³ *Ibíd.*



1.4 Clases de arbitraje

Los arbitrajes comerciales dependiendo de la calidad de las partes, la manera en que serán regidos y dirigidos y el fundamento que tomara el tribunal arbitral para decidir las controversias se clasifican en:

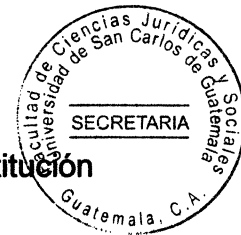
1.4.1 Arbitraje Institucional y *ad-hoc*

En el arbitraje institucional se prevé la participación de una entidad que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia.

“La entidad presta tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso. Así mismo proveen el local y toda la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el juicio arbitral, y prestan servicios de secretaría: recibir y notificar la demanda, fijar honorarios, elegir a los árbitros y resolver las recusaciones que puedan plantearse, reemplazar árbitros cuando sea necesario por renuncia o vacancia, fijar la sede del arbitraje, el idioma en que tramitará, entre otros servicios.”¹⁴

De lo anterior se deduce, que el rasgo distintivo es la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia en el arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso,

¹⁴ Ruiz, Paolo. *Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-hoc, ¿He ahí el dilema?* Pág. 234.



principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

“En cambio en el arbitraje *ad-hoc* no se involucra a ninguna institución arbitral como ente facilitador para las partes y árbitros para la resolución de la controversia. Solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización del arbitraje”.¹⁵

Existen dos formas de arbitraje *ad-hoc*: el arbitraje *ad-hoc* en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y el arbitraje *ad-hoc* en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

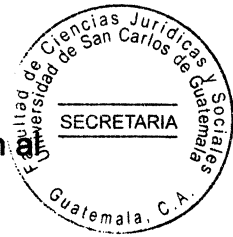
1.4.2 Arbitraje interno e internacional

“El arbitraje interno se regirá por la ley interna del país en cuestión, donde se delimitan todos los parámetros a través de los cuales se llevará a cabo el desenvolvimiento del arbitraje en el orden interno de un solo Estado”.¹⁶

Por otro lado, y de manera muy amplia, se puede referir que el arbitraje internacional vincula personas y bienes de diferentes países, sujetos a legislaciones distintas, cuya

¹⁵ O'Farrell, Jorge. **Arbitraje internacional, solución de futuro**. Pág. 804

¹⁶ Feldstein, Sara Lidia. **Arbitraje e inversiones extranjeras**. Pág. 37



sede a su vez puede ser indistinta a cualquier Estado parte y finalmente con sujeción al derecho internacional.

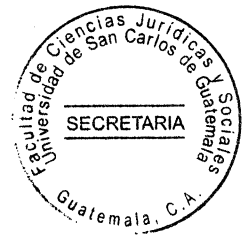
1.4.3 Arbitraje voluntario y forzoso

“El arbitraje voluntario tiene como fundamento un acuerdo que forma parte de un contrato o negocio jurídico entre las partes para someter sus controversias a arbitraje. Este arbitraje voluntario puede estar compuesto por dos elementos, la cláusula compromisoria y el compromiso”.¹⁷

Algunas legislaciones de Latinoamérica aún mantienen esta distinción, en tanto la primera contiene un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requiere de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha controversia se origine, con lo cual no es ejecutable automáticamente, la segunda, en cambio, se refiere precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales al arbitraje.

Finalmente, con respecto al arbitraje forzoso, como su nombre lo indica, en determinados supuestos no es la voluntad de las partes la que sustrae la contienda del conocimiento de los jueces estatales, sino una disposición legal que lo establece como forzoso, siendo el legislador quien decide la sujeción del caso a arbitraje.

¹⁷ Caivano, Roque. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Pág. 239.



1.4.4 Arbitraje en equidad y en derecho

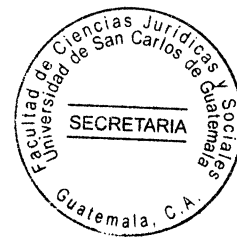
En el arbitraje de derecho los árbitros están obligados a decidir con base a las normas de derecho, caso contrario, los árbitros de equidad no están obligados a fallar conforme a las normas sino lo pueden hacer conforme a su experiencia o entendimiento.

En este sentido, el Artículo 37 de la Ley de Arbitraje de Guatemala establece: “En el arbitraje de equidad *ex aequo et bono*, también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo en conciencia o según su leal saber y entender. Todo arbitraje por regla general será de derecho, salvo que las partes especifiquen concretamente que desean someterse al arbitraje de equidad.”

Por lo cual, la regla general en Guatemala es que el arbitraje sea de derecho, es decir que el árbitro al resolver la disputa y dictar el laudo debe fundamentarse en el ordenamiento jurídico de Guatemala, salvo que la partes hayan establecido expresamente que el arbitraje sea de equidad.

1.5 Elementos del arbitraje de derecho

Si bien el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos que se aplica de conformidad con la normativa de casa país, existen elementos que son uniformes, lo cuales se presentan a continuación:



1.5.1 La partes

Las partes en el arbitraje “son aquellas personas jurídicas o individuales, de naturaleza privada o pública, que han sometido voluntariamente la solución de sus controversias derivadas de una relación contractual o no contractual”.¹⁸ En cuanto a las partes, tanto en los convenios internacionales de los que Guatemala es parte, como en la Ley de Arbitraje de Guatemala, se permite que éstas puedan ser nacionales o extranjeras y que el Estado también pueda ser parte de un procedimiento arbitral.

1.5.2 El acuerdo de arbitraje

“El acuerdo arbitral constituye la manifestación de la voluntad inequívoca de las partes de someter las futuras controversias a arbitraje, por lo cual dicho consentimiento no puede ser retirado de forma unilateral por una de las partes”.¹⁹

El acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre las partes constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial moderno. Para que exista un arbitraje válido, es indispensable contar con un acuerdo arbitral válido.

“La cláusula arbitral se refiere a las controversias que pudiesen surgir en el futuro entre las partes. Por otro lado, el llamado compromiso arbitral es aquel acuerdo de arbitraje

¹⁸ Alonso Puig, José María. **Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria.** Pág. 5

¹⁹ Lena Segarra, Miguel. **El arbitraje institucional y un buen arbitraje.** Pág. 9.



redactado con el fin de llevar las controversias que ya hubiesen surgido entre las partes”.²⁰ Es decir, que la cláusula arbitral regula a futuro mientras el compromiso arbitral regula las relaciones pasadas.

1.5.3 Facultades que confiere el acuerdo arbitral

Las facultades que otorga el acuerdo arbitral hacia las partes son diversas, les brinda la opción de elegir la cantidad de árbitros que compondrán el tribunal, la forma de designación del tribunal, sus facultades y el procedimiento a seguir. Dichas facultades electivas no estarían disponibles para las partes si decidieran someter la disputa a los tribunales internos del Estado.

1.5.4 La elección de los árbitros

Una de las características que distinguen al arbitraje de las contiendas judiciales, es la capacidad de las partes de elegir a los árbitros, esta característica también se aplica a los arbitrajes institucionales que permiten a las partes dicha facultad. Sin embargo, esta elección debe ser cuidadosa, pues la clave de un arbitraje justo es la participación de un tribunal arbitral objetivo y eficaz.

Como señala el tratadista suizo Lalive “La elección de las personas que integrarán el tribunal arbitral es esencial y por lo general, constituye el paso más decisivo del

²⁰ Graig, Luis. **Un concepto angular del arbitraje internacional**. Pág. 64.



arbitraje. Se ha dicho acertadamente que la calidad de un arbitraje depende de la de los árbitros que intervienen en él”.²¹

Por lo cual, es recomendable para las partes la elección de árbitros especializados en la materia y que sean totalmente imparciales y objetivos sin importar si fue seleccionado por alguna parte en particular.

1.5.5 La controversia

Para analizar la controversia, es importante que se analice el contenido de norma de la Ley de Arbitraje de Guatemala que regula la arbitrabilidad objetiva, es decir la materia que puede someterse a arbitraje:

“Artículo 3. Materia objeto del arbitraje. 1. La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. 2. También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.”

Asimismo, el mismo artículo también establece que: “3. No podrían ser objeto de arbitraje: a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b. Las materias inseparablemente unidas a

²¹ **Ibíd.**

otras sobre las que las partes no tengan libre disposición. c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.”

“Los árbitros al aceptar el ejercicio de su cargo deben discutir y decidir su propia competencia con fundamento en la disposición citada.”²²

De lo anterior y según se establece doctrinariamente se pueden distinguir cuatro criterios en la ley de Guatemala en cuanto a la materia arbitrable. El criterio positivo que indica que el arbitraje se aplicará a todas aquellas materias en que las partes tengan libre disposición, es decir aquello que es susceptible de transacción, y cuando otras leyes permitan la aplicación del arbitraje, como es el caso del Código de Comercio, que determina en su artículo 1039 que las controversias mercantiles pueden resolverse por medio del arbitraje.

El criterio negativo queda establecido en el numeral 3) del artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala citado anteriormente, cuando establece que no se podrá arbitrar sobre la cosa juzgada, lo que esté inseparablemente unido a otro que no sea de libre disposición y cuando la ley lo prohíbe o señala una vía específica para ese asunto.

El criterio excluyente de la Ley de Arbitraje de Guatemala determina que las disposiciones del Decreto 67-95 no pueden ser aplicadas al arbitraje laboral ya que éste está regulado por el Código de Trabajo. Y por último, el criterio de conexión, que se regula en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje al disponerse que una vez constituido el

²² Larrea, Ana María. Alcance y límites del arbitraje. Pág. 26



tribunal, se entienden sometidas a él todas las cuestiones conexas con la principal que surjan en el curso del mismo.

