

**TERCER CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE UNIVERSIDAD CONTINENTAL**

Volumen 60 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Tercer Congreso Nacional de
Contrataciones Estatales y
Arbitraje Universidad Continental**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ



Universidad
Continental



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**TERCER CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE UNIVERSIDAD CONTINENTAL**

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. José de la Torre Ugarte 368 - Oficina 301, Lince
Teléfono: (511) 421-6976
ipdc@conadecivil.com
- © UNIVERSIDAD CONTINENTAL
Av. San Carlos 1980 Urb. San Antonio - Huancayo
Teléfono: 064 481430
www.ucontinental.edu.pe
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consenso.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, noviembre 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2018-16796

ISBN: 978-612-4400-08-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
1. Introducción	11
1.1. Palabras introductorias	
1.2. Discurso de apertura de Verónica Marrache Díaz	
1.3. Palabras de presentación	
2. Primera mesa: «El derecho fundamental a la motivación de resoluciones judiciales»	13
<i>Diana Ramírez Carvajal (Colombia)</i>	
<i>Omar Sumaria Benavente</i>	
<i>Adrián Simons Pino</i>	
3. Segunda Mesa: «Reflexiones sobre la motivación de los laudos arbitrales»	59
<i>Mario Reggiardo Saavedra</i>	
<i>Jorge Ruiz Bautista</i>	
<i>Fabiola Paulet Monteagudo</i>	
4. Tercera Mesa: «La tutela de los derechos fundamentales en los procesos colectivos»	93
<i>Luis Cucarella Galiana (España)</i>	
<i>Nelson Ramírez Jiménez</i>	
<i>Teddy Panitz Mau</i>	

5.	Cuarta Mesa: «La anulación de laudos» <i>Carlos Humberto Montoya Ortega (Colombia)</i> <i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i> <i>Luis Miguel Samaniego Cornelio</i>	125
6.	Quinta Mesa: «El arbitraje y la recusación en la ley de contrataciones» <i>Daniel Triveño Daza</i> <i>Alberto Retamozo Linares</i>	153
7.	Ejecución de laudos y terceros <i>Roger Vidal Ramos</i> <i>Marco Silva Santisteban Valdivia</i>	171

NOTA DEL EDITOR

Es muy grato para la «Biblioteca de Arbitraje» presentar el volumen correspondiente al Tercer Congreso Nacional de Contrataciones estatales y Arbitraje organizado por el Instituto Peruano de Derecho Civil y la Universidad Continental, el mismo que se desarrolló en la ciudad de Huancayo, en el mes de septiembre del año 2017.

Nuestra colección tiene, dentro de su línea de trabajo, el objetivo de publicar las actas de diversos congresos relacionados con el arbitraje, que organizan distintas instituciones a lo largo y ancho de nuestro país.

En ese sentido, no es la primera vez que publicamos una obra en la que participe el Instituto Peruano de Derecho Civil y su director y dilecto amigo de esta Biblioteca, el doctor Roger Vidal Ramos.

Todos estos esfuerzos plasmados en los congresos de arbitraje, tienen que ser difundidos a la comunidad jurídica en su conjunto, a efectos de que se conozcan los puntos de vista de profesionales y académicos del derecho en torno a esta materia.

También es grato para nosotros el poder publicar, por primera vez dentro de nuestra colección, las actas de un congreso organizado por la Universidad Continental, prestigiosa casa de estudios.

Lima, octubre del 2018

Mario Castillo Freyre*

* Mario Castillo Freyre, magíster y doctor en derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

**TERCER CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE
TERCER CONGRESO NACIONAL DE
CONTRATACIONES ESTATALES Y ARBITRAJE**

PALABRAS INTRODUCTORIAS

Buenas tardes, les damos la más cordial bienvenida a nombre de la Universidad Continental y la Escuela Académica de Derecho. En esta oportunidad, para dar inicio al acto protocolar de inauguración del evento, contaremos con el discurso de apertura de la Coordinadora de la Carrera de Derecho de la Universidad Continental; por favor, recibimos con fuertes aplausos a la doctora Verónica Marrache.

DISCURSO DE APERTURA DE VERÓNICA MARRACHE DÍAZ

Muchas gracias, muy buenas noches, darles una calurosa bienvenida a nuestros ponentes que nos visitan el día de hoy, a nuestros ponentes internacionales que han tenido un largo trayecto, sin embargo, están aquí con nosotros; a nuestros ponentes nacionales, que han dejado de lado sus ocupaciones para poder acompañarnos el día de hoy.

Efectivamente, en esta oportunidad por tercer año consecutivo, la Carrera de Derecho de la Universidad Continental, está desarrollando este III Congreso de Derecho Procesal y Arbitraje. Este congreso, ya como se ha hecho tradición en nuestra carrera profesional, se caracteriza por contar con ponentes de talla internacional y de talla nacional, que son para nosotros relevantes y consideramos que sus experiencias y

conocimientos nos aportan mucho, a fin de poder nosotros desempeñarnos como estudiantes, como docentes y como profesionales.

La Universidad Continental, se caracteriza por buscar la formación de líderes con una mentalidad emprendedora; asimismo, de lograr que a través del ejercicio de la profesión, en nuestro caso, del ejercicio de la abogacía, puedan lograr un impacto social positivo en la comunidad en la cual ustedes se encuentran. Es por eso que nosotros, a nivel de carrera profesional y de toda la universidad, es que consideramos trascendente este tipo de eventos, compartir las experiencias de nuestros ponentes y poder nutrirnos de los conocimientos que ellos nos traen el día de hoy.

En ese sentido, quiero dar por inaugurado estos tres días de congreso internacional y darles la más cordial bienvenida tanto a nuestros ponentes, como a nuestros estudiantes. Muchas gracias.

PALABRAS DEL PRESENTADOR

Es importante mencionar también a las instituciones que han colaborado para el desarrollo y la organización de este congreso internacional. Contamos con el Instituto Peruano de Derecho Civil, les agradecemos por la coorganización; y, hacemos una mención muy especial al Estudio Vidal Abogados, al Estudio Mario Castillo Freyre y a CAME.

Sin más, vamos a dar inicio a las actividades académicas de este III Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje. Pasamos a la instalación de la primera mesa, denominada «El derecho fundamental a la motivación de resoluciones judiciales».

PRIMERA MESA: «EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES»

Diana Ramírez Carvajal (Colombia)

Omar Sumaria Benavente

Adrián Simons Pino

LA PREVALENCIA DEL DERECHO PROCESAL EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS MATERIALES

*Diana Ramírez Carvajal**

Bueno, muy buenas tardes para todos. En primera instancia, un agradecimiento especial a la Universidad Continental por esta gentil invitación para participar y compartir con ustedes en esta tarde. A la doctora Verónica, al doctor Dante, quienes de una manera muy diligente han hecho posible que estemos nosotros con ustedes en este importante congreso.

Alrededor del tema de la motivación, que es el tema central que confluye en esta primera mesa de trabajo, no me he equivocado al ubicar el tema específico de mi presentación, especialmente cuando está dirigida a nuestros futuros abogados y a nuestros futuros jueces de la

* Magíster en derecho procesal de la Universidad de Medellín, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, abogada de la Universidad de Medellín, directora de posgrados en la Universidad Católica de Oriente, investigadora adscrita al Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Red Interinstitucional de Derecho Procesal y Justicia.

República, que realmente tienen que desarrollar una gran cantidad de cambios que se están gestando hoy en Latinoamérica y que hoy los vemos permanentemente en el derecho.

¿Por qué he querido tocar algo como la denominada prevalencia del derecho procesal y como la protección efectiva de los derechos materiales? Primero, hay una forma de entender el derecho procesal, diversa al entendimiento de los derechos sustanciales, es decir, cuando al estudiante se le enseña sobre derecho, nosotros establecemos un análisis desde las distintas áreas y lo hacemos a partir de la enunciación de deberes y derechos, que nos trae el legislador, que es lo que llamaríamos derecho sustancial, es decir, cuál es mi capacidad de exigencia frente a las distintas posiciones que yo tengo en la sociedad. Entonces, tenemos todo el derecho de familia que nos dice «mire, usted como padre, tiene tantas obligaciones, pero también sus hijos tienen tantos derechos» y viceversa; o, si usted es un trabajador, pues tienen obligaciones, pero también tiene una gran cantidad de derechos.

A todo este circuito normativo, le llamamos derecho sustancial, derecho material. Este derecho, que así se los estoy mencionado, pues tiene una lógica de creación social, es decir, qué necesita la sociedad para establecerse mejor, para desarrollarse mejor. Entonces, nosotros encontramos, por ejemplo, en materia penal, nos cambian los tipos penales, nos cambian las penas a los crímenes o nos cambian la incidencia que pueden tener uno u otro. La lógica social va marcando muy de cerca cómo se nutren, se desarrollan y cambian los derechos en una sociedad determinada.

De otro lado, tenemos lo que llamaríamos derecho procesal. Ordinariamente, tradicionalmente lo hemos entendido como un gran tumulto de instrumentos para hacer reales estos derechos en las distintas áreas de nuestra profesión. Eso meridianamente lo tenemos claro, en cualquiera de los semestres o años que ustedes vayan a estudiar.

La técnica procesal nos da un desarrollo que implícitamente lo encontramos de manera prioritaria en el Poder Judicial, es decir, cuando yo hablo de derecho sustancial, normalmente me estoy refiriendo al legislador que ha pensado que se puede mejorar el derecho de familia o el derecho penal; pero, cuando yo me refiero al derecho procesal, al instrumento, el que manipula el instrumento, el que desarrolla el instrumento, que es el proceso, que es la prueba, pues es, efectivamente, el Poder Judicial, no es muy de cerca el legislador.

Ya les voy a hablar un poco de nuestra tradición y esto cómo nos ha impactado, pero, teniendo en claro esa bifurcación, pues, por supuesto, una manera bastante razonable de entender estas dos áreas jurídicas es a través de la complementariedad, el derecho procesal complementa al derecho sustancial, porque si yo no tengo derecho procesal, no puedo hacer efectivo el derecho sustancial; y, viceversa, como tengo los derechos materiales, pues, de alguna manera, tengo que efectivizarlos y para eso requiero el derecho procesal. Ésa es una de las maneras más armónicas como hoy se trata de ver el asunto y cómo nosotros vamos analizando estas dinámicas.

Problemas que nos estamos encontrando en distintos países latinoamericanos y ¿por qué hablo de países latinoamericanos?, porque nosotros, a diferencia de Europa, tenemos una avanzada constitucional más tardía, es decir, mientras ellos después de la II Guerra Mundial tuvieron una avanzada del derecho constitucional mucho más fuerte, nosotros la hemos tenido mucho más tarde, por ejemplo la de Colombia, la última Constitución es de 1991; la del Perú, si no estoy mal, es en el 93, ésa es una Constitución tardía con respecto a las europeas, ¿correcto?

¿Esto qué implica?, que nosotros estamos asentando las prácticas del derecho constitucional a nuestra vida cotidiana, que estamos ajustando el derecho como lo hemos entendido tradicionalmente, porque hablar de 20 ó 25 años de tradición constitucional de un país, significa decir que estamos apenas naciendo en un área del derecho, nosotros

no estamos maduros en todas estas correlaciones. Colombia, por ejemplo, tiene una Corte Constitucional que ha sido un gran *boom* en Latinoamérica, la respetan muchísimo, ha sacado innumerables sentencias; pero, aun así, Colombia en materia constitucional, viene apenas madurando para poder desarrollar adecuadamente el proceso desde una perspectiva constitucional y el derecho, desde cualquier área jurídica que uno pretenda estudiar, también desde una perspectiva constitucional.

Una de mis últimas carteras en maestría, fue sobre la constitucionalización del derecho privado y me encontré con una gran cantidad de sorpresas, cómo hay límites hoy para el desarrollo de las empresas, a partir de las prácticas constitucionales; cómo el desarrollo de la autonomía de la voluntad en este momento tiene serios límites a partir del constitucionalismo; cómo Colombia está intentando generar algo que llama «desarrollo económico justo» y que tiene que ver con el desarrollo de los intereses difusos, de los derechos colectivos, del cuidado del ambiente, de que las empresas no viertan tóxicos, de que todos cuidemos una gran cantidad de elementos que podrían verse vulnerados si no desarrollamos adecuada y armónicamente todas estas áreas.

Entonces, éste es un punto importante para que ustedes entiendan por qué tenemos que trabajar estos temas. Nosotros estamos analizando una evolución del derecho que es a partir del constitucionalismo; por eso es tan pertinente hablar de motivación, algo que hace treinta años no era importante en nuestros países, los jueces no estaban obligados a motivar sus sentencias y eso se lo debemos a estos cambios constitucionales.

Luego, tenemos un segundo punto que nos está llevando a generar análisis sobre este mismo tema, y es sobre el aprendizaje del derecho. Nosotros hemos avanzado a partir de un paradigma, estuvimos más o menos unos 150 años mal contados, en lo que se llama un Estado liberal, un proceso dispositivo puro, un normativismo regulado, donde realmente escuelas como el formalismo jurídico han campeado, como la dogmática jurídica ha campeado, como el dispositivismo radical to-

davía sigue estando muy latente en muchas de nuestras actividades, porque realmente la maduración que nosotros llevamos en el derecho, pues, nos está llevando a abordar un cambio de paradigma de una manera paulatina.

Ven cómo hoy es motivo de discusión fuertemente en nuestros países el tema del precedente judicial, entonces, ¿qué hacemos con la jurisprudencia?, ¿hace parte de las fuentes del derecho o no hace parte de las fuentes del derecho?, ¿cómo hacemos para obligar a los jueces a que la tomen en cuenta, cuando en el mundo anglosajón ésa no es ni siquiera una posibilidad?, al juez no se le obliga a tomar en cuenta los procedentes, el juez lo hace por otros medios muy diferentes; pero, nosotros en nuestros países, hemos tenido que recurrir a las más exóticas medidas para que la jurisprudencia sea tenida en cuenta como fuente del derecho.

No hace mucho en Colombia tuvimos una reforma al Código Administrativo, y la norma, la ley, ordena el uso del precedente, es la misma ley la que lo ordena. Eso es bien impactante, porque eso es algo exótico; pero, es parte de todo este cambio que se tiene que ver a partir del aprendizaje del derecho, de absorber un nuevo paradigma, de entender el derecho en unas prácticas complejas y divergentes y que no tienen nada que ver ni con una dogmática cerrada, ni con un formalismo jurídico a ultranza. Eso es básico.

¿Hemos cambiado la forma en que aprendemos y enseñamos el derecho?, muy poco, y eso se los puedo decir porque durante los últimos diez años de mi vida, he trabajado también en educación, por eso es que conozco tantos sitios en el Perú, pues porque además de que he trabajado en derecho, he trabajado en educación, entonces yo he estado trabajando con universidades peruanas en muchos aspectos. De Colombia conozco muchísimas de las que trabajan las carreras de derecho y, si ustedes analizan cómo aprendemos nosotros derecho y cómo aprendían derecho nuestros padres y nuestros abuelos, hace ochenta o cien años, van a ver que la diferencia no es mucha.

Los cambios de paradigma que se vienen con un constitucionalismo en avanzada, son amplísimos. Entonces, todos estos son temas que nos tienen que interesar. Cuando nosotros hablamos de motivación, tenemos que decir «muy bien y ¿qué es lo que vamos a motivar y de dónde vamos a sacar la motivación?, ¿a qué se refiere?». Algo que en Colombia se llama, «la prevalencia del derecho sustancial», entonces, ¿por qué llamo yo a la conferencia «la prevalencia del derecho procesal?», pues porque hay que hacerle contra a esos exabruptos. Tras la guía de la prevalencia del derecho sustancial, ustedes pueden encontrar los procesos más extraños del mundo, prueba ilícita incluida en los procesos, porque prevalece el derecho sustancial sobre la forma, entonces, apliquemos prueba inconstitucional, apliquemos prueba ilegal, apliquemos pruebas por fuera de términos, saltémonos las etapas procesales. Son unas cosas bastante extrañas.

Pero, vuelvo y lo reflexiono, es parte de un cambio de paradigma, es parte de la responsabilidad que tenemos ustedes y nosotros de propiciar el cambio, de ajustar todos los elementos que tengamos que ajustar para encauzar adecuadamente el uso adecuado del derecho y el uso armónico del derecho.

Y ahí es donde yo trato de establecer ¿para el buen uso del derecho, qué le aporta un buen proceso a la justicia?, ¿qué le aporta?, ¿qué le aporta el legislador?, bueno sí, le aporta leyes de familia, leyes de infancia y adolescencia, leyes civiles, el Código Civil de Colombia es de 1887, ése es el Código Civil, entonces todavía le seguimos enseñando a los estudiantes la dogmática y los conceptos de Andrés Bello, cuando el derecho ya es otra cosa. A eso me refiero, entonces, tenemos que ir cambiando estructuras.

Entonces, ¿qué le aporta un proceso a la justicia?, ¿de qué estamos hablando? Pues, dentro del trabajo que empecé a hacer para este evento, que se me hizo sumamente largo, yo creo que lo voy a volver un libro, porque ya voy como cincuenta páginas, yo creo que voy a tener

problemas como artículo. Se me ocurría que había, por lo menos, estos nueve, puntos que eran importantes. Uno, es un mecanismo idóneo para alcanzar la verdad dentro del proceso y eso es un aporte vital para la justicia; dos, es constructor de civilidad; tres, es una herramienta para la sostenibilidad; cuatro, es una herramienta para la ponderación de los principios que hoy tenemos que aprender a desarrollar fuertemente; cinco, es una expresión máxima de los principios constitucionales, es el método de juicio epistémicamente válido y, adicional a eso, es el instrumento para la creación del derecho sustancial cuando el juez tiene que crear derecho, eso es parte de un buen proceso, un proceso correctamente realizado, no estoy hablando de formalismo, no estoy hablando de etapas procesales, no estoy hablando de que si son cinco días o cuatro días, yo estoy hablando de un proceso integral de desarrollo, de eso estoy hablando.

¿Por qué el proceso es el mecanismo más idóneo para alcanzar la verdad? Cuando las personas tienen conflictos y tienen problemas de cualquier índole, de cualquiera, de familia, empresariales, laborales, cualquier conflicto que ustedes tengan que asumir en su vida profesional, se van a dar cuenta que hay dos posturas, mínimo, cuando estén «de buenas» —como decía mi abuela—, cuando uno está de suerte, tiene a dos partes enfrentadas, cuando está de mala suerte son otro montón, por ejemplo, hay procesos sucesorios donde uno puede tener ocho o diez personas hablando cosas diferentes.

Las personas, generalmente, construyen el conflicto, lo construyen, ¿eso se entiende?, uno construye el conflicto, hay cosas que a uno le molestan del otro, te entorpecen la vida, no permite que tus derechos se desarollen plenamente, entonces, algo que puede ser pequeño, corto o fácil, empieza a tener un constructo alrededor y se te crea un gran conflicto. Este tipo de conflicto, para ser solucionado, por nuestra tradición liberal y legalista, trata de encontrar un espejo, en la ley, en la norma. Bueno, entonces, yo tengo aquí a un padre que no le da alimentos a sus hijos, perfecto, vamos a ver qué dice el código de los padres que no les

dan alimentos a sus hijos, y vamos directamente al código para tratar de encontrar el espejo que me solucione el caso.

Ésa es la forma en que nosotros como colectivo hemos creado la apropiación del conflicto en el marco del derecho; pero, eso no quiere decir que ésa sea la única manera de hacerlo. Por eso es que me gusta tanto esta frase de Nietzsche, «En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento, fue aquel instante más mentiroso y arrogante de la historia universal». Nosotros nos inventamos el conocimiento, nosotros nos inventamos las leyes, nosotros decimos «los padres le tienen que entregar alimento a sus hijos», eso es un invento social.

Hace un mes estuve con el profesor Michele Taruffo en una zona de Colombia que se llama «La Guajira», es una zona indígena, tratando de mirar cómo ellos manejaban su derecho. Les voy a contar porque yo sé que el Perú tiene grandes comunidades indígenas, que pueden entender su forma de vida de una manera muy diversa, muy distinta a como las leyes se las están tratando de replicar. Viendo nosotros la comunidad indígena y cada vez que hablábamos más con ellos, sentíamos como que estábamos en un sitio totalmente ajeno al país, porque esta comunidad no entiende la vida, la familia, la economía y el trabajo, como lo entiende el resto de los colombianos. Nada era parecido, nada. La propiedad de la tierra, «¿dónde está su título de propiedad, su escritura pública?», «no, es que nosotros no tenemos propiedad, porque aquí la propiedad es colectiva», entonces, no hay título, «ah, bueno, es colectiva; entonces, ¿ustedes cómo saben cuál es su tierra?», eso se ha pasado de tradición en tradición, entonces, no importa si hay título o no hay título.

«¿Y los hijos, quién responde por ellos?», «pues, la madre», ¿y por qué la madre?», «pues, porque el padre tiene que responder por sus sobrinos en la casa donde nació, entonces, el padre no tiene por qué

responder por sus hijos». Derecho de familia, plomo; derecho civil de negociación, de propiedad privada, fuera. Eso nada se entiende.

Luego, ¿cómo hago yo para aplicar un código civil o un código de familia o un código laboral a personas que están viendo el mundo de una manera tan diferente? Simplemente, porque una mayoría en un país dijo: «miren, la familia es esto, se entiende así y aquí está la norma que lo dice», punto, nada más cercano a lo que dijo Nietzsche. Somos muy arrogantes en el derecho y no queremos entender al otro; no queremos entender la realidad del otro, es mucho más fácil ir al código y leer el articulito, entonces, vamos al artículo y si el artículo encaja, ya tenemos la solución del problema, todos contentos y salimos bien del asunto.

Pues, así no funciona esto. Para empezar, el proceso aborda un área del derecho que es sumamente importante, la cual es mi favorita, entre otras cosas, es el derecho probatorio y el derecho probatorio lo que hace es que te ayuda a establecer parámetros de verdad, ¿qué ocurrió?, ¿cómo ocurrió?, ¿por qué ocurrió de maneras tan diversas?, o ¿por qué una persona dice una cosa y la otra dice otra?, ¿dónde estuvo el error de entendimiento?, ¿qué fue lo que pasó? Y ése es un constructo de verdad, todas las condiciones de la persona, las condiciones de la sociedad, las condiciones económicas, antes que ser un velo, o son un problema para yo entender el conflicto que debo solucionar, son lo que me ayuda a entender eso. Ahí es donde yo me debo acercar.

Entonces, ¿cómo voy a obtener parámetros de verdad para motivar mi sentencia?, pues a través de la prueba, me tengo que volver experto en derecho probatorio si quiero ser un excelente jurista, porque si no, entonces, no somos capaces de establecer la diferencia entre este Napoleón y este Napoléon. Eso, para un abogado, es muy grave; pero, para un juez, es nefasto, es nefasto. Ambas pinturas son Napoléon, lo saben por el sombrerito ese torcido que usa, cruzando Los Alpes, perfecto, ambas son Napoleón cruzando Los Alpes, el mismo momento histórico, ambas están en el Museo del Louvre en Francia. ¿Por qué son tan

distintas?, ¿había un pintor que no sabía pintar o qué? Alguno de éhos debe tener un rayón en su cabeza, pero muy grande, porque uno dice: «bueno, ¿a estos señores qué les pasa?, ¿por qué éste es Napoléon, entonces, éste otro quién es?»

Ahora, si yo cambio la pregunta y digo «¿por qué son tan diferentes?», no, si yo pregunto «¿cuál de las dos pinturas cree usted que se acerca al momento real de Napoléon cruzando Los Alpes?», ¿ustedes cuál dirían?, ¿ésta o ésta?, ¿la anterior?, muy bien. Claro, porque uno no se imagina a un hombre que estaba en guerra, ni mucho menos en un cuarto tan hermoso, tan limpiecito, pasando Los Alpes con un ejército. Entonces uno dice, «si yo me quiero acercar a la verdad, lo más seguro es que este pobre hombre no iba a estar de esta manera, iba grave, iba sumamente cansado, iba en una mula. Pero, si yo les pregunto ¿cuál de las dos pinturas es más hermosa, más vivaz?, estaríamos hablando de otra cosa, ¿cierto?»

Muy bien. Eso es lo que nos pasa a nosotros en los procesos todos los días. Depende de la capacidad del abogado de pintar el cuadro de la demanda, porque eso lo pinta el abogado, ustedes van a tener a un Napoléon o van a tener al otro, eso depende. Van a haber abogados que sean exóticos, que hablen de su caso con mucho amor, con mucha profundidad, que le pongan los colores, que le pongan figuras muy finas y, entonces, el juez va a leer la demanda y va a decir «¡Wow, qué abogado tan inteligente, qué demanda tan bien escrita!»; y va a leer la contestación y va a decir «este abogado sí no sabe dónde está parado, ¿qué le pasa?, no expone las cosas adecuadamente».

La pregunta es, ¿la decisión el juez la debe tomar con relación al abogado que pintó más bonita la demanda, o con relación al abogado que tiene la razón de la verdad de los hechos?, ¿qué es lo que el juez tienen que motivar, cuando decide?, tiene que buscar la verdad, ¿estaríamos de acuerdo con eso? Entonces, no se puede embelesar porque tiene pinturas muy bonitas en la demanda. Claro, ustedes como abogados

tendrán muchísimas técnicas de actuación y ésta será una de ellas, ésta; pero, si vamos a hablar de motivación de la sentencia, estamos hablando de otra cosa.

La herramienta para la motivación de los argumentos, de los hechos y de la prueba en cuando a su valoración, la da el derecho procesal, la da el derecho probatorio, eso no lo da ningún otro derecho. Entonces, ése es el primer gran uso que tendría un buen proceso al servicio de la justicia. ¿Quedó claro?, primer buen uso, alcanzar la verdad para que el juez pueda motivar adecuadamente su decisión, para que saque una decisión que sea legítima ante la sociedad, especialmente, pasando por alto los marcos de no objetividad que tienen los Napoleones hermosos y exuberantes, porque es que todos, y eso lo dicen los neurocientíficos, todos nosotros podemos deslumbrarnos, la objetividad es algo que es muy débil en el ser humano, demasiado débil. Cuando yo veo algo, muchas veces me gusta sólo por instinto, o me molesta, no me parece, a uno la mamá le decía «mire, a mí no me gusta el muchacho con el que usted está andando», «¿por qué?», «porque no». Y eso los neurocientíficos —ojalá se animen a leer de esto— lo explican claramente, como eso que les estoy mostrando yo aquí, que ahí les queda en la presentación.

A nosotros el cerebro nos juega malas pasadas todo el tiempo, los sentidos nos modulan la realidad, vemos lo que no vemos, entendemos lo que no entendemos, oímos lo que no queríamos oír, todo el tiempo estamos haciendo una gran cantidad de estrategias para tratar de ser objetivos; pero, lo más seguro es que no lo logremos.

Entonces, ¿para qué me sirven las pruebas?, para que el juez trate de alcanzar un grado de objetividad razonable, un gran servicio para la justicia de nuestros países.

Lo segundo, ¿qué hace un buen proceso por la justicia?, construir cividad, ¿por qué construir cividad? Yo trabajo un tema, en esto me demoro mucho cuando hablo con los jueces y disfruto mucho esa clase,

porque ellos como aplican los códigos, entonces, les gustan muchísimo los códigos, ¿qué le aportan los códigos?, ¿el de familia, el de civil, el laboral?, ¿todos los códigos qué le aportan a nuestra sociedad?, nos aportan pautas de conducta, eso nos aportan, ese tema en educación se llama «conductismo», cuando uno habla de educación, así se llama, usted preformato al otro.

¿Qué significa?, que a usted el derecho laboral le está diciendo cuántas veces hay que trabajar, cómo se tiene que comportar, cuánto va a ganar como mínimo, el derecho familiar también está diciendo, le da pautas de conducta. Perfecto, a usted le dan pautas de conductas y usted va a tratar de aplicarlas en la medida de lo posible. El derecho, incluso, en la fase del derecho de tránsito, le dice: «tiene que pasar por la cebra, no puede pasar por el semáforo rojo», son reglas de conducta para que todos nos entendamos; pero, ¿qué le aporta un buen proceso a la sociedad?, le aporta reglas de civilidad, porque a usted el proceso lo que le está diciendo, en cualquier marco que estemos hablando, conciliación, arbitraje, proceso judicial, cualquiera de ellos, incluso, otros tantos que hay en términos del Estado, a usted lo que le está diciendo el derecho Procesal es «mire, usted no tome herramientas por mano propia, no tome la justicia por mano propia, no use la violencia, usted va a tener un espacio tranquilo de análisis de su problema con la persona que lo está afectando, usted va a poder discutir sus pruebas y va a poder discutir las pruebas del otro, pero, además, yo le estoy asegurando que tengo una persona idónea, bien formada y bien preparada que le ayudará a solucionar su problema».

Eso es lo que le está diciendo el derecho procesal, no le está dando pautas de conducta, le está diciendo «le doy opciones para manejar su vida». Y eso nos hace ser una sociedad mucho más evolucionada.

¿Qué más nos aporta un buen proceso a la justicia?, nos aporta algo que se llama herramientas para la sostenibilidad. Hoy el mundo tiene serios problemas, yo disfruto mucho cuando hablo de derecho sustan-

cial, porque la gente se embelesa con el derecho de familia, el derecho laboral; pero, si vemos hoy en día, lo que más fuerte está son los derechos humanos, los derechos fundamentales, que tienen serios problemas en este momento. Pero, además están los derechos colectivos, pero además están los intereses difusos, y eso ha empezado a crear unas dinámicas casi inentendibles. ¿Por qué inentendibles?, porque una cosa es que yo tenga un problema con otro sujeto de la sociedad o con el Estado y tratar de solucionarlo, pero otra cosa es que la empresa manufacturera que ustedes ven allá como un putito cafecito, una torrecita al fondo del armario, está operando, le está dando trabajo a 500 personas de ese pueblo, pero además, le está contaminando el aire, le está contaminado los ríos, le está contaminando los lagos, está usando materiales tóxicos que no están a la venta; y, luego, las comunidades que viven mucho más abajo, fuera del poblado, encuentran los peces muertos, encuentran las aguas contaminadas, encuentra una serie de miles y miles de problemas. Hacia allá está llegando la problemática del derecho sustancial, del derecho fundamental, del derecho colectivo, hacia allá está yendo.

Entonces, ¿qué tenemos que hacer nosotros para tratar de entender ese entramado tan complejo?, pues crear herramientas de procesamiento que nos ayuden a la sostenibilidad, eso es lo que tenemos que hacer y eso no está creado, eso no está inventado. ¿Nosotros cómo hacemos para establecer la prueba contundente del grado de responsabilidad que tiene una empresa «A» por un vertimiento a un río, cuando hay otra empresa «B» que también está más abajo y que también está metiendo cosas en el río; pero, además hay otra empresa «C» o, peor aún, llegó el barco en El Golfo de México y se hundió; y, entonces, se derramó todo el petróleo. Entonces, ¿de todos los daños que resulten en una costa «X», yo a quién le voy a imputar la responsabilidad?, ¿cómo hago para probar todo eso, si el derecho no ha avanzado hacia allá?

Necesitamos fortalecer estas herramientas para tener un mundo de sostenibilidad más claro. Un buen proceso le sirve a la justicia porque todo proceso es un mecanismo de transformación a través de un méto-

do que busca una pretensión de universalidad. Cuando a nosotros nos dicen que tenemos que aprender a ponderar principios, porque ése es uno de los efectos del neoconstitucionalismo o del constitucionalismo contemporáneo, el derecho pasa de tener sólo reglas, a tener además un gran conjunto de principios; entonces, claro, ¿cómo se manejan las reglas?, a través de la subsunción, algo que sabemos hacer y que hasta lo hacemos ya de una manera muy entretenida, ¿cómo se maneja el principio?, ¿por la subsunción? No, ¿entonces, cómo se maneja el principio?, por la ponderación y eso le suena muy bonito a todo el mundo.

Hay una sentencia que yo trabajo en mi cartera de pruebas, que es sobre la prueba ilícita, donde la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través del doctor Carlos Jaramillo, todo el tiempo dice que esa prueba es ilícita, que hay que ponderar, que la ponderación es sumamente importante y nunca pondera. La Corte nunca hace la ponderación, enreda a los abogados y les dice «hay que ponderar, hay que tener en cuenta los principios, hay que estar a las dinámicas de la prueba ilícita», pero jamás se pondera. ¿Por qué no ponderamos?, ¿por qué la Corte no pondera?, ¿por qué no deja de estar copiando fragmentos de sentencias foráneas, y mejor se ocupa de lo que tiene que hacer que es ponderar el principio para explicarlo?, porque no sabemos hacerlo, ésa es la respuesta, porque no estamos educados en esta mecánica.

La ponderación de principios es una forma de procesar el principio, de darle un peso al principio, y eso nos da elementos para una buena justicia. Cuando un juez sabe ponderar principios, el juez sabe motivar su decisión y sabe traer elementos de la norma que le va a sustentar adecuadamente, entonces, eso es vital para el desarrollo de las constituciones actuales y del derecho contemporáneo.

¿Qué más le aporta un buen proceso a la justicia; y, por supuesto, al juez para que haga una buena motivación? Pues, el proceso actualmente lo debemos estudiar, por eso les decía que el proceso no es ese conjunto de reglas técnicas que si el abreviado, que si el sumario. No, éhos son

procedimientos; el proceso, hoy en día —la Constitución peruana es hermosa cuando habla de ese tema, a mí me encanta cómo lo tiene establecido—, el proceso inicia con el análisis del conjunto de principios constitucionales que me establece el debido proceso o la tutela judicial efectiva o las dos, como lo tenga la Constitución; la nuestra lo tiene independiente, ustedes tienen una constitución muy gruesa, que tiene un gran conjunto de elementos que hablan integradamente de esto. Ésa es la expresión máxima del derecho procesal y, si ustedes analizan lo que tiene el debido proceso y lo que tienen la tutela jurisdiccional efectiva adentro, son todas las herramientas constitucionales para la protección de los derechos en general, todas están ahí. Ése es un buen proceso que aporta a la justicia, el que respeta el debido proceso y el que toma elementos de tutela jurisdiccional efectiva.

Un buen proceso también es un método de juicio epistémicamente válido; eso, mi maestro Michele Taruffo lo ha explicado de manera contundente; es un mecanismo que me ayuda a entender al otro, las distintas perspectivas, el desarrollo del conocimiento. El contradictorio en esto es vital, el principio de publicidad es vital y, todo ello, es fundamental para motivar una decisión.

Por último, un buen proceso le aporta a la justicia porque si hoy lo que queremos es tener jueces que creen derecho, que realmente se acerquen a las dinámicas complejas de la sociedad, que las atiendan aunque la ley no le dé la solución real, sino que el juez tenga que hacer un acto de creación de derecho para proteger a los ciudadanos, el mecanismo adecuado es un buen proceso que respete un debido proceso y una tutela judicial efectiva, eso le da legitimidad al juez, por eso en el derecho anglosajón hay una frase que es muy común y es la primera que les pongo ahí. «¿Qué es el derecho?, el derecho es lo que dicen los jueces», esa frase es muy común. Si nosotros preguntáramos «¿qué es el derecho?», «lo que hay en los códigos», ésa sería la respuesta que daríamos.

Obviamente, tenemos que ir ampliándonos, es lo que digan los códigos, pero si los códigos no dan la respuesta, será lo que digan nuestros jueces, interpretando nuestros códigos, pero otra vez, en un adecuado proceso.

Éstas son reglas democráticas. Cuando a las personas se les permite interactuar, discutir, negociar, pleitear, en un marco de igualdad, son reglas democráticas, de validación de intereses que, cuando se solucionan, pues te aportan muchísimo hoy a la sociedad.

En conclusión, hoy la decisión de un juez tiene que ser racional y ahí la importancia de ese tema de la motivación. El derecho es mucho más que los códigos, el derecho procesal es mucho más que los términos y que las etapas de un procedimiento. Los derechos se tienen que desdoblarse hacia la vida social, tienen que ser vividos por la gente, tienen que ser tocados por la gente; y, por eso, no se nos puede olvidar que uno de nuestros trabajos más importantes es continuar creando mayores reglas de civilidad como comunidades contemporáneas.

Muchísimas gracias.

LA GARANTÍA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

*Omar Sumaria Benavente**

Buenas tardes. He venido recién el día de hoy, la altura me choca, por eso me falta el aire, así que voy a hacer la conferencia, como dice la canción, «despacito».

* Magíster en derecho procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina; profesor en la Academia de la Magistratura y en la Universidad Continental; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal; asesor de la Presidencia del Poder Judicial.

Estoy muy contento de participar en esta tercera edición de este Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje, porque es la tercera vez que vengo, cada vez vengo menos tiempo, la primera vez vine todo el evento, la segunda vez vine día y medio y ahora sólo estaré horas, espero que la cuarta vez me inviten, pero así es la vida.

Pero este evento es importante, porque ya forma parte de la agenda internacional del derecho procesal, por la cantidad de renombrados profesores que han venido en todas sus ediciones y ahora han convocado a destacados profesores extranjeros y nacionales, como Adrián Simons, Mario Reggiardo y otros que llegarán en los próximos días. Por eso me siento muy honrado de estar aquí con ustedes.

El tema sobre el que voy a conversar es sobre la motivación de la decisión judicial con la garantía de la motivación. El artículo 139 inciso 3 de la Constitución, establece el derecho a una tutela jurisdiccional, ¿por esto qué se entiende?, un conjunto mínimo de garantías que se dan en y a través del proceso, durante cada etapa del proceso. Este derecho a la tutela jurisdiccional, tiene ciertos grupos en cada etapa en la cual se desarrolla el proceso, tenemos tutela de primer grado, tutela de segundo grado, tutela de tercer grado, tutela de cuarto grado. La tutela de primer grado son las garantías de acceso a la justicia, donde están entendidos, el principio del juez predeterminado por ley, el principio de legalidad y derribar las barreras de acceso a la justicia. Una vez iniciado el proceso, hay otro tipo de garantías, el principio de oposición, el principio de proceso público, el principio del juez imparcial, el principio de contraditorio, que se van a dar durante el desarrollo del proceso. Luego viene otro conjunto de garantías, que es el derecho a una respuesta que resuelva el conflicto, esta respuesta que resuelve el conflicto tiene que estar fundamentada y motivada. Después viene un cuarto conjunto de garantías, que dice que esta respuesta que resuelve el conflicto fundamentada y motivada, tiene que ser eficaz.

Vamos a enfocarnos en la tutela jurisdiccional de tercer grado, que implica este derecho a tener una respuesta que resuelva el conflicto y que sea fundamentada y motivada. Y me voy a enfocar en el tema de la motivación y de la fundamentación. La primera pregunta es ¿por qué se exige esto?, ¿por qué se exigen la motivación y la fundamentación en las decisiones judiciales? La respuesta es no es para impugnar, ¿por qué?, porque la impugnación es una consecuencia de una mala motivación o de una mala fundamentación, es decir, la fundamentación y la motivación son variables de calidad de la respuesta, tú mides la calidad de esta respuesta sobre la base de estas dos variables, fundamentación y motivación.

Si las variables son buenas, es decir, si hay una buena fundamentación y una buena motivación, entonces, tienen efectos internos en el proceso, que es que restringe el ámbito de la impugnación; por el contrario, si las variables son deficientes, es decir, una mala fundamentación y una mala motivación, amplían la posibilidad de impugnación, internamente al proceso.

Externamente, si las variables son buenas, es decir, una buena fundamentación y una buena motivación, legitima socialmente el sistema judicial; por el contrario, si hay una mala fundamentación y una mala motivación, deslegitima socialmente el sistema judicial, como fue el caso, por ejemplo, de «La Parada» con el juez Malzon, a quien no lo conozco ni me cae mal, sólo pongo el ejemplo. En el caso tal vez hay un debate jurídico respecto al derecho de propiedad, derecho al trabajo, derecho a la empresa, derecho a la libertad de tránsito, etcétera. Tal vez la vía no era la idónea, la acción de amparo, tal vez era la vía civil o un proceso administrativo; sin embargo, el problema no era ése, el problema es cómo motivas tu resolución, es un extraño experimento de literatura y derecho, la literatura y el derecho se pueden utilizar, pero él hace un extraño experimento, toma pasajes de *El Quijote*, mal copiados; y, entonces, no se entiende cómo llega a la conclusión.

¿Y esto qué originó?, originó pues, que la sociedad se lleve una sensación de injusticia, más allá de que la decisión puede haber sido correcta y con la consecuencia de que, finalmente, el juez fue destituido, lo cual, personalmente, me parece un exceso, destituir a un juez por errores en la motivación. Sin embargo, éas son consecuencias, no es la causa.

¿Por qué se exige la fundamentación o motivación? y es con relación al poder o a la potestad jurisdiccional del órgano jurisdiccional ¿En qué se diferencia este órgano de los otros órganos del Estado?, el Poder Judicial, al igual que el Poder Legislativo y que el Poder Ejecutivo, actúan el derecho, hacen realidad el derecho. Lo hacen en tiempos distintos, el Poder Legislativo lo hace hacia el futuro, porque cuando crea una norma, quiere modificar el futuro; el Poder Ejecutivo, lo hace hacia el presente, porque ve el cumplimiento de la norma; mientras que el Poder Judicial, mira hacia el pasado, cuando se incumple la norma civil o cuando se lesioná la norma penal, etcétera.

Pero, esa diferencia en el tiempo en la sucesión de los hechos, no los hace distintos. El Poder Legislativo está vinculado a los intereses de quien los elige, de tal manera que, si cambian los intereses, se modifica la norma. Si el Legislativo saca una norma, por ejemplo, la famosa «Ley Pulpín» o del fomento del empleo juvenil, y salen todos los jóvenes a hacer una marcha, ¿qué hace el Legislativo?, deja en suspenso la norma, no pasa nada. Entonces, se modifican los intereses y se modifica la norma y está bien, porque son los intereses de quienes los han elegido.

El Poder Ejecutivo también actúa el derecho en el momento presente, bajo un interés que es el interés del Estado y tiene que ser así, porque no puede haber intereses distintos en el Estado, si no, no funcionaría. Es una estructura jerárquica, donde no puede pensar distinto el ministro, el vice-ministro, el director general, etcétera, es un solo interés del Estado y está bien.

Mientras, que cuando el Poder Judicial actúa el derecho hacia el pasado, no va con un interés subjetivo, no está vinculado el interés del juez a nadie, salvo a la Constitución; pero, eso tampoco lo hace distinto, ¿dónde radica esta potestad jurisdiccional?, radica en que cuando el Poder Legislativo actúa el derecho y se modifican los intereses, se modifica el derecho, pues, como ven, se puede modificar, no es definitivo. Cuando el Ejecutivo actúa el derecho, vinculado al interés del Estado en el momento presente, si se equivoca, justamente puede ser revisado por el Poder Judicial. Pero, cuando el Poder Judicial actúa el derecho hacia el pasado, es irrevocable, no se puede modificar y ahí radica la fuerza del Poder Judicial, ahí radica su potestad, que lo hace distinto a los otros poderes del Estado.

Mal que bien, ya hace un tiempo, un magistrado, el vocal Villa Stein, en un caso, dijo: «les guste o no les guste, los jueces tenemos la última palabra» y es así, y ése es un gran poder. La pregunta es ¿cómo controlamos el poder si ellos tienen la última palabra?, justamente a través de la motivación y la fundamentación, que son las variables que controlan el exceso de ese poder, por eso es que se exige la motivación y la fundamentación.

Ahora, el Tribunal Constitucional en el caso de Giuliana Llamoja, que ha sido un caso hito sobre la motivación y la fundamentación, tomando otra sentencia, nos define lo que es esta garantía y dice «el derecho a la debida motivación de las resoluciones, informa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir, no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados durante el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios». Luego, habla de la indebida motivación, poniendo ciertas situaciones, la inexistencia de la motivación, la motivación aparente, la falta de motiva-

ción interna del razonamiento, las deficiencias de la motivación externa, la motivación insuficiente, la motivación sustancialmente incongruente, la motivación cualificada.

El tema es que esta sentencia es interesante, no por lo que dice, sino por lo que no dice, porque hasta acá, lo que hace es un *copy and paste* de algún libro de argumentación, no voy a decir el autor; pero, no dice en el caso concreto, cuándo yo estoy ante un error de motivación o no. Y, ¿eso qué genera?, que cuando los abogados presentan casaciones, por ejemplo, yéndose al error de motivación, ¿qué hacen?, copian todo el texto de la sentencia de Giuliana Llamoja, no saben en qué caso, en realidad, se ha motivado bien o se ha motivado mal, no te dice cómo.