1.5.6 La decisión del tribunal arbitral

Una característica fundamental del arbitraje es la facultad que tienen los árbitros de adoptar decisiones vinculantes hacia las partes. Esta característica es la que distingue al arbitraje de los demás métodos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación. Donde las recomendaciones del mediador o conciliador buscan llegar a un acuerdo negociado, careciendo de fuerza obligatoria para las partes.

1.6 El derecho aplicable

En primer lugar el arbitraje comercial de derecho se va a regir por las normas procesales convenidas por las partes, derecho aplicable al fondo y en segundo lugar se rige por las normas correspondientes a la sede del arbitraje, lo cual se conoce como *lex arbitri*.

1.6.1 La *lex arbitri*

Cada Estado decide por sí mismo las normas que regulan al arbitraje en su territorio, estas normas de derecho interno constituyen la *lex arbitri*, la cual varía dependiendo del país donde se lleve a cabo el arbitraje. En Guatemala la *lex arbitri* está constituida



principalmente por la Ley de Arbitraje y complementariamente por la demás legislación interna aplicable.

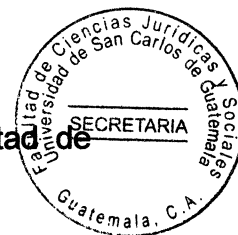
Se espera que la *lex arbitri* rija aspectos tales como: “la determinación y forma del acuerdo arbitral; la determinación de si las controversias pueden o no someterse a arbitraje; la constitución del tribunal arbitral y las causales de recusación de dicho tribunal; el derecho del tribunal arbitral a decidir sobre su propia jurisdicción; el trato equitativo de las partes; la libertad de establecer normas procesales detalladas; las medidas cautelares y los escritos de demanda y contestación”.²³

También se puede agregar, que se regulan aspectos como la forma de establecer las audiencias; los procesos en rebeldía; la asistencia judicial de resultar necesaria; las facultades de los árbitros; la forma y validez del laudo arbitral y el carácter definitivo del laudo, incluido el derecho a impugnarlo ante tribunales de justicia del lugar del arbitraje.

1.6.2 El derecho aplicable al fondo

Con base a la autonomía de la voluntad, las partes pueden elegir libremente el derecho o normas jurídicas que se aplicarán al contrato, sin embargo, para que las partes de un contrato internacional puedan elegir la ley que rige dicho contrato es preciso que el sistema jurídico que les faculta contratar se los autorice, es decir que “es necesario que

²³ Redfren, Alan y otros. Op. Cit. Pág. 59.



el contrato antes de ser celebrado, se ampare en la ley que regula la libertad de contratación de las partes”.²⁴

La ley aplicable al fondo de una relación jurídica, específicamente en el ámbito de los contratos, cumple una triple función: en primer lugar, desempeña una función completiva para integrar las lagunas contractuales, como default rules. En segundo lugar, cumple una función interpretativa para determinar el sentido de los pactos o cláusulas ambiguas u oscuras. Y, en tercer lugar, “despliega una función restrictiva para anular las disposiciones de las partes contrarias a reglas de imperativo cumplimiento o indisponibles”.²⁵

Por lo cual, la selección del derecho aplicable al fondo también es una de las decisiones importantes que deben de tomar en consideración las partes, puesto que si se encuentran en un arbitraje internacional lo más apropiado será elegir un ordenamiento legal neutral.

1.6.3 Elección de un derecho estatal

Las partes pueden optar en cualquier caso por un determinado derecho estatal. Por definición, la elección de un derecho estatal únicamente puede ser genérica, y afecta a todas las fuentes normativas del derecho elegido. Al elegir las partes un derecho estatal como derecho aplicable al fondo de la controversia, el tribunal arbitral queda sometido a

²⁴ Quintina, Alfonsin. **Régimen internacional de los contratos**. Pág. 21.

²⁵ Sixto Sánchez, Lorenzo. **Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje internacional**. Pág.36



un ordenamiento jurídico, autónomo, integral y sistemático para darle solución a la controversia.

1.7 El Laudo Arbitral

“El laudo es la decisión final que el tribunal arbitral emite para resolver la controversia,”²⁶ por lo cual, es equiparado a la sentencia judicial, ya que tiene los mismos efectos: constituye cosa juzgada, es de obligatorio cumplimiento para las partes y es susceptible de ejecutarse por medio el juicio sumario en la vía de apremio.

1.7.1 Definición

No existe una definición de laudo aceptada internacionalmente, tampoco se incluyó en ninguna convención internacional sobre arbitraje, ni en los tratados de Ginebra, la Convención de Nueva York o la Ley Modelo. Sin embargo, el autor Gonzales de Cossío lo define de la siguiente manera:

“El término laudo hace referencia a un laudo final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión procesal aunque, en este último caso, solo

²⁶ Gómez Rodas, Carlos. **Apuntes sobre arbitraje comercial internacional**. Pág. 14.



se tratará de un laudo si el tribunal arbitral denomina de tal manera a la decisión que adopte²⁷

Por lo cual, se puede establecer que laudo es la decisión que toma en el árbitro para la resolución de la disputa sometida a su conocimiento, el mismo debe dictarse por escrito y expresar, al menos, las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, la fecha y el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral.

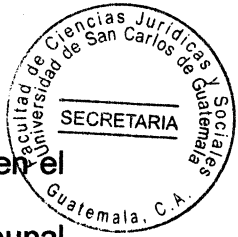
1.7.2 Clases de Laudo

Los laudos de acuerdo a la situación jurídica que resuelven y el momento en procesal en el cual son emitidos se clasifican en:

Laudos finales: Son aquellos que ponen fin a la misión del tribunal arbitral, se da por concluida la función del tribunal, si hace falta establecer costas, intereses o cualquier otra cuestión, debería llamarse laudo parcial o provisional.

Laudos parciales y laudos provisionales: La facultad de dictar laudos parciales está determinada por el propio convenio arbitral o por la *lex arbitri*. El reglamento de la Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil establece: además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales.

²⁷ González. Op. Cit. Pág. 11



Laudos en rebeldía por una de las partes: Ante la ausencia de una de las partes en el desarrollo del arbitraje, ya sea desde el inicio o en cualquier etapa del mismo, el tribunal arbitral está en la obligación de tomar una decisión por propia iniciativa y resolver la pretensión de las partes, aún ante la ausencia de una de ellas.

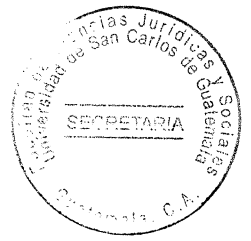
1.7.3 Forma del laudo

El artículo 32 del Reglamento de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece los siguientes requisitos:

- El laudo se dictará por escrito
- Se expondrán las razones en las que se base el laudo
- El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó
- Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.

Por lo tanto, lo anterior son los requisitos formales mínimos que deben cumplir los árbitros al momento de dictar el laudo, teniendo en cuenta que el incumpliendo de alguno de ellos podría provocar la anulabilidad del mismo.





CAPÍTULO II

2. El sistema de arbitraje guatemalteco en el marco constitucional

Como se ha explicado en el capítulo anterior el arbitraje se cimienta en la voluntad de las partes para resolver un conflicto, existente o futuro, por lo cual la cláusula arbitral será su pieza maestra y su razón de ser. La voluntad de las partes pone en marcha tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros.

Por consiguiente, la admisión constitucional del arbitraje debe concebirse como un instrumento complementario de la función jurisdiccional ejercida por los árbitros, sin que ello implique una suplantación por los árbitros de los órganos judiciales del Estado. A continuación se examinará la figura del arbitraje en el marco constitucional guatemalteco, estableciendo que los efectos jurisdiccionales que derivan del arbitraje exigen unas garantías y responsabilidades para el árbitro de proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

2.1 El arbitraje una institución constitucionalmente relevante

Constituye un pensamiento común la consideración de que cuando aparece una controversia, la única posibilidad de resolverla es acudir al poder judicial. Ello implica que es necesario iniciar un procedimiento y que el lapso en el que se va a desarrollar



será muy largo. Los obstáculos con los que chocan las partes en el sistema de justicia estatal han dado lugar a una marcada tendencia hacia la revitalización de formas alternativas, entre las cuales el arbitraje ha desempeñado un papel muy relevante.

La práctica del arbitraje ha contado en esta materia con una serie de logros muy significativos y esperanzadores. El primero de ellos no es otro que la descongestión de los juzgados y tribunales ordinarios, permitiendo a los jueces dedicarse a estudiar los asuntos que se le encomienda con mayor rigor.

El segundo es permitir a los contendientes racionalizar los costos de su eventual litigio. Si bien cada país posee características concretas en orden a la organización de la justicia, las cuestiones relativas a la administración de los tribunales, independencia de la justicia, capacitación de los jueces, son básicas para una correcta administración de la justicia, una administración de calidad. En muchos países existen grandes dificultades para la creación de un poder judicial confiable, eficiente y ágil.

De este modo, métodos alternativos de resolución de conflictos fortalecen el acceso a la justicia, entendido este como un derecho fundamental, que "garantiza la igualdad de trato ante la ley y la no discriminación, que permite a todas las personas entrar a conocer el ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios cercanos".²⁸

²⁸ Bernal Cremades, Mauricio. *El arbitraje en la doctrina constitucional española*. Pág. 186



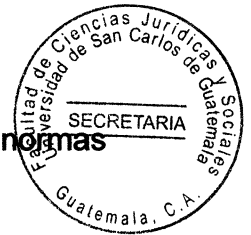
Por lo tanto, debe considerarse al arbitraje como uno de los principales mecanismos eficaces para la obtención del fin último del Estado de Derecho, siendo éste, la real y material distribución de justicia. Por lo cual, la justificación de su inclusión en la constitución parece clara, aunque no es exacta en todos los casos, pues la constitucionalización del arbitraje ha tomado distintas vertientes en el marco constitucional.

2.2 Constitucionalización del arbitraje

“La constitucionalización del derecho se refiere al fenómeno jurídico según el cual el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación con la constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe ajustarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la constitución.”²⁹ Por lo cual, la constitucionalización del arbitraje se refiere la introducción de dicha figura a la ley fundamental del Estado y que dicha figura se regirá en su interpretación y aplicación a dicha normativa.

A escala constitucional América Latina ha cambiado en su actitud respecto al arbitraje internacional. “Actualmente casi todos los textos constitucionales latinoamericanos contienen disposiciones propicias al arbitraje, algunas de ellas resueltamente

²⁹ Arrieta Florez, Vicente Jesús. *La constitucionalización del derecho y su incidencia*. Pág. 48



apreciables y otras, aunque en modo indirecto, a través del reenvío que sus normas efectúan a los tratados internacionales.”³⁰

Dicha constitucionalización ofrece proyecciones diversas entre las que cabe destacar:

a) la búsqueda de protección efectiva de los derechos individuales y/o garantías fundamentales en el escenario arbitral; b) el establecimiento de limitaciones a la actuación del Estado y sus entidades fundadas en el poder del constituyente y/o en nociones difusas de interés público; c) la aplicación de normas de orden constitucional a los árbitros, derivadas de la calificación de estos como jueces; y d) “la existencia de controles de carácter constitucional de las leyes”.³¹

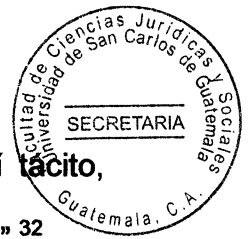
En el caso de Guatemala, distintos autores difieren a si el arbitraje en la Constitución Política de la Republica de Guatemala se encuentra ubicado como derecho humano o como parte del Organismo de Justicia.

2.2.1 Arbitraje como derecho humano

Esta corriente del constitucionalismo del arbitraje establece que el arbitraje es un derecho humano individual y que “El fundamento o basamento constitucional en Guatemala, para utilizar, como derecho humano individual, los métodos alternativos de

³⁰ Fernández Rozas, José Carlos. *Tratado de arbitraje comercial en América latina*. Pág. 78

³¹ Conejero Ros, Carlos. *La Constitución y el arbitraje internacional ¿hacia un nuevo lenguaje?* Pág. 235



solución de conflictos no tiene un reconocimiento expreso o puntual, pero sí tácito, derivado del artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala”.³²

Dicho artículo constitucional establece en su parte conducente lo siguiente: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”

Por lo cual, derivado de este artículo se entiende que los derecho humanos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala son números *apertus*, es decir, que no únicamente se encuentran resguardados lo expresamente establecidos, sino también aquellos que sin indicarse expresamente se consideran un derecho humanos inherente a la persona. Por lo tanto, se reconoce el derecho a elegir entre el derecho a encausar un problema ante la justicia ordinaria -el derecho humano a la tutela judicial- y el derecho a optar por mecanismo diversos -el derecho humano arbitral-.

El derecho humano arbitral según lo explica Francisco Gonzales de Cossío comprenderá:

-“El derecho a que el Poder Legislativo emita legislación sobre cada uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias”³³. Lo cual se cumple en

³² Castellanos Howell, Álvaro. *Los Árbitros y el ius imperium ¿Compatibles o incompatibles?* Pág. 270.

³³ González de Cossío, Francisco. *El derecho humano arbitral*. Pág. 22



Guatemala ante la promulgación de la Ley de arbitraje, decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala.

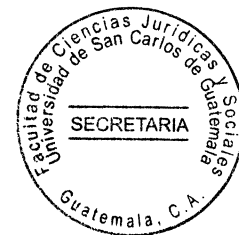
-“El derecho a renunciar *in toto* a la tutela judicial: parte del derecho arbitral consiste en dar efectos al pacto arbitral, el llamado efecto positivo y negativo del derecho arbitral.”³⁴

Por ende, tanto desde la perspectiva constitucional, como legal y jurisprudencial, es claro que el derecho a obtener justicia de los tribunales judiciales incluye el derecho a no hacerlo y a encauzar la controversia alternativamente a través de mecanismos diversos de solución de disputas.

-El derecho a evitar interferencia judicial en procedimientos arbitrales y otros mecanismos alternativos de solución de controversias.

Quedando salvo la asistencia judicial que la Ley de Arbitraje de Guatemala establece en su Artículo 9, el cual indica: “En defecto de acuerdo entre las partes, las funciones a que se refieren los artículos 15 (3) y 4); 18 (1); 21 (3); 22 (2) y 34 serán ejercidas a elección de actor, por el Juez de Primera Instancia de lo Civil o Mercantil del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o el del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, el del lugar donde deba dictarse el laudo, el del domicilio de cualquiera de los demandados o, en cualquiera de los anteriores lugares si coinciden todas o algunas de las circunstancias anteriores.”

³⁴ González de Cossío, Francisco. Op. Cit. Pág. 26



2.2.2 Arbitraje como parte del Organismo Judicial de Guatemala

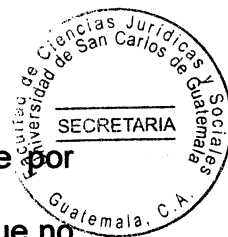
Esta corriente afirma que el fundamento constitucional del arbitraje en Guatemala se encuentra en el Artículo 203, artículo que se encuentra en la parte orgánica de la Constitución Política de la República de Guatemala, en la cual se regula lo relativo al Organismo Judicial. El mencionado artículo constitucional establece lo siguiente:

“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.”

Según esta corriente lo anteriormente citado demuestra que los constituyentes tuvieron una visión a futuro en el sentido de designar la administración del sistema de justicia al



Organismo Judicial, pero no por ello, se le impidió al cuerpo legal máximo que por medio de leyes se pudieran crear otros tribunales adicionales, incluso aquellos que no necesariamente se encontrarían dentro del entorno del Organismo Judicial, como lo son los tribunales arbitrales.

2.3 Aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional

Independientemente que se ubique al arbitraje dentro de la parte dogmática -como derecho individual- o la parte orgánica -como parte del Organismo de Judicial- de la Constitución Política de la República de Guatemala, es evidente que existe una aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional, es decir, como un mecanismo a través del cual se resuelven las controversias de manera alterna a los mecanismos ordinarios ofrecidos por el Estado.

De esta forma lo expresa el autor Juan Carlos Araúz Ramos "si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y éstos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal."³⁵

³⁵ Araúz Ramos, Juan Carlos. **Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje**. Pág. 56



No se trata de otra justicia, se trata de la misma con otros actores principales –árbitros-, pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver. Además, la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten las partes interesadas, sólo será eficaz y válida si se cumplen estrictamente los requisitos legales y convencionales establecidos, pues únicamente dentro de esos límites se desarrolla la potestad arbitral.

Por lo general se habla de exclusividad de la jurisdicción, “lo que significa que sólo los órganos del Poder Judicial pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con exclusión de cualquier otro órgano del Estado”. Sin embargo, “no es de todo correcto en la materia que estamos examinando aludir a la exclusividad de la jurisdicción en relación con los modelos de administración de justicia. Mejor es establecer una concurrencia de estas alternativas jurisdiccionales, que poseen una finalidad común, cual es la contribución al restablecimiento de la paz social que ha sido perturbada por las diferencias de los particulares.”³⁶

A partir de aquí es más fácil explicar la inexistencia de una situación de conflictividad en las relaciones entre la justicia estatal y la justicia arbitral; pues en todo caso, la consecución de la paz social es el objetivo incuestionable de ambos mecanismos, y el mismo se obtiene únicamente mediante el atento equilibrio de su interdependencia

³⁶ Araúz Ramos, Op. Cit. Pág. 72



2.3.1 Exclusividad de la justicia estatal y arbitraje

La función jurisdiccional se ejerce por órganos del Estado en tanto que la función arbitral es desarrollada por terceros elegidos por las partes entre particulares. La función jurisdiccional sólo puede ser ejercida por órganos estatales, pues es precisamente la soberanía del estado la que determina que si al órgano único e idóneo que pueda, mediante la actuación de la ley, mantener la vigencia de un orden social.

Dicha función jurisdiccional emana de la soberanía del estado mientras que la función arbitral emana de un convenio entre particulares. El juez ejerce esta función porque en virtud de la *potestas* del Estado contribuye a asegurar el cumplimiento del derecho dentro de una sociedad; por el contrario el árbitro ejerce su función porque las partes así lo determinan, estando obligado en virtud de un contrato privado.

En consecuencia en el arbitraje desaparece el concepto de competencia. Si el juez por el simple hecho de serlo está investido del atributo jurisdiccional y como tal es competente para conocer de unos casos y declinar su competencia en otros, el árbitro actúa tan sólo en el ámbito de lo que las partes le han conferido para resolver su controversia que únicamente podrá conocer y resolver lo expresamente señalado por las partes; por ello siempre será competente, siempre que la materia sea arbitrable.