Igualmente, los magistrados de las salas supremas, cuando resuelven una infracción por indebida motivación, copian otra vez todo el texto de la sentencia de Giuliana Llamoja, sin precisar en qué situación concreta están o cómo se ha dado realmente, con lo que, estas definiciones no te llevan a nada.

En el caso de Giuliana Llamoja, los hechos son conocidos por todos, Giuliana es mi amiga, yo la conozco y tengo autorización para hablar de este caso. Los hechos son los siguientes: una madre y una hija que tienen una riña, eso está probado. Ambas utilizan lo que antes se denominaba «armas blancas», eso también está acreditado; está acreditado que la hija recibe cuatro cortes, mientras que la madre recibe 54 ó 44 cortes; está acreditado que los cuatro cortes de Giuliana son superficiales; está acreditado que de los 54 ó 44 cortes de la madre, cuatro son de profundidad y los demás son superficiales; está acreditado que de los cuatro cortes de la madre, uno es el que causó la muerte, no me acuerdo si fue en la yugular o en la carótida, eso está acreditado.

¿Qué no está acreditado?, lo que no está acreditado es que se apagó la luz en el momento de la riña, eso lo dice Giuliana. ¿Eso qué cosa es?, un argumento de defensa, un argumento sin premisa fáctica; ¿qué

no está acreditado?, que en el forcejeo la madre se autolesionó y eso le causó la muerte, eso tampoco está acreditado, eso también es un argumento de defensa. Hasta ahí los hechos.

¿Qué interpretó la Corte Suprema? La Corte Suprema interpretó que en una riña, quien tiene mayores daños es la víctima, quien presenta menores daños es el agresor. En este caso en concreto, ¿quién presenta mayores daños?, la madre y ¿quién presenta menores daños?, la hija; por lo tanto, ella es la agresora. En consecuencia, ella es responsable por homicidio doloso.

La pregunta es, en la sentencia se habla de inducciones y deducciones, el tema es ¿qué razonamiento utilizó ahí la Corte Suprema?, ¿inducción o deducción? La inducción es que cuando partimos de un caso particular, llegamos a una regla general; mientras que la deducción es que partimos de una regla general al caso particular. Es una norma general, siempre se da, por ejemplo, el agua hierva a 100º, ¿eso qué significa?, que si veo agua hirviendo, entonces llegó a 100º, entonces, se cumple la regla y se identifica con el caso. Pero, en este caso, ¿es cierto que en una riña quien presenta mayores daños siempre es la víctima y quien presenta menores daños es el agresor? Entonces, ¿qué cosa es?, es inducción o no es inducción, eso no lo dice la sentencia.

Ahí estamos ante un nuevo tipo de razonamiento, que fue definido por Peirce, que es la abducción, tema que no toca la sentencia de Giuliana Llamoja y, entonces, ¿qué sucede?, el Tribunal Constitucional le dice a la Corte Suprema «has motivado mal tu sentencia, motívala bien», «¿cómo?», la Corte Suprema no tenía cómo explicar esa máxima de experiencia que se creó, entonces, ¿qué hace?, cambia el tipo penal y ya no es doloso, sino culposo. ¿Eso por qué pasa?, porque no hay un debido razonamiento, no hay un método y la sentencia de Giuliana Llamoja no te dice cuál es el método, sólo te dice el verso de lo que es la garantía constitucional de la motivación, ¡qué bonito es!, pero no te explica un método.

La doctora Diana Ramírez hablaba de que el fin del proceso es alcanzar la verdad, ¿para qué?, para sustentar la motivación de las decisiones judiciales; y, entonces, hacía énfasis sobre esto ¿no?, ¿cómo tener un método para motivar?

Entonces, ¿qué sucede?, en el razonamiento que hacemos, generalmente no hacemos ni inducción ni deducción, porque es difícil encontrar reglas generales, partimos siempre de abductiones, ¿qué son las abductiones?, presunciones, probabilidades, «es probable que». Por ejemplo, está lloviendo y decimos «cuando llueve, todos se mojan», ¿eso es cierto?, no es cierto, no es cierto que todos se mojan, algunos se mojarán, otros no se mojarán. Entonces, estamos abduciendo, estamos presuponiendo, estamos conjeturando. Entonces, partimos de eso, primero partimos de aducciones, de presunciones, de que frente a algo parecido, puede pasar esto.

Pero, antes de la abducción, viene otro tipo de razonamiento, que es la analogía. ¿Qué es la analogía?, no estoy hablando de la analogía jurídica, la analogía como medio de interpretación jurídica, ante el vacío o laguna de la ley, estamos hablando de la analogía fáctica, que ante situaciones nuevas, aplicamos las reglas de casos precedentes o parecidos, y eso pasa mucho con los jueces, los jueces cuando ven un caso, se formatean, se robotizan y aplican la misma razón al caso nuevo y, entonces, están haciendo analogía y todos, generalmente, partimos de analogías.

Alguna vez hice un ejemplo, entra un animal acá, de cuatro patas, mueve la cola, ladra, ¿qué cosa es?, un perro; pero, cuando dice «guau», bota un huevo, ¿qué cosa es? Como no tenemos un concepto para este nuevo fenómeno, vamos a decir que es un «polli-perro»; pero, al decir «polli-perro», estamos usando conceptos de categorías ya conocidas, conocemos a los pollos, conocemos a los perros y los juntamos en el nuevo concepto, entonces, estamos definiendo este nuevo fenómeno, de acuerdo a categorías que ya conocemos, que hemos aprendido. Eso es la analogía fáctica.

Pero, ¿qué pasa en la analogía?, lo que pasa en la analogía es que para hacer analogía, tenemos una trampita y esa trampita es el eurisma. ¿Qué es el eurisma? Ideas anclas, llamadas prejuicios, que nos vinculan el razonamiento hacia ese tipo de comparaciones. En estas ideas anclas, que se forman para hacer la analogía, pues, hay un momento, cuando se presenta el nuevo caso, que vamos a llamarle el «halo de confianza», ¿qué es el «halo de confianza»?, la incertidumbre, tú no sabes si es bueno o si es malo y siempre sucede, siempre llegamos a un momento de incertidumbre inicial, el «halo de confianza».

En ese «halo de confianza» pueden pasar muchas cosas, por ejemplo, el caso de los estafadores, al momento de generar confianza, entonces te pueden generar la estafa. Este «halo de confianza» va a enfrentar nuestras preferencias que se encuentran acumuladas en el cerebro, ahí vamos acumulando todas nuestras preferencias, conforme vamos aprendiendo socialmente, conforme las vamos experimentando. No hay una curva única para preferencias, hay distintas, pero vamos a encontrar márgenes. Por ejemplo, esta canción de la que les hablé al principio, «Despacito», ¿por qué le gusta a la mayoría de la gente?, la letra es pésima, repetitiva, no tiene nada de bueno, pero todo el mundo la baila y la bailará en Año Nuevo y la repite y la canta, ¿por qué?, porque se hace un cruce de promedio de edades, de tipo de preferencias y se hace un producto dirigido hacia eso, por eso funciona. Entonces, juega con las preferencias de las masas.

En esas preferencias, en ese «halo de confianza», ¿qué sucede?, se van a enfrentar los prejuicios. Por ejemplo, le digo a la señorita «te invito a salir», ella va a decir «¿qué?», van a pasar cinco segundos en los que no me va a poder responder, a los cinco segundos reacciona y, en esos cinco segundos, ¿qué va a entrar?, va a entrar lo que se llama el «consejo de autoridad», ¿qué es el «consejo de autoridad»?, reglas aprendidas socialmente que te dicen «no hagas esto», como lo decía la doctora. Entonces, te dicen «no debes salir con hombres mayores», primer prejuicio, lo cual va a bloquear una decisión, se supone. Luego, viene el tema del producto

staff necesario, ¿qué es eso?, que si lo que yo le propongo no le interesa, o sea, no lleno la satisfacción, entonces, no va a entrar en su pensamiento. Y, finalmente, viene el efecto positivo que es la confianza, que si yo genero en ella una confianza, entonces, voy a tener abierta una posibilidad, pero si no genero confianza, entonces, ¿qué va a pasar?, los eurismas van a bloquear esa toma de decisión; y, por lo tanto, va a ser negativo.

Con lo que, ya tomó una decisión antes de, sin hacer un juicio lógico, sin un razonamiento lógico, con las puras preferencias, ha enfrentado sus prejuicios a este nuevo escenario y ha hecho una, tal vez mala, analogía y el juicio puede ser erróneo. Entonces, cuando razonamos, tenemos que ver todo ese esquema mental, nos vamos a partir de inducciones, eso es lo más fácil, la parte dogmática del derecho se encarga de ver la regla y cómo calzan los hechos que ya han sido, eso es sencillo, el tema es cómo llegar a esos hechos y, partimos de eso, primero del razonamiento abductivo, luego del razonamiento analógico y del filtro de los eurismas.

Ahora, en la hipótesis abductiva, que es una hipótesis creativa, no se trata de cualquier abducción, porque si no, no se podría resolver en un caso, sería una justicia basada en probabilidades y no una justicia basada en certezas. Generalmente, todas son posibilidades, todas son probabilidades y, entonces, esta abducción también somete a un examen que tiene ciertas condiciones; una, la abducción reversa, es decir, que debe ser explicado de adelante hacia atrás y de atrás hacia adelante; dos es la consistencia de la hipótesis abductiva; tres es la posibilidad de explicación; y, cuatro, es la simplicidad.

Pero, esto no basta. Si nosotros nos regimos por ese pensamiento lineal, lo que estamos haciendo es justificar nuestro primer prejuicio y eso por puro justificacionismo. Entonces, es ahí que vienen después las reglas epistemológicas, las cuales, en nuestro caso, serían la carga de la prueba y, en el caso penal, la presunción de inocencia, que es lo que nos dice hasta dónde tenemos que tratar de probar esta hipótesis abductiva

para ir al razonamiento inducción deducción, o sea, no es sólo una mera presunción, no es sólo una mera conjetura, sino, una conjetura que tiene que ser analizada y que tiene que romper estos estándares, que se llaman de prueba; en el caso norteamericano sería más duda razonable y, en nuestro caso, sería la inocencia y la carga de la prueba, pero no la carga de alegar o la carga de producir, sino la carga de justificación, o sea, hasta dónde yo tengo que justificar la consistencia de esta hipótesis y, esto, en comparación con hipótesis alternativas, de tal manera que, con esta hipótesis yo pueda vencer a otras hipótesis alternativas y recién podría decir que mi conjetura «es probable que», entonces, ése sería el mecanismo.

¿Esto a qué nos lleva?, esta justicia ahora basada en certezas, nos lleva al mundo de la teoría de las probabilidades y hay distintos sistemas probabilísticos, la Escuela de Pascal, la probabilidad matemática, el teorema de Bayes, la Escuela de Bacon, entre otras.

Quiero poner un ejemplo. La mayoría de ustedes han visto la serie *The Walking Dead* y muchos de ustedes habrán jugado videojuegos de *zombies*, el argumento es el mismo, ¿cuál es?, unos sobrevivientes escapan del apocalipsis *zombie* y todos los *zombies* los persiguen para comérselos y volverlos *zombies*. ¿Cuándo termina el juego?, cuando todo el mundo es *zombie*. La pregunta es, ¿yo podría calcular cuánto tiempo se va a demorar toda la comunidad en infectarse con el virus?, si yo podría calcular eso, el juego pierde interés, porque justamente es aleatorio; pero, sí es probable, que tú puedas determinar en qué tiempo se puede propagar un virus o en qué tiempo se puede quemar un bosque.

¿Eso cómo se llama? Teoría de la percolación, que es un método matemático que sirve mucho para el tema del derecho basado en los hechos, ¿por qué?, porque sobre la base de eso se genera un esquema de probabilidades para ver hechos-consecuencias; pero, no es aislado, no es lineal, sino de manera global. Aquí se ve la estructura, los elementos que componen la estructura, el espacio donde terminan estos nodos, es

decir, se reconstruye el escenario sobre la base de esta teoría, que sirve mucho en derecho ambiental, por ejemplo. En derecho ambiental, tú vas a Madre de Dios y ¿qué encuentras?, un desierto y alguien te dijo que ahí antes habían bosques, animales, habían jaguares. ¿Cómo puedes reconstruir eso?, la teoría de la percolación te ayuda a reconstruir esos paisajes ambientales, que bien pueden ser reconstruidos para reconstruir los hechos y el derecho y darte un sustento metodológico para decir «es probable que».

Ahora, esta teoría de la percolación también puede utilizarse en lo que es la decisión judicial, la teoría de la percolación es parte de lo que se llama inteligencia en enjambre. Por ejemplo, si es que hay un incendio y hay una puerta al fondo, los que saben las salidas seguras sólo son los que están atrás. Digamos que derecha es vida e izquierda es muerte, ¿los de atrás cómo sabemos a dónde ir?, ¿derecha o izquierda?, no sabemos, ¿de qué va a depender la decisión?, de la velocidad de transferencia de información de atrás hacia adelante, mientras más rápida sea la transferencia de información, entonces, puedo orientar mi decisión.

Lo mismo pasa con las decisiones judiciales, en la medida en que yo pueda hacer más rápida, más fácil la transferencia de información, del abogado al jurado, del abogado al juez, se hace más comprensible; y, en esa medida, yo puedo orientar la decisión del juzgador. En la medida en que yo pongo más obstáculos, lo hago más engorroso, lo pongo más ambiguo, entonces, la información llega tarde, por tanto, el señor se orienta hacia el otro lado. Entonces, la teoría de la percolación también nos ayuda a esto.

Ése es sólo un ejemplo, podemos usar distintos métodos, la teoría de Bayes, el tema de la utilidad esperada, etcétera, es sólo un ejemplo. ¿A qué va esto?, cuando hablamos de razonamiento y motivación, más allá del verso que nos indica el TC, ¿de qué estamos hablando?, de lo que se llama arquitectura lógica y arquitectura técnica. Una decisión, ¿cómo se motiva?, cuando tiene una arquitectura lógica o tiene una

arquitectura técnica, ¿qué es una arquitectura lógica?, como su mismo nombre lo dice, es la estructura que ha significado a los componentes estar en interacción, viéndolo desde un enfoque sistémico. ¿Qué es enfoque sistémico?, un enfoque sistémico verifica elementos, componentes, relaciones entre elementos y componentes y los efectos que tiene un movimiento u otro movimiento. Igual es una historia, igual es una narración, igual es un sistema.

A este sistema, esta arquitectura lógica le da significado, le da significado a la historia, le da significado al relato, le da significado a la motivación que, a su vez, ya está sumada a una arquitectura técnica. En esta arquitectura lógica en la motivación de la decisión, pues van a haber distintos elementos y, tal vez, los nombres les choquen un poco, pero en verdad, son sencillos. Primero, un álgebra, pero qué digo un álgebra, sintaxis; un algoritmo, ¿qué es un algoritmo?, no es nada complicado, es el motor de los cambios que puedan haber; una arquitectura híbrida, que no sólo ve el elemento aislado, sino lo ve en todo su conjunto; un hipertexto, ¿qué es hipertexto?, no es el mensaje lineal, sino la posibilidad de ver como en la computadora, con varias ventanas abiertas; una estructura lineal, una transformación de ese hipertexto a un discurso lineal; y, un nuevo contenido de la verdad, la verdad por correspondencia; pero, hay un elemento más, que es la consecuencia, no sólo es la correlación que hay entre el enunciado lingüístico con el objeto que representamos realmente, que te dice si corresponde la verdad, sino la consecuencia de esa verdad dentro de este relato.

Brevemente, cuando hablamos de álgebra o sintaxis, ¿de qué estamos hablando?, sencillamente, de algunas simples, pero poderosas maneras de construir nuevas relaciones a partir de otras. Si pensamos que las relaciones iniciales son los datos almacenados, entonces, las nuevas relaciones se pueden ver como respuestas en algunas consultas deseadas. Es decir, cuando hablamos de álgebra en la decisión judicial, estamos hablando no de hacer matemáticas, sino estamos hablando de una estructura que se abre como un abanico de posibilidades y genera rela-

ciones y estas relaciones, esas posibilidades, tienen que estar unidas a posibilidades anteriores, para que haya consistencia en el relato.

Este procedimiento algebraico va de la mano con el algoritmo, ¿qué es algoritmo?, que tampoco es algo complicado, es el motor de la inferencia, del razonamiento, que es un conjunto prescrito de instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas, que permiten llevar a cabo una actividad mediante pasos sucesivos que no generen dudas a quien deba hacer dicha actividad. Hay un ejemplo sencillo, la lámpara no funciona, entonces, la primera pregunta es ¿está enchufada? y la respuesta es no, entonces, hay que enchufarla. Si está enchufada, entonces, recién piensas en que el foco está quemado, si la respuesta es sí, entonces, hay que reemplazar el foco. Si seguimos analizando y el foco está quemado, tengo que comprar otra lámpara. Ése es un algoritmo, es el motor de una inferencia, es lo que genera cómo voy haciendo esa cadena de razonamientos.

Esto está relacionado con lo que es la arquitectura híbrida, ¿qué es la arquitectura híbrida? En la arquitectura, digamos, clásica, se construye una casa en un lugar y no importa el entorno; en la arquitectura híbrida, la construcción tiene que tener relación con el entorno. Si la construcción no va de acuerdo con el entorno o resulta brusca para el entorno, no es una buena construcción. Lo mismo pasa con los argumentos, una idea, una cita, no sirve si no está de acuerdo a todo el contexto. Nosotros nos acostumbramos a plagar nuestros escritos de citas, ¿por qué?, porque suena bonito, pero ¿sirven de algo?, ¿funcionan para el entorno?, muchas veces no, plagan el texto y ¿qué generan, generan que esa información llegue más tarde porque las citas te distraen. Entonces, no ayuda, ahí no hay una arquitectura híbrida.

Y el hipertexto, como les dije, es una herramienta que tiene una estructura no secuencial, ¿por qué?, porque nosotros cuando pensamos, ahora los jóvenes, sobre todo, piensan en varias cosas al mismo tiempo, piensan como ven la máquina, piensan desde varias ventanas abiertas,

piensan en varias posibilidades al mismo tiempo y así es el nuevo pensamiento humano, ya no pensamos de manera encadenada y lineal, sino pensamos en varias cosas al mismo tiempo.

Ese hipertexto, tenemos que convertirlo en una estructura lineal, que es el argumento que va a seguir la decisión, la resolución, el escrito, lo que sea. Va a dar autoridad lineal o única, o sea, la consistencia, la narración lineal. Luego, las líneas formales de comunicación, luego la centralización de las decisiones y el aspecto piramidal en la construcción del argumento, en la motivación.

Como ven, no he hablado nada del TC, cuya definición no te ayuda a cómo construir o cómo motivar. ¿De qué se ha hablado?, de cómo realizar tu pensamiento; y, en este nuevo escenario, el derecho tiene una visión muy limitada, muy parcializada, entonces, necesitamos nuevas herramientas, nuevas herramientas como la lógica, la epistemología, las matemáticas, etcétera, porque en el mundo, hoy es así, no es un mundo aislado, sino es un mundo que vive en interacción de todos los campos. Y, entonces, no podemos definir una garantía, sólo con categorías retóricas que no te ayudan a hacer una buena motivación.

Lo que les he dicho es una propuesta, es una propuesta, porque para mí, estos eventos son para eso, para hacer propuestas. De nada serviría que venga a repetir lo que dice el TC en la sentencia de Giuliana Llamoja, que ya todos saben y han estudiado. Vine a hacer propuestas para incentivar el estudio, porque la ciencia no avanza por las mejores respuestas, sino la ciencia avanza por las mejores preguntas.

Muchas gracias.

EL DERECHO A LA PRUEBA Y LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

*Adrián Simons Pino**

Buenas noches queridos amigos de la mesa, profesores invitados, estudiantes, invitados. Es la primera vez que vengo a esta universidad, quiero felicitarlos por el ambiente académico que se respira; y, sobre todo, por algo muy importante que creo que es lo más trascendental de un evento académico, que es la presencia de estudiantes.

Ustedes son lo más importante y, siendo lo más importante, el profesor Omar, me ha tendido justo el puente, porque yo voy a hablar de prueba científica y, para empezar a tratar la prueba científica, tiene que ver con el cansancio, ustedes están cansados. El cerebro tiene un límite de atención y eso está probado en todo el mundo, ahí hay una verdad científica, así que voy a tratar de ser lo más fluido y lo más sencillo posible en el tiempo que tengo.

Miren, Omar ha dicho algo muy cierto, ustedes forman parte de unos nuevos tiempos, esos nuevos tiempos es la sociedad del conocimiento. La pregunta es ¿estamos viviendo o no estamos viviendo la sociedad del conocimiento? o ¿solamente la vemos pasar?, que es parte de la reflexión.

Como parte de este tema, yo traigo esta cita de un científico periodista español, que se llama Pere Estupinyà. Pere Estupinyà tiene un libro

* Cuenta con maestría internacional en derecho procesal constitucional de la Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires; abogado por la Universidad de Lima; profesor de derecho procesal y arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y de la Asociación Latinoamérica de Arbitraje; socio fundador de Simons Solución de Controversias.

que se llama «El Ladrón de cerebros», ustedes son jóvenes universitarios, se los recomiendo, es una vuelta por la ciencia en el mundo, cómo está avanzando y explicado por un científico de la manera más simple posible, desde la teoría cuántica hasta si el huevo engorda o genera colesterol.

¿Qué dice Pere?, «La ciencia son las gafas que nos permiten escudriñar en la estructura del universo, descubrir el mundo, el mundo microscópico, explorar el interior del cerebro humano, comprender nuestro comportamiento y disfrutar de todas las complejidad y esplendor que oculta la naturaleza».

Esta cita de Pere es el comienzo de esta exposición, la invitación a conocer de ciencia, porque la ciencia, hoy por hoy, amigos, está muy vinculada al derecho.

Un ejemplo de esta revolución está dado en la neurociencia, como lo dijo nuestra amiga, la profesora colombiana. Más allá de las implicaciones médicas, queridos amigos, los escáneres de resonancia magnética funcional, están siendo utilizados para investigar lo más profundo de nuestra personalidad y eso va a tener un impacto directo en el derecho, sobre todo, en el derecho penal. Los científicos ya están afirmando que las imágenes más precisas de la actividad del cerebro, pueden ser utilizadas para exculpar en un proceso penal, si se detecta que nuestras fechorías no son atribuibles a nuestra voluntad, sino a una programación cerebral defectuosa. Ya se está descubriendo que hay problemas de programación cerebral defectuosa, que nos llevan a determinadas conductas no predeterminadas en el cerebro. Entonces, hay un avance y eso va a generar cambios en la imputabilidad en el derecho penal.

Ahora se sabe, por ejemplo, que estos escáneres pueden detectar alteraciones en los cerebros de los pederastas. Muy importante. En una reunión de científicos de Harvard, ya se preguntaban sobre si se debía considerar en la ley criminal, los avances de la neurociencia.

Miren hasta dónde estamos llegando con todos estos avances. Hemos llegado a tal punto, a tal nivel, que el principio de autoridad y el sentido común, ya no se llevan bien. Les hablé del caso tan sencillo, que todos pensamos que los huevos nos generan colesterol, que los huevos nos afectan el nivel de colesterol y nos engordan, cuando científicamente no es así, pero nuestro sentido común piensa que es así. Esto que se los pongo de manera tan sencilla, en otros temas tan relevantes, quiebra los mitos y la ciencia nos enseña a tomar decisiones sobre la base de evidencia.

El sentido común ya no es el mismo, el sentido común ha cambiado y en eso los invito a dar un viaje por el derecho.

Miren, hoy en día, no se puede hablar de prueba científica si no hablamos de la trilogía *Daubert, Joiner y Kumho*. Me imagino que todos ustedes en su clase de teoría de la prueba, han visto estos precedentes o esta jurisprudencia que ha sido una especie de lluvia que hemos tenido en materia probatoria para la ciencia procesal. Estos casos tenían como referente el caso *Frye* de 1923. En 1923, fíjense, ya una corte de esa época, estaba pensando entre el derecho y la ciencia y, pensando así, descarta como prueba científica el detector de mentiras, ¿por qué?, porque usa un argumento muy importante, que para que esos métodos puedan ser válidos deben tener una aceptación en la comunidad científica y, el detector de mentiras, no tenía una aceptación en la comunidad científica.

Teniendo como plataforma el caso *Frye* de 1923, surgen estos tres casos emblemáticos, *Daubert* de 1993, *Joiner vs. General Electric* de 1996, y *Kumho vs. Carmichael* de 1999.

Veamos el primero. Este caso surge en el año 1923, se trata de un fármaco de nombre *Bendectin*, que se recetaba a las mujeres que tenían náuseas y el problema que generó este fármaco, aparentemente, es que causaba defectos de nacimiento en los recién nacidos. Se trabajó evidencia epidemiológica y, la Corte Suprema, a través del juez ponente

Blackmun, creó, como lo dijo el profesor Taruffo, un tratado de epistemología. Como todos sabemos, la epistemología, es el conocimiento reflexivo, elaborado con rigor, es lo opuesto al *doxa*, que es el conocimiento ordinario, sin ninguna rigurosidad.

Entonces, Blackmun creó una lista, una especie de sugerencias, un catálogo para los jueces, les dice a los jueces «cuando tú tengas una prueba científica al frente o una prueba técnica, te recomiendo los siguientes criterios».

Primer criterio, falsabilidad o *falsifiability*, ¿qué preguntas se tiene que hacer uno?, ¿la prueba se basa en una teoría o en una técnica susceptible de contraste?, es lo primero que tenemos que preguntarnos.

Segundo criterio, revisión por pares, *peer-review* como le decían ellos, ¿ha sido la teoría o técnica realizada por otros científicos? Esto es bien importante, porque un juez tiene que aprender a diferenciar, como decían los americanos, entre *junk science* y *good science*, ciencia buena o ciencia basura, porque no nos va a vender gato por pericote.

Tercer criterio, porcentaje de error. Esto es importantísimo, ¿cuenta la técnica con una tasa de error conocido y con normas técnicas de control de su operatividad?, ¿respeta los estándares de correcta ejecución en las operaciones aplicativas? Y esto tiene que ver con muchas cosas, con, por ejemplo, la estadística, cuando se hace uso de la estadística para una prueba pericial, la primera pregunta es ¿cuál es el margen de error?

Cuarto criterio, consenso general de la comunidad científica, ¿la ciencia utilizada es generalmente aceptada? Acá recoge el precedente *Frye* del año 1923, pero ya viéndolo desde otro contexto, otro contexto desde estos cuatro criterios, que son las cuatro sugerencias o este mini tratado de epistemología, como dice Taruffo, que propuso el juez Blackmun para los jueces.

Entonces, el caso *Daubert*, ha destacado tres problemas esenciales. Primero, la necesidad de que el conocimiento extrajudicial, porque acuérdense que la ciencia, la técnica, es un conocimiento extrajudicial, entonces, el conocimiento extrajudicial del juez del cual se sirve para decidir sobre hechos, sea científicamente válido, es importante eso. Segundo, se espera que el juez sea, como dicen los americanos, un *care keeper*, un guardián, un cuidador de la prueba científica que tenga esa potestad de ver y seleccionar la prueba científica que cumple los estándares que yo acabo de mencionarles con esos cuatro criterios. El tercer punto es que se pone en crisis el mito sobre el cual la ciencia sería capaz de encontrar la verdad de manera indiscutible.

Hay algunos científicos que advierten cierta soberbia en la ciencia, los científicos dicen que es así y todos tenemos que bajar la cabeza; si dicen que el ADN tiene 99.9% es porque es así; si dicen que eres el papá, tú eres el papá. Éste es un mito, porque vamos a ver más adelante cómo es que se puede hacer control, también, de la validez de las técnicas científicas.

El caso de *General Electric vs. Joiner*, éste es un caso muy interesante, porque el demandado aquí alegó un tema muy interesante, que adquirió cáncer por ser expuesto a una sustancia PCBs; él trabajaba en General Electric y la sustancia se usaba como aislante para los equipos eléctricos. Esta sustancia era tan tóxica, que estaba considerada dentro de los doce contaminantes más altos del mundo. La evidencia que se encontró en el caso, es que este señor era fumador y con antecedentes familiares de cáncer al pulmón, pero argumentó que, a pesar de tener esos antecedentes, fue esta sustancia PCBs, la que desencadenó y complicó su cáncer.

El juez supremo Rehnquist, que fue el juez ponente en este caso, revisó los estudios científicos presentados y la estadística que se usó para ver el tema, y concluyó que no había una relación estadística que demostrara que el cáncer se generó por esa exposición al trabajar con ese

material. Incluso, se presentaron estudios de otros trabajadores de planta de General Electric en otros Estados y se llegó al mismo resultado.

El caso *Kumho vs. Carmichael* es el tercero y es también muy interesante, porque la Corte Suprema revisa una decisión de una corte de apelaciones que inaplica la regla *Daubert*, se discute si hay una prueba científica o no. Y, ¿por qué se inaplicó la regla *Daubert*?; por lo siguiente. El caso se trata de que los demandantes fueron heridos en un accidente automovilístico porque una de las llantas explotó, el vehículo perdió equilibrio y se estrellaron. Los demandantes dijeron que eso sucedió debido a que los neumáticos Kumho eran defectuosos. Se contrató a un perito que era experto en llantas, entonces, la corte de apelaciones dijo que no lo iba a aplicar en el caso porque no era prueba científica, porque un experto en llantas no puede aportar nada de ciencia.

En ese caso, el experto hizo un análisis con inspección visual y táctil, emitió una opinión sobre un desgaste de la banda de rodamiento. La Corte Suprema no estuvo de acuerdo con esa inaplicación y dijo que sí se aplicaba la regla *Daubert*, que el método usado fue confiable, pero su aplicación al caso concreto no fue la correcta y, por eso, no les dio la razón a los demandantes.

¿Cuál fue el impacto de esta sentencia? Esto es bien importante. Sus efectos fueron tan grandes que en el año 2000 el legislador norteamericano modificó el artículo 702 de las *Federal Rules of Evidence*, que quedó redactado de la siguiente manera —es una traducción y, además, fíjense chicos y chicas, la simpleza de la redacción de una norma, deberíamos tomar clases cuando redactamos nuestras normas porque, de verdad, a veces tenemos que tomar cursos para entenderlas—: «Cuando los conocimientos científicos, técnicos u otros especializados, puedan servir al jurado para entender las pruebas o fijar los hechos del caso, podrá tenerse en cuenta el testimonio de un experto perito, por razón de conocimiento, habilidad, experiencia, formación, educación, en el que exprese su opinión, si —y acá están los requisitos, fíjense cómo recoge

las reglas— 1. El testimonio está suficientemente fundado en hechos o datos fiables; 2. El testimonio es producto de principios y métodos confiables; y 3. El testigo aplica los principios y métodos a los hechos del caso de forma fiable». Por si acaso, chicos y chicas, «testigo» o «testimonio» es «*witness expert*», que significa «perito».

Esta influencia, este desarrollo del *common law* llegó al *civil law*, llegó al derecho continental. Hoy por hoy, cualquier libro que ustedes lean —y me imagino que los han leído—, que se precie de ser un libro de materia probatoria, de prueba científica, tiene que tener un análisis de los casos *Daubert, Joiner y Kumho*.

Para esto, tenemos que conocer algo de ciencia y una de las propuestas que hago es que también cambiemos los paradigmas de enseñanza del derecho y tenemos que tener claro a qué tipo de ciencia nos enfrentamos, y aquí propongo una división muy sencilla, que es arbitraria obviamente, las ciencias empíricas, que son las ciencias de explicación; las ciencias naturales; la ciencia dura, como la matemática, la física, la biología, la química; las ciencias sociales, que son las ciencias de la comprensión; las ciencias del espíritu; la ciencia humana, la sociología, la psicología, la antropología, la historia, etcétera, todas las ciencias que estudian la conducta humana.

El uso de estos nuevos estándares, si ustedes se dan cuenta, hay un cambio para mirar la evidencia, la prueba, que trajo como consecuencia una serie de cuestionamientos a pruebas, o medios probatorios, o herramientas probatorias o evidencias, como queramos llamarlas, que tenían un relativo grado o un importante grado de confiabilidad. Esto ocurrió en el año 2009 en la Revista *National Academy of Sciences*, que publicó un artículo en el que se cuestionaron las doce técnicas —esto es para los que les gusta el derecho penal— forenses más importantes y analizadas desde el punto de vista de las ideas científicas. Y, ¿saben qué?, las únicas que pasaron la prueba, fueron las pruebas genéticas, las pruebas de ADN, todas las demás fueron relativizadas y esto afectó

a las pruebas más usadas por la ciencia forense, las huellas digitales, las pericias caligráficas y la pericia balística.

¿Por qué?, porque este tipo de pruebas puede generar más de un resultado y, cuando generan más de un resultado, la certeza disminuye. Lo interesante de esto es que, cuando estás frente a este tipo de pruebas, no puedes condenar solamente por el tema de las huellas digitales, las pericias caligráficas o la pericia balística, tienes que tener prueba complementaria u otra prueba.

Valoración. Ahora, ¿cuál es el criterio para valorar la prueba científica? Acá, tenemos que comprender que el juez no tiene la función de sustituir al experto o perito y convertirse en un científico de la noche a la mañana o, lo opuesto, asumir una posición sumisa y trasladar el contenido del dictamen pericial a la sentencia para poder sustentar una decisión. El juez debe controlar la labor del experto para verificar la validez y credibilidad del resultado de la prueba científica. En suma, el juez debe valorar la correcta realización del procedimiento y la validez del método que se ha seguido en la operación de la prueba científica, es decir, debe operar como un epistemólogo. Sólo actuando así, quebramos el efecto CSI, los que han visto la serie CSI, que llegan estos chicos y chicas muy simpáticos, regios ellos, con el luminol determina quién es y resuelven el caso, sin necesidad que haya un proceso judicial. Aquí entra en juego una persona muy importante, el juez, por eso es que les dije que era el *care keeper*, el que controla la validez del medio probatorio científico.

En resumen, la fiabilidad de una prueba reputada como científica, depende de lo siguiente. Primero, validez científica y método utilizado; segundo, tecnología apropiada; tercero, rigurosos controles de calidad; y, cuarto, cualidades del experto o perito. Importante, esto tiene que mirar un juez.

Viene la pregunta, ¿el ADN es la prueba perfecta?, ¿es la prueba perfecta? ¿99,9? La información científica dice que sí, se le califica como la prueba perfecta. Pero, siempre hay un «pero», la validez del test genético depende de una serie de condiciones relativas a la cualidad, a la recolección y conservación de estos materiales genéticos, desde el uso de un procedimiento correcto, hasta la seriedad del laboratorio y del experto que lo realiza.

Eso es un problema de nuestro país, el Perú no tiene una carta genética, el Perú no tiene una regulación mínima para la correcta validación del ADN. ¿Alguno de ustedes sabe de un laboratorio validado?, yo no conozco, ni el de la Fiscalía. La idoneidad de los laboratorios es todo un problema, porque debería existir una previa certificación y habilitación para su funcionamiento, sean públicos o privados. Cuando uno va por los pasillos del Palacio de Justicia en Lima, se encuentra unos carteles «prueba de ADN, laboratorios», todo el mundo ofrece eso sin ningún tipo de control.

Resulta imprescindible exigir a los laboratorios certificación de calidad que se rija por normas ISO, no lo hay, no tenemos una regulación. Esa habilitación debe estar a cargo del Estado, debe haber una regulación vía concesión, para que las condiciones, las normas sanitarias de los laboratorios estén plenamente establecidas en la ley. ¿Por qué?, porque se pueden presentar problemas, por ejemplo, cuando los laboratorios no cuentan con expertos adecuados, ¿algún juez ha preguntado, por ejemplo, cuando viene una prueba de ADN, al Ministerio Público, cuántos inmunogenetistas tienes?, ¿cuántos hematólogos hay?, ¿cuántos bioquímicos especializados en enzimas hay?, ¿cuántos biólogos moleculares?, ¿cuántos especialistas en bioestadística hay? Y la respuesta creo que nos puede sorprender, porque nadie ha hecho ese control en las pruebas de ADN.

Cuando, por ejemplo, el laboratorio no disponga de un adecuado sistema de computación, esto es muy importante, el *software* para

determinar el tamaño de los alelos es fundamental, porque es el que determina, por ejemplo, el nivel de paternidad.

También la falibilidad de los exámenes de última generación puede obedecer a la insuficiencia de la cantidad de la muestra. ¿Algún juez ha preguntado por el tamaño de la muestra?, ¿saben cómo preguntar por el tamaño de la muestra?, ¿han investigado sobre ese tema? Ése es el problema. ¿Nosotros en la universidad hemos tenido algún curso de biología básico, de genética, para poder saber qué es un alelo? La verdad que no, si ustedes lo tienen, sería extraordinario, pero yo no lo tuve y tuve que investigar, incluso, leer un libro sobre genética y ADN de una profesora de la Universidad Cayetano Heredia.

La ausencia, por ejemplo, de condiciones apropiadas de asepsia, el cambio de temperatura, nadie exige a los laboratorios que tengan determinados niveles de temperatura, el ADN puede haberse degradado, puede estar contaminado por bacterias, la llamada dimensión cruzada, es decir, hay una serie de problemas que se pueden presentar si es que no hay certificaciones o condiciones técnicas para poder hacer adecuadamente una prueba de ADN y que sea válida en un proceso judicial.

Los colegas que me precedieron hablaron sobre neurociencia y proceso. Empecé hablando sobre neurociencia que es el futuro, chicos, es el futuro y no tenemos ni un lugar en la facultad —hablo de la mía—, donde se enseñen estas cosas.

Ya el profesor René Molina lo advirtió, el derecho se verá afectado por la neurociencia. Por ejemplo, ya se está desarrollando como herramienta para un sistema de selección de jueces, ¡qué maravilla!, ojalá llegue pronto, porque los científicos han desarrollado herramientas que pueden utilizarse para comprobar que la teoría de pensamiento basado en la justicia tiene lugar de manera independiente al razonamiento basado en reglas. Cuando se piensa en la justicia, nos soportamos en un algoritmo no verbal, basado en una mezcla de huella genética, herencia

cultural y experiencia. La neurociencia puede aportar de manera extraordinaria para tener un buen perfil de juez, que tanto necesitamos en nuestro país.

La neurociencia vinculada a la libertad, a la responsabilidad y a la imputabilidad, ¿cuán responsables somos de nuestras acciones?, ¿cómo influye la edad en la responsabilidad?, hay investigaciones que demuestran que durante la adolescencia se presentan procesos o eventos de madurez biológica del cerebro y esto dura hasta los diecisésis o diecisiete años, o sea, el cerebro del adolescente está en plena madurez y en pleno crecimiento. Es por ello que los resultados de la neurociencia han demostrado que los jóvenes —eso no quiere decir, chicos, que porque sean menores de edad, hagan locuras, ¿no?— tienen menor capacidad para controlar sus impulsos.

Es por esa razón y gracias a los estudios de la neurociencia, que en el 2005 en el caso *Roper vs. Simmons*, la Corte Suprema de los Estados Unidos, apoyada en esos estudios, abolió la pena de muerte para los jóvenes menores de dieciocho años.

Entonces, se dan cuenta cómo varían los criterios de imputabilidad.

Y acá, la necesidad urgente de replantear la enseñanza del derecho. Es muy importante que las facultades incorporen en su currícula, estudios en psicología, biología, neurociencia. La ciencia y el derecho, ya no pueden caminar por separado.

Los jueces tienen un deber muy importante de conocer los avances de la ciencia. Las máximas de experiencia que muchas veces son usadas, que son el sentido común, ya tienen que cambiar y tienen que usar leyes en su sentido común para poder juzgar los casos.

Rápidamente, ¿cómo se han comportado las cortes y tribunales internacionales? La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un caso

bien interesante, el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, fecundación *in vitro*, 2012. Miren qué pasó acá, se demandó al Estado de Costa Rica, a causa de una sentencia expedida por la Sala Constitucional costarricense. La Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional el método de fecundación *in vitro*, porque afectaba el derecho a la vida de los embriones que eran descartados. ¿Qué dijo la Corte?, «la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada, resultarían una evidente violación del derecho a la vida, contenido en la Constitución costarricense».

Esta decisión fue llevada a la Corte Interamericana y ¿qué dijo esta corte internacional? Esta corte para sustentar su decisión, utilizó dictámenes periciales científicos y literatura de la ciencia médica y dijo varias cosas. Primero, que Costa Rica fue el primer país en declarar inconstitucional la fecundación *in vitro*; segundo, que no hay consenso científico respecto a cuándo comienza la vida o desde cuándo es sujeto de protección un embrión. Para esto, lo que hizo la Corte Interamericana es valorar la prueba científica y describió lo siguiente, «hay tres teorías —dijo— sobre la concepción. La primera, es desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, de la fecundación se crea una nueva célula, llamada el cigoto». Ésa es la primera teoría. La segunda teoría sobre la concepción es entendida como el momento de implantación del óvulo ya fecundado en el útero, es decir, cuando el cigoto se conecta con el sistema circulatorio materno. Y la tercera, la menos aceptada científicamente, dice que la vida se reconoce cuando se desarrolla el sistema nervioso. No hay consenso científico, pero la Corte tuvo que asumir una posición.

¿Qué dijo? Que «la concepción —fíjense— comienza cuando el embrión se implanta en el útero», es decir, fecundación más implantación. Miren el cambio de paradigma frente a lo que nos enseñaban en nuestras clases de derecho de las personas, valoró positivamente la prue-

ba científica con esta posición. Pero, fue más allá y esto sí es polémico, dice que «recién a partir de la implantación, se aplica el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos —es decir, el derecho a la vida—; pero, —hizo una objeción— el objeto de protección es la mujer embarazada» y concluye que «no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión», o sea, no le da protección directa al embrión, sino a la madre. Y dice «la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido»; es decir, según la Corte Interamericana, el embrión no puede ser tratado como persona, el embrión puede ser protegido en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en persona con derecho a la vida. Miren lo que ha dicho esta corte.

Ahora, quedense un ratito con esa idea de lo que es concepción según la corte, porque vamos a ver lo que dice nuestro Tribunal Constitucional. Rápidamente, ¿cómo ha visto la ciencia nuestro Tribunal Constitucional?, por ejemplo, el caso transexualidad y ciencia, el Expediente n.º 139. Aquí, el demandante pide el cambio de su DNI y de su partida de nacimiento, ¿por qué?, porque ella se ha calificado como transexual o «mujer reasignada», mediante cirugía y cambio de sexo. El Tribunal Constitucional declara infundada la demanda, no le dieron la razón a la persona, ¿por qué?, porque gran parte de la decisión, fundada en análisis científico, debatible pero científico, determinó lo siguiente: hay dos tipos de sexo, el sexo biológico y el sexo psíquico o psicológico, el único sexo existente según el TC, es el sexo biológico y utiliza ciencia para argumentar que el sexo biológico o sexo cromosómico, no se puede cambiar o alterar, naces hombre, mueres hombre, naces mujer, mueres mujer. De ahí surgió la doctrina de la indisponibilidad del sexo.

El Tribunal Constitucional calificó al transexualismo como una enfermedad mental, es decir, como una patología de origen psicológico, utilizando un estudio de la Organización Mundial de la Salud, que también ha sido muy cuestionado. Pero, dos años después, fíjense la absoluta inestabilidad de nuestro país, hoy día conversaba con un amigo

que el Perú ha caído cinco puntos en el ranking de competitividad en el mundo, cinco puntos, y una de las debilidades, valga la redundancia, es la debilidad de nuestras instituciones, hoy día decimos «sí», mañana decimos «no», y eso genera ausencia de predictibilidad. Dos años después, el TC con nuevos integrantes, porque nosotros los peruanos somos lo máximo, «si él dijo “sí”, entonces yo tengo que decir “no”, porque si no, no destaco», en fin, ¿qué ocurrió?, el TC cambió de posición en el caso n.º 06040, del 21 de octubre del 2016, e indicó que «la anterior postura suponía un severo impedimento de acceso a la justicia» y las razones que dio fueron muy sencillas, «no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad» y porque «existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal, faculte al juez a reconocer el cambio de sexo».