“El árbitro no posee la totalidad de los atributos que la generalidad de la doctrina procesalista considera que integran la noción de jurisdicción, pero tiene algunos de



ellos: a) la facultad de conocer el conflicto suscitado; b) la facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía y c) la facultad de sentenciar, o mejor dicho, de laudar. Frente a la amplitud de la función jurisdiccional las facultades de los árbitros no abarcan a todo tipo de litigios, cuestión ésta que nos conduce al apartado de la arbitrariedad de la controversia”.³⁶

Desde una óptica constitucional, el hecho de que la institución arbitral se haya configurado como una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la potestad jurisdiccional suscita una importante cuestión en orden al fundamento de la legitimación de los árbitros para dirimir los litigios sometidos a su consideración. Porque aunque, la Constitución Política de la Republica de Guatemala proclama los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que dan la impresión de que únicamente existe un sistema jurisdiccional unitario, tal proclamación no puede conducir a afirmar que el Poder Judicial es el único encargado de desempeñar dicha función.

“La denominada dimensión objetiva del arbitraje no hace sino reconocer que esta figura goza del reconocimiento constitucional como una suerte de jurisdicción independiente. De ello se infiere que las facultades conferidas a los árbitros y a las partes en el ámbito de un procedimiento arbitral no pueden ser ejercidas de manera arbitraria, con desconocimiento de las normas constitucionales, y totalmente dissociadas del respeto de los derechos fundamentales”.³⁷

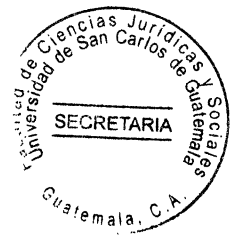
³⁶ *Ibíd.*
³⁷ *Ibíd.*



La jurisdicción de los jueces es, por lo tanto, permanente y genérica, con la sola limitación de la competencia en que –por territorio y materia– dividen la tarea. En el caso de los árbitros, su jurisdicción depende en forma mediata de las normas que admiten la instauración de un sistema particular de administración de justicia, en el caso de Guatemala su ley de arbitraje. A partir de aquí debe negarse tajantemente que el arbitraje implique un quebranto al principio de exclusividad de la jurisdicción, tanto más cuando, con las consideraciones que se acaban de efectuar, se confiere al particular la posibilidad de elegir para la resolución de sus controversias la vía jurisdiccional.

2.4 El arbitraje en el cumplimiento de los objetivos del Estado Constitucional de Derecho

La noción de Estado de Derecho no puede estar desligada de algunas ideas centrales, sin las cuales, el Estado carecería de tal atributo. La obligación del Estado se orienta al aseguramiento de una libertad autónoma y una libre elección individual y dicho aseguramiento se asocia con la determinación de límites a su propia jurisdicción y, en consecuencia, la limitación de su esfera de intervención en los asuntos vinculados a la actividad privada.



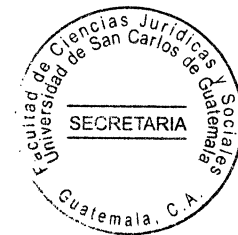
2.4.1 La protección de derechos humanos en el proceso arbitral

“Los derechos humanos son aquellos inherentes al ser humano, corolario de su intrínseca condición de ser persona humana y que han venido reconociéndose a través del desarrollo dialectico y contradictorio del devenir histórico-social.”³⁹

Por lo tanto, si se tiene en cuenta que en virtud de la naturaleza contractual del arbitraje, la voluntad de las partes es la fuente de la dimanan los poderes del árbitro también dicha voluntad constituye su límite. De ahí que, el árbitro en el desarrollo de su actividad, deba ser consciente del respeto a las garantías fundamentales de la justicia, respetando en todo momento los derechos humanos de las partes.

³⁹ Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. Pág.35





CAPÍTULO III

3. La tutela de los derechos humanos en los arbitrajes comerciales

Los procesos arbitrales tiene por objeto defender derechos contractuales o *ex lege*, sin embargo, existen derechos fundamentales que son aplicables a todos, por lo que permean en todos los sistemas, como lo son los derechos humanos. Es así como surge el problema en los arbitrajes comerciales de derecho que tienen como sede a Guatemala respecto a ¿cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales? por lo tanto, se hace necesario realizar un análisis en cuanto a lo protección de los derecho humanos en los arbitrajes comerciales.

3.1 Derechos humanos

En la Constitución Política de la República de Guatemala, los derechos humanos se encuentran regulados en la parte dogmática de la misma, desde el Artículo 3 al Artículo 139, los derechos humanos se clasifican en individuales y sociales.

3.1.1 Origen y desarrollo

La edad moderna marca el inicio del nacimiento del Estado democrático de Derecho y la consolidación de la concepción filosófica política de los derechos naturales de la persona humana, actualmente llamada derechos humanos. Su prédica inicia sistemáticamente, con la Escuela del Derecho Natural, cuyos precursores son Thomas



Hobbes, John Lock, Juan Jacobo Rosseau y Montesquieu, quienes arguyeron que la legitimidad y función esencial del Estado es la garantía de los derechos individuales del ciudadano y básicamente, en el proceso inicial de la consagración de los derechos humanos, la vida, la propiedad privada y la libertad.

“En el orden jurídico se consagraron los derechos individuales de la persona humana, estableciendo que los sistemas jurídicos no solo deben imponer deberes al hombre, sino que y sobre todo, el Estado tiene la obligación esencial de garantizarle sus derechos fundamentales e inherentes a su condición de ser humano”.⁴⁰

Generando de esta forma el proceso inicial de positivación de los Derechos humanos, llevada a cabo por los movimientos de la Independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la gesta revolucionaria francesa de 1789.

Más adelante, esta concepción individualista de los derechos humanos, fueron duramente criticado por el movimiento historicista representado por Federico Hegel y los precursores Karl Marx y Federico Engels. “La concepción individualista es superada por la concepción materialista de los derechos fundamentales de la persona, pues conciben el desarrollo de los derechos Humanos desde el punto de vista histórico-social y analizan su constitución como consecuencia de la lucha incesante del ser humano por la búsqueda de los derechos y libertades necesarios para la existencia material del ser humano en época y lugar determinado”.⁴¹

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Pág. 39



Desde esta perspectiva, se puede determinar que esta concepción materialista fundamentó los llamados derechos sociales como: el derecho al trabajo, la regulación de las condiciones laborales, el derecho a la educación, la salud y la cultura. Lográndose la positivación de dichos derecho en los ordenamientos jurídicos con la Constitución mexicana de Querétaro en 1917, la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución de Guatemala de 1945.

Finalmente, los derechos humanos adquieren un carácter universal, a través de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho. Por lo tanto, a partir de este momento es que los derechos humanos tienden a ser protegidos no ya solamente en el ámbito del Estado, sino también en contra el Estado mismo.

3.1.2 Definición

El autor Norberto Bobbio establece que adoptando una posición intermedia entre la teoría iusnaturalista y la materialista, se puede concluir que son Derechos Humanos “aquellos inherentes al ser humano, corolario de su intrínseca condición de ser persona y que han venido reconociéndose a través del desarrollo dialectico y contradictorio del devenir histórico social”.⁴²

⁴² *Ibíd.*

Sin embargo, en esta definición no se agota con plenitud la concepción internacionalista la cual permite que el Estado no sea solo tenido como un sujeto garante de Derechos Humanos, sino además como sujeto transgresor de los mismos.

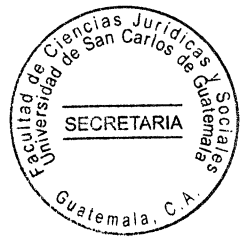
Por lo tanto, se debe entender por derechos humanos como aquellos inherentes al ser humano, que han venido reconociéndose a través del desarrollo histórico y social, los cuales han sido consagrados en textos legales de carácter nacional e internacional, para la eficacia de su plenitud y respeto.

3.1.3 Características

Existe una amplísima gama de características que pueden ser atribuibles a los derechos humanos, sin embargo las más puntuales y concretas son las señaladas por el Dr. Carlos Larios Ochaita quien apunta: "De conformidad con lo resuelto en la conferencia Mundial para los derechos humanos celebrada en Viena en el mes de Junio de 1993, los Derechos humanos gozan de las características siguientes: universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación".⁴³

Por lo cual, se puede concluir que: a) todos los Estados deben tratar los Derechos Humanos de manera global, justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma urgencia; y b) todos los Estados, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, tiene el deber de promover todos los Derechos Humanos y todas las libertades fundamentales.

⁴³ Larios Ochaita, Carlos. *Derecho internacional público*. Pág.33

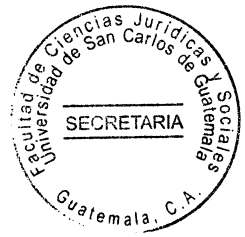


3.1.4 Mecanismos de protección de los derecho humanos

En Guatemala desde 1921, se consagró en su ordenamiento constitucional el juicio de amparo, por influencia mexicana y como instrumento tutelar específico de los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo también el hábeas corpus el cual se encuentra en nuestra legislación desde los Códigos de Livingston de 1836 y la impugnación de las leyes inconstitucionales.

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965, se conservó el amparo como instrumento particular para la protección de los derechos humanos, incluyendo la impugnación de leyes, reglamentos, resoluciones o actos de autoridad. Se introdujo un tribunal especializado para cuestiones constitucionales calificado como Corte de Constitucionalidad, dicha Corte no funcionaba de manera permanente, sino que se integraba en cada ocasión en que se hacía valer la acción de inconstitucionalidad.