El Tribunal Constitucional recurrió a la Asociación Americana de Psicología para sustentar su posición científica y también para establecer que la OMS estaba en camino a cambiar.

Volvemos un ratito, para terminar, ¿se acuerdan lo que dijo la Corte Interamericana? Ahora entremos al tema de la píldora del día siguiente. Son dos casos, para variar, el TC una vez dice «sí» y otra vez dice «no», tenemos el caso n.º 7435 y el caso n.º 02005. En el primero, se debate si la anticoncepción oral de emergencia o píldora del día siguiente tiene efectos abortivos y si el Estado debe incorporarla dentro de su política de salud. El debate es científico y trata sobre si tal método anticonceptivo impide la implantación del óvulo fecundado y los efectos frente al endometrio, es decir, si impide, tendría efectos abortivos.

El Tribunal Constitucional utilizó como base científica una posición de la OMS, del Colegio Médico del Perú y del Ministerio de Salud y, ¿qué dijeron?, que la evidencia científica ha establecido que este método impide o retarda la ovulación e impide la inmigración de los espermatozoides por el espesamiento del moco cervical, por tanto, actúa antes de la fecundación. En tal sentido, el TC, en este caso, concluyó

que la anticoncepción oral de emergencia es un método válido de anticoncepción y que debe ser de distribución gratuita, es decir, no tiene efectos abortivos.

Sin embargo, tres años después, en este caso, dijo lo contrario y ¿por qué?, se analizó lo que llaman «el tercer efecto», que dice que produce cambios en el endometrio y no permite la anidación. ¿Qué dijo el tribunal?, aplicó el principio de precaución y al aplicar dicho principio asumió que «la concepción se inicia desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide»; y, por tanto, como ya eso es concepción y no puede anidar por efectos de este sistema, debe aplicarse el principio precautorio y debe ser prohibida y debe prohibírsela al Estado peruano distribuirla.

Un día dijo «sí», mañana dijo «no». El debate está con la Corte Interamericana, que tiene una posición y todos sabemos el efecto vinculante que tienen las decisiones de esta corte.

En el sistema penal hay un gran avance, el Pleno Casatorio Jurisprudencial del 2 de octubre de 2015, trajo a nuestro país por primera vez como reglas pretonianas, la trilogía *Daubert, Joiner y Kumho*, no lo voy a leer, ahí está, lo hemos visto antes. Lo que quiero resaltar es que estas reglas jurisprudenciales ya han sido establecidas a través de ese pleno jurisprudencial y creo yo, porque son reglas, en principio, de alcance general, de acuerdo al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éstas son de aplicación a todo tipo de procesos.

Cierro con lo siguiente, amigos, disculpen que me haya excedido, me pidieron que me vaya antes, pero me quedé por el entusiasmo. ¿Qué conclusiones podemos sacar de acá?, la prueba científica es una variante de la prueba pericial, que se caracteriza por la especial idoneidad del experto independiente en materia científica o tecnológica, no debe confundirse la alta confiabilidad de la que goza una prueba científica con su infalibilidad, ya lo hemos visto con el tema del ADN. El juez debe

ser un guardián, un *care keeper*, de la prueba científica. La regla *Daubert* se ha convertido en un parámetro universal. El juez debe valorar la correcta realización del procedimiento y la validez del método utilizado, teniendo en consideración siempre el margen de error del mismo. La ciencia y el derecho no pueden seguir andando por caminos separados, es muy importante que se replantee la enseñanza del derecho, incorporando estudios de la psicología, de la biología, de la genética, de la neurociencia, en la malla curricular de las escuelas de derecho. Los jueces deben elevar su estándar de conocimiento para poner a nivel los avances de la ciencia en sus máximas de experiencia.

Eso es todo, les agradezco mucho por su atención.

SEGUNDA MESA: «REFLEXIONES SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAUDOS LOS ARBITRALES»

Mario Reggiardo Saavedra

Jorge Ruiz Bautista

Fabiola Paulet Monteagudo

EL PRINCIPIO DE INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE EN EL SISTEMA PERUANO

*Mario Reggiardo Saavedra**

La ignorancia es atrevida y era también atrevida cuando estaba en la universidad. En los primeros ciclos de la Facultad de Derecho, renegaba mucho cuando las clases empezaban con los principios, me parecía que no servían para nada, que era un palabroeo innecesario, que era un «floro», era el momento en el que yo empezaba a distraerme, a hacer dibujitos. Luego, me di cuenta, bueno, tiempo después, me di cuenta de que estaba cometiendo graves errores.

Me costó tomar conciencia, era muy ignorante, más ignorante que ahora; me tomó tiempo tomar conciencia de la importancia de los principios, porque los principios, en realidad, sí tienen una apli-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría en derecho y economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de derecho procesal civil, arbitraje y análisis económico del derecho en la Universidad del Pacífico y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es socio en Bullard, Falla & Ezcurra, miembro de la comisión del Ministerio de Justicia encargada de proponer reformas al Código Procesal Civil.

cación práctica, no es una cuestión meramente de divagación teórica. Los principios son una guía sobre la cual se diseña una norma, trazan la dirección por la cual se debe trazar determinada institución jurídica. Si la institución jurídica ya existe, van a trazar la dirección en la cual se va a interpretar determinada norma jurídica. Si hay un vacío legal en medio de un cuerpo legal, entonces, una de las maneras de integrar —una, por supuesto, es la analogía—, son los principios, algunos principios generales del derecho, que nos van a dar la clave de cómo integrar ese vacío. Entonces, son la luz que permite ver con claridad una institución.

Hoy voy a hablar de un principio aplicable al arbitraje y que ya está, felizmente, aplicado en términos prácticos en la última Ley de Arbitraje vigente en el Perú, que es el Decreto Legislativo n.º 1071. A pesar de que el arbitraje en el Perú existía formalmente en la norma desde hace muchos años, no funcionaba y vamos a ver ahora por qué no funcionaba y qué cosas se fueron haciendo para que ahora esto funcione.

Una de las claves es que el diseño de un sistema arbitral y la aplicación del sistema arbitral, para que funcione, pasa inevitablemente por el principio de inevitabilidad del arbitraje.

Ya el sistema actual que hay en el Perú, el Decreto legislativo n.º 1071, está basado en la Ley Modelo Uncitral. Éste es, simplemente, un *soft law*, un modelo que dio la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, hecho por especialistas de varios países del mundo, como una manera de decir en su momento —esto se publica inicialmente en el año 84—, es una manera de decir a los actores del comercio internacional, «si tienen conflictos entre ustedes, lo ideal sería que resuelvan sus problemas a través de esta regla de arbitraje», porque, primero, que es el resultado del trabajo y del consenso de muchos especialistas y muchos operadores de arbitraje en ese momento. Luego, se hizo una reforma en el año 2006.

Pero, no necesariamente los países han usado la Ley Modelo Uncitral para hacer sus leyes arbitrales. Cada país con su propia cultura jurídica, en fin, con su propia constitución, diseña sus propios arbitrajes, por supuesto hay un *cover*, una cuestión mínima de todos los arbitrajes, pero no necesariamente muchos han seguido esta ley.

Uno de los pocos países que ha seguido esta ley, es el Perú, en el momento en que nosotros adoptamos el Decreto Legislativo n.º 1071, que fue hecho básicamente a partir de la Ley Modelo Uncitral del año 84 y, con la reforma del año 2006, que estaba fresquita. Esa reforma, básicamente, hace que el arbitraje funcione, es decir, que sea eficaz.

Una clave de ello es el principio sobre el cual se diseña todo este sistema arbitral, el principio de inevitabilidad del arbitraje. Sin este principio, el arbitraje no funcionaría bien. Los arbitrajes que no toman en cuenta en el diseño de sus normas o en la interpretación de sus normas este principio, empiezan normalmente a desviarse o a chocar con otros sistemas de solución de conflictos.

Básicamente, si tenemos que resumir esto y ponerlo muy simple, el principio indica que el arbitraje es inevitable, es decir, ninguna conducta u omisión, de nadie, debería impedir que el arbitraje se instale, se lleve a cabo, se emita el laudo y el laudo se ejecute. Protege el efecto vinculante del convenio arbitral, que ya determina, además, cuál es el rol del Poder Judicial en relación a hasta dónde puede llegar frente a este arbitraje. Y la clave es que el arbitraje prevalece sobre el fondo en relación al proceso judicial.

¿Cómo se ha plasmado este principio en el sistema que hoy en día tenemos en el arbitraje comercial? Ojo, no estoy hablando del arbitraje en contratación del Estado; ése es otro planeta que, por lo demás, lamentablemente no está funcionando bien, funciona mal, ésa es la verdad. Los efectos del principio de inevitabilidad, por una cuestión pedagógica, se pueden diferenciar en efectos positivos y en efectos ne-

gativos. Los positivos tienen que ver con que las partes que han celebrado un convenio arbitral, deben tener todos los mecanismos posibles para que, justamente, en caso de conflicto, uno pueda obligar al otro y, en la práctica, llevar al otro a solucionar su conflicto a través del arbitraje y no a través del Poder Judicial. El negativo, que es la otra cara de la misma moneda es, básicamente, que el Poder Judicial no puede intervenir en el arbitraje o, en todo caso, si va a intervenir, debe estar esto de modo delimitado, de modo extraordinario, la menor cantidad de veces posible.

¿Cómo esto se ha plasmado en nuestro sistema? Vamos a hablar primero de los efectos positivos. Básicamente, se basa en el *pacta sunt servanda*, simplemente, el convenio arbitral, es decir, el acuerdo de dos personas o dos empresas para solucionar su conflicto a través de un arbitraje, es un contrato y, como cualquier contrato, es un contrato vinculante, es decir, una de las partes puede obligar a la otra a hacer cumplir ese contrato. Así de simple, pero eso que parece obvio y tonto, no necesariamente es fácil de llevar a cabo cuando se diseña un sistema arbitral.

Para empezar, ¿cuándo pueden ustedes celebrar un convenio arbitral hoy en día con el sistema vigente en el Perú?, antes había listas de qué tipo de casos se podían someter a arbitraje, ahora el tema es bien simple, mientras sean materia de libre disposición, todo lo que entre en ese cajón inmenso, puede ser materia de arbitraje. En aquellas cosas que no sean materia de libre disposición, será la ley o los tratados internacionales que vinculen al Perú, en esos espacios se irá también ahí, a pesar de que no sean materia de libre disposición, ahí podrán ustedes también ir a arbitraje.

¿Qué se entiende, entonces, por convenio arbitral? o ¿cuándo estamos frente a un convenio arbitral? El sistema que tenemos hoy en día, tiene una percepción bien amplia sobre cuándo estamos frente a un convenio arbitral. Si ustedes leen la norma, van a ver que dice que

tiene que ser por escrito, así empieza la norma; pero, si ustedes siguen leyendo los distintos supuestos que tiene la norma, se van a dar cuenta que, en realidad, es bien flexible la manera cómo se debe entender que existe un arbitraje, puede entenderse que hay un convenio arbitral por correos electrónicos, incluso, sin existir convenio arbitral, si ustedes demandan en un arbitraje y la otra parte no niega el arbitraje, se instala el arbitraje, pese a no haber convenio, el convenio fue justamente con la negación de la otra parte, una aceptación tácita. Hay mucha flexibilidad para entender cuándo estamos ante un convenio arbitral.

Algo central que disparó el arbitraje en el Perú, porque el arbitraje en el Perú estaba regulado hace muchísimos años, un ejemplo, los que tengan el Código Civil a la mano, no sé si alguien lo tiene, revisen y se van a dar cuenta en la zona de contratos nominados, va a haber una parte que dice «derogado», cinco o seis artículos, que no están, salvo que vayan a la biblioteca y busquen un Código Civil impreso en el año 84, 89, 90, por ahí, van a ver que todos los códigos tienen una parte derogada, no sale nada, a veces dice «cláusula compromisoria». Eso que estaba en el Código Civil del 84, era una barrera inmensa que impedía que el arbitraje se lleve a cabo en el Perú. ¿Por qué? Básicamente, la cláusula compromisoria que teníamos regulada nosotros en el Código Civil y que, felizmente, fue derogada, decía que ese acuerdo de las partes indicaba que, si surgía un conflicto, las partes se obligaban a suscribir un convenio arbitral para ir a un arbitraje.

Entonces, se dan cuenta, un poco lo tonto que era el diseño de ese sistema, porque eso implicaba, entonces, que si surgía un conflicto, imagínense una compraventa en la que ustedes entregaban el bien y la otra parte no les pagaba, y ustedes tenían una cláusula compromisoria, entonces, no podían ir al Poder Judicial, tampoco podían iniciar el arbitraje, si no que tenían que buscar a la parte con la que, además, se habían peleado, con la que se insultan, se tiran el teléfono, se miran mal de lejos, se cruzan y los hombros se chocan, no se pueden ver, y a esas partes que ya no se pueden ver o que, en todo caso, el costo de

transacción subió terriblemente por toda la carga psicológica, emotiva, o económica que puede haber traído el incumplimiento, esas partes tenían que juntarse y celebrar recién ahí el convenio arbitral; pero, como estaban obligadas a celebrar el convenio arbitral, entonces, si una de la partes no quería celebrar el convenio, lo que tenían que hacer ustedes, era ir al Poder Judicial y pedirle al juez que obligue a celebrar ese convenio arbitral y, si no lo celebraba, el juez lo entendía por celebrado. Más o menos como cuando quieren ustedes una escritura pública y la otra parte no quiere la escritura pública y el juez la firma, algo así.

Entonces, ustedes habían pactado un arbitraje, justamente para no ir al Poder Judicial, y lo que teníamos en el Perú, era un sistema por el cual, si una parte no quería, tenían que ir al Poder Judicial. Entonces, no había arbitrajes o había poquísimos arbitrajes. Lo mejor era no pactar nada e irse directo al Poder Judicial, porque en el Poder Judicial un juicio podía tomar en esa época, Código de Procedimientos Civiles, podían ser diez años, podían ser quince años, no sé, muchísimo más tiempo, de repente, que ahora. Pero, si ustedes pactaban la cláusula compromisoria y la otra parte no celebraba luego el convenio, una vez surgido el conflicto, tenían que ir al Poder Judicial para hacer el juicio para que les firmen el convenio arbitral, entonces, después de diez años, podían iniciar el arbitraje para que les paguen. Obviamente, esto era absurdo.

Cuando surgen ya las primeras leyes arbitrales modernas en el Perú, porque han sido varias que se han dado desde los 90, felizmente esto termina por completo y se instaura un sistema de convenio arbitral, donde directamente las partes en su contrato o sin contrato, simplemente tienen un acuerdo para en caso de conflicto irse al arbitraje, inmediatamente el que quiere irse al arbitraje, inicia el arbitraje directamente, sin tener que pedirle permiso a nadie.

Otro efecto positivo es cómo se ha regulado el principio *competence-competence*. ¿Qué significa eso? Los que primero deben determinar si los

árbitros tienen o no competencia para ser árbitros en un caso concreto, son los mismos árbitros. ¿Esto qué significa? Que por ningún motivo si ustedes no están de acuerdo con los árbitros con quienes se ha iniciado un arbitraje, una de las partes no está de acuerdo con que los árbitros vean el arbitraje porque no son competentes, por lo que sea, el convenio arbitral no lo dice, el nombramiento ha sido malo, por lo que sea, si una de las partes tiene objeciones para que se instale el tribunal por la competencia de los árbitros, bajo la ley actual y, además, éste es un principio muy antiguo del arbitraje internacional —por supuesto, esto no es invención peruana—, son los mismos árbitros los que van a determinar si son o no competentes. ¿Por qué?, porque antes, al inicio, cuando empezaba esto de los arbitrajes, todavía algunos abogados, decían «no, como los árbitros no son competentes, me voy al Poder Judicial» o planteaban un amparo para parar el arbitraje.

Entonces, al final, la idea del *competence-competence*, bajo el principio de la inevitabilidad del arbitraje, es justamente que por ningún motivo entre el Poder Judicial. El Poder Judicial sólo entra porque, claro, podría ser que haya un arbitraje donde los árbitros no son competentes; pero, son los árbitros los primeros en decir si son o no competentes y, si no lo son y una parte ha objetado eso y no le han dado la razón, va a tener que esperar a que se emita el laudo y, recién ahí, vía recurso de anulación, podrá ir al Poder Judicial a cuestionar ese arbitraje. Bajo esta lógica, es más, obviamente los árbitros, pueden directamente laudar su prescripción, caducidad, cosa juzgada, cosas de este tipo.

Algo que es central también en el nuevo sistema arbitral que existe en el Perú, es la separabilidad del convenio arbitral. ¿Qué significa eso?, esto es algo derivado del *competence-competence*, en resumen, el convenio arbitral es un contrato completamente independiente del contrato principal, madre, como se llame el contrato sobre el cual ustedes han celebrado el convenio arbitral, así esté en la misma página, —normalmente lo ponen al final, siempre los temas de litigio, de arbitraje, los ponen antes de la fecha— jurídicamente no es parte de ese contrato, es otro

contrato completamente independiente, ¿por qué?, ¿cuál es la utilidad de que se considere así?, porque una manera cómo se burlaba el arbitraje era diciendo «el contrato es nulo», o «el contrato debe anularse», o «el contrato debe rescindirse», o «he resuelto el contrato», «por lo tanto, si no hay contrato, tampoco hay convenio arbitral, en consecuencia, me voy al Poder Judicial».

Esto fue así en algunos juicios en los 90, todavía a inicios del 2000, todavía pasaba esto un poco, porque la ley no era muy clara, la interpretación no era muy clara, no mucha gente sabía de arbitraje; nosotros mismos que litigábamos en el Poder Judicial, empezábamos a entrar en ese momento al arbitraje, y lo que se utilizaba para burlar el arbitraje, era justamente decir que si caía el contrato, entonces, obviamente no había cláusula arbitral; y, por lo tanto, no podíamos ir a arbitraje. La idea de la separabilidad del convenio arbitral, cosa que ahora está expresamente prevista —ésta también es teoría antigua, pero, ahora sí expresamente prevista en la norma peruana—; ojo, los árbitros pueden ver un arbitraje en el que se discuta la nulidad del contrato, la anulabilidad, la resolución, la rescisión, la invalidez, la ineficacia, no importa si el contrato nunca existió, pero como el convenio arbitral es un contrato independiente, sí vincula a las partes para discutir la nulidad, por ejemplo.

Entonces, esto rompió el círculo vicioso sobre quién debía pronunciarse primero, ¿el Poder Judicial o los árbitros?, los árbitros.

Otro efecto positivo es que, además, los árbitros pueden dictar reglas complementarias con mucha flexibilidad y con mucha discrecionalidad. Algo que yo reconozco que hice muchísimas veces cuando empecé a arbitrar, la ley arbitral, si se dan cuenta, si la comparan con el Código Procesal, por ejemplo, tiene muy pocos artículos, tiene muy pocas reglas de procedimiento, entonces, si ustedes no pactaban, por ejemplo, una institución arbitral que tiene su reglamento arbitral, los mismos reglamentos arbitrales de las instituciones, sí, tienen algunas

reglas adicionales, pero comparado a la regulación del proceso judicial, tienen muchos espacios, tienen muchos huecos, tienen muchos vacíos.

Lo que hacíamos, yo lo hacía mucho, en mi ignorancia, era pedir que se aplique el Código Procesal Civil supletoriamente y me pedían, también, si estaba del otro lado, que se aplique el Código Procesal Civil supletoriamente. Entonces, lo que teníamos era, simplemente, un proceso judicial privado, donde, claro, no íbamos al Poder Judicial, si no íbamos a una sala más bonita, con computadora, donde te servían café y «sanguchitos»; pero, estábamos en un juicio privado.

El nuevo —bueno, no es tan nuevo— Decreto Legislativo n.º 1071, el que norma el arbitraje hoy en el Perú, dice expresamente que el Código Procesal Civil no es fuente supletoria, se acabó, no se aplica. Primero, ¿qué es lo que prima?, las reglas que pactan las partes, por supuesto, el convenio arbitral es un contrato por el cual las partes deciden cómo van a solucionar su conflicto, ahí dirán si es un arbitraje *ad-hoc*, donde las partes y los árbitros se pondrán de acuerdo en las reglas arbitrales; o, será en una institución arbitral, con lo cual, si ustedes deciden irse, por ejemplo, a Amcham, será entonces el reglamento de arbitraje Amcham, bajo las reglas de Amcham, o de la Cámara de Comercio, la Católica, etcétera.

Si en el reglamento tampoco hay una disposición que pueda solucionar directamente el problema procedural que se ha presentado, entonces, se aplican principios arbitrales o usos y costumbres arbitrales, pero no el Código Procesal Civil, ¿eso qué significa?, ¿que el Código Procesal Civil es un apestado y no puede usarse nunca en el arbitraje?, no, el Código Procesal Civil tiene muchas normas que, eventualmente, pueden funcionar en el arbitraje y si discrecionalmente los árbitros consideran que ese reglamento arbitral, o esas costumbres, o esos usos arbitrales, no pueden solucionar el problema, pero el Código Procesal sí, están ellos en la libertad condicional de aplicar el Código Procesal Civil, o alguna norma del Código Procesal Civil, en la medida, por

supuesto, que no desnaturalice el arbitraje, sino que ayude a solucionar ese impasse específico que se ha presentado.

La discrecionalidad de los árbitros para poner las reglas, obviamente tiene un límite, no es arbitrariedad, que es el acuerdo entre las partes. Finalmente, los árbitros son personas contratadas por las partes para solucionar su conflicto y los árbitros deben responder ante las partes —es una especie de contrato de prestación de servicios— y las normas de orden público contra las cuales, obviamente, ni las partes ni los árbitros pueden ir.

Otro de los efectos positivos: el laudo es inevitable, ¿qué queremos decir con eso?, el diseño del arbitraje comercial hoy en día en el Perú, hace que sí o sí, se llegue a un laudo o que las probabilidades de llegar a un laudo sean muy altas, ¿por qué?, porque si no se regula bien cómo se toma la decisión, entonces, algo que pasaba antes era, por ejemplo, si tenías un tribunal de 3 árbitros y uno de ellos no estaba de acuerdo con una de las decisiones, entonces, no hacía nada, no firmaba el proyecto y llegaba ya el plazo y, si no se lauda dentro del plazo, pueden anular incluso un laudo arbitral por no ser emitido dentro del plazo, entonces, una manera justamente de bloquear la situación era que uno de los árbitros, por algún motivo, no intervenga.

Entonces, lo que dice hoy en día la ley es, uno, las decisiones son en mayoría, es 2-1, porque el 3-0 lo que genera, en realidad, es una dictadura en la minoría, en realidad, el «1», el que no quiere, es el que termina cediendo de algún modo; pero, no sólo decisión en mayoría, si no, si ese árbitro no quiere votar y no vota y no firma el laudo, entonces, se va a presumir que están votando de acuerdo a la mayoría. Punto, se acabó. Si no quieras tú votar con la mayoría, perfecto, haz tu voto personal y que se notifique el laudo con tu voto; pero, sí o sí, hay laudo.

Algo importante es que si ustedes no objetan el arbitraje desde el inicio, entonces, no pueden anular el arbitraje por ningún motivo,

y otra cosa también para cuidar el laudo, ustedes pueden ir al Poder Judicial para pedir que el laudo se anule, vía el recurso de anulación, como lo llama nuestra ley. Pero, si ese vicio que ustedes quieren denunciar, puede ser corregido vía integración —por integración nos referimos a que se resuelva algo que los árbitros se han olvidado de resolver o no han querido resolver—; exclusión, es decir, cuando los árbitros han resuelto sobre algo que las partes no les habían pedido que resuelva; rectificación, que es más o menos como en el Código Procesal Civil, rectificar un error material, ortográfico, numérico; o interpretación del fallo para que pueda ejecutarse de un modo mejor; o algún otro aspecto que permita entender mejor el fallo, si ése es el vicio que ustedes quieren denunciar, se lo tienen que pedir al mismo tribunal y el mismo tribunal ahí intentará subsanar ese tipo de situaciones. Sólo, si a juicio de ustedes, el tribunal no subsana, no corrige o no hace lo que ustedes le pidieron, ahí tienen recién el recurso de anulación en el Poder Judicial.

Por eso entro, justamente ahora, al Poder Judicial. Veamos cuáles son los efectos negativos, qué no puede hacer el Poder Judicial o, mejor dicho, qué puede hacer, porque la regla general es «¿qué puede hacer?», muy poco, casi nada. Y, de hecho, cuando empieza el arbitraje en el Perú, era una mezcolanza entre el arbitraje y el juicio, el juicio parando el arbitraje, la prejudicialidad, amparo para parar el arbitraje, dos procesos, el judicial y el arbitraje. Entonces, simplemente, el arbitraje cuando empezó en el Perú, cuando comenzó a funcionar ya en mayor número en los 90, era muy trabado por los procesos judiciales.

Entonces, las distintas leyes arbitrales que hemos tenido en el Perú, han ido perfeccionando la situación, justamente para que, bajo el principio de inevitabilidad del arbitraje, le digamos al Poder Judicial: «lo siento, pero no puedes entrar, salvo en esto y en esto» y así lo expresan en la ley. Entonces, los jueces no pueden conocer controversias en arbitraje; si hay un arbitraje, los jueces no entran, punto, fuera del juicio por un arbitraje en trámite. Tiene mucho peso la excepción de convenio

arbitral en un proceso judicial, es decir, si alguien demanda en el Poder Judicial, por ejemplo, una demanda en un proceso civil, y resulta que la parte demandada dice «ojo, yo tengo un convenio arbitral, ¿por qué me demandas acá?», presenta su excepción de convenio arbitral y basta que vea que hay una excepción, para que inmediatamente archive el caso, bajo responsabilidad. O sea, le enseñan el convenio y el juez archiva el caso inmediatamente.

Si después de pasar todos los filtros, termina iniciándose un recurso de anulación, por el cual intentamos anular ese laudo en el Poder Judicial, hay algo que sí es clarísimo, y ahora sí felizmente la mayoría de los jueces la tienen muy clara, los jueces por ningún motivo, nunca, o sea, cero, pueden terminar fallando sobre el fondo, jamás.

Aquí vienen dos cuestiones. He visto que en este congreso se van a tratar, así que voy a dejar a los especialistas para que profundicen en eso. Hay toda una discusión sobre que nos estamos metiendo en el fondo, cuando anulamos un laudo por problemas de motivación que, además, es el principal motivo por el cual se anulan laudos en el Perú, justamente el tema más discutible, porque es discutible hasta si es causal, es el motivo por el cual más se anulan los laudos en el Perú.

A ver. Sí se puede anular por motivación expresamente, además, por la ley, por dos casos obvios, cuando el laudo no tiene motivación, es demasiado obvio eso, es para no nombrar a esos árbitros nunca más y poner su foto en la entrada del supermercado para que todos los conozcan, si no fundamentan un laudo; y también cuando hay motivación, pero, sobre todo, si nos acercamos a lo que es apariencia o motivación aparente, pero no voy a entrar en eso, he visto que hay ponencias, es un tema riquísimo, amplio y muy técnico.

El otro supuesto donde hay consenso en que se anule, es cuando los árbitros terminan fallando sobre algo que las partes no les pidieron; en ese caso puede anularse, eventualmente, el laudo, por lo menos, en

ese extremo. Ahí hay consenso entre todos, entre constitucionalistas, procesalistas, arbitralistas.

¿Dónde empieza, justamente, la discusión?, la zona gris de discusión es la motivación aparente. La motivación aparente, para simplificar el caso y utilizar un poco el concepto de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Llamoja, del que habló Omar hace un rato es, básicamente, cuando en el laudo parece que hay una motivación, o sea, hay palabras, hay oraciones, hay sintaxis, morfología, hay frases, oraciones concatenadas, subordinadas, hablan del contrato, hablan de las partes, relatan el procedimiento, hablan del Código Civil, que fuimos inspirados por el Código Napoleón, etcétera, etcétera; y, ¿dónde analizas el caso?, ¿dónde está el análisis de las pruebas? Cuando no hay eso, van a encontrar ochenta páginas que no dicen nada. Pasa, ah, son los casos que el Poder Judicial ha anulado.

Un arbitralista radical va a decir, «no, ni hablar, ni eso, porque eso implica ya leer el laudo y entrar a calificar la motivación y el fundamento de los árbitros». Creo que los jueces, con mucho criterio, han dicho «hasta ahí sí», porque eso no es motivación, son palabras, no están hablando nada del caso. En todo caso, cuando la motivación es aparente, de modo manifiesto, obvio, cuando es una burla, lo que ahí está escrito. Más allá, ahí arranca todo el problema.

Normalmente algunos constitucionalistas o garantistas, extra radicales, defienden el derecho constitucional y, como es un derecho constitucional, parte del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, hay que entrar a toda la motivación. Ya eso —repito— es otra discusión, eso sí no creo, para empezar, la naturaleza del arbitraje es contractual, el arbitraje es, simplemente, un mecanismo por el cual las partes terminan de ejecutar el contrato fallido, es decir, algo pasó en la ejecución del contrato, que ha hecho que las partes digan «no podemos nosotros solucionar esta situación contractual que tenemos, señores ár-

bitros, digan ustedes cómo desenredamos este asunto», es parte de la ejecución contractual.

Que la Constitución le haya puesto efectos jurisdiccionales es excelente, porque significa que tienen autoridad de cosa juzgada y lo que los árbitros terminan fallando es inmutable, claro, salvo el recurso de anulación. Pero, en principio, y con esto regreso al inicio de esta idea, el Poder Judicial no puede entrar a revisar el fondo.

Tampoco se puede plantear acciones de amparo contra laudos. Al inicio, en las primeras leyes arbitrales que tuvimos, se planteaban los amparos, porque el tema no estaba claro. El Tribunal Constitucional sacó algunos precedentes vinculantes, por los cuales intentó diseñar cómo conversaba el sistema arbitral con el sistema constitucional; pero, finalmente, a pesar de esos precedentes vinculantes que abrían un poco más que la ventana, abrían un poco la puerta para que se planteen amparos contra laudos arbitrales, viene el Decreto Legislativo n.^º 1071 y dice «ya, señores, se acabó, no hay amparos contra esto».

Lamentablemente, hicieron una norma redactada de un modo infeliz, esa es la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, que dice algo así como que «Todos los derechos constitucionales son protegidos vía recurso de anulación». Si ustedes hablan con los que hicieron esa norma, les van a decir «en realidad, lo que queríamos decir es que no se pueden plantear amparos», bueno, lo hubiesen dicho, pues. Una cosa ahí medio rara.

Felizmente, el Tribunal Constitucional, hoy en día, ha interpretado cómo conversa el sistema constitucional con el sistema arbitral, sobre la base de nuestra nueva ley, que está sujeto a este principio de inevitabilidad. Vamos a ver más adelante cuáles son esos supuestos de «super» excepción, en los cuales pueden ir a un amparo.

Entonces, dentro de estos efectos negativos, hablando del recurso de anulación, es excepcional, son unas causales bien específicas; así no más, no se presenta, esto no es una segunda instancia, no es reabrir en lo absoluto la discusión de fondo, no quiero hablar del problema de forma, básicamente, esas causales son cuando no se ha respetado el convenio arbitral o no se ha respetado la Ley de Arbitraje; pero, no tiene nada que ver con el derecho material, o la valoración de la prueba, o el Código Civil, o la Ley de Sociedades, no tiene nada que ver con eso.

Si nosotros pudiéramos dividir las causales del recurso de anulación, tendríamos aquellos vicios que han generado que los árbitros no respeten el convenio arbitral y aquellos vicios por los cuales los árbitros no han respetado la Ley de Arbitraje. Son causales taxativas, limitadas a aspectos distintos al sentido del fallo, solamente se dan una vez emitido el fallo.

¿Cuándo pueden plantear un amparo, de acuerdo a lo que dice hoy en día el Tribunal Constitucional? Ése es un precedente que se usa hoy en día, ahí está la sentencia, es el caso de Sociedad Minera María Julia. Básicamente, dice que no se puede plantear amparo contra un laudo, punto, si quieren ustedes cuestionar un laudo, se van a un recurso de anulación, tienen que ir al recurso de anulación, por esa duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

No hay amparo, ojo; pero, voy a permitir el amparo en tres supuestos. Uno, si el laudo vulnera precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, ahí puedo plantear un amparo, discutible, porque eso también lo puede corregir el Poder Judicial vía recurso de anulación, pero, en fin. Además, hay una cosa bien curiosa, previamente, tienen que reclamarle esto al tribunal, lo cual genera que hoy en día se haya creado una especie de recurso de reconsideración tácito, recurso de reconsideración arbitral por agravio constitucional, o sea, los árbitros van a poder cambiar el sentido de sus fallos porque les han dicho que están vulnerando un precedente vinculante.

La otra opción que tenemos es mero formalismo y, ojo que no he dicho «formalidad», he dicho «formalismo». La diferencia —como saben— entre formalismo y formalidad existe, las formalidades existen, son buenas, estamos rodeados de formalidades, las formalidades son aquellos requisitos que hay que cumplir para obtener determinado efecto jurídico y la ley las pone para garantizar determinada situación jurídica, si yo pido una escritura pública para una hipoteca, es porque yo quiero que un notario vea que una persona está diciendo «voy a perder mi casa, si no pago esta deuda», o sea, estoy cuidando que hable castellano, que no tenga una pistola en la cabeza, que entienda lo que está haciendo, que no sea un anciano que ha perdido sus facultades neurológicas, que no sea alguien con incapacidad mental, en fin, ver que esté consciente de la gravedad de la situación; y, ese costo de la escritura pública, justifica el beneficio que se está garantizando; esa es la idea de la formalidad.

Los formalismos son aquellas formalidades donde el costo de cumplimiento de la formalidad es mayor que el beneficio que se quiere garantizar, ésos son los llamados «formalismos». Voy a poner un ejemplo para los que litigan aquí en procesos judiciales: la legalización de firma en la caución curatoria; la caución curatoria es una garantía, una caución, cuando uno va y pide una medida cautelar ante el juez; pero, en realidad, es una promesa de pago y tiene el mismo efecto legal que un poema, por no decirles nada, es como decir «por mi madrecita que les pago, si yo cometo un daño», es una promesa de pago y le ponen monto y discuten, «la caución curatoria debe ser de 1,000 soles», «no, debe ser de 10,000 soles».

Al final, si resulta que la medida cautelar era ilegal, y hay que voltear donde quien pidió la medida cautelar y hay que ejecutar la caución juratoria, esa persona puede decir «no tengo nada en los bolsillos, no voy a poder pagar», no hay garantía, pues es una promesa de pago. A pesar de eso, tienen que legalizar la firma. Si ustedes van a legalizar su firma en los juzgados civiles de Lima, en el edificio Alzamora en Abancay, ustedes tienen que hacer una cola, porque está el señor fedatario con

todas las formalidades, huella digital, el sello, como si fuese algo importantísimo, gastando tinta, papel, impresora; y, sobre todo, el tiempo de las personas que tienen que comerse todo el tráfico del centro de Lima, ¿para qué?, para nada. Ése es un típico caso de formalismo, es una formalidad que no garantiza una situación jurídica.

Bueno, ¿en este caso lo que hizo el Tribunal Constitucional fue, de pronto, crear vía jurisprudencial una especie de recurso de reconsideración arbitral, por el cual los árbitros pueden reconsiderar sus laudos y terminar cambiándolos porque han vulnerado el precedente vinculante; o, es un formalismo?, porque si lo único que se dice es «señores árbitros, ustedes han vulnerado un precedente vinculante del Tribunal Constitucional», «¿qué puedo hacer?, no puedo cambiar mi fallo, eso dice la ley». En fin.

Segundo supuesto para plantear un amparo, cuando hubo control difuso, cuando los árbitros están haciendo control difuso sobre una norma que ha sido declarada constitucional, «oye, si el Tribunal Constitucional ya ha dicho que esta norma es constitucional o el Poder Judicial ya ha dicho que esta norma es constitucional, tú árbitro, no puedes venir a hacer control difuso acá». Ahí también hay que reclamar esto ante los árbitros.

El tercer supuesto sí es importantísimo, importantísimo, tiene mucho efecto práctico. Cuando un tercero que no ha celebrado un convenio arbitral y que, de pronto, se ha visto vinculado por un arbitraje o que, de pronto, sus derechos constitucionales se ven afectados directamente por un laudo, es un tercero. En esos casos, yo no le puedo pedir a un tercero que no tiene convenio arbitral, que no sabe nada del laudo, que vaya al Poder Judicial a plantear un recurso de anulación, esa persona va y plantea directamente un amparo para parar ese atropello que están haciendo. Ahí sí creo que hizo bien el Tribunal Constitucional.

Para terminar, con esto finalizamos, las últimas manifestaciones del principio de inevitabilidad del arbitraje en nuestro sistema arbitral. Uno, la designación de los árbitros por defecto a través de las cámaras de comercio, es decir, si se dan cuenta el convenio arbitral es un contrato bien raro, me atrevería a decir, al menos es el único que conozco, que es un contrato que no tiene, en principio, una directa protección a través de la coacción del sistema jurídico, porque es un contrato autoejecutable, es decir, como no pueden ir al Poder Judicial, ¿qué pasa si no les cumplen el convenio arbitral?, no voy a ir al Poder Judicial a decir «mira, no me cumplen», no, ustedes inician el arbitraje, no nombró su árbitro, ustedes van a la cámara de comercio y le piden que nombre el árbitro, antes lo nombraba el juez, así estaban las antiguas leyes. Entonces, ¿qué ocurría?, ustedes tenían un convenio arbitral para no ir al Poder Judicial y terminaban en el Poder Judicial, ustedes quieren que les paguen y están discutiendo el nombramiento de un árbitro en un juicio.

Entonces, esto fue central; ahora, si la otra parte no nombra su árbitro o no se ponen de acuerdo los dos árbitros para nombrar al presidente, una cámara de comercio lo nombra muy rápido.

Esto es creación peruana, esto sí no está en la Ley Modelo Uncitral; los árbitros asumen competencia sobre medidas cautelares judiciales antes del arbitraje. Como ustedes saben, antes de iniciar un arbitraje, ustedes pueden ir por la urgencia a pedir una medida cautelar al Poder Judicial, por ejemplo, traban un embargo, y después, cuando ya empieza el arbitraje, lo que ocurre en el Perú es que los jueces pierden competencia y tienen que enviar todo el expediente a los árbitros, que adquieran competencia plena sobre esa medida cautelar y pueden modificarla, anularla, confirmarla, hacer lo que quieran con esa medida cautelar. ¿Por qué?, porque había muchísimos problemas en su momento, hasta antes de esta norma, entre lo que hacían los jueces, por un lado, y lo que hacían los árbitros, por el otro. Esto todavía entiendo que escandaliza a varios arbitralistas y constitucionalistas en otros países.

Y, por último, los laudos se ejecutan, incluso, cuando hay recurso de anulación. Para que no se ejecute un laudo, incluso, existiendo un recurso de anulación en trámite, tienen ustedes que asumir una garantía, que en muchos casos, dependiendo de la regulación en la que esté, termina siendo una carta fianza bancaria, es decir, no es fácil suspender la ejecución de un laudo.

Por lo tanto, lo que he querido mostrar aquí es cómo existen ya muchas herramientas prácticas para que, si ustedes tienen un convenio arbitral, este arbitraje empiece, continúe y termine, sin mayores interferencias del Poder Judicial. Lamentablemente, han existido y probablemente existan aún, algunos árbitros corruptos que lo que han generado es que el arbitraje se esté desprestigiando ante la opinión pública y se quieren bajar el arbitraje. Pero, ese argumento es como decir «como existen algunos jueces corruptos, hay que desparecer el Poder Judicial, hay que desaparecer los procesos judiciales», es lo mismo.

Hoy en día, la gran mayoría de empresas en el Perú, yo diría la totalidad de empresas grandes en el Perú y la gran mayoría de empresas medianas en el Perú, no llevan sus conflictos al Poder Judicial, esos casos se ven en arbitraje y ¿por qué?, porque la interacción de los distintos agentes en el mercado, lo que está diciendo es que, a pesar de todos estos problemas, el arbitraje sigue siendo mucho más eficiente y mucho más eficaz.

Muchas gracias.

MOTIVACIÓN DEFECTUOSA, COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS EN LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Jorge Ruiz Bautista**

Buenas noches a cada uno de los presentes, ilustres expositores y público que ha sido convocado para esta oportunidad. A invitación del comité organizador, justamente, vengo a dar algunas anotaciones respecto, no tanto específicamente a la protección de laudos arbitrales, sino a algunas cosas en razón al control sobre la motivación de esos laudos arbitrales.

Y empiezo, de pronto, dándole toda la razón a lo que dijo el doctor Reggiardo, en referencia a que nos podemos topar con ciertas circunstancias que suceden en el arbitraje, o con ciertas cosas que pasan en el arbitraje, que para uno que, de alguna manera, está iniciando el proceso, solamente se pueden presentar en pocos casos extremos que a uno le plantean, para ver qué tipo de solución les da.

Pero, repito, y nuevamente dándole toda la razón, hay casos que sí, incluso, traspasan esa fantasía que el mismo docente plantea frente a los árbitros, específicamente uno. Aproximadamente, hace unos seis años, cuando estaba a cargo de la administración de una institución arbitral, me topé justamente con uno de estos casos, muy simbólicos en realidad. Yo estaba a cargo de la secretaría general; pero, por el número de casos, también asumía funciones de secretaría arbitral, es decir, estaba directamente relacionado con los casos, proyectaba las resoluciones y,

* Abogado por la Universidad San Martín de Porres, con postgrado en ESAN en la especialidad de derecho administrativo, contratación pública y arbitraje y maestría en contratación pública en la Universidad Castilla, La Mancha. Cuenta con estudios concluidos en arbitraje internacional en la Universidad de Alcalá, España. Es director del Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE) y capacitador en la Sucamec.

por supuesto, la parte estructural, o la parte de vistos de los laudos, para que los árbitros realizasen la labor de motivación.

Bueno, uno de esos casos que les mencionaba, uno de carácter civil comercial, muy sencillo de resolver y que también llamaba la atención porque había sido tramitado en un tiempo récord, si se le compara con cifras normales del arbitraje, porque un proceso quizás puede durar entre ocho y diez meses en promedio, este arbitraje duró entre tres y cuatro meses, avanzó demasiado rápido, porque las partes tenían toda la predisposición de que el conflicto se resolviese lo antes posible y el árbitro, al menos se mostraba a la altura en el trámite de las actuaciones arbitrales para que el proceso acabe también lo antes posible.

Bueno, llegó el momento de laudar, elaboré justamente esa estructura que les mencionaba del laudo arbitral, en la parte de vistos, tocando los antecedentes o los hechos que habían llevado las partes al conflicto. Por su parte, los argumentos, las pretensiones, los puntos controvertidos que enfrentaban a las partes que, como repito, simplemente se los daba listos para que el árbitro generara un análisis, una fundamentación, una debida justificación y, por supuesto, decidiese quién tenía la razón y quién no la tenía.

Bien, recuerdo exactamente que yo le envié al árbitro por correo electrónico una cantidad de diez páginas, repito, el caso era bastante sencillo y no había muchas actuaciones como para poder incorporarlas. Después, faltando uno o dos días para el cumplimiento del plazo para laudar, el árbitro me devuelve el laudo con once páginas, no me estoy refiriendo a once páginas adicionales, sino que, en total, el laudo tenía once páginas, es decir, le había adicionado entre motivación o parte considerativa y parte resolutiva, una sola página.

El asunto es, qué hacer frente a laudos como éste. Obviamente, no son frecuentes, pero pueden presentarse en algunas circunstancias como ésta, específicamente.

Bueno, el artículo 56 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, vigente todavía hasta la fecha, establece la obligación de motivar los laudos arbitrales, es decir, la ley genera esa condición irrebatible hasta cierto punto, para que los árbitros justifiquen sus decisiones. Los laudos tienen que ser motivados.

Existen dos excepciones; ésa es, justamente, la limitación. Por un lado, que se trate de la homologación de un acuerdo de carácter transaccional, incluso, de un acuerdo conciliatorio, que resulta ser muy extraño, muy raro, ya que el acta de conciliación tiene de por sí, prácticamente, los mismos efectos de un laudo, así que no requiere esa homologación, pero sí un acuerdo transaccional, para darle el peso que las partes de pronto querían en un proceso arbitral. Bien, esos efectos de vinculatoriedad del laudo; y, por otro lado, de cosa juzgada. En esos casos, y resulta ser lógico que los árbitros no pueden fundamentar o generar una justificación sobre algo que ellos no han generado todavía un análisis en fondo.