En la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 se establece a partir del Artículo 263 al 267 los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, los cuales son: La exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, siendo esta última, de especial relevancia para la presente investigación, por lo cual se estudiará con mayor detalle en el siguiente capítulo.



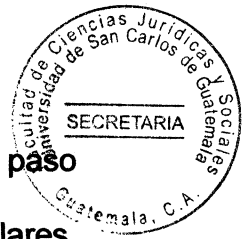
3.2 La aplicación horizontal de los derechos humanos

Como ha quedado establecido en la presente investigación, la importancia actual de los derechos humanos es irrefutable prácticamente en la totalidad del mundo. La doctrina generalizada identifica a los derechos humanos como universales, inalienables e incondicionales.

Por lo cual, existe una plena protección de los derechos humanos por parte de violaciones del poder público, sin embargo, no existen mecanismo claros de protección frente a actores no estatales. Entonces, ¿Cómo garantizar su eficacia multidireccional? Es la pregunta que busca resolver la teoría de la eficacia de la aplicación horizontal de los derechos humanos.

3.2.1 La eficacia de la aplicación horizontal de los derechos humanos en las relaciones jurídicas entre particulares

La eficacia de la aplicación horizontal de los derechos humanos es la doctrina legal surgida en el derecho alemán según la cual una demanda particular puede sustentarse en los derechos fundamentales en contra de otro particular, o bien, respecto a las autoridades por la violación de dichos derechos. Esta doctrina se desarrolló en la década de los 50 en Alemania y fue ganando paulatinamente aceptación en otros sistemas jurídicos, principalmente, en la Corte Europea de los Derechos Humanos.



La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso *Lüth* dio paso a la aplicación indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

En esta resolución, el máximo tribunal alemán determinó que si bien no se pueden hacer valer directamente los derechos humanos entre los individuos privados, el juez debe realizar una interpretación de las normas conforme a los derechos humanos

Por lo cual, esta teoría “se centra en responder a las cuestiones siguientes: ¿Quién goza del derecho? ¿Frente a quién puede ser oponible ese derecho? ¿Quién garantiza ese derecho? De igual manera, esta doctrina intenta responder ¿Cuándo los principios constitucionales fundamentales son aplicables a las relaciones entre particulares?”.⁴⁴

La aplicación de los derechos humanos es horizontal cuando las reglas de derecho son implementadas directa o indirectamente para regular las relaciones *inter privatos*. Es aplicación directa horizontal al hacer valer las normas de derecho en las relaciones de un particular frente a otro particular. De acuerdo a esta doctrina los ciudadanos de los Estados miembros de los tratados de derechos humanos se encuentran obligados entre sí en sus relaciones mutuas.

En opinión de Inmaculada Vivas Tesón “la supremacía constitucional, a la vez que la vigencia de los valores de justicia, libertad e igualdad en un Estado democrático de derecho implica necesariamente la irradiación a todo el orden jurídico de la aplicación horizontal de los derechos humano”.⁴⁵

⁴⁴ Ramírez Bañuelos, Jesús Francisco. **Consideraciones sobre la aplicación de la drittwirkung**. Pág. 22

⁴⁵ Vivas Tesón, Inmaculada. **La horizontalidad de los derechos fundamentales**. Pág. 36



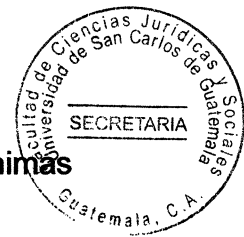
Por lo tanto, es importante destacar que el juez, o el árbitro en su caso, al aplicar esta teoría debe asegurarse de que se trate de una violación grave a los derechos humanos, que implica la posibilidad de trastocar el orden público. Es decir, es necesario que nos encontremos ante un conflicto de valores esenciales de la convivencia social.

Con fundamento en lo anterior, se estudiará a continuación la aplicación de los derechos fundamentales de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en el proceso arbitral.

3.3 Tutela judicial efectiva y arbitraje

Poseer un derecho implica la posibilidad de poder ejercerlo o de exigir su cumplimiento ante un tribunal. A partir del momento en que la persona recurre y acude al aparato judicial para pedir se le haga justicia, más precisamente cuando recurre al órgano jurisdiccional a solicitar se le imparta protección a sus derechos, se hace menester la tutela judicial efectiva con el objeto de que a través de un proceso determinado se satisfaga la pretensión solicitada en un primer momento por la persona afectada o perjudicada.

Por lo tanto, se entiende por derecho a la tutela judicial efectiva, "aquél que tiene toda persona de solicitar la actuación de los órganos jurisdiccionales para la protección de



sus derechos, con el concurso de un procedimiento que respete las garantías mínimas y esenciales”.⁴⁶

La necesidad de tutela de los derechos de las personas individuales es un instrumento indispensable para hacer estable la vigencia del ordenamiento jurídico y lograr, así, a través del proceso, alcanzar y preservar todos aquellos valores considerados fundamentales para la consecución de los fines sociales.

3.3.1 Contenido y alcance del principio de tutela judicial efectiva

La tutela de los derechos fundamentales en una dimensión procesal requiere, en primer término, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. A partir de aquí tutela judicial y debido proceso se incluyen en el contenido esencial de los derechos fundamentales.

“Dentro de la relación de los derechos fundamentales la tutela judicial se contempla como un derecho esencial cuyo finalidad última es la protección de otros derechos. Se manifiesta como el derecho a acceder a los tribunales y a obtener de ellos una resolución de fondo, siempre que se cumplimenten los requisitos necesarios para ello”.⁴⁷

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Araúz Ramos, *Op. Cit.* Pág. 102



Es decir, que existe una interrelación muy profunda entre este derecho y la prohibición de indefensión, lo que trae como consecuencia ninguna controversia que tenga su base en el ordenamiento jurídico debe quedar al margen de dicha tutela judicial.

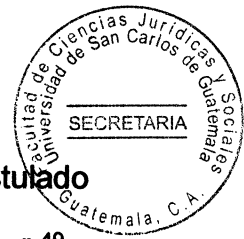
“El derecho a la tutela judicial efectiva se escinde en dos vertientes autónomas pero íntimamente vinculadas entre sí, como es, de un lado, el derecho a la jurisdicción como garantía previa al proceso y, de otro lado, el derecho a un proceso con todas las garantías”.⁴⁸

Esta última vertiente comprende el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, la información de la acusación, un proceso público sin dilaciones, el derecho a la prueba, la asistencia letrada, e implícitamente el derecho al juez imparcial.

Es así como la tutela judicial efectiva cada vez goza de mayor reconocimiento como derecho fundamental básico que, sin embargo, tiende a ser obstaculizado por factores tales como el costo de los litigios, la duración de los procesos y los retrasos injustificados y la desigualdad de medios en posesión de la partes, que nos conduce a la noción de parte débil en el proceso.

En conclusión, se puede señalar que las características esenciales que comprende este derecho son dos: “De un lado, que se trata de un “derecho subjetivo”, puesto que es una capacidad de la persona que tiene la facultad de ejercer o no dicha atribución ante un juez; y, de otro lado, la libre facultad que tiene el demandante para iniciar el proceso

⁴⁸ *Ibíd.*



y someter al demandado a los efectos del mismo. Más que un principio, un postulado constitucional, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de toda persona”.⁴⁹

Por lo tanto, suscribir un acuerdo de arbitraje no implica la renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en la Constitución Política de la Republica de Guatemala. Dicho derecho tiene un contenido de gran amplitud que incluye no solamente la protección de los derechos ciudadanos determinados en ella y en las demás leyes nacionales por medio de los mecanismos de concurrir ante los jueces y tribunales ordinarios, sino que también incluye el derecho de todo ciudadano a buscar esa misma protección o tutela mediante los sistemas alternativos que aporta la justicia privada, lo cual permite hablar de la prolongación al procedimiento arbitral.

3.3.2 Prolongación al procedimiento arbitral

Teniendo como presupuesto la teoría de aplicación horizontal de los derechos fundamentales puede establecerse que la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos es aplicable en cualquier ámbito, incluido en el arbitraje. En ningún caso se podría en el curso de un procedimiento arbitral denegar a las partes este derecho, debiendo los árbitros resolver todos los asuntos que se les sometan, otorgando a ambas partes igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones.

Asimismo, la tutela judicial efectiva es un derecho que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce a todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales

⁴⁹ *Ibíd.*



o extranjeras, públicas o privadas. Dicho en otros términos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, ya que el derecho a dicha tutela no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje.

“La posibilidad de solicitar la tutela de determinados intereses jurídicos a través de la actuación de árbitros, tanto en el caso de requerirlo las partes de común acuerdo, bien durante el juicio o bien antes de entablarse aquel, así como en el caso de invocarlo una sola de ellas, cuando existe oposición de la otra, no puede ser contemplado más que como una suerte de expresión del derecho que tiene todo ciudadano, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, de obtener la satisfacción de su interés a través de medios no jurisdiccionales de justicia”.⁵⁰

Por lo tanto, una postura que excluya del ámbito del arbitraje el derecho fundamental a la tutela efectiva omite, en primer lugar, que las garantías contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala pueden constituir el contenido del orden público, que es una de las vías habilitadas para ejercitar el recurso de revisión contra el laudo. De igual forma, que si el arbitraje no tuviera que adecuarse a las exigencias constitucionales se produciría una quiebra inasumible en el sistema constitucional de la justicia.

⁵⁰ Bernal Cremades. Op. Cit. Pág. 105

3.4 El derecho de defensa en el arbitraje

El derecho de defensa se “materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso”.⁵¹ Entre estas garantías se incluyen derechos tales como: el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno mismo y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, en el que necesariamente concurren los principios de audiencia y de igualdad de las partes.