Bien, y por otro lado, está el hecho de que las partes excluyan o posiblemente hayan decidido que el laudo arbitral no sea motivado.

Ésas son las dos únicas excepciones frente a la no motivación de los laudos arbitrales. Por eso les mencionaba que la regla general es que todo laudo sea motivado.

La pregunta es, ¿qué pasa si estamos frente a esa regla general, en condiciones normales, donde no se ha pactado algo en contra respecto a la motivación o, quizás, no estamos frente a la homologación de un acuerdo transaccional?, ¿qué es lo que se puede hacer frente a un laudo que presenta algunos vicios de motivación? El asunto es identificar cuáles son los vicios. Bien nos decía el doctor Reggiardo, no todos esos vicios pueden ser motivos para generar, de pronto, una nulidad de ese laudo.

Es el artículo 62 de la misma Ley de Arbitraje, el que establece que el único recurso que se puede interponer contra un laudo arbitral es el recurso de anulación. Ese mismo artículo, en su segundo numeral, determina que el recurso de anulación no tiene por objeto revisar el análisis, la fundamentación, la justificación, consideraciones, valoraciones, que haya hecho el tribunal arbitral para resolver el caso específico. Y la pregunta es, ¿para qué me sirve el recurso de anulación si no puedo analizar el fondo?, el recurso de anulación tiene causales estrictamente establecidas en el artículo 63 como, por ejemplo, algún vicio que no permita una eficacia normal del convenio arbitral, como inexistencia, invalidez, ineficacia, etcétera o, de pronto, una vulneración de algún derecho ligado al tema de la defensa, o que el procedimiento arbitral no haya caminado de la forma que querían las partes, o que el tribunal arbitral no se haya constituido de la forma que se había determinado en su momento o, quizás, que exista un vicio de incongruencia como sobrepasar las pretensiones que hayan sido puestas a consideración por las partes a los efectos de la decisión del tribunal arbitral.

Bien, también aparte de eso está el pronunciamiento, la materia no arbitrable, la afectación al orden público internacional; y, finalmente, cuando el laudo sea extemporáneo, también es causal de anulación cuando los árbitros emiten y notifican un laudo fuera del plazo establecido, sea por las partes o por el reglamento institucional aplicable, si es que estamos hablando de un arbitraje que, de pronto, haya sido sometido a la administración de un centro de arbitraje, de una corte de arbitraje o como quiera llamarse, que cumpla las funciones de organización y administración de procesos o de actuaciones arbitrales.

A ver, como podemos identificar en líneas generales, el objeto de la anulación basado en estas causales del artículo 63, numeral 1 de la Ley de Arbitraje, refiere eminentemente a la forma, generalmente, a cosas que debían hacerse dentro de un proceso arbitral, porque la ley lo dijo o porque las partes lo pactaron y que no fueron obedecidas. Eso puede convocar a la parte que resulte ser afectada o, incluso, pudieran ser las

dos, para interponer un recurso de anulación, generalmente es la parte vencida en el proceso arbitral.

Bien, teniendo eso en consideración que, por un lado, existe solamente un recurso de anulación y que hay causales taxativas para eso; y, por otra parte, que pueden haber defectos en la motivación y que el recurso de anulación puede cubrir esos defectos en la motivación o en la justificación de las decisiones arbitrales, nuevamente, un poco lo que mencionó el doctor Reggiardo, hay ciertos vicios que pueden ser materia de una anulación, apelando de todas formas al criterio de la autoridad judicial correspondiente, y otros que no.

Uno de ellos, la motivación inexistente y sobre eso no hay alguna afirmación adicional que decir; simplemente, si no hay motivación, lo que fue el caso que señalé al principio, donde lo único que me alcanzaron fue «declarar fundada, infundada o improcedente la demanda»; y, por otro lado, cuando esa motivación genere algún tipo de vicio en apariencia, con lo cual también concuerdo con lo que se dijo anteriormente, sobre que se puede generar algún tipo de dudas respecto de la persona que lo ve, el constitucionalista tiene una visión mucho más abierta, respecto al control de la motivación no solamente de las resoluciones sino, podría hacerse hincapié en el tema de los laudos arbitrales. Quizás los procesalistas, es decir, aquellas personas que están más ligadas al litigio judicial, podrían concordar con ello, es decir, que el análisis de la motivación puede ser objeto de un recurso de anulación en su momento.

Pero, ya lo decía un reconocido doctor, al final lo que se quiere es simplemente blindar el arbitraje y hacer que lo que las partes quisieron en un primer momento, se respete. Las partes quisieron someterse a arbitraje; y, por supuesto, al someterse a arbitraje, se someten a todas sus condiciones y sus características. Una de ellas es que no necesariamente todos los vicios de motivación, pueden ser revisados en vías de anulación, un ejemplo, es el tema de la motivación defectuosa. Claro que la jurisprudencia en el caso peruano, incluso, no solamente a nivel

judicial, sino a nivel constitucional, hace ya buenos años, no es un buen referente para saber, efectivamente, cuándo estamos frente a vicios que pueden ser objeto de anulación o, quizás, objeto de otro tipo de procesos, sobre todo de carácter constitucional, y cuándo simplemente habría que dejarlos pasar.

Bien, en la poca experiencia que tengo, específicamente, más poca aún, en el caos de anulaciones de laudos arbitrales, podría decir que, al menos, los tribunales judiciales están tomando en consideración ciertas partes que nacen o que caracterizan al derecho arbitral y no se han introducido mucho en el fondo de la controversia. Por ejemplo, algo que sí he visto y que ha sido muy importante, es que los jueces no han logrado —bueno, en los casos que he visto, reitero— anular un laudo arbitral en razón de una mala valoración probatoria o de una supuesta mala valoración probatoria, o de repente, en razón de una mala aplicación del derecho. He tenido, al menos, esa buena suerte.

Claro está, y pasado al tema de arbitraje en contrataciones del Estado, el asunto está teniendo, de pronto, un panorama bastante gris y tirando para algo muy oscuro. Es que, en efecto, el legislador en contrataciones del Estado, ha establecido o ha creado una causal de anulación que, de alguna manera, podríamos quizás entenderla como una apertura al análisis de fondo, en su caso, de los laudos arbitrales. Por ejemplo, más familiarizado estoy con la Ley de Contrataciones del Estado anterior y, sólo al efecto de que todavía hay muchos casos que se canalizan con la aplicación de esas normas.

El artículo 5 de la antigua Ley de Contrataciones del Estado, establece un orden prelatorio respecto a la aplicación para la solución de casos en temas específicos. En primer lugar, da pase a la Constitución, bueno, a la normativa en contrataciones del Estado, a la normativa en derecho público; y, finalmente, acaba con la normativa común que, generalmente, es el Código Civil. A ver, el asunto es que si el árbitro ve por conveniente aplicar una norma que no sigue necesariamente ese orden

prelatorio, porque quizás identificó una mejor solución o, de pronto, la única solución, en una norma de derecho común y no en una norma de derecho público, podría de alguna manera dar apertura o dar causal a que la parte que perdió el arbitraje presente su recurso de anulación haciendo alusión a una mala aplicación de las normas jurídicas y la falta de respeto del orden prelatorio establecido, justamente, por la normativa en contrataciones del Estado.

Eso me parece muy invasivo en relación a lo que las partes quisieron en su momento, más allá de que el arbitraje en temas de contrataciones del Estado, ya casi no sea una opción para que las partes puedan acogerse, teniendo otra alternativa, sino simplemente, la única. Bueno, ése es, de pronto, un ejemplo de lo mal que está yendo el arbitraje en contrataciones del Estado, partiendo justamente del punto de vista del tema de motivación de los laudos arbitrales.

Regresando al tema en general, debo ya concluir con que existen, pueden darse ciertas circunstancias en las que se presenten errores en la justificación de los laudos arbitrales; pero, no todos esos errores pueden ser corregidos, al menos no en la vía ordinaria que es justamente el recurso de anulación. Que el recurso de anulación tenga un objeto y que ese objeto esté parametrado por las causales del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, claro está. Queda la pregunta, y ¿qué hacemos frente a un laudo que está indebidamente motivado?, ¿qué hacemos en un caso como el que se me presentó? o, de repente, teniendo más hojas de motivación, el árbitro no haya logrado concatenar esos razonamientos para llegar a una decisión adecuada.

A ver, creo yo que aparte de la responsabilidad del árbitro, también hay responsabilidad de las partes. Básicamente, si quieres un buen arbitraje, pues elige un buen árbitro, ten un buen referente. De pronto, por ahí, escuché en una exposición hace algunos días, en la que señalaron que para elegir a un árbitro, más allá de los conocimientos básicos que deba tener sobre la institución arbitral, son los conocimientos de fondo.

De repente en el mercado arbitral se presenta como algo no muy básico, es muy pequeño, no puedo conseguir a alguien que sepa, por ejemplo, contrataciones del Estado o temas regulatorios, no sé, y tema arbitral en el mismo nivel, en un nivel aceptable. Entonces, apostaría por alguien que conozca más regulatorio que el tema arbitral, si es que el caso se da.

Repite, existe también responsabilidad de las partes en que el laudo al final no haya salido de la forma que se esperaba. Bien, con eso termino estas pequeñas anotaciones.

Muchas gracias.

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES CAUTELARES

*Dante Torres Altez**

El tema que hemos elegido, es la «Motivación de las resoluciones cautelares». Tendría que plantear algunas interrogantes para que puedan, de alguna forma, ayudarme en el discurso de mi exposición. Claro está, estas interrogantes también van a ser respondidas a lo largo de la misma y algunas quedarán como interrogantes precisamente, para luego poder profundizar en el estudio del derecho procesal.

Las interrogantes serían: ¿existe una conexión necesaria entre el estudio del derecho procesal y la argumentación jurídica?, ¿es necesario para fines prácticos diferenciar la verosimilitud del derecho de la probabilidad?, ¿la valoración racional de la prueba para la emisión de una

* Abogado con maestría en derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con cursos de especialización en Argumentación Jurídica. Actualmente, es coordinador del Grupo de Investigación «Proceso y Argumentación», presidente de la Asociación Civil de Investigación Jurídica «In Aspera Veritas» y profesor a tiempo completo en la Universidad Continental.

decisión final es la misma que se debe realizar para la emisión de una decisión cautelar?

Con estas interrogantes es preciso que nosotros planteemos algunos objetivos por los cuales va a generarse nuestra posición. Tenemos que reflexionar, entonces, sobre la importancia que existe en este binomio proceso y argumentación; así como también existe el binomio proceso-Constitución y el estudio del proceso con la filosofía del derecho. También establecer claramente la diferencia entre verosimilitud y probabilidad. Esto, para una adecuada emisión de una medida cautelar, de una resolución cautelar y explicar por qué sería necesario utilizar los mismos criterios de racionabilidad al momento de valorar la prueba en sentencias finales para las decisiones en materia cautelar.

Dicho esto, entonces, nosotros hemos dividido nuestra exposición en dos subtemas. El primero, vinculado a los presupuestos cautelares, pero, específicamente, dentro de lo que es verisimilitud del derecho. Vamos a apartarnos del análisis del peligro en la demora y de la razonabilidad, a pesar de que estas dos, incluyendo a la verisimilitud, van a permitirnos otorgar una medida cautelar. Una vez que nosotros distinguimos realmente qué es la verisimilitud y la apartamos de la razonabilidad, vamos a poder conectar con el segundo tema que es la valoración racional de la prueba. Para esto, me voy a apoyar en el libro del profesor Jordi Ferrer sobre valoración racional de la prueba para construir, precisamente, esos elementos que son necesarios para la justificación de una decisión, no sin antes hacer una breve introducción general.

Sucede que, dentro de los juzgados, todavía podemos advertir algunas decisiones cautelares donde el análisis versa específicamente dentro de lo que es verosimilitud del derecho, apariencia del derecho; sin embargo, ese análisis que realizan los juzgadores, a veces peca de no tener un criterio racional al momento de la decisión, más aún cuando el otorgamiento de las medidas cautelares, como sucede en nuestro país en materia procesal civil, se dicta sin el contradictorio previo. Entonces,

esto de alguna forma generaría una suerte de subjetividad en el juzgador y, claro está, cercana a una decisión arbitraria. Por eso, es importante que nosotros entendamos si realmente la verosimilitud es suficiente o no para el otorgamiento de una decisión cautelar.

Entonces, sobre el primer tema. Es conocida la crítica del profesor Taruffo al profesor Piero Calamandrei sobre la obra cumbre del profesor de Florencia, la *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* del año 36, y también, claro está, el análisis crítico que realiza el profesor Taruffo, de alguna forma, estaría vinculado con la obra de *Verdad y verosimilitud en el proceso civil* del profesor Calamandrei; pero, que lo desarrolla casi veinte años después de esta obra del 36. Lo cierto es que esta crítica del profesor Taruffo al profesor Calamandrei, radica específicamente, dentro de diferentes temas, en la verosimilitud que el profesor Calamandrei de alguna forma vincula como un sinónimo de probabilidad, en la obra del 36, porque en la obra de diecinueve años después, marca una pequeña distinción para poder un poco abrir el camino.

Esta crítica del profesor Taruffo hace referencia, precisamente, advirtiendo que verosimilitud no sería lo mismo que probabilidad, marca la pauta para que nosotros podamos entender si es suficiente o no, tener verosimilitud al momento de emitir una decisión cautelar. Además, porque el profesor Cavani también ha advertido en un artículo publicado en Brasil, respecto del análisis que se tiene sobre verosimilitud y probabilidad, respecto a lo que el profesor Taruffo y el profesor Calamandrei hacen referencia. Uno podría pensar que es una discusión netamente teórica; pero, vamos a advertir que, en realidad, es bastante práctico como lo vamos a explicar.

El profesor Monroy en una conferencia en Colombia, organizada por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, por el maestro Jairo Parra Quijano —ojalá algún día podamos tenerlo aquí en nuestra universidad—, el profesor hace una distinción, precisamente, luego de atender

a esta crítica del profesor Taruffo para, de alguna forma, ayudarnos y explicarnos qué cosa es, entonces, verosimilitud del derecho. Y el profesor Monroy nos explica que verosimilitud sería esa lógica de correspondencia de la representación de un objeto o de un hecho, que corresponde a un orden normal de las cosas, sin que haya sido probado o demostrado. Es decir, se busca un conocimiento en sentido vertical, para profundizar, precisamente, sobre aspectos de hechos que son afirmados por las partes. Advierte también que el juicio de verosimilitud es, evidentemente, preprobatorio y corresponde, como la mayoría de la tutela diferenciada, a una condición sumaria.

Asimismo, advierte que, luego de que exista recién el contradictorio, podemos hacer referencia a un juicio de probabilidad. Quiero prestar atención aquí. Luego del contradictorio, en la parte demandada, podemos hablar, entonces, de un juicio de probabilidad, ese juicio de probabilidad donde existirán, precisamente, elementos que sustenten racionalmente, ahora sí, la estimación de una afirmación para decir si ésta es verdadera o no; pero, antes, sin que exista el contradictorio, no estaríamos propiamente ante un juicio de probabilidad, sino simplemente ante un juicio de verosimilitud.

El profesor Taruffo, precisamente, en esta corriente, en este pensamiento, advierte que la verosimilitud no tiene absolutamente nada que ver con la verdad, porque las pruebas son las únicas que nos permitirían corroborar un hecho y acercarnos a la verdad. Entonces, las pruebas serían, precisamente, ese mecanismo, esas herramientas que nos ayudarían a poder acercarnos a la verdad.

El profesor Mitidier, advierte, por ejemplo, que no se debería, entonces, considerar verosimilitud para la emisión de una tutela cautelar, sino probabilidad, como elemento determinante para otorgar las medidas cautelares, porque debemos comprender que en el proceso, evidentemente, se va a buscar la verdad sobre los hechos.

Entonces, para la emisión de una tutela cautelar, de una resolución cautelar, tendríamos que analizar verosimilitud y, además, medios probatorios. En conjunto, entre verosimilitud y medios probatorios, podemos hacer un juicio de probabilidad, para generar una corroboración sobre la hipótesis que el solicitante de la cautelar está proponiendo.

Ahora bien, si pudiésemos llegar a algunas conclusiones primigenias, apoyándonos en el profesor Cavani, tenemos que no se puede conceder, efectivamente, una medida cautelar, sin un mayor examen de pruebas. Esto, evidentemente, no solamente vulneraría los derechos fundamentales, sino también la justificación de las decisiones judiciales. Además, porque no se podría esconder dentro de esta apariencia del derecho, solamente entre verosimilitud, sino que, en realidad, debería profundizarse en materia de prueba, para que esa justificación de la decisión cautelar, pueda rendir efectos.

Esto permite comprender, entonces, que no es suficiente obtener verosimilitud, sino también medios probatorios. Nos permite conectar, entonces, con el segundo tema, la valoración racional de la prueba.

Decía, al inicio de la intervención, que el profesor Jordi Ferrer, filósofo del derecho, aterriza específicamente en este libro muy importante, para poder advertirnos que es necesaria la configuración de tres elementos. Pero, antes de eso, tendríamos que advertir lo siguiente también. Tenemos que adoptar la visión de lo que el proceso busca en la sociedad; y, por tanto, también lo que la prueba buscaría como finalidad. Entonces, diríamos, si el proceso busca la obtención de una decisión judicial justa, una decisión justa, para obtener esta decisión justa, es importante también acercarnos a la verdad, y para acercarnos a la verdad, tendríamos que asumir la teoría de la cognoscibilidad o de la epistemología de la prueba, como lo advierte Marina Gascón.

Entonces, una vez que hemos advertido que la finalidad del proceso sería la obtención de una decisión justa y, para obtener ésta, el acerca-

miento a la verdad, es importante, entonces, conocer estos elementos, que estarían dentro de la valoración racional de la prueba.

El primero de ellos, la conformación del conjunto de elementos de juicio o de prueba. Es claro que mientras más medios probatorios tengamos, más posibilidad tendríamos de poder corroborar la hipótesis propuesta. Sin embargo, no es que todos los medios probatorios van a tener que ser analizados al momento de valorar la prueba, sino que van a existir algunos criterios racionales para, precisamente, llegar a obtener medios probatorios que realmente sean eficientes en el proceso. Uno de ellos, el juicio de relevancia o el juicio de pertinencia; el juicio de admisibilidad, no todos los medios probatorios evidentemente van a ser admitidos, de acuerdo a los valores que en una sociedad el legislador estime, probablemente, no sea solamente la búsqueda de la verdad, sino también, por ejemplo, la tutela de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, puede ser excluida con una prueba ilícita. También están los controles de procedimientos sobre la práctica de la prueba que inciden en un conjunto de elementos de juicio y, aquí quiero detenerme específicamente en el principio de contradicción.

Precisamente, el principio de contradicción, que debería desarrollarse antes de la emisión de la resolución cautelar, dependería precisamente de que el juzgador tenga una visión panorámica del proceso cautelar, porque, además, el principio de contradicción, lo que hace es, no solamente hacer un control del juicio de admisibilidad, sino también la posibilidad de incorporar pruebas por la parte contraria y, de esa forma, generarse un mejor análisis racional de lo que se está discutiendo.

Una vez que hemos superado la conformación de los medios probatorios, llega la siguiente etapa, que sería la propia valoración de la prueba. Para ésta, el profesor Taruffo advierte que existen muchas teorías de probabilidad, una de ellas, por ejemplo, la probabilidad de eventos, que es precisamente el método de Bayes, al que hacía referencia un poco el

profesor Omar Sumaria; y, la probabilidad de proposiciones, específicamente la probabilidad de lógica inductiva.

Aquí, si advertimos, es importante que el estudio del derecho procesal tenga una conexión con la filosofía del derecho. Toulmin, que construye, precisamente, una inferencia probatoria, nos ayuda para que nosotros podamos, al momento de generar una valoración racional de la prueba, crear un razonamiento probatorio, el cual consistiría en la generación de estas afirmaciones o pruebas que, de alguna forma, se conectarían o buscarían, corroborar la hipótesis propuesta, pero siempre con un respaldo, con una garantía, que vendrían a ser las máximas de experiencia. Evidentemente, cada una de éstas va, incluso, a tener criterios de justificación, por ejemplo, los datos o los hechos a probar, tendrían que transitar por un criterio de fiabilidad, de suficiencia, de veracidad y de pertinencia, y la hipótesis que está siendo propuesta por el solicitante en la cautelar, de no refutación, de coherencia y de simplicidad.

Todo esto nos ayudaría, finalmente, para transitar ya, en la última etapa de valoración racional de la prueba, que sería la adopción de la decisión sobre los hechos a probar. Una vez que hemos identificado que esta hipótesis propuesta que, de alguna forma, adquiere mayor corroboración luego del análisis que acabo de mencionar, todavía tendría que transitar un umbral, un estándar de prueba, ese estándar de prueba que debería ser determinado por el legislador, que no existe, por ejemplo, en materia cautelar, por lo menos en nuestro país, pero de alguna forma, en materia civil, se advierte que sería la prevalencia de la probabilidad. Es decir, exigir o encontrar una hipótesis que está probado que, de alguna forma, tenga una mayor corroboración que otras hipótesis, si existe y podemos identificar que la hipótesis propuesta por el solicitante cautelar, de alguna forma, tiene una mayor corroboración que otras hipótesis, podríamos decir que un hecho ha sido probado. En materia penal, evidentemente, se exige el estándar de prueba más allá de la duda razonable.

¿Todo esto, a qué nos conlleva?, a generar unas conclusiones críticas respecto de nuestro ordenamiento, que podrían ser las siguientes, en apoyo un poco de lo que hace referencia el profesor Jordi Ferrer, con quien, precisamente, ayer conversábamos por *Facebook* y advertía lo siguiente y yo lo asumo en esta posición. Es importante generar una fase de prueba, una fase de prueba en sede cautelar; esta fase de prueba permitiría, precisamente, poder generar una valoración racional de los medios de prueba, pero, claro está, con un estándar mínimo de la exigencia de una decisión final, evidentemente, porque advertimos que las resoluciones cautelares son itinerantes, provisionales. Pero, sí es importante, que podamos generar, precisamente, esta valoración racional. Y, además de esto, que el contradictorio sea necesario; sea necesario porque va a permitir, precisamente, que los medios de prueba que, finalmente, van a ser valorados antes de emitir la decisión, permitan una justificación adecuada de la decisión cautelar; y, que las legislaciones tendrían necesariamente que empezar a regular cuáles serían estos estándares de prueba, para que, de esa forma, nosotros o los juzgadores podamos, precisamente, seguir en su decisión.

Entonces, si hubiese falta de estos elementos, de este juicio de razonabilidad, lo único que habría como consecuencia es, precisamente, la afectación de los derechos fundamentales y también la afectación y la falta de seguridad jurídica de nuestro país.

Muchísimas gracias.

TERCERA MESA: «LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS PROCESOS COLECTIVOS»

Luis Cucarella Galiana (España)
Nelson Ramírez Jiménez
Teddy Panitz Mau

MECANISMOS PROCESALES PARA LA TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*Luis Cucarella Galiana**

Buenas tardes para todos. Obviamente, al iniciar mi intervención, lo que debo realizar es públicamente un agradecimiento a la Universidad Continental y a las autoridades de la misma por la ocasión que me brindan de intervenir por segundo año consecutivo, en este congreso. Esta vez, para dirigirme a ustedes, para analizar los mecanismos procesales existentes en el Sistema Procesal Europeo de Protección de Derechos Humanos, en los supuestos en los que haya una violación masiva de derechos humanos.

Pero, antes de aterrizar, antes de entrar a analizar esos aspectos, me gustaría brevemente darles una visión general del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, indicándoles cómo se gesta y cómo

* Profesor titular de derecho procesal en la *Universitat de València*, España, acreditado como catedrático de la Universidad. Doctor en derecho por las universidades de Valencia y Bologna, conferencista internacional y vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

nace y subrayando algunas características y notas que diferencian el sistema europeo del interamericano y, como les digo, inmediatamente a continuación, aterrizaré en el análisis de los supuestos de violación masiva de derechos humanos.

Como saben, antes y durante la II Guerra Mundial, se produjeron gravísimas violaciones de derechos humanos. Al término del conflicto bélico en Europa en particular y, en el mundo en general, se adquiere conciencia de que es necesario avanzar en el reconocimiento y en la protección de los derechos humanos. No es una casualidad que en este momento histórico sea aprobada la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ni tampoco es una casualidad que en el ámbito regional europeo, se apruebe el Convenio de Roma para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del año 1950.

Fíjense, han pasado pocos años desde el fin de la II Guerra Mundial, y ya nos estamos dotando de ese instrumento normativo internacional, de ámbito europeo, con el reconocimiento y protección de derechos humanos.

¿En el contexto de qué institución europea se aprueba este convenio?; pues, es en el contexto del denominado Consejo de Europa. El Consejo de Europa, nació en el año 1949 con la firma por parte de diez Estados europeos del tratado constitutivo del Consejo de Europa, diez son los Estados, como les digo, que firman el tratado constitutivo de esta institución, que se crea en Europa con la intención de salvaguardar los derechos humanos.

Al día de hoy, forman parte del Consejo de Europa, cuarentisiete Estados europeos. Les doy un dato, el continente europeo está integrado por cincuenta Estados, por lo tanto, si se dan cuenta o pueden inferir, casi la totalidad de los Estados del continente europeo, forman parte del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. Tan sólo están fuera Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano.

Pues bien, quedense con ese número, cuarentisiete, porque ahora luego volveré a él en relación a la composición de algunos órganos del Consejo de Europa.

Como les digo, en 1949 arranca esta institución, un año después se aprueba el Convenio de Roma y, poco tiempo después, entra en funcionamiento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tribunal, para que me puedan entender y me puedan seguir, vendría a ser el equivalente a la Corte Interamericana, aquí en el continente americano, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo nace cronológicamente antes, mientras que la Corte Interamericana nace un poco después.

Bueno, pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene unas notas que lo caracterizan. Como digo, no voy a analizar todas, pero sí que me gustaría señalar algunas que marcan la diferencia entre el sistema europeo y el americano. Entiendan bien, no estoy diciendo que un sistema sea mejor o peor que otro, simplemente les quiero poner en el espejo, algunas diferencias existentes entre los sistemas, para que vean cómo, en definitiva, la articulación en la protección de los derechos humanos, se puede hacer de diferente manera.

¿Se acuerdan cuántos Estados forman parte del Consejo de Europa?, cuarentisiete, ¿verdad?, bueno pues, cuarentisiete son los magistrados que integran este Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vean aquí una importante diferencia, por tanto, entre el sistema europeo y el americano. En el sistema americano, como saben, la corte, está integrada por siete magistrados; mientras que, en el caso europeo, son cuarentisiete los magistrados que lo integran, uno por cada Estado de los que forman parte del Consejo de Europa. Estos cuarentisiete magistrados, nunca sesionan en pleno jurisdiccionalmente, es decir, los cuarentisiete no ejercen jurisdicción conjuntamente. Otra nota que diferencia el Tribunal Europeo de la Corte Interamericana, puesto que ustedes saben que la Corte solamente sesiona jurisdiccionalmente, esos siete magistrados sesionan en pleno jurisdiccionalmente y ejercen jurisdicción; sin

embargo, el Tribunal Europeo ejerce jurisdicción, o bien en comité de tres magistrados, o en salas de siete, es decir, no son los cuarentisiete magistrados los que actúan para ejercer jurisdicción conjuntamente, sino que, como les digo, actúan a través de tres magistrados, cuando se trata de resolver asuntos que se pueden resolver fácilmente aplicando jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o actúan a través de siete.

Súmenle a ello, además, otra diferencia importante. Si esa sentencia dictada por esos siete magistrados, plantea alguna cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio de Roma o de sus protocolos adicionales, se puede impugnar. Vean también, por tanto, como les digo, una diferencia importante con el sistema interamericano, la Corte dicta su sentencia y no es posible impugnación ante un órgano o ante una sala superior; sin embargo, en el caso del sistema regional europeo, esa sentencia dictada por esos siete magistrados es susceptible de ser impugnada ante una gran sala integrada por diecisiete.

Como ven, son diferencias existentes entre los sistemas; pero, hay una que me va a servir de punto de partida para lo que voy a exponer a continuación, es decir, si se dan cuenta, lo que estoy haciendo es cerrar ya el capítulo breve introductorio, para aterrizar ya en lo que es el análisis de la violación masiva de derechos humanos. ¿A qué diferencia me estoy refiriendo? Pues, a una diferencia que considero también que es clave y esencial.

En el sistema europeo, la víctima, es decir, aquella persona que ha visto cómo sus derechos han sido lesionados, puede constituirse en parte en el proceso contra el Estado demandado; dicho en otras palabras, la víctima tiene legitimación activa para interponer la demanda contra el Estado que ha violado sus derechos. Y ustedes me dirán «y, ¿aquí en América no?, si yo sufro una violación de derechos humanos en el continente americano, ¿no puedo denunciar esos hechos?», sí, obviamente, ustedes como yo los podríamos denunciar, pero lo que no podemos

es constituirnos en parte demandante ante la Corte Interamericana. Como saben, existe una comisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es la receptora de esas denuncias y es ella la que selecciona qué asuntos son elevados ante la Corte Interamericana.

Pues bien, esa diferencia es importante entre los sistemas porque, como les digo, en el ámbito del sistema regional europeo, no existe una comisión que reciba las denuncias y que sea la que acabe constituyéndose, ocupando la posición activa en el proceso.

Con esto, evidentemente, como les señalaba, la víctima es la que tiene legitimación, perfecto. ¿Qué víctima?, pues como les digo, aquella persona que haya sufrido una injerencia en su esfera jurídica, es decir, aquella persona cuyos derechos fundamentales o cuyos derechos humanos, hayan sido objeto de violación. Pero, en los últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido ampliando el concepto de víctima, permitiendo que víctimas potenciales, también puedan apersonarse como demandantes en el proceso.

Fíjense en lo que les estoy diciendo, estoy hablando de personas cuyos derechos aún no han sido violados y pueden, incluso, no ser violados; pero pueden acabar presentando una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para que me puedan entender, ¿en qué contexto se está generando esto?, ¿en qué contexto estamos hablando de víctima potencial? Pues, estamos hablando de personas que pertenecen a un grupo, a una categoría de personas cuya conducta viene determinada por una norma, es decir, hay una norma, una disposición normativa, que los obliga a actuar en un determinado sentido y, si no actúan en ese sentido, sufren una consecuencia perjudicial, una consecuencia negativa.

Hay un caso reciente del Tribunal Europeo, que me permitirán que brevemente se los exponga y lo entenderán. Me estoy refiriendo a un

caso seguido contra Francia por una mujer de religión musulmana, que demandó al Estado francés por entender que la ley aprobada en Francia que prohíbe que las mujeres musulmanas puedan utilizar el velo integral en los espacios públicos, lesiona los derechos reconocidos en el Convenio de Roma. Esa mujer no sufrió sanción alguna por el uso del velo integral, esa ley contempla la imposición de una sanción económica, por ejemplo, si se incumple con esa obligación; pero esa mujer, en el caso concreto, no había sufrido sanción alguna. Francia se defendió frente a esa demanda, entre otras cosas, alegando que la demandante carecía de legitimidad activa; sin embargo, el Tribunal Europeo sostuvo que la persona que está presentando la demanda, pertenece a un grupo, a una categoría de personas, en este caso, mujeres de religión musulmana, cuya conducta viene determinada por una norma, si no cumplen esa norma, se impone una sanción; por lo tanto, son víctimas potenciales y, en la medida en que es víctima potencial, tiene legitimación activa.

Otra cosa distinta es que no le dio la razón, es decir, no se estimó la demanda, por entender que en las sociedades democráticas y modernas, el modo normal de relacionarse de las personas, es exhibiendo, es mostrando el rostro. Pero, como les digo, una cosa es la legitimación activa y, otra cosa es la estimación de la demanda. El tema que me interesaba, sobre todo, es el de la estimación de la demanda.

Pero, además de este concepto de víctima potencial, es importante que me detenga en el tiempo que me resta, en el análisis de los supuestos que les planteaba antes, los casos que nos podemos encontrar en los que se produzca una violación masiva de derechos humanos, y esto hablando de violación que puede afectar a miles de personas, ahora luego les pondré algunos ejemplos de supuestos de 80,000 personas potencialmente afectadas o 100,000 personas potencialmente afectadas.

Piensen por un momento, si todas esas personas presentaran su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ¿qué pasaría?, se colapsaría, saltaría por los aires el sistema, porque todas ellas están

legitimadas, en la medida en que son víctimas de esa norma o de esa práctica, a la que ahora ya luego me referiré.

Bueno, esto llevó a que en el año 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, modificara el artículo 61 del Reglamento de Funcionamiento Interno, con el fin de introducir un mecanismo procesal que permitiera dotar de protección en los casos de protección masiva de derechos humanos, un mecanismo, como les digo, para que con una sola sentencia se pueda dar protección a miles de personas. Es el denominado procedimiento de emisión de sentencia piloto.

¿Cuáles son los presupuestos para que se pueda dictar una sentencia piloto?, ¿cuáles son, en definitiva, los presupuestos o las condiciones que deben concurrir para que se pueda dar este supuesto? En primer lugar, es necesario que el Tribunal Europeo tenga ante sí, una demanda individual, un asunto individual pendiente, es decir, que se haya iniciado un proceso por parte de una víctima. Es necesario, por tanto, como les digo, que haya un proceso pendiente. Por lo tanto pueden inferir, que Tribunal Europeo de Derechos Humanos no puede actuar de oficio buscando la emisión de esa sentencia piloto, tiene que ser una o varias víctimas, las que hayan presentado esa demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En segundo lugar, con ocasión del conocimiento de esa demanda individual, el tribunal tiene que detectar un fallo estructural o sistémico en el ordenamiento jurídico o en la práctica judicial o administrativa del país demandado. Ese asunto es clave, tiene que detectarse eso, la existencia de un fallo estructural o sistémico, como les digo, en el ordenamiento jurídico o en las prácticas judiciales o administrativas del Estado demandado.

Y, en tercer lugar, esa deficiencia estructural, ese fallo sistémico, tiene que ser capaz de producir una violación masiva de derechos humanos. Basta con que haya potencialmente la posibilidad de que se dé una

violación masiva, o sea, no hace falta que haya víctimas efectivas desde un punto de vista masivo, basta con que potencialmente pueda haber muchas o miles, en definitiva, masivas, víctimas derivadas de esa práctica judicial o administrativa, o de ese fallo en el ordenamiento jurídico.

Si concurren esos presupuestos, el tribunal puede tomar la decisión de que ese procedimiento siga los trámites para la emisión de una sentencia piloto. Esa decisión se publica en la página web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ese asunto pasa a tener carácter prioritario, es decir, puede avanzar más rápidamente en el tiempo en relación con otras demandas más antiguas. ¿Por qué razón tiene carácter prioritario?, pues porque estamos hablando de violaciones masivas.

La tramitación a partir de ahí, es igual que en cualquier otro asunto. La especialidad, ¿dónde está?, la especialidad va a estar, obviamente, en el contenido de la sentencia. ¿Qué contenido va a tener una sentencia piloto?, pues, principalmente, se tiene que recoger dos aspectos. Primero, es necesario que se dé respuesta al demandante individual, obviamente, tenemos a un sujeto que ha presentado demanda individual, a ese sujeto hay que darle respuesta, hay que concretar qué reparación tiene que darse a esa víctima; pero, por otro lado, en segundo lugar, también tiene que identificarse el fallo estructural o sistémico existente en ese ordenamiento jurídico e indicar las medidas generales que tiene que adoptar el Estado demandado para eliminar ese fallo estructural.

Como ven, es una sentencia que abre su perspectiva. Y, ¿qué tiene que hacer en definitiva el Estado?, lo que se hace es fijarle un plazo que, normalmente, oscila entre seis meses y un año, para que lleve a cabo esas reformas estructurales, para que elimine esa práctica judicial o para que elimine esa práctica administrativa; y, de esta manera, ¿qué hemos conseguido?, que de cara al futuro, no haya de nuevo violaciones masivas de derechos humanos.

Si el Estado colabora, si el Estado modifica su ordenamiento jurídico, si elimina esa práctica, como les digo, de cara al futuro, no se producirán nuevas violaciones fruto de ese fallo estructural.

Pero, alguien podría decir «y ¿qué pasa con las violaciones que ya se han producido?», porque de cara al futuro hemos solucionado el problema, pero ¿qué pasa con las que están hacia el pasado?, podemos encontrarnos con otras personas que también hayan presentado demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la misma violación, ¿en ese caso?, pues, normalmente, lo que acuerda el tribunal es que esos asuntos queden suspendidos por un plazo que viene a coincidir con el mismo que tiene el Estado para modificar su ordenamiento jurídico, para que durante ese plazo, el Estado y los demandantes, lleguen a entrar en negociaciones que permitan dar fin al proceso mediante un arreglo amistoso.

Fíjense, por tanto, cómo con esta sentencia piloto, si hay efectiva colaboración del Estado condenado, conseguimos una tutela masiva de los casos de violación masiva. La clave está en que el Estado colabore, obviamente, pero si no hay colaboración, ya sea en el sistema europeo o en el interamericano o en el africano, obviamente, la situación va a ser más difícil; pero, si hay colaboración, conseguimos, con esto, tutelas masivas de derechos humanos; y, por otro lado, un efecto importante desde el punto de vista indirecto y es que descargamos de trabajo al Tribunal Europeo. Hemos conseguido que esas miles de demandas que podrían estar pendientes o que, incluso, se podrían llegar a interponer, no se interpongan porque se pueden solucionar por una vía amistosa.

Les decía al principio que quería compartir con ustedes algunos casos y, así, enfilo ya la recta final de mi intervención, y creo que es interesante compartir, por ejemplo, el primero de los casos, la primera sentencia piloto que se dictó, la reforma del Reglamento fue en mayo del 2004, pues al mes siguiente, en junio, se dictó una sentencia contra Polonia, ¿por qué motivo?, porque —brevemente les indico—; pues, Polonia, tras

la II Guerra Mundial y fruto de los tratados que se celebran, pierde una parte de su territorio en beneficio de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Se reestructuran las fronteras y hay un río que marca el nuevo límite fronterizo entre Polonia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Los ciudadanos polacos que vivían en esa parte del territorio polaco que deja de pertenecer a Polonia, pierden sus propiedades, pierden sus viviendas, lo pierden todo; sin embargo, Polonia les dijo y asumió el compromiso de indemnizarles o resarcirles por esa pérdida patrimonial.

Sin embargo, esa indemnización o esa compensación, nunca llegó. Eso motivó que se empezaran a interponer demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Polonia por este motivo y, como les digo, un mes después de la reforma del Reglamento, decide que una de esas demandas tenga la tramitación como piloto y se dictó sentencia piloto condenando a Polonia, fijando un plazo de seis meses para que reformara su ordenamiento jurídico y, en esos seis meses, Polonia lo reformó. Es decir, faltaba en el ordenamiento jurídico polaco, una norma que permitiera a esas personas reclamar al Estado la indemnización o compensación correspondiente y en seis meses, como digo, Polonia cumplió.

Ése es el primer caso, en el que hay cumplimiento por parte del Estado. Hay otros en los que el Estado cumple, pero tardíamente. Hay otros en los que ni siquiera han cumplido.

Les pongo otro ejemplo, porque creo que es interesante que lo conozcan y, con esto, consumo los dos minutos que me quedan. Hay una sentencia dictada en el año 2010 por parte del Tribunal Europeo contra el Reino Unido, el caso *Greens contra el Reino Unido*, en el que se condena a ese país por la regulación que tiene en materia penitenciaria. Creo que es interesante que conozcan este asunto, porque se condena al Reino Unido por una norma que tienen ustedes aquí en este país y que tienen en muchos países del entorno americano. Creo que es interesante que la conozcan porque nunca se sabe, ya saben que las cortes dialogan

y se miran unas en el espejo de la otra y no sería raro que en un futuro, la Comisión Interamericana seleccionara un asunto de éstos para llevarlo ante la Corte, porque, evidentemente, sería un asunto con clarísimo impacto en todo el continente americano.

¿A qué me refiero? Bueno, pues, en Reino Unido cuando una persona ingresa a prisión, se le priva automáticamente de sus derechos políticos, cualquier preso en los establecimientos penitenciarios ingleses, pierde sus derechos políticos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que esto es lesivo del convenio, ¿por qué?, porque no sostiene que a un preso no se le puede privar de los derechos políticos, se le puede privar si concurren dos circunstancias, la primera, que esa pena vaya vinculada al delito que ha cometido; y, la segunda, que el juez que ha condenado a esa persona, haya impuesto en sentencia dicha condena; pero, si no está puesta específicamente esa condena para esa persona, privar automáticamente de los derechos políticos a los presos, supone una vulneración de los derechos humanos de estas personas. 70,000 son las personas, la población carcelaria, que en el Reino Unido, al día de hoy y a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se les está violando los derechos humanos. Reino Unido no ha modificado su ordenamiento jurídico y sigue existiendo esa norma; pero, como les digo, esa norma existe también en Perú y en otros países del continente americano y, como les apuntaba, es interesante que lo conozcan.

En definitiva, como ven, el sistema de protección de derechos humanos tiene aún muchas falencias, hay cosas que hay que mejorar; sin embargo, es evidente que frente a esas deficiencias, lo que no podemos hacer es detenernos y bajar los brazos, sino hay que seguir avanzando para conseguir que los derechos humanos sean realmente respetados y, en caso de que no sean respetados, los mecanismos procesales de protección sean realmente efectivos.

Muchas gracias por su atención.

PROBLEMAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROCESO COLECTIVO

*Nelson Ramírez Jiménez**

La problemática de la defensa de conglomerados de personas es el tema que pienso presentar esta noche, y digo problemática porque es un tema inacabado.

Tengo el honor de formar parte de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil y, justamente, estamos terminando el análisis de esta figura, regular los procesos colectivos. Es importante saber, por ejemplo, que Brasil tiene una regulación muy moderna, que coloca en su Código General de Proceso también y que varios países tienen regulaciones, incluso, hay un proyecto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que se denomina «Código de los Procesos Colectivos».

Mucha bibliografía, mucho tratamiento, mucha doctrina; pero, aquí comienzan las inquietudes que quiero resaltar. ¿Por qué estamos en este problema?, porque la discusión paritaria, bilateral de demandante–demandado, hoy en día, en algunos temas muy álgidos, especialmente derecho del consumidor, defensa del medio ambiente, particularmente, grave en Latinoamérica, marca la diferencia, porque tenemos, por un lado, grandes consorcios empresariales, transnacionales; y, por otro lado, un conglomerado de víctimas.

* Profesor en la Academia de la Magistratura y en la maestría de derecho constitucional de la Universidad Lomas de Zamora, Argentina. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. *Amicus Curiae* en el IX Pleno Casatorio Civil y miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia encargada de proponer reformas al Código Procesal Civil y al Código Procesal Constitucional.

Cuninico, que es una comunidad indígena aquí en el Perú, está sufriendo el problema de derrame de petróleo, y son comunidades ancestrales que ven afectado su entorno. La esencia de los pueblos que de los que ellos sobreviven, ha sido tergiversada por el petróleo circundante.

Y, ¿quién defiende eso?, ¿ante quién se defiende eso?, ¿qué proceso permite discutir temas de una alta especialización técnica, de una intensa actividad probatoria y, por qué no decirlo, de intereses muy grandes en el resultado?

La globalización comienza a hacer sentir el peso de las grandes empresas en la actividad de los Estados, la soberanía del Estado ya casi es un eufemismo, ya deja de usarse en el derecho internacional. Las empresas imponen condiciones a través de los tratados de libre comercio que su gobierno patrocina y, en algunos casos, las imponen de manera directa. El mejor ejemplo que nos puede ayudar a entender esta fuerza de presión, es lo que sucedió en el Mundial de Fútbol de Brasil. Brasil tenía proscrita la venta de cerveza en sus estadios. Brahma, que era una de las patrocinadoras del Mundial, no aportaría ni un real, si esa ley no se derogaba para permitir la venta de cerveza en los estadios y el gobierno brasileño dio marcha atrás, derogó la ley y en todos los estadios se vendió cerveza.

¿Qué indica esto?, que el poder del Estado retrocede frente a una concreta circunstancia, y esto que parece lo excepcional, desgraciadamente, no es así.

Otro sector de esta problemática tiene que ver con la forma en que ciertos grupos empresariales quieren hacer presencia en nuestros países. Odebrecht es un claro ejemplo de eso. Una empresa que se instaló para generar corrupción y conseguir todas las obras públicas a su favor. Eso está demostrado, está en pleno curso de investigación, pero ya todos

sabemos por dónde viene el tema. Y fíjense que no es un problema sólo de Perú, también está en varios países de Latinoamérica.

En consecuencia, ¿qué hacer con las armas del proceso actual bilateral, tradicional, privatista, frente a estas realidades? Hay muchas cosas. Evidentemente, una de ellas, la primera, es generar un proceso distinto, que necesita acabar con algunos de los grandes mitos del proceso tradicional, por ejemplo, la cosa juzgada. Imagínense un daño en comunidades andinas que afecta a 5000 personas, pero sólo 4000 se presentan al proceso, 1000 no se han enterado, no les interesa, no tienen capacidad económica, cualquier factor. La cuestión es, ese proceso termina, se emite una sentencia, ¿hace cosa juzgada para los 5000 o sólo para los que ingresaron al proceso?, la tendencia es esto último, no puede haber cosa juzgada, si no hay un interés que ha sido objeto de un pedido de tutela.

Considero que éste es uno de los graves problemas del proceso colectivo, tal y como está modulado, porque no podemos atender esta problemática con la lógica del proceso tradicional. Hay gente víctima del daño, que no tiene interés, pero que puede ser beneficiada por el actuar del grupo mayoritario y eso es lo que hay que observar y apreciar para ver qué hacemos con la cosa juzgada o para determinar si regulemos y aceptamos la capacidad de elección de la víctima del daño para ingresar o no ingresar en el proceso.

Yo considero, por ejemplo, que el ingreso al proceso debe ser obligatorio, porque éste es un proceso totalmente distinto y tiene que hacer cosa juzgada, porque si no, no hay un aliciente para cerrar la discusión.

Hoy tenemos leyes que nos permiten diferenciar algunas ideas; pero, en lo personal, y esto ya es un tema típicamente mío, estimo que no están dadas las condiciones para regular un proceso colectivo desde la ley. Quizá la experiencia y la jurisprudencia, nos den mejores pautas. Y hay un caso dramático que ha demostrado la falencia del sistema y justamente ¿dónde?, en el país que primero desarrolló la legislación en

la materia, Brasil. El grave problema de la ciudad de Espíritu Santo, en la que se derrumba una zona donde se guardaban los relaves mineros, pero el tamaño era tan inmenso, que al ceder el muro de contención, el daño de la masa hacia las fuentes de agua, ha afectado a 140 distritos municipales, 140, no uno, no dos.

Y ahí viene un gran problema, que es lo que ha pasado en Brasil, un grupo de afectados, los más gravemente afectados, los que estaban más cerca de la represa, intentó y logró un acuerdo conciliatorio, pero que satisfacía a medias el daño de ese pequeño grupo y que desatendía totalmente a las demás víctimas. Se generó una crisis interna del propio grupo de afectados, con qué derecho celebraron este acuerdo, si no cumplía a cabalidad con resarcir el daño para todos; con qué derecho decidió el grupo mayoritario cercano a la represa, lo que venía a ser el justiprecio indemnizatorio de aquellos que estaban lejos de la represa.

Es el efecto de onda, es como si tiráramos una piedra en un estanque y el efecto de las ondas será más intenso al inicio y menos intenso en la periferia; pero, hay daño para todos y ése es un tema que sólo podría ser resuelto desde diferentes perspectivas.

De eso quiero hablar esta noche. ¿Qué temas y de qué manera podríamos intentar soluciones absolutamente atípicas que necesitan ser atendidas para solucionar estos casos?, porque, además, como digo, no es solamente un problema patrimonial. Antiguamente en el derecho contractual, existía una institución que existe hasta ahora, pero ya perdió práctica, la tutela contra los vicios ocultos del objeto de la venta o de la celebración del contrato. Imagínense una lata de sardinas, que promete como contenido doce sardinas y, cuando la abrimos, tiene diez. Bueno, nadie va a iniciar un juicio por las dos sardinas que faltan, el costo beneficio es dramático, voy a gastar cientos de miles de dólares para discutir por dos sardinas, no; pero, si multiplicamos la capacidad de producción de esa empresa con la misma falencia de dos sardinas por

millones de latas, la discusión es otra. La escala económica, la escala de precios, hace todo un cambio radical en el interés para discutir.

Pero, en el lado latinoamericano, el tema es más dramático porque en nuestros países, el tema patrimonialista de defensa del consumidor, tiene canales muchas veces administrativos, por ahora quasi eficaces, no están desatendidos. Pero, donde el sistema decae y no atiende bien, es en la defensa de los derechos no patrimoniales, concretamente el medio ambiente. Ahí estamos en cero y, de verdad, es dramático y éste es un tema que excede fronteras, éste es un tema muy de Latinoamérica.

Es allí, en esa línea de acción colectiva por los derechos no patrimoniales, donde afina la mayor fuerza de esta exposición.

En primer lugar, no podemos ir a un proceso colectivo pensando en un contradictorio tradicional, demanda, demandante, preclusión, actividad probatoria con plazos muy ceñidos, pruebas que sí se pueden aportar, pruebas que no, sentencia, impugnación y etcétera. No, en un proceso colectivo de esta naturaleza, en primer lugar, hablar de preclusión es un absurdo, porque el daño es tan grave, tan masivo, que es probable que en el tiempo recién aparezcan algunos daños o que los efectos no sean inmediatos, sino degenerativos.

Choropampa en Perú, es un claro ejemplo de eso, un derrame de mercurio que afectó a un pueblo indígena y que la empresa causante, explotadora de oro en la zona de Cajamarca, indemnizó con sumas miserables, US \$ 3,000.00 era la más alta indemnización y las víctimas a veces eran familias enteras, seis, siete, ocho personas. Claro, cuando celebraron el contrato, personas que nunca habían visto US \$ 3,000.00 juntos, el entusiasmo sobrepasó la razonabilidad; pero, cuando se dieron cuenta de que, además, la enfermedad de la que habían sido víctimas por el contacto con el mercurio, era degenerativa, es decir, no había *rebus sic stantibus*, sino que en el tiempo se marcaba, se acentuaba el daño, evidentemente decidieron demandar aquello que consideraban un acuerdo

de transacción lesivo, que no atendía bien la dimensión del daño. Lamentablemente, la jurisprudencia no acompañó bien esta intención.

Pero, nuevamente, volviendo al punto, no podemos ver estos casos con esa lógica, hay cosa juzgada, no hay cosa juzgada, hay preclusión, se declara una rebeldía. Imagínense, nuevamente vamos a Brasil, el daño de Espíritu Santo, ¿qué juez es el competente para conocer ese proceso? Primer gran tema, uno podría decir «bueno, el juez territorial donde se produjo el daño», sí pues, pero les estoy diciendo que hay 140 municipios afectados y en cada municipio probablemente haya un juzgado, por tanto, hay 140 jueces potencialmente competentes. ¿Con cuál nos quedamos?, porque si hacemos que los 140 jueces actúen de consuno, evidentemente ya no es un proceso colectivo. El proceso colectivo atrae el problema al conocimiento de un solo juez y es claro que un solo juez no puede atender suficientemente un drama de esta dimensión ¿Podríamos pensar en soluciones alternas?, sí, un juez *ad-hoc*, que la ley permita que por la dimensión del daño y la gravedad de los hechos discutidos, se designe un juez *ad-hoc* a dedicación exclusiva para el caso concreto.

En segundo lugar, que sea un juez *ad-hoc* e itinerante, que esté en capacidad de moverse en la zona de afectación sin ningún problema de competencia territorial, que no existe al día de hoy. Ésos son mecanismos pensados justamente para solucionar estos problemas.

El objeto de un proceso colectivo también es un tema a discutir, ¿cuál es?, ¿la solución de un problema masivo?, no, ahí hay varios temas subalternos, entrelineados. Por ejemplo, la doctrina cree que el proceso colectivo debe tener tres funciones fundamentales. En primer lugar, mejorar el acceso a la justicia, sin lugar a dudas, en el ejemplo que les vengo poniendo, comunidades andinas que no se consideran parte del Estado peruano porque no reconocen su legislación, tienen un derecho consuetudinario que la Constitución acepta, siempre que no viole derechos fundamentales. En segundo lugar, debe procurar un proceso colectivo, desalentar conductas ilícitas, que las empresas no crean que hacer

negocios autoriza a afectar de manera grosera derechos fundamentales, que no se crea que hacer negocios supone levantar la valla de la reserva valores y principios. Y, en tercer lugar, como objeto del proceso, tenemos facilitar el acuerdo entre las partes, gran tema.

Pero, ese gran tema genera una serie de filigranas gravísimas. Imagínense, volvamos al ejemplo, 5,000 víctimas, un juez que pueda manejar una posible transacción o conciliación, se darán cuenta de la dimensión del problema, necesitará un auditorio mucho más grande que éste para poder escuchar a quienes tengan interés de expresar opinión. Pero, ahí viene un detalle, suponer que haya unanimidad para llegar al acuerdo es imposible, mayoría, ¿qué mayoría?, ¿mayoría simple?, ¿mayoría calificada?, ¿mayoría focalizada en la zona cercana al lugar del daño?, ¿minorías menos calificadas en las zonas periféricas?, ¿cómo conjugamos matemáticamente un peso equilibrado ya no en sentido democrático, sino en sentido de justicia? Probablemente, una mayoría quiera avasallar en beneficio de su propio interés y no en beneficio del grupo.

Eso puede generar también otra posibilidad, que un juez atento al drama, decida crear subgrupos al interior del proceso, el subgrupo de la ciudad de Cuninico, el subgrupo de Pacharán, porque cada uno tiene, a lo mejor, intenciones distintas y daños igualmente distintos.

El año pasado tuve la suerte de ser invitado por CEJA, Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, un brazo jurídico de la OEA, a un encuentro en Santiago de Chile, con magistrados de la Corte de Canadá, que tiene uno de los procesos colectivos más avanzados. El encuentro fue extraordinariamente útil, nos dejó muchas lecciones a todos los profesores latinoamericanos presentes, de toda Latinoamérica. Y surgió para mí una nueva línea de análisis, porque las dos magistradas canadienses nos dijeron que en Canadá existían subtipos de procesos colectivos, no es que había un proceso colectivo que, cual cajón de sastre, permitiera y aceptara todo tipo de discusión donde hubiera pluralidad de sujetos, no.

Por ejemplo, ellos tienen regulados los siguientes procesos diferenciados, todos con el epígrafe general de procesos colectivos. En primer lugar, por responsabilidad del producto, lo que les acabo de decir, el ejemplo de la lata de sardinas, ellos tienen procesos colectivos para discutir exclusivamente la responsabilidad de productos fallidos.

En segundo lugar, derecho de valores, una sociedad que se mueve mucho en el mundo financiero, donde todo el mundo a veces sabiendo o sin saber, se mete a hacer inversiones, pues necesita, cuando estos daños se producen de manera masiva, un proceso adecuado para discutir finanzas e inversiones. ¿Cuántas veces hemos sabido a lo largo de los años, de grandes estafas multimillonarias?, éste es un buen ejemplo para discutir esa problemática.

En tercer lugar, derecho de corporaciones, claro que es importante, una decisión de una matriz puede dejar en la calle a decenas o miles de trabajadores, una matriz de *Kentucky Fried Chicken* en Estados Unidos, puede afectar a todas las tiendas de KFC de todo el mundo, no es una decisión al estilo corporativo ordinario o tradicional, hay la posibilidad de un efecto multiplicador extraordinariamente dañino; por tanto, deben haber procesos preparados, pensados para eso. ¿Qué tipo de pruebas pueden actuarse en éstos?, serán totalmente distintas a las que se actúen para el caso de productos fallidos. Veremos, por ejemplo, pericias contables o financieras, veremos flujo de inversiones. El cuadro profesional será contadores, financieras y no serán ingenieros mecánicos, por decirlo de alguna manera.

También tienen procesos colectivos para contratos, para el derecho del trabajo y para la protección del consumidor.

¿Qué tenemos en el Perú? Nada. Hay procesos colectivos en el derecho laboral, sí, pero de verdad que regulados muy tangencialmente, donde el tema es más la protección del trabajador que la solución de conflictos de incidencia masiva.

Voy terminando. ¿Quién decide dar inicio a un proceso colectivo?, ¿las víctimas? Normalmente eso es así, las víctimas se asocian, hay abogados, estudios, hay corporaciones que financian los procesos, prestan dinero para llevar adelante el proceso, unen a las víctimas, las asocian, toman la representación legal e inician el proceso, al típico estilo de las acciones de clase en Estados Unidos. Lo que vemos en películas es totalmente cierto, abogados que, además, fijan honorarios como una cuota *litis*, muy alta, 20, 30, 40%, y se hacen millonarios con un caso.

Bueno, en Canadá, no lo deciden las víctimas, lo deciden los jueces escuchando a las víctimas. Las víctimas se presentan juntas, asociadas, representadas, y le plantean al juez la necesidad de iniciar un proceso colectivo por una causa determinada. El juez inicia una etapa preparatoria y dependiendo de lo que identifique como víctima, como hecho vinculante, como causante unitario o múltiple, identifica la necesidad de un proceso colectivo y lo certifica, emite una certificación, dice «declaro que este proceso amerita ser discutido en un proceso colectivo». Si entiende que no existen estos elementos básicos para hacerlo así, lo rechaza y dice: «inicien procesos individuales».

Es una buena estrategia, aunque los magistrados canadienses nos decían que no estaban del todo contentos, que a veces funcionaba bien y a veces, no. Pero, es un tema a considerar, por qué suponer que el titular del derecho sea siempre y necesariamente la víctima.

Los acuerdos de honorarios, no le son ajenos en Canadá, en Estados Unidos son intocables. El sistema de valores de cada sociedad juega su papel. No le es posible a un juez americano ingresar en el análisis o discusión de los honorarios pactados, no. En Canadá sí y, de hecho, nos contaban las magistradas, que en muchos casos se habían reducido porque consideraban abusiva la cláusula de cuota *litis*.

¿Qué hacemos? Me ha pasado en la experiencia profesional en el Perú, cuando un tema tiene incidencia en diferentes grupos indígenas

o con línea de grupos trashumantes, no contactados en la selva peruana y que dejan vestigios que permiten suponer su existencia y que los estudios sociológicos demuestran que son grupos que no tienen contacto con la sociedad actual, son totalmente vulnerables cuando se produce ese contacto, porque los virus del lado occidental los diezman de manera inmediata, una gripe cualquiera los puede matar. En consecuencia, son grupos que han sido estudiados sociológicamente y cuyo umbral de subsistencia no pasa de 500 miembros por grupo, se supone que hay tres o cuatro en la selva peruana, que no han sido ubicados, por ahí aparecen de vez en cuando, algunos rasgos definitorios de su existencia, los secuestros de mujeres, porque secuestran mujeres para procrear, porque pareciera que dentro de ellos se dan cuenta por una especie de inteligencia natural, que procrear en la familia degenera al ser.

Estos estudios evidentemente nos dejan algunas inquietudes respecto a un proceso colectivo, esa gente jamás va a estar representada en un proceso ordinario, no tienen idea de la existencia de un proceso, no tienen voluntad de integrarse con nuestra sociedad, nosotros debemos preservarlos, porque no sólo es un mandato constitucional, forma parte del Convenio Interamericano de Derechos Humanos.

Por consiguiente, ante este concierto de múltiples posibilidades, pretender proyectar una ley omnicomprensiva que solucione bien toda esta casuística, es una creación, por ahora, vana. Creo sí, que los trabajos que se tengan que hacer —con esto termino— deben considerar las siguientes realidades. En primer lugar, hay que atender a grupos o clases diferenciadas en base al daño sufrido.

En segundo lugar, hay que regular la administración —y esto lo subrayo— de la ejecución, otra gran diferencia con el proceso ordinario que termina con una sentencia, cosa juzgada, juez de la ejecución, el juez de la ejecución es el juez de la sentencia, nada más, pero, señores, hay temas en que un juez no está en condiciones de saber que se cumpla o no, reforestar, limpiar el cauce de un río, limpiar el envenenamiento

de las aguas de una comunidad, ¿ya a ir el juez a tomar las muestras químicas del agua para saber si, efectivamente, se ha logrado el objetivo, que ya puede declarar cumplida la sentencia?, no, para eso se crean instituciones micro administradoras de cada etapa de lo que deba cumplirse, que pueden ser en algunos casos las municipalidades, pero en esencia ése es un gran tema, administrar la ejecución.

En tercer lugar, definir el destino de los fondos, cuando se imponen, por ejemplo, multas o sanciones, ¿a quién benefician?, ¿a las víctimas?, ¿al Estado?, ¿el Estado pueden generar, en base a ese fondo, un proyecto económico de flujo de capital que permita una vía alterna de solución del daño a las víctimas?, variables hay muchas.

En cuarto lugar, ejecución en natura de las obligaciones de hacer y de no hacer. No me vengan a mí a decir que como ya deforestaron el bosque, «aquí está tu dinero, con el cual indemnizo el daño», no, en las prestaciones de hacer de este tipo, especialmente medioambientales, el deber es poner las cosas al estado anterior a la violación. Si usted cortó 1000 árboles, reforeste con 1200 árboles. Le tomará diez años, dependerá del tipo de árbol; pero, no se soluciona con el dinero para indemnizar. Eso es muy fácil y eso alienta la violación del medioambiente; pero, cuando las empresas se dan cuenta de que no basta con el dinero, sino que hay algo más, mucho más, detrás de ese mandato, es una de las grandes tendencias, sentencias mandamentales, donde el hacer y no hacer se deben ejecutar en natura y no por sustitución indemnizatoria dineraria.

Crear nuevas medidas de coerción judicial; y, por último, aceptar etapas diferenciadas dentro de la ejecución. Un sentido de variabilidad y adaptación que permita que estas sentencias cumplan a cabalidad su finalidad.

Por tanto, una regulación legal del proceso colectivo en el Perú, si no atiende estas variables, sería muy prematura. Tampoco es que no se

regule nada, hay que buscar quizás el cuarto intermedio para encontrar soluciones transitorias y con un objetivo diferente con cargo a cada caso concreto.

Muchas gracias.

CONFLICTOS SOCIALES Y PROCESOS DE DIÁLOGO. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN PROCESOS COLECTIVOS

*Teddy Panitz Mau**

Buenas noches, muchas gracias por la invitación. Tratar el tema de conflictos sociales y procesos de diálogo. Confieso, en realidad, esta idea nace de una conversación inicial con el doctor Dante Torres, que en algún momento me comenta «bueno, y dentro de los conflictos sociales, ¿cómo se protegen derechos fundamentales?». Bueno, yo llevo mucho tiempo viendo el tema de conflictos sociales y nunca me había sentado a ver el tema. «Oiga, pero esto, en realidad, no es un proceso». Sin embargo, alguna similitud podríamos encontrar y hemos forzado un poco la figura hacia eso.

En primer lugar, la demanda —bueno, esto es lo que sostengo—, la demanda por derechos colectivos en el país se da a través de los conflictos sociales, a través de las protestas, la gente sale a demandar, pero no va al Poder Judicial, va a la carretera, eso es lo que hace. Ahora, esto no es generación espontánea, antes de llegar a la carretera, antes de salir a hacer el grito y el reclamo, hay una fase temprana, la que conocemos que es esa etapa de los memoriales, de las demandas, de presentar el escrito, a una

* Magíster en derechos humanos, Estado de derecho y democracias en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá de Madrid. Profesor de derecho constitucional en la Universidad Continental, coordinador del Círculo de Estudios en Derechos Humanos de la misma casa de estudios y jefe de la Defensoría del Pueblo de Junín.

autoridad y otra; sin embargo, lastimosamente, debemos reconocer que regularmente no tiene mayor éxito, es nuestra incapacidad como Estado de poder identificar los conflictos antes de que se produzcan.

Pero, finalmente, ¿qué cosa es un conflicto? A ver, según la definición de la Defensoría del Pueblo, hablamos siempre de que es «un proceso complejo, en el cual algunos sectores de la sociedad, el Estado y empresas, perciben —y subrayo esta parte, perciben— que tienen posiciones, intereses, objetivos, valores, que se encuentran en contradicción».

Veamos más o menos cómo es esto. Viniendo hacia Huancayo vemos la parte alta y encontramos Morococha, ahora está la nueva Morococha en la parte baja, que tiene una ciudad armada; pero, antes de eso, Morococha estaba en la mitad de lo que era la explotación minera de «Toromocha» y vivían en condiciones realmente deplorables. La empresa lo que dijo fue «ok, tenemos que trasladarlos, vamos a hacer una ciudad bonita», hicieron la ciudad, dijeron «ok, bajen», tuvieron unos criterios; y, finalmente, llegaron a mudar a buena parte de la población, casi el 97%.

Claro, desde la perspectiva de la empresa, este proceso está acabado, «te he dado una casa nueva que está en mejores condiciones que la que tenías». Falso, tenemos un problema, la población no lo percibe así, la población lo que dice es «ok, yo no me he ido porque yo quiero, yo me he ido porque tú necesitas mi terreno para poder explotarlo, punto 1. Punto 2, yo no me voy a comer la casa. Luego, necesito tener actividad económica que no tengo donde estoy ahora, estaba en otras condiciones, sí es cierto, pero ahí le vendía a todos tus mineros, a todos los que trabajaban ahí, yo les proporcionaba comida, les proporcionaba la hoja de afeitar, tenía movimiento económico. Ahora estoy acá y no tengo movimiento económico».

Les comento que la mesa de diálogo del reasentamiento de Morococha lleva siete años de vigencia y, hasta el día de hoy, por lo menos

el avance, es que por fin tenemos la comisión que va a desarrollar el convenio marco. Van cinco sesiones y ya han terminado de discutir la introducción, lo siguiente que van a discutir es el preámbulo. El día de hoy he estado en una reunión donde dicen que lo que sigue es hacer la reseña histórica, aún no van a trabajar el tema de los ejes temáticos por los cuales, finalmente, llegarían a un acuerdo. Percepciones.

Ahora, la complejidad de un conflicto siempre va a depender de precisamente esto, la cantidad de actores que van a intervenir dentro del proceso, el tema cultural, el tema económico, el tema social y también el tema político.

Les decía el tema de las demandas. El reporte de la Defensoría del Pueblo del mes que acaba de terminar, agosto, —el de septiembre está por emitirse— nos señala que más del 94% son de carácter socio-ambiental.

¿Qué hay detrás de esto? Lastimosamente, no trabajar un conflicto social de manera adecuada, nos lleva a esta imagen, la que vemos regularmente en los noticieros, violencia dentro del conflicto social, y no significa que todo conflicto social va a terminar en violencia; lo que ocurre es que si no tengo los mecanismos adecuados, voy a terminar en esto. Y, aquí, sí, vamos a encontrar múltiples vulneraciones de derechos. Creo que todos nosotros, viviendo aquí, lo hemos sufrido alguna vez. Estás en mitad de La Oroya y tienes que esperar porque hay un conflicto y han bloqueado la carretera, libertad de tránsito y te quedaste dos o tres horas varado en Ticlio, sí, con la altura, el soroche, los niños y todo lo que nos pasa. Ahí no más, ya tienen una vulneración.

Sin embargo, las cosas pueden ser mucho más complicadas, tenemos problemas de integridad personal, en algunos casos ha costado la vida de personas y para esas situaciones, sí hay procesos. Muy bien, veremos cuál es la responsabilidad de la policía, cuál es la responsabilidad de los manifestantes, se puede traducir en determinados procesos penales, sí; pero, ¿cuál es el problema?, que el tema de fondo no se tocó,

por qué salió la gente y protestó, no se tocó. Eso, regularmente, llega a transformarse, si tenemos suerte y todo va bien, en una mesa de diálogo. Aquí es donde empezamos nuestro tema.

Bueno, una mesa de diálogo no es un proceso, de acuerdo, digamos que es un sistema alternativo de solución de conflictos. ¿Qué podemos encontrar de paralelo?, si es un acto de jurisdicción voluntaria, finalmente tenemos dos partes o más que quieren solucionar un conflicto y, para hacerlo, van a recurrir a un tercero, un tercero que tiene una característica muy particular dentro de su mediación, porque no solamente va a viabilizar el diálogo, sino que, además, puede poner acento o punto en lo que es el cumplimiento de determinadas normas, por ejemplo, el estudio de impacto ambiental, va a poner énfasis en esa parte.

¿Quiénes son los mediadores regulares dentro de nuestro sistema?, Energía y Minas, la Iglesia, PCM, Defensoría del Pueblo o algún personaje —más que una institución, es la persona— que confían las partes en que puede ayudar a llevar a cabo este diálogo. Un personaje importante dentro de las mesas de diálogo —por eso lo he anotado aquí—, es la secretaría técnica. La secretaría técnica es esta parte que tiene el trabajo de convocar, tiene el trabajo de dar los oficios, tiene el trabajo de recibir la información, de socializarla, pero tiene una parte muy importante, es la que redacta las actas, y el tema de la redacción de actas ya es todo un problema aparte, que lo vamos a señalar en su momento, en tres o cuatro diapositivas más.

Ahora, lo cierto es que dentro de esto, sí se observan algunas garantías de un debido proceso. Empecemos revisando el tema de legitimidad. Bueno, primero aquí señalar lo siguiente, hay una autodenominación de representantes, aparece el frente de defensa y te dice «nosotros somos los representantes de toda esta población», genial, yo le voy a creer; pero, no hay un acta, no hay un acto de elección, no hay una situación base en la que yo pueda decir «oiga, finalmente, ¿cómo sé yo que usted, frente de defensa, es el representante válido de toda una población». Regularmen-

te este punto de la legitimidad de la representación, empieza a madurarse mucho después de iniciada la mesa de diálogo, cuando ya llegamos al punto de los acuerdos, cuando la gente dice «ok, yo quiero saber que estoy acordando con alguien que es legítimamente representante».

Les comento, por tener nuevamente el caso de Morococha. Hay doce instituciones de la sociedad civil que forman parte de la mesa, doce, ¿tan fragmentado puede estar? Sí, tan fragmentado puede estar, porque en un proceso lo que tenemos que hacer es identificar actores. Entonces, ¿quiénes son los que tienen interés dentro del proceso?, ¿quiénes son los que tienen interés dentro de esta situación de conflicto?, y los intereses pueden ser múltiples.

Nuevamente en el tema de Morococha, por volverlo a citar, están interesados aquéllos que van a ser reasentados; están interesados los que tienen comercios; están interesados el alcalde del distrito, ya no va a estar ahí, va a estar abajo; están interesados y sacan sus propios argumentos, la población vulnerable y, con población vulnerable, nos estamos refiriendo —porque ellos mismos lo han señalado así— a personas con discapacidad y madres solteras, también forman parte de su propia agenda. En medio de todo esto, debemos tener en cuenta «ok, ¿por qué aceptas a tantos actores?», porque también está el derecho a ser oído, cada quien con su agenda, cada quien con su interés, también tiene derecho a exponer ante el mediador y la otra parte, cómo es que le afecta tu intervención, cómo es que, finalmente, yo tengo un interés sobre aquello que tú estás estableciendo.

Ahora, tenemos otra situación que, está siempre entre líneas, y es la exigencia de que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de clase. ¿De qué forma estos representantes no solamente son portavoces válidos, sino que —y es la segunda parte que señalo— tienen la idoneidad para representar?

Les pongo una situación. Hace algunos años, en el valle de Bambamarca, hubo un río donde la comunidad que estaba alrededor decía que

la mina que estaba más arriba, los estaba contaminando. ¿Por qué?, porque ya no había truchas en el río. Se inicia la mesa de diálogo y tenían la participación de un abogado que era el representante y la voz de los campesinos, y plantea lo siguiente: «yo quiero plantear aquí, dentro de la mesa de diálogo, que estamos ante un delito de lesa humanidad», ok, todos guardamos silencio, «establezca sus causas», muy bien, «porque lo que ha ocurrido aquí es un genocidio de truchas» y, la verdad, es que nos quedamos con esa frase hasta el día de hoy, yo sigo preguntándome cómo se perpetra un genocidio de truchas.

Ése era el representante legal de los campesinos y bueno fuera que hubiese quedado en esta frase anecdótica, sino que ahí sí tengo un mal sabor porque, finalmente, no pudimos llegar a un acuerdo en esa mesa. ¿Qué es lo que planteó la minera en ese entonces?, dijo «ok, ¿cuál es el problema?, no hay truchas, ok. Nosotros vamos a sembrar alevinos (truchas bebé), pero no los vamos a sembrar en el río, vamos a hacer que ustedes tengan piscigranjas. Nosotros construimos las piscigranjas, nosotros los capacitamos para que lleven ustedes el desarrollo de las piscigranjas, vamos a nombrar también comisiones que vigilen el río y esos comités de vigilancia van a estar a cargo de ustedes, a través de las rondas campesinas y nosotros vamos a subvencionarlos y vamos a dar los alevinos y la alimentación de las truchas por un año».

A mí me lo contaron y dije «bien, solucionamos el asunto». El abogado dijo: «no, acepto todo eso; pero, si se vuelve a morir una trucha en el río, los culpables son ustedes». Bueno, la minera lo que dijo es «oiga, la trucha es el animal más sensible, ustedes lavan ropa en el río y por eso también se mueren las truchas y ¿el responsable voy a ser yo?, saben qué, ya no conversamos de nada». Se cerró la negociación, resultado de la mesa de diálogo, cero.

Lo que ocurre, además, es que hay distintas pretensiones. Las pretensiones tienen demandas múltiples, algunas relacionadas directamente con el tema en cuestión. Por ejemplo, decimos «oiga, finalmente, ésta es una si-

tuación de contaminación del medio ambiente», y «¿qué es lo que desea usted para superar esa situación?», «que me den trabajo», «oiga, ¿la demanda no era la protección del medio ambiente?», «sí, pero por qué no protegen el medio ambiente y, ya que van a intervenir, nos dan trabajo a los de la zona».

Hay distintos intereses y muchas veces la demanda en sí misma, lo que pretende es un acto o un gesto político, «quiero que se vaya la ministra, quiero que se vaya el alcalde, no quiero trabajar con esta persona, dentro de tu plan, cámbiate al gerente de relaciones comunitarias». ¿Realmente, ése es el interés? Y ahí el problema es traducir qué es lo que está detrás de ello, ¿por qué quiero que cambien a la ministra?, ¿por qué quiero que cambien al gerente?, y poder llegar a desmenuzar eso y a traducir eso, para que la pretensión sea válida y sea algo que satisfaga a las partes.

El siguiente punto es la publicidad. Claro, la publicidad la entendemos en base a las notificaciones, no puedes notificar a medio mundo y aquí es donde decía el tema de la secretaría técnica, se notifica a los representantes. Pero, un punto importante dentro de mesas que hemos tenido en más de una oportunidad, es la restricción a la participación de los medios de comunicación. Claro, ustedes podrían decir «oiga, pero, que no participe la prensa, ¿no es un tema que altere el de la transparencia y que todos deben ver cómo se está desarrollando?». Sí y no. ¿Por qué sí y no?, porque muchos de los representantes, en realidad, están gestando nuevos liderazgos, entonces, ya no se está negociando, se está hablando para la cámara, se está hablando para que los que están detrás de mí vean que tan vehemente soy en la defensa y cómo no llego a transigir de ninguna manera con la minera, o con la empresa o con quien haga sus veces. Esto no es positivo para ningún proceso en el cual ambas partes tienen que establecer un proceso de diálogo para que puedan entenderse, si estoy hablando para que me entiendan o estoy hablando para quedar bien con el público y, en realidad, confieso, que en muchas mesas los principales dirigentes han sido comunicadores sociales, era aquél que tenía su programa de radio, que termina siendo el representante o el presidente del frente de defensa.

Para eso, entonces, se quiso establecer lo siguiente, «ok, tenemos que mantener al tanto a la población de qué es aquello que está pasando, entonces, lo que nombramos son voceros oficiales» y a esto, en realidad, se llega a través de un acuerdo, hacerle entender a las partes que esto es necesario. En la mayor parte de las veces, se ha tenido éxito y se cuenta con voceros oficiales. Claro, nada quita que, finalmente, algún otro miembro también dé su versión del asunto, pero el tema de nombrar un vocero oficial le da cierto peso a lo que señala esta persona.

Y aquí viene el tema de la suscripción de las actas, cuando hablamos de los acuerdos. Ocurre que en cada sesión vas a tener un acta para ir teniendo el monitoreo del avance, hasta dónde hemos llegado en cada oportunidad y les cuento que es todo un tema, porque en más de una ocasión, por esta misma idea de representación y de quedar bien o de esta necesidad de algunas personas, se busca que se transcriba absolutamente todo aquello que señalaron.

Bueno, las reuniones —les comento— que son maratónicas, promedio, por lo bajo, cuatro horas de reunión. Entonces, cuatro horas de intervenciones, estarlas transcribiendo, es bastante complicado, además que quieren transcribirlas con «pelos y señales», incluso, con los exabruptos que se desarrollan dentro de la reunión y exabruptos en los cuales, empiezan a calificarse unos a otros; esas situaciones donde «a ustedes seguramente les están pagando por» y cosas por el estilo; y, realmente, dejar eso en constancia en un acta, no tienen ningún sentido porque no colabora, no aporta, no apoya absolutamente nada dentro del proceso. Entonces, lo que hay que colocar son los acuerdos concretos, a qué llegamos o a qué no llegamos.

Muchas veces un acuerdo puede ser «no estamos de acuerdo en» y eso puede parecer absurdo; pero, en realidad, nos fija cuál es el punto de discusión para la siguiente oportunidad, así de sencillo. Muchas veces una forma de empezar una mesa es decir «ok, estamos de acuerdo en esto y no estamos de acuerdo en esto otro. Sobre lo que estamos de

acuerdo, qué bueno y, sobre lo que no estamos de acuerdo, entonces, fijemos nuestra atención en tratar este punto, y este punto y este punto». Eso es lo importante dentro del proceso y ésa es la responsabilidad de la secretaría técnica. Entonces, asumir la responsabilidad de una secretaría técnica dentro de un proceso, es una responsabilidad bastante grande, porque también es el momento en el cual tienden a tratar de poner acuerdos que no se han discutido dentro de la sesión. Entonces, tener esa capacidad de establecer a qué puntos sí se llegó y a cuáles no. Muchas reuniones toman una hora, por lo menos, para establecer si es que realmente se va a suscribir el acta o no.

Ahora, ¿cuál es la realidad de los acuerdos que se han venido tomando? Muchas mesas de diálogo —y esto lo hablo ya a nivel general, por conversaciones con amigos de la PCM—, hablamos que hay unos, finalmente —me comentaban *grosso modo*—, unos 3,000 acuerdos que se han tomado a lo largo de todas las mesas de diálogo que hemos tenido, lo cual es inviable, ni este gobierno ni el siguiente, van a poder cumplir con los 3,000 acuerdos y ¿por qué?, porque muchas veces los acuerdos son generales y bastante imprecisos, algo así como «el Estado se compromete a estudiar políticas inclusivas para el sector», ¿qué quiso decir con eso?, es una buena intención, sí, de acuerdo, pero ¿cómo lo plasmo?, ¿cómo lo traduzco?, ¿cómo lo exijo?, finalmente, ¿cuál es la política inclusiva que me interesa dentro de todo esto?

Tenemos un gran problema, además: hay una fijación por tratar de suscribir el acta. En más de una reunión hemos estado, donde autoridades y, muchas veces también la población, están desesperados por suscribir el acta; no, lo importante no es la suscripción del acta, lo importante es que el acta que se suscriba refleje los intereses de ambas partes, son cosas muy distintas. Ustedes recordarán a un exministro en el caso Conga, que tiraba el lapicero y decía «firma de una vez», así no firmas un acta.

O se suscriben acuerdos que no dependen de las partes que están conversando en ese momento, entonces, tienes que un sector se com-

promete por lo que va a hacer otro, o una parte de la población se compromete por lo que una comunidad que no forma parte de su frente va a hacer o decidir. También tenemos que se establecen acuerdos poco viables, «acuerdo que vamos a hacer la carretera de tal sitio a tal sitio» y nadie revisó el presupuesto.

Con estas condiciones, obviamente, es muy difícil tener el cumplimiento de acuerdos y compromisos. ¿Cuál es el problema de ello?, que estamos desgastando las mesas de diálogo, ¿para qué voy a ir a una mesa de diálogo a tener un acuerdo que no se va a cumplir? Y el problema está en que si no le damos el peso a las mesas de diálogo para la solución de estos conflictos, entonces, ¿qué alternativa nos queda?; si no honramos el diálogo, ¿hacia dónde estamos yendo?

Conclusiones que, en realidad, son tan generales como los acuerdos que critico. Primero, que los conflictos en general, son propios de cualquier sociedad, no se preocupen, vamos a tener conflictos y seguiremos teniendo conflictos, mientras haya dos personas tendremos un conflicto, ¿por qué?, porque forma parte de nuestra naturaleza. El problema no es el conflicto, el problema es cómo nos acostumbramos a dialogar. Es normal que percibamos las cosas de forma distinta, el asunto es cómo nos enfrentamos a ellas y, por eso, sostenemos que lo que necesitamos son canales de comunicación en el Estado que nos permitan viabilizar demandas sociales de forma adecuada, asegurando la protección de derechos de los ciudadanos, ¿cuál es esa forma creativa?, está en construcción.

He escuchado atentamente al expositor anterior y creo que tiene muchos elementos de juicio que debemos tomar en cuenta. Esto es lo que quería compartir con ustedes.

Muchas gracias.

CUARTA MESA: «LA ANULACIÓN DE LAUDO»

Carlos Humberto Montoya Ortega (Colombia)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Luis Miguel Samaniego Cornelio

LA RECUSACIÓN EN EL ARBITRAJE Y LA IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

*Carlos Humberto Montoya Ortega**

Buenas tardes, un cordial saludo. Quiero dar, en primer lugar, los agradecimientos a la Universidad Continental, concretamente a los doctores Verónica Marrache y al doctor Dante Torres por esta invitación, felicitarlos por la excelente organización de este evento y, pues, muy complacido de estar por primera vez aquí en la ciudad de Huancayo.

Me he tomado una discrecionalidad —llamémosla así— y es una pequeña reforma en cuanto al tema. Si bien hablaré de recusación y de la relación árbitro-parte en el proceso arbitral, pues quiero hacer referencia también a otros aspectos del arbitraje en Colombia y en Perú, sobre todo en virtud de unos últimos acontecimientos en mi país y algo

* Doctor en derecho y ciencias políticas por la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Medellín y de la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín. Asimismo, es decano de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Colombia, presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y profesor universitario.

de profundización en lo que tiene que ver con la reglamentación del arbitraje en este querido país hermano de Perú.

En cuanto al primer punto, debo hablar de la crisis de la justicia y no es solamente un problema de Colombia y un problema de Perú, es un problema a nivel iberoamericano, en mayor o menor proporción, en uno u otro país; pero, estamos encontrando serios problemas en el ejercicio de este derecho efectivo de la justicia. En primer lugar, por la lentitud de los procesos, en mi país hemos tenido un récord de duración de procesos civiles, primera, segunda instancia y los que llegan a casación, de llegar un promedio a catorce años. Yo, particularmente, en el ejercicio de la profesión como litigante, he tenido casos en los que mis poderdantes han muerto esperando una sentencia, eso es verdaderamente lamentable. En Perú, pues, la situación —me han contado— está en un promedio de unos ocho años y, en el sistema de la oralidad que acabamos de implementar en Colombia, tampoco encontramos la solución, por dos razones.

La primera, porque crear una serie de procesos represados antes del inicio del Código General de Proceso o Nuevo Código de Procedimiento Civil y esos procesos están durmiendo el sueño de los justos, porque ahora el afán de los jueces es cumplir con unos plazos que establece la nueva normatividad procesal. El juez civil debe emitir fallo en primera instancia en un año como máximo y, en segunda instancia, en la apelación, no puede demorar más de seis meses; pero, dice la norma, «salvo circunstancias excepcionales sobre las cuales el juez pueda justificar una demora», y ¿qué es lo que está pasando?, que ahora están señalando audiencias para dentro de un año o un año y medio, porque se han congestionado nuevamente los despachos judiciales. Y hago referencia a las demandas que han sido presentadas ahora recientemente, sin pensar en la suerte y cuándo vamos a tener fallo en aquellos procesos de hace cuatro, cinco, seis, ocho años, que reposan en los anaqueles de los despachos judiciales.

En segundo lugar, los fallos infundados, da tristeza cómo muchos jueces copian y pegan en sus fallos, en sus sentencias, la parte de motivación, con errores, inclusive, anotando ahí los nombres de otros poderdantes, de otras partes en otros procesos, con unos temas que no tienen nada que ver con la esencia de ese litigio. Nos vemos los abogados litigantes en una situación verdaderamente molesta, de pérdida de tiempo, de todos aquellos esfuerzos de estudio, de argumentación de los alegatos. No son pocos los casos que se están dando en esta materia de estos fallos infundados, fallos sin una debida motivación.

Y, en tercer lugar, el problema más grave es la corrupción y es tan grave que en Colombia, en este momento, hoy estamos viviendo, dicho por todo el mundo, la peor página en el Poder Judicial en la historia del país. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, ex presidente recién salido de esta alta corte, en la cárcel; otro ya en investigación, esperando una medida de captura; y, con un magistrado titular de la Corte Constitucional ya también en la cárcel; dos congresistas que obtuvieron los mayores votos en las pasadas elecciones presidenciales, en la cárcel; y lo más paradójico y lo más irónico, el Fiscal Anticorrupción en la cárcel. Nunca en la historia del país habíamos vivido una situación de esta naturaleza, verdaderamente lamentable.

¿Hacia dónde vamos?, ¿qué estaba pasando? Estaban comprando a los jueces y magistrados para que cambiaran las sentencias o, en los casos penales, guardaran los expedientes esperando las prescripciones. Un Poder Judicial que se distinguió por su valentía, por su sacrificio en aquella década del 80, cuando tuvimos la época aciaga del narcotráfico. Murieron muchos jueves y magistrados, algunos compañeros míos de universidad, se sacrificaron porque no se doblegaron ante las presiones de esta delincuencia organizada, para encontrar ahora una justicia en estas condiciones. No voy a hablar más de la institución del Poder Judicial, porque la institución no es corrupta, son corruptos los funcionarios y son una minoría, pero le están haciendo un grave daño a nuestro país.

Se cumple desafortunadamente para mi patria, esa frase de El Talmud que, como ustedes saben, es el libro de las leyes de los judíos, «Desgraciada la generación cuyos jueces merecen ser juzgados».

Pasando al tema del arbitraje, lo hemos considerado indudablemente como un mecanismo alternativo, por excelencia, de solución de conflictos; y, si bien tenemos algunas diferencias formales entre Perú y Colombia en este método alternativo o, por ejemplo, en Colombia es una función jurisdiccional, yo como árbitro que soy de la Cámara de Comercio de Medellín, cumple una función de juez temporal, se me han concedido facultades jurisdiccionales y por eso tenemos tratamiento de jueces, con todos los derechos y los deberes que implica el ejercicio de esta actividad. Si bien en el Perú la situación es distinta porque se permite un arbitraje ya a nivel particular, individual, además porque en mi país, ningún abogado puede ejercer una actividad de arbitraje, si no está registrado como árbitro ante un centro de arbitraje que está debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y somos unos árbitros controlados, vigilados, que cumplimos unos períodos determinados y debemos acreditar nuestra idoneidad y debemos acreditar nuestra capacidad moral y profesional, para poder ser reelegidos.

Tiene sus ventajas, es un medio rápido en relación con los procesos ordinarios, indudablemente, en el arbitraje en mi país, el laudo debe expedirse en seis meses; seis meses a partir de la fecha de instalación del tribunal y bajo circunstancias verdaderamente excepcionales, se puede prorrogar por otros seis meses, sin posibilidad de apelación. Existe el recurso de anulación, como lo hay en el Perú, y existe también una posibilidad que tampoco ha prosperado, yo digo que afortunadamente, porque se ha tratado de reabrir el litigio con la tutela judicial, lo que para ustedes debe llamarse una acción de amparo o acción de clase, como se denomina en el derecho anglosajón.