“En orden a su extensión, este derecho ha sido considerado por la doctrina como todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Es además, el derecho que tiene toda persona a la correcta y adecuada aplicación de la Constitución y la ley al caso particular”.⁵²

Por lo tanto, al ser el arbitraje un método de resolución de conflictos, en el cual se deben proteger los derechos de las personas, dicho derecho de defensa debe de prolongarse al procedimiento arbitral.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Araúz Ramos. *Op. Cit.* Pág. 102



3.4.1 Prolongación al procedimiento arbitral

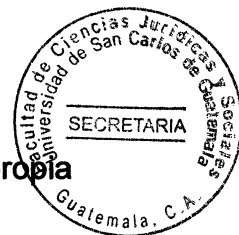
Establecido los alcances y componentes esenciales del derecho de defensa en el apartado anterior, cabe precisar que dicho derecho fundamental, en su faceta adjetiva, asegura la estricta observancia de presupuestos que deben ser cumplidos para el establecimiento de cualquier sanción o consecuencia jurídica.

En consecuencia, el derecho de defensa se extiende al ámbito de la jurisdicción arbitral. Se trata, en efecto, de un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Por lo tanto, es evidente que las exigencias de respeto y protección del debido proceso, vinculan a los árbitros y tribunales arbitrales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Por lo cual, resulta oportuno apuntar que “dichas garantías serán aplicables al arbitraje siempre que sean concurrentes con la naturaleza y fines de dicha institución, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución.”⁵³

Por lo tanto, el contenido esencial del derecho de defensa arbitral está conformado por aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral; y el contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias,

⁵³ *Ibíd.*



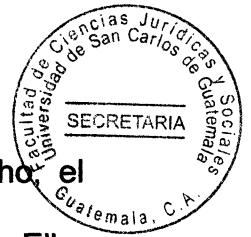
como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles.

3.4.2 La no efectiva tutela del derecho de defensa

Es cierto que el acuerdo arbitral entraña la voluntad por parte de los que lo formalizan de dirimir sus controversias por el cauce arbitral sin acudir a la vía judicial, pero ello no supone que en el procedimiento adoptado no deba ser escrupulosamente cumplido el derecho de defensa.

Par establecer si existe una efectiva tutela del derecho de defensa en el arbitraje comercial nacional, a continuación se desglosarán los derechos que comprenden el derecho de defensa en el procedimiento arbitral, es decir aquellos derechos que son concurrentes con la naturaleza y fines del arbitraje y sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral y determinar de esta forma si los mismos son efectivamente tutelados.

-Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro tribunal arbitral imparcial: Esta exigencia se hace efectiva a través del instituto de la recusación y del deber de informar que se le atribuye a los árbitros, el cual se encentra regulado en los Artículos 16 y 17 en la Ley de Arbitraje de Guatemala.



-El derecho a la igualdad sustancial en el proceso: En virtud de este derecho el proceso arbitral debe garantizar la igualdad de condiciones entre las partes. Ello, implica que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses, y, en ese mismo sentido hay que trasladarlo al arbitraje.

-Derecho a la prueba: "Se trata de un derecho básico de los justiciables que los faculta a ofrecer la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. En el caso particular del arbitraje, los árbitros tienen facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas".⁵⁴ Esta facultad debe ser ejercida de conformidad con el derecho a probar de las partes y, en caso los árbitros resuelvan prescindir de algún medio probatorio que no hubiera sido actuado en el proceso, su decisión deberá ser motivada.

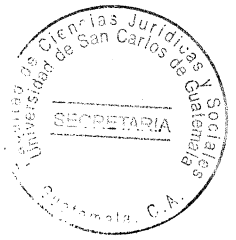
-Derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales: El derecho a la adecuada motivación de las resoluciones forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral puesto que asegura que la actuación de los árbitros se lleve a cabo de manera regular, de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales de las partes en conflicto.

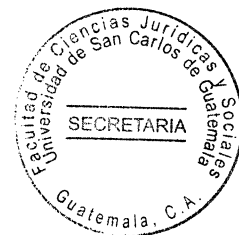
En consecuencia, al examinar cada uno de los anteriores derechos se puede concluir que el derecho de defensa comprende el derecho que tiene todo sujeto, parte en un

⁵⁴ Alcalá Zamora, Niceto. *El derecho a la prueba como una garantía del proceso justo*. Pág. 863.



proceso, a que se le aplique en toda controversia una ley adecuada a la Constitución Política de la República de Guatemala, respetando las garantías mínimas en ella establecida. Por lo tanto, para que exista una plena tutela del derecho de defensa en el arbitraje comercial nacional es necesario que el árbitro tenga la facultad de inaplicar una norma, en la cual se apoya las pretensiones de una parte, cuando esta sea contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala.



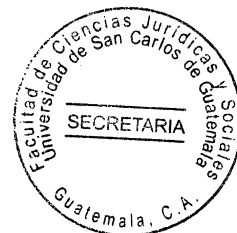


CAPÍTULO IV

4. Propuesta de aplicación del control difuso constitucional por el tribunal arbitral para la efectiva tutela del derecho de defensa

El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, superando así la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional.

En consecuencia, para poder dotar al arbitraje comercial de derecho doméstico o nacional de mecanismos que puedan salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, es necesario realizar un análisis en cuanto a si el árbitro puede ejercer un control constitucional difuso de la las leyes, es decir que deba tener el árbitro la facultad de inaplicar una norma, en la cual se basan las pretensiones de las partes, cuando esta sea contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala.



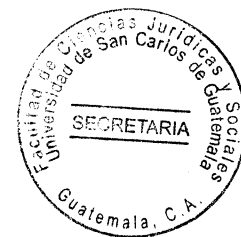
4.1 Control constitucional de las leyes

Los conflictos entre personas pueden resolverse mediante la justicia ordinaria o por medio de arbitraje según sea el caso. Sin embargo, el fenómeno adquiere matiz diferente cuando la cuestión se centra en el conflicto entre una o más reglas ordinarias y norma o normas de la constitución, porque aquellas devienen, de ser esa la apreciación, nulas o inaplicables, según sea el planteamiento. Es acá, donde se da ingreso a una forma distinta de conocer tales conflictos, que por la materia que trata se deriva a la justicia constitucional o control de constitucionalidad.

“El control de constitucionalidad de las leyes es un mecanismo consistente en verificar si las leyes contradicen a la Constitución por el fondo o por la forma”.⁵⁵ Este mecanismo es establecido en la propia Constitución Política de la República de Guatemala para que las persona puedan evitar que sus derechos fundamentales puedan ser transgredidos por la aplicación de disposiciones legales que, de acaecer en casos propios sometidos a la jurisdicción, resulten ser violatorios de normas constitucionales.

En la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la constitución encargue dicho cometido.

⁵⁵ Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Pág. 26



4.1.1 Control constitucional concentrado

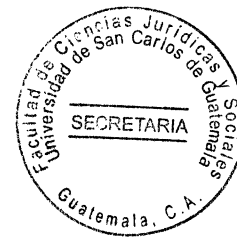
El sistema concentrado es el del modelo europeo “que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.”⁵⁶

“Este tribunal constitucional no ejerce una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen. El Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas -la Constitución y la ley- eliminando la norma incompatible con la norma suprema mediante una sentencia constitutiva”.⁵⁷

Desde esta perspectiva, el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el legislador positivo, y dos, el tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las leyes que no respetan el marco constitucional. El Tribunal Constitucional actúa así como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes pero, en el caso que entienda que una de las leyes promulgadas vulnera lo dispuesto en la constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Öhlinger, Theo. *Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco*. Pág. 203



4.1.2 Control constitucional difuso

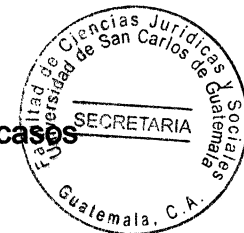
El modelo de control difuso es el sistema de revisión judicial o *judicial review*, “por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema confiere a todos los jueces la tarea de control, es decir, que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad”.⁵⁸

En consecuencia, de este modelo se destacan tres aspectos importantes: a) El control corresponde a cualquier juez; b) la potestad de los jueces y tribunales se extiende exclusivamente, a la validez de la ley en la resolución de la controversia; y c) El juez queda limitado a dar solución al caso concreto para resolver un particular supuesto, inaplicando la ley que estime inconstitucional.

4.1.3 El sistema mixto adoptado en Guatemala

Con elementos de los sistemas aludidos la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 adoptó una formulación combinada estableciendo, por una parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en los Artículos 268 y 272; por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria

⁵⁸ Highton, Elena. **Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad.** Pág. 23



para decidir, por denuncia de sus inconstitucionalidades, la inaplicación de ley en casos concretos.

En cuanto a la función de la Corte de Constitucionalidad en el control constitucional, el Artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearan directamente ante el tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

En cuanto a la función de los jueces en el control constitucional, el Artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica que: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley.”

Por lo tanto, a partir de lo anterior, se puede señalar, en relación con los dos sistemas - control concentrado y control difuso-, las notas distintivas de nuestro ordenamiento: a) el control concentrado es atribución de la Corte de Constitucionalidad en su condición de tribunal de jurisdicción privativa, independiente de la ordinaria; y b) El sistema difuso es aplicado por cualquier juez de cualquier jurisdicción o competencia.