Ahora, en Avianca, la aerolínea principal de mi país, están en paro, hace diez días. Hoy se encontró la única forma de poder dirimir este

conflicto rápidamente, porque está causando serios problemas al país, es convocando a un tribunal de arbitramiento, lo acaba de hacer el día de hoy nuestro Ministerio de Trabajo y debe expedir el laudo en veinte días. Vean ustedes los beneficios de esta justicia alternativa, de este medio de solución de conflictos.

Especialidad. Ya no estamos frente a un juez que está arreglando problemas de sociedades, problemas de derecho de familia, problemas de responsabilidad civil, problemas de obligaciones y contratos, no; estamos frente a árbitros que son especialistas en la materia. Por lo menos, en mi país, nos hemos dado a la tarea de confiar esta actividad jurisdiccional a verdaderos profesionales que conozcan del tema; pero, no a nivel de improvisación, ni a nivel simplemente de ejercer una actividad por cobrar unos honorarios.

Transparencia. Sabemos quién está allá, a quién hemos nombrado y podemos hacerle todo el seguimiento no solamente en lo que tiene que ver en el laudo con la definición del conflicto, sino también con todo el ejercicio profesional y moral, que conserve la observancia de las normas éticas y, obviamente, de los códigos procesales y sustanciales.

Pero, viene la gran pregunta sobre el costo-beneficio, porque el principal impedimento que hemos encontrado para poder acceder al arbitraje, es que tiene un costo supremamente alto para las partes. Sin embargo, en mi concepto particular no es así. Podemos estar ante una tarifa que se asimila mucho a la peruana, de un 8% del monto de la pretensión, para ambas partes, o sea que a cada uno le correspondería un 4%.

Frente a estas ventajas que acabo de señalar, vean ustedes que es mayor el beneficio y que lo que estoy pagando realmente es una inversión, en lugar de someterme a un proceso civil ordinario que puede demorar dos, tres, cuatro años, con todas sus consecuencias funestas para las partes.

El árbitro, protagonista de esta actividad, y acudo aquí a una transcripción parcial que hago del artículo 28, numeral 1 de la Ley de Arbitraje del Perú, «debe ser y permanecer independiente e imparcial», suena a frase de cajón, y cuando hablo de los términos de independencia e imparcialidad, los encuentro desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, en su artículo 10, ya se habla de independencia e imparcialidad del juez y de los tribunales; y, lo mismo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, la famosa Convención de San José de Costa Rica, en su artículo 8; y, en la gran mayoría —aquí puse todos, pero hay una excepción que ahora la voy a mencionar—, se habla siempre de la independencia e imparcialidad de los árbitros, de los jueces y de los tribunales. En los reglamentos de entidades como Uncitral, de la Corte Internacional de Arbitraje, la *International Bar Association* y la Cámara de Comercio Internacional, todas ellas en sus reglamentos, hacen referencia a la independencia e imparcialidad.

Pero, esto no se puede quedar simplemente en el papel, porque cuando estamos hablando de independencia, es porque ese árbitro debe ser una persona ajena a las partes y, más que ajena a las partes, no puede tener ninguna subordinación, ninguna dependencia, ningún vínculo con las partes; y la imparcialidad, alude a que no debe tener ningún interés en el resultado del proceso, debe ser una persona neutral. Y agrego aquí un requisito que es también indispensable, idoneidad, yo no puedo asumir una posición o una actividad de árbitro, si no conozco del tema en el cual se mueve ese conflicto, sería irresponsable, desleal, deshonesto de mi parte, entrar a fungir como árbitro, simplemente, pendiente de lo que estén moviendo y conceptuando mis compañeros del tribunal de arbitramento, para yo poder emitir mis conceptos y mi decisión.

Y debemos también hacer referencia especial a los impedimentos. Cuando hablamos de impedimentos, es porque el árbitro ha decidido renunciar o no aceptar la postulación, él mismo ha tomado la iniciativa, él mismo ha dicho «no cumple con los requisitos de independencia e imparcialidad» o «no tengo la idoneidad requerida para ello», es un

acto de confianza, es un acto de vergüenza profesional, es una decisión honesta que debe ser común a toda persona que esté cumpliendo un ejercicio de una función, ya sea de juez o de árbitro.

Y debe también hacer uso del deber de información, previsto en la norma procesal. Y ese deber de información tiene que ver en el caso de la duda, si el árbitro dice «yo podría tener alguna limitante de esa independencia y de esa imparcialidad», entonces, lo hago conocer a las partes, digo: «yo con esta persona tuve un negocio comercial hace cinco años, digan ustedes señores, partes de este tribunal, si consideran que yo debo apartarme o no del proceso», pero es un deber que debe ser explícito, no ocultar o esperar que llegue más adelante esa revelación, por alguna sorpresa o por alguna denuncia de un tercero, eso es un signo de moralidad del árbitro como tal.

Y la recusación, ya es una situación distinta, donde no es la revelación o la decisión de renuncia del mismo árbitro, sino que es el tercero quien lo acusa y desafortunadamente esto se ve con alguna frecuencia, cuando el tercero viene a decir «ese señor árbitro, ha tenido negocios», «ha sido parte de un bufete jurídico» o ha tenido alguna ayuda, alguna asesoría, algún nivel de colaboración con alguna de las partes o con algún familiar de las partes, de tal manera que cuando ya se llega al nivel de la recusación, se pone al árbitro en entredicho, sobre todo por no haber hecho el uso oportuno de ese deber de información.

La cláusula abierta para la recusación es la que tienen en el Perú. Dice el artículo 28, numeral 3 de la Ley de Arbitraje de este querido país, que da lugar a la recusación «toda duda justificada respecto de su imparcialidad e independencia», así simplemente, o sea, queda en manos de las partes del proceso y del mismo árbitro designado o ya en ejercicio, pues, entrar a denunciar y a decidir si hay duda o no hay duda con respecto a la independencia e imparcialidad.

Contrario a lo que pasa en mi país, donde hay una relación, catorce causales se establecen en el artículo 141 de nuestro estatuto arbitral, que data del año 2012. Pero, tiene un peligro, porque si se da una situación de duda, pero no encaja en alguna de esas causales, pues el árbitro dice «yo no tengo ningún problema, yo no tengo ningún impedimento, porque no se tipifica ninguna de las causales». Tengo un caso en el cual unos árbitros en un proceso en el que yo fui abogado de parte, decidieron, hubo laudo, quedó firme, no fue anulado y tuvimos que volver cuatro años después, sobre ese mismo caso; pero, ya sobre un tipo de perjuicio diferente y, como se trataba de una ciudad pequeña, alejada de las grandes ciudades, los mismos árbitros volvieron a ser nombrados por el centro de arbitraje. Yo me opuse. La respuesta de los árbitros fue «la causal de recusación dice que son dos años, que si nosotros en los dos años siguientes a aquel laudo firme, hubiéramos tenido una citación, o una invitación, o una designación a participar en este proceso, habría una causal de recusación; pero, como pasaron ya los dos años [...]», y yo digo «¿prescribe esa limitante moral?», ahí quedaron y desempeñaron su función a medias, donde quedé también con cierto grado de sinsabor por el segundo laudo que profirieron.

Vale la pena resaltar también lo que establece tanto la legislación peruana, como la colombiana en materia de arbitraje, que si los árbitros fueron designados por las partes, sólo pueden ser recusados por las causales sobrevivientes o no conocidas en el momento de su designación.

Y viene aquí un punto fundamental que sucede en Perú y sucede en Estados Unidos y es la designación del árbitro de parte. Cada parte nombra a su árbitro y esos dos árbitros nombran a un tercero. Esta posibilidad que existió en Colombia fue eliminada en nuestro estatuto del 2012 ¿Por qué? Porque a la hora de la verdad, se están conformando dos partes en controversia, que son el poderdante y llamémoslo su «apoderado», que es su árbitro, y quien va a decidir, quien va a tener todo el manejo del proceso, quien va a tener el voto final, es el señor presidente de ese tribunal, nombrado por los otros dos árbitros, que conforman el

mismo tribunal. Sin embargo, la hay aquí en el Perú, la hay en la legislación americana y en Colombia ya desapareció.

Yo tengo mis reservas, con el debido respeto hacia el Perú y su legislación arbitral, sobre el alcance de la independencia y de la imparcialidad del árbitro designado en estas condiciones, lo mismo que en caso de descuerdo decide el presidente. En mi país, los tres árbitros, si es tribunal, están en igualdad de condiciones, ninguno tiene un voto preferente respecto a los dos restantes.

A manera de recomendaciones y conclusiones, ya para dar paso a las otras ponencias y cumplir con el tiempo asignado. Hay que capacitar en arbitraje y esto tiene que empezar por las universidades, empezar con cátedra obligatoria, éste es un acápite indispensable dentro del derecho procesal; y, también ya los abogados en ejercicio que quieran desarrollar actividades en arbitraje, deben capacitarse no solamente en el tema formal, en el tema sustancial y mucho más en el tema que está en controversia.

Aplicar convenios arbitrales, en otras palabras, incluir en los contratos la cláusula arbitral, que diga que en caso de controversia, será dirimido por un tribunal de arbitramento, es una manera de invitar y de establecer de manera anticipada este mecanismo de solución de conflictos.

Arbitraje en todo el país. Yo creo que en Perú está pasado lo mismo que en Colombia; se concentra la mayor cantidad de arbitrajes en la ciudad capital, o en las dos o tres ciudades principales; pero, la provincia, la pequeña ciudad, la región, no está haciendo uso del arbitraje, no hay centros de arbitraje; y, sobre todo, los abogados con las capacidades, con los conocimientos y, en nuestro caso, con las autorizaciones para fungir como árbitros.

Un registro oficial de árbitros, como sucede en mi país; la selección de árbitros honestos e idóneos, no simplemente por amistad nombrar

al apoderado que va a hacer las veces de árbitro, en el caso de árbitro de parte, o el árbitro que yo vaya a nombrar por acuerdo con la contraparte, que no vaya a ser por intereses distintos a que vaya a definir un conflicto en sana justicia; eliminar el árbitro de parte y acabar con el presidente que sea de votación decisiva.

Queridos amigos, agradezco su atención y espero que nos volvamos a ver próximamente.

Muchas gracias.

**ANULACIÓN DE LAUDOS POR LAS CAUSALES DEL
ARTÍCULO 41 DE LA LEY DE ARBITRAJE**

*Roxana Jiménez Vargas-Machuca**

En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad Continental por esta gentil invitación y también, por supuesto, felicitar a los organizadores por este estupendo congreso que han organizado de forma tan estupenda. Felicitar también a todos los alumnos, en general, por este incansable entusiasmo que siempre demuestran al realizar este tipo de actividades con todo el esfuerzo y el sacrificio que ello importa, eso va de la mano con sus inquietudes académicas, con su vocación de salir adelante, lo cual siempre es un motivo de felicitación y de alegría por parte de todos.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría y doctorado culminados en la misma casa de estudios y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, respectivamente. Consejera CMS Grau, profesora de derecho civil en la Universidad de Lima y en la AMAG, profesora de Arbitraje en ESAN, árbitro en ejercicio y ex Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Dicho esto, no puedo dejar de decir algo también en base a las interesantísimas opiniones que acabamos de escuchar por parte del doctor Montoya. Me gustaría igual hacer, aunque sea muy brevemente, algunos comentarios sobre estos mismos temas genéricos del sistema de justicia estatal y el arbitraje en términos generales. Lo digo también porque, en mi caso, yo he sido magistrada del Poder Judicial durante doce años, seis, he sido juez de primera instancia y, los otros seis, he sido juez superior titular y, en los últimos tres, fui juez superior de la Sala Comercial en Lima, donde se concentran los recursos de anulación de laudo arbitral. He visto recursos de anulación y ejecuciones de laudos, tanto en materia de contratación pública, como en materia comercial.

Sobre la crisis de valores, sí, ciertamente coincido, nuestro país también adolece de ese terrible problema y la crisis de valores es general. En realidad, tenemos graves problemas en el sistema de justicia por individuos, como muy bien se ha dicho, siempre son individuos los que se comportan mal, son personas. Uno no puede decir «esta institución es buena» o «esta institución es mala», hay quienes le dañan la reputación a las instituciones porque, además, sabemos que las malas noticias, como los escándalos y la corrupción, son las que ocupan primeras planas y, más bien, los buenos actos, las buenas sentencias, las buenas resoluciones, los buenos jueces, los jueces valientes, los jueces que han resuelto en el momento oportuno y, además, bien, minuciosamente, eso nadie lo publica en ningún lado. Entonces, generalmente, lo malo es lo que se conoce y eso nos genera también un profundo desasosiego como sociedad. En general, las instituciones públicas están desacreditadas en nuestro país, lo cual es una pena.

También debo decir que en el caso de los jueces, también sufrimos de estas sentencias «corta y pega». Muchas veces pasa eso, ¿por qué?, porque el juez, a diferencia del árbitro y es bueno entender algunas cosas, no para justificar, sólo para entender la problemática, generalmente, el juez tiene sobrecarga procesal, salvo ciertos juzgados o ciertos órganos privilegiados que tienen mucha suerte, pero, en general, están sobrecargados y ellos no

pueden decir «sabes qué, ya no puedo ver más casos, tengo 1000, 2000, 3000 expedientes, ya no puedo, ya no recibo más, ya cierro», ellos no pueden hacer eso, ellos tienen que seguir recibiendo, si les cae un alud de expedientes, tienen que recibirlo. Eso es por un lado y hay una carga —eso es bueno también recordarlo— hay una carga oculta de los jueces y es que en el Poder Judicial tenemos malos litigantes también, es decir, litigantes perversos, los que litigan de mala fe, no solamente porque a través de nulidades y recursos dilatorios entorpecen el proceso, porque ante eso un buen juez sabe usar sus herramientas y para esa demora, puede hacerlo fácilmente, si aplica bien el código tiene mejores herramientas que los árbitros, puede multar, puede hasta detener al que se porta mal en la audiencia, puede hacer muchas cosas; que no lo hagan, es otra cosa.

Pero, estos malos litigantes también litigan a través de la queja administrativa y a través de la denuncia penal. Hace un momento se estuvo hablando en el concurso sobre temas penales y me hizo recordar la cantidad de denuncias penales. Muchas veces, los malos litigantes cuando pierden, el combo es claro, presentan una denuncia contra la sentencia que no les gustó porque no les favoreció: abuso de autoridad y prevaricato. Eso no va a prosperar porque no tiene ningún fundamento, pero ya molestó al juez y el fiscal, además, para evitar que también a él a su vez lo quejen, traslada, en lugar de ver que es absurdo y archivarlo, traslada y llama y uno tiene que ir a declarar, perder tiempo, contestar, hacer copias certificadas, enviarlas, presentarlas, explicarles por qué sentenció así, igual en la queja administrativa. Todo eso es un volumen de carga invisible, para los jueces menos es más, menos casos, menos quejas, menos denuncias, menos problemas. Al juez que se le ocurre ser creativo y estudiar el fondo del tema, va a tener problemas de todas maneras, por eso es que el juez prefiere declarar improcedentes las demandas, prefiere no fundamentar, no ir al fondo, prefiere irse por el ámbito procesal. La mayor parte de los jueces son profesores de derecho procesal, muy pocos jueces son profesores de algún tema sustantivo, porque más están enfocados en salir de sus casos a través de reglas procedimentales del ritualismo.

Eso no ocurre con todos los jueces, evidentemente, hay jueces que no son así, hay muy buenos jueces que se empoderan y hacen bien las cosas y merecen el mayor de nuestros respetos.

En el ámbito arbitral, eso no ocurre así. Los árbitros manejan mejor los tiempos, el proceso; las reglas procedimentales las dictan ellos; resuelven en términos cortos; es un proceso en una sola instancia, ahí acaba, en nuestra ley anterior, había la posibilidad de una segunda instancia, ya no hay eso; es breve; los jueces son personas especializadas y son personas que, además, cuentan con tiempo porque, además, está toda la idoneidad que tan bien se ha descrito hace un momento, el deber de revelación, la corrección del árbitro y el pertenecer a ciertas listas que, felizmente, hoy en día en nuestro país cada vez nos estamos acercando más al arbitraje institucional y, además, dentro del arbitraje institucional, el tema de las listas está cobrando más fuerza, ya no está tan suelto el arbitraje a un libre albedrío de buscar a cualquier árbitro *ad-hoc*, en cualquier lugar y que esté, prácticamente, suelto en plaza. Cada vez esto se va cerrando más, sobre todo en el ámbito de la contratación pública y eso es muy bueno porque hay que poner candados.

Los árbitros, además de todo este deber de revelación y de tener los cursos de especialización y tener toda esta idoneidad profesional, los árbitros también tienen tiempo y tienen que declarar que disponen de tiempo, ¿por qué?, porque si el árbitro ya tiene cincuenta, sesenta, no sé cuántos arbitrajes, y ya no tiene tiempo de llevar más, porque ya llegó al tope razonable para que él pueda analizar correctamente su proceso y poder laudar adecuadamente y, además, dentro del plazo, entonces, él rechaza el arbitraje, cosa que no puede hacer el juez. Ésa es otra gran ventaja.

Entonces, todo esto hace que el arbitraje siga siendo en muchos casos el mecanismo idóneo frente al Poder Judicial. En el Poder Judicial, lamentablemente, a modo de excepción, tenemos magníficos jueces, pero lamentablemente, tenemos todo este problema de corrupción

también y, aun cuando tenemos buenos jueces, muchas veces ya no depende de ellos resolver en forma rápida, sumado a ello las instancias y, bueno, un proceso judicial yo no creo que pueda demorar dos o tres años, sino muchas veces puede demorar de ocho a diez años y, entonces, frente a eso, el arbitraje es idóneo.

En materia de contratación pública, nosotros tenemos una legislación que ha ido modificándose con el tiempo y ha ido modificándose y generando candados justamente, porque cuando se conciben las ideas en un escritorio suenan bien; pero, luego viene el ensayo en la vida real y saltan los problemas. Cuando saltan los problemas, comienzan a darse las correcciones a todo lo que va ocurriendo y eso ha generado modificaciones, algunas demasiado ajustadas en nuestra normativa en contratación pública. Entonces, en contratación pública tenemos la Ley de Contratación Pública y su reglamento, que nos cierran, nos ponen muchas cortapisas que está muy bien, ponen muchos candados al arbitraje en esa materia, porque es un arbitraje especial, es un arbitraje que contiene una materia de interés público porque se trata de fondos públicos, nos interesan a todos, no es una materia de libre disponibilidad. Entonces, tiene una concepción y tiene un tratamiento distinto al arbitraje comercial, que está pensado en temas de libre disponibilidad, en el tráfico de bienes y servicios y en la patrimonialidad entendida como libre disponibilidad. Entonces, es el arbitraje comercial el que es regulado al 100% por la Ley de Arbitraje, que es el Decreto Legislativo n.º 1071 y esta ley en forma supletoria, regulará solamente ante los vacíos, lo relativo al arbitraje en materia de contratación pública.

Por poner un ejemplo, nuestra Ley de Arbitraje permite algo que quizás escandalice un poco, y es que, por ejemplo, las partes pueden pactar no solamente un arbitraje de derecho, sino también un arbitraje de conciencia, inclusive, tenemos un artículo que establece que el laudo será motivado, salvo que las partes acuerden lo contrario, lo cual significa que las partes podrían pactar que no se motive el laudo, es decir, un laudo donde solamente haya parte resolutiva.

Eso no es materia de discusión en este momento, ha traído a muchas discusiones sobre si eso es constitucional o no; pero, por ejemplo, si se asimila el arbitraje en materia comercial, en materia de libre disponibilidad, se asimila, por ejemplo, a otros medios de solución de controversias también de libre disponibilidad como la transacción, por la cual las partes libremente pueden decidir y definir sus controversias, inclusive, según nuestro Código Civil, mediante el azar o la suerte, es decir, con una moneda pueden dirimir su controversia y eso va a constituir cosa juzgada, y eso va a tener calidad de título ejecutivo, y esa decisión de la transacción no va a poder ser susceptible de una acción de lesión contractual; entonces, por qué no aplicar la misma idea al arbitraje en materia comercial. De esa manera está pensado en nuestro sistema, podemos discrepar con él o no; pero, ésa es la *ratio legis* de nuestra Ley de Arbitraje.

Entonces, para esta ley, si las partes confían ciegamente en alguien, por ejemplo, quisieran darle su controversia al Papa Francisco y dicen «Santo Padre, no tiene que decir por qué, solamente diga quién tiene la razón y nosotros nos plegamos a esto» y si es comercial, puede valer, de acuerdo a la Ley de Arbitraje. Esto, evidentemente, no puede darse en materia de contratación pública, en materia de contratación pública tenemos una serie de otros candados. Tenemos, por ejemplo, el candado de la motivación que no solamente es obligatoria y no cabe, porque hasta la norma dice que todo pacto en contrario es nulo, sino que nos establecen una pirámide normativa y el laudo tiene que tener entonces ciertos parámetros de motivación mínimos, que empiezan con la Constitución, luego con la Ley de Contrataciones, su reglamento, las normas de derecho público y ya, finalmente, si no hay nada que regule algún aspecto específico, recién llegamos a las normas de derecho privado.

En la Ley de Contrataciones anterior que rigió hasta abril de este año, incluso se estableció específicamente que era causal de anulación del laudo el no respetar esta pirámide normativa. Ahora no dice eso de forma expresa, pero se señala que es una norma de orden público,

entonces, va a encajar en las causales de anulación del laudo también y, por lo tanto, hay un estándar rígido, alto, fuerte de motivación, que no debemos confundir con ingresar a evaluar los criterios de los árbitros y actuar en el recurso de anulación como, no es para revocar, no es para discrepar con el criterio, es simplemente, evaluar un parámetro objetivo de motivación y ver si no se ha motivado, hay una falsa motivación, motivación aparente o ausencia de motivación. Entonces, si hay alguna ruptura de lógica, por ejemplo, o se aplican normas ya derogadas, entonces se anulará ese laudo arbitral.

Es muy importante tomar eso en cuenta. El tema institucional está muy regulado y las listas de arbitraje. El arbitraje *ad-hoc* está absolutamente constreñido a cierto tipo de materias, cierto tipo de contratos, cuantías muy pequeñas y, además, igual los árbitros en el *ad-hoc* tienen que estar en un registro específico que es controlado por el OSCE, que es nuestro Organismo Supervisor de Contrataciones Estatales.

Entonces, es importante tener en cuenta todo esto. Me he entretenido mucho rato en darles este panorama, que es muy importante. Hay otra diferencia también sustancial, la confidencialidad. En el arbitraje comercial hay una regla de confidencialidad que no puede ser violada, salvo que las partes expresen lo contrario; pero, sino, bajo responsabilidad, nadie debe decir nada acerca de las actuaciones arbitrales. La única excepción es cuando se va a anulación y ahí sí ya se publicita; pero, sino, es confidencial, en tanto que es todo lo contrario en materia de contratación pública, los laudos se tienen que publicar por el OSCE, se tiene que enviar ahí.

Nosotros hemos propuesto más de una vez, que empaten con número de resolución, el laudo, la resolución de anulación, las resoluciones de ejecución también de laudos arbitrales y, además, que estén todos juntos con las demás causales, entre ellas, recusación y todo lo demás. Todo lo relacionado con arbitraje, debe ir junto y debe ser de acceso a, no sólo las autoridades, sino al público en general. Entonces, nada de

confidencialidad, todo lo contrario, más bien la transparencia es la regla y debe ser más, avanzar más aún en ese ámbito, en materia de contratación pública por las razones que he dicho.

El artículo 41. En materia de anulación del laudo arbitral, las causales son, fundamentalmente, están el artículo 63 de la Ley de Arbitraje y, esencialmente, se basan en ausencia de convenio arbitral; inobservancia del debido proceso; se ha laudado sobre una materia manifestamente no susceptible de arbitraje; se ha laudado sobre materia no sometida a arbitraje, o sea *extra petita* o *ultra petita*, según el caso; o, no se ha resuelto sobre alguna materia que sí estuvo en el arbitraje, se les quedó en el tintero alguna pretensión, por ejemplo; no haber observado los reglamentos, el debido proceso en general; y la conformación del tribunal arbitral.

Este último aspecto está más desarrollado en la Ley de Contrataciones, porque es muy importante el tema en los distintos tipos de arbitraje en materia de contratación pública que están regulados. Eso es muy importante tener en cuenta.

Bueno, estas causales son cuando uno lleva el laudo arbitral a anulación y el artículo previo que es el 62, establece con toda claridad que los criterios de fondo del laudo no pueden ser materia de revisión, ni de opinión siquiera, por los jueces de anulación, bajo responsabilidad. La única causal que puede ser conocida de oficio por las salas superiores, en este caso Lima, las salas comerciales, es cuando se ha laudado sobre materia manifestamente no susceptible a arbitraje. Sobre esto tengo muchas anécdotas, pero ya no hay tiempo.

Ahora, ¿qué pasa cuando la decisión que se somete a anulación, no es el laudo, sino es una resolución previa, por ejemplo, una excepción? Eso es lo que está regulado en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje. Cuando por ejemplo hay una excepción de incompetencia, cuando dis-

cutimos si hay convenio arbitral o no, discutimos si el convenio es nulo, válido, eficaz, existente, etcétera.

Esta discusión tiene cabida en el arbitraje comercial, no en el arbitraje materia de contratación pública, porque en materia de contratación pública, como sabemos, la ley establece que el arbitraje es obligatorio, o sea, que esta causal no viene al caso, cuando hablamos de contratación pública. Pero sí viene al caso, y muchísimo, porque hay muchos procesos de éhos, cuando la anulación es por falta de convenio arbitral, es decir, falta de competencia de los árbitros.

Las otras excepciones sí caben en todo tipo de procesos, son las excepciones que todos conocemos, prescripción, caducidad, cosa juzgada, litispendencia, en fin, todas éstas que, de acuerdo a la teoría tradicional del derecho procesal, son las que van a configurar los presupuestos procesales, condiciones de la acción, previos al tema de fondo, no tienen que ver con el tema de fondo.

Todo esto está regulado en el artículo 41. Entonces, ¿qué pasa si se deduce una excepción de este tipo?, se discute uno de estos temas, se discute ante el tribunal arbitral, el tribunal arbitral emite una decisión. Si el tribunal desestima esta excepción planteada, termina emitiendo su laudo y ya luego, la parte que se considere afectada, puede irse a anulación, se irá a anulación por esta resolución previa al laudo. De igual manera, si el tribunal al conocer la excepción, la ampara y decide fundada la excepción, la parte que se considere afectada, puede irse a anulación de esa resolución también.

Ése es el tema que quería comentar. Éstas son las causales que no están en el artículo 63, no son de fondo, de materia de fondo del laudo, son causales que son sobre decisiones previas. La pregunta es, aquí en materia de anulación, ¿qué es lo que los jueces van a revisar?, ¿qué van a revisar?, ¿si se siguió el debido proceso o van a opinar sobre cómo se ha decidido respecto de esa excepción? Nuestros juristas no se

ponen de acuerdo, pero las salas comerciales ya se pusieron de acuerdo y el espíritu de la ley también parece llevarnos de igual manera que en la causal de falta de convenio, sí tienen que revisar el tema de fondo, es decir, al final sí podrían tener una decisión distinta en estas materias, nunca jamás en materia de fondo, porque para eso se ha encomendado al tribunal arbitral que se pronuncie sobre esa materia, pues no tiene ninguna posibilidad de entrometerse la judicatura judicial, es solamente lo previo y, respecto de esto, ellos sí podrán evaluar y de hecho ya lo están haciendo en sede judicial, se evaluará pues entonces si se cumplió o no se cumplió, si hay una cosa juzgada o no, y en base a eso, podrán declarar fundada la demanda de anulación y, si ya se emitió el laudo arbitral, pues lo anularán también porque arrastra con el laudo arbitral.

Éste es el tema que quería decirles, que suscita mucha controversia, porque hay quienes dicen que no pueden opinar, que no pueden discrepar, porque el tribunal arbitral ya emitió una opinión; pero, una vez más, no es una opinión, no es una decisión sobre el tema de fondo, solamente es sobre este tipo de aspectos y ése es un tema, pues, que siempre nos trae, bueno, no es demasiado recurrente, mucho más recurrente es ir por las causales del artículo 63, podría yo decir que el 95%, hasta donde yo recuerdo, una gran mayoría, un porcentaje mayoritario de los casos de anulación, son por el artículo 63 y no por el artículo 41, pero de que los hay, los hay, y ésta es la forma como se está abordando.

Muchas gracias.

LA ANULACIÓN DEL LAUDO

*Luis Miguel Samaniego Cornelio**

Bueno, buenas noches con todos. Agradecido con la universidad porque es la segunda vez que me han invitado y yo estoy feliz de estar acá.

Hay un librito que se llama «El sistema jurídico. Introducción al derecho» de Marcial Rubio, que más o menos va por la novena edición. Ahí toca un tema interesante que son los métodos de interpretación. Lo que yo voy a tocar es el método de interpretación histórica; el método de interpretación histórica lo que busca no es otra cosa que desentrañar qué es lo que quiso decir el legislador.

Mucho se recurre, por ejemplo, a los proyectos de ley, a la exposición de motivos, se recurre a las actas, se recurre también al tema del *occasio legis*, qué ocurrió para que se emitía una ley. Por ejemplo, hubo un momento donde se traficaban tantos terrenos, el «Caso Orellana», donde estaban involucrados jueces y árbitros, entonces, dijeron «saquemos la Ley n.º 30313 y modifiquemos el 2013 y 2014 del Código Civil», principio de legitimación, fe pública registral, «modifiquemos cuatro artículos de la tercera ley del notariado, establezcamos un procedimiento administrativo registral para que se puedan bloquear». Todo eso, este tipo de método histórico, es importante para el tema de mi exposición.

¿Qué pasa? En toda nuestra vida republicana hemos tenido tres códigos civiles, 1852, 1936 y 1984. Este código establecía, si ustedes ven

* Magíster por la Universidad Continental, doctorado en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en derechos humanos y derecho constitucional. Vocal del Tribunal Registral, registrador público de la Zona Registral VIII sede Huancayo, Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor de la Región Junín, juez supernumerario en lo contencioso-administrativo y, actualmente, es juez superior titular de la Corte de Junín en la Sala Civil Permanente.

en la primera diapositiva, una cláusula compromisoria y un compromiso arbitral, paralelamente teníamos un Código Procesal Civil, el que está vigente, el Decreto Legislativo n.º 768, vigente a partir del 28 de julio de 1993, que establecía en un segundo libro, la justicia arbitral.

¿Qué es lo que sucede? Sale la primera Ley de Arbitraje, el Decreto Ley n.º 25935 y deroga tanto las normas del Código Civil, como las normas del Código Procesal Civil y todo se aglutina en el Decreto Ley n.º 25935, que se da en el año 1992. Pasan unos años más y en 1996, sale la segunda Ley de Arbitraje, la Ley n.º 26572.

Y acá hay algo interesante, es el «Caso Fernando Cantuarias», 6167-2005, era un proceso de *habeas corpus*, donde se desarrolla el tema del arbitraje. Y acá voy a hacer una precisión. Esta sentencia se expide en el año 2006, recuerden, en el año 2006 está vigente el Código Procesal Constitucional, la Constitución doceava, que es la que está vigente desde el 31 de diciembre de 1993, en su artículo 200 establece las garantías constitucionales y en un segundo párrafo dice que habrá una Ley Orgánica que las va a regular. Esa ley orgánica es el Código Procesal Constitucional. ¿Cuándo se publica? 30 de mayo de 2004. ¿Cuándo entra en vigencia? 1 de diciembre de 2004.

Cuando se emite esta sentencia, se cita justamente este Código Procesal Constitucional y en un artículo, el VI del Título Preliminar, que establece tres párrafos y lo que importa acá es el tercer párrafo, el tercer párrafo se refiere a la doctrina vinculante. ¿Qué es lo que se establece en el «Caso Fernando Cantuarias»? Se establece doctrina vinculante respecto al arbitraje, en un fundamento, pero desglosado en dos.

¿Qué dice? Todo control que se haga del arbitraje, una vez que se dicta un laudo y tú quieras ir a un tema constitucional, digamos, vía un proceso de amparo, previamente tienes que agotar las vías previas que están establecidas en las normas especiales. Es así que, por ejemplo, se cita el artículo 5, numeral 4. Recuerden ustedes, Código Procesal Cons-

titucional, artículo 5, no proceden las garantías constitucionales, inciso 4, cuando no has agotado las vías previas.

A ver, recordando, en materia judicial, las vías previas tendrían que ser, les pongo un ejemplo, mejor derecho de propiedad, dicta un juez de primera instancia, un juez civil, se apela, sube a la sala civil, confirma y tú puedes irte vía recurso extraordinario de casación. El TC ha dicho que tienes que agotar todo, porque si no agotas todos esos medios impugnatorios, por más que la casación sea no un recurso donde vas a volver a analizar los fundamentos de hecho y derecho, pero sólo temas de derecho, tienes que agotar todo esto. Ésa es una vía previa para que te vayas a un proceso constitucional.

La vía previa en el tema administrativo, si ustedes recuerdan, está la Ley n.º 27444 y la última modificatoria, el Decreto Legislativo n.º 1272, que establece los recursos, reconsideración y apelación y antes había un recurso de revisión, ahora no lo hay. Es que agotes esa vía previa, para que recién te puedas ir a un proceso constitucional.

En el tema privado, algo interesante. Digamos que tuviste una asociación y la asociación tiene un estatuto y si el estatuto no ha previsto formas, por ejemplo, si excluyen a un asociado y el estatuto no ha previsto el mecanismo para poder impugnar, ya no se requiere la vía previa, porque el artículo 46 del Código Procesal Constitucional señala que si no se reguló, no se requiere.

Aquí viene algo interesante. Cuando se trata de la vía en el tema arbitral, recuerden, con la Ley n.º 26572, que es la segunda Ley de Arbitraje, tenías que agotar, para que te vayas a un proceso de amparo, los recursos que la ley te establece. Por cierto, se establecían dos, apelación y el recurso de anulación. Entonces, cuando sale el «Caso Cantuarias», para que te vayas a un proceso constitucional, primero me agotas la vía previa y ¿cuál es?, establecía recurso de apelación y recurso de anulación, recién cuando terminas ahí, te puedes ir a un proceso de amparo.

Obviamente, como pasa el tiempo, llegamos a la tercera ley, que se conoce pomosamente, en el año 2008, recuerden, hay una hemorragia de decretos legislativos, más de 100 decretos legislativos, sale la 1057, el famoso CAS y por ahí sale la 1071; no se conoce como Ley General de Arbitraje, por cierto, pomosamente le ponen «Decreto Legislativo que norma el arbitraje», 28 de junio de 2008, vigente a partir del 1 de septiembre de 2008.

Aquí, algo interesante. La duodécima disposición de esa Ley de Arbitraje dice lo siguiente: «El recurso de anulación es una vía igualmente satisfactoria». Me voy a explicar. Con la 26572, para cuestionar un laudo tenías la apelación y el recurso de anulación, y había una vía previa, «agótame y te vas a un proceso de amparo». Cuando sale esta tercera ley de arbitraje, ya no hay recurso de apelación, sólo hay un recurso de anulación; y, por cierto, el recurso de anulación es una vía igualmente satisfactoria, o sea, te está diciendo que tienes que irte a la anulación, ya no cabe un proceso de amparo.

Sin embargo, sale el famoso «Caso María Julia», la n.^o 142-2011-PA-TC. En este caso, ya no es doctrina jurisprudencial del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sino es el artículo VII, precedente judicial. Recuerden, ambos son vinculantes, lo que pasa es que la doctrina constitucional implica sucesivos fallos en un mismo sentido; en cambio, el precedente parte del caso y, del caso extrae una regla, es muy importante, del caso extrae la regla. Se acuerdan del caso que se dio en la sala, sacaron a una trabajadora, Huatuco Huatuco, 5057, sólo se aplica al régimen privado, 728, contrato modal, que lo sacan y sólo podía ser repuesto en esos términos, de ahí sacan una regla, del caso Huatuco, no puedes aplicarlo a la 24041, no puedes aplicarlo a los trabajadores de empresas privadas, no lo puedes aplicar a los obreros. ¿Por qué? Porque el precedente parte del caso y, del caso extrae la regla; en cambio, la doctrina jurisprudencial, interpreta las normas y de ahí sale un criterio uniforme.

Entonces, «Caso María Julia», el «Caso María Julia» cambia de viraje, dice que ya no es una vía previa, sino es una vía igualmente satisfactoria, porque si digo que es una vía previa, con el «Caso Cantuarias», agoto la vía previa y me voy a un amparo; pero, si yo digo que es una vía igualmente satisfactoria el recurso de anulación, simple y llanamente, ya no cabría amparo. Pero, como el caso lo ameritaba, el Tribunal dice que irse a un proceso de garantía, lo que en Colombia se llama acción tutelar, en el Perú se llama proceso de amparo, procede en tres supuestos. El primero es muy simple, cuando se contraviene un precedente; el segundo es cuando el Tribunal Constitucional declara una norma constitucional, un juez no puede hacer control difuso sobre una norma que se declaró constitucional y la acción popular, si la corte declara que esta norma es constitucional, no puede un juez decir que es inconstitucional, ahí cabría; y el tercer supuesto es interesante, cuando dos personas se someten a un arbitraje, pero perjudican a un tercero. En ese caso cabría que interponga un amparo.

Pero, hay un tema interesante, esa relación taxativa, desde la fecha que se dio, ¿tendría que modificarse?, claro que sí. Tenemos el «Caso OSCE vs. Consorcio IDC-HK», donde el árbitro fue el doctor que va a exponer después de nosotros, Castillo Freyre. ¿Qué había pasado acá? Resulta que dos empresas consorciadas se someten a un arbitraje contra Provías, van al arbitraje y el presidente era el doctor y todas las pretensiones de ese arbitraje, se declararon infundadas. ¿Qué hace, entonces, Provías? Pide al tribunal del OSCE que sancione a esas empresas consorciadas y las sancionan. ¿Qué hacen esas dos empresas consorciadas? Se van a un árbitro único y ese árbitro único dicta una medida cautelar para que se inapliquen las sanciones. Ojo, el tercer supuesto se aplica cuando el laudo perjudica a un tercero, pero en este caso, no, era otro laudo que perjudicaba al OSCE. ¿Qué hizo la Corte de Lima? Aceptó, a pesar de que no estaba puntualmente el supuesto tercero del «Caso María Julia».

El otro caso, es «Zegarra Reátegui vs. Ministerio de Educación». Un proceso de expropiación, se someten a un arbitraje y el árbitro le dice al Ministerio de Educación que debe pagar el justiprecio, más de tres millones. Pasan tres años, se ejecuta y el árbitro dice: «pague Ministerio de Educación, bajo apercibimiento de revertirse» y acaba ahí el proceso. No paga y ¿qué pasa?, el Ministerio de Educación interpone un proceso de amparo, se lo declaran improcedente, apela, sube a la sala, improcedente, vía recurso de agravio constitucional se va al Tribunal Constitucional y el Tribunal Constitucional, dice lo siguiente —miren, esa parte es interesante—: «Sí cabe un proceso de amparo arbitral, no contra el laudo, sino contra las resoluciones de ejecución del laudo». Si ustedes se percatan, están cambiando ya el viraje, ya no es una relación taxativa, sino que también ya se están incluyendo otros supuestos cuando, por cierto, son graves.

Acá algo interesante, ¿se acuerdan del «Caso Elgo Ríos»?, cuando se dicta el «Caso María Julia», ¿qué dice?, el caso «Caso María Julia» no ha dicho nada, sólo ha copiado la duodécima disposición de la Ley de Arbitraje, que dice que la anulación es una vía igualmente satisfactoria; pero, no desarrolla cuando una vía es igualmente satisfactoria y, claro, sale el «Caso Elgo Ríos», se fija precedente vinculante y te dice cuándo una vía es igualmente satisfactoria, estableciéndose cuatro supuestos, dos supuestos objetivos y dos supuestos subjetivos.

¿Esto a qué nos invita?, a que cuando uno tiene un caso, digamos, un proceso de amparo arbitral, tendría que analizar si esa vía igualmente satisfactoria, que es de anulación del laudo, es una vía igualmente satisfactoria a tenor de este precedente, porque este precedente no se dio, por cierto, cuando estaba el «Caso María Julia».

Ya para acabar, vamos a hablar de la jurisprudencia que existe, voy a citar la jurisprudencia que está en el OSCE. Si ustedes van al OSCE, van a ver ahí sentencias de la corte que han resuelto y se inscribe en el OSCE. Algo interesante dicen respecto al recurso de anulación, miren,

el nuevo diseño del proceso de anulación, esta última Ley de Arbitraje dice «recurso de anulación», pero la jurisprudencia dice «proceso de anulación», y esto es importante, ¿por qué?, porque realmente en el «Caso María Julia» hay votos singulares y el voto del doctor Urviola, el ex magistrado del TC, dice que no es un recurso, sino impugnación de un laudo. Por ejemplo, en la legislación española, en la legislación brasileña, no lo consideran como un recurso, sino un proceso propiamente, ¿por qué?, porque sólo taxativamente podrías ir por las causales que establece la propia ley.

Entonces, alguien dirá: «¿qué tiene que ver que sea un recurso de apelación o un proceso?», porque podría darse el caso, como sucede en Huancayo, que a los árbitros los estamos inmiscuyendo, si lo demandan, también en un proceso de anulación, alguien dirá: «no se puede demandar al árbitro, es como demandar al juez cuando resuelve». Yo quiero ser puntual acá, lo primero, ¿qué dicen estas resoluciones de la Sala Sub Especializada en materia Comercial? Primero, el recurso de anulación no es un recurso, es un proceso; empoderan a la famosa anulación, dice que con la anulación tú puedes desarrollar todos los derechos de las partes que se vean de alguna manera afectados por el árbitro. Claro, imagínense, si el árbitro hace una motivación que va contraria a toda la jurisprudencia, no podría admitirse eso, realmente no se puede admitir una injusticia. Y, ¿qué hace la sala en este caso? Dice que en el recurso de anulación tú puedes ver todos los hechos que pasen al debido proceso.

¿Qué más? Ésta es otra donde se establece, por ejemplo, el tema de la motivación. ¿El tema de la motivación podría ser cuestionado vía anulación del laudo? Sí, en ese sentido, por ejemplo, dice la Segunda Sala Subespecializada en materia Comercial de Lima, bueno, y la Sala de Huancayo tiene también algunos criterios, sólo tenemos once laudos que se ha emitido, es muy poco realmente, muy poco en comparación a Lima; y, por ejemplo, cuando hay causales taxativas que establece el 63, inciso 1, a), b), c), d), previamente, tiene que haber un reclamo.

Nosotros seguimos esa orientación, si no hubo el reclamo, se declara improcedente.

Quiero solamente indicarles esta parte que quedó en el tintero. Cuando yo digo que el tema de la anulación del laudo no es un mero recurso, sino todo un proceso; y, por tanto, podrían ser demandados los árbitros y las partes, es algo así como lo que sucede con los notarios. Nosotros hemos tenido tres leyes del notariado, la 1049 que es la última, cuando ustedes y un privado celebran una minuta y la elevan a escritura pública, y después piden la nulidad de esa escritura, se estila demandar tanto al vendedor como al comprador y al notario porque elevó la escritura. Ojo, el notario es un privado, nada más, pero al que el Estado le dio función pública; y, por tanto, lo que hace el notario por más que sea un sistema latino y que tiene que ver toda la legalidad, ha elevado una minuta de un privado; pero, cuando el notario resuelve como, por ejemplo, la usucapión, la 27157, le permite al notario hacer prescripción adquisitiva, el notario resuelve porque él declara. En esos casos sí se le considera como parte del proceso, cuando te quieras «bajar» una escritura de usucapión.

Mutatis mutandis, el árbitro en el caso de la 1071 es un privado, al que solamente le dicen que va a arbitrar porque el 139.1 de la Constitución dice que tiene función jurisdiccional y él resuelve el caso. Entonces, como ha resuelto el caso, él también podría ser materia de ser parte de ese proceso. Bueno, ése es el razonamiento que se trabaja para que en algunos casos se considere, en tanto sea demandado.

Les agradezco mucho, espero que se me haya entendido bien y si no se me ha entendido, mejor, porque lo que he querido es elevar su grado de incertidumbre.

Muchas gracias.

QUINTA MESA: «EL ARBITRAJE Y LA RECUSACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES»

Daniel Triveño Daza

Alberto Retamozo Linares

CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Daniel Triveño Daza**

Bien señores, ¿qué tal?, ¿cómo están?, buenas noches. Antes que nada agradecerles a los organizadores, que han hecho posible que estemos en esta ocasión juntos para poder conversar sobre estos temas bastante interesantes, tanto por asuntos legales, como por motivos actuales que están suscitándose en estos días. Y felicitarlos a ustedes porque, siendo un día y un horario bastante atípico para capacitaciones, la sala se encuentra casi completamente llena, lo que demuestra su ánimo y su empeño por aprender estos temas, aunque sea en estos breves minutos que vamos a estar juntos.

Y para poder sacarle el máximo provecho a este tiempo que se me ha asignado de veinte minutos, lo que voy a hacer es darles algunas

* Abogado con más de diez años de experiencia profesional en materia de contrataciones públicas, habiendo brindado asesoría a representativas entidades públicas y empresas del Estado peruano, en la adquisición de bienes, servicios, consultoría de obra y ejecución de obras públicas. Se desempeña en la función arbitral y es árbitro miembro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado.

atingencias muy puntuales al tema que se me ha asignado en esta oportunidad, que son las características del arbitraje en contratación pública.

De hecho, entiendo que la mayor parte de ustedes está al tanto de lo que concierne a contratación pública, veo que la mayor parte son alumnos de pregrado, ¿sí?, ¿más o menos?, ¿ya llevaron contratación pública?, ya, se matriculan después del evento, entonces.

Entonces, algo muy importante en contratación pública es lo siguiente, que coadyuva mucho al logro de finalidades estatales. ¿Qué significa eso? Vamos a ponerlo en términos muy sencillos; la construcción de una carretera, de un hospital, de un centro de salud, de un canal de regadío y demás, lo que hace es agregarle valor a lo que tiene el Estado y eso se hace a través de la contratación pública, y la contratación pública tiene una forma de resolver sus controversias, que es el arbitraje, ¿está claro?

Entonces, ¿cuáles son las características de este sistema de solución de controversias?, ya han escuchado ustedes a suficientes expositores, que les han podido dar un mapeo sobre ese tema en términos teóricos. Lo que vamos a hacer ahora simplemente, es incidir en las características de este sistema y, obviamente, llamando la atención sobre este punto, indicar lo siguiente, ¿a qué nos referimos con características?; con características nos referimos en términos sencillos a las particularidades de un tema, de un asunto, de un ser, que lo distingue de otros muy diferentes o de otros muy similares. El arbitraje en contratación pública, en ese sentido, tiene sus características, lo que en términos sencillos significa que tiene sus particularidades.

¿Cuál es el sistema de solución de controversias que se parece más al arbitraje? Es su par, su casi primo hermano; el arbitraje privado. ¿Qué tienen en común? Que ambos son arbitrajes, pero tiene cada uno sus particularidades distintas. En esta exposición lo único que vamos a hacer, es concentrarnos en las particularidades del arbitraje en contratación pública.

Y la primera característica del arbitraje en contratación pública es la siguiente: que implica una convergencia entre lo que es contratación pública y jurisdicción y solución de controversias. Ustedes están al tanto de que el arbitraje es una forma de decir derecho, de ejercer derecho. ¿Qué tenemos de particular en estos dos ámbitos que conjuga el arbitraje en contratación pública? Contratación pública y jurisdicción, es que ambas están pasando por una crisis, lamentablemente, de integridad. Todo lo que ustedes pueden ver y van a ver, probablemente, en los siguientes días, va a coadyuvar a incrementar la sensación de la ausencia o carencia mayor de integridad y ética en estos rubros. Y en el arbitraje de contratación pública conjugamos dos ámbitos que, lamentablemente, están careciendo de esa integridad y ética, obviamente con la sobreexposición consecuente que últimamente estamos teniendo por el tema de la corrupción, al cual el arbitraje no ha sido ajeno lamentablemente.

Entonces, sobre ese punto, hay que llamar la atención de que sobre la base de esta característica, es muy importante establecer estándares de imparcialidad e independencia de los árbitros, más exigentes. No es como en el caso del derecho privado o arbitraje privado, en el que existe un mayor ámbito para que los árbitros puedan ejercer con mayor libertad su función. En cambio, en lo que concierne a contratación pública, es importante y es trascedente establecer mayores estándares de independencia e imparcialidad. ¿Cuáles? Ya iremos viendo en el camino, ya iremos viendo cuáles son las opciones legislativas que se pueden plantear sobre el particular; pero, sí llamo la atención sobre ese aspecto. Entonces, primera característica, la convergencia en el arbitraje de contratación pública entre lo que es contratación y jurisdicción.

La segunda característica del arbitraje de contratación pública, es que se trata de un mecanismo de solución de controversias obligatorio, vale decir, no es alternativo, no es potestativo, es obligatorio, lo manda la ley. Tan obligatorio normativamente hablando es, que hay arbitraje aun cuando no haya convenio arbitral, en el arbitraje privado, para que haya arbitraje, necesariamente tiene que haber convenio arbitral; en ar-

bitraje de contratación pública, no. Puede no haber convenio arbitral y estás obligado a ir a arbitraje. Entonces, no es un mecanismo de solución de controversias alternativo.

Como parte de esa idea, lo siguiente. Mucho se habla en foros académicos, medios escritos, revistas especializadas, sobre la naturaleza del arbitraje y, ustedes que han estado aquí estos tres días, aprendiendo y refrescando conceptos de lo que es procesal y contratación pública y, dentro de ello, lo que es el arbitraje, se habrán dado cuenta de que existen tres teorías básicas para lo que es la naturaleza del mismo, la naturaleza contractualista, la naturaleza jurisdiccionalista y la naturaleza mixta.

No voy a hablar de los otros tipos de arbitraje; pero, sí quiero concentrarme en lo que es contratación pública, muy brevemente, con la siguiente idea: si el arbitraje de contratación pública es obligatorio porque lo dice la ley, entonces, su origen no es contractual, en consecuencia, tampoco es mixto; su naturaleza es preponderantemente jurisdiccionalista, el árbitro ejerce su competencia en materia de contratación pública porque lo dice la ley y las partes van al arbitraje porque lo dice la ley. Entonces, cierto es que durante el desarrollo procesal, hay algunos márgenes que, obviamente, van a corresponder al consenso entre las partes, pero el origen del arbitraje en contratación pública, siendo que es obligatorio porque lo dice la ley, en verdad tiene poco de contractual, más tiene de jurisdiccional, en todo caso.

Una tercera característica del arbitraje de contratación pública es la especialización de los árbitros. Vamos a ponerlo en paralelo, dentro de lo que es el arbitraje privado, para poder ser árbitro, hay mayor margen de libertad y lo que dice la Ley de Arbitraje es que cuando se trata de un arbitraje de derecho, tiene que ser abogado; en el caso de contratación pública, los requisitos son mayores, sobre todo si vas a ejercer tu condición como árbitro único o como presidente del tribunal arbitral.

¿Cuáles son esas características? Son lo que se llama la triple acreditación. La primera de ellas es acreditar especialidad profesional y académica en lo que corresponde a contratación pública; tienes que manejar contratación pública. Otra característica es que acredites especialidad en derecho administrativo, por la enorme vinculación que tiene la contratación pública con el derecho administrativo; y, obviamente, porque todos los actos que se vayan ejerciendo y ejecutado durante la ejecución contractual, tienen naturaleza administrativa. Entonces, necesitas acreditar especialidad en derecho administrativo. Y, como cae de suyo, casi obvio, tienes que acreditar especialidad en arbitraje. Entonces, hay una triple acreditación, tanto para árbitros únicos, como para los que son presidentes de tribunales colegiados.

Hay algunas otras atingencias que la norma establece como, por ejemplo, el hecho de que los árbitros que designen las entidades tienen que ser especialistas, al menos, en contratación pública. Para los árbitros que seleccionen los contratistas, no se coloca ningún tipo de requisito, depende del contratista, depende del empresario a quién designa. Pero, paradójicamente, lo que se ha visto en la práctica es que muchas veces el sector privado escoge mejor sus árbitros que el sector público. Ésas ya son paradojas, como les digo, de la aplicación regular.

Entonces, hay un mayor requisito cualitativo para los árbitros en materia de contratación pública.

Otra característica que tiene ese mecanismo de solución de controversias, es que los arbitrajes son de derecho y se resuelven conforme al marco legal, no puede haber un arbitraje en contratación pública de equidad, no estoy diciendo que el Estado no tenga arbitrajes de equidad, porque sí tiene arbitrajes de equidad, algunos; pero, fuera de la norma, de la Ley de Contrataciones. Dentro de la Ley de Contrataciones, todos los arbitrajes son de derecho, sujetos al marco legal, ¿a cualquier marco legal?, no. Ahí viene la otra característica, una quinta característica en ese sentido.

Tanto las partes como los árbitros, se sujetan a una prelación normativa. Cuando resuelves una controversia en contratación pública, o ejerces defensa o te defiendes, en un arbitraje de contratación pública tienes que tomar en cuenta necesariamente una prelación normativa. ¿Cuál es la primera?, la Constitución; ¿cuál es la segunda?, la Ley de Contrataciones; la tercera, el Reglamento; la cuarta, las normas de orden público; y, la quinta, de manera supletoria, las normas de derecho privado.

No es como lo que ocurre dentro del arbitraje de derecho privado, en el que se da a los árbitros una mayor discrecionalidad y margen para escoger y determinar la fuente aplicable. En la materia que estamos comentando, tienes una jerarquía normativa a la cual te sometes, la que, obviamente, tienes que conocer porque, de lo contrario, vas a laudar fuera del marco que se espera.

Una sexta característica, y ésta sí es bastante notoria, son los márgenes de transparencia. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje privado, los márgenes de transparencia en el caso de la norma de contratación pública, están mejor desarrollados. Por ejemplo, tres detalles muy saltantes: todas las instalaciones de los tribunales arbitrales, se tienen que registrar en el Seace, se tiene que reportar en el Seace cuando un tribunal arbitral se instala, eso es público y, en caso de que no se haga, la entidad está sometida a un procedimiento, a una falta administrativa.

Una segunda manifestación de esa transparencia, es que los laudos son públicos, claro, no están sistematizados, pero son públicos. Ustedes quieren conocer qué se resolvió en el caso del Gobierno Regional de Junín con la Constructora «Bob el constructor», lo ven en el Seace; quieren conocer qué se resolvió en el arbitraje entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Consorcio. «El lado oscuro», lo ven en el Seace; los laudos son públicos.

Y otra manifestación es que en materia de contratación pública, las resoluciones sobre las recusaciones de los árbitros también son públicas.

Un árbitro ha recibido setenta recusaciones, como hay en la práctica, ustedes lo pueden *googlear* y lo pueden encontrar, alguien ha sido recusado ocho veces y ninguna recusación ha sido fundada, lo van a encontrar, ¿de acuerdo? Lo que en arbitraje de derecho privado no existe.

Ahora, ya para cerrar, lo siguiente. Si bien es cierto, el margen de transparencia se ha desarrollado en el arbitraje de contratación pública, a diferencia del derecho privado, tienen que recordar ustedes, sobre todo ustedes que son muchachos y, próximamente, van a ejercer la profesión, desde el sector público o desde el sector privado, es que transparencia no es lo mismo que probidad. Entonces, ¿qué es lo que todavía falta desarrollar e implementar mecanismos de mejora?, es en el desarrollo de la probidad. Bueno, vamos a ver cómo devienen los hechos y vamos a ver qué cosa se está implementando sobre el particular.

Bien, eso es todo. Muchas gracias.

EL ARBITRAJE Y LA RECUSACIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIONES

*Alberto Retamozo Linares**

Qué gusto de conocer la Universidad Continental; la había conocido en Lima, ahora ya sé que está mejor por acá. Está bien, hay un ambiente para estudiar, importante, buena infraestructura y también hay un muy buen ánimo para hacerlo. El hecho es que están realizando ya su tercer congreso, no se quedaron en el primero, porque normalmente

* Doctor en derecho y ciencia política, magíster en derecho civil y abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, es magíster en sociología y licenciado en sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vice-rector Académico de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vice-Decano de Investigación y Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y Director de la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia de la misma casa de estudios. Autor de diversos libros y artículos sobre la materia.

realizan el primer congreso y nunca se sabe del segundo; pero, aquí ya estamos en el tercero y con seguridad va a haber un cuarto. Eso es, la verdad, meritorio, apláudanse ustedes porque se lo merecen, felicitense ustedes, la verdad es un gran esfuerzo, van por buen camino muchachos.

Bien, mi exposición va a tener dos partes, una que no pensaba que iba a haber y la segunda que sí pensaba que iba a haber. La que no pensaba que iba a haber es porque he escuchado las intervenciones de distinguidos colegas, con los cuales discrepo fraternalmente, porque además de ser árbitro, soy hace veintitrés años profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Entonces, cada año recibo 300 alumnos o 350 alumnos ilusionados por querer ser abogados y voy viendo cómo crecen, y me los encuentro en la vida pública y, cuando nos estamos ganando la vida, nos encontramos con un cliente, «yo lo vi primero», nos empezamos a pelear por el cliente; pero, es el compromiso que sigo teniendo con ellos y espero seguir teniéndolo hasta que la Ley Universitaria me lo permita.

Por eso es que comienzo preguntándoles lo siguiente, muchachos, ¿cuántos de ustedes quieren ser árbitros? Levanten la mano, no tengan vergüenza, ¿a cuántos de ustedes cuando terminen les gustaría ser árbitros?, uno, dos, ¿y el resto?, penalistas escuchando un congreso de arbitraje. Presumo que hay un buen interés, sólo que no les gusta levantar la mano, por eso se han sentado atrás, tampoco les gusta intervenir.

Bien, ¿a qué voy con esto?, a que si quieren ser árbitros con esta Ley de Arbitraje y con este reglamento, no lo van a ser, así de claro, no lo van a hacer, ni sueñen. Van a pasar veinte años, de repente, quince años, que tengan un poco de kilometraje y tengan buenos contactos y les voy a decir por qué. Pero, antes necesito definir algunas cosas, con el permiso de los organizadores, por favor.

Primero, el derecho se mueve en el mundo de las formas, es lo que se denomina la falsa conciencia, es la realidad aparente, no es lo que es,

lo que es, es la realidad; el derecho, te dice lo que quieras que sea, por eso el derecho se mueve en la falsa conciencia. Si ustedes llevan un curso de Contratos, en la parte general les van a enseñar la autonomía de la voluntad y van a creer que, efectivamente, existe la autonomía de la voluntad y que tienen autonomía para vender o no vender y para poner el precio si quieren, eso es mentira, porque el derecho, en realidad, lo que está encubriendo detrás del discurso ideológico, son las relaciones económicas, nadie es libre de comprar o no comprar, hagan la prueba. Mañana, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no compren y no compren pasado mañana y no compren nada, no cambien y vean si es que pueden seguir viviendo o, por último, decidan ponerle el precio que se les ocurre y vean si es que alguien les compra, porque tanto el precio como el intercambio, son independientes de nosotros en una economía mercantil.

En realidad, todos nosotros somos portadores de mercancías y las mercancías tienen su propia vida y concurren al mercado; lo que hace el derecho es encubrir, te habla de la capacidad para contratar, te habla de los contratos *ad solemnitatem, ad probatum*, te habla de todo eso; pero, no te habla de las relaciones económicas.

En el arbitraje, pasa algo muy similar. Detrás de todo el discurso de si el arbitraje institucional es bueno y el arbitraje *ad-hoc* es malo, lo que se encubren son relaciones económicas. Les voy a decir por qué. Miren, cuando uno habla de arbitraje, está hablando de servicios arbitrales, aparte de la controversia que está en disputa, está hablando de servicios arbitrales y los servicios arbitrales están compuestos por dos elementos, los honorarios de los árbitros y lo que cobra la secretaría arbitral, eso es lo que está en el tema, aparte de lo que es objeto de la controversia.

Muy bien, eso es uno. Dos, ¿han escuchado hablar de economía oligopólica?, ¿saben qué es una economía oligopólica? Les voy a poner un ejemplo, ¿cuántas fábricas hacen fideos en el Perú?, si van a contar, van a ver que tres; ¿cuántas fabrican cerveza?, una; ¿cuántas fabrican leche?,

una, dos, tres, con suerte; ¿cuántas fabrican gaseosas?, dos, tres, cuatro, no hay más. Ésa es una característica estructural de nuestra economía, somos una economía oligopólica, es decir, pocas empresas controlan el mercado y eso les permite jugar con precios, eso es la economía oligopólica.

Algo similar está pasando en el mundo del arbitraje por estas modificaciones que ha hecho el 1341 y que ya venían materializándose en la 30225; y, para eso, se han valido de un discurso, el arbitraje *ad-hoc* es malo y el arbitraje institucional es bueno. Lo curioso es que los actos de corrupción están sucediendo en las instituciones arbitrales, quizás hayan sucedido también en el arbitraje *ad-hoc*. Para simplificar, el arbitraje *ad-hoc* es cuando las partes deciden resolver las controversias entre ellas y designan a los árbitros; el arbitraje institucional es cuando van a una institución arbitral para que ahí se resuelva y ellos hagan función de secretaría arbitral. Más o menos es eso. Entonces, puede ser que en el arbitraje *ad-hoc* también se haya dado y esto nos demuestra que la ética no tiene patente, no hay dueños de la patente de la ética. Otro punto, el tema de la moralidad no es un tema institucional o un tema de *ad-hoc*, es un tema personal, la ética es un tema personal y la división entre moral y derecho la hizo Kant hace muchos siglos.

Entonces, en este contexto de discusión, yo me puse a averiguar la vez pasada, busqué lo siguiente, ¿qué entidades están concentrado la mayor cantidad de arbitrajes? y llegué a una conclusión, una que ya venía de antigua data y que manejaba arbitraje privado y arbitraje en contrataciones del Estado; otra, que estaba concentrando el arbitraje, pero, solamente, en contrataciones del Estado; y, la tercera, que también tenía privado y contrataciones del Estado. Muy bien, primer dato, hay tres jugadores en el mercado que hacen las labores de secretaría arbitral.

Segundo dato, me puse a averiguar quiénes son los árbitros; es más, dije: ¿quiénes son los árbitros que se repiten?, ¿cuántos árbitros se repiten en las tres instituciones más grandes?, 77 árbitros. Había 500 y pico

de árbitros entre los tres registrados, y se repetían 77 árbitros, es decir, 77 árbitros estaban en las tres instituciones. En una economía de libre mercado, pues quien está inscrito en las tres, es decir, los 77, tiene mayores posibilidades de ser designado que uno que no está en la nómina o que uno que, estando en la nómina, está sólo en una.

Y, ¿por qué es importante? Porque estas instituciones arbitrales, lo que hacen es concentrar una de las variables del negocio, que es el cobro por lo que serían las secretarías arbitrales. Y, ¿quiénes eran antes en la secretaría *ad-hoc*, los secretarios arbitrales?, chicos como ustedes, que estaban terminando la carrera, que les gustaba el arbitraje y entraban de secretarios, ahora ya no pueden porque se les ha reducido tremenda mente.

Entonces, cuando salió el reglamento de acreditación de instituciones arbitrales, la cosa se agravó, no sé si lo han leído, pero pedían tantos requisitos, que eso era así como las bases con foto, las bases totalmente direccionaladas, igual, esos requisitos estaban totalmente direccionalados, solamente podían cumplirlos, A, B y C, nadie más, el resto de instituciones chiquitas que antes administraban *ad-hoc*, muertas. Miren lo absurdo, le pedían a las instituciones pequeñas que antes administraban *ad-hoc*, cinco años de experiencia en administrar arbitrajes institucionales, imposible tenerlos, pues, porque nunca habían llevado un arbitraje institucional. Bien, esto significaba que no podían postular.

El otro tema es la nómina de los árbitros. Entonces, tienes que solamente participan en estos arbitrajes los árbitros que están en la nómina, con lo cual, todos ustedes, incluyendo a mis alumnos, incluyendo a toda la gente que de alguna u otra manera no se puede conectar a este tipo de instituciones, va a quedar fuera del arbitraje y el arbitraje va a quedar simplemente como una disquisición académica.

Esto, yo no lo comarto, en esto, yo no creo, porque estás en una economía de mercado, no hay que generar mercados oligopólicos, no

hay que ser excluyente, hay que promover la integración de los jóvenes, hay que impulsar la formación de los jóvenes, hay que darles una ilusión de trabajo. Ésa es mi posición respecto a este punto y la tengo que decir en mi condición de docente universitario.

Bien, ahora sí entro a mi tema. Aquí viene con tanto cariño que le tengo a mis alumnos, y les voy a decir lo que me pasó una vez y fue lo que motivó este trabajo que empecé a escribir; estaba en un arbitraje, me estoy instalando en el OSCE y me recusan, ¿motivo de la recusación?, «usted ha sido profesor del procurador», me recusaron porque yo había sido profesor del procurador. Ésa es la anécdota, eso me motivó a escribir esto. Yo les dije «sí, pues, he sido profesor del procurador»; pero, también había sido profesor de los otros dos árbitros, porque con tantos años ya uno ha hecho este tipo de seminarios, había sido profesor del abogado de la parte que me estaba recusando y había sido profesor del personal del OSCE que me estaba apoyando en el momento de la instalación, es decir, había sido profesor de todos; sin embargo, me plantearon una recusación.

Y eso, ¿a qué se debió?, la recusación se fundaba en la duda, había duda porque yo había enseñado y habían publicado un video, como los que hay acá, habían presentado un CD, diciendo que, efectivamente, ahí aparecía el procurador asistiendo a mi curso. Entonces, esta vez, decidí aprovechar la oportunidad y trabajar un tema, la duda justificada en arbitraje, la facticidad de la causal de recusación en la Ley de Contrataciones del Estado, la facticidad de la duda justificada, cómo se materializa la duda justificada.

La doctrina, y aquí estoy ya planteando el problema, la doctrina nos habla de la duda en general; pero, la normativa habla de la duda justificada. Miren ustedes, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje vincula dos cosas, obligación con causal de recusación, es decir, ¿de qué tienen obligación los árbitros?, de permanecer independientes, imparciales y de revelar cualquier información que pueda tener, que pueda afectar el

proceso; y, la causal de recusación, que existan dudas sobre la imparcialidad e independencia. Hasta ahí todo bien.

El artículo 129 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, habla de la obligación de permanecer los árbitros independientes e imparciales; pero, el 192.2 habla también de que debe informar y siempre va por las dudas justificadas. El 193 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, igual dice «duda justificada respecto de la imparcialidad o independencia». Por lo tanto, la duda justificada pasa a ser el sustento importante en la recusación, puede haber otros, pero la duda justificada es clave.

Y la doctrina no habla de duda justificada, la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado hablan de duda justificada, es decir, a la duda le ponen apellido, ¿de acuerdo?, porque la duda es, simplemente, la incertidumbre sobre la verdad de un hecho; mientras que la duda justificada sería, en realidad, la percepción objetiva de algo, de un hecho, la materialización, y ¿por qué se da esto?, porque es necesario precisar, en un mundo que, como el arbitraje administrativo, se mueve por el principio de legalidad, es necesario precisar cuáles son estas dudas justificadas. Para ello, revisé también el tema de las obligaciones y la sanción por incumplimiento.

Hay un tema. Los árbitros tienen varias obligaciones. Cuando yo tengo una obligación, el incumplimiento me acarrea una sanción, yo tengo una obligación, debo de hacer algo, no lo hago, me sancionan. Entonces, ese incumplimiento de la obligación es un incumplimiento por comisión, no cumplí mis funciones, incumplí mis obligaciones; por lo tanto, esa falta me la imputan, ¿de acuerdo?

Entonces, cuando tratamos el mundo de las obligaciones, tenemos éstas: independencia, imparcialidad y deber de revelación. Son causales de recusación, es cierto, pero también son obligaciones de los árbitros. Entonces, empiezo a juntar obligaciones con causales de recusación y sigo llegando a la Ley de Contrataciones del Estado, me van a sancionar

cuando incumpla mi obligación; y, ¿quién me va a imponer la sanción? El Consejo de Ética, que está establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, va a sancionar a los árbitros cuando incumplan con este deber. Como es una falta, *nullum crimen sine lege*, tiene que estar preestablecida en la norma, reserva legal. Entonces, ¿qué es lo que hace la ley?, te establece estas faltas por vulneración a los principios y dice: «éstas van a ser desarrolladas en el Reglamento», norma remisiva, manda al Reglamento.

Entonces, el Reglamento en el 216, se encarga de establecer un conjunto de infracciones de los árbitros, que fue lo que me llamó la atención. Son supuestos de infracción ética, sancionables por el Consejo de Ética y esa configuración sería la dimensión fáctica de lo que es objeto de esta exposición, las causales de recusación. ¿Cuáles son los supuestos? Básicamente son dos, no ser parte del conflicto de intereses o no haber revelado en forma debida; pero, a la vez, que la infracción constituye una comisión, la duda justificada cuando uno la plantea, es parte de un riesgo.

En la gestión pública, en la administración pública, el riesgo es importante. Miren, están en un proceso de selección, no es que las bases vayan a estar direccionadas, pero pueden estarlo, ése es el riesgo. Como las bases pueden estar direccionadas, lo que tengo que hacer es tomar medidas para que no se materialice el direccionamiento de las bases, porque si se materializa el direccionamiento de las bases, ya no hay riesgo, hay falta, se materializó. Entonces, estas faltas que voy a mostrar más adelante, se refieren a la comisión, a la materialización; pero, cuando uno está en el arbitraje y lo recusan, ¿cuál es el temor de la parte que está recusando?, que el posible vínculo ponga en riesgo mi imparcialidad; por lo tanto, la recusación es por riesgo, el problema es que ese riesgo no está debidamente establecido, lo que incrementa tremadamente la discrecionalidad de una de las partes para recusar por lo que sea, como me pasó a mí, que me recusaron por ser profesor del procurador.

¿Cómo resolver esto? o ¿cómo tratar de aproximarnos a determinar cuál es la duda justificada? Para eso el propio Reglamento nos puede ayudar, así como lo hizo la Guía de Auditoría de Procesos de Selección, que estableció una serie de riesgos. ¿Qué es el riesgo, al final? Es una conducta expectativa, la que hay que evitar que se concretice.

Acá están los supuestos. La facticidad de la duda justificada respecto a la independencia, ¿cuáles serían los riesgos de conflicto de intereses?, rápidamente, ahí tienen toda una relación, que exista identidad entre el árbitro y una de las partes; la representación legal asumida por el árbitro; el árbitro es o ha sido gerente, entre otras cosas; asesoramiento regular del árbitro; el árbitro o su empresa o despacho mantiene o mantuvo una relación personal. Ahí se estarían estableciendo criterios de riesgo. Claro, para la norma de contrataciones esto es infracción, es cómo se materializa la infracción, porque es por comisión. El árbitro con el abogado, asesor o representante forman o han formado parte del mismo despacho, mantienen o han mantenido cualquier tipo de relación comercial.

La facticidad en la relación con el deber de revelación. Veamos, respecto a la independencia. El árbitro o su empresa o despacho, con anterioridad a la designación o en la actualidad, representa, asesora o mantiene algún tipo de vínculo relevante y vean la cantidad de ítems respecto al deber de revelación.

Entonces, viene el segundo punto, ¿cuál es la facticidad de la duda razonable respecto de la imparcialidad en conflicto de intereses? Igual tiene una relación, que es parecida pero no es igual a la anterior. Sigue la relación, son conductas fácticas y, respecto al deber de revelación, aquí tienen igual.

Entonces, ¿a qué viene la exposición?, ya finalizando, que en un escenario como el descrito en el ámbito del arbitraje, en el día a día del arbitraje, los árbitros estamos expuestos a la recusación, pero la re-

cusación muchas veces es una medida dilatoria, lo que tenemos que establecer son causales específicas de recusación, como creo que existe en Colombia, causales específicas de recusación. Ésta es la vía para determinar las causales específicas de recusación, que son amplias, que son más que las que indicó el doctor que expuso hace un momento respecto de Colombia, son muchas más. De esa manera, le damos garantía al árbitro para el desarrollo de su actividad profesional, le damos garantía de continuidad al proceso y si hay alguna causal específica y fundada de recusación, bien recusado está por haberse metido en un arbitraje, donde sabía que iba a tener problemas.

Muchas gracias por su atención y disculpen la molestia, hasta luego.

**CEREMONIA DE DISTINCIÓN ACADÉMICA AL DOCTOR
LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA**

Palabras del doctor Luis Andrés Cucarella Galiana

Buenas noches para todos. La verdad es que ¿uno qué tiene que decir en este momento?, ¿qué pasa en la cabeza de una persona cuando se le reconoce públicamente en una universidad tan prestigiada en un país que no es el mío, que se lleve a cabo ese reconocimiento? Bueno, pues, obviamente, lo primero que tengo que hacer, es decir, una palabra y esa palabra es «gracias», ¿gracias a quién?; pues, gracias a la institución, a esta casa de estudios, a esta *alma mater* que pasa a ser ya mía, que es la Universidad Continental.

Obviamente, este agradecimiento va dirigido de manera muy personalizada al magnífico rector de la universidad, al excelentísimo señor decano y al señor secretario general de la universidad; pero, espero que este agradecimiento llegue también a las demás autoridades de la Facultad de Derecho, que desde el año pasado me invitaron a intervenir en este congreso, al que este año, con gusto, vuelvo por segunda vez.

Claro, en aquel momento se empezó a gestar una idea, que está siendo casi ya una realidad, que es la de conseguir la firma de un convenio marco entre la Universidad de Valencia y la Universidad Continental y, como les digo, puedo ya decirlo públicamente, ese proceso se encuentra ya muy avanzado y creo que eso es bueno porque, en definitiva, los convenios marco sirven para acercar las universidades, sirven para acercar a estos dos países hermanos, Perú y España y estas dos universidades que pasan a ser hermanas, la Universidad Continental y la Universidad de Valencia.

Gracias a ese convenio que arrancaba las tramitaciones el año pasado y que en breve podrán culminar, será posible que en un futuro se pueda realizar el intercambio de profesorado e, incluso también, la movilidad de estudiantes.

Y, si me permiten, es a esos estudiantes, a los que me quiero referir en esta recta final de estas breves palabras de agradecimiento. ¿Por qué? Pues, cuando yo estaba ahí sentado, ahí no, en mi universidad, pero estaba sentado ahí estudiando la carrera de derecho, tenía una ilusión, tenía una esperanza y un objetivo, ser profesor, profesor, conferencista y, en su caso, llegar a ser reconocido en el ámbito internacional. Ése era mi sueño, ése era mi objetivo y, bueno, por eso me apliqué y ahora que ustedes tienen por delante todo ese futuro profesional, que tienen que acabar su carrera y empezar a trabajar al servicio de su comunidad, yo les diría una cosa, ustedes cuando estén donde tengan que estar, cuando tengan que cumplir esos sueños a los que aspiran, tengan en cuenta que están en deuda con su universidad, agradezcan a la Universidad Continental lo que han recibido, la enseñanza que han recibido y esa formación que les han dado; pero, están también en deuda con su familia, pero, sobre todo, están en deuda con su país.

Yo creo que el mensaje que tiene que quedar hoy aquí, es que yo creo que tienen que hacer un Perú mejor, eso es para lo que tienen que dedicarse en esa formación y en ese futuro profesional. Los invito a que

esos sueños los escriban, a que aspiren a ellos, porque, como ven, el sueño que yo tenía en su día, acabó siendo realidad. Por lo tanto, luchen por esos sueños y trabajen por su universidad, por su sociedad y por su país.

Muchas gracias.

EJECUCIÓN DE LAUDOS Y TERCEROS

ALCANCES DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

En memoria de mi amado Padre Roger Vidal Roldán, quien ilumina mis pasos.

*Roger Vidal Ramos**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad San Martín de Porres

Sumario: 1. Convenio arbitral.— 2. Laudo.— 3. Ejecución de laudo.— 4. Casos hipotéticos.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

Palabras clave: Convenio arbitral / Ejecución de laudo / Terceros

* Magíster en derecho civil y comercial y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuenta con segunda especialización en derecho ambiental y recursos naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y estudios de Postgrado en la Programa de Formación de Árbitros de la Universidad ESAN y Organismo Superior de las Contrataciones Estatales (derecho administrativo, contrataciones estatales y arbitraje). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo (Trujillo). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Fundador del Estudio Vidal Abogados. Árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

1. CONVENIO ARBITRAL

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general; y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que en el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.¹

A nuestro entender, el convenio arbitral, como manifestación de voluntad constituye un pacto que contiene dos características, siendo la primera los efectos procesales, por cuanto la naturaleza del convenio arbitral constituye una obligación de acudir en caso de controversia o incertidumbre a la vía arbitral; de no existir un conflicto o posible litigio, el convenio arbitral sería una «cláusula» que quedaría en absoluto reposo, sólo se activaría única y exclusivamente cuando cualquiera de las partes de una relación jurídica sienta que no existe equidad o justicia entre los derechos y obligaciones. En ese momento es cuando el convenio arbitral cobraría efecto jurídico y se encaminaría a erigir la llamada justicia arbitral. Es fundamental que las partes contratantes o las personas a título individual, tengan el pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que el convenio arbitral sea suscrito en una forma correcta, completa, precisa y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil (en adelante, CC) sobre la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los libros de derecho de las obligaciones y contratos.²

¹ MERINO MERCÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, t. I, 3.^a ed., p. 257.

² VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». En *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil - Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 153.

Todo convenio arbitral imperfectamente redactado, ambiguo, impreciso y sin que se encuentre compuesto por sus elementos esenciales, siempre será factible que pueda ser declarado nulo, vía recurso de anulación de laudo, lo cual perjudica los derechos contractuales de las personas naturales y jurídicas, siendo, por este motivo, indispensable contar con una asesoría legal idónea en materia arbitral que tenga por finalidad que la suscripción del «convenio arbitral» revista toda la protección y finalidad alcanzada por las partes contractuales. Sólo de esta forma se estaría logrando que el «pacto arbitral» siga siendo una institución que brinde seguridad jurídica y constituya el primer paso de un acceso amplio, sencillo y preciso a la justicia arbitral.

Para la concepción material del convenio arbitral, la obligación compromisoria es plenamente patrimonial. Por el contrario, la tesis formal viene a propugnar la idea de que los contratos procesales, y entre ellos el convenio arbitral, generan obligaciones imperfectas sin responsabilidad. Pero, esa imputación se hace, en nuestra opinión, arbitrariamente, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1254 del CC para todo contrato (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio) sin otro fundamento que el propio apriorismo dogmático y, en última instancia, como se desprende existe una concepción en exceso estatalista del derecho y la jurisdicción.³

En todo caso, cabe preguntarse si la propia prestación en la que consiste la obligación compromisoria tiene el valor pecuniario. En este sentido Emmanuel Gaillard, citado por De Benito Llopis Llombart, precisa: «El valor económico del convenio arbitral suele ponerse en manifiesto en su frustración o incumplimiento. En efecto, en muchas ocasiones, la cláusula compromisoria, no es objeto de una negociación realmente consciente, o sencillamente se evita hacer excesivo hincapié en el método de la resolución de disputas, como para alejar, en el momento

³ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria)*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2010, 1.^a ed., p. 148.

del acuerdo, la propia eventualidad del desacuerdo. Sin embargo, la elección de un método inapropiado de resolución de controversias puede comprometer el equilibrio económico del contrato y descabalar por completo los cálculos de las partes negociadoras.⁴

Es importante considerar que al margen de las obligaciones procesales del convenio arbitral de hacer (entregar bien cierto en ejecución de laudo), dar (pago honorarios arbitrales) y no hacer (no revelar la confidencialidad), se generan obligaciones patrimoniales, tal cual se desprende del derecho de las obligaciones, que implican entre los árbitros y las partes (o viceversa), a continuación establecemos los siguientes supuestos:

- a) La ley arbitral peruana, prescribe que en un supuesto, de que el tribunal arbitral, laudara fuera del plazo, incurría en una causal de anulación del laudo, incumplimiento arbitral grave, lo que habilita que la parte perjudicada (vencedora), podría interponer una demanda de daños y perjuicios, en contra del tribunal arbitral por el incumplimiento (según sea pertinente por culpa, culpa inexcusable o dolo) a lo pactado en el convenio arbitral, acta de instalación del tribunal arbitral, o al reglamento institucional. Consideramos que el cálculo de daño emergente y lucro cesante tendrían el debido sustento jurídico y económico para imputar responsabilidad a los árbitros.
- b) Un tema de vital importancia a efectos de que la *litis* arbitral, se mantenga en curso, se encuentra representado por el pago de los honorarios arbitrales, estableciéndose la regla de que si la parte demandada o demandante, incumplan con el pago de los honorarios se genera la subrogación activa (paga demandante), pasiva (eventualmente demandado) o la parte interesada en el proceso, cubra la totalidad de los honorarios. En tal sentido, resulta una obligación de dar suma de dinero que será establecida

⁴ *Ibidem.*

como contraprestación en favor de los árbitros, a fin de que el proceso mantenga su secuela y que será establecido en el laudo en los costos y costas.

- c) El cumplimiento del principio de confidencialidad, resulta de práctica indispensable durante la secuela de todo el proceso arbitral, en un supuesto de mala fe procesal arbitral, una de las partes procesales incumpliera, esta regla y ventilara supuestos como el reconocimiento de obligaciones contractuales, ofrecimiento de medios probatorios o acuerdos de conciliación o transacción, podrían generar incentivos para que potenciales demandantes o partes no signatarias, puedan interponer nuevas demandas arbitrales o judiciales, generadas por la ventilación de información confidencial; la parte perjudicada podría interponer las acciones de daños y perjuicios, contra los árbitros (si fueran los generadores de la infracción a la confidencialidad), la contraparte procesal y pudiéndose hacer extensivo a los peritos, testigos y órganos jurisdiccionales de apoyo al tribunal arbitral (medidas cautelares o ejecución de laudo).

2. LAUDO

Es aquel acto procesal, mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; también puede ser considerado como «laudo final» aquél que culmina la tarea de los árbitros, luego de haber dictado uno o más «laudos parciales».

También puede ser definido como, aquel fallo que resuelve de manera definitiva todas las controversias sometidas a conocimiento del tribunal arbitral y que una vez emitidos implican la culminación de las funciones de los árbitros. Siempre existirá un último (o a veces un único) laudo con el que los árbitros darán por concluidas sus funciones, pero, durante la tramitación del procedimiento arbitral tendrán la facultad (salvo pacto contrario de las partes) de emitir uno o más laudos. El

ejemplo típico de laudo final, se da cuando el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; sin embargo, también puede ser considerado como laudo final aquél por el cual culmina la tarea o las obligaciones (procesales y/o contractuales) de los árbitros, luego de que se hayan dictado uno o más laudos parciales.

2.1. Laudo parcial

Está referida aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento del tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver el resto del conflicto. Otra parte de la doctrina denomina a los laudos parciales, «laudos interinos o laudos interlocutorios».

2.2. Laudo por acuerdo de las partes

Si en el transcurso de las actuaciones arbitrales, las partes llegaran a un acuerdo por transacción o conciliación; las partes podrán formalizar su acuerdo a través de un contrato de transacción y darán por concluido el arbitraje; o, pueden optar por solicitarle expresamente al árbitro que formalice su acuerdo a través de un laudo arbitral, con lo que otorgarán a su acuerdo privado la autoridad y efectos propios de una sentencia con calidad de cosa juzgada. En este último supuesto, cabe la posibilidad a los árbitros de negarse a la solicitud de las partes de formalizar su acuerdo privado en un laudo arbitral; esto sucederá cuando el árbitro inequívocamente verifique que la transacción viola disposiciones de orden público o se ha realizado sobre derechos no disponibles. La Ley de Arbitraje (en adelante, LA) establece que el laudo arbitral que tiene como origen una transacción, tiene la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia; siendo que el laudo producirá los efectos de una sentencia.

3. EJECUCIÓN DE LAUDO

El artículo 59 de la ley arbitral, establece que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene «efectos de cosa juzgada». En la intención del legislador arbitral estaba que en caso de incumplimiento no se requiriera la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de llevarlo a ejecución. De allí que en el párrafo final del artículo 59.3 nos da a entender que la ejecución es la *extrema ratio* «Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67». Sin embargo, el intento es fallido: las partes no pueden otorgar facultades «para la ejecución», pues ello no está en su esfera de disponibilidad. Así que se quiera o no frente al incumplimiento de fallo del laudo no habrá más remedio que acudir al Poder Judicial.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen a través de la ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, quienes han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia.⁵

Como bien señala Roque Caivano,⁶ la función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, no es la de emitir una sentencia,

⁵ MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley n.º 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004, p.163.

⁶ CAIVANO, Roque, citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2010, n.º 10, p. 90.

ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral; se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado. En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo, no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos efectuado por el árbitro ni lo resulto por éste.

En rigor, todo lo que implique el uso de fuerza está vedado a los juzgadores privados, y ello no sólo en relación a la actividad ejecutiva en estricto, sino también en relación a la propia actividad declarativa: así, los árbitros no cuentan con poder coercitivo para, p. ej., hacer concurrir con el auxilio de la fuerza pública a un tercero a los efectos de que preste una declaración testimonial. En tales casos, de surgir resistencia del tercero, deberán recurrir a la autoridad judicial a fin de que le preste su «colaboración» para la actuación de la prueba: y lo propio ocurrirá, si debiéndose realizar una inspección se encuentran con resistencias para su realización. Vale decir que cuando exista un obstáculo (cualquier obstáculo) que implique el uso (o la amenaza del uso) de la fuerza pública, siempre deberán recurrir a su depositaria: la organización judicial pública.

Resulta claro que los árbitros no cuentan con *poder* y *autoridad* para imponer *directamente* y con la *fuerza* sus propias decisiones, si bien la LA ha otorgado sí un poder que no emana de las propias partes: el *poder cautelar*, pero se lo ha otorgado todas las limitaciones inherentes a unos juzgadores privados cuya fuente de autoridad es un acuerdo de partes (convenio arbitral) y que como tal no tienen poder de coerción: podrán *disponer* cualquier medida cautelar; pero, como veremos, no podrán *imponerla*, pues su «ejecución» correrá a cargo de los jueces y sus auxiliares.

El laudo es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación, pero el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución (siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la

ejecución), que se alzara en cualquier caso cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del ejecutante de solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados.⁷

En España, se considera que el laudo goza, pues, de eficacia ejecutiva definitiva y, por eso, aparece incorporado a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El régimen de ejecución se equipara al de las resoluciones judiciales, por lo que se contiene una remisión en bloque a la ley procesal.⁸

Compartimos la posición de Rita Sabroso Minaya,⁹ quien sostiene:

Debemos recordar que los alcances del laudo deben circunscribirse a las partes que celebraron el convenio arbitral y que participaron en el proceso arbitral. Un laudo no surte efectos sobre terceros que no pudieron ejercer su derecho de defensa dentro del proceso arbitral mismo. Cuando los efectos del laudo se pretenden extender a terceros que no participaron en el arbitraje, deberán impugnar el laudo a través de la vía constitucional, en tanto exista una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales.

La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado.¹⁰

⁷ CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, 1.^a ed., p. 202.

⁸ *Ibidem*.

⁹ SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: febrero del 2012, n.^o 161, p. 33.

¹⁰ *Ibidem*.

3.1. Ejecución judicial: El laudo como «título de ejecución»

En el derogado artículo 713 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) establecía «título de ejecución» como el «laudo arbitral firme». En rigor el «laudo firme» no es el «título», sino que lo es el documento que lo contiene o, más precisamente, los documentos que nos señala el artículo 68 de la LA¹¹ (indicados como «anexos»): «copia del convenio arbitral, del laudo en primera instancia arbitral, del laudo en segunda instancia arbitral o de la sentencia judicial que resuelva la anulación en su caso». Cuando la ley nos indica que el laudo debe estar «firme»; significa que no es posible la ejecución pendiente los recursos pertinentes. Ergo, al igual que tratándose de las sentencias no es posible una ejecución basándose en un título aún no definitivo (o sea, no es posible la ejecución provisional). Tómese en cuenta que el laudo tendrá todo el valor equivalente a una sentencia que se quiera, pero dado que proviene de particulares está contenido en un documento privado.