4.2 El control difuso constitucional como mecanismo para la tutela del derecho de defensa

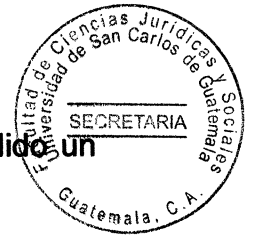
El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la su primacía constitucional y el resguardo de derechos fundamentales. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

Asimismo, como se ha indicado con anterioridad, el derecho de defensa está constituido por el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, comprendiendo dichas garantías, el derecho que tiene toda persona a que se le aplique una ley adecuada a la constitución, es decir que no sea contraria a la misma.

Por lo tanto, dicho derecho se garantiza a través del control difuso constitucional, puesto que es el mecanismo idóneo por medio de la cual una parte puede solicitar al juez o árbitro, la inaplicación de una ley por considerar a la misma inconstitucional en el caso concreto, salvaguardando de este modo un derecho fundamental.

4.3 Control de constitucionalidad por el tribunal arbitral.

En la presente investigación, se ha establecido que en los arbitrajes comerciales de derecho, el tribunal arbitral o árbitro se encuentra sometido a un ordenamiento jurídico elegido por las partes y cuando este es un arbitraje nacional se encuentra sometido al

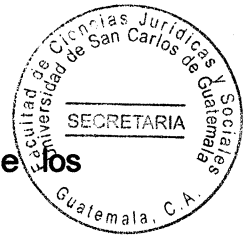


ordenamiento jurídico del lugar sede del arbitraje, salvo las partes hayan decidido un derecho aplicable distinto en el acuerdo arbitral.

Por lo cual, el análisis sobre el cual versa esta investigación, es la facultad que tienen los árbitros en los arbitrajes comerciales de derecho nacionales, de aplicar un control difuso constitucional sobre las leyes aplicables a la controversia con el objeto de tutelar efectivamente el derecho de defensa de las partes.

Esta hipótesis tiene su fundamento al concebir a la naturaleza jurídica del arbitraje como una ecléctica entre la teoría contractualista y la teoría procesalista. Es decir, establecer al arbitraje como un acuerdo de voluntades, que se encuentra plasmado en un contrato, donde las partes acuerdan someter una controversia a decisión de un árbitro o tribunal arbitral, sin embargo también se reconoce que los árbitros ejercen una jurisdicción en el sentido de conocer y determinar a quién le corresponde la satisfacción de una pretensión y que esa jurisdicción, aunque temporal y específica para ese único caso, es plena y vinculante para las partes ya mencionadas.

Asimismo, como se ha indicado en el capítulo segundo, el arbitraje es una institución jurídica reconocida en la Constitución Política de la República de Guatemala como una 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. Por lo cual, la potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes conforme a derecho, encuentra

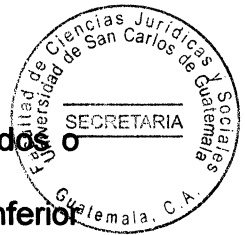


precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el acuerdo arbitral

Por lo tanto, si el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias jurídicas, que está previsto y regulado en la ley; si está incardinado en el sistema constitucional de administración de justicia, si los ciudadanos resuelven mediante el arbitraje controversias sobre materia de libre disposición poniendo en ejercicio los mismos derechos e intereses legítimos que son objeto de la tutela judicial efectiva; y si, al menos en los arbitrajes de derecho, se aplican normas jurídicas, es necesario que se pueda controlar si en el arbitraje se han respetado o no los derechos tutelados en la Constitución Política de la República de Guatemala

Una vez establecido el fundamento doctrinario, debe establecerse el fundamento legal en Guatemala para la aplicación por parte del árbitro de un control constitucional difuso constitucional.

Al considerarse que el árbitro ejerce una jurisdicción temporal y específica sobre las partes que someten a su conocimiento una controversia, el fundamento legal para aplicar un control constitucional difuso se encuentra regulado en el Artículo 116 de Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala, en cuanto dicha normativa establece que “En toda jurisdicción las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad.”

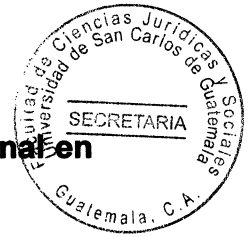


Consecuentemente, si en el desarrollo de sus funciones los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, deberán cumplir con el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Teniendo la función arbitral caracteres propios de una jurisdicción, es decir con potestad para decidir una controversia, está en el ámbito de sus facultades o atribuciones la de declarar la inaplicabilidad de una ley en un caso concreto por ser contraria dicha ley a la Constitución Política de la República de Guatemala y emitir un laudo respaldándose en tal inconstitucionalidad.

Por lo tanto, la potestad de los árbitros de aplicar el control difuso, comporta no sólo una facultad, sino también un deber, cuyo incumplimiento habilitaría la intervención de la justicia constitucional.

De igual forma, es necesario hacer énfasis en que las facultades que asisten a los árbitros deben ser ejercida con la misma circunspección y responsabilidad con que la ejercen los jueces, en el sentido de interpretar las normas que estén en juego tratando de armonizarlas con el principio constitucional que esté en juego, considerándola como inconstitucional solo en el caso que no pueda resolver esa cuestión de constitucionalidad, como una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el pronunciamiento del laudo.



4.4 Análisis de los efectos de la aplicación del control difuso constitucional en los arbitrajes comerciales de derecho

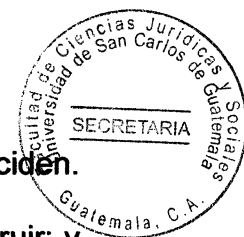
Según expone el autor Francisco Gonzales de Cossío, “los procesos constitucionales de nuestra región, entre los cuales se incluye Guatemala, tienen un margen alto de ineficacia”.⁵⁹ Destacando cinco constantes que se relacionan con el arbitraje comercial y que han tenido por efecto mermar seriamente su efectividad:

Dilución: Al hacer a los procesos constitucionales aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible. Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto, inclusive que no los justifican. Siendo los recursos finitos, el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar, de las áreas en las que se deberían concentrar.

Procesalitis: con frecuencia el régimen aplicable a los procesos constitucionales es formal y obeso. Se observa una enorme sobre-regulación de todos los aspectos del proceso, y entre más forma y requisitos, más probabilidad de error. Aunado la excesiva formalidad, ello tiene por efecto dar múltiples ocasiones para obstruir.

Exceso de recursos: Nuestro sistema de derecho procesal, constitucional suelen contar con una cantidad enorme de recursos intraprocesales, además de los recursos aplicables una vez concluido el proceso. Ello impacta seriamente su eficacia, pues

⁵⁹ González de Cossío, Francisco. *Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?*. Pág. 36



muchos de los recursos suelen suspender el proceso mientras se admiten o deciden. Ello tiene un doble efecto, primero, logra el objetivo de una parte que desea obstruir; y segundo, le complica la labor al juez. El juzgador que tiene que visitar y adentrarse a un expediente muchas veces es mucho menos eficaz que el juzgador que lo hace una sola vez.

Aunado a la enorme sobre-regulación ello resulta en suspensiones de procesos para atender recursos intraprocesales, repeticiones de los procesos en todo o en parte; y tácticas dilatorias diversas que capitalizan dichas suspensiones y repeticiones, para procurar retrasar o descarrilar procesos y con mucha frecuencia por aspectos que no lo justifican.

Tolerancia del abuso de proceso: El sistema jurídico guatemalteco se ve afectado por esta práctica maliciosa de litigar, en la cual el abogado interesado en retrasar el proceso plante toda clase de recursos, en muchos casos improcedentes, con el único objeto de obtener más tiempo. Fuera de comentarios académicos y en foros, los juzgadores, incluso árbitros, tienden a no hacer nada ante abuso procesal.

Costas: un caso particular de lo anterior que merece mención independiente es la distribución de costas. Por lo general, los fallos hacen poco análisis sobre la distribución de costas, y con frecuencia los montos pueden ser importantes. Como resultado, no sólo toleran abuso de proceso, sino que lo incentivan, puesto que cuando el costo de un proceso no es atribuido a quien lo genera, se impone un costo sobre la parte que litiga con decencia que es generado por la parte que propicia los costos. Ello incentiva el



litigio malicioso pues hace que la estrategia dominante ante el mismo sea incurrir en el mismo.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son una opción. Una alternativa a la regla que todos tienen el derecho fundamental a obtener tutela judicial del Estado. Por ello no es el propósito de esta investigación proponer que el árbitro ejerza un control difuso constitucional tal cual como lo realiza un juez, sino que el árbitro, para emitir el laudo, realice una interpretación conforme de la Constitución Política de la República de Guatemala, respetando el principio de supremacía constitucional, tutelando de esta forma el derecho de defensa de las partes.

Realizar una interpretación conforme a la Constitución Política de la Republica Guatemala significa verificar que exista consistencia, no contradicción, entre una norma con la constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Controlar la constitucionalidad de una norma por lo tanto significará que puede decidirse sobre su aplicación en el caso concreto. Controlar la aplicación de una norma implica un análisis de validez de una norma, a la luz de otra considerada de rango superior. Ello quiere decir que el árbitro realizará un silogismo donde la premisa mayor es la norma superior -constitucional-, la premisa menor es la norma inferior -por ejemplo, el Código Civil-, y la conclusión versará sobre la conformidad de la segunda frente a frente con la primera, y de dicho ejercicio se siguen consecuencias diversas: declaración de aplicación, interpretación conforme o inaplicación.