¹¹ Decreto Legislativo que norma el arbitraje. «Artículo 68.- Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

El artículo 688, inciso 2,¹² del CPC y artículo 68 de la ley arbitral confluyen: «El laudo se ejecutará como una sentencia», tanto la ley especial como la general, mantienen coherencia.

Una vez presentada la demanda de ejecución (una demanda que debe reunir todos los requisitos del artículo 424 del CPC, en lo pertinente, pues es una demanda de ejecución), el juez debe dictar el llamado «mandato de ejecutivo, conforme a lo establecido en el artículo 690-C del CPC, en el cual se dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el laudo, bajo el apercibimiento correspondiente».

Cabe precisar que algunos juzgadores solicitan al ejecutante del laudo, que se adjunte copia certificada de la resolución que declare el consentimiento del laudo, lo cual resulta inconsistente y desnaturaliza el proceso arbitral, en estricto las funciones jurisdiccionales del árbitro o el tribunal culminan con la emisión del laudo, conforme al artículo 60¹³ de la ley arbitral, salvo que se faculte al tribunal arbitral competencia para la ejecución del laudo.

El juzgador, a fin de que el ejecutado ejerza su derecho de contradicción (artículo 690-D CPC), le otorgara un plazo de cinco días, que sustente su posición con medios probatorios idóneos respecto a los siguientes supuestos:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título.

¹² Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: «2. Los laudos arbitrales firmes».

¹³ Artículo 60.- Terminación de las actuaciones. 1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.

2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia.
3. La extinción de la obligación exigida.

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredeite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Es importante observar las reglas procesales del trámite que regula el artículo 690-E del CPC, a fin de que el juzgador, luego de un sencillo análisis, deberá pronunciarse respecto a la contradicción. En algunas oportunidades las partes vencidas (entidades en arbitraje en contrataciones estatales) de forma errada pretenden ejercer su derecho de «contradicción» cuestionando la validez del laudo o cuestionando los intereses establecidos, lo cual deberá ser observado por el juzgador, a fin de —sin mediar audiencia única— se sirva resolver la contradicción.

Es importante que el ejecutante pueda observar los artículos 716 y 717 del CPC; respecto a la ejecución del laudo sobre cantidad líquida, en consideración a que número de laudos establecen la orden de pago de sumas de dinero.

Condiciones de ejecución de laudo de acuerdo al CPC modificado.

- La ejecución de sentencia (firme) deja de ser concebida como la última fase del proceso declarativo (hoy, conocimiento, abreviado o sumarísimo), siendo entendida como un proceso del todo autónomo.

- La sentencia firme es considerada «título de ejecución» (art. 688 inc. 2), pasa a ser el presupuesto para iniciar el (autónomo) proceso de ejecución, siempre que ella reúna los requisitos sustanciales del artículo 689; o sea, contener una *obligación cierta, expresa y exigible*, y tratándose de dinero, *líquida o liquidable*, pero, nótese que tal liquidación debe poder ser realizada mediante «operación aritmética».
- Se prevé que en caso de que el «título de ejecución» condene al pago de cantidad ilíquida «el vencedor» debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o «en su defecto los que la ley disponga» (primer párrafo del art. 717), que no puede ser otro que la liquidación mediante simple «operación aritmética» (art. 689).
- El pago de lo liquidado por el ejecutante debe ser ordenado en el llamado mandato de ejecución (se infiere del segundo párrafo del art. 717 CPC).
- El ejecutado puede observar la liquidación « contenida en el mandato» dentro del tercer día, luego de lo cual el juez debe aprobar o desaprobar la liquidación.
- Tras la aprobación de la liquidación el juez debe disponer el embargo de los bienes del ejecutado, salvo que ya hubiera un embargo cautelar en cuyo caso se puede dar inicio a la «ejecución forzada» (léase: tasación, remate y pago; art. 716), conforme a las reglas fijadas en el artículo 725 y ss.

3.2. *La «oposición a la ejecución». Contradicción entre la ley arbitral y el Código Procesal Civil*

El proceso de ejecución es el mecanismo que se utiliza para lograr la satisfacción o materialización de la obligación contenida en el título, en

un escenario de garantías y de exigencias a través de la fuerza, en el caso que opere en el escenario judicial. La facultad de ejecución, permite el empoderamiento que hacen las partes del árbitro, a quien delegan no sólo el poder para que defina el conflicto, sino que éste pueda, además, ingresar a la ejecución de lo que defina; esta facultad es la expresión del ejercicio de la autonomía privada de voluntades, la misma que va a tener una limitante, cuando requiera recurrir a la fuerza para doblegar la resistencia del obligado. Bajo ese supuesto, será inoperante y sin éxito la ejecución del laudo en sede arbitral; por tanto, no habrá más alternativa que recurrir al poder de la jurisdicción para el ejercicio de la vis compulsiva.

Expuestos así los hechos, queda claro que la ejecución del laudo, puede ser abordada bajo un escenario arbitral o judicial. Ello estará en función de los límites de la autonomía de voluntad que las partes quieran ejercer en relación a la ejecución del laudo o la decisión final que ponga fin al proceso arbitral.

El elemento fundamental para que pueda activarse la ejecución del laudo en el escenario arbitral es la existencia de una declaración expresa de voluntad, que hacen ambas partes, para otorgar facultades a los tribunales arbitrales a continuar con la ejecución, el mismo que podría ser incorporado en el convenio arbitral, acta de instalación, reglamento arbitral o pactado por las partes durante el proceso con aceptación del colegiado.

Eso significa que los árbitros no sólo se deben limitar a conocer los hechos y declarar el derecho, sino que tratándose de prestaciones de condena que encierran obligaciones, también deben procurar la satisfacción de lo declarado, pues las partes les han facultado continuar con ese fin. La base legal la encontramos en el artículo 67.1 de la LA. Estas facultades de ejecución permitirán que los árbitros diseñen algunas estrategias para cumplir a cabalidad con la misión encomendada, como el requerir cartas fianzas para garantizar el cumplimiento de la pretensión dineraria; o pedir ser mandatario de las partes, para realizar

en su nombre la futura obligación de hacer, materia de la controversia; todo ello estará permitido por ser perfectamente disponible y porque es la expresión de la voluntad de las partes, como mecanismo para ingresar a la pronta ejecución de lo que se va a decidir en el laudo.

La delegación de facultades a los árbitros va a permitir la ejecución del laudo bajo dos fases. La primera que se iniciará en sede arbitral, y la segunda que continuaría en sede judicial. La ejecución del laudo en sede arbitral puede requerir de un procedimiento especial, el mismo que se agotará cuando, «a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública» (art. 67.2 del D. Leg. n.º 1071).

Esto significa que los árbitros, a pesar de contar con facultades de ejecución, pueden a su sola discreción, cesar su intervención, sin necesidad de realizar actos previos y de evidencia objetiva que permitan afirmar que no podían continuar con la ejecución encomendada.

Véase el caso en el que se ha dispuesto como parte de la condena en el laudo, la entrega de determinada maquinaria pesada a la parte vencedora, la misma que se encuentra en poder del demandado en un almacén determinado. Los árbitros podrían inferir que, pese al pedido formulado al vencido, el propio procedimiento arbitral para la entrega de las máquinas y la renuencia reiterada del demandado a cumplir voluntariamente con la entrega, llevaría a inferir que se va a requerir el uso la fuerza para vencer la resistencia de la obligada; fuerza que se va expresar en el uso de apremios, como el descerraje del inmueble donde se ubiquen los bienes y la extracción de las máquinas. Si los árbitros realizan una proyección de que se requeriría fuerza para materializar el laudo, se puede llegar a colegir que la fuerza es un atributo del que gocen éstos y eso no haría viable que ellos continuaren con la ejecución; todo lo contrario, la *executio* se constituye como uno de los poderes de la jurisdicción, a la que se tendría que recurrir inevitablemente.

La ejecución se inicia en sede arbitral y continúa en sede judicial. Como dice el artículo 67.2 del D. Leg. n.º 1071, si los árbitros deciden cesar en sus funciones, se entregará a la parte interesada, a costa de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Esta ejecución en sede judicial constituye la segunda fase de la ejecución. La primera ya se inició ante los propios árbitros o, lamentablemente, al no haber sido exitoso (porque se requería fuerza para vencer la resistencia del condenado) es que se opta por continuar la ejecución en sede judicial, pero con continuación de la jurisdicción arbitral, quienes darán por cumplida la obligación.

Es pertinente acoger la ley especial, la cual textualmente señala que la jurisdicción interviene para lograr que se cumpla el mandato de ejecución. En igual forma, cuando los árbitros piden apoyo a la fuerza judicial para efectivizar sus mandatos cautelares, la intervención se concretiza para el acto especial, el «mandato cautelar»; pero los árbitros continuarán asumiendo la competencia del arbitraje. Lo que la jurisdicción hace, no es asumir la competencia sino complementar la eficacia de lo decidido en sede arbitral, recurriendo para ello al uso de la fuerza, que sólo se puede ejercer a través de los órganos jurisdiccionales.

Para ingresar a la ejecución del laudo, en sede arbitral, no se requiere que el laudo esté firme, como sí lo exige el artículo 688.2 del CPC, al referirse al título ejecutivo en el proceso único de ejecución. La interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, como señala el art. 66.1 del D. Leg. n.º 1071, pero aquí hay que hacer una precisión.

La interposición del recurso por sí solo no es un acto que permita el efecto de la suspensión, como dice la ley, sino que éste puede llevar a que se admita o no la impugnación. Sólo en los casos que se admita

el recurso de anulación, se justificaría la suspensión de la ejecución, siempre y cuando se acompañe, además, la garantía a que refiere el art. 66.3 del D. Leg. n.º 1071. Esto significa que, frente al proceso de ejecución iniciado, éste se suspende hasta que el laudo se encuentre firme; pero, en el caso de la ejecución del laudo bajo las reglas del CPC, la exigencia de la firmeza como condición en el laudo, tal como lo exige el artículo 688.1 del CPC, ni siquiera permitiría promover la ejecución del laudo, pues una condición para que se promueva, es que el título se encuentre firme.

El CPC exige la firmeza del laudo para ejecución y la ley especial no exige esa condición; con el CPC ni siquiera se podría promover la ejecución a diferencia de la ley especial, que sería posible, sin perjuicios de que, posteriormente, se promueva su suspensión. El asunto de la firmeza aparentemente se complicaría, y merecería un texto contradictorio con el propio CPC (art. 688.2). Al respecto, debemos indicar que la ley especial prima en caso de procedimiento de ejecución a cargo de los árbitros. Optar por una u otra estará en atención a los límites de voluntad que las partes hayan establecido; lo que significa que si optan por la primera alternativa, todo el diseño a seguir para la ejecución de sus laudos, será el que regula la ley especial; pero, si se opta por ella, las reglas para la ejecución de los laudos serán las del CPC.

En el primer caso, una de las condiciones para ejercer la ejecución es que el laudo no se encuentre firme, y esa condición se va a mantener a través de todo el procedimiento, salvo que se pida la suspensión, como lo establece el art. 66 del D. Leg. n.º 1071; situación que no sucede en el segundo caso, en que el laudo tiene que estar necesariamente firme para ingresar a la ejecución de éste. Además, si se opta por la primera alternativa, vamos a tener un diseño que comprende dos fases para la ejecución. La primera, que se inicia en el propio escenario arbitral (art. 67 del D. Leg. n.º 1071) y la segunda, que continúa su ejecución —truncada— en el escenario judicial (art. 68 del D. Leg. n.º 1071).

En todo este recorrido, la idea central que acoge la ley especial y opera cuando hay facultades de ejecución para los árbitros, es que el laudo no requiere estar firme para su ejecución, esto es, en estas dos fases de recorrido, no se requiere que el laudo esté firme, ni siquiera para la ejecución judicial a que refiere el art. 68 del D. Leg. n.º 1071. Perfectamente, los efectos del laudo pueden ir materializándose, a pesar de que éste se encuentre impugnados, por el recurso de anulación. Solamente será posible suspender esta ejecución cuando se deposite una garantía bancaria; situación que no opera en los casos donde las partes no hayan dado expresas facultades de ejecución a los árbitros, pues aquí las reglas a seguir serán las que regulan el proceso único de ejecución y se requiere necesariamente la existencia de un laudo firme. Ésta es una situación diferenciadora, frente a la ejecución de laudos bajo las reglas del CPC. Aquí necesariamente se requiere que el título ejecutivo se encuentre firme.

En conclusión, de lo expuesto hasta el momento podemos afirmar que en la ejecución del laudo arbitral concurren dos situaciones. La que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución.

Según el artículo 690 del CPC el ejecutado puede formular «contradicción a la ejecución dentro de los cinco días de notificado». Esta «contradicción» sólo puede fundarse en que ya se cumplió lo ordenado o que la obligación se ha extinguido. Sólo se admite como prueba los documentos, los que deben acompañarse al escrito de «contradicción», pues caso contrario ella se declara inadmisible. Por su parte, el artículo 68 señala que la única oposición (oposición y contradicción son lo mismo) del ejecutado es aquella que se fundamente en que se cumplió con el mandato ejecutivo, en cuyo caso el juez suspende la ejecución. Ergo, los motivos de oposición (o si se quiere, de «contradicción») resultarían

ser tres: *a)* cumplimiento; *b)* extinción de la obligación por otra causa; y *c)* no firmeza del laudo. De acuerdo al segundo párrafo del artículo 690-D CPC, de la llamada contradicción se corre traslado al ejecutante por cinco días y, con la contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que declara fundada la contradicción es apelable con efecto suspensivo. Por tanto, la que la declara infundada y dispone que se siga con la ejecución lo sería «sin efecto suspensivo».

3.3. Continuación de la ejecución

Si es que no se promueve «contradicción» o si propuesta es desestimada, la ejecución debe continuar (en el lenguaje del CPC, «seguir adelante la ejecución»). Si se trata de dinero, el acto siguiente está indicado en el artículo 728 del CPC: se dispondrá la tasación de los bienes (se entiende embargados), con lo cual se inicia el procedimiento de remate, vale decir, el procedimiento «ordinario» para el supuesto en que no habiendo cumplido el deudor, se deba proceder al mecanismo sustitutivo enderezado a satisfacer los intereses crediticios, hasta llegar al llamado pago *ex* artículo 746 del CPC. Si no se trata de dinero, sino de un dar determinado, un hacer o un no hacer, el problema se complica, pues casi nada ha previsto el CPC al respecto. Por ello, amerita ver caso por caso.

3.4. Desarrollo del proceso de ejecución de laudo

El laudo consentido tiene el valor equivalente a una sentencia con la calidad de cosa juzgada, y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del D. Leg. n.º 1071.¹⁴ Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes en forma voluntaria el interesado podrá

¹⁴ Decreto Legislativo que norma el arbitraje. «Artículo 59.- Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

solicitar su ejecución forzada ante el juez o el tribunal arbitral. Ello generará dos supuestos diferentes que necesitan regulación.

3.5. Ejecución de laudo ante tribunal arbitral o árbitro único

De conformidad con la LA, la ejecución de laudo arbitral se inicia a solicitud de parte dirigida al tribunal arbitral o árbitro único, quien dispondrá su cumplimiento, pudiendo para dicho fin solicitar auxilio de la fuerza pública, siempre y cuando medie acuerdo para dicho efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.1 del D. Leg. n.º 1071.¹⁵ ¹⁶ En el supuesto de que no se cuente con acuerdo facultativo de ejecución en sede arbitral, con la emisión del laudo y sus sucedáneos cesarán las funciones del tribunal o árbitro único, y se dejará a salvo el derecho de las partes para que inicien la ejecución por vía judicial. Para

3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

¹⁵ Decreto Legislativo que norma el arbitraje. «Artículo 67.- Ejecución arbitral
1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. [...].»

¹⁶ Es necesario tener en cuenta lo indicado por Ana María Arrarte, quien precisa: «No es exacto afirmar que la jurisdicción de los árbitros concluya con la emisión del laudo arbitral. Si tenemos en cuenta que esta jurisdicción proviene del mandato de conferido por las partes, a través del consenso plasmado en el convenio arbitral, en nuestra opinión, es perfectamente posible sostener que la jurisdicción de los árbitros concluirá donde se agoten también las facultades a ellos conferidas. Las partes pueden otorgar a los árbitros facultades que les permitan asumir la dirección de la etapa de ejecución de su propio laudo arbitral, e incluso facultades de ejecución, en este último caso, siempre que éstas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza como mecanismo de coacción física». ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Diké*. Portal de información y opinión legal, p. 25. Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

dicho fin se hará entrega a las partes de las actuaciones arbitrales que requieran para dicho fin.

Asimismo, en caso de arbitrajes institucionales, si el reglamento del centro de arbitraje regulase la forma de ejecución, en este caso, dicha ejecución se somete a ese reglamento previamente aceptado por las partes, y en caso de resistencia, se procederá a ejecución con auxilio de la fuerza pública.

Los únicos requisitos/documentos que pueden exigirse para reconocer y ejecutar un laudo son: (1) el acuerdo arbitral; y (2) el laudo arbitral, los artículos IV de la Convención de Nueva York y 1462 del Código de Comercio son tajantes al respecto. No es necesario que sean transmitidos mediante algún método formal (como carta rogatoria) ni que se cumpla formalidad alguna adicional.¹⁷

Al respecto, el profesor Alfredo Bullard González precisa que la ejecución arbitral de los laudos:

[E]s mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública; en ese sentido, muchos actos de ejecución no requieren el uso de tal fuerza; inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar o llevar a cabo la venta de un bien, liquidar intereses, costos y costas, resolver oposiciones o cuestionamientos a la ejecución o a la forma como esta se está realizando; son todos actos de inmenso inventario, a que pueden ser llevados por los árbitros, sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública.¹⁸

¹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO. Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Porrúa, 2001, p. 738.

¹⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. SOTO COAGUILA, Carlos (editor) *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 748.

4. CASOS HIPOTÉTICOS

Los dos casos planteados mantienen dos litigios vigentes, que por temas de confidencialidad del arbitraje sólo se brindará detalles generales y distintivos. Estos casos se encuentran encaminados a reflexionar sobre la participación de los terceros ajenos al convenio arbitral y la problemática que se genera respecto a la ejecución del laudo, en los cuales se debe considerar indispensablemente los siguientes supuestos: a) desconocimiento absoluto del proceso arbitral y b) conocimiento del inicio de la controversia con la notificación de alguna carta notarial o con la notificación dando conocimiento del inicio del arbitraje.

4.1. Contrato de concesión y entidad municipal

Una entidad municipal, suscribe un contrato de concesión, en virtud del cual cede un conjunto de inmuebles, a fin de que puedan ser explotados por la empresa concesionaria, por el plazo de diez años, estableciéndose como contraprestación a favor de la Municipalidad, el pago del 30% de la utilidad mensual que perciba la concesionaria por cualquier ingreso económico, generado por la explotación de los inmuebles y ambientes materia de concesión.

La concesionaria, en ejercicio de su derecho de explotación (uso-disfrute), suscribe tres contratos de arrendamiento, a fin de que entidades financieras puedan ubicar cajeros electrónicos, un contrato de comodato con una ONG (promocionar sus fines ambientales) y en usufructo a título gratuito entrega un espacio para un restaurante.

La Municipalidad notificó a la concesionaria, con seis cartas de requerimiento de pago, expresando el reiterado incumplimiento de su obligación de pagar el 30% de la utilidad mensual. En forma posterior, la Municipalidad emplea la cláusula de resolución de pleno derecho y resuelve el contrato de concesión; luego, conforme al convenio arbitral, las partes recurren a la justicia arbitral con la respectiva solicitud y

demandada. Finalmente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y la entidad municipal solicita la ejecución de laudo contra los terceros ajenos al convenio arbitral, es decir, contra las entidades financieras, la ONG y el Restaurante.

4.2. Contrato de usufructo propietario versus gimnasio

Un propietario otorga en usufructo en favor de una empresa (gimnasio) los pisos cuatro y cinco de un inmueble, a fin de construir (diseño, acabados y afines) un gimnasio (de dos pisos), en el plazo de diecisésis meses y estableciendo como beneficio del propietario que cede los inmuebles, la retribución del 20% de las utilidades netas mensuales, una vez que el gimnasio se encuentre operativo.

De forma adicional, se estableció como causal de resolución de contrato, una condición suspensiva (construcción en diecisésis meses); de no existir construcción, el contrato se resolvería de manera automática.

El gimnasio estableció una obligación de no hacer, por la cual el propietario estaba impedido de ceder (título oneroso o gratuito) a terceros los inmuebles otorgados en usufructo durante dos meses adicionales de vencido el plazo, para los mismos fines comerciales (gimnasio).

Habiéndose cumplido el plazo de diecisésis meses, el gimnasio incumplió con las construcciones pactadas y no efectuó labor de obra alguna. Al día siguiente de cumplida la condición (suspensiva/resolutiva), el propietario mediante contrato de arrendamiento y usufructo, otorgó el piso cuatro a una cadena de restaurantes y el piso cinco a una academia de baile.

La empresa de gimnasio, presenta su solicitud de arbitraje ante el centro de arbitraje «litigios arbitrales», en la misma que solicita la resolución del contrato de usufructo por causa imputable al propietario, pago de daños y perjuicios, y mediante medida cautelar se le otorga la

administración temporal y el acceso a los ambientes otorgados en concesión de los pisos cuatro y cinco.

En forma posterior, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y el propietario, solicita la ejecución de laudo. Cabe preguntarnos cuál sería la suerte de los terceros, «cadena de restaurantes (piso cuatro) y la academia de baile (piso cinco)».

Sin perjuicio de lo que comentaremos en adelante, resulta pertinente tener en consideración lo afirmado por Rita Sabroso: En dicho Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del Lima del año 2010, se acordó que:

[E]n los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del laudo [...] laudo arbitral, sustentado y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad a la fecha de celebración [...] del proceso arbitral, en cual resolvió la desocupación del mismo —sin que él haya intervenido en dichos procesos—; la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente deberá ser amparada, pues de no ser así se estaría no sólo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente: derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.¹⁹

- El tercero debe sustentar y acreditar la posesión del inmueble que se ordena entregar, incluso antes del inicio del arbitraje; y
- El tercero no debe haber intervenido en el arbitraje.

¹⁹ SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral», art. cit., p. 32.

Si dichos requisitos se cumplen, el juez debe amparar la oposición del tercero a la ejecución del laudo, es decir, no se podría ejecutar el laudo arbitral afectando a dicho tercero.

En el caso materia de análisis, tenemos que se notificó a los terceros con la demanda de ejecución de laudo y uno de ellos se apersonó al proceso, incorporándosele como «tercero con interés». Sin embargo, dicho tercero no habría acreditado «tener título que legitime tal posesión sobre el bien».

No obstante, más allá de que el tercero no acreditó tener el título que legitime la posesión (requisito que no está contemplado en el Pleno Jurisdiccional, ya que en éste se establece únicamente que se acredeite la posesión, más allá de que sea con título legítimo), de la casación no se desprende que dicho tercero haya poseído el bien que se ordenaba entregar antes del inicio del proceso arbitral.

En tal sentido, en el caso concreto, no se habrían presentado los supuestos de hecho necesarios para que la oposición del tercero hubiese sido amparada. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el tercero tenía expedita la vía constitucional para impugnar el laudo arbitral que se pretendía ejecutar.

5. CONCLUSIONES

- Podemos establecer que en la ejecución del laudo arbitral, concurren dos situaciones para su ejecución. La que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución, dejándose establecida la ejecución de dos formas a) conforme a lo regulado en la LA, o b) con las reglas del CPC.

- Las partes deberán pactar en el convenio arbitral o en el acta de instalación del tribunal arbitral, la obligatoriedad, a fin de que la ejecución del futuro laudo pueda ser encomendada al tribunal arbitral y conforme a las reglas de la ley arbitral, acorde con los principios la flexibilidad y extensión y/o amplitud del convenio arbitraje, pues siempre existe la posibilidad de que un juzgador (Poder Judicial) distorsione la regulación de la especialidad de la ejecución arbitral del laudo, dejando establecido el camino procesal «ley arbitral». Sostenemos que la ejecución del laudo será más favorable para el interesado o el vencedor.
- Es importante determinar si existen terceros afectados (basta la posibilidad) en el proceso arbitral. En un primer momento, la obligación de comunicar la presencia de terceros debe ser informada por cualquiera de las partes, al tribunal arbitral. De tomar conocimiento, el tribunal arbitral expresa o tácitamente (escritos, audiencias o indicios) por algunas de las partes durante el desarrollo de la *litis* arbitral de la existencia de terceros, aquél de oficio debe requerir información sobre éstos y podría incorporarlos de oficio, siempre con mucho tino y cautela, a fin de no desvirtuar el proceso con la figura de partes no signatarias. La finalidad de todo ello se focaliza en que el laudo pueda ser ejecutado contra terceros, quienes tomaron conocimiento del proceso y pudieron ejercer su derecho de defensa en su momento.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, n.º 10, 2010.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial».

En *Diké. Portal de información y opinión legal.* Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje.* Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. I.

CORDÓN MORENO, Faustino, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas.* Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, 1.^a ed.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco, *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria).* Navarra: Civitas- Thomson Reuters, 2010, 1.^a ed.

GONZÁLEZ DE COSSÍO. Francisco, *Arbitraje*, 3.^a ed., México DF: Porrúa, 2001.

MERINO MERCCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral.* Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, t. I, 3.^a ed.

MUNNÉ CARATINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley n.º 60/2003.* Barcelona: Experiencia, 2004.

SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia.* Lima: febrero del 2012, n.^o 161.

VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral», en *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil.* Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil-Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO: «GIOVANNI PAREDES Y EL CAMAL DE YERBATEROS»

Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso.

*Marco Silva Santisteban Valdivia**

Sumario: 1. Sentencia materia de análisis.— 2. Antecedentes.— 3. Pronunciamientos emitidos.— 4. Justificación de la investigación.— 5. Concepto de Arbitraje.— 6. Convenio arbitral, declaración de voluntad y consentimiento.— 7. Aceptación tácita del arbitraje.— 8. Extensión del convenio arbitral.— 9. Tratamiento de los órganos de justicia en situaciones similares.— 10. Conclusiones finales.

1. SENTENCIA MATERIA DE ANÁLISIS

Es materia de estudio la emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha veintiocho de noviembre de dos mil trece, en la causa signada

* Director Académico del Instituto de Derecho Privado Idepriv, asistente de Juez Superior en la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, Ex Secretario Técnico de la Comisión de Capacitación del Área Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Miembro del Programa de Sistematización de la Jurisprudencia de Sentencias de Anulación de Laudo Arbitral del Poder Judicial PPR Comercial, Estudios de Derecho en la Universidad Privada San Juan Bautista.

con el numero n.º 03841-2012-PA/TC,¹ en mérito del recurso de agravio constitucional interpuesto por el ciudadano Giovanni Mario Paredes Ruiz (en adelante, el demandante y/o afectado y/o recurrente), contra la resolución de vista emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta.

2. ANTECEDENTES

La génesis de esta decisión, es la acción constitucional de amparo interpuesta por el recurrente contra el laudo arbitral de condena que ordenó al demandante ceder la administración del Camal de Yerbateros a favor de Flotal Construcciones Logística y Servicios S.A.C., debiendo el juez reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, en este caso se denunció la violación de sus derechos de defensa, debido proceso y de propiedad.

Como fundamentos facticos centrales señaló que: i) no participó del proceso arbitral, ii) no fue notificado de las actuaciones arbitrales; y iii) a pesar de ello, se pretende hacerle cumplir un laudo emanado en estas condiciones, lo que indudablemente entraña una afectación constitucional.

3. PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS

En primera instancia, se declaró fundada en parte la demanda, al considerar que la decisión arbitral contenía situaciones que afectan directamente a la empresa del demandante (Sacip), entre ellos, un inmueble de su propiedad; sin embargo, el recurrente no se encuentra vinculada con ninguna de las partes al no haber suscrito el convenio arbitral, no habiendo participado del referido proceso arbitral, por ello se evidencia claramente la conculcación de sus derechos invocados.

¹ Enlace web: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03841-2012-AA.pdf>.

Apelada fue esta decisión, y la Sala Superior, revocó la sentencia y modificándola, la declaró improcedente. El superior colegiado consideró que la acción de amparo no constituía la vía idónea para ventilar controversias referidas.

Por último, la decisión del Tribunal Constitucional, en la sentencia materia de comentario, concluyó con votos en mayoría, que de autos había quedado plenamente acreditado que las resultas del proceso arbitral seguido entre SACIP y Flotal Construcciones Logística y Servicios S.A.C., resolvió sobre aspectos relacionados al derecho de propiedad del demandante; no obstante que había quedado evidenciado que éste no formó parte del convenio ni del proceso, por lo que estimó la demanda; y, en consecuencia, dispuso inejecutable el laudo respecto de su persona.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A la luz de los hechos, podemos llegar a colegir que la discusión central de toda esta situación, radica en determinar:

¿Si una decisión arbitral puede ser oponible persona que no suscribió acuerdo arbitral, ni participó en el proceso del cual proviene el laudo?

En razón a ello, y de cara a emitir pronunciamiento, estimo pertinentes desarrollar de forma preliminar algunas instituciones y consideraciones que bien merecen ser tomadas en cuenta a efectos de absolver la enunciada interrogante.

5. CONCEPTO DE ARBITRAJE

Pues bien, es indudable que el punto de partida, pasa por reforzar y clarificar los conceptos sobre el «arbitraje» como medio de solución de controversias.

Históricamente y contrario a lo que quizá muchos piensan, esta figura es de larga data e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia. Existen relatos griegos que dan cuenta que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes;² en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la que aconsejaba como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la controversia sea solucionada por un tercero imparcial, amigo de las partes. En similar sentido, autorizada doctrina nacional³ considera que: «[...] es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso, más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias».

En la actualidad se concibe al arbitraje como una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual, en mérito a la voluntad de las partes, plasmada casi siempre en el convenio arbitral o cláusula compromisoria, se designa a una tercera persona, objetiva e imparcial, con la potestad específica de dirimir actuales o futuros conflictos de intereses jurídicos que versen sobre materias susceptibles de *libre disposición*. (Énfasis nuestro).

Si tuviera que definir al arbitraje, lo haría sentenciando que nos encontramos frente a un negocio jurídico especial, el cual contiene implicancias procesales, proviene de la declaración de voluntad de las partes y los efectos de ésta, se encuentra recogido en el ordenamiento legal; recordemos, pues, que sobre el negocio jurídico los tratadistas han coinci-

² CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». Artículo publicado en *Arbitraje On Line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, año II, n.º 3, septiembre 2004, http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/3/default.htm.

³ BULLARD GONZALES, Alfredo. En «Que fue primero el huevo o la gallina. El carácter contractual del recurso de anulación». *Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre, 2013, p. 61.

dido⁴ que sola declaración de voluntad resulta insuficiente para crear un negocio jurídico, requiriéndose para ello, que lo regulado o convenido se encuentre recogido en la ley. En lógica analogía, la sola declaración de sustraerse de la jurisdicción ordinaria, resultaría incompleta para dar vida al arbitraje, si la Constitución no habría recogido esta figura como una forma de administración de justicia.

Quiero ser enfático al subrayar, que la renuncia a la justicia pública no constituye un acuerdo accesorio a una relación jurídica sustantiva, dado que si bien es cierto, encontramos que la mayoría de convenios se haya inserto como una cláusula contractual referida a la «solución de controversias», también lo es que a mi juicio esta declaración de voluntad, constituye un acuerdo autónomo e independiente, razón por la cual debe ser analizado y evaluado de forma separada, toda vez que el pacto arbitral «[...] no tiene incidencia directa con las relaciones patrimoniales del contrato, sino que es un acuerdo de contenido procesal, cuyo objeto es distinto de las prestaciones del contrato»;⁵ apoyo mi tesis en primer lugar recogiendo lo dispuesto por el legislador en el artículo 41.2 de nuestra actual Ley de Arbitraje, allí se establece que en estos casos el convenio se entiende como un acuerdo independiente, es más la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez del contrato, no entraña necesariamente que el convenio también lo sea, siendo los árbitros los encargados de ratificar la validez del convenio, es lo que en la doctrina arbitral se reconoce como la separabilidad del convenio arbitral, que no es otra cosa que la formula sustentada bajo el cimiento de la teoría jurisdiccional por la cual, se procura mantener la eficacia frente a los cuestionamiento del contrato.

⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. En «El negocio jurídico». Lima: Librería Studium, 1986, p 81.

⁵ AGUILAR, Fernando. En «La autonomía del acuerdo arbitral». Obra colectiva *Tratado de Derecho Arbitral del Instituto Peruano de Arbitraje* (IPA). Lima, 2011, tomo I, p. 60.

Otro motivo que apoya mi teoría, es que no todos los convenios se encuentran contenidos dentro o de forma posterior a la celebración de una relación obligatoria, habida cuenta de que encontramos escenarios en los que las partes, de forma muy antelada han pactado ya esta vía como la de la solución de sus controversias, razón por la cual no podríamos hablar de esta accesорiedad.

6. CONVENIO ARBITRAL, DECLARACIÓN DE VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO

La renuncia a la jurisdicción ordinaria y el empoderamiento al árbitro o tribunal para resolver una controversia, proviene del pacto o acuerdo arribado por las partes, materializado mediante suscripción del convenio arbitral, en palabras de la maestra Chocrón Giráldez:⁶ «Son las propias partes las encargadas de dar origen al arbitraje», creando «un juez privado» —entiéndase «árbitro»— al cual lo invisten de autoridad suficiente y temporal para dirimir una contienda».

El arbitraje es posible gracias a la voluntad de las partes, la que debe ser entendida como lo informa el maestro Emilio Betti:⁷ «[...] en más que un simple querer o desear, sino en una determinación ordenadora de declaración de aceptación y de renuncia, por un lado aceptar el pacto o cláusula arbitral en cualquiera de sus modalidades, y por el otro, renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria o estatal para dirimir las controversias. (Énfasis y subrayado nuestro).

La regla general es que la manifestación voluntad de sometimiento al arbitraje debe de constar en forma expresa o inequívoca, es más, el artículo 13, inciso 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, requiera taxativamente:

⁶ CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. En «Los principios procesales en el arbitraje». Barcelona: Bosch, 2000, p. 67.

⁷ BETTI, Emilio. En «Teoría del negocio jurídico». Traducido por Martín Pérez. Granada: Comares, 2000, pp. 59-61.

mente que el convenio arbitral conste por escrito, vale decir, se encuentre reflejado mediante un contrato.

En ese sentido, al ser el arbitraje una criatura de naturaleza contractual, es importante subrayar que los efectos que despliegue serán —*en principio*— sólo oponibles a las partes intervenientes del mismo, en aplicación extensiva del principio civil de *inter alias act.*⁸ Pero, la prenotada regla como otras tantas en el derecho contiene excepciones. Dado que existen casos en los que esta declaración de voluntad consta de forma tácita o ante un silencio, en una suerte extensión de lo señalado en los artículos 141⁹ y 142¹⁰ del Código Civil.

7. ACEPTACIÓN TÁCITA DEL ARBITRAJE

En la praxis encontramos casos en los que la aceptación expresa de la voluntad de arbitrar se encuentra relativizada, pudiendo una parte quedar perfectamente vinculada a un convenio arbitral que no suscribió. En aras de ser sumamente didácticos, graficaremos los supuestos más importantes.

⁸ Dicho axioma sentencia que un contrato entre varias personas (*inter partes*) no puede afectar a un tercero que no ha sido parte en el mismo. Los efectos jurídicos del mismo se limitarían, por tanto, a los derechos y obligaciones de las partes que lo realizaron.

⁹ Artículo 141 del Código Civil
Manifestación de voluntad.-

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o circunstancias de comportamiento que revelen su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”

¹⁰ Artículo 142 del Código Civil
El silencio como manifestación de voluntad.-

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuye ese significado.

7.1. Un primer caso lo encontramos al dar lectura al numeral 5 del artículo 13 del D.L. n.º 1071, que establece que «la voluntad de arbitraje podrá ser deducida si la existencia del convenio es alegado por una de las partes en un intercambio de escritos de demanda y contestación, sin ser negado por la otra», un claro ejemplo de los efectos de la rebeldía. Recordemos que éstos son, la presunción de veracidad de los hechos expuestos, de manera tal que al no ser negado se presume la existencia del pacto arbitral.

7.2. Otro supuesto lo encontramos en las contrataciones del Estado, el Reglamento de la derogada Ley n.º 1017 contenido en el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, establecía en el artículo 216 que en caso las partes «no hayan pactado expresamente un convenio arbitral, este debía entenderse como incorporado de pleno derecho».

7.3. De la misma manera hallamos esta situación en los arbitrajes societarios o también llamados estatutarios, recogidos en la sexta disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, amén de lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley General de Sociedades. En este caso, el convenio arbitral contenido en el estatuto de la sociedad únicamente no desplegará efectos sobre los accionistas que en ese momento formen parte de la sociedad, sino también a los que en el futuro se incorporen.

En ambos casos si bien no medió una aceptación expresa de renuncia a la jurisdicción ordinaria, el solo hecho de contratar con el Estado o ser incorporado a determinada sociedad revelara el deseo irrefutable de someterse al arbitraje.

8. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A LAS PARTES NO SIGNATARIAS

Y un último supuesto de relativización de la voluntad a arbitral y sobre el que recaerán las conclusiones de este trabajo se encuentra contenido en la extensión del convenio arbitral, institución regulada por el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071 que dispone:

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio está relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Como ha quedado demostrado de lo hasta aquí discernido, la aceptación resulta ser un elemento por demás importante en la institución arbitral, este consentimiento no implica que, necesariamente, deba seguirse ciertas formas preestablecidas, sino que ésta pueda quedar materializada de manera expresa o implícita, dado que la suscripción de un contrato no es la única forma de consentir un sometimiento al arbitraje. En ese orden de ideas, se señala que la parte no signataria es aquélla que se ha visto vinculada al convenio arbitral a raíz de ciertos comportamientos o conductas, que, analizados de conformidad al principio de buena fe, permiten colegir que ha brindado su consentimiento.

Entender esta figura no resulta ser una tarea sencilla, por el contrario, requiere de un análisis agudo, dado que se necesita la comprobación de ciertos supuestos que habilitan apartarse de la regla general que el convenio sólo ataña a los suscriptores del pacto y admitir la participación de una parte no suscriptora, tesis que ha venido siendo aceptada, en un primer momento, por la jurisprudencia, y luego, por la doctrina.

En efecto, esta institución figura también conocida internacionalmente como *joining non-signatories*, nació en el seno de la justicia de

Estados Unidos en el famoso caso *Dow Chemical Company and others c/ Dow Chemical France, Isover Saint Gobain* del 23 de septiembre de 1982.

Según la jurisprudencia internacional, los supuestos que deben cumplirse para que prospere la institución bajo análisis son: i) la diferente personalidad de las sociedades oculta en un *alter ego*, por lo cual: «[...] un accionista debe ser responsable por los actos de su subsidiaria, cuando ambas sean partes de una misma realidad económica [...]»;¹¹ ii) si de su conducta puede inferirse una aceptación al convenio arbitral; iii) si el contrato ha sido firmado por su representada; iv) subrogación de un tercero en la posición de firmante del contrato.

Por su parte el maestro Roque Caivano plantea otros seis supuestos que, a su juicio, habilita a extender el convenio arbitral; a saber: i) incorporación por referencia; ii) asentimiento tácito; iii) la relación de agencia; iv) penetración del velo societario; v) teoría de *Estoppel*; y vi) la interrelación.

Con todo, lo cierto es que, en el caso de nuestra legislación, vale decir, el artículo 14 del citado Decreto Legislativo n.º 1071, prevé dos tipos de partes no signatarias.

El primero de ellos es el que ha tenido una participación activa y determinante en las distintas etapas de la celebración del convenio arbitral y contratos vinculados, desde las tratativas hasta la suscripción. Y por el otro lado son extiende también a aquellos que buscan derivar derechos o beneficios del contrato vinculado al convenio. (Subrayado nuestro).

¹¹ REPETTO, José Luis, Andrés HUNDSKOPF y Miguel VALDERRAMA. En «Mi otro yo: la doctrina del *alter ego* y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje». *Revista Forseti*. Lima: Universidad de Lima, 2014, p. 213.

9. TRATAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE JURISDICCIONALES EN SITUACIONES SIMILARES

La ejecución de laudos a partes no suscriptores de un convenio que, además, no participaron del proceso arbitral no resultaba ser un caso aislado al momento de la emisión de la STC en análisis; en efecto, recordemos que los sonados casos de fraude inmobiliario suscitados a través de procesos arbitrales fantasmas de la triste célebre mafia del «Grupo Orellana Rengifo», se valían de un escenario similar para disponer la entrega de la propiedad respecto de personas no suscriptores del convenio y no participantes del proceso, dicha organización criminal aprovechó de los vacíos existentes en la norma, para utilizar al arbitraje como herramienta o vehículo para perpetrar sus ilícitos penales.

En virtud de esta coyuntura y en aras de hacer frente a esta criminalidad, la Justicia Civil de la Subespecialidad Comercial decidió en la reunión de jueces en el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial llevado a cabo en el año 2010, en la ciudad de Lima,¹² acordar que se deberá declarar la inejecutabilidad de un laudo cuando se afecte los intereses de un tercero no firmante del convenio y no participantes del proceso arbitral. Informaron los magistrados que proceder *contrario sensu* entrañaría una grave violación de sus derechos constitucionales, dado que, sin haber tenido la posibilidad de controvertir la pretensión del demandante en sede arbitral, quedarían vinculados a lo dispuesto en el laudo.

¹² Enlace web: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ce1ea98045952d269205d67db27bf086/12.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=ce1ea98045952d-269205d67db27bf086>.

10. CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONCLUSIONES ARRIBADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA RESOLUCIÓN MATERIA DE ANÁLISIS

En este extremo quiero señalar que comparto plenamente la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional, por los fundamentos que en las próximas líneas pasará a exponer:

- 10.1. De la información brindada en la sentencia, resulta inequívoco que el demandante no firmó convenio o pacto arbitral con ninguna de las partes, razón por la cual en principio no podría vincularse con ninguna de ellas, y menos serle oponible esa decisión arbitral.
- 10.2. Asimismo, no se ha acreditado que el accionar del recurrente se configure en ninguno de los supuestos generales de aceptación tácita del arbitraje, ni en los especiales de aceptación en la figura de la extensión del convenio arbitral, habida cuenta de que no se probó que el demandante haya participado activa y determinantemente de las negociaciones que dan pie al convenio; ni pretende derivar y/o derechos beneficios de este.
- 10.3. Refuerza la tesis de inejecutabilidad del laudo, el hecho de que se pretenda ejecutar una decisión recaída en un proceso del cual el demandante no tuvo la posibilidad de participar y cuestionarla, lo que contraviene claramente el derecho de defensa y debido proceso.
- 10.4. Queremos subrayar que para el presente caso, estas situaciones no podrán ser superadas o convalidadas, aún así se notifique a la parte no suscripta con el mandato de ejecución recaído en el proceso de ejecución de laudo arbitral (recordemos que el laudo arbitral, según el artículo 688.2, constituye título de ejecución), toda vez que en dicho proceso no podrá enervar el fondo de lo decidido en el laudo, por cuanto el ór-

gano judicial se encuentra proscrito de analizar los criterios, interpretación y valoraciones realizadas en la decisión final, amén de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la mencionada Ley de Arbitraje.

- 10.5. Como último apunte, queremos resaltar que, del análisis de campo, he podido observar que, a pesar a la existencia del invocado Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial, que declaró inejecutable un laudo arbitral contra un tercero, he advertido la existencia de un pequeño número de resoluciones emitidas en los juzgados comerciales que desconoce dicho acuerdo. Ello, en buena medida nos hace reflexionar sobre la necesidad de que los citados plenos tengan idénticos efectos vinculantes que los Plenos Casatorios, en lo concerniente a la obligatoriedad de los acuerdos. Esta carencia de fuerza vinculante no ayuda a promover la política de predictibilidad de los fallos judiciales que coadyuvará a una mejor percepción de la población acerca de la justicia ordinaria.

TERCER CONGRESO NACIONAL DE CONTRATACIONES
ESTATALES Y ARBITRAJE UNIVERSIDAD CONTINENTAL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2018, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVET 220, URB. SANTA RITA,
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