El primer caso no requiere abundar: de ser una norma secundaria congruente con la norma primaria -la constitución-, simplemente se aplica la norma secundaria. Se decide el caso en base a ella. La segunda hipótesis requiere más análisis, pues en caso de que la validez constitucional de una norma esté en duda bajo una acepción de la misma de varias posibles, existe la posibilidad de que la misma se tache de inválida por inconstitucional. Antes de hacerlo sin embargo puede ser posible que una acepción diversa salve su regularidad constitucional. En dicho caso, debe optarse por la segunda.

Ello es una interpretación conforme: de entre interpretaciones diversas posibles de una norma jurídica, se elige aquella que permite respirarle vida, no la que se la resta. Aquella que no genera una antinomia con el bloque de constitucionalidad. Para que ello ocurra, por definición, se estará en presencia de una norma de interpretación multívoca. En la medida que de entre las opciones existe una que pondría en tela de juicio la regularidad constitucional o convencional de una norma y una interpretación que la salva, se opta por la segunda.

Asimismo, el árbitro debe resolver la disputa en base a un derecho. Derecho debe entenderse en su sentido amplio, no sólo ley sino también todas las piezas del sistema jurídico en cuestión. Una de estas piezas lo constituye la jurisprudencia constitucional -y a veces convencional- del Estado de Guatemala. Por lo cual, el árbitro debe tomar en cuenta el resultado de la actividad de los órganos constitucionales competentes.



Sin embargo, si el árbitro encuentra que la jurisprudencia que forma parte del bloque de constitucionalidad o convencionalidad, es *in casu* cuestionable, puede no aplicarla.

Existen dos motivos para defender esta postura, y uno deriva de cada sistema: el arbitral y el constitucional. Primero, el árbitro no está ligado por las determinaciones del poder judicial local cuando aplican el derecho local de una manera diversa a la que podría aplicarse. Segundo, conforme al control difuso, el bloque de constitucionalidad es un mínimo que puede ser ampliado. Luego entonces, si el árbitro determina que existe una mejor visión que la defendida por la jurisprudencia local, puede optar por una que confiere más tutela.

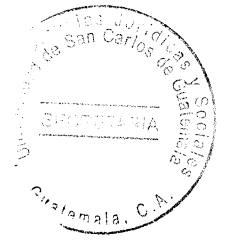
En conclusión, en los arbitrajes comerciales de derecho nacionales el árbitro debe, al momento de dictar el laudo, realizar una interpretación conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala, inaplicando la norma o normas que consideré son contrarias a la misma, aplicando asimismo la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del derecho aplicable para resolver la controversia.

Sin embargo, es necesario acotar que el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de finalidad, como una cuestión de derecho sustantivo. Es decir, que en dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme, que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional.



Esta postura hace cuestionarse acerca de lo siguiente: ¿O sea que los árbitros aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que verificaran que el mismo está correctamente aplicado? a lo cual la respuesta sería sí, puesto que el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias, es decir, un sistema alternativo al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es porque desea que todo sea resuelto en una sola instancia, incluyendo el derecho público aplicable.

Por lo tanto, el árbitro al realizar un control difuso constitucional de la leyes no solo está respetando los derechos fundamentales de las partes sino además se vuelve un instrumento para garantizarlos.





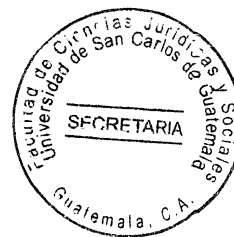
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En los arbitrajes comerciales de derecho, el tribunal arbitral se encuentra sometido a un ordenamiento jurídico elegido por las partes y cuando este es un arbitraje nacional se encuentra sometido al ordenamiento jurídico del lugar sede del arbitraje. Asimismo, existen derechos fundamentales que son aplicables a todos, por lo que permean en todos los sistemas, como lo son los derechos humanos. Es así como surge el problema en los arbitrajes comerciales de derecho que tienen como sede a Guatemala respecto a ¿cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos humanos?

Por lo tanto, se ha determinado que si el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias jurídicas, que está previsto y regulado en la ley; si está incorporado en el sistema constitucional de administración de justicia; y si los ciudadanos resuelven mediante el arbitraje sus controversias, poniendo en ejercicio los mismos derechos e intereses legítimos que son objeto de la tutela judicial efectiva, es necesario que se pueda controlar si en el arbitraje se han respetado o no los derechos tutelados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

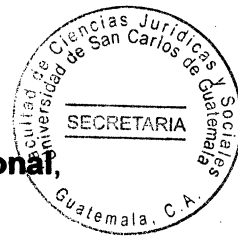
Dicho control atiende precisamente a la efectiva tutela del derecho de defensa, por lo tanto, para que exista una plena tutela de dicho derecho en el arbitraje comercial nacional, el árbitro debe aplicar un control difuso constitucional de las leyes, teniendo en consecuencia la facultad de inaplicar una norma, en la cual se apoya las pretensiones de una parte, cuando esta sea contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTI MONTOYA, Ulises. **El arbitraje comercial**. Editorial Cultural Cuzco, Perú: Ed. Cultural Cuzco, 1988.
- ALCALÁ ZAMORA, Niceto. **El derecho a la prueba como una garantía del proceso justo**. México: Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- ALONSO PUIG, José María. **Ventajas y desventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria**. España: Ed. Wolters Kluwer, 2010.
- ARAUZ RAMOS, Juan Carlos. **Constitucionalización y justicia constitucional en el arbitraje comercial**. España: Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- ARRIETA FLOREZ, Vicente Jesús. **La constitucionalización del derecho y su incidencia**. Colombia: Revista Pensamiento Americano ISSN: 2027-2448 Vol 2 No. 2. Enero –Junio, 2009.
- BERNAL CREMADES, Mauricio. **El arbitraje en la doctrina constitucional española**. Perú: Ed. Lima Arbitration, 2006.
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. **El Arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**. Guatemala: Ed. Seriviprensa, 2000.
- BOBIO, Noberto. **El tiempo de los derechos**. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 1991.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. Guatemala: Ed. Fénix, 2011.
- CAIVANO, Roque. **Negociación, conciliación y arbitraje**. Perú: Ed. APENAC, 1998.
- CASTELLANOS HOWELL, Álvaro. **Los árbitros y el ius Imperium ¿Compatibles o incompatibles?** Chile: Arbitraje y Mediación en las Américas, Centro de Justicia de las Américas CEJA, 2006.
- CASTILLO FREYRE, Mario. **El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia**. Perú: Ed. Palestra Editores, 2006.
- CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. **Los principios procesales en el arbitraje**. España: Ed. José María Bosh, 2000.
- CONEJERO ROS, Carlos. **La constitución y el arbitraje internacional ¿hacia un nuevo lenguaje?** Chile: Revista Chilena de Derecho Privado, 2006.



- EDFERN, Alan y otros. **Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional**, España: Ed. Thomson Aranzadi, 2006.
- FELDSTEIN, Sara Lidia. **Arbitraje e inversiones extranjeras**. Argentina: Ed. 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **Tratado de arbitraje comercial en América latina**, España: Ed. Wolters Kluwer, 2008.
- GÓMEZ RODAS, Carlos. **Apuntes sobre arbitraje comercial internacional**. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2009.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. **El derecho humano arbitral**. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2009.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. **La escurridiza noción de arbitraje**. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2014.
- GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco. **Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?** México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2013.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: **Arbitraje**. México: Ed. Porrúa, 2004.
- GRAIG, Luis. **Un concepto angular del arbitraje internacional**, España: Ed. Wolters Kluwer, 2009.
- HIGHTON, Elena. **Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad**. México: Instituto de Investigación Jurídica a la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional público**. Guatemala: Ed. Maya Wuj, 2010.
- LARREA, Ana María. **Alcance y límites del arbitraje**. Chile: Universidad Católica de Guayaquil, 2005.
- LLENA SEGARRA, Miguel. **El arbitraje institucional y un buen arbitraje**. España: Ed. Crónica Jurídica Civil, 2007.
- MATUTES MORALES, Claudia. **El arbitraje comercial internacional**. Chile: Universidad Santiago de Chile, 2005.
- O'FARRELL, Jorge. **Arbitraje internacional, solución de futuro**. Argentina: Revista Jurídica Argentina La Ley, T. 1992-C, 1992.
- ÖHLINGER, Theo. **Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco**. Austria: Ed. Danubio, 2003.



PINZÓN, María y Tatiana Rodríguez. **De la naturaleza contractual del arbitramento, como método alternativo de soluciones.** Colombia: Universidad del Rosario, 2009.

QUINTINA, Alfonsín. **Régimen internacional de los contratos.** Uruguay: Universidad de Montevideo, 1950.

RAMÍREZ BAÑUELOS, Jesús Francisco. **Consideraciones sobre la aplicación de la drittwirking.** México: Universidad de Nuevo León.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **Arbitraje y conciliación alternativas extrajudiciales de solución de conflictos.** Guatemala: Ed. Impresos Robledo, 2001.

RUIZ, Paolo. **Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*, ¿He ahí el dilema?** Perú: Ed. Jurídica Grijey, 2005.

SAENZ JUAREZ, Luis Felipe. **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala.** Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2004.

SIXTO SÁNCHEZ, Lorenzo. **Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje internacional.** España: Universidad de Granada, 2009.

TOLEDO ÁLVAREZ, Christian. **Arbitraje comercial internacional. Características y principios.** Chile: Universidad Santiago de Chile, 2003.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. **La horizontalidad de los derechos fundamentales.** España: Ed. Fundación Dialnet, 2007.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos, 1978.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley de arbitraje de Guatemala. Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, 5 de junio de 1995.

Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2010.